Overheidsaansprakelijkheid in het recours subjectif

Het zelfstandige subjectieve verzoekschrift tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad in theoretisch-dogmatisch bestuursprocesrechtelijk perspectief

---

Masterscriptie Staats- en Bestuursrecht
J.E. (Joyce) Esser
(1402927)

Begeleiders:
Prof.mr. Y.E. Schuurmans
Mr.dr. M.K.G. Tjepkema

Leiden, januari 2019

Universiteit Leiden

Inhoudsopgave

1. Inleiding ... 1
1.1. Aanleiding ... 1
1.2. Probleemstelling ... 2
1.3. Onderzoeksvraag, deelvragen en leeswijzer ... 3
1.4. Afbakening ... 4
1.5. Methodologische verantwoording ... 6
1.6. Casus ... 7

2. Het Nederlandse bestuursprocesrecht: van *recours objectif* naar *recours subjectif*? ... 8
2.1. Inleiding ... 8
2.2. Recours objectif en recours subjectif ... 8
2.3. Verhouding tussen bestuur, burger en rechter ... 9
2.3.1. Klassiek bestuursrecht ... 9
2.3.2. Naar een relationeel bestuursrecht? ... 11
2.4. Plaatsbepaling van het huidige bestuursprocesrecht ... 12
2.4.1. Bestuursprocesrecht onder de Awb ... 12
2.4.2. Waardering van het huidige bestuursprocesrecht ... 15
2.4.3. Intermezzo: tegenstelling recours objectif en subjectif nader bezien ... 16
2.5. Toekomstperspectief: de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking? ... 16
2.5.1. Van besluit naar rechtsbetrekking? ... 16
2.5.2. Twee- of meerpartijengeschillen ... 18
2.6. Resumé ... 19

3. Overheidsaansprakelijkheid voor appellabele besluiten: plaatsbepaling in het bestuursprocesrecht. ... 20
3.1. Inleiding ... 20
3.2. Overheidsaansprakelijkheid in historisch perspectief: van aanvullende individuele rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter ... 20
3.2.1. Opkomst overheidsaansprakelijkheidsrecht bij burgerlijke rechter ... 20
3.2.2. Verschuiving rechtsmacht van burgerlijke rechter naar bestuursrechter ... 21
3.3. Plaatsing van het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht in het recours objectif/subjectif ... 22
3.3.1. Grondslagen van het overheidsaansprakelijkheidsrecht ... 22
3.3.2. Formele rechtskracht en oneigenlijke formele rechtskracht: materiële rechtsvaststelling ... 22
3.3.3. De onrechtmatige daad: een relationele vordering ... 24
3.3.4. Tussenconclusie ... 25
3.4. Toekomstperspectief: voorstellen tot verandering ... 25
3.4.1. Scheiden van vernietigingsberoep en schadevergoedingsactie ... 25
3.4.2. Het model Tak ... 28
3.5. Resumé ... 30

4. Objectieve en subjectieve (on)rechtmatigheid ... 31
4.1. Inleiding ... 31
4.2. Objectieve en subjectieve (on)rechtmatigheid in materiële zin ... 31

4.2.1. Het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht: onrechtmatige en rechtmatige daad. 31
4.2.2. Verdisconteerde en niet-verdisconteerde belangen. ... 34
4.2.3. De toekomst: materiële subjectieve onrechtmatigheid? ... 35
4.3. Objectieve en subjectieve onrechtmatigheid in formele zin: de relationele schadevordering ... 36
4.3.1. Over objectieve en subjectieve onrechtmatigheid ... 36
4.3.2. Strijd met wettelijk voorschrift ... 38
4.3.3. Inbreuk op een subjectief recht ... 39
4.3.4. Strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt ... 41
4.3.5. Andere wijze van vaststellen ... 42
4.4. Resumé ... 43

5. Bestuursprocesrechtelijke beoordeling van het voorstel tot een onafhankelijk en subjectief schadeverzoekschrift en van het huidige stelsel ... 45
5.1. Inleiding ... 45
5.2. Overheidsaansprakelijkheid en bestuursprocesrecht: recours objectif of recours subjectif? ... 45
5.3. Bestuursprocesrechtelijke beoordeling onafhankelijke verzoekschriftprocedure ... 46
5.3.1. Coherente rechtstoepassing ... 46
5.3.2. Rechtsbescherming ... 47
5.3.3. Rechtszekerheid ... 50
5.3.4. Rechtmatigheidsstatus besluiten: Legitimiteit overheidsbestuur ... 52
5.4. Overheidsaansprakelijkheid in het huidige stelsel ... 54
5.4.1. Het huidige stelsel: pragmatische oplossing of coherent systeem? ... 54
5.4.2. Gevolgen subjectivering voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht ... 55
5.5. Resumé ... 57

6. Slotbeschouwing ... 58
6.1. Conclusie ... 58
6.2. Discussie en vervolgonderzoek ... 61

Bronnenlijst ... 64
Literatuur ... 64
Jurisprudentie ... 68
Parlementaire stukken ... 69

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

De gaswinning in Groningen, de ontwikkeling van Lelystad Airport, de aanleg van windmolenparken: er zijn talloze voorbeelden van bestuursrechtelijke besluitvorming die in de afgelopen jaren herhaaldelijk het nieuws haalden. Een rode draad die door al deze voorbeelden loopt, is de spanning tussen het algemeen belang dat de overheid beoogt te behartigen en het nadeel dat dit aan sommige burgers toebrengt. Het is de taak van het recht om hierin een balans te vinden. Enerzijds geeft het de overheid veel bevoegdheden om in naam van het algemeen belang in de rechtspositie van burgers in te grijpen. Anderzijds geeft het recht grenzen aan die bevoegdheden en beschermt het daarmee zowel individuele burgers als de samenleving. Een van de fundamentele vragen van het bestuursrecht en bestuursprocesrecht is daarom hoe individuele burgers rechtsbescherming kunnen verkrijgen tegen deze machtige overheidspartij én hoe zij zich daarbij verhouden tot de rest van de samenleving. Voor de samenleving geldt immers dat het recht haar wel beschermt tegen onrechtmatige besluitvorming, maar zij ook juist belang heeft bij besluiten in het algemeen belang.

Een belangrijke vorm van rechtsbescherming betreft het verkrijgen van schadevergoeding voor de geleden schade. Het antwoord op de vraag naar de positie van de individuele burger wordt daarom niet alleen gezocht in het algemene bestuursrecht en het bestuursprocesrecht, maar ook in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Ondanks de invoering van de zelfstandige verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten in titel 8.4 Awb, lijkt het debat over de ideale inrichting van het stelsel van overheidsaansprakelijkheid nog lang niet te zijn afgerond. Deze verzoekschriftprocedure vermindert de procedurele drempel voor een eventuele schadeclaim weliswaar aanzienlijk, maar materieelrechtelijk verhindert de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit veel schadeverzoeken nog op dezelfde wijze als voorheen. Al voor de introductie van de verzoekschriftprocedure werd door verscheidene auteurs voor afschaffing van de formele rechtskracht ten aanzien van schadevorderingen gepleit.[1] Daarbij wordt met name gewezen op het feit dat de rechtszekerheid als argument voor de formele rechtskracht vooral geldt ten aanzien van de rechtsgeldigheid *erga omnes* van het besluit. Een schadeverzoek van een benadeelde burger zou echter niet gebaseerd zijn op de stelling dat het besluit niet rechtsgeldig is en *erga omnes* vernietigd moet worden, maar dat het *jegens hem* onrechtmatig is. Dat vereist een andere beoordeling, die bovendien ook na de periode waarin het vernietigingsberoep open stond nog mogelijk zou moeten zijn. Met het afschaffen van de formele rechtskracht zou zo de mogelijkheid tot een van het vernietigingsberoep onafhankelijke subjectieve schadevergoedingsactie ontstaan. Zeker indien men de bestuursrechter als schaderechter voor onrechtmatig overheidshandelen bij uitstek ziet, zou de verzoekschriftprocedure uit titel 8.4 Awb een uitgelezen procedurele ingang bieden voor een dergelijke vordering.[2]

De mogelijkheid van het vaststellen van de subjectieve aansprakelijkheid jegens één individuele verzoeker op grond van de subjectieve onrechtmatigheid van een besluit, is traditioneel vreemd aan het bestuursprocesrecht, dat van origine sterk gericht is op de objectieve rechtmatigheidscontrole

[1] Zie (niet uitputtend) Roozendaal 1998; Roozendaal *O&A* 2003, p.149-159; Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39; Schlössels 2003; Schlössels 2007; Schlössels, *TREMA* 2011, p. 310-316; Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 40-60; Polak e.a. 2004; Kortmann 2006; Kortmann, *RM Themis* 2009, p.236-253; Ortlep, *O&A* 2008/103; Schueler 2010; M. Scheltema *NTB* 2007/17; Van Male 2014; Van Ommeren & Huisman 2013.

[2] Van bijvoorbeeld Van Male 2014, die dit debat weer probeert te openen in het licht van de verzoekschriftprocedure.

van het voorliggende besluit. Het bestuursprocesrecht heeft echter in de afgelopen decennia een aantal ontwikkelingen doorgemaakt die passen bij de verandering van een *recours objectif* naar een *recours subjectif*. Waar bij de eerste het bestuursproces is ingericht op een objectieve rechtmatigheidscontrole, richt bij de tweede het bestuursproces zich op het vaststellen en beschermen van de rechtspositie van de individuele aanlegger. De verzoekschriftprocedure van titel 8.4 Awb past bij deze ontwikkeling: de bestuursrechter kan zelfstandig een oordeel vellen over de eventuele schadeplichtigheid van het bestuur jegens de verzoeker. Desalniettemin vertoont het Nederlandse bestuursproces nog steeds veel objectieve kenmerken, met als centrale eigenschap de focus op het besluit. In elk geval is het Nederlandse bestuursprocesrecht nog niet bereid de rechtspositie van appellant geheel onafhankelijk daarvan vast te stellen. Ook voor de verzoekschriftprocedure van titel 8.4 Awb is de rechter daarom nog afhankelijk van het rechtmatigheidsoordeel over het besluit in het vernietigingsberoep. Desalniettemin wordt ook vanuit bestuursprocesrechtelijk perspectief voor verdergaande verandering gepleit: naast het vernietigingsberoep inzake het besluit, zou de rechter ook bevoegd moeten zijn uitspraken over vorderingen en verzoeken van burgers inzake de bredere bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te doen. De zelfstandige schadevordering zou goed bij deze ontwikkeling passen: de bestuursrechter beschermt de subjectieve rechtspositie van de appellant los van het geschil over de objectieve geldigheid van het besluit.

Het debat over het ideale stelsel van overheidsaansprakelijkheid en het debat over de inrichting van het Nederlandse bestuursprocesrecht zijn dus sterk met elkaar verweven. Tegelijkertijd wordt het debat over het overheidsaansprakelijkheidsrecht vaak vrij geïsoleerd gevoerd, waarbij minder aandacht is voor de bestuursprocesrechtelijke aspecten. Deze scriptie beoogt daarom het overheidsaansprakelijkheidsrechtelijke debat over het mogelijk maken van een subjectieve schadevordering op een theoretisch-dogmatische wijze in te bedden in het bestuursprocesrechtelijke debat over subjectivering.

1.2. Probleemstelling

Met de vordering of het verzoekschrift tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad, is de burger op zoek naar een vorm van rechtsbescherming tegen de overheid. Indien de schade is veroorzaakt door een appellabel besluit, vereist dat een oordeel over de rechtmatigheid daarvan. Daarmee komt deze vordering op het terrein van het bestuursprocesrecht, dat in bredere zin nadenkt over de rechtmatigheid van overheidshandelen, de wijze waarop daartegen opgekomen kan worden en hoe burgers in hun rechtspositie beschermd kunnen worden. Aan dat bestuursprocesrecht ligt een aantal normatieve karaktereigenschappen ten grondslag, die bepalen hoe over de verhouding tussen overheid en burger wordt gedacht. Zo gaat het Nederlandse bestuursprocesrecht er traditioneel van uit dat het bestuur in het ondeelbare algemeen belang en dus *erga omnes* handelt; daarbij enerzijds gebonden door het objectieve recht en anderzijds vrij in haar democratisch gelegitimeerde beleidsvrijheid. Door aspecten als beleids- en beoordelingsvrijheid en de daarbij behorende noodzaak tot het nemen van een nieuwe beslissing op bezwaar na vernietiging, de rechtsvormende functie van het besluit zelf en het feit dat in de besluitvorming zowel het algemeen belang als meerdere deelbelangen een rol spelen, wordt de traditionele bestuursrechtelijke procedure (van bezwaar, vernietigingsberoep en opnieuw beslissen op bezwaar) traditioneel gezien als de procedure bij uitstek om het besluit te beoordelen. Als gevolg hiervan toetst de rechter traditioneel wel de rechtmatigheid van de voorliggende besluitvorming, maar kan hij niet zelfstandig de rechtspositie van de individuele burger vaststellen, die slechts uit de besluitvorming volgt.

De subjectieve en onafhankelijke schadevergoedingsactie stelt daarentegen dat de subjectieve rechtspositie van de individuele burger in een individuele procedure vastgesteld kan worden. Daarmee neemt deze figuur een bestuursprocesrechtelijke stelling in, die knelt met de uitgangspunten van het traditionele stelsel. Binnen het debat over de subjectivering van het Nederlandse bestuursprocesrecht wordt echter wel bepleit dat de subjectieve individuele rechtspositie apart zou moeten kunnen worden vastgesteld van de *erga omnes* vaststelling van de rechtmatigheid van de besluitvorming. Een belangrijke vraag is dus of het Nederlandse bestuursprocesrecht op grond van deze algemene subjectiveringstendens een dergelijke individuele rechtsvaststelling kan dragen en wat de bestuursprocesrechtelijke gevolgen daarvan zijn. Voor de vermogenspositie uit overheidsaansprakelijkheidsrecht als specifieke individuele rechtspositie, geldt dat deze vraag bovendien sterk aansprakelijkheidsrechtelijk wordt ingevuld. De relevante vraag is dan hoe de objectieve rechtmatigheid zoals deze wordt getoetst in het vernietigingsberoep zich verhoudt tot de gestelde subjectieve onrechtmatigheid die ten grondslag zou liggen aan de individuele rechtsvaststelling. Op dit punt zijn bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheid dus sterk verweven, wat vereist dat de theoretische grondslagen van het Nederlandse bestuurs(proces)recht en het overheidsaansprakelijkheidsrecht naast elkaar worden gelegd.

Duidelijk is in ieder geval dat de introductie van een volledig zelfstandige subjectieve rechtsvaststelling uit overheidsaansprakelijkheid allerlei overheidsaansprakelijkheidsrechtelijke en bestuursprocesrechtelijke vragen oplevert. Wat betekent het überhaupt om over objectieve en subjectieve onrechtmatigheid te spreken en is het wel wenselijk om deze uit elkaar te trekken? Is een systeem waarbinnen een besluit 'rechtsgeldig' jegens de gehele rechtsgemeenschap zou zijn, maar onrechtmatig jegens één burger wel denkbaar binnen ons staatsbestel? Hoe verhoudt zich dat tot de legitimiteit van het overheidsbestuur en de rechtszekerheid van het besluit? Wat zijn de bestuursprocesrechtelijke gevolgen indien de rechter de rechtmatigheid van het besluit niet meer in een algemene procedure, maar in een individuele procedure vaststelt? Deze relatief onontgonnen vragen komen in deze scriptie aan bod.

1.3. Onderzoeksvraag, deelvragen en leeswijzer

Aan de hand van de hierboven geschetste problematiek, zal deze scriptie antwoord beogen te geven op de volgende onderzoeksvraag:

Betekent de subjectivering van het Nederlandse bestuursprocesrecht dat de bestuursrechter voor het toekennen van een verzoek tot schadevergoeding zou moeten kunnen volstaan met het vaststellen van de subjectieve aansprakelijkheid van de overheid voor het schadeveroorzakende overheidshandelen jegens verzoeker, ook als dit een appellabel besluit betreft dat niet is vernietigd?

Ter beantwoording van deze hoofdvraag, worden de volgende deelvragen beantwoord:

- *In welke mate kwalificeert de Nederlandse bestuursrechtelijke procedure als een recours subjectif, waarin de individuele rechtspositie van appellant kan worden vastgesteld?*
- *In welke mate wordt binnen het bestuursprocesrecht voor verdergaande subjectivering gepleit?*

Deze vragen worden beantwoord in hoofdstuk 2, waarin een algemene kenschets wordt gegeven van het Nederlandse bestuursprocesrecht en enkele voorstellen tot verdergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht worden behandeld.

- *Op welke wijze zoekt het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht aansluiting bij het huidige bestuursprocesrecht?*
- *In welke mate wordt binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht voor subjectivering gepleit?*

Om deze vragen te beantwoorden, zal in hoofdstuk 3 het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht in het bestuursprocesrechtelijke kader uit hoofdstuk 2 worden geplaatst. Ook hier worden enkele voorstellen tot verdergaande subjectivering van het overheidsaansprakelijkheidsrecht behandeld, waaronder het voorstel tot een van het vernietigingsberoep onafhankelijke subjectieve schadevergoedingsactie.

- *Hoe verhouden objectieve en subjectieve onrechtmatigheid zich tot elkaar?*

Voor de plaatsbepaling van de vordering uit overheidsaansprakelijkheid in het bestuursprocesrecht en de beoordeling van de mate waarin deze onafhankelijk kan worden vastgesteld, is vervolgens van belang te begrijpen welke materiële beoordeling aan het vernietigingsberoep respectievelijk de schadevordering ten grondslag ligt. Deze deelvraag wordt beantwoord in hoofdstuk 4, dat daarmee de aansprakelijkheidsrechtelijke kern van de scriptie vormt.

- *Wat zijn de bestuursprocesrechtelijke voor- en nadelen van een van het vernietigingsberoep onafhankelijke schadevordering?*
- *Hoe dient het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht vanuit dit perspectief te worden beoordeeld?*

Deze deelvragen worden in hoofdstuk 5 beantwoord, waar zowel het voorstel tot een van het vernietigingsberoep onafhankelijke subjectieve schadevergoedingsactie als het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht worden beoordeeld vanuit bestuursprocesrechtelijk perspectief.

In hoofdstuk 6 zal ten slotte worden afgesloten met een conclusie.

1.4. Afbakening

Deze scriptie beoogt het overheidsaansprakelijkheidsrecht in te bedden in het bestuursprocesrechtelijke debat over subjectivering. Met een dergelijk breed bereik, is het onvermijdelijk te raken aan allerlei deeldebatten die zich in beide rechtsgebieden afspelen. Binnen het bestuursprocesrecht betreft dit bijvoorbeeld het debat over de toetsingsintensiteit, de invloed van grondrechten of de rol van belangenorganisaties. Binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht betreft dit het nog lang niet afgeronde en vrij technische debat over rechtsmachtverdeling en connexiteit, maar ook meer materiële discussies over relativiteit en causaliteit. Omdat in deze scriptie beide rechtsgebieden vooral theoretisch-dogmatisch worden benaderd, worden dergelijke ontwikkelingen waar relevant wel behandeld, maar kunnen zij niet diepgravend worden geproblematiseerd. Waar mogelijk zal worden verwezen naar verdere literatuur.

Gezien het beperkte bestek van deze scriptie is bovendien gekozen voor een perspectief dat zo specifiek mogelijk en op de meest scherpe wijze de wisselwerking tussen bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheid laat zien. Hiertoe is ten eerste gekozen voor een beperking tot appellabele besluiten, nu hiermee het bestuursprocesrecht in beeld komt. Ten tweede is gekozen voor een focus

op schade die wordt veroorzaakt door het rechtsgevolg van het besluit, omdat juist hier de publiekrechtelijke kleuring van het overheidsaansprakelijkheidsrecht het meest zichtbaar wordt. De connexiteits- of samenhangproblematiek van voorbereidings- of uitvoeringshandelingen valt hiermee grotendeels buiten het bereik van de scriptie. Ten derde ligt de focus van deze scriptie op geschillen met meerdere belanghebbenden of deelbelangen en een grote discretionaire ruimte voor het bestuur. Juist daar komt immers de spanning tussen de *erga werking* van de algemene bestuursrechtelijke procedure (besluitvorming met algemene belangenafweging, bezwaarfase, vernietigingsberoep en een eventuele nieuwe beslissing op bezwaar) en de individuele rechtspositie het sterkst tot uiting. Deze theoretische problematisering van meerpartijengeschillen ten opzichte van tweepartijengeschillen komt nader aan de orde in §2.5.2. In hoofdstuk 6 zal kort worden bekeken welke betekenis de bevindingen uit de scriptie eventueel voor tweepartijengeschillen kunnen hebben. Ten slotte richt deze scriptie zich vooral op de mogelijkheden schadevergoeding te verkrijgen wegens onrechtmatigheid. Hoewel tegelijkertijd ook de mogelijkheid tot nadeelcompensatie niet onbehandeld kan blijven, omdat juist deze vordering het subjectieve belang van individuele burgers naar voren laat komen – zal deze scriptie niet de diepte van het nadeelcompensatiedebat in kunnen gaan.

In deze scriptie wordt veelvuldig op een vrij algemeen-theoretische wijze over schadeveroorzakende besluiten gesproken. Een praktische kanttekening is dat het vrijwel altijd het primaire besluit is dat de schade daadwerkelijk veroorzaakt, maar het de beslissing op bezwaar is die voorligt bij de bestuursrechter en onderwerp is van de eventuele vernietiging. Hoewel dit in de praktijk soms problemen oplevert bij het vaststellen van zowel onrechtmatigheid als causaliteit van de schadeoorzaak, wordt dit debat verder niet geproblematiseerd.[3] Een groot gedeelte van de hierboven afgebakende besluitvorming (meerpartijengeschillen met grote discretionaire ruimte) zal zijn voorbereid aan de hand van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb, waardoor de genoemde problematiek zich überhaupt niet voordoet. Daarnaast richt deze scriptie zich vanwege de gehanteerde onderzoeksvraag op het overheidsaansprakelijkheidsrecht bij de bestuursrechter, die doorgaans accepteert dat het primaire besluit op dezelfde wijze onrechtmatig is als de beslissing op bezwaar, indien duidelijk is dat daaraan hetzelfde gebrek kleeft.[4] In deze scriptie wordt dan ook in algemene zin over de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit gesproken, waarmee zowel de onrechtmatigheid van het primaire besluit wordt bedoeld als de eventueel bij de bestuursrechter vernietigde beslissing op bezwaar.

De figuur van de onafhankelijke subjectieve schadevordering wordt in deze scriptie bekeken vanuit de verzoekschriftprocedure uit titel 8.4 Awb. Hiermee ontstaat een sterke verbinding met het bestuursprocesrecht, nu dit verzoekschrift een bestuursprocesrechtelijke figuur betreft. Tegelijkertijd valt juist het hierboven afgebakende type besluitvorming (meerpartijengeschillen met grote discretionaire ruimte) momenteel nog veelal buiten deze procedure, nu geschillen onder de hoogste rechtsmacht van ABRvS of CBb over schade van meer dan €25.000 nog bij de burgerlijke rechter moeten worden gevoerd. Desalniettemin gaat de literatuur over de theoretische figuur van de onafhankelijke subjectieve schadevordering ervan uit dat deze bij de bestuursrechter moet worden ingediend, omdat daarmee de argumenten voor de formele rechtskracht gebaseerd op rechtsmachtverdeling komen te

[3] Zie voor een behandeling hiervan Van Ettekoven e.a., *O&A* 2018/23, p. 46-49; Kortmann, *NJB* 2016/1343.
[4] Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, *AB* 2005/54, m.nt. A.A.J. de Gier (*Meerssen*), r.o. 2.3.

vervallen.[5] Hoewel de praktijk momenteel nog niet bereid is de rechtsmacht op dit punt aan de bestuursrechter toe te kennen,[6] kan deze mogelijkheid wel op een theoretische wijze worden onderzocht.

1.5. Methodologische verantwoording

Vanwege het conceptueel-theoretische karakter van deze scriptie, zal het onderzoek worden uitgevoerd aan de hand van de klassiek-juridisch onderzoeksmethode en zich dus met name richten op de relevante literatuur, jurisprudentie en Kamerstukken. Meer specifiek beslaat het onderzoek een inbedding van het overheidsaansprakelijkheidsrechtelijke debat over het afschaffen van de formele rechtskracht ten aanzien van de schadevordering in het bestuursprocesrechtelijke debat over subjectivering.

Voor het bestuursprocesrechtelijke debat is dankbaar gebruik gemaakt van de standaardwerken van Schlössels & Zijlstra[7] en van Schreuder-Vlasblom,[8] die de normatieve grondslagen van het bestuurs(proces)recht uitgebreid behandelen. Ook 'De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid' van de VAR-Commissie rechtsbescherming uit 2004,[9] de VAR-preadviezen van 2013 over 'het besluit voorbij'[10] en de verkenning van De Poorter & De Graaf naar 'Doel en functie van de bestuursrechtspraak'[11] hebben hier – naast andere literatuur – een belangrijke rol gespeeld.

Voor het debat over het afschaffen van de formele rechtskracht, - dat op zijn hoogtepunt was rond 2006/2007, maar nooit echt is uitgedoofd – is dankbaar gebruik gemaakt van de bijdragen van onder andere Schlössels, Schueler, Van Maanen, Van Male en Kortmann.[12]

Voor het aansprakelijkheidsrechtelijke hoofdstuk 4 bleek het proefschrift van Kortmann meer dan 10 jaar na uitgave nog steeds van grote waarde.[13] Ook het standaardwerk van Scheltema & Scheltema over de wisselwerking tussen privaat- en publiekrecht is hier van groot belang geweest.[14] Voor de privaatrechtelijke vergelijking is met name gebruik gemaakt van de standaardnaslagwerken de Groene Serie en de Asser-serie.

Een laatste opmerking verdient het werk van Tak, wiens ideeën vrij radicaal breken met de traditionele opvattingen over het Nederlandse bestuurs(proces)recht.[15] Hoewel daarmee controversieel, kan een verkenning van de wisselwerking tussen procesrecht en schadevergoedingsrecht en van de verhouding tussen overheid, collectief en individu, zijn werk niet onbenoemd laten. Deze scriptie behandelt zijn alternatieve rechtsbeschermingsstelsel daarom vrij uitgebreid, maar slaat wel expliciet een andere weg in.

---

[5] Zie hierover uitgebreid §3.4.
[6] Overigens tot grote spijt van de meeste auteurs, zie Schueler, *NTB* 2007/38; Schlössels, *Gst.* 2007/113; Polak, *NJB* 2007/1683.
[7] Schlössels & Zijlstra 2010; Schlössels & Zijlstra 2017.
[8] Schreuder-Vlasblom 2017.
[9] Polak e.a. 2004.
[10] Van Ommeren & Huisman 2013; De Graaf 2013.
[11] De Poorter & De Graaf 2011.
[12] Onder andere Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39; Schlössels 2003; Schlössels 2007; Schlössels, *TREMA* 2011, p. 310-316; Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 40-60;; Kortmann 2006; Kortmann, *RM Themis* 2009, p.236-253; Ortlep, *O&A* 2008/103; Schueler 2010; Van Male 2014.
[13] Kortmann 2006.
[14] Scheltema & Scheltema 2013.
[15] Tak 2014.

1.6. Casus

Vanwege het abstracte karakter van het gekozen onderwerp, zal in deze scriptie waar nodig en mogelijk worden verwezen naar de volgende concrete (fictieve) casus.[16]

- Bij besluit van 15 november 2017 hebben de minister van Economische Zaken en Klimaat en de minister van Infrastructuur en Waterstaat op grond van artikel 3.28 Wro het inpassingsplan 'Windmolenpark Friese Wind' vastgesteld. Dit plan past volgens de ministers bij de doelstellingen van het kabinet om te investeren in de duurzame energietransitie.
- Bij besluit van 10 januari 2018 hebben gedeputeerde staten van de provincie Friesland op grond van de Wet natuurbescherming een vergunning verleend voor het oprichten en het exploiteren van windmolenpark 'Friese Wind', omdat het windpark in de buurt van een Natura 2000 gebied ligt.
- Bij besluit van 9 februari 2018 heeft het college van burgemeesters en wethouders van de gemeente De Fryske Marren op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht een omgevingsvergunning verleend voor het plaatsen van 70 windturbines, bijbehorende transformatorstations en een servicegebouw.

Tegen deze besluiten zijn de volgende partijen in beroep gekomen:

- De heer Bergsma, die met zijn authentieke woonboerderij direct uitzicht zou hebben op het windmolenpark. Hij verliest hierdoor zijn uitzicht over het IJsselmeer en is bang om gezondheidsschade te leiden door slagschaduw. Bovendien heeft een door hem ingeschakelde taxateur vastgesteld dat zijn woning in waarde zal dalen door het windmolenpark.
- Mevrouw Rietveld, die een hotel en camping exploiteert in de nabije omgeving van het windmolenpark. Haar hotel draait vooral op vaste gasten, die expliciet hechten aan de rustieke omgeving en de wandelmogelijkheden in de omgeving. Zij vreest door het windmolenpark een jaarlijkse inkomstendaling te lijden.
- Stichting 'NEEwind', die op principiële gronden tegen windmolenparken in Friesland ageert.
- Stichting 'Natuurbescherming IJsselmeer', die van mening is dat het windmolenpark onterecht inbreuk maakt op de natuurstand in het Natura 2000 gebied.

Derdebelanghebbende is Coöperatie Friese Windenergie, aan wie de vergunningen zijn verleend.

Deze casus maakt op een overzichtelijke wijze duidelijk dat bij veel discretionaire besluitvorming meerdere belangen spelen, die zowel publiek, ideologisch of privaat kunnen zijn. Tevens wordt duidelijk dat bij grote (ruimtelijke) besluitvorming vaak sprake is van meerdere besluiten. Waar in deze scriptie op theoretische wijze wordt gesproken over schadeveroorzakende besluiten, zal in de praktijk daarom vaak sprake zijn van besluitvormingscomplexen, die vaak op grond van artikel 8:14 Awb wel gevoegd worden behandeld door de bestuursrechter.

[16] Ten behoeve van de overzichtelijkheid is alleen het meest relevante wettelijke kader geschetst.

2. Het Nederlandse bestuursprocesrecht: van *recours objectif* naar *recours subjectif*?

2.1. Inleiding

Hoewel het Nederlandse bestuursprocesrecht met de invoering van de Awb in grote mate is geüniformeerd, is in de decennia daarna nog regelmatig het mes in de Awb gezet. Door de introductie van onder andere de bestuurlijke lus, nieuwe uitspraakbevoegdheden en het relativiteitsvereiste is de procedure bij de bestuursrechter zich steeds meer gaan richten op het bieden van finale geschillenbeslechting en daadwerkelijke rechtsbescherming aan de burger. Het meer fundamentele debat dat daaraan ten grondslag ligt is bovendien nog lang niet afgerond.

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre de bestuursrechtelijke procedure zich heeft ontwikkeld naar een recours subjectif, waarin de subjectieve rechtspositie van één individuele burger kan worden vastgesteld. Daartoe zal eerst het belangrijke begrippenpaar recours subjectif/recours objectif nader worden geduid (§2.2). Achter deze ideaaltypische procesmodellen gaat doorgaans een meer fundamentele visie op de verhouding tussen overheid, burger en rechter schuil. Daarom zal eerst de ontwikkeling in het Nederlandse denken over die verhouding worden geschetst (§2.3), om vervolgens het huidige bestuursprocesrecht en de daaruit voortkomende bestuursrechtelijke procedure langs het subjectif-objectif-spectrum te leggen (§2.4). Ten slotte komen enkele voorstellen aan bod om het Nederlandse bestuursprocesrecht verdergaand te subjectiveren dan momenteel het geval is (§2.5).

2.2. Recours objectif en recours subjectif

De ontwikkeling in het denken over de ideale inrichting van de bestuursrechtspraak wordt in de literatuur vaak geduid aan de hand van de begrippen 'recours objectif' en 'recours subjectif'.[17] Deze begrippen duiden ieder een ideaal procesmodel aan. In het recours objectif is de doelstelling van de procedure een objectieve rechtmatigheidscontrole. De rechtsingang van deze procedure is traditioneel het besluit: de rechter toetst of dit voldoet aan alle rechtsnormen die daarop van toepassing zijn. Constatering van onrechtmatigheid leidt in het recours objectif tot een vernietiging *erga omnes*: de rechter verwijdert het onrechtmatige besluit uit de wereld van het recht.[18] In een zuiver recours objectif heeft de appellant een ondergeschikte plaats aan de rechtmatigheidscontrole op het bestuur. Hij brengt het besluit wel aan, maar doet dat in de functie van 'onbezoldigd rijksverklikker'.[19] Zijn hoedanigheid is daarom minder relevant: de zuivere objectieve procedure kent de *actio popularis*, waarbij iedereen alle besluiten kan voorleggen aan de bestuursrechter. Deze zal het besluit vervolgens ambtshalve volledig op rechtmatigheid toetsen.

Het recours subjectif kenmerkt zich daarentegen door een sterke focus op de rechtspositie van de individuele burger. In de literatuur wordt het recours subjectif verder niet eenduidig gedefinieerd. In ieder geval is het doel van het recours subjectif niet zozeer een algemene rechtmatigheidscontrole, maar het bieden van *rechtsbescherming* aan appellant.[20] Een zuiver recours subjectif neemt daarbij

[17] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1099 e.v.; Schreuder-Vlasblom 2017, p. 45 e.v.; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 557 e.v.; De Waard 2015, p. 10-12.
[18] De Poorter & De Graaf 2011, p. 147.
[19] Verheij 1992, p. 136.
[20] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1099; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 557; Schueler 2009, p. 8; Marseille & Tolsma 2016, p. 54 e.v.

doorgaans als uitgangspunt de subjectieve rechten van appellant.[21] Dit kunnen bijvoorbeeld privaatrechtelijke vermogensrechten, grondrechten of aanspraken op het bestuur die uit het publiekrecht voortvloeien zijn.[22] Ook kunnen dit zogeheten 'reflexrechten' betreffen, waarbij in sommige gevallen een opdracht tot het bestuur tot een corresponderend recht van de burger verwordt.[23] Is er sprake van een schending daarvan, dan zal het handelen jegens hem onrechtmatig zijn en zal de rechter daartegen rechtsbescherming bieden.[24] Dit kan, indien dit appellant verder helpt, leiden tot vernietiging van het besluit, maar kan ook de vorm aannemen van een gebod, verbod, het bindend vaststellen van de rechtspositie van aanlegger of het toekennen van een schadevergoeding. Met het centraalstellen van de rechtspositie van de aanlegger, wordt de vorm van het bestreden overheidshandelen minder relevant. In het recours subjectif toetst de rechter niet zozeer besluiten, maar oordeelt hij over vorderingen of verzoeken van burgers over hun eigen rechtspositie.[25] De rechter zal daarbij alleen aan het recht toetsen voor zover dat deze positie beoogt te beschermen.

In de praktijk vormen deze ideaaltypen de uiteinden van een spectrum en zal elk rechtsstelsel in meer of mindere mate kenmerken van beide kennen.[26] Duitsland heeft bijvoorbeeld een kenmerkend subjectief stelsel, waar het recht op toegang tot de rechter is verbonden aan de subjectieve rechten van appellant.[27] Het Franse recht maakt juist onderscheid tussen beide rechtsgangen, die beide een ander doel dienen.[28] Bij het duiden van het Nederlandse bestuursprocesrecht worden de begrippen 'rechtsbescherming', 'geschilbeslechting' en 'subjectivering' veelvuldig gebruikt om een verschuiving richting het recours subjectif aan te duiden.[29] Aan de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure, gaat echter een visie op de verhouding bestuur, burger en rechter vooraf. Een goed begrip van de huidige bestuursrechtelijke procedure vereist daarom dat het recours objectif en subjectif eerst worden bezien vanuit een breder historisch en theoretisch kader, waarbij ook het bestuursrecht in bredere zin wordt meegewogen.

2.3. Verhouding tussen bestuur, burger en rechter

2.3.1. Klassiek bestuursrecht

"Het bestuur beslist, de rechter toetst".[30] Hiermee wordt op treffende wijze het klassieke Nederlandse bestuursrecht samengevat, waarbinnen het bestuur als behartiger van het ondeelbare algemene belang wordt gezien. Dit doet het bestuur in een hiërarchische verhouding tot de samenleving, aan de hand van formele wetsbevelen en bevoegdheden.[31] Het bestuur vervult zijn taak primair door middel van het nemen van besluiten, die eenzijdig het eindpunt van de bestuurlijke afweging van verschillende deelbelangen neerleggen en daar openbaar gezag aan verlenen. In samenhang en evenwicht met andere besluiten constitueert het besluit zo het algemeen belang.[32] Een dergelijk verticaal gezagsmodel kent een sterke focus op de gebondenheid aan het recht en ziet een schending daarvan al snel als

---

[21] Schreuder Vlasblom 2017, p. 46; Polak e.a. 2004, p. 42, Schlössels, *TREMA* 2011, p. 314.
[22] Polak e.a. 2004, p. 42.
[23] De Poorter 2010, p. 56.
[24] Polak e.a. 2004, p. 42.
[25] Schueler 2009, p. 12.
[26] Polak e.a. 2004, p. 38.
[27] De Poorter 2010, p. 12-13.
[28] Zie hierover zeer uitgebreid De Graaf 2013, p. 236-261.
[29] Zie bijvoorbeeld Van Male 2013; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 558.
[30] Verheij, *JBplus* 2003/1, p. 28.
[31] Van den Berge *AA* 2017 p. 660.
[32] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 4.

onrechtmatig jegens de gehele rechtsgemeenschap.[33] Daarom is aan de rechter opgedragen toezicht op de legaliteit van overheidsoptreden te houden en het bindende resultaat daarvan – het besluit – waar nodig *erga omnes* te vernietigen.[34] Hoewel deze procedure als primaire functie rechtmatigheidscontrole kent, gaat dit hand in hand met een vorm van rechtsbescherming: het bewaken van de gebondenheid van de overheid aan het recht strekt immers juist tot bescherming van de rechtsgemeenschap.[35] Naast het legaliteitsbeginsel leunt het klassieke model sterk op het beginsel van machtenscheiding.[36] De rechter kan het besluit wel toetsen, maar niet zelf de uitkomst van de afweging van het algemeen belang vaststellen: dat is aan het democratisch gelegitimeerde bestuur.[37] Zo lang het bestuur zich aan het recht heeft gehouden, vormt de inhoud van het besluit daarmee voor het recht een lege ruimte. De opkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen hierbij wel een zeker keerpunt: zij komen voort uit het besef dat rechtmatig bestuur meer dan alleen wetmatig bestuur ook *behoorlijk* bestuur vereist. Desalniettemin beperkt de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich nog vaak tot een formele-procedurele toets: zij geven de grenzen aan waarbuiten de belangenafweging – die nog steeds aan het bestuur is – onrechtmatig wordt. Dit gold, met name op grond van de willekeurtoets van *Maxis en Praxis*, lange tijd ook voor het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb.[38] Tegelijkertijd neemt evenredigheid ook binnen dit model al een bijzondere rol in: meer dan enkele wetmatigheid, vereist het recht ook een vorm van sociale rechtvaardigheid, waarbij de belangen van het individu op een evenredige wijze moeten zijn afgewogen in de vaststelling van het algemeen belang.[39]

Bovenstaande visie op bestuur, burger en rechter kleurt in belangrijke mate het gehanteerde procesmodel.[40] De rechter haakt aan op het product van de gezagsuitoefening: het besluit. Hij toetst dit *ex tunc* op rechtmatigheid en zal bij constateren van onrechtmatigheid vernietiging uitspreken. Omdat daarmee de geldigheid *erga omnes* ter discussie staat, komen alle belanghebbenden in één algemene procedure aan bod.[41] Bovendien is vereist dat deze procedure snel duidelijkheid biedt; in het bestuursrecht gelden daarom korte termijnen.[42] Bij de gehanteerde toets zal de rechter de afwegingsruimte van het bestuur respecteren en terughoudend toetsen. Indien aan het besluit een rechtmatigheidsgebrek kleeft, zal het bestuur na vernietiging dus opnieuw een belangenafweging moeten maken. Voor de individuele burger kan dit nadelig uitpakken: hij krijgt in de procedure geen uitkomst over zijn eigen rechtspositie, die pas vaststaat na de nieuwe algemene afweging van het bestuur.[43] De procedure zelf wordt in het recours objectif juist als laagdrempelig ervaren. De verticale verhouding tussen burger en bestuur vertaalt zich bij de rechter in het principe van ongelijkheidscompensatie: de rechter stelt zich actief op, zal op zoek gaan naar de materiële waarheid en feiten zo nodig aanvullen.[44]

---

[33] Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39, §4.
[34] De Poorter 2010, p. 15.
[35] Van den Berge 2016, p. 200; zie ook *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 11.
[36] Van Male, *NTB* 2018/38, p. 214.
[37] In zekere zin wordt de toetsing van recht en beleid hierdoor opgesplitst, zie voor kritiek daarop Schueler 2006a.
[38] De laatste tijd is de toetsingsintensiteit van de rechter op evenredigheid onderwerp van debat en ook bij de bestuursrechter in beweging, zie voor een overzicht hiervan Kegge, *JBplus* 2018/4.
[39] Drupsteen 2006, p. 36.
[40] Van Male, *NTB* 2018/38, p. 215.
[41] Polak e.a. 2004, p. 28.
[42] Van Male, *NTB* 2018/38, p. 215.
[43] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1142.
[44] Polak e.a. 2004, p. 35.

Door de motiverings- en zorgvuldigheidsnormen die op het bestuur rusten heeft het bestuur bovendien een aanzienlijke adstructieplicht.[45]

Het klassieke Nederlandse bestuursprocesrecht richt zich dus op de geldigheid van het besluit richting de gehele rechtsgemeenschap. Uiteraard hebben besluiten, hoewel genomen en eventueel vernietigd in het algemeen belang, wel gevolgen voor de subjectieve rechtspositie van individuele burgers. Voor het verwezenlijken daarvan zijn zij aangewezen op de burgerlijke rechter, die de rechtspositie van de individuele burger zal vaststellen zoals deze volgt uit de besluitvorming en bestuursrechtelijke uitspraak, maar niet zelf deze besluitvorming beoordelen.[46]

2.3.2. Naar een relationeel bestuursrecht?

Het klassieke bestuursrecht, dat uitgaat van de verticale en eenzijdige uitoefening van overheidsgezag, past volgens sommige auteurs niet meer bij de huidige bestuurlijke realiteit. Zij wijzen daarbij op een 'vermaatschappelijking' van het publieke domein.[47] In plaats van het behartigen van het abstracte algemeen belang door middel van formele wetsbevelen en gesloten bevoegdheden, is het bestuur in een sociale rechtsstaat steeds meer in de sociale verhoudingen tussen burgers onderling gaan interveniëren, waarbij het gebruik maakt van open bevoegdheden.[48] Het bestuursrecht zou daarom veel meer oog moeten hebben voor de concrete sociale verhoudingen waar het bestuur invloed op uitoefent. In deze visie verhoudt het bestuur zich niet door middel van eenzijdige besluiten tot de rechtsgemeenschap als geheel, maar in een relationele *rechtsbetrekking* tot individuele burgers, die geheel wordt genormeerd door de relevante rechtsnormen en – in belangrijke mate – de behoorlijkheidsbeginselen.[49] Binnen deze betrekking neemt het bestuur nog steeds wel besluiten, maar die zijn onderdeel van de bredere rechtsbetrekking. In deze betrekking is er dan ook geen ruimte voor een 'rechtsvrije zone' waarbinnen het bestuur kan doen wat het goeddunkt.[50] Voor de rechter heeft dit tot gevolg dat hij niet enkel het voorliggende besluit op rechtmatigheid toetst, maar aan de hand van het recht dat de gehele rechtsbetrekking normeert, oordeelt over de rechtsverhouding en de subjectieve rechten en plichten die daaruit voortvloeien. Zo heeft Hirsch Ballin recentelijk bepleit dat de ontwikkeling naar een netwerksamenleving, waarvan de overheid tegenwoordig integraal onderdeel uit maakt, rechtvaardigt dat de rechter intensiever toetst op evenredigheid, evenwichtigheid en feitenvaststelling en waar nodig zelf de rechtspositie van partijen vaststelt.[51] Door Van den Berge is deze visie op het bestuursrecht recentelijk geduid als 'relationeel recht', in tegenstelling tot het traditionelere 'autonome recht'.[52] Hij koppelt deze ontwikkeling expliciet aan de ontwikkeling naar een recours subjectif,

---

[45] De Poorter & De Graaf 2011, p. 83. Zie ook Schuurmans 2009, p. 144 e.v.

[46] Zie voor de rechtspositie volgend uit overheidsaansprakelijkheid uitgebreid §3.2.1 en §3.3.2.

[47] Van den Berge 2016, p. 18; Hirsch Ballin 2015, p. 15.

[48] Hirsch Ballin 2015, p. 15.

[49] Van den Berge heeft de theoretische achtergrond van het begrip rechtsbetrekking uitgebreid geanalyseerd, waarbij het traceert tot auteurs als Gribnau, Foqué en Hirsch Ballin. Zie Van den Berge 2016, p. 132 e.v. Bij de totstandkoming van de Awb speelde vooral het debat over de *wederkerige* rechtsbetrekking (zie onder andere Hirsch Ballin, *RM Themis* 1989, p. 1-4; een concept dat op veel kritiek stuitte omdat de notie van wederkerigheid leek te impliceren dat daar ook plichten voor de burger uit konden volgen, met zeer veel kritiek ontvangen, waarbij werd gewezen op het legaliteitsbeginsel en de eenzijdige verhouding van de verhouding van de overheid tot de burger. Zie hierover Schlössels & Zijlstra 2017, p. 34-37; en uitgebreid Van der Linden & Tak 1995. Deze discussie over burgerplichten laat ik hier verder rusten.

[50] Allewijn 2011, p. 34; Hirsch Ballin 1989, p. 2.

[51] Hirsch Ballin 2015, zie met name p. 47-54; Van den Berge 2016, p. 138-139.

[52] Van den Berge 2016, p. 5.

waarbij de verhouding *inter partes* centraal staat, in plaats van de geldigheid van het besluit *erga omnes*, zoals in het recours objectif.[53] Binnen deze verhouding is, zoals kenmerkend voor het recours subjectif, een belangrijke rol weggelegd voor subjectieve (grond)rechten.[54] In een dergelijk stelsel normeren grondrechten in sterke mate het optreden van de overheid, zowel in positieve als negatieve zin. Een ontwikkeling die hier goed bij aansluit is de focus op de responsiviteit van het bestuursrecht, waarbij wordt benadrukt dat het bestuur zich op een probleemoplossende wijze en met aandacht voor de concrete behoeftes en wensen van burgers moet opstellen.[55]

Door verscheidene auteurs wordt echter benadrukt dat de focus op het vaststellen van de rechtspositie van één enkele appellant aan de hand van zijn subjectieve rechten, vanuit de verhouding tussen burger, bestuur en rechter bezien niet onproblematisch is.[56] Zo wijst Schreuder-Vlasblom op de rechtsvormende functie van het besluit en de rol die de afweging van het bestuur daarin speelt. Uit de relevante publieke normstelling vloeien daarom vaak geen afgeronde subjectieve rechten voort.[57] Zo geeft het wettelijk stelsel bijvoorbeeld vaak geen recht op een vergunning, maar een bevoegdheid aan het bestuur om deze te verlenen. De rechtspositie van appellant volgt daarom vaak juist uit het besluit zelf, dat het eindpunt van de belangenafweging van het bestuur vormt.[58] Vermaatschappelijking en horizontalisering ten spijt, is dit nog steeds een afweging van het *algemeen belang,* die integraal en in samenhang met andere besluiten door het bestuur wordt gemaakt.[59] Voor de in §1.6 geïntroduceerde 'Friese Wind'-casus betekent dit bijvoorbeeld dat de rechtspositie van buurman Bergsma niet direct volgt uit de relatie tussen het Rijk en hem, maar uit een afweging van het Rijk van het algemeen belang, waarbinnen zijn belang weliswaar een rol speelt, maar wel naast allerlei andere deelbelangen. Het is daarom lastig om in een procedure die is ingericht op de rechtsbescherming van één individuele burger, zijn belangen en rechten als het ware 'af te scheuren' van deze afweging en zelfstandig zijn rechtspositie vast te stellen.[60] Bovendien creëert subjectivering volgens Schreuder-Vlasblom zo het risico dat de nadruk daarbij teveel komt te liggen op het individuele belang van appellant in plaats van de samenhangende afweging van deelbelangen en procedurele subjectivering zo ook tot materiële subjectivering leidt.[61]

2.4. Plaatsbepaling van het huidige bestuursprocesrecht

2.4.1. Bestuursprocesrecht onder de Awb

Bij de invoering van de Awb leek de wetgever aanvankelijk veel te voelen voor de figuur van de 'wederkerige rechtsbetrekking', die zou passen bij "*een andere benadering van de verhouding tussen bestuur en burger dan in de opvatting van het bestuursrecht in het begin van deze eeuw gebruikelijk was*."[62] De wetgever achtte het echter bij invoering van de Awb 'thans te vroeg' om aan deze overwegingen 'operationele gevolgen te verbinden'.[63] De traditionele inrichting van het bestuursprocesrecht

---

[53] Van den Berge 2016, p. 11.
[54] Hirsch Ballin 2015, p. 53.
[55] Goossens & Van den Berge, *NTB* 2018/28, p. 179; Tanja, *NTB* 2018/29, p. 185. Zie ook de andere bijdrage in het themanummer over responsief bestuur, *NTB* 2018, afl. 5.
[56] Zie met name Schreuder-Vlasblom 2017, p. 45-56; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 279-283.
[57] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 46; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 282; De Poorter 2010, p. 56.
[58] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 46.
[59] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 54.
[60] Polak e.a. 2004, p. 34; Schreuder-Vlasblom 2004, p. 82.
[61] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 53. Zie hierover §5.3.1.
[62] *Kamerstukken II*, 1988/89, 21221, nr. 3, p. 11.
[63] *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 35. Bovendien werd de notie van 'wederkerigheid', die impliceerde dat daar ook plichten voor de burger uit konden volgen, met zeer veel kritiek ontvangen, zie voetnoot 32.

als vernietigingsberoep werd daarom grotendeels behouden. Wel besloot de Awb-wetgever om als hoofdfunctie van het bestuursprocesrecht de rechtsbeschermingsnotie te kiezen, in plaats van het handhaven van het objectieve publiekrecht.[64] Die keuze kwam voort uit het besef dat de rechtspraak niet de meest geschikte plek is om het bestuur in het algemeen te controleren, omdat de rechter alleen oordeelt over de individuele zaken die hij bij toeval krijgt voorgelegd.[65] Dit betekent niet dat de absolute gebondenheid aan het recht losgelaten wordt, maar wel dat deze niet meer gehandhaafd wordt door het bestuursprocesrecht.[66] De bestuursrechtelijke procedure heeft dan wel een rechtmatigheidstoets tot gevolg, maar deze is dienstbaar aan de rechtsbescherming. In de toelichting wordt het begrip 'rechtsbescherming' echter niet nader gedefinieerd. Hoewel het in de literatuur nogal eens wordt gelijkgetrokken met het recours subjectif, kan het begrip rechtsbescherming meerdere gezichten aannemen. Zo kan een onderscheid gemaakt worden tussen het beschermen van 'rechten van burgers' of van 'het recht zelf'.[67] Waar vooral de eerste bij het recours subjectif past, kunnen procespartijen aan de laatste ook een vorm van rechtsbescherming ontlenen, zeker indien hun procespositie niet onder een subjectief recht te vangen valt.

Het Awb-procesrecht wordt door de meeste auteurs als een mengvorm tussen recours subjectif en recours objectif geduid.[68] Met het behoud van het vernietigingsberoep vertoont het duidelijk nog sterke trekken van het recours objectif.[69] Wel heeft de rechtsbeschermingsnotie geleid tot de introductie van een aantal subjectieve kenmerken.[70] Zo staat de procedure bij de bestuursrechter alleen open voor belanghebbenden (artikel 8:1 jo. Artikel 1:2 Awb) en is ook in het omgevingsrecht de getrapte *actio popularis* vrijwel afgeschaft. Op grond van artikel 8:69 lid 1 Awb bepaalt appellant de omvang van het geding en treedt de rechter daar, behalve op punten van openbare orde, niet buiten. Ook artikel 6:22 Awb is een duidelijke uitwerking van de subjectiveringstendens, waarbij schending van het recht niet tot vernietiging leidt indien niet aannemelijk is dat deze schending het belang van belanghebbenden schaadt. Volgens Van den Berge betekent met name de introductie van het relativiteitsvereiste uit artikel 8:69a Awb een significante beweging richting een meer relationeel bestuursrecht, waarbij de regels die de individuele rechtsverhouding normeren centraal staan.[71] Op grond van dit artikel vernietigt de bestuursrechter een besluit niet indien de ingeroepen rechtsnorm kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van degene die zich daarop beroept. Tegelijkertijd had de wetgever met het relativiteitsvereiste vooral de praktische doelstelling het bestuursrecht slagvaardiger te maken.[72] Nu het relativiteitsvereiste vooral de vernietigingsbevoegdheid van de rechter beperkt, is met het relativiteitsvereiste dan ook nog geen echte omslag naar een subjectief model gemaakt.[73] Hoewel gebaseerd op het Duitse *schutznorm*-vereiste, dat de subjectieve rechtspositie van appellant centraal stelt, stelt het Nederlandse relativiteitsvereiste het feitelijke *belang* van appellant centraal. Hij mag zich daarbij bijvoorbeeld ook algemene normen beroepen waarvan zijn belang in het verlengde ligt, zonder dat op voorhand duidelijk is dat deze zijn *rechtspositie* beschermen of hem een subjectief

---

[64] Kamerstukken II, 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 31.
[65] Zie ook M. Scheltema, *RM Themis* 1978, *p. 265*.
[66] Van Male, *NTB* 2013/11, p. 72-73,
[67] Zie Schreuder-Vlasblom 2017, p. 50; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 247-251.
[68] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1100-1101; Schreuder-Vlasblom 2017, p. 49. Scheltema noemt dit de 'onvolledige keuze van de Awb', zie M. Scheltema, *TREMA* 2011, p. 317.
[69] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1100-1101. Zie ook, De Poorter & De Graaf 2011, p. 24.
[70] Zie daarover uitgebreid Schueler 2009, p. 7-10.
[71] Van den Berge, *RM Themis* 2017, p. 45.
[72] Schlössels & Zijlstra 2014, p. 313-317. Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32 450, C, p. 9.
[73] De Poorter & De Graaf 2011, p. 27-29.

recht verlenen.[74] Zo mag Bergsma uit de 'Friese Wind'-casus zich beroepen op de geldende normen uit de Wet natuurbescherming en op de MER-plicht, omdat hij belang heeft bij een goed woon- en leefklimaat, ondanks dat bezwaarlijk kan worden gesteld dat hij een subjectief recht op naleving van die normen heeft.[75]

Op grond van deze ontwikkelingen lijkt met 'rechtsbescherming' vooral te worden bedoeld dat binnen het vernietigingsberoep de rechtmatigheidstoets slechts plaatsvindt voor zover het belang van de individuele appellant daarmee wordt beschermd; en niet meer ter handhaving van het gehele objectieve recht. Daarbij is het idee losgelaten dat iedere burger als onderdeel van de rechtsgemeenschap er belang bij heeft of 'recht' op heeft dat het gehele recht wordt gehandhaafd.[76] Deze ontwikkelingen zetten de positie van de individuele appellant meer centraal en 'subjectiveren' daarmee het bestuursprocesrecht. Tegelijkertijd betekent dit alles zeker (nog) geen ontwikkeling naar een zuiver subjectief stelsel, waarbij de subjectieve rechten van appellant centraal staan en zijn rechtspositie wordt vastgesteld.[77] Binnen het vernietigingsberoep beschermt de rechter het belang van appellant immers vooral door het besluit te vernietigen, waarna zijn rechtspositie uit een nieuwe algemene belangenafweging zal volgen.[78]

Tegelijkertijd wordt de rechtsbeschermingsfunctie door de Awb-wetgever expliciet gekoppeld aan de notie van geschilbeslechting.[79] Hoewel rechtsbescherming en geschilbeslechting volgens sommige auteurs twee verschillende functies zijn,[80] liggen zij wel in elkaars verlengde.[81] Vanuit rechtsbeschermingsperspectief wordt immers duidelijk dat de enkele vernietiging van het besluit, waarna het bestuur opnieuw (en wellicht hetzelfde) zal beslissen, de rechtszoekende burger vaak niet verder helpt. Onder invloed van onder andere artikel 6 EVRM is daarom het besef ontstaan dat daadwerkelijke rechtsbescherming vereist dat de rechter bindend oordeelt over de rechten en aanspraken van burgers. Het objectieve toetsingsmodel is hiertoe minder geschikt, omdat het feit dat het besluit vernietigd is op grond van een rechtmatigheidsgebrek, niets zegt over de juiste materiële rechtsvaststelling. Het bestuursprocesrecht zou zich daarom volgens de Awb-wetgever meer moeten richten op het geschil dat partijen daadwerkelijk verdeeld houdt en het zo bindend mogelijk beslechten daarvan. Vanaf de invoering van de Awb zijn er daarom meerdere instrumenten opgenomen die bijdragen aan de ontwikkeling van toetsing naar geschilbeslechting, zoals de bestuurlijke lus en de uitspraakbevoegdheid zelf in de zaak te voorzien.[82] Wel betekent het vasthouden aan het vernietigingsberoep dat partijen hun geschil alleen kunnen voorleggen indien dat een besluit betreft. De bestuursrechter kan dan ook niet bindend de rechtsverhouding tussen partijen vaststellen. Hoewel hij soms, door zelf in de zaak te voorzien, indirect hetzelfde materiële resultaat kan bereiken, blijft dit een vaststelling van het recht *erga omnes*.[83] Bovendien zal de rechter bij finale geschilbeslechting rekening moeten houden met de eventuele afwegingsruimte van het bestuur. In de afgelopen jaren heeft de bestuursrechter vanuit

---

[74] In die zin lijkt het relativiteitsvereiste ook meer op een congruentie-eis dan op een echte Schutznorm, zie De Poorter & Van Ettekoven, *NTB* 2013/30, par. 1 & par. 4.
[75] Zie ABRvS 13 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2011:BR1412, r.o. 2.7.9 voor de oude Natuurbeschermingswet en ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3554, r.o. 4.8 voor de MER-plicht.
[76] Van Male, 2013 *NTB* 2013/11.
[77] De Poorter & De Graaf 2011, p. 24.
[78] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 52.
[79] Kamerstukken II, 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 31.
[80] Zie bijvoorbeeld Schueler 2009, p. 7.
[81] Schlössels & Zijlstra 2017, p. 249.
[82] Zie hierover zeer uitgebreid Allewijn 2011, p. 59 e.v.
[83] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1142.

rechtsbeschermingsperspectief wel een steeds ruimere positie ten opzichte van het bestuur ingenomen en is bijvoorbeeld steeds iets 'voller' gaan toetsen op onevenredigheid.[84] Bovendien is ook de strikte lijn dat er alleen zelf kan worden voorzien indien er nog maar één juiste beslissing mogelijk was losgelaten. Desalniettemin blijkt uit de enkele constatering dat een besluit onevenredig is – ook als dit op een vollere toets is gebaseerd – niet wat dan wél evenredig is en zal zelf in de zaak voorzien vaak nog steeds niet mogelijk zijn indien er flinke afwegingsruimte overblijft.[85]

De focus op zowel rechtsbescherming als geschilbeslechting heeft ertoe geleid dat het bestuursprocesrecht zich in toenemende mate is gaan richten op de verhouding tussen overheid en individuele burger, datgene dat hen daarbinnen verdeeld houdt en de vraag wat daar, aan de hand van de rechtsnormen die het belang van appellant beschermen, de beste oplossing voor is. Beide ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de bestuursrechtelijke procedure steeds meer een *partijenproces* is geworden.[86] In plaats van dat de burger het besluit aanbrengt ter verificatie aan het recht, staat het geschil tussen overheid en burger centraal. De notie van ongelijkheidscompensatie is hierdoor meer naar de achtergrond verdwenen.[87] Burgers zullen daarom in eigen autonomie hun geschil moeten duiden, de omvang van het geding bepalen en hun stellingen moeten onderbouwen. Toch heeft het bestuursprocesrecht zich nog niet ontwikkeld tot een (zuiver) recours subjectif. De procedure blijft een vernietigingsberoep, waarbij zowel besluit, vernietiging als de eventuele voorziening van de rechter werking *erga omnes* hebben. De bestuursrechter heeft niet de bevoegdheid de rechtsverhouding tussen partijen bindend vast te stellen, zeker niet indien het bestuur opnieuw zal moeten beslissen en een afweging zal moeten maken tussen meer belangen dan alleen die van appellant.

2.4.2. Waardering van het huidige bestuursprocesrecht

De subjectivering van het bestuursprocesrecht wordt in de literatuur wisselend gewaardeerd. Voor sommige auteurs gaat zij niet ver genoeg; zij stellen dat het vernietigingsberoep geen daadwerkelijke rechtsbescherming biedt. Zo stelt Damen dat subjectivering binnen de huidige procedure slechts heeft geleid tot een versmalde rechtsbescherming en vergrote procesverantwoordelijkheid voor burgers, terwijl het vernietigingsberoep nog steeds uiterst 'bestuursvriendelijk' is.[88] Anderen wijzen juist op de risico's van subjectivering. Enerzijds kan worden gewezen op de taak van de rechter als algemeen tegengewicht van het bestuur. Zo kan de rechter in een subjectief stelsel minder goed de legitimiteit van het bestuur bewaken, terwijl dit volgens sommige auteurs nog wel een belangrijke taak van de bestuursrechter is.[89] In het verlengde hiervan ligt dat subjectivering bovenindividuele geschilbeslechting bemoeilijkt. Zo is het beroepsrecht voor organisaties die een collectief of een gedeeld belang vertegenwoordigen en daarmee juist de handhaving van het objectieve recht beogen, moeilijk in te passen in een subjectieve procedure.[90] In de casus van windmolenpark 'Friese Wind hebben zowel Stichting NEEwind als Stichting Natuurbescherming IJsselmeer de potentie door deelname aan de bestuursrechtelijke procedure te wijzen op rechtmatigheidsgebreken die bovenindividuele belangen beschermen

[84] Zie hierover uitgebreid Kegge, *JBplus* 2018/4.
[85] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1316.
[86] Schuurmans 2009, p. 149; Allewijn 2011, p. 63 e.v.
[87] Schuurmans 2009, p. 149.
[88] Damen, *AA* 2017, p. 635-636; Zie ook Tak 2014, p. 2880.
[89] Zijlstra 2003, p. 278-279; De Poorter & De Graaf 2011, p. 57-61. Aarzelend hierover is M. Scheltema, *TREMA* 2011, p. 319-320.
[90] Schuurmans, *NJB* 2013/1251, p. 1321. Zie voor een recent overzicht inzake (het debat over) het beroepsrecht van belangenorganisaties De Poorter & Van Heusden, *JBplus* 2017/10.

en de betrokken bestuursorganen zo tot rechtmatige besluitvorming te dwingen. Binnen deze opvatting biedt juist ook legitimiteitscontrole en bovenindividuele geschilbeslechting een vorm van effectieve rechtsbescherming. Dat betekent niet per se een terugkeer naar het klassieke bestuursprocesrecht: juist ook hier kan betoogd worden dat de veranderende verhouding tussen bestuur en samenleving een intensievere toets van de rechter rechtvaardigt dan een formele rechtmatigheidstoets. Ook de verantwoordelijkheid van de rechter voor rechtsontwikkeling komt in een gesubjectiveerd model minder uit de verf.[91] Uitspraken van rechters doen zich immers vaak gelden buiten het voorliggende geval, terwijl het in een subjectieve procedure lastiger is de bredere relevantie te bezien. Anderzijds signaleren, zoals reeds besproken in §2.3.2, sommige auteurs juist een spanning tussen subjectivering en klassieke bestuursrechtelijke kenmerken zoals het karakter van de overheid als gezagsorganisatie en de oriëntatie op het algemeen belang.[92]

2.4.3. Intermezzo: tegenstelling recours objectif en subjectif nader bezien

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat de tegenstelling tussen het recours objectif en subjectif eigenlijk geen zuivere is, en ook niet geheel geschikt om de ontwikkelingen in het Nederlandse bestuursprocesrecht te duiden.[93] Hier lopen immers meerdere debatten door elkaar heen, die bovendien sterk verweven zijn met het in §2.3 geschetste debat over de achterliggende verhouding tussen overheid, burger en rechter. Verhoudt het bestuur zich *erga omnes* of individueel jegens appellant? Op welk niveau dient de rechtsvaststelling vervolgens plaats te vinden: het algemene of het individuele? Wat is de rol van de rechter daarbij ten opzichte van het bestuur: een formele rechtmatigheidstoets, of kan hij zelfstandig vaststellen wat voor recht gehouden moet worden? Is de taak van de bestuursrechter het verwijderen van onrechtmatige besluiten uit de rechtsorde of het bieden van integrale en adequate rechtsbescherming aan belanghebbende? Deze discussie valt niet te reduceren tot de enkele vraag of de rechter schending van het gehele objectieve recht of van de subjectieve rechten van appellant moet toetsen. Men zou wellicht beter kunnen spreken van een bredere ontwikkeling van het klassieke bestuursrecht – met een focus op het algemene belang, het objectieve recht, afwegingsruimte voor het bestuur en de *erga omnes*-werking van besluit en vernietiging – naar een bestuursrecht dat zich oriënteert op het individu. Het Nederlandse bestuursprocesrecht is binnen deze ontwikkeling in feite 'tweepolig':[94] de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure richt zich op het individu, maar blijft voor de materiële rechtsvaststelling nog vrij dicht bij het klassieke bestuursrecht, dat aan de algemene belangenafweging door het bestuur hecht.

2.5. Toekomstperspectief: de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?

2.5.1. Van besluit naar rechtsbetrekking?

Vooralsnog houdt het Awb-bestuursprocesrecht aldus vast aan het vernietigingsberoep en het besluitbegrip. Volgens sommige auteurs levert deze inrichting echter problemen op vanuit rechtsbeschermingsperspectief, omdat de burger zijn rechtspositie niet integraal aan de rechter kan voorleggen.[95] Zo leidt het openstellen van de toegang tot de bestuursrechter aan de hand van één besluit soms tot

---

[91] De Poorter 2010, p. 21.
[92] Zie bijvoorbeeld Schlössels, *TREMA* 2011, p. 314; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 281; Schreuder-Vlasblom 2017, p. 45-56.
[93] Zie met vergelijkbare strekking De Poorter 2010, p. 14-15.
[94] Naar Schreuder-Vlasblom 2010.
[95] Zie voor een overzicht van deze problematiek Polak e.a. 2004, p. 74 e.v.; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 31-42.

versnippering van rechtsbescherming, met name indien binnen één geschil meerdere besluiten genomen worden. Daarnaast neemt niet al het handelen dat de rechtspositie van de burger raakt, de vorm van een besluit aan, zoals het geval bij voorbereidings- en uitvoeringshandelingen, bevoegdhedenovereenkomsten en verzoeken om schadevergoeding. In de praktijk heeft de bestuursrechter sommige van deze problemen opgelost door (de reactie van het bestuur op) dergelijke geschilpunten aan te merken als besluit, zoals bijvoorbeeld voor het bestuurlijk rechtsoordeel en in het verleden het zelfstandig schadebesluit. Deze oplossing is binnen het besluitbegrip wel enigszins gekunsteld, nu het eigenlijk gaat om de subjectieve positie van appellant.[96]

Vanuit verschillende hoeken wordt dan ook hervorming van het bestuursprocesrecht bepleit, zodat dat zich volledig op zijn rechtsbeschermingsfunctie kan richten. Het meest verstrekkende voorstel daartoe is om de gehele bestuursrechtelijke rechtsbescherming op te hangen aan de subjectieve bestuursrechtelijke rechtsbetrekking of rechtsverhouding.[97] Tegelijkertijd lijkt er onder de meeste auteurs de consensus te bestaan dat het geheel loslaten van een algemene procedure niet past bij de aard van besluitvorming als eindproduct van gezaghebbend overheidsoptreden. Daarom stelt de Commissie Rechtsbescherming van de VAR voor om op termijn de bestuursrechtelijke procedure te ontvlechten in een objectieve en subjectieve rechtsgang.[98] Het vernietigingsberoep, dat goed past bij de aard van het bestuursrecht én vaak ook een effectieve remedie biedt voor burgers, wordt daarbij behouden. Voor het omringende bestuursrecht zou de procedure moeten worden uitgebreid met een verzoekschriftprocedure, met als rechtsingang de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.[99] In vergelijkbare zin doen Van Ommeren en Huisman in hun VAR-preadvies het voorstel om als rechtsingang tot de rechter de rechtsbetrekking te introduceren, waarvan het besluit wel het hart blijft.[100] Voor vorderingen die accessoir zijn aan het besluit zou appellant zich door middel van een verzoekschrift tot de rechter moeten kunnen richten.[101] Met de introductie van de zelfstandige verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding voor appellabele besluiten in titel 8.4 Awb is door de wetgever inderdaad een eerste stap in deze richting gezet.

Deze voorstellen zouden voor het bestuursprocesrecht onmiskenbaar een sterke verschuiving naar een recours subjectif betekenen, omdat de bestuursrechter hiermee de bevoegdheid krijgt om bindend te oordelen over de subjectieve rechtspositie van appellant. De genoemde voorstellen zijn verder vooral vormgegeven als een praktisch antwoord op de gesignaleerde knelpunten in de praktijk en lijken niet direct de meer fundamentele verschuiving van de materiële relatie tussen bestuur, burger en rechter zoals uiteengezet in § 2.2.2 op het oog te hebben.[102] Dit is ongetwijfeld het gevolg van het feit dat de voorstellen het besluit als de kern behouden en de verzoekschriftprocedure zien als een aanvulling hierop. Afhankelijk van de verhouding tussen het vernietigingsberoep en de mogelijke ver-

---

[96] Polak e.a. 2004, p. 44-45.
[97] Zie in verstrekkende vorm Pront-van Bommel 2003, p. 281-285; Ook de oplossingsrichting van Allewijn neigt naar de rechtsbetrekking, zie Allewijn 2011, p. 44.
[98] Polak e.a. 2004, p. 82-84.
[99] Polak e.a. 2004, p. 82; 90.
[100] Van Ommeren & Huisman 2013, p. 93.
[101] In dezelfde serie VAR-preadviezen komt De Graaf via een vergelijking met het Franse en Duitse recht tot een vergelijkbare conclusie en stelt hij voor dat het besluitenrecht moet worden aangevuld met een spoedprocedure en een verzoekschriftprocedure voor een gebod, verbod of declaratoire uitspraak. Ook deze procedure wordt opgehangen aan handelingen, rechten en plichten die rechtstreeks verband houden met een appellabel besluit. Zie De Graaf 2013, p. 306 e.v.
[102] Zo bepleit de VAR-commissie Rechtsbescherming 'geen radicale breuk met het huidige stelsel' voor ogen te staan, Polak e.a. 2004, p. 77.

zoekschriften, leveren deze voorstellen echter wel deze materiële verschuiving en de daaraan gekoppelde problematiek op. De relevante vraag is dan of de bestuursrechter met deze verzoekschriften slechts de huidige rol van de burgerlijke rechter overneemt (door de subjectieve rechten van appellant zoals deze volgen uit de afgeronde besluitvorming te beschermen); of dat hij bij het vaststellen van de subjectieve rechtspositie van appellant nog zelfstandig over de materiële inhoud van de besluitvorming kan oordelen. In de volgende hoofdstukken van deze scriptie staat deze vraag centraal specifiek voor de verhouding tussen het vernietigingsberoep en het verzoekschrift tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad. Ook voor de overige mogelijke verzoekschriften – zoals het verkrijgen van een verklaring voor recht – is echter op voorhand duidelijk dat de mogelijkheid dit verzoekschrift geheel los van het vernietigingsberoep in te stellen, de vraag oproept hoe de rechter moet vaststellen wat de rechtens juiste situatie zou moeten zijn en hoe hij zich daarbij tot het vernietigingsberoep zou moeten verhouden. Deze vraag speelt des te meer indien dit een afweging vereist waarbij meerdere belangen zijn betrokken dan dat van appellant.

2.5.2. Twee- of meerpartijengeschillen

Deze laatste constatering raakt nauw aan het onderscheid tussen geschillen waarbij het bestuurshandelen vrijwel alleen gevolgen heeft voor één individuele burger (tweepartijengeschillen) en geschillen waarbij het bestuurshandelen juist meerdere burgers raakt (meerpartijengeschillen).[103] In veel tweepartijengeschillen – zoals in grote delen van het socialezekerheidsrecht – volgt het juiste rechtsgevolg vrij scherp uit de relevante wetgeving en is het besluit de concrete toepassing daarvan. Voor meerpartijengeschillen – zoals in het ruimtelijk ordeningsrecht – moet het bestuur juist nog een afweging maken tussen deze belangen. In de praktijk gelden de theoretische bezwaren tegen het bindend vaststellen van de rechtspositie van appellant – zoals uiteengezet aan het einde van §2.3.2 - minder voor tweepartijengeschillen dan in meerpartijengeschillen.[104] De rechtspositie van de individuele burger is dan immers minder verweven met een *erga omnes* afweging van meerdere belangen, maar volgt vooral uit de toepassing van de wet door het bestuursorgaan in de specifieke verhouding met appellant. In de huidige rechtspraktijk stelt de rechter de rechtspositie vaak ook al zelf vast door zelf in de zaak te voorzien.[105] Uitbreidingen van de bevoegdheid van de bestuursrechter betekenen in dit soort gevallen ook geen grote theoretische verschuiving, maar bieden vooral een oplossing voor in de praktijk ervaren problemen, zoals het versnipperen van de rechtsbescherming over meerdere besluiten. Een voorbeeld hiervan is het voorstel van Scheltema inzake integrale geschilbeslechting in het sociaal domein, waarbij de burger integraal bezwaar en beroep kan instellen over zijn aanspraken die voortvloeien uit de Wmo en de Participatiewet, zonder een besluit centraal te stellen.[106] Het zelfstandig vaststellen van de rechtspositie van één individuele appellant is daarom vooral bij complexe besluit-

[103] Polak e.a. 2004, p. 28.

[104] Overigens wordt dit onderscheid niet door iedereen aanvaard. Zo stelt Schreuder-Vlasblom dat ook in tweepartijengeschillen het bestuur altijd een afweging van het algemeen belang maakt en men ook daar het normerende en samenhangende karakter van de besluitvorming niet uit het oog moet verliezen, zie Schreuder-Vlasblom 2017, p. 24.

[105] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1317. Wel blijft dit op theoretisch niveau een vaststelling *erga omnes* in plaats van een vaststelling van de verhouding tussen partijen, zie §2.4.1.

[106] M. Scheltema 2017. Wel is bij de casus die onder dit wetsvoorstel vallen (anders dan in traditionele tweepartijengeschillen) vaak ook de private zorgaanbieder betrokken. Opvallend is dat Scheltema voorstelt dat de burger integraal tegen zowel het handelen van bestuursorganen als deze aanbieder kan opkomen. Kritisch hierover is Den Ouden, *NTB* 2018/10.

vorming – waar meerdere tegengestelde belangen betrokken zijn en het bestuur ruime afwegingsruimte heeft – problematisch. Als bijvoorbeeld in de 'Friese Wind'-casus iedere betrokken partij zijn rechtspositie afzonderlijk kan laten vaststellen, ontstaat het risico dat de belangenafweging van het project geheel versnipperd raakt. Daarvoor kent het bestuursrecht juist het vernietigingsberoep, waarbij alle belanghebbenden aan bod kunnen komen, aandacht is voor de afwegingsruimte van het bestuur en de uitspraak duidelijkheid biedt aan iedereen.[107] In het vervolg van deze scriptie zal daarom juist voor dit type besluitvorming de verhouding tussen het vernietigingsberoep en de subjectieve schadevergoedingsactie worden bezien. Wel zal in hoofdstuk 6 nog kort worden ingegaan op de relevantie van sommige van de bevindingen voor tweepartijengeschillen.

2.6. Resumé

Het debat over het Nederlandse bestuursprocesrecht is momenteel volop in ontwikkeling, aangejaagd door zowel normatief-theoretische overwegingen over aard en functie van bestuursrecht in bredere zin als praktische overwegingen van de werking de bestuursrechtelijke procedure in de praktijk en de mate waarin dit tegemoet komt aan de realiteit van de burger. Het bestuursprocesrecht is zich daarbij binnen het vernietigingsberoep weliswaar steeds meer gaan richten op rechtsbescherming en geschilbeslechting, maar heeft zich voorlopig nog niet ontwikkeld tot een zuiver recours subjectif. Daarvoor zou het immers mogelijk moeten worden voor de bestuursrechter om de subjectieve rechtspositie van de individuele appellant zelfstandig vast te stellen. In de afgelopen jaren zijn verscheidene voorstellen in die richting gedaan, waarbij de procesrechtelijke ingang van het individuele verzoekschrift veel aandacht krijgt als uitgelezen subjectieve procesmogelijkheid naast het vernietigingsberoep. Desalniettemin levert een zelfstandige subjectieve rechtsvaststelling wel spanning op met de klassieke uitgangspunten van het Nederlandse bestuursrecht: de afweging in het algemeen belang, de beleidsruimte van het bestuur en de *erga omnes*-werking van bestuurlijk besluit en rechterlijke uitspraak.

[107] Polak 2006, p. 103.

3. Overheidsaansprakelijkheid voor appellabele besluiten: plaatsbepaling in het bestuursprocesrecht.

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal vanuit het in hoofdstuk 2 geschetste bestuursprocesrechtelijke kader meer specifiek naar het overheidsaansprakelijkheidsrecht worden gekeken. Hoewel de mogelijkheden om schadevergoeding te krijgen voor overheidshandelen zich met name bij de burgerlijke rechter hebben ontwikkeld, heeft het recht zich op grond van het publiekrechtelijke karakter van het besluit als schadeoorzaak altijd al moeten buigen over de vraag in welke procedure en op welke wijze daarover geoordeeld moet worden. Deze binding met het bestuursprocesrecht is alleen maar sterker geworden door de toenemende rol voor de bestuursrechter als schaderechter voor overheidshandelen. Hoewel daarmee in potentie belangrijke afstemmingsproblematiek wordt opgelost, blijft ook voor de bestuursrechter de vraag spelen hoe de individuele schadevordering zich verhoudt tot het overwegend objectieve karakter van het besluit.

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht op welke wijze het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht aansluiting zoekt bij het bestuursprocesrecht en in welke mate daarbinnen voor verandering wordt gepleit. Daartoe zal eerst worden bekeken hoe het overheidsaansprakelijkheidsrecht historisch is gegroeid als aanvulling op het vernietigingsberoep en hoe het zich daar vandaag de dag tot verhoudt (§3.2). Op grond daarvan zal het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht inzake appellabele besluiten binnen het recours objectif/subjectif geplaats worden (§3.3). Ten slotte zullen aan de hand van de kritiek op het huidige stelsel enkele voorstellen tot verdergaande subjectivering van het overheidsaansprakelijkheidsrecht worden uiteengezet (§3.4).

3.2. Overheidsaansprakelijkheid in historisch perspectief: van aanvullende individuele rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter

3.2.1. Opkomst overheidsaansprakelijkheidsrecht bij burgerlijke rechter

Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, richt de bestuursrechtelijke procedure zich van oudsher op de handhaving van het objectieve recht in het algemeen belang, met als gevolg de vernietiging van besluiten *erga omnes*. Binnen het bestuursproces is het vaststellen van de subjectieve rechtspositie van appellant – bijvoorbeeld in de vorm van het recht op een schadevergoeding – daarom lang niet mogelijk geweest. Toch is het juist het individu – en niet de collectieve gemeenschap – dat de gevolgen van onrechtmatige besluiten in de praktijk ondervindt. Indien deze schade al geleden is, biedt vernietiging van het besluit vaak geen rechtsherstel meer. Het is in dit kader dat de burgerlijke rechter zijn rol in het bieden van *aanvullende rechtsbescherming* heeft ontwikkeld, zodat het individu zijn schade kan verhalen op de overheid. Een belangrijke mijlpaal hierin is het arrest *Noordwijkerhout/Guldemond*. Hierin bepaalde de Hoge Raad dat de burgerlijke rechter bevoegd is zodra eiser stelt in een burgerlijk recht te zijn geraakt; ook als dit door de overheid in de uitoefening van een publieke taak gebeurt (bijvoorbeeld door het nemen van besluiten).[108] Om een werkbare taakverdeling met de bestuursrechter te waarborgen, zal de burgerlijke rechter zich wel niet-ontvankelijk verklaren indien er een vergelijkbare rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat.[109] De mogelijkheid tot overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad werd vervolgens gebaseerd op de klassieke 'gemene rechtsleer'. Volgens

[108] HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, *NJ* 1916, p. 407 (*Noordwijkerhout/Guldemond*).
[109] HR 25 november 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6111, *AB* 1978/1, m.nt. Stellinga (*Plassenschap Loosdrecht/Nagtegaal en Bavelaar).*

deze leer is het privaatrecht het algemene recht; dat ook van toepassing is op overheidshandelen, tenzij het publiekrecht een andere regeling treft.[110] Omdat de bestuursrechter geen schadevorderingen toe kon kennen en de wetgever nooit tot een materiële publiekrechtelijke regeling van overheidsaansprakelijkheid is gekomen,[111] achtte de burgerlijke rechter zich bevoegd om op grond van onrechtmatige daad (artikel 1401 BW (oud)/artikel 6:162 BW) een recht op schadevergoeding toe te kennen aan de individuele appellant. De mogelijkheid tot overheidsaansprakelijkheid werd door de Hoge Raad aanzienlijk verstevigd door in het *Ostermann*-arrest te bepalen dat ook de overtreding van een *publiekrechtelijk* voorschrift tot civielrechtelijke onrechtmatigheid leidt.[112] Nadat de Hoge Raad in 1919 met *Lindebaum/Cohen* strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid als onrechtmatigheidscriterium introduceerde, volgde dit enkele jaren later ook voor overheidsoptreden, vormgegeven door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[113] Op deze wijze werd het mogelijk om de overheid aan te spreken op een op hoofdlijnen vergelijkbare wijze als iedere andere burger. Hiermee zette de Hoge Raad een punt achter de opvatting dat de beoordeling van publiekrechtelijk overheidsoptreden niet bij de burgerlijke rechter, maar enkel in de daarvoor aangewezen bestuursrechtelijke procedure kan plaatsvinden.[114]

3.2.2. Verschuiving rechtsmacht van burgerlijke rechter naar bestuursrechter

Vanouds werd dus vooral de burgerlijke rechter als dé schadevergoedingsrechter voor onrechtmatig overheidshandelen gezien. Vanaf de jaren ’90 werd echter ook de bestuursrechter steeds vaker bevoegd, onder andere door het zelfstandig en onzelfstandig schadebesluit en de introductie van artikel 8:73 Awb.[115] De wetgever had hierbij een groeimodel voor ogen waarbij de bestuursrechter geleidelijk aan steeds meer het schadeaspect van onrechtmatige besluiten zou afhandelen. Tegelijkertijd bleef echter ook de burgerlijke rechter nog bevoegd. Omdat de complexiteit van de hierdoor ontstane bevoegdheidsverdeling de wetgever niet beviel, is uiteindelijk in 2013 de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in werking getreden. Deze wet introduceert in titel 8.4 Awb een zelfstandige verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter, waarmee de benadeelde kan verzoeken om schadevergoeding voor schade veroorzaakt door onrechtmatige appellabele besluiten of onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van onrechtmatige besluiten (artikel 8:88 Awb). De wet introduceert bovendien een exclusieve bevoegdheidsverdeling, waarbij de burgerlijke rechter alleen nog bevoegd is in zaken op het terrein van de Afdeling of het CBb indien de gevraagde vergoeding hoger is dan €25.000 (artikel 8:89 Awb).

Deze bevoegdheidsverschuiving naar de bestuursrechter valt (deels) te verklaren door de toenemende subjectivering van het bestuursprocesrecht (zoals uiteengezet in hoofdstuk 2). Het komt de rechtsbescherming immers niet ten goede indien de burger twee procedures dient te volgen, waarvan één bij de als duur en ontoegankelijk ervaren burgerlijke rechter. Dat de bestuursrechtelijke procedure niet langer diende ter handhaving van het objectieve recht, maar juist voor individuele rechtsbescher-

---

[110] Van Ommeren, *AA* 2012, p. 562.
[111] Ondanks dat daartoe lange tijd wel een wens heeft bestaan; zie daarover uitgebreid Di Bella 2012.
[112] HR 20 november 1924, ECLI:NL:HR:1924:AG1795, *NJ* 1925, p. 89 (*Ostermann*).
[113] HR 29 juni 1929, *NJ* 1928, p. 1138, m.nt. E.M. Meijers (*Strooppot*); HR 5 mei 1933, ECLI:NL:HR:1933:36, *NJ* 1933, p. 875, m.nt. E.M. Meijers (*Meerboeien*).
[114] Konijnenbelt 2016, p. 16.
[115] Zie voor een uitgebreide weergave van deze ontwikkeling Hartlief 2015. Omdat zowel artikel 8:73 als het zelfstandig en onzelfstandig schadebesluit geen verdere betekenis meer hebben voor de huidige situatie en daarmee voor deze scriptie, zullen zij verder onbehandeld blijven.

ming, maakte de introductie van een individuele verzoekschriftprocedure mogelijk. Met deze bevoegdheidsverschuiving naar de bestuursrechter veranderde ook de rechtsgrondslag van de onrechtmatige overheidsdaad naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'.[116] Op grond hiervan is het privaatrecht niet zozeer rechtstreeks van toepassing op het publiekrecht, maar ligt aan beide een gemeenschappelijk recht ten grondslag dat in beide rechtsgebieden een zelfstandige betekenis krijgt.[117] Voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht betekent dit dat zowel artikel 6:162 BW als de (toen nog) in artikel 8:73 Awb neergelegde aansprakelijkheidsgrondslag zijn gebaseerd op "het algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden".[118] Dit maakt publiekrechtelijke inkleuring van de onrechtmatige-daaddoctrine mogelijk.

3.3. Plaatsing van het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht in het recours objectif/subjectif

3.3.1. Grondslagen van het overheidsaansprakelijkheidsrecht

De mogelijkheid om met een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad de subjectieve rechtspositie tegenover de overheid te laten vaststellen bij de burgerlijke rechter heeft zich dus ontwikkeld als aanvulling in individuele rechtsbescherming op het traditionele recours objectif. In deze vordering wordt de subjectieve rechtspositie van de individuele burger vastgesteld. Tegelijkertijd wordt uit de grondslagen van overheidsaansprakelijkheid duidelijk dat ook binnen een meer objectief georiënteerd stelsel op theoretisch niveau plaats is voor een dergelijke vordering. Over die grondslag is veel geschreven, maar deze wordt tegenwoordig doorgaans getraceerd tot de rechtsstaatsgedachte.[119] Door de actie uit onrechtmatige overheidsdaad worden burgers beschermd in het vertrouwen dat zij als onderdeel van de rechtsgemeenschap mogen hebben in rechtmatig bestuur.[120] Indien dat vertrouwen wordt beschaamd door onrechtmatig overheidshandelen, betekent de gebondenheid van de overheid aan het recht dat de schade die daar het gevolg van is, dient te worden vergoed.[121] Dat is in feite de 'individuele' uitwerking van de gedachte die aan het op het collectief georienteerde klassieke bestuursrecht ten grondslag ligt (zoals uiteengezet in § 2.2.1). Waar de rechtsgemeenschap het recht heeft gevrijwaard te blijven van onrechtmatige besluiten en deze dus vernietigd dienen te worden, heeft het individu als onderdeel van die gemeenschap tevens het recht om gevrijwaard te blijven (of in financiële zin gevrijwaard te worden) van de gevolgen daarvan. Dit leidt in een objectief georiënteerd rechtsstelsel tot een streng aansprakelijkheidsregime voor de overheid, waarbij alle schade die het gevolg is van onrechtmatig handelen in principe voor vergoeding in aanmerking komt.

3.3.2. Formele rechtskracht en oneigenlijke formele rechtskracht: materiële rechtsvaststelling

Dat de vordering uit onrechtmatige overheidsdaad aanvullende en subjectieve rechtsbescherming biedt, dient los gezien te worden van de wijze waarop de materiële rechtsvaststelling plaatsvindt. De burgerlijke rechter heeft in de afgelopen decennia aan de hand van een tweetal leerstukken laten zien

---

[116] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1388; Van Ommeren 2012, p. 571-572. De gemene rechtsleer kwam immers vooral van pas voor de burgerlijke rechter om aanvullende rechtsbescherming te bieden, terwijl de bestuursrechter nu juist een publiekrechtelijke inkleuring aan overheidsaansprakelijkheid wilde geven.
[117] Zie in vergelijkbare zin Scheltema & Scheltema 2013, p. 5.
[118] ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*).
[119] Scheltema & Scheltema 2013, p. 331.
[120] Schueler 2006b, p. 213 e.v.
[121] Polak 2012, p. 138.

dat deze plaats dient te vinden in de traditioneel objectief georiënteerde bestuursrechtelijke procedure: de formele rechtskracht en de oneigenlijke formele rechtskracht. In de arresten *Sint Oedenrode/Driessen* en *Van Gog/Nederweert* bepaalde de Hoge Raad dat de burgerlijke rechter bij zijn rechtmatigheidsoordeel over appellabel overheidshandelen aansluiting dient te zoeken bij het oordeel van de bestuursrechter, dat in de procedure bij de burgerlijke rechter bindende kracht heeft.[122] Met de vernietiging van het besluit bij de bestuursrechter is daarmee ook de onrechtmatigheid in de schadevordering gegeven. De Hoge Raad geeft hiervoor drie redenen: voorkomen moet worden a) dat partijen opnieuw moeten strijden over hetzelfde punt; b) dat de burgerlijke rechter tot een ander oordeel komt dan de bestuursrechter en c) dat de burgerlijke rechter oordeelt over vragen die de gespecialiseerde bestuursrechter toekomen (het specialisatie-argument).[123] Deze regel – die in lijn van de hierna besproken formele rechtskracht de 'oneigenlijke formele rechtskracht' wordt genoemd – leunt sterk op het *Ostermann*-arrest, waarin publiekrechtelijke en tot vernietiging leidende onrechtmatigheid enerzijds en civielrechtelijke en aansprakelijkheidsvestigende onrechtmatigheid anderzijds gelijkgesteld werden.

In *Heesch/Van de Akker* introduceerde de Hoge Raad vervolgens de andere kant van de medaille: de leer van de formele rechtskracht.[124] Indien tegen het schadeveroorzakende overheidshandelen bezwaar en beroep heeft opengestaan, maar daar geen gebruik van is gemaakt of dat ongegrond is verklaard, dan zal dat handelen in een schadevordering voor rechtmatig worden gehouden en de vordering worden afgewezen. Voor deze regel worden doorgaans drie redenen genoemd: a) voorkomen moet worden dat burgerlijke rechter en bestuursrechter tot een ander oordeel komen; b) het oordeel over de rechtmatigheid van besluiten komt bij uitstek toe aan de bestuursrechter (het specialisatie-argument) en c) in het belang van rechtszekerheid kan er niet na de bezwaar- en beroepstermijnen nog twijfel bestaan over de rechtsgeldigheid van een besluit.[125] In *Kaveka/Apeldoorn* bepaalde de Hoge Raad bovendien dat na vernietiging van een besluit de onrechtmatigheid daarvan alleen zal worden aangenomen in de schadevordering van degene die het vernietigingsberoep heeft ingesteld en gewonnen.[126] Voor burgers die schade veroorzaakt door appellabele besluiten vergoed willen krijgen, betekent dit dat zij binnen de daarvoor geldende termijn bezwaar en beroep moeten instellen en het besluit bij de bestuursrechter vernietigd moeten krijgen. Indien zij dat nalaten of daarin niet slagen, wordt de schadeoorzaak voor rechtmatig gehouden en kan geen schadevergoeding (uit onrechtmatige daad) worden verkregen.

De burgerlijke rechter heeft zich dus bevoegd geacht om te oordelen over schadevorderingen jegens de overheid, maar laat het materiële rechtmatigheidsoordeel wel over aan het beroep bij de daarvoor ingestelde bestuursrechter. Dit beroep laat zich nog steeds kenmerken als een recours objectif, dat zich richt op een algemene rechtsvaststelling in samenwerking tussen bestuur en rechter. Is de rechtsvaststelling eenmaal afgerond, dan spelen de argumenten die spreken voor een aparte bestuursrechtelijke procedure – zoals machtenscheiding, gerichtheid op het algemeen belang en behoefte aan rechtszekerheid – minder en stelt de burgerlijke rechter de subjectieve rechtspositie tussen burger en overheidsinstantie vast.[127]

---

[122] HR 24 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4771, *AB* 1984/399, m.nt. E.M. van Eijden (*Sint Oedenrode/Driessen)*; HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, *AB* 1992/290 (*Van Gog/Nederweert*).
[123] HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, *AB* 1992/290 (*Van Gog/Nederweert*), r.o. 3.4.
[124] HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986AC9347, *AB* 1986/573, m.nt. F.H. van der Burg (*Heesch/Van de Akker*).
[125] Zie de conclusie van A-G Mok bij HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1700, *AB* 1995/541, m.nt. T.G. Drupsteen (*Smit/Staat*), 2.1.3.
[126] HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *AB* 1998/416, m.nt. T.G. Drupsteen (*Kaveka/Apeldoorn*).
[127] De Graaf 2013, p. 223.

De leerstukken van de formele rechtskracht en de oneigenlijke formele rechtskracht zijn oorspronkelijk ontwikkeld door de burgerlijke rechter, die zich geconfronteerd zag met vraagstukken van rechtsmachtverdeling. Desalniettemin gelden zij onverminderd indien de bestuursrechter over de schadeactie oordeelt.[128] Ook de bestuursrechter zal dus bij de subjectieve rechtsvaststelling voor het materiële rechtmatigheidsoordeel leunen op het vernietigingsberoep. Zo bezien betekent het specialisatieargument niet zozeer dat de vraag naar de rechtmatigheid van een besluit moet worden beantwoord door de meer ervaren bestuursrechter, maar vooral in de daarvoor ingerichte procedure.[129] In hoofdstuk 5 zal uitgebreid worden ingegaan op de geldigheid van dit argument.

3.3.3. De onrechtmatige daad: een relationele vordering

Hoewel de vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad dus aansluiting zoekt bij het recours objectif, is de vordering zelf een subjectieve. De onrechtmatige daad is immers een *relationele vordering:* aansprakelijkheid ontstaat pas indien gedaagde *jegens* eiser een onrechtmatige daad heeft gepleegd.[130] Het automatisch aannemen van onrechtmatigheid indien vernietiging heeft plaatsgevonden, lijkt daar op het eerste gezicht niet bij aan te sluiten.[131] Omdat de overheid (in tegenstelling tot burgers) op grond van het legaliteitsbeginsel voor al haar handelen een rechtsgrondslag nodig heeft, is op een gedaagde overheidspartij veel meer recht van toepassing dan op een niet-overheidspartij.[132] Veel van de normen die tot vernietiging leiden, zijn bovendien specifiek opgesteld om het besluitvormingsproces te normeren en niet om de juiste materiële uitkomst te dicteren, omdat het recht de afwegingsruimte van het bestuur respecteert. Indien een dergelijke (vaak formele) norm wordt overtreden, dient het besluit in de bestuursrechtelijke procedure wel te worden vernietigd, maar moet het bestuur daarna vaak een nieuwe afweging maken, waarna inhoudelijk hetzelfde besluit kan volgen.

Het overheidsaansprakelijkheidsrecht geeft inkleuring aan het relationele/subjectieve karakter van de onrechtmatige daad door de vereisten van relativiteit en causaliteit. Deze vereisten verkrijgen op grond van de gemeenschappelijke rechtsleer hun eigen 'publiekrechtelijke inkleuring'.[133] Op grond van het relativiteitsvereiste leidt onrechtmatigheid alleen tot aansprakelijkheid indien de geschonden norm eiser beoogde te beschermen tegen de (vermogens)schade die hij heeft geleden.[134] Omdat formele normen vaak geen zelfstandig beschermingsbereik hebben, komt dit er in de praktijk op neer dat vernietiging in de bestuursrechtelijke procedure weliswaar leidt tot *onrechtmatigheid* in de subjectieve schadevordering, maar dat *aansprakelijkheid* pas ontstaat indien er een materiële norm jegens eiser is geschonden.[135] Het causaliteitsvereiste geeft vervolgens uiting aan de mogelijkheid dat de schade

---

[128] Zie bijvoorbeeld voor de situatie voor 1 januari 2013, ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3200, *AB* 2012/87, m.nt. C.A. Geleijnse & W. den Ouden; Scheltema & Scheltema 2013, p. 364; Zie voor de huidige situatie Van Ettekoven e.a., *O&A* 2018/23, p. 44 e.v.

[129] Ook de Hoge Raad verwijst soms niet zozeer naar 'de bestuursrechter', maar naar de 'bestuursrechtelijke procedure' bij het rechtvaardigen van de formele rechtskracht. Zie HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *AB* 1998/416, m.nt. T.G. Drupsteen (*Kaveka/Apeldoorn*), r.o. 3.3.

[130] Van den Berge, *RM Themis* 2017, p. 46-48.

[131] Hennekens 2001, p. 86 e.v.

[132] Polak 2012, p. 142-143.

[133] Ook voor de introductie van de gemeenschappelijke rechtsleer verkreeg het onrechtmatige-daadrecht overigens al een publiekrechtelijke inkleuring op grond van de 'gemengde rechtsleer', waarbij publiekrechtelijke normen zich ook in privaatrechtelijke leerstukken kunnen laten voelen, zie Schlössels en Zijlstra 2010, p. 1388; Van Ommeren, *AA* 2012, p. 563-565.

[134] Zie uitgebreid Di Bella 2014, p. 119 e.v.

[135] Sanderink 2015, p. 642.

weliswaar wordt veroorzaakt door het onrechtmatige besluit, maar niet door de onrechtmatigheid die daaraan kleeft. Daarom nemen zowel Afdeling als Hoge Raad aan dat causaliteit ontbreekt indien aannemelijk is dat het bestuursorgaan, indien het rechtmatig had gehandeld, een besluit had genomen dat dezelfde schade had veroorzaakt.[136] Als het bestuursorgaan na vernietiging een besluit neemt dat dezelfde schade veroorzaakt, levert dit het bewijsvermoeden op dat het dit in eerste instantie ook had gedaan.[137] Of eiser zijn schade vergoed kan krijgen, hangt dus af van de vraag wat de feitelijke schadeoorzaak is. In de meeste gevallen wordt de schade van appellant veroorzaakt door het materiële rechtsgevolg van het besluit. Is dat het geval, dan bestaat geen causaal verband tussen de onrechtmatigheid die aan het besluit kleeft en de schade, indien bij rechtmatig handelen hetzelfde rechtsgevolg was ontstaan.[138]Aansprakelijkheid jegens eiser voor schade veroorzaakt door het rechtsgevolg van het besluit, ontstaat dus doorgaans slechts indien *het bereikte materiële resultaat* jegens eiser onrechtmatig is.

3.3.4. Tussenconclusie

In een rechtsstelsel dat sterk op de rechtsstaatgedachte leunt, worden publiekrechtelijke normschendingen gezien als onrechtmatig richting de collectieve rechtsgemeenschap. Dit leidt daarom tot vernietiging in de bestuursrechtelijke procedure. Het individu heeft als onderdeel van die rechtsgemeenschap eveneens recht op rechtsherstel, maar enkel indien de overheid ook specifiek onrechtmatig *jegens hem* heeft gehandeld. De schadevordering is daarmee een subjectieve vordering. Door de relativiteits- en causaliteitsvereisten ontstaat aansprakelijkheid jegens het individu slechts indien het bereikte resultaat jegens hem onrechtmatig is. Toch is deze individuele vordering in het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht qua materiële rechtsvaststelling vooral een nadere uitwerking van de algemene bestuursrechtelijke rechtsgang. De vraag óf er onrechtmatig is gehandeld en de vraag wat de juiste materiële rechtsvaststelling is, worden beide beantwoord in de klassieke bestuurlijke besluitvorming en bestuursrechtelijke procedure. Pas nadat deze is afgerond kan de individuele burger eventueel zijn eigen schade afsplitsen uit de collectieve afweging door een vordering of verzoekschrift tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad in te dienen. In deze procedure wordt zijn individuele rechtspositie vastgesteld, zoals deze volgt uit de algemene bestuursrechtelijke rechtsvaststelling.

Dat de rechtsmacht voor schadeverzoeken uit onrechtmatige appellabele besluit is verschoven naar de bestuursrechter, verandert bovenstaand beeld niet substantieel. De verzoekschriftprocedure uit titel 8.4 Awb subjectiveert het bestuursprocesrecht wel in die zin, dat daar nu een individuele rechtspositie vastgesteld wordt. De bestuursrechter neemt daarbij echter alleen de taak over die voorheen door de burgerlijke rechter wordt vervuld. Voor de materiële rechtsafweging is ook de bestuursrechter nog afhankelijk van het nog steeds overwegend objectieve vernietigingsberoep.

3.4. Toekomstperspectief: voorstellen tot verandering

3.4.1. Scheiden van vernietigingsberoep en schadevergoedingsactie

Het huidige stelsel en de achterliggende oriëntatie op het recours objectif leunen sterk op de leerstukken van de formele en de oneigenlijke formele rechtskracht. Deze leerstukken zijn in de afgelopen jaren in toenemende mate bekritiseerd. Centraal daarbij staat de stelling dat beide leerstukken slechts

---

[136] HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:112, *AB* 2017/232, m.nt. L. Di Bella (*Hengelo/Wevers)*; ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *AB* 2017/88, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Biolicious*).
[137] ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *AB* 2017/88, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Biolicious*), r.o. 8.1.
[138] HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *AB* 2017/407, m.nt. Kortmann (*UWV*), r.o. 3.4.2.

een pragmatische oplossing zijn, geboren uit de noodzaak om een werkbare taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter te bewerkstelligen.[139] Het gevolg hiervan zou een zeer ingewikkeld stelsel zijn dat voor burgers maar in beperkte mate daadwerkelijke rechtsbescherming oplevert. Meerdere auteurs hebben daarom voorgesteld om vrij radicaal met het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht te breken en de formele rechtskracht en in sommige gevallen ook de oneigenlijke formele rechtskracht los te laten.[140] Hoewel deze voorstellen verschillen in uitwerking, gaan zij allemaal uit van de gedachte dat het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht het vernietigingsberoep en de schadevergoedingsactie ten onrechte gelijktrekt, terwijl deze eigenlijk wezenlijk verschillen. Waar binnen het vernietigingsberoep de vraag naar de *objectieve geldigheid* centraal staat, richt de schadevergoedingsactie zich op de *subjectieve onrechtmatigheid* jegens eiser.[141] Het vernietigingsberoep is wel geschikt voor het aan de orde stellen van de algemene geldigheid van besluiten, maar minder voor het bieden van individueel rechtsherstel.[142] Het huidige stelsel dwingt benadeelden echter eerst het besluit *erga omnes* te laten vernietigen, wat een ingewikkelde en lange procedure is én een enorme procedeerdwang op gang brengt, terwijl dit vaak mosterd na de maaltijd is of simpelweg niet is waar zij naar op zoek zijn.[143] Het vernietigingsberoep wordt daarom wel als 'overkill' gezien voor degene die slechts schadevergoeding wenst.[144] Indien het vernietigingsberoep daarentegen niet wordt gevolgd, is elke mogelijkheid tot een vordering uit onrechtmatige daad vervolgens ook vergaan.

Voorgesteld wordt daarom om het vernietigingsberoep en de vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad als twee aparte procedures in te richten. Hiermee zou het mogelijk worden om een individuele actie tot schadevergoeding in te stellen, zonder dat dit besluit is vernietigd in een bestuursrechtelijke procedure. Deze benadering zou meer recht doen aan het relationele/subjectieve karakter van de schadevergoedingsactie, dat volgens sommigen in het huidige recht maar provisorisch wordt opgelost door 'mistige invullingen' van de causaliteits- en relativiteitsleren.[145] De onrechtmatigedaadsactie gaat immers uit van het *gedrag* van de dader en stelt over het integrale complex aan gedragingen de vraag of dit in de context waar zij zich afspeelden een onrechtmatige daad jegens eiser oplevert. Het huidige stelsel neemt daarentegen met het *besluit* één statisch fragment uit een heel complex gedragingen tot uitgangspunt. Dit fragmentariseert de beoordeling en zorgt onder andere voor de bekende problematiek omtrent voorbereidingshandelingen.[146]

Om dit te bereiken, moet het leerstuk van de formele rechtskracht sterk worden gerelativeerd. Met name Kortmann heeft een duidelijker onderscheid bepleit tussen de formele rechtskracht ten aanzien van de publiekrechtelijke geldigheid van het besluit en ten aanzien van het rechtmatigheidsoordeel daarover in de schadevordering.[147] Waar de argumenten voor van de formele rechtskracht

---

[139] Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 41; Schlössels 2007, p. 320; Schueler 2010, p. 127-128.

[140] Zie (niet uitputtend) Roozendaal 1998; Roozendaal, *O&A* 2003, p. 149-159; Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39; Schlössels 2003; Schlössels 2007; Schlössels, *TREMA* 2011, p. 310-316; Schlössels 2014; Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 40-60; Polak e.a. 2004, p. 88; Kortmann 2006, p. 201 e.v.; Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 236-253; Ortlep, *O&A* 2008/103; Schueler 2010; M. Scheltema, *NTB* 2007/17; Van Male 2014; Van Ommeren & Huisman 2013.

[141] Kortmann 2006, p. 111 e.v.; Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 41-42; Schlössels 2003, p. 520.

[142] Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 51.

[143] Schueler 2010, p. 128.

[144] Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39, §5.

[145] Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39 §4.

[146] Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 53; Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39, §4.

[147] Er zou ook zelfs sprake zijn van een Babylonische spraakverwarring ten aanzien van de formele rechtskracht van een besluit, de ontvankelijkheidsleer van de civiele rechter, de bindende kracht van de bestuursrechtelijke uitspraak en de rechtmatigheidsfictie in schadeprocedures; zie Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 236-237.

vooral gelden voor het eerste, zouden zij ten aanzien van de schadevordering minder kracht hebben. Zo zou het rechtszekerheidsargument voor de zelfstandige schadevordering niet gelden, omdat het toekennen van schadevergoeding de geldigheid niet aantast. Indien bovendien (op grond van de in §3.2.2 geschetste rechtsmachtsverschuiving) de bestuursrechter over dergelijke schadevorderingen zou kunnen oordelen, zou ook het specialisatieargument en het risico op uiteenlopende oordelen niet meer spelen.[148] Ter onderbouwing van dergelijke voorstellen wordt vaak naar het Franse recht verwezen.[149] Dit rechtsstelsel maakt een scherp onderscheid tussen *contentieux de l'excès de pouvoir* als recours objectif, waar de algemene geldigheid van besluiten in een vernietigingsberoep centraal staat; en *contextieux de pleine jurisdiction* (volle-rechtsmachtberoepen) als recours subjectif, waar vol over de onrechtmatigheid van rechtshandelingen jegens eiser wordt geoordeeld en eiser een schadevergoeding kan krijgen.[150] Beide procedures staan geheel los van elkaar staan, waardoor benadeelden de vordering tot schadevordering ook kunnen instellen zonder het vernietigingsberoep te volgen.

Over de rol van een eventuele bestuursrechtelijke procedure ten opzichte van een dergelijke subjectieve schadevergoedingsactie in het Nederlandse stelsel, zijn de meningen verdeeld. De betekenis van een vernietiging of ongegrondverklaring hangt vooral af van de vraag of men zich in de regel uit het *Osterman*-arrest kan vinden. Indien de overtreding van een publiekrechtelijk voorschrift inderdaad aansprakelijkheidsvestigende onrechtmatigheid oplevert, kan het oordeel uit het vernietigingsberoep in principe overgenomen worden.[151] Alleen de formele rechtskracht wordt dan ter discussie gesteld, terwijl de oneigenlijke rechtskracht wordt behouden. Anderen wijzen juist op het verschil tussen publiekrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid en achten een afzonderlijk oordeel van belang.[152] Wel kan een bestuursrechtelijke vernietiging dan een *vermoeden* van onrechtmatigheid opleveren.[153] Hier wordt in hoofdstuk 4 nog uitgebreid op ingegaan. Het niet volgen van de bestuursrechtelijke procedure, terwijl bezwaar of beroep eiser wel had kunnen helpen, krijgt vervolgens betekenis aan de hand van civielrechtelijke leerstukken als eigen schuld of de schadebeperkingsplicht.[154] Dit zou dan leiden tot een minder zwart-witte benadering dan de formele rechtskracht.

Bovenstaand debat over het afschaffen van de formele rechtskracht ten aanzien van de schadeprocedure speelde zich met name af in het vorige decennium. De literatuur uit deze periode is bovendien vooral technisch-overheidsaansprakelijkheidsrechtelijk van aard. Tegelijkertijd sluiten deze voorstellen goed aan bij de in §2.5.1 beschreven voorstellen tot verdergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht, zoals ook uit de verwijzing naar het Franse stelsel blijkt. De voorstellen tot het afschaffen van de formele rechtskracht ten aanzien van de schadevordering zetten een duidelijke knip tussen het objectief georiënteerde vernietigingsberoep en de subjectieve schadevergoedingsactie. Het vernietigingsberoep heeft dan vooral de functie om de objectieve algemene geldigheid van besluiten aan te kunnen vechten.[155] Onafhankelijk daarvan kunnen burgers een individuele schadevergoeding vorderen in een subjectieve procedure. De VAR-commissie rechtsbescherming en Van Ommeren en

---

[148] Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 251-252.
[149] Zie bijvoorbeeld Schlössels 2003, p. 522; Schueler 2010, p. 135.
[150] Zie voor een vrij recente rechtsvergelijking uitgebreid De Graaf 2013, p. 236 e.v.
[151] Op deze lijn zit Kortmann 2006, p. 120 e.v.
[152] Bijvoorbeeld Schlössels 2007a, p. 320 e.v.
[153] Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 44.
[154] Roozendaal 1998, p. 273; Kortmann 2006, p. 182.
[155] Dat betekent overigens niet dat dit vernietigingsberoep niet de huidige subjectieve eigenschappen kan hebben (zoals het relativiteitsvereiste of een focus op geschilbeslechting). Het is dan deze procedure waarin bijvoorbeeld het debat over de rol van bovenindividuele geschilbeslechting bij rechtsbescherming in de meer objectieve zin wordt gevoerd. Hier wordt in deze scriptie verder niet op in gegaan.

Huisman plaatsen het voorstel om de schadevordering van het vernietigingsberoep af te splitsen en daarbij de formele rechtskracht los te laten, daarom expliciet binnen het voorstel het bestuursprocesrecht te ontvlechten in een objectieve en subjectieve procedure. [156] De schadevordering is dan een van de subjectieve verzoekschriften die binnen de rechtsbetrekking mogelijk zijn, los van het vernietigingsberoep. Het verzoekschrift uit titel 8.4 Awb zou daarom een goede procesmogelijkheid bieden voor dit voorstel.[157] Waar de huidige verzoekschriftprocedure uit titel 8.4 Awb de individuele rechtsbescherming echter vooral op een procedurele wijze subjectiveert (door de rechtsingang bij de bestuursrechter onafhankelijk te maken van het besluitbegrip, waardoor de bestuursrechter de taak van de burgerlijke rechter over kan nemen), zou het afschaffen van de formele rechtskracht ertoe leiden dat in deze verzoekschriftprocedure de gehele materiële rechtsafweging subjectiveert. Wat rechtmatig en onrechtmatig is, wordt dan niet meer beoordeeld in een algemene rechtsgang, maar in een individuele procedure.

Een dergelijk stelsel is in ieder geval voor nu nog toekomstmuziek. De Hoge Raad houdt stevig vast aan het – in zijn ogen – "onontbeerlijke leerstuk" van de formele rechtskracht.[158] Na de invoering van de verzoekschriftprocedure van titel 8.4 Awb betoogde een aantal auteurs dat deze procedure niet vereiste dat het besluit vernietigd was, nu artikel 8:88 Awb slechts over 'onrechtmatige besluiten' spreekt.[159] De wetgever had echter duidelijk aangegeven met titel 8.4 Awb het leerstuk van de formele rechtskracht ongemoeid te willen laten.[160] De bestuursrechter heeft daarom, zoals gezegd, inmiddels ook aangegeven aan de formele rechtskracht vast te houden.[161]

3.4.2. Het model Tak

Het bovenstaande voorstel tot een geheel subjectieve schadevergoedingsactie wordt vaak in verband gebracht met het model van de Maastrichtste hoogleraar Tak, die al jarenlang zware kritiek op het Nederlandse bestuursrecht uit en voor een fundamenteel ander stelsel pleit.[162] Zijn voorstel gaat echter significant verder qua gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk. Taks centrale stelling is dat een overheidsbesluit altijd twee verschillende kanten bezit en dus *spectraal* is. Enerzijds zijn bestuursbesluiten gericht op het algemeen belang en beogen zij ten behoeve daarvan gevolgen *erga omnes* in het leven te roepen. Anderzijds hebben zij echter ook, vaak niet-beoogde, feitelijke gevolgen op de rechtspositie van het individu. Binnen het huidige Nederlandse bestuursrecht toetst de procedure van bestuursrechtelijke 'rechtsbescherming' echter vooral op de objectieve geldigheid van besluiten, terwijl de rechter op grond van leerstukken als terughoudende toetsing bovendien altijd zeer bevoordeeld zal oordelen richting het bestuur. Specifiek binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht leidt dat tot de volgende problemen. Ten eerste zal de positie van het individu al snel naar de achtergrond verdwijnen binnen de afweging van het algemeen belang. Zo zullen bestuursrechters niet snel een grootschalig

---

[156] Polak e.a. 2004, p. 88; Van Ommeren en Huisman 2013, p. 89.
[157] Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 57 stelt reeds dat de procesingang een verzoek binnen de publiekrechtelijke rechtsbetrekking zou moeten zijn.
[158] HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774, *NJ* 2006/93, m.nt. Mok (*Kuijpers/Valkenswaard*).
[159] Van Male 2014. Voorzichtiger is Sluysmans 2015, p. 626-627.
[160] Zowel Schueler & Van Ettekoven, *NTB* 2013/34 als De Graaf e.a., *O&A* 2015/3 wijzen de hierboven genoemde interpretatie van artikel 8:88 Awb dan ook af. De laatsten wijzen er op dat het ook vreemd zou zijn indien benadeelden die onder titel 8.4 Awb veel ruimhartiger worden behandeld dan zij die op de burgerlijke rechter zijn aangewezen (p. 17-18).
[161] Van Ettekoven e.a., *O&A* 2018/23, p. 44 e.v.
[162] Zie voor een overzicht van dit voorstel Tak 2014, p. 2869 e.v.; zie ook Barkhuysen e.a. 2006, p. 141 e.v.

project vernietigen vanwege het wellicht net niet zwaar genoeg meegewogen belang van een enkeling.[163] Ten tweede verkrijgt de rechter in de schadeprocedure nooit echt grip op de *causa* van de schade, omdat hij altijd met een vernietigde beslissing op bezwaar te maken heeft. De bestuursrechter gaat vervolgens vaak makkelijk mee met de 'truc' van het bestuur om door verlengde besluitvorming (zie §3.3.3) het causale verband van het primaire besluit aan de schade te onttrekken, waardoor de burger in een 'zwart gat' valt.[164] Aan daadwerkelijke rechtsbescherming van de subjectieve rechtspositie die benadeelde op grond van zijn autonome vermogensrechten heeft, komt de bestuursrechter dan ook amper toe. Dat het huidige bestuursprocesrecht een aantal subjectiveringstendensen kent die zouden leiden tot verhoogde rechtsbescherming (zie §2.3.1), wijst Tak dan ook van de hand. De introductie van het relativiteitsvereiste dient volgens hem alleen maar het buiten de deur houden van belanghebbenden, terwijl de benadeelde nog steeds afhankelijk is van wat in wezen een objectief proces is.[165]

De bestuursrechtelijke procedure in het model van Tak valt uiteen in twee kanten. Omdat het bestuur bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden altijd in het algemeen belang moet handelen en daartoe ook exclusief bevoegd is, kan de onafhankelijke rechter zich niet op grond van de bezwaren van één burger over de objectieve rechtmatigheid en geldigheid van een besluit uitlaten. De toetsing daarvan vindt daarom plaats in de bestuurlijke kolom, waar alle individuele belanghebbenden hun belang naar voren kunnen brengen, zonder dat beleid en rechtmatigheid kunstmatig gescheiden worden. Nadat het besluit binnen de bestuurlijke besluitvorming tot stand is gekomen (het moment X), staat de publiekrechtelijke geldigheid daarvan vast. Tak wijst een subjectieve opvatting van het bestuursrecht dan ook als zodanig af: dat richt zich altijd eenzijdig op de rechtsgemeenschap als geheel. Toch zou de rechtsbescherming bij de rechter zich enkel op het bieden van rechtsbescherming in de subjectieve rechtspositie van individuele appellanten moeten bieden, die echter niet volgt uit het publiekrecht, maar uit hun private autonomie.[166] Tak baseert zich daarbij op het égalitébeginsel, dat hij ruim opvat: elke onevenredige inbreuk op de individuele (vermogens)rechten van het individu is jegens hem onrechtmatig en dient tot rechtsherstel te leiden.[167] Een besluit kan dan in algemene bestuurlijke zin evenredig zijn en dus rechtsgeldig, maar kan jegens het individu wel alsnog onrechtmatige gevolgen hebben. In het toetsen van de aantasting is het de rechter overigens wel toegestaan het achterliggende besluit exceptief te toetsen. Het rechtsherstel kan in de vorm van een schadevergoeding of in *natura* geschieden, maar ook door het geven van een verbod of gebod aan het bestuur. Op deze wijze wordt de autonomie van het individu niet meer 'opgeofferd' aan het algemeen belang.[168] Binnen de bestuursrechtelijke literatuur worden bij het voorstel van Tak overigens wel kanttekeningen geplaatst.[169] Naast inhoudelijke kritiek op het wegnemen van de algemene rechtmatigheidscontrole van de rechter op het bestuur en het scherp tegenover elkaar plaatsen van algemeen en individueel belang,[170] leidt met

[163] Tak 2014, p. 2893.
[164] Zie voor de kritiek op de huidige invulling van de causaliteitsleer Tak 2014, p. 2648-2665.
[165] Tak 2014, p. 2880.
[166] Een goed voorbeeld hiervan wordt gegeven door Schlössels: volgens Tak volgt het recht van de burger om te bouwen niet voort uit de publiekrechtelijke Woningwet, maar uit zijn private eigendomsrecht; Schlössels 2006, p. 52.
[167] Tak 2014, p. 2901; zie daarover Tjepkema 2010, p. 358.
[168] Tak 2006, p. 134-146.
[169] Zie de verschillende bijdrages in Barkhuysen e.a. 2006, dat verschenen is naar aanleiding van een speciaal op het gedachtegoed van Tak gerichte studiemiddag in Leiden en Schueler, *O&A* 2007/26.
[170] Schreuder-Vlasblom 2006, p. 28.

name het praktijkgevolg dat elke handeling in het algemeen belang tot volledige financiële vergoeding van elk individueel nadeel moet leiden tot kritiek.[171] Op deze kritiek wordt in §4.2.3 nader ingegaan.

3.5. Resumé

Waar de ontwikkeling van het overheidsaansprakelijkheidsrecht lang in het teken stond van aanvullende rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter, heeft ook de bestuursrechter zich in de afgelopen jaren steeds meer ontwikkeld als schaderechter voor publiekrechtelijk overheidshandelen. Dit is een bijzondere aanvulling op het traditionele en objectief georiënteerde vernietigingsberoep, nu de bestuursrechter in de schadevordering de vermogenspositie van één individuele appellant vaststelt, zoals die volgt uit de relationele en subjectieve onrechtmatige daad. Tegelijkertijd blijft ook bij de bestuursrechter de vraag open staan hoe het vernietigingsberoep en de schadevordering zich tot elkaar verhouden. Tot nu toe sluit de bestuursrechter zich aan bij de wijze waarop de burgerlijke rechter deze verhouding traditioneel heeft vormgegeven en binnen zijn beperkte rechtsmacht nog steeds vormgeeft. Op grond van de formele en oneigenlijke formele rechtskracht moet de burger die zijn rechtspositie uit onrechtmatige daad wil laten vaststellen, de gestelde onrechtmatigheid eerst in de algemene en objectief georiënteerde vernietigingsberoep laten vaststellen. De individuele subjectieve rechtspositie is daar vooralsnog de nadere uitwerking van. Tegelijkertijd zijn er in de afgelopen jaren meerdere voorstellen gedaan om de subjectieve rechtspositie uit onrechtmatige overheidsdaad in een zelfstandige vordering vorm te geven. Dit zou zowel voor het bestuursprocesrecht als voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht een sterke subjectiveringsslag zijn, nu de (on)rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit waaruit de rechtspositie van de individuele burger volgt, dan in een individuele verzoekschriftprocedure wordt vastgesteld.

[171] Polak 2006, p. 105; Tjepkema 2010, p. 413.

4. Objectieve en subjectieve (on)rechtmatigheid

4.1. Inleiding

Waar het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht de vereiste onrechtmatigheid voor een individuele vordering tot schadevergoeding verbindt aan het vernietigingsberoep, zijn er in de afgelopen jaren verschillende voorstellen gedaan om het voor de benadeelde burger mogelijk te maken om zijn schade onafhankelijk daarvan te vorderen. Deze voorstellen berusten op de aanname dat aan de individuele schadevordering een 'subjectieve onrechtmatigheid' ten grondslag ligt, die onafhankelijk van het objectieve vernietigingsberoep kan of zelfs moet worden vastgesteld. Aan de vraag naar de processuele inrichting gaat daarom de vraag vooraf op welke wijze de rechtsvaststelling in het vernietigingsberoep en die van de individuele rechtspositie zich tot elkaar verhouden.

In dit hoofdstuk zal daarom worden onderzocht in welke mate er inderdaad een onderscheid valt te maken tussen objectieve en subjectieve rechtmatigheid. De begrippen 'objectieve onrechtmatigheid' en 'subjectieve onrechtmatigheid' worden in het debat vaak gebruikt, maar hebben daarbij niet altijd dezelfde betekenis. Om een zinvol begrippenkader te kunnen hanteren, zal daarom eerst de huidige samenhang van de objectieve en subjectieve rechtmatigheid voor wat betreft de materiële rechtsgevolgen van een besluit uiteen worden gezet (§4.2). Daarbij zal onder andere het voorstel van Tak worden behandeld, dat daarin een knip beoogt te zetten. Vervolgens komen enkele voorstellen aan bod die een dergelijke knip afwijzen, maar wel stellen dat objectieve en subjectieve onrechtmatigheid gescheiden dienen te worden gezien voor de vordering waarin zij worden vastgesteld (§4.3). Ook dit hoofdstuk zal daarbij de aansprakelijkheid voor appellabele besluiten, genomen aan de hand van discretionaire bevoegdheden, als uitgangspunt nemen.

4.2. Objectieve en subjectieve (on)rechtmatigheid in materiële zin

Het meest verstrekkende onderscheid denkbaar tussen objectieve en subjectieve onrechtmatigheid, betreft het onderscheid tussen onrechtmatigheid jegens de gehele rechtsgemeenschap (leidend tot vernietiging) en onrechtmatigheid jegens het individu (leidend tot schadevergoeding) voor de materiele inhoud of rechtsgevolgen van het besluit. Dit betreft bijvoorbeeld de stelling dat het windpark uit de 'Friese Wind'-casus weliswaar in het algemeen belang en dus rechtmatig is, maar wel onrechtmatig voor degenen die daar schade aan ondervinden, zoals buurman Bergsma of hoteleigenares Rietveld.

4.2.1. Het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht: onrechtmatige en rechtmatige daad

Het huidige bestuursrecht wijst een dergelijk onderscheid af, omdat het sterk hecht aan de samenhang tussen de rechtmatigheid jegens collectief en individu van het materiële rechtsgevolg van besluiten. Zoals in hoofdstuk 2 al aan de orde kwam, is het bestuursprocesrecht zich weliswaar steeds meer op individuele rechtsbescherming gaan richten, maar richt het bestuursrecht (zeker bij besluiten met grote discretionaire ruimte) zich materieel gezien op *erga omnes*-bestuur in het algemeen belang. Met elk besluit dat de overheid neemt, wordt het bestuur dan ook geacht het algemeen belang te dienen.[172] Hoewel iedere burger daar in abstracte zin belang bij heeft, beïnvloeden in de praktijk veel besluiten de belangen van individuele burger echter op negatieve wijze. Toch hebben burgers een dergelijk besluit te dulden, juist omdat het in het algemeen belang is. Dat is in zekere zin de te betalen prijs voor

[172] Zie in zoveel woorden ABRvS 21 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU8444, *AB* 2006/252, m.nt. B.P.M van Ravels, r.o. 2.7.1: "Iedere rechtmatige aanwending door een bestuursorgaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid (…) strekt tot behartiging van (een aspect van) het algemeen belang."

deelnemen aan een samenleving. Wel garandeert de rechtsstaat dat burgers dergelijke inbreuken alleen hoeven te dulden indien genomen in overeenstemming met het recht.[173] Is een besluit onrechtmatig, dan kan het niet in het algemeen belang zijn.[174] Rechtmatige besluiten leveren zo een rechtvaardigingsgrond op om inbreuk te maken op de rechtspositie van individuele burgers. [175]

Indien het materiële rechtsgevolg van een besluit rechtmatig is, kan dit in het huidige rechtsstelsel dus niet onrechtmatig zijn jegens de burger die daardoor benadeeld wordt. Dit is het meest duidelijk indien het juiste materiële rechtsgevolg uit de wet volgt. Deze samentrekking geldt echter ook voor discretionaire besluiten, waar zij bovendien het voor het bestuursrecht zeer fundamentele onderscheid tussen de onrechtmatige en rechtmatige overheidsdaad tot gevolg heeft. Wat het algemeen belang vergt, volgt dan niet uit de wet, maar wordt ingevuld door het besluit zelf. Wel normeert ook hier het recht de toegestane materiële rechtsgevolgen. Ten eerste geeft de geschreven wet materiële grenzen aan die belangenafweging, vaak juist om het individu te beschermen: het transformatorhuisje van het windmolenpark mag bijvoorbeeld niet de geluidsgrenzen voor woningen overtreden. Doet het dat wel, dan is de daaraan voorafgaande besluitvorming onrechtmatig en daarmee ook niet in het algemeen belang. Ten tweede wordt de gehele belangenafweging beheerst door het evenredigheidsbeginsel: het bestuur moet op grond van artikel 3:4 Awb een evenredige afweging maken van de door de wetgever bij het besluit betrokken belangen, dus ook de particuliere belangen van individuele burgers.[176] Heeft het dat op een onevenredige wijze gedaan, dan kan het besluit niet het algemeen belang dienen. Heeft het dat op een evenredige wijze gedaan, dan wegen de te dienen belangen op tegen de nadelen voor de individuele burger en is de afweging en daarmee de materiële inhoud van het besluit in principe rechtmatig. De overheid mag én moet dan het algemene belang boven het individuele laten gaan en zo vormgeven aan haar taakstellingen, bijvoorbeeld in de ruimtelijke ordening.[177] De burger dient een dergelijke rechtmatige inbreuk te dulden als in het algemeen belang en kan daarom geen schadevordering uit onrechtmatige daad vorderen. Op deze wijze beschermt het recht de individuele rechtspositie tegen onrechtmatige en onevenredige inbreuken, maar hecht het ook waarde aan samenhangend bestuur in het algemeen belang door rechtmatige inbreuken toe te staan.[178]

Is een besluit evenredig en rechtmatig, dan is de individuele burger vervolgens aangewezen op het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad. Op grond van het égalitébeginsel (gelijkheid van publieke lasten) kan hij dan nadeelcompensatie krijgen indien hij in vergelijking met andere burgers onevenredig is getroffen door het besluit.[179] In tegenstelling tot de onrechtmatige daad, is het égalitébeginsel niet gebaseerd op de retributieve rechtvaardigheid, maar op de verdelende rechtvaardigheid (*iustitia distributiva*).[180] Zij is daarom niet zozeer gebaseerd op de rechtmatigheidsgedachte, maar op billijkheidsnoties: waar besluiten in het algemeen belang iedereen dienen en dus doorgang moeten

---

[173] Zie Schlössels & Zijlstra 2017, p. 15.
[174] Polak 2012, p. 136.
[175] Kortmann 2006, p. 36-37.
[176] Het evenredigheidsbeginsel is overigens niet het enige beginsel dat materieel een stempel op de besluitvorming drukt, maar wel verreweg de belangrijkste. Zie hierover Schlössels & Zijlstra 2017, p. 334-336.
[177] Schlössels & Zijlstra 2017, p. 282-283.
[178] Zie daarover uitgebreider Schreuder-Vlasblom 2017, p. 2 e.v.
[179] De bestuursrechter heeft herhaaldelijk bevestigd dat schade alleen voor nadeelcompensatie in aanmerking komen indien aan het schadeveroorzakende besluit een belangenafweging vooraf is gegaan, zie ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9408, *JB* 2006/52. Omdat deze scriptie discretionaire besluiten als uitgangspunt neemt, gaat zij er in het vervolg vanuit dat nadat het besluit rechtmatig is geworden, wel nog de optie voor nadeelcompensatie open staat. Zie hierover uitgebreider De Graaf & Tolsma, *O&A* 2014/50.
[180] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1478.

vinden, is het niet rechtvaardig dat de negatieve gevolgen daarvan op de schouders van een kleine groep burgers rusten.[181] Het égalitébeginsel dwingt echter niet tot volledige vergoeding: in een samenleving waar de belangen van burgers dicht met elkaar verweven zijn, met name in de fysieke ruimte, moet men het nadeel dat aan maatregelen in het algemeen belang kleeft, soms simpelweg slikken. Dat is een uitwerking van de gedachte die hierboven al aan de orde kwam: dit is nu eenmaal inherent aan leven in een samenleving.[182] Pas als het nadeel de last die in dat kader mag worden verwacht overstijgt én onevenredig is in verhouding met anderen, komt vergoeding in beeld. Dat uit zich in de vereisten voor nadeelcompensatie in de speciale en abnormale last.[183] In tegenstelling tot de actie uit onrechtmatige daad, kan de burger uit rechtmatige daad daarom vrijwel nooit zijn volledige schade vergoed krijgen. Omdat het handelen van de overheid dat ten grondslag ligt aan de vordering tot nadeelcompensatie rechtmatig is en dus in het algemeen doorgang moet kunnen vinden, kan de burger ook geen ge- of verbod jegens de overheid krijgen.[184]

Bovenstaand onderscheid tussen onrechtmatige en rechtmatige daad is theoretisch gezien vrij helder, maar heeft door de beperkte mogelijkheden van zowel de burgerlijke als bestuursrechter om schadevergoeding toe te kennen op basis van het égalitébeginsel, niet altijd onverkort gegolden in de praktijk. Zo heeft de bestuursrechter, gebonden aan het besluitbegrip, lang artikel 3:4 Awb aangegrepen om nadeelcompensatie te bieden.[185] Gesteld wordt dan dat het onevenredig en dus onrechtmatig is om een besluit te nemen dat weliswaar in het algemeen belang is, maar geen schadevergoeding toekent aan individueel benadeelden voor schade die niet redelijkerwijs voor hun rekening kan komen. Met de opkomst van het zelfstandig schadebesluit heeft de Afdeling de nadeelcompensatievraag echter losgekoppeld van de afweging uit artikel 3:4 Awb.[186] Een dergelijke benadering past ook beter bij het onderscheid tussen onrechtmatige daad en rechtmatige daad. Indien de gediende belangen opwegen tegen de veroorzaakte nadelen, is de belangenafweging evenredig en dus rechtmatig. De vraag of de veroorzaakte lasten wel evenredig zijn verspreid, is echter een andere vraag en kan later nog worden beantwoord.[187] Een voordeel van deze benadering is dat de vraag naar nadeelcompensatie kan worden doorgeschoven uit de bezwaar- en beroepsprocedure tegen het besluit zelf. Dit betekent dat de belangenafweging bij projecten die op zichzelf in het algemeen belang zijn, niet wordt aangetast door de vraag naar nadeelcompensatie en de uitvoering daarvan niet wordt opgehouden door bezwaar- en beroepsprocedures.[188] Een belangrijk voordeel is bovendien dat burgers nog een verzoek tot schadevergoeding kunnen indienen nadat de rechtmatigheid van het besluit vast is komen te staan en dit dus formele rechtskracht heeft verkregen. Bij de burgerlijke rechter speelt nog wel altijd een element van onrechtmatigheid mee in de beoordeling, simpelweg omdat in het burgerlijke recht verbintenissen slechts kunnen ontstaan op grond van de wet (artikel 6:1 BW) en dus niet direct uit het ongeschreven égalitébeginsel.[189] Daarom stelt de Hoge Raad wel dat het ten onrechte niet uitkeren van

---

[181] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1479. Eenmaal erkend in het recht, levert het beginsel overigens wel daadwerkelijk een recht op voor burgers.
[182] Tjepkema 2010, p. 411.
[183] Zie daarover uitgebreider Tjepkema 2016, p. 621 e.v.
[184] Kortmann 2006, p. 66.
[185] Sinds ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982/299, ECLI:NL:RVS:1982:AM7845, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Paul Krugerbrug*).
[186] ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, *AB* 2007/252, m.nt. B.P.M. van Ravels (*Coffeeshop Venlo*). Het oordeel van het bestuursorgaan over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie wordt dan als besluit aangemerkt.
[187] Scheltema & Scheltema 2013, p. 474-475.
[188] Tjepkema 2010, p. 590.
[189] Scheltema & Scheltema 2013, p. 473.

nadeelcompensatie een onrechtmatige daad oplevert wegens schending van het égalitébeginsel.[190] Dit wordt in het algemeen wel aanvaard als een hulpconstructie, die eigenlijk geen recht doet aan het onderscheid tussen een onrechtmatige en rechtmatige belangenafweging.[191] Na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb op grond van de Wet nadeelcompensatie, zullen vrijwel alle schadeoorzaken door de bestuursrechter worden afgehandeld op grond van het gecodificeerde égalitébeginsel, waarmee expliciet erkend wordt dat de schadeoorzaak rechtmatig is jegens de individueel benadeelde burger.[192]

Duidelijk is daarmee dat in het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht bij het vaststellen van de rechtmatigheid van de belangenafweging het subjectieve belang zeker een rol speelt, maar wel 'slechts' in de beoordeling van de rechtmatigheid en evenredigheid van het besluit in algemene zin. Collectieve objectieve en individuele subjectieve materiële evenredigheid en rechtmatigheid gaan daarmee hand in hand. Indien het windmolenpark uit de 'Friese Wind'-casus voldoet aan het recht en berust op een evenredige belangenafweging, dan is het in het algemeen belang en daarmee rechtmatig, ook jegens benadeelden Bergsma en Rietveld. In de vraag naar nadeelcompensatie kunnen zij juist wel hun individuele belang afsplitsen van de collectieve afweging en eventueel compensatie ontvangen voor een besluit dat rechtmatig is jegens het collectief.

Uiteraard normeert het recht niet alleen de materiële inhoud van besluiten, maar stelt het ook eisen aan de totstandkoming daarvan. Juist nu het bestuur bij discretionaire besluiten zelf een afweging van het algemeen belang moet maken en het recht dus niet de inhoud kan dicteren, stelt het strenge eisen aan de totstandkoming daarvan. Het besluit kan dus een materiële inhoud hebben die gedragen kan worden door het recht, maar alsnog vernietigd worden in het vernietigingsberoep. Juist dan is wellicht denkbaar dat objectieve en subjectieve onrechtmatigheid uit elkaar gaan lopen. Uit §4.3 zal echter blijken dat de materiële objectieve rechtmatigheid van het besluit ook hier een rol zal blijven spelen bij het vaststellen van subjectieve aansprakelijkheid.

4.2.2. Verdisconteerde en niet-verdisconteerde belangen.

Waar het over de verhouding tussen objectieve en subjectieve onrechtmatigheid gaat, verdient ook de doorwerking van rechtmatige besluitvorming in de relatie van burgers onderling nog enige aandacht. In de jurisprudentie is met name de vraag aan de orde gekomen of een rechtsgeldige vergunning vrijwarende werking heeft tegen een actie uit onrechtmatige daad die zich richt op het handelen dat die vergunning juist toestaat.[193] Volgens de Hoge Raad is het antwoord op die vraag afhankelijk van de aard van de vergunning, het belang dat daarmee wordt nagestreefd met de onderliggende regeling en de omstandigheden van het geval.[194] In het algemeen wordt wel aangenomen dat vergunningen vrijwaren tegen dergelijke acties indien de belangen van de benadeelde burger zijn meegewogen in de belangenafweging.[195] Is dat het geval, dan heeft de benadeelde burger de gevolgen van die belangenafweging te dulden als aanvaardbaar in het algemeen belang.[196] Op grond van het specialiteitsbeginsel

---

[190] HR 18 januari 1991, *AB* 1991/241, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, m.nt. F.H. van der Burg (*Leffers*).
[191] Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1496.
[192] Alleen schade veroorzaakt door formele wetgeving en rechtmatig strafvorderlijk optreden blijft dan bij de burgerlijke rechter. Zie over dit wetsvoorstel uitgebreid Tjepkema, *NJB* 2011/1086.
[193] Zie hierover uitgebreid en genuanceerder dan de ruimte hier toestaat: Nijmeijer 2015.
[194] HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1972/278, m.nt. G.J. Scholten (*Vermeulen/Lekkerkerker)*, r.o. 8.
[195] Nijmeijer 2015, p. 534-535; Schlössels 1998, p. 338, Schreuder-Vlasblom 2017, p. 3, Kortmann 2006, p. 99.
[196] Eventueel kan hij wel nog aanspraak maken op nadeelcompensatie.

kan het bestuur echter enkel de belangen meewegen die de wet- of regelgever onder het maatschappelijk belang heeft geschaard.[197] Indien het belang van de benadeelde burger niet is verdisconteerd in de besluitvorming, kan hij via de gewone geldende privaatrechtelijke regels schadevergoeding vorderen. Zo staat een rechtsgeldige bouwvergunning niet in de weg aan een actie uit onrechtmatige daad van de buurman die hinder aan het bouwwerk ondervindt.[198] Dit leidt er dus toe dat de vergunning objectief rechtmatig is, maar het daarop gebaseerde gedrag wel subjectief onrechtmatig is. Hieruit volgt echter niet dat de vergunning zelf ook subjectief onrechtmatig is. Deze situatie valt dan ook buiten het overheidsaansprakelijkheidsrecht: het is niet de vergunning die de aansprakelijkheid veroorzaakt, maar het gedrag dat ook zonder de vergunning onrechtmatig was geweest en niet door de vergunning gevrijwaard wordt. [199] Of de inbreuk van de bouwer op zijn buurman aanvaardbaar is, wordt simpelweg niet vanuit het algemeen belang bekeken.[200]

4.2.3. De toekomst: materiële subjectieve onrechtmatigheid?

De hierboven geschetste samentrekking van collectieve en individuele rechtmatigheid in materieel rechtsgevolg, en met name evenredigheid, kan niet op onverminderde steun rekenen. Zoals uiteengezet in §3.4.2, komt deze kritiek vooral tot uiting in het werk van Tak. In zijn alternatieve model wordt de algemene objectieve rechtmatigheid, waaronder de evenredigheid in de zin van artikel 3:4 Awb, van besluiten getoetst in de administratieve kolom. De rechter beschermt op verzoek van benadeelde zijn subjectieve rechtspositie door rechtsherstel te bieden voor de onevenredige aantasting van zijn belangen. De vraag of deze belangen onevenredig zijn aangetast, baseert Tak op het égalitébeginsel, dat aan zijn hele rechtsbeschermingssysteem ten grondslag ligt.[201] Omdat het volgens Tak onacceptabel is om bij een rechtsinbreuk op de autonome positie van burgers uit te gaan van een normaal maatschappelijk risico, komt al snel elke rechtsinbreuk voor vergoeding in aanmerking.[202] Op deze wijze zou aan het individuele belang meer recht worden gedaan dan in het huidige recht, dat teveel op het algemeen belang focust en daarmee ernstig inbreuk maakt op de autonome rechtspositie van het individu. Als gevolg daarvan kan een besluit dus in de administratieve procedure evenredig en daarmee objectief rechtmatig en rechtsgeldig bevonden zijn, maar op grond van het égalitébeginsel alsnog subjectief onrechtmatig zijn jegens het individu. In de praktijk zal dat zelfs vrijwel steeds het geval zijn. Door het aanwijzen van het égalitébeginsel als grondslag van het gehele overheidsaansprakelijkheidsrecht, verwatert het onderscheid tussen rechtmatigheid of onrechtmatigheid als grondslag voor de schadevergoeding behoorlijk. Aan het model van Tak ligt immers de opvatting ten grondslag dat op grond daarvan de onevenredige inbreuk jegens het individu relatief of subjectief *onrechtmatig* is.[203] Dit komt onder andere tot uiting in de mogelijkheid om bij de rechter een verbod of gebod te verkrijgen.

---

[197] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 3.

[198] HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *JB* 2005/318, m.nt. G.E. van Maanen (*Ludlage/Parijs*).

[199] Een kanttekening bij deze constatering is wel dat steeds vaker bepleit wordt dat ook schade aan belangen die niet in de belangenafweging opgenomen mochten worden op grond van het specialiteitsbeginsel, voor vergoeding in aanmerking zou komen op grond van het égalitébeginsel, zie daarover zeer uitgebreid De Graaf & Tolsma, *O&A* 2014/50.

[200] Vanuit het perspectief van de vergunninghouder, die op zijn onherroepelijk geworden vergunning wil kunnen vertrouwen, stuit deze benadering overigens wel op kritiek, zie annotator Van Maanen bij HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *JB* 2005/318, m.nt. G.E. van Maanen (*Ludlage/Parijs*).

[201] Tak 2014, p. 2901.

[202] Zie daarover Tak 2006, p. 134 e.v.

[203] Zie bijvoorbeeld Tak 2014, p. 2891. Zijn model wordt doorgaans ook zo opgevat in de literatuur. Zie Schreuder-Vlasblom 2017, p. 56.

Het voorstel om de rechtmatigheid in de zin van evenredigheid van besluiten op te splitsen voor wat betreft de gehele rechtsgemeenschap en het individu, stuit wel op kritiek. Aan het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht ligt immers de gedachte ten grondslag dat het individu ónderdeel is van die rechtsgemeenschap. De eis van evenredigheid op grond van artikel 3:4 Awb dient een rechtvaardige en evenwichtige samenleving en daarmee ook hemzelf. Het individu en de collectieve gemeenschap kunnen daarom ook niet gemakkelijk tegenover elkaar worden geplaatst.[204] Juist omdat het individu onderdeel is van de gemeenschap, zijn besluiten die zijn belang onevenredig aantasten niet in het algemeen belang en heeft zowel de rechtsgemeenschap recht op vernietiging als het individu op schadevergoeding (zie §3.3.1). Tegelijkertijd vereist een evenwichtige samenleving ook de uitvoering van rechtmatige besluiten genomen in het algemeen belang en dat vereist soms een offer van het individu. Door de inbreuk op de positie van het individu op rechtmatigheid te beoordelen zonder daarbij de integrale belangenafweging die daaraan ten grondslag ligt te beoordelen, ontvalt aan de rechter daarbij het zicht op de samenhang van de besluitvorming en de evenredigheid van álle belangen die daarmee gediend zijn.[205] Daarmee hangt samen dat juist door het onrechtmatige karakter van de rechtsinbreuk á la Tak vaak volledig rechtsherstel zal moeten volgen. Het gevolg daarvan is dat het voor het bestuur moeilijk zal worden besluiten in het algemeen belang te nemen, omdat altijd compensatie of zelfs een verbod zal moeten volgen; met onbestuurbaarheid als gevolg.[206] Het is daarom niet wenselijk om de koppeling tussen objectieve en subjectieve rechtmatigheid van de belangenafweging los te laten. Het belang van het individu wordt beschermd door het recht en omdat het meegenomen wordt in de algemene belangenafweging. Is deze evenredig, dan is het besluit rechtmatig en dient het individu dat als onderdeel van de samenleving te dulden. De omvang van het recht op nadeelcompensatie uit solidariteitsoverwegingen is vervolgens een andere vraag, waarover apart getwist kan worden. Ook daar speelt mee dat een volledigere schadevergoeding (ook als wordt erkend dat de inbreuk op zichzelf rechtmatig is) tot een grotere onbestuurbaarheid zal leiden.[207] Dat is in zekere zin een politieke vraag, die van andere aard is dan het recht op herstel voor onrechtmatige rechtsinbreuken.[208]

4.3. Objectieve en subjectieve onrechtmatigheid in formele zin: de relationele schadevordering

4.3.1. Over objectieve en subjectieve onrechtmatigheid

Het loslaten van de samenhang in onrechtmatigheid in materiële inhoud of evenredigheid voor de collectieve rechtsgemeenschap en het benadeelde individu is dus onwenselijk. De meeste van de overige voorstellen om het overheidsaansprakelijkheidsrecht te subjectiveren lijken ook niet te doelen op een dergelijk onderscheid. Sommige auteurs wijzen dat met zoveel woorden af,[209] anderen lijken daar van uit te gaan.[210] Wat deze auteurs wel beogen is een scherper onderscheid tussen het vernietigingsberoep, waarin eventuele strijd met het objectieve recht en daarmee de geldigheid van het besluit

[204] Drupsteen 2006, p. 35-36; Schreuder-Vlasblom 2017, p. 5.
[205] Polak 2006, p. 104.
[206] Polak 2006, p. 105; Tjepkema 2010, p. 413.
[207] Tjepkema 2010, p. 413.
[208] Kortmann 2006, p. 92; Tjepkema 2010, p. 424.
[209] Zie bijvoorbeeld Kortmann 2006, p. 71.
[210] Met name omdat zij aan hun voorstel niet het gevolg verbinden dat daarmee het onderscheid tussen de vordering uit onrechtmatige en rechtmatige overheidsdaad zou komen te vervallen.

centraal staat (objectieve rechtmatigheid); en de schadevergoedingsvordering, waar wordt vastgesteld of er jegens eiser onrechtmatig is gehandeld (subjectieve rechtmatigheid).[211] Hier kan dan worden gewezen op het feit dat de publiekrechtelijke dimensie van besluiten (het handelen *erga omnes* en het afwegen van alle relevante besluiten) verschilt van de (van oorsprong) privaatrechtelijke beoordeling van de impact op de vermogenspositie van één individuele burger (waarbij het geschonden subjectieve belang centraal staat).[212] Het is dan nog steeds mogelijk de eventuele materiële beoordeling van bijvoorbeeld de evenredigheid van het besluit in beide procedures gelijk te houden. Wel kan het zijn dat het besluit in de objectieve rechtsgang niet is vernietigd, omdat hier niet tegenop is gekomen. Daarmee kan het besluit dus alsnog objectief rechtmatig zijn, terwijl het met een beroep op een materiële rechtsgrond wel subjectief onrechtmatig bevonden wordt. Belangrijk verschil met het voorstel van Tak is dan wel dat dezelfde grond in de objectieve rechtsgang wel tot vernietiging *had kunnen leiden.* Tegelijkertijd wekken deze voorstellen bij de argeloze lezer wellicht de verwachting op dat een dergelijke subjectieve schadevergoedingsactie het voor de individueel benadeelde makkelijker zal maken zijn schade vergoed te krijgen, nu hij het besluit niet meer hoeft laten te vernietigen; zeker indien wordt gesteld dat objectieve en subjectieve onrechtmatigheid verschillen. Uit de volgende subparagrafen zal echter blijken dat de objectieve rechtmatigheid en evenredigheid van het besluit ook bij het vaststellen van subjectieve onrechtmatigheid in deze zin een centrale rol zal blijven spelen.

Indien de schadevordering van benadeelde niet meer automatisch aan de vernietiging van het besluit wordt opgehangen, maar de gestelde onrechtmatigheid zelfstandig dient te worden vastgesteld, is het meest logische aangrijpingspunt de (analoog toegepaste) vereisten voor onrechtmatige daad uit artikel 6:162 BW.[213] Zoals gezegd betreft dit een relationele en subjectieve vordering.[214] Wel past hier, voordat bekeken wordt hoe artikel 6:162 BW bij een zelfstandige toets zou uitpakken, een algemene kanttekening. De onrechtmatige daad is weliswaar een subjectieve *vordering,* maar haar onrechtmatigheidsvereisten kennen zowel een objectieve als een subjectieve kant.[215] De rechtsinbreuk kent inderdaad een duidelijk subjectief karakter, nu de onrechtmatigheid daarvan wordt gekenmerkt door de rechtspositie van het slachtoffer.[216] De strijd met het wettelijk voorschrift kent echter een duidelijk objectief karakter: de blote rechtsschending is altijd onrechtmatig, los van de gevolgen voor eventuele slachtoffers. Ook binnen de subjectieve onrechtmatige daad hecht men dus waarde aan de absolute gelding van de wet.[217] Pas bij toepassing van het relativiteitsvereiste wordt gekeken of die onrechtmatigheid ook een onrechtmatige daad jegens eiser oplevert. Waar de rechtsinbreuk en de wetsschending per definitie onrechtmatig zijn, hangt wat de maatschappelijke zorgvuldigheid verlangt, altijd af van een afweging van de omstandigheden van het geval.[218] Zij vormt daarmee een soort tussencategorie: hoewel ook zorgvuldigheidsnormen formeel objectieve gelding hebben,[219] wordt bij die afweging de positie van het slachtoffer meegewogen en verkrijgen zij toch een subjectieve smaak.

---

[211] Zie over dit onderscheid het meest duidelijk Schlössels 2007, p. 320-336; Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 41-42.
[212] Zie bijvoorbeeld Schlössels 2014, p. 206.
[213] Dit is immers nu ook al de grondslag van het overheidsaansprakelijkheidsrecht is, zie §3.2.2. De meeste auteurs die voor afschaffing van de formele rechtskracht voor de schadevordering pleiten, nemen daarbij ook artikel 6:162 BW ten grondslag. Zie §4.3.5.
[214] Zie daarover uitgebreid Van den Berge, *RM Themis* 2017, p. 43-55.
[215] Schlössels 2007, p. 332.
[216] Asser/Hartkamp & Sieburgh *6-IV* 2015/136.
[217] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad,* art. 6:162 BW, aant. 3.6.2. (online, bijgewerkt 15 januari 2018).
[218] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad,* art. 6:162 BW, aant. 3.6.1. (online, bijgewerkt 15 januari 2018).
[219] Asser/Hartkamp & Sieburgh *6-IV* 2015/135.

Zoals hierna besproken, haakt het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht juist aan bij de wetsschending en zijn vernietiging en schadevordering qua onrechtmatigheid dus moeilijker te scheiden dan soms verondersteld. Zoals hierna zal blijken, lopen de meningen van de voorstanders van het afschaffen van de formele rechtskracht voor de schadevordering over de exacte materiële band tussen objectieve en subjectieve onrechtmatigheid dan ook uiteen.

In de volgende subparagrafen wordt per onrechtmatigheidscategorie onderzocht op welke wijze zij een grondslag voor het vaststellen van subjectieve aansprakelijkheid opleveren en in hoeverre daaraan inderdaad een andere beoordeling ten grondslag ligt dan aan het vernietigingsberoep.

4.3.2. Strijd met wettelijk voorschrift

Door de huidige koppeling van de onrechtmatigheidsbeoordeling van de schadevordering aan het vernietigingsberoep, leunt het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht sterk op de strijd met het wettelijke voorschrift. Vernietiging van een besluit wordt immers gebaseerd op strijd met het geschreven recht of ongeschreven recht.[220] Het laatste betreft vooral de ongeschreven behoorlijkheidsnormen, die in §4.3.4 aan bod komen.

Ook voor de privaatrechtelijke onrechtmatige daad is objectieve strijd met het geschreven recht voldoende voor de vervulling van het onrechtmatigheidsvereiste van de onrechtmatige daad. De wetgever heeft het belang van de wet en rechten in de samenleving dusdanig hoog staan, dat schending daarvan *eo ipso* onrechtmatig is.[221] Op grond van het *Ostermann*-arrest geldt het bovenstaande ook voor de onrechtmatige overheidsdaad: iedere schending van publiekrechtelijke voorschriften is onrechtmatig.[222] Volgens sommigen is deze gelijkschakeling slechts het praktische gevolg van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, maar is zij inhoudelijk niet correct.[223] Zo betoogt Schlössels dat de vertaling van schending van wettelijk voorschrift naar onrechtmatigheid voor het bestuursrecht te grofmazig is, omdat daaraan immers vele formele normen aan ten grondslag liggen, de schending waarvan niet telkens tot aansprakelijkheid kan leiden.[224] Volgens Kortmann past het aannemen van onrechtmatigheid op grond van de schending van een wettelijk voorschrift juist goed bij het systeem van de wet.[225] De schending van een wettelijk voorschrift is objectief onrechtmatig; of dat ook *aansprakelijkheid jegens eise*r oplevert wordt vervolgens door relativiteit en causaliteit ingevuld. Voordeel van deze benadering is dat daarmee vaststaat dat ook de schending van normen door de overheid, waarvan het juist zo belangrijk is dat deze zich aan het recht houdt, *eo ipso* onrechtmatig is.[226] Hiermee wordt het ook op inhoudelijke gronden logisch om met vernietiging op

---

[220] Schutgens 2015, p. 80. Enige discussie is nog mogelijk over de vraag of vernietiging altijd onrechtmatigheid oplevert, of dat er ook sprake kan zijn van ongeldigheid zonder onrechtmatigheid (zoals in het geval van onbevoegd genomen besluiten). Zie daarover Kortmann 2006, p. 135-138.

[221] Jansen, in *GS Onrechtmatige daad,* art. 6:162 BW, aant. 3.6.1. (online, bijgewerkt 15 januari 2018); Sieburgh 2000, p.70-71. Dit is overigens ook in het privaatrecht niet geheel zonder kritiek; zo wordt door sommigen 'de leer Smits' aangehangen, waarbij schendingen van wettelijke voorschriften of subjectieve rechten pas onrechtmatig zijn indien daarbij ook onzorgvuldig is gehandeld (Zie Smits, *WPNR* 1938/3591). De heersende doctrine wijst opvatting echter af. Wel kan het 'Smitsiaanse moment' nog bij de mogelijke rechtvaardigingsgronden naar voren komen. Zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh *6-IV* 2015/83.

[222] HR 20 november 1924, ECLI:NL:HR:1924:AG1795, *NJ* 1925, p. 89 (*Ostermann*).

[223] Schlössels 2003, p. 522; Zie ook Van Maanen & De Lange 2005, p. 102; 106.

[224] Schlössels 2007, p. 322.

[225] Kortmann 2006, p. 116-119.

[226] Dat is ook juist de onderbouwing van de Hoge Raad in het *Ostermann*-arrest: "Dat ook het publiekrechtelijk zedelijk lichaam bij de vervulling zijner overheidstaak, handelend door zijne organen, zijnen rechtsplicht behoort

grond van strijd met het geschreven recht ook onrechtmatigheid aan te nemen.[227] In deze benadering wordt het onderscheid tussen objectieve en subjectieve onrechtmatigheid qua rechtsgrondslag dus minder sterk gemaakt. Dat onrechtmatigheid voor het vernietigingsberoep en schadevordering gelijk kunnen zijn, doet er ook in deze benadering echter nog niet aan af dat de subjectieve aansprakelijkheid jegens eiser ook enkel in de schadevergoedingsactie vastgesteld zou kunnen worden indien er géen bezwaar of beroep is ingesteld. Ten aanzien van de schadevergoedingsactie wordt dan wel aan de oneigenlijke formele rechtskracht, maar niet aan de formele rechtskracht vastgehouden.[228]

Strijd met de wet leidt aldus tot *onrechtmatigheid* in zowel het vernietigingsberoep als in de onafhankelijke subjectieve schadevordering. Tegelijkertijd kleeft aan het onrechtmatigheidscriterium van de wetsschending wel degelijk het nadeel dat het bestuursrecht veel normen kent die het besluitvormingsproces normeren, maar geen direct effect beogen te hebben op de subjectieve aansprakelijkheidsrelatie tussen overheid en burger. Voor subjectieve *aansprakelijkheid* is daarom, zoals uiteengezet in §3.3.3, meer vereist dan objectieve strijdigheid met de wet: vereist is dat het bereikte materiële resultaat jegens eiser onrechtmatig is en dat bij rechtmatig handelen een ander materieel resultaat was bereikt. Op grond van relativiteit en causaliteit wordt de 'grofmazige' wetsschending dus omgebogen naar de subjectieve aansprakelijkheidsvraag. Indien de schade van eiser wordt veroorzaakt door het materiële rechtsgevolg van het besluit, zal deze vraag dus in grote mate afhangen van de rechtmatigheid van het bereikte materiële resultaat (zie §3.3.3). Soms zal dat uit de wet blijken, maar bij besluiten met grote afwegingsruimte zal dat vaak uit de belangenafweging volgen. De grenzen van die afweging worden bepaald door het evenredigheidsvereiste, dat probeert een balans te vinden tussen álle belangen die meespelen (zie §4.2.1). Het is dus niet zo dat eiser via een subjectieve schadevordering op grond van strijd met een wettelijk voorschrift gemakkelijker of op andere gronden schadevergoeding uit onrechtmatige daad kan verkrijgen dan door het vernietigingsberoep te volgen.

4.3.3. Inbreuk op een subjectief recht

Indien men de koppeling van de schadevordering aan het vernietigingsberoep wil loslaten en de schadevordering op een meer subjectieve wijze wil invullen, lijkt de inbreuk op het subjectieve recht, zeker ten opzichte van de vrij objectieve wetsschending, een aantrekkelijke onrechtmatigheidscategorie.[229] De relatie van het overheidshandelen tot de individuele subjectieve rechtspositie komt daar immers sterk tot uiting.[230]

Binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht kunnen verschillende soorten rechtsinbreuken worden onderscheiden. Doorgaans zal eiser stellen onafhankelijk van het besluit een subjectief recht te bezitten, waarop het besluit inbreuk maakt. Het privaatrecht maakt daarbij onderscheid tussen absolute vermogensrechten (zoals het eigendomsrecht) en persoonlijkheidsrechten (waaronder de grond- en mensenrechten).[231] Het begrip recht is niet nauw gedefinieerd, maar geldt in ieder geval niet als elk belang of elke bevoegdheid.[232] Men kan bijvoorbeeld wel een belang hebben bij een rustieke omgeving, maar heeft daar in juridische zin geen recht op. Wel hebben belanghebbenden 'recht' op

---

na te komen, en, daarbij wettelijke voorschriften van welken aard ook, niet eerbiedigend, zonder meer eene onrechtmatige daad pleegt".

[227] Kortmann 2006, p. 135-138. Zie vergelijkbaar Schueler 2010, p. 137.

[228] Dit is dan ook de benadering van Kortmann 2009, p. 250.

[229] Zij is daarom bijvoorbeeld voorgesteld door Schlössels 2007, p. 322.

[230] In bredere zin hecht het recours subjectif sterk aan het subjectieve recht, zie daarover §2.2 en §2.3.2.

[231] Zie Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad,* art. 6:162 BW, aant. 4. (online, bijgewerkt 15 januari 2018).

[232] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad,* art. 6:162 BW, aant. 4.2.1. (online, bijgewerkt 15 januari 2018); Kortmann 2006, p. 35.

naleving van rechtsnormen die hen beogen te beschermen – wat zich uit in hun recht op vernietiging of schadevergoeding op grond van schending van de wet – maar dit is geen subjectief recht in de zin van artikel 6:162 BW. Dat wordt weer anders indien de gevolgen van een besluit kwalificeren als een inbreuk op een grondrecht, zoals het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM. Wel stelt bijvoorbeeld Schlössels voor om het begrip subjectief recht in het bestuursrecht juist ruimer op te vatten, zoals in Duitsland het geval is.[233] Ook het begrip inbreuk wordt doorgaans beperkt uitgelegd: het gedrag zelf (waaronder ook een rechtshandeling zoals een besluit kan zijn begrepen) moet een inbreuk vormen op het recht.[234]

In de praktijk maakt de overheid veelvuldig inbreuk op dit soort rechten. Ter behartiging van het algemeen belang mag zij dit juist ook: vrijwel geen enkel recht is absoluut, nu haast alle rechten beperkingsmogelijkheden kennen. Op grond van het legaliteitsbeginsel is dan wel een wettelijke grondslag vereist.[235] Een rechtmatig besluit vormt daarom de rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 6:162 BW, tweede lid, voor de subjectieve rechtsinbreuk. Een onrechtmatige rechtsinbreuk, veroorzaakt door een appellabel besluit, veronderstelt daarmee ook strijd met het recht en kan daarom doorgaans alleen worden vastgesteld door het achterliggende besluit op rechtmatigheid te toetsen.[236] Ook voor de rechtsinbreuk blijft dus binding met het vernietigingsberoep bestaan. Tegelijkertijd kan ook hier niet elke formele wetsschending tot aansprakelijkheid leiden. Vergelijkbaar met het causaliteitsvraagstuk bij de wetsschending, berust dan de vraag of de inbreuk tot aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het rechtsgevolg van het besluit leidt, op de vraag of de overheid inbreuk *had mogen* maken op het subjectieve recht en dat bij rechtmatig handelen ook had gedaan. Dat volgt soms uit de wet, maar zal bij discretionaire besluiten vaak van de objectieve rechtmatigheid van de belangenafweging afhangen: wegen de belangen die worden gediend met het besluit op tegen het recht van eiser? Bij het toetsen van het achterliggende besluit op rechtmatigheid, speelt het subjectieve recht van eiser dus een belangrijke rol, maar wel als 'wettelijke norm' waar het materiële resultaat aan moet voldoen om objectief rechtmatig te kunnen zijn. Door het stellen van een rechtsinbreuk vergroot de focus op het individuele belang of recht dus niet de aanspraak op schadevergoeding uit onrechtmatige daad ten opzichte van het objectieve vernietigingsberoep. Dat geldt evenzeer voor inbreuken op vermogensrechten als op grond- of mensenrechten. Ook grondrechten moeten immers gewogen worden en kunnen worden beperkt indien dat in het (of een specifiek geformuleerd) algemeen belang is.[237] Het kan weliswaar zo zijn dat een grondrecht veel waarde in de schaal van de belangenafweging legt, maar aan de beoordeling van de rechtvaardigingsgrond voor de rechtsinbreuk zal dan wel een objectieve afweging van het algemeen belang ten grondslag liggen. Hier komt de samenhang tussen objectieve en subjectieve rechtmatigheid van het materiële rechtsgevolg van besluiten, zoals besproken in §4.2.1, duidelijk naar voren. Zou het stellen van een subjectief recht op een andere wijze tot aansprakelijkheid kunnen leiden dan tot onrechtmatigheid in het vernietigingsberoep, dan zou deze samenhang immers worden doorbroken en daarmee ook afbreuk worden gedaan aan het onderscheid tussen onrechtmatige en rechtmatige daad. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de 'Friese Wind'-casus. In welke mate op de aangewezen locatie een windmolenpark kan worden gerealiseerd, wordt in het vernietigingsberoep genormeerd door het recht, waaronder de rechten van Bergsma. Indien het aandragen van een subjectief recht – bijvoorbeeld in de ruime zin zoals voorgesteld door

[233] Schlössels 2007, p. 323.
[234] Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad,* art. 6:162 BW, aant. 4.6. (online, bijgewerkt 15 januari 2018).
[235] Scheltema & Scheltema 2013, p. 346.
[236] Scheltema & Scheltema 2013, p. 346; Kortmann 2006, p. 36.
[237] Den Houdijker 2012, p. 6 e.v.

Schlössels – door buurman Bergsma in de subjectieve schadevordering tot aansprakelijkheid zou leiden voor een variant van het windmolenpark die in het vernietigingsberoep als objectief rechtmatig te gelden heeft, dan gaan de collectieve/objectieve en individuele/subjectieve rechtmatigheid van het materiële rechtsgevolg van het besluit uit elkaar lopen. In §4.2 is uiteengezet waarom dit niet wenselijk is: maakt het windmolenpark op een rechtmatige wijze inbreuk op de subjectieve rechten van Bergsma, dan heeft hij dit te dulden en kan hij eventueel nadeelcompensatie vragen. De rechtmatigheid van de rechtsinbreuk moet dus in de schadevordering op dezelfde wijze worden genormeerd als in het vernietigingsberoep, namelijk aan de hand van de op besluitvorming van toepassing zijnde rechtsnormen.

Naast de van het besluit onafhankelijke rechten, kan eiser ook stellen een subjectief recht aan het publiekrecht te ontlenen, dat juist in het besluit miskend wordt. Het publiekrechtelijke subjectieve recht wordt in de Nederlandse literatuur echter als problematisch ervaren.[238] Zeker bij discretionaire besluiten komen dergelijke subjectieve rechten niet voort uit de relevante wetgeving, maar pas uit de belangenafweging die in het besluit tot uiting komt.[239] Stellen dat het besluit inbreuk maakt op een recht, juist omdat het dat niet toekent, is dan logisch noch verhelderend. Wel heeft de burger die een dergelijk recht wil verwerven, 'recht' op het naleven van rechtsnormen die hem beogen te beschermen en zal hij dan zijn heil moeten zoeken in de strijd met het wettelijk voorschrift volgens §4.3.2.

4.3.4. Strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt

De onrechtmatigheidscategorie 'strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' geldt in het privaatrecht sinds *Lindebaum/Cohen*, waarin de Hoge Raad bepaalde dat niet alleen strijd met de wet, maar ook met de maatschappelijke zorgvuldigheid onrechtmatig kan zijn.[240] Hoewel er in het publiekrecht enige tijd discussie is geweest of ook op het handelen van de overheid meer normen dan de geschreven wet van toepassing kunnen zijn, is dat door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur inmiddels aan de orde van de dag.[241] Voor besluitenaansprakelijkheid zijn deze beginselen de publiekrechtelijke uitwerking van de maatschappelijke zorgvuldigheid, waar dan niet zelfstandig meer aan wordt getoetst.[242] Veel van deze normen zijn inmiddels ook gecodificeerd in de Awb, waardoor schending daarvan ook strijd met een wettelijk voorschrift oplevert.

Indien men het subjectieve karakter van de schadevordering wil benadrukken, lijkt een op eiser toegesneden open zorgvuldigheidsnorm om vast te stellen dat een besluit jegens eiser onrechtmatig is, aantrekkelijk. Een subjectieve toepassing van deze onrechtmatigheidscategorie op besluiten, past echter niet goed bij het karakter van het bestuursrecht. De overheid dient zich bij het nemen van besluiten aan het geschreven recht en aan de beginselen van behoorlijk bestuur te houden. Deze beginselen zijn – in tegenstelling tot de zorgvuldigheidsnorm die in horizontale relaties geldt – niet geschreven om het handelen van verweerder inhoudelijk te normeren, maar om het besluitvormingsproces op een procedurele wijze te normeren. Een uitzondering daarop is het evenredigheidsbeginsel, dat wel degelijk grenzen stelt aan de inhoud van het besluit.[243] Toch bakent ook dat beginsel slechts af wat daarvoor een rechtsvrije ruimte was (het besluit mag niet onevenredig zijn) en dicteert het niet de uitkomst van het besluitvormingsproces (welk besluit is evenredig?). Daarbinnen blijft dus een discretionaire ruimte over, die in zekere zin niet door het recht, maar door een politieke afweging beslagen

---

[238] Zie Schlössels & Zijlstra 2017, p 281-282.
[239] De Poorter 2010, p. 56; Schreuder-Vlasblom 2017, p. 46.
[240] HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919/161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).
[241] Schutgens 2015, p. 81.
[242] Schutgens 2015, p. 96.
[243] Schlössels & Zijlstra 2017, p. 334-335.

wordt. Daarom toetst de burgerlijke rechter ook buiten besluitenaansprakelijkheid, bijvoorbeeld bij gesteld falend toezicht, wel aan de open maatschappelijke zorgvuldigheid, maar kan dit niet de beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan omzeilen.[244] Bovendien is het evenredigheidsbeginsel geïnteresseerd in de objectieve afweging van álle relevante belangen, en niet slechts in dat van eiser. Dat is nu eenmaal het gevolg van het feit dat de overheid zich in het huidige stelsel bij het nemen van besluiten zich jegens de gehele rechtsgemeenschap verhoudt en niet alleen jegens eiser. Het gebruik van een op eiser toegesneden zorgvuldigheidsnorm zou dwars door deze normering van het overheidshandelen heen snijden en zou daarmee de samenhang tussen de collectieve/objectieve en individuele/subjectieve rechtmatigheid van het materiële rechtsgevolg van het besluit (en daarmee het onderscheid tussen rechtmatige en onrechtmatige daad) loslaten. Zou de rechter in de 'Friese Wind'-casus immers aan de hand van een open norm en los van het op de besluitvorming van toepassing zijnde recht bepalen of het windmolenpark aansprakelijkheid jegens buurman Bergsma oplevert, dan zou een variant van het windmolenpark die in het vernietigingsberoep als objectief rechtmatig te gelden heeft, toch subjectief onrechtmatig jegens hem kunnen zijn. Is deze variant volgens de rechtsnormen die daarop van toepassing zijn echter rechtmatig, dan heeft Bergsma deze te dulden als in het algemeen belang en is hij op nadeelcompensatie aangewezen.

Binnen de besluitenaansprakelijkheid is eiser binnen deze onrechtmatigheidscategorie dus aangewezen op de objectief geldende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel. Juist omdat deze niet de inhoud van de besluitvorming normeren, zegt de enkele constatering dat onzorgvuldig of onbehoorlijk is gehandeld, echter niets over de vraag of de causa van de geleden schade onrechtmatig is. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur normeren de subjectieve aansprakelijkheid jegens eiser dus op dezelfde manier als de wetsschending. Schending daarvan lijdt wel tot onrechtmatigheid in zowel vernietigingsberoep als schadevordering, maar aansprakelijkheid zal wederom slechts kunnen bestaan indien het bereikte materiële resultaat onrechtmatig is of niet zo was ontstaan bij rechtmatig handelen. Dat kan uit de wet blijken, maar zal bij discretionaire besluiten vaak afhangen van de belangenafweging van het bestuur. Ook deze onrechtmatigheidscategorie lijkt dus niet te kunnen leiden tot een andere grondslag van aansprakelijkheid dan het vernietigingsberoep.

4.3.5. Andere wijze van vaststellen

Omdat artikel 6:162 BW enkel op analoge wijze van toepassing is op het overheidsaansprakelijkheidsrecht, is dit uiteraard niet gebonden aan de privaatrechtelijke onrechtmatige daad. Denkbaar is dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht op een geheel eigen manier wordt ingevuld, variërend van een eigen wettelijke regeling tot aan een ruimere invulling van de huidige onrechtmatigheidscriteria, zoals het subjectieve recht.[245] Deze mogelijkheden gaan het bestek van deze scriptie te buiten. Volstaan kan worden met de constatering dat elke manier van vaststellen van subjectieve onrechtmatigheid uiteindelijk in grote mate afhankelijk zal zijn van de objectieve materiële rechtmatigheid van het besluit. Hoewel de publiekrechtelijke geldigheidsbeoordeling (afweging van alle belangen) en de (van oorsprong) privaatrechtelijke aansprakelijkheidsbeoordeling (afweging van het belang van eiser) van het besluit verschillende aangrijpingspunten lijken te hebben, vallen zij in de praktijk samen. Volgens Kort-

[244] Schutgens 2015, p. 86; Scheltema & Scheltema 2013, p. 349; Van Ettekoven e.a., *O&A* 2018/23, p. 62-69.
[245] Het eerste werd lange tijd door de wetgever gewenst, zie Di Bella 2012. Zie voor een voorbeeld van het tweede het voorstel van Schlössels inzake het subjectieve recht, zie Schlössels 2007, p. 322-323.

mann stelt het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht door de samenwerking van onrechtmatigheidsvereisten en rechtvaardigingsgronden immers de toelaatbaarheid van het gedrag van dader centraal.[246] Omdat het bestuur zich, zoals in hoofdstuk 2 beschreven, bij het nemen van (discretionaire) besluiten nog altijd *erga omnes* en in het algemeen handelt, zal – anders dan in de zuiver privaatrechtelijke horizontale relatie tussen burgers onderling – wat de overheid jegens één individuele burger 'mag', altijd mede worden bepaald door wat hij *erga omnes* kan bereiken. Juist op die manier wordt de samenhang tussen objectieve en subjectieve rechtmatigheid van het materiële rechtsgevolg van besluiten, zoals besproken in §4.2.1, bereikt.

Indien men wil vasthouden aan deze samenhang wordt de vraag op welke wijze de overheid de subjectieve rechtspositie van individuele burgers mag raken, altijd bepaald door het recht dat de objectieve besluitvorming normeert.[247] Omdat het gebruik van een zuiver subjectief beoordelingskader die samenhang zal doorkruisen, zal eiser altijd strijd met een wettelijk voorschrift of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moeten stellen. Uiteindelijk zal de subjectieve aansprakelijkheid jegens eiser dus altijd in grote mate blijven afhangen van de vraag of de individuele schade van eiser bij rechtmatig handelen veroorzaakt had mogen worden en ook was geworden, ingevuld aan de hand van het objectieve recht en de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur.

4.4. Resumé

In een samenleving waar meerdere individuele burgers samen één rechtsgemeenschap vormen, gaan objectieve en subjectieve onrechtmatigheid van de materiële rechtsgevolgen van besluitvorming hand in hand. Juist omdat zij onderdeel zijn van de samenleving, dienen burgers besluiten die in het algemeen belang zijn te dulden als rechtmatig. Wel dient de overheid zich bij het nemen van besluiten te houden aan het recht en aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel. Het recht zoekt zo een balans tussen het algemeen belang en het beschermen van het individu. Indien het rechtsgevolg van een besluit rechtmatig en evenredig is, kan het besluit daarom niet subjectief onrechtmatig zijn jegens een individueel benadeelde. Deze is dan aangewezen op nadeelcompensatie.

Indien aan het besluit rechtmatigheidsgebreken kleven, kan dat niet alleen leiden tot vernietiging, maar ook tot schadevergoeding voor de individuele burger. Deze vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad is een subjectieve vordering, waarin aansprakelijkheid jegens eiser wordt vastgesteld. Toch komt ook in deze subjectieve vordering de samenhang tussen collectief en individu sterk naar voren. Omdat de overheid rechtmatige besluiten mag uitoefenen jegens individuele burgers, is het voor benadeelde niet voldoende het eigen subjectieve belang of recht te benadrukken in de procedure. Eiser zal daarom ook in zijn subjectieve vordering altijd strijd met de wet of algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten stellen. Tegelijkertijd zijn veel van die normen bedoeld om het besluitvorminsproces te normeren en geven zij geen directe aanspraak op schadevergoeding. Uiteindelijk komt het daarom, hoe men de vordering uit onrechtmatige daad ook inkleedt, vaak neer op de vraag of de overheid het materiële resultaat uit het besluit had mogen bereiken en ook had bereikt bij rechtmatig handelen. Duidelijk is dat, indien men de samenhang tussen collectief en individu en daarmee het onderscheid tussen onrechtmatige en rechtmatige daad niet wil loslaten, dit een algemene en objectieve beoordeling vergt.

---

[246] Kortmann 2006, p. 160.
[247] Tot deze conclusie komt ook Kortmann 2006, p. 159-161.

Dit alles spreekt de constatering dat de schadevordering de subjectieve onrechtmatigheid zoals geldend in de verhouding tussen overheid en individuele burger betreft, niet tegen en maakt het ook niet onmogelijk om deze zelfstandig van het vernietigingsberoep vast te stellen. Wel maakt het duidelijk dat de inhoudelijke beoordeling van de schadevordering van eiser niet zomaar los is te zien van de objectieve rechtmatigheid van het besluit. In het volgende hoofdstuk zal bekeken worden wat in dat licht de bestuursprocesrechtelijke gevolgen zijn van het zelfstandig vaststellen van deze subjectieve onrechtmatigheid.

In dit hoofdstuk is op theoretische wijze bekeken wanneer besluitvorming onrechtmatig is, zowel *erga omnes* als jegens één individuele burger. Dat besluitvorming binnen het in dit hoofdstuk geschetste kader als onrechtmatig te gelden heeft, wil echter nog niet zeggen dat dit in de praktijk voor de burger ook daadwerkelijk tot schadevergoeding leidt bij de rechter. Dit geldt met name voor het evenredigheidsbeginsel, waaraan de rechter nog steeds terughoudend toetst. Dit heeft echter niet zozeer betrekking op het hier geschetste theoretische kader van rechtmatigheid en onrechtmatigheid, maar is een vraag naar de vervolgstap: in hoeverre kan de burger op grond van dit theoretische kader zijn aanspraken verwezenlijken bij de rechter? Ook deze vraag komt in het volgende hoofdstuk nog kort aan de orde.

5. Bestuursprocesrechtelijke beoordeling van het voorstel tot een onafhankelijk en subjectief schadeverzoekschrift en van het huidige stelsel

5.1. Inleiding

In de vorige hoofdstukken is uiteengezet hoe door ontwikkelingen binnen zowel het bestuursprocesrecht als het overheidsaansprakelijkheidsrecht vanuit beide rechtsgebieden kan worden gepleit voor de introductie van een van het vernietigingsberoep onafhankelijke en subjectieve verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad. Waar in het vorige hoofdstuk de aansprakelijkheidsrechtelijke aspecten van dit voorstel centraal stonden, zal dit hoofdstuk de bestuursprocesrechtelijke dimensie beslaan. Een dergelijke procedure zal immers altijd een bepaalde positie innemen binnen het bredere stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid en daarom ook effecten op dit stelsel als geheel kunnen hebben.

In dit hoofdstuk zullen zowel het subjectieve en onafhankelijke verzoekschrift als het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht worden beoordeeld vanuit bestuursprocesrechtelijk perspectief. Daartoe zal eerst een aantal algemene opmerkingen over de aard en plaats van de aansprakelijkheidsvordering in het bestuursprocesrecht worden gemaakt (§5.2). Vanuit dit kader zullen vervolgens de gevolgen voor de algemene rechtstoepassing, rechtsbescherming, rechtszekerheid en legitimiteit van het overheidsbestuur worden bekeken (§5.3), nu juist deze aspecten op een heldere wijze de wisselwerking tussen bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht laten zien. Ten slotte zal vanuit hetzelfde perspectief ook het huidige stelsel worden bekeken (§5.4).

5.2. Overheidsaansprakelijkheid en bestuursprocesrecht: recours objectif of recours subjectif?

Bij het vormgeven van de vordering uit aansprakelijkheid wegens onrechtmatige besluitvorming zal men zich – wegens het publiekrechtelijke karakter van het besluit – altijd moeten buigen over de relatie met de overige manieren om tegen het schadeveroorzakende handelen op te komen en dus over haar plaatsbepaling ten opzichte van het algemene bestuursprocesrecht.

Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat het huidige bestuurs(proces)recht, ondanks een flink aantal subjectieve kenmerken – die garanderen dat de procedure slechts wordt aangewend ten behoeve van individuele rechtsbescherming – in ieder geval voor discretionaire besluiten nog steeds wordt gekenmerkt door de algemene werking van besluiten als materieel aangrijpingspunt. Bij het zuivere recours subjectif past daarentegen de opvatting dat de rechtspositie van de betrokken burger volgt uit de individuele verhouding tussen hem en de overheid en dat deze daarom kan worden vastgesteld in een subjectieve procedure. Het voorstel om een onafhankelijke subjectieve schadevordering te introduceren past goed bij het voorstel daarin een duaal stelsel te introduceren: het vernietigingsberoep, waar de algemene geldigheid van besluiten genomen in het algemeen belang centraal staat en dat dus een objectief karakter houdt, wordt aangevuld met subjectieve vorderingen, waar de burger zijn individuele rechtspositie kan laten vaststellen. In §2.5.1 werd opgemerkt dat voor de plaatsbepaling van deze 'subjectieve' verzoekschriften binnen het recours subjectif van belang is of deze verzoekschriften gebaseerd zijn op de materiële rechtsvaststelling zoals die volgt uit het vernietigingsberoep, of dat deze daarvan onafhankelijk worden gezien. Het beschermen van de subjectieve (vermogens)positie van appellant zoals deze volgt uit de materiële besluitvorming, gebeurt immers ook al in het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht, sinds de burgerlijke rechter zich een aanvullende rechtsbeschermingsfunctie heeft aangemeten.[248] De besproken voorstellen om de formele rechtskracht ten

[248] Zie daarover uitgebreid §3.2.

aanzien van de schadevergoedingsactie af te schaffen, bepleiten daarentegen een van het vernietigingsberoep materieel onafhankelijke subjectieve schadevergoedingsactie. De materiële rechtspositie wordt dan vastgesteld in de relatie burger-overheid, waarmee deze vordering daadwerkelijk een recours subjectif wordt.

Hiermee gaat logischerwijs samen dat deze voorstellen ervan uit gaan dat de geldigheid van besluiten weliswaar de verhouding tussen het bestuursorgaan en de gehele rechtsgemeenschap betreft, maar de vraag naar aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad de daarvan onafhankelijke vermogensrechtelijke verhouding tussen burger en overheid beslaat.[249] Deze aanname valt samen met de veronderstelling dat deze verhouding wordt gekenmerkt door de vraag of er sprake is van subjectieve onrechtmatigheid, omdat de onrechtmatige daad een relationele en subjectieve vordering betreft.[250] Zoals uit het vorige hoofdstuk blijkt, ligt dit echter genuanceerd. De vraag naar aansprakelijkheid jegens de individuele burger voor de gevolgen van de besluitvorming is door de grote samenhang van rechtmatigheid jegens individu en rechtsgemeenschap, afhankelijk van de vraag welke materiële rechtsgevolgen het bestuursorgaan op rechtmatige wijze jegens de gehele rechtsgemeenschap in het leven had mogen roepen. De individuele rechtspositie uit overheidsaansprakelijkheid is in die zin dus een nadere uitwerking van de algemene bestuursprocesrechtelijke procedure van bezwaar, beroep en de eventuele nieuwe beslissing op bezwaar).

In de komende subparagrafen zal blijken dat aan het mogelijk maken van een onafhankelijke subjectieve schadevergoedingsactie bestuursprocesrechtelijke voordelen, maar ook bepaalde nadelen kleven. Veel van deze nadelen zijn in de kern een gevolg van het feit dat het voorstel een rechtsvaststelling in een recours subjectif faciliteert van wat in feite een objectieve en algemene afweging vergt. Ook het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht kan vanuit dit kader worden beoordeeld.

5.3. Bestuursprocesrechtelijke beoordeling onafhankelijke verzoekschriftprocedure

5.3.1. Coherente rechtstoepassing

Dat de objectieve (on)rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit doorwerkt in de aansprakelijkheidsverhouding tussen overheid en burger, betekent dat de rechter ook in een zelfstandige subjectieve schadevergoedingsactie in de beoordeling daarvan zal moeten treden. Indien buurman Bergsma uit de 'Friese Wind'-casus bijvoorbeeld een verzoekschrift tot schadevergoeding zou indienen zonder dat het besluit vernietigd is, zal de rechter zich – zoals uiteengezet in §4.3 – altijd moeten buigen over de vraag in hoeverre het bestuur op objectief rechtmatige wijze een windmolenpark op deze locatie had mogen realiseren en daarmee inbreuk op Bergsma's positie had mogen maken. Waar deze beoordeling momenteel in één rechtsgang (namelijk de bezwaar- en beroepsprocedure betreffende het besluit) plaatsvindt, wordt het daarmee mogelijk dat deze beoordeling in verschillende procedures plaatsvindt (zowel de objectieve rechtsgang als eventueel meerdere subjectieve procedures). Dat dit een risico op uiteenlopende rechtsoordelen oplevert, is juist een van de hoofdargumenten voor de formele rechtskracht.[251] Voorstanders van het afschaffen van de formele rechtskracht relativeren dit bezwaar doorgaans door te benadrukken dat door de verzoekschriftprocedure nu de bestuursrechter in alle procedures oordeelt.[252] Aan het risico op uiteenlopende rechtsoordelen gaat echter een fundamenteler bezwaar vooraf. Schreuder-Vlasblom wijst op het risico dat processuele subjectivering ook

[249] Zie het meest duidelijk daarover: Polak e.a. 2004, p. 77-89. Van Ommeren en Huisman 2013, p. 80-89, stellen dat niet in zoveel woorden, maar lijken daar toch ook wel van uit te gaan.
[250] Zie hierover uitgebreid §4.3.1.
[251] Zie § 3.3.2.
[252] Zie bijvoorbeeld Schueler 2010, p. 137; Kortmann 2009, p. 251-252; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 87-91.

tot materiële subjectivering kan leiden, omdat betrokkene in de subjectieve actie zijn eigen belang centraal stelt en de rechter zo uit het oog kan verliezen dat de individuele rechtspositie is "*ingebed in samenhangende, nadere publieke rechtsvorming in het algemeen belang en daarvan niet via beslissingen inter partes kan worden losgemaakt*".[253] Zo zijn voor de beoordeling van de 'Friese Wind'-besluitvorming alle derdenbelanghebbenden en overige publieke (deel)belangen relevant. Dit is een van de redenen dat in het klassieke bestuursrecht de rechtsvaststelling in een algemene procedure plaatsvindt, waar iedereen aan deel kan nemen. Door het enkel centraal stellen van de positie van Bergsma, loopt de rechter het risico om – met name in de evenredigheidstoetsing – het samenhangende overzicht kwijt te raken.[254] Dat dit in de subjectieve procedure kan leiden tot een andere beoordeling dan die in de objectieve rechtsgang had moeten worden bereikt, is onwenselijk, nu het recht juist beoogt om het rechtsverkeer op een coherente en samenhangende manier te normeren en daarmee vereist dat het in elke procedure op dezelfde wijze wordt toegepast.[255] Juist door de algemene wens uiteenlopende rechtsoordelen te voorkomen, ontstaat daarmee bovendien het risico dat de beoordeling binnen een subjectieve procedure toch doorwerkt in andere procedures. Het subjectieve rechtsoordeel verkrijgt zo toch een soort objectieve werking, terwijl het niet in objectieve samenhang tot stand is gekomen. Op deze wijze ondermijnt de 'materiële subjectivering' van het rechtsoordeel openbaar bestuur in samenhang en in het algemeen belang.

5.3.2. Rechtsbescherming

Een van de voornaamste argumenten voor het afschaffen van de formele rechtskracht en het introduceren van een van het vernietigingsberoep onafhankelijke schadevergoedingsactie is het verhogen van het rechtsbeschermingsniveau ten opzichte van het huidige stelsel, dat te weinig rechtsbescherming zou bieden.[256] Dit sluit goed aan bij de bredere subjectiveringstendens, die immers plaatsvindt vanuit de wens om het bestuurs(proces)recht meer op individuele rechtsbescherming te laten richten.[257]

Het onafhankelijke subjectieve verzoekschrift lijkt in ieder geval op procedureel niveau inderdaad een aantal voordelen voor het rechtsbeschermingsniveau van individuele burgers te kennen ten opzichte van het huidige stelsel. Zo zijn burgers niet meer verplicht eerst het vernietigingsberoep te volgen. Bovendien kunnen zij ook na de korte termijn van zes weken nog schadevergoeding vorderen, zonder met de formele rechtskracht te worden geconfronteerd.[258] Aan de hand van het leerstuk eigen schuld of de schadebeperkingsplicht kan dan tot een meer genuanceerde uitkomst worden gekomen. Daarnaast kunnen burgers het gedrag van de overheid integraal aan de rechter voorleggen, waarmee een eind zou komen aan de versnipperings- en connexiteitsproblematiek.[259]

Aan een dergelijke subjectieve actie tot schadevergoeding kleeft echter op procedureel niveau ook een aantal nadelen. Zo legt de centraalstelling van het besluit in het vernietigingsberoep hoge adstructie- en motiveringsnormen op aan het bestuur bij de beoordeling van de rechtmatigheid van

---

[253] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 53-55.
[254] Polak 2006, p. 104.
[255] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 3.
[256] Zie bijvoorbeeld Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 251; Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 51; Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39, § 4; Schlössels, *Actioma* 2016, afl. 196, p. 14. Zie hierover uitgebreid §3.4.1.
[257] Zie uiteraard met name Polak e.a. 2004 en Van Ommeren en Huisman 2013, die expliciet een rechtsbeschermingsperspectief hanteren.
[258] De korte termijn van rechtsbescherming lijkt een van de grootste doornen in het oog te zijn van de tegenstanders van de formele rechtskracht, zie M. Scheltema, *NTB* 2007/17.
[259] Zie hierover reeds uitgebreid § 3.4.1.

het besluit.[260] In een subjectieve vordering zal van de burger meer worden verwacht wat betreft de bewijsvoering en procesverantwoordelijkheid.[261] Het is bovendien de vraag of de eigenschuld- of schadebeperkingsbenadering in de praktijk echt tot een meer genuanceerde benadering zal leiden. Gezien de hierna besproken nadelen van het vaststellen van de subjectieve onrechtmatigheid van een rechtsgeldig geworden besluit, zal de schaderechter hoogstwaarschijnlijk sterk blijven hechten aan het volgen van het vernietigingsberoep. Denkbaar is dan dat de situaties waarin het benadeelde niet kan worden verweten dat hij de schade niet heeft voorkomen door bezwaar- en beroep in te stellen, niet veel zullen verschillen van de uitzonderingen die onder de huidige formele-rechtskrachtbenadering bestaan.[262]

Ook de meer integrale behandeling van het overheidshandelen verdient een nuance. Hoewel het debat inzake de huidige connexiteitsvereisten en de versnippering van de rechtsbescherming voor schade die wordt veroorzaakt door het gehele besluitvormingsproces (waaronder voorbereidings- of uitvoeringshandelingen) grotendeels buiten het bereik van deze scriptie valt, betreft dit een reëel probleem.[263] Veel van deze problematiek wordt echter niet veroorzaakt door het objectieve karakter van het eerst te volgen vernietigingsberoep, maar door technische bevoegdheidsverdelingsvragen; zoals de vraag welke schade al dan niet onder de formele rechtskracht valt en welke schade al dan niet kan worden meegenomen in het verzoekschrift. Ook binnen de huidige verzoekschriftprocedure kan men daarom voor een meer integrale behandeling pleiten, waarbij de bestuursrechter een meer integrale schade-bevoegdheid zou verkrijgen.[264] In de gevallen waarin de schade door het rechtsgevolg van het besluit zelf wordt veroorzaakt (zoals in het geval van buurman Bergsma), levert de beantwoording van de vraag of dit rechtsgevolg jegens eiser onrechtmatig is, echter procedurele problemen op. De aansprakelijkheid van het bestuursorgaan hangt dan bij discretionaire besluiten in grote mate af van de vraag welke rechtsgevolgen het bestuur in objectieve zin had mogen bereiken en bij rechtmatige besluitvorming ook had bereikt. Indien het besluit niet vernietigd is, vindt er echter geen integraal debat plaats over het schadeveroorzakende besluit en zal ook geen nieuwe beslissing op bezwaar worden genomen. De individuele burger zal dan in ieder geval worden geconfronteerd met een bewijsprobleem inzake de causaliteit.[265] De rechter zal zich immers terughoudend moeten opstellen bij de vaststelling van wat de juiste rechtsuitkomst had moeten zijn, zoals nu ook het geval is bij bijvoorbeeld toezichthoudersaansprakelijkheid.[266]

Dit laatste punt hangt in samen met de gevolgen van een van het vernietigingsberoep onafhankelijke schadevergoedingsactie voor de rechtsbescherming in materiële zin. In de bestuursrechtsliteratuur wordt soms wel geconstateerd dat het huidige bestuursprocesrecht, met zijn bezwaarprocedure en vernietigingsberoep, bestuursvriendelijk en klantonvriendelijk zou zijn, mede door het respecteren van het algemeen belang dat besluiten dienen, de beleids- en beoordelingsruimte die bestuur

---

[260] Zie ook Schuurmans 2009, p. 144 e.v.
[261] De Graaf & Marseille, *Gst.* 2007/1, § 3.3.; Polak 2006, p. 100-103.
[262] Polak 2007, p. 272-273.
[263] Schueler, *NTB* 2007/38, § 3.4.
[264] Zie bijvoorbeeld Polak 2014.
[265] Zie voor vergelijkbare kritiek voor de verzoekschriftprocedure zoals deze nu wel al geldt, De Graaf & Marseille, *Gst.* 2007/1, §3.3. Ik treed hier verder niet in het debat over de bewijslastverdeling. Zie hiervoor bijvoorbeeld annotatoren L. Di Bella & J.H.A. van der Grinten bij ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *O&A* 2017/6 (*Biolicious*). Hoewel binnen het huidige stelsel bepleit wordt dat het bestuursorgaan de bewijslast draagt om aan te tonen dat het hetzelfde besluit had genomen, zal duidelijk zijn dat dit niet makkelijk te weerleggen is indien in het geheel geen nieuwe beslissing op bezwaar plaatsvindt.
[266] Schutgens 2015, p. 86; Scheltema & Scheltema 2013, p. 349; Van Ettekoven e.a., *O&A* 2018/23, p. 62-69.

daarbij heeft en het bieden van een nieuwe kans om tot hetzelfde besluit te komen.[267] Omdat uit het vorige hoofdstuk volgt dat subjectieve en onrechtmatige onrechtmatigheid hetzelfde materiële en algemene aangrijpingspunt zoeken, is het echter niet zo dat een subjectieve schadevergoedingsactie burgers in materiële wijze meer rechtsbescherming behoort te bieden, in de zin dat zij eerder of meer schadevergoeding zullen krijgen. Het benadrukken van algemeen belang en beleidsvrijheid kan ongetwijfeld als frustrerend worden ervaren, maar dit betekent niet dat dit beleid geen legitieme rol vervult in ons rechtsstelsel. Hoe het stelsel van rechtsbescherming ook wordt ingericht, daarin zal altijd in meer of mindere mate aandacht moeten zijn voor algemeen belang en de rol van het bestuur bij de vaststelling daarvan.[268]

Tegelijkertijd is, zoals uiteengezet in §5.3.1, denkbaar dat de rechter in een subjectieve actie wel degelijk eerder tot een onrechtmatigheidsoordeel zou komen. Hoewel dit vanuit het rechtsbeschermingsperspectief van de individueel benadeelde aantrekkelijk klinkt, is dit negatief voor de rechtsbescherming in bredere zin. Zeker indien men het objectieve element van rechtsbescherming (bescherming van 'het recht') meer centraal stelt,[269] wordt duidelijk dat rechtsbescherming niet zozeer betekent dat eenieder kan krijgen wat hij vraagt, maar dat de rechter het recht in samenhang toepast op degenen die het beoogt te beschermen. Zeker bij meerpartijengeschillen spelen er immers nog meer belangen dan enkel dat van eiser; zowel die van aan te wijzen derdenbelanghebbenden of abstractere publieke belangen. Zoals uit de volgende paragrafen zal blijken, kan ook de procedure van één individuele belanghebbende effect hebben op het rechtsstelsel in bredere zin en dus ook op deze belangen. Ook het rechtsbeschermingsperspectief vereist dus dat in élke procedure het recht op dezelfde wijze en met oog voor het samenhangende bestuur waarin de besluitvorming plaatsvindt wordt toegepast.[270]

Het bovenstaande betekent niet dat het Nederlandse bestuursproces zich niet in bredere zin zou kunnen of moeten ontwikkelen richting het bieden van meer rechtsbescherming. Parallel aan de discussie over de inrichting van het bestuursprocesrecht loopt immers de discussie over de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter.[271] Met name indien grondrechten in het geding zijn, zou het recht op daadwerkelijke rechtsbescherming vereisen dat de rechter intensiever op rechtmatigheid en met name evenredigheid toetst. Daarmee wordt het (in sommige gevallen) makkelijker voor de rechter om zelf tot de juiste rechtsvaststelling te komen of om aan individuele geschilbeslechting te doen. Hoewel een normatieve beoordeling van deze ontwikkeling buiten het bereik van deze scriptie valt, kan een intensievere evenredigheids- of rechtmatigheidstoets ervoor zorgen dat het theoretische kader dat in hoofdstuk 4 is geschetst (wanneer is een besluit onrechtmatig jegens zowel individu als rechtsgemeenschap, omdat het dat individu onevenredig treft?) bij de rechter daadwerkelijk tot de daaruit volgende materiële constateringen leidt. Dat neemt echter niet weg dat, zeker bij meerpartijengeschillen, aan die rechtsvaststelling een algemene afweging ten grondslag ligt, ook indien de rechter die vaststelling actiever op evenredigheid toetst of daarbij het belang van één individuele belanghebbende zwaarder mee laat wegen omdat hij zich op een grondrecht kan beroepen. Deze ontwikkeling past daarom ook goed binnen een rechtsstelsel dat subjectieve en objectieve rechtmatigheid samentrekt en verwacht dat deze in een algemene procedure wordt vastgesteld.

---

[267] Zie in die zin Damen, *AA* 2017, p. 635-636, Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 54-55.
[268] Zie met vergelijkbare strekking Schueler, *NJB* 2012/1217, p. 1459-1460.
[269] Zie §2.4.1.
[270] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 3.
[271] Zie recentelijk Hirsch Ballin 2015.

5.3.3. Rechtszekerheid

Een van de kenmerken van het klassieke Nederlandse bestuursprocesrecht is de focus op rechtszekerheid en de daaruit volgende korte bezwaar- en beroepstermijnen.[272] Vanwege de *erga omnes* werking van besluit en vernietiging, moeten burgers van de rechtsgevolgen daarvan kunnen uitgaan, zodat zij hun leven daarop kunnen inrichten.[273] De formele rechtskracht is een uitwerking van deze wens tot rechtszekerheid: na de rechtsbeschermingstermijn gelden besluiten in de gehele rechtsorde als rechtmatig.[274] In zekere zin is rechtszekerheid een tegenhanger van rechtsbescherming en moet daarin een balans worden gevonden. Nu in de 'Friese Wind'-casus aan coöperatie Friese Windenergie een vergunning voor de windmolens is toegekend, vereist een adequaat niveau van rechtsbescherming voor buurman Bergsma dat hij daartegen in bezwaar en beroep kan gaan en rechtmatigheidsgebreken kan aanvoeren. Tegelijkertijd vereist de rechtszekerheid dat hij dit binnen een bepaalde periode moet doen en dat de coöperatie op een gegeven moment kan beginnen met bouwen zonder constant in angst te leven dat het project nog kan worden aangetast.

Verdedigd wordt wel dat de rechtszekerheid alleen eisen zou stellen ten aanzien van de rechtsgeldigheid *erga omnes* en daarmee aan de mogelijkheid tot vernietiging van besluiten.[275] Dat de benadeelde, nadat een besluit definitief rechtsgeldig is geworden, nog een schadevergoeding uit onrechtmatige daad kan krijgen, betreft alleen de verhouding tussen overheid en benadeelde en zou daarom aan de rechtszekerheid van andere belanghebbenden niet afdoen.[276] Indien Bergsma niet binnen zes weken in bezwaar gaat, staat de rechtsgeldigheid van de windparkbesluiten vast. De coöperatie heeft dan definitief de bevoegdheid tot bouwen verkregen, maar Bergsma kan later nog wel een verzoekschrift tot schadevergoeding indienen bij het bestuursorgaan dat de vergunning heeft toegekend. Hierbij wordt vaak een vergelijking gemaakt met de *Köbler*-jurisprudentie van het Hof van Justitie, op grond waarvan Unieburgers schadevergoeding voor onrechtmatige rechtspraak kunnen krijgen.[277] De rechtszekerheid zou daar niet aan in de weg staan, nu schadevergoeding de geldigheid van de rechterlijke uitspraak niet aantast.

Of een dergelijke subjectieve vordering inderdaad geen substantiële gevolgen voor de rechtszekerheid heeft, hangt af van de vraag of de rechter aan de constatering dat de besluitvorming jegens benadeelde een onrechtmatige daad oplevert, ook een ver- of gebod kan verbinden. Een dergelijke uitspraak werkt dan wel formeel niet *erga omnes;* haar feitelijke gevolgen doen dat wel, nu de beoogde rechtsgevolgen niet kunnen worden bereikt.[278] Stellen dat een dergelijk besluit wel nog steeds rechtsgeldig is, is een verwarrende en onwenselijke constructie. In een systeem dat onderscheid maakt tussen algemene en individuele rechtsgangen, hoort het bereiken of ongedaan maken van de rechtsgevolgen van besluitvorming wegens zijn algemene werking tot het recours objectif. Dit is ook de reden

---

[272] Zie §2.3.1.
[273] Schreuder-Vlasblom 2017, p. 462.
[274] Zie §3.3.2. Zie over deze meerwaarde van de formele rechtskracht Van Angeren, *O&A* 2011/4, p. 29-30
[275] Zie Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 245-246; Ortlep, *O&A* 2008/103, § 4.2; Polak e.a. 2004, p. 88; Schueler 2010, p. 152-153.
[276] Zie voor deze argumentatielijn het meest duidelijk Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 245-247. Zie in vergelijkbare zin Polak e.a. 2004, p. 88.
[277] HvJ 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, *AB* 2003/429, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Köbler*); zie Ortlep, *O&A* 2008/103, §4.2. Zie voor een relativering daarvan: Polak 2007, p. 265-277, m.n. p. 272.
[278] Scheltema & Scheltema 2013, p. 379.

dat bijvoorbeeld in Frankrijk de rechter zich traditioneel in het volle-rechtsmacht-beroep (*recours subjectif)* niet bevoegd verklaart een verbod of gebod op te leggen aan het bestuur.[279] In Nederland zou een ge- of verbodsvordering waarschijnlijk afstuiten op een niet-ontvankelijkheidsoordeel: als Y had willen bereiken dat X niet mag bouwen, dan had hij bezwaar of beroep moeten instellen tegen die vergunning.[280]

Ook indien de benadeelde burger na het laten verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijnen enkel nog schadevergoeding kan krijgen, kan dit echter negatieve effecten op de rechtszekerheid hebben. Van Ettekoven wijst daarbij op de *reflexwerking* van het vaststellen van onrechtmatigheid van een besluit op de geldigheid daarvan.[281] Het bestuur zal immers, zeker indien de rechtsgevolgen van het als onrechtmatig aangemerkte besluit voortduren, die aansprakelijkheid zo snel mogelijk willen beëindigen en het besluit willen heroverwegen en eventueel intrekken.[282] Dit komt de rechtszekerheid en het vertrouwen op eenmaal genomen overheidsbeslissingen niet ten goede.[283] Volgens Kortmann is het heroverwegen van besluiten die onrechtmatig zijn bevonden daarentegen simpelweg het gevolg van het heroverwegingsrecht dat nu ook al bestaat en waarbij alle relevante belangen weer evenwaardig worden meegewogen, en is dit juist als positief te beoordelen.[284] Hoewel de algemene rechtmatigheid van besluiten op zich gediend is bij de *erga omnes* intrekking van besluiten na het vaststellen van de onrechtmatigheid daarvan, staat de rechtszekerheid echter uit de aard van de zaak altijd tegenover rechtsbescherming en – in bredere zin – het bereiken van absolute rechtmatigheid. Het is dan niet logisch om deze balans voor de algemene geldigheid van besluiten sterk ten gunste van de rechtszekerheid uit te laten vallen en deze geldigheid dan toch weer via de omweg van de subjectieve schadevordering ter discussie te stellen. De omvang van de huidige intrekkings- en heroverwegingsbevoegdheden zijn als uitzondering op de algemene aanname dat eenmaal genomen besluiten rechtsgeldig dan ook niet te vergelijken met de situatie waarin elk besluit nog jaren na dato betwist kan worden bij de schadevergoedingsrechter. Bovendien zal het subjectieve onrechtmatigheidsoordeel hoogstwaarschijnlijk een sterke rol spelen bij de heroverweging, omdat dit oordeel altijd raakt aan de objectieve rechtmatigheid van het besluit. Tegelijkertijd heeft dit oordeel plaatsgevonden in een subjectieve procedure, waar het in §5.3.1 geconstateerde risico op 'materiële subjectivering' speelt. Dit is niet alleen problematisch vanuit het perspectief van coherent en samenhangend bestuur, maar ook, zoals uiteengezet in §5.3.2, vanuit rechtsbeschermingsperspectief. Degenen die reeds hebben gehandeld op basis van het besluit of anderszins begunstigd worden door het besluit zijn bij dat oordeel immers geen partij geweest. Indien de balans tussen rechtszekerheid enerzijds en rechtsbescherming en rechtmatigheid

---

[279] De Graaf 2013, p. 250-251. Hier zit wel wat beweging in, waardoor de rechter nu bijvoorbeeld wel het gebod een rechterlijke uitspraak ten uitvoer te brengen (bijvoorbeeld het betalen van schadevergoeding) kan opleggen. Er is nog geen zelfstandige bevoegdheid, De Graaf 2013, p. 253.

[280] Expliciet Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 246; Polak e.a. 2004, p. 88. Ook de meeste andere auteurs lijken hiervan uit te gaan, nu zij doorgaans spreken over het vaststaan van de rechtsgevolgen en slechts de mogelijkheid tot schadevergoeding benoemen. Enigszins onduidelijk is wel Schlössels 2007, p. 324, "Met het oog hierop is het bijvoorbeeld goed denkbaar dat *uitgaande van de onaantastbaarheid van de rechtsgevolgen van een appellabel besluit,* in rechte toch tot *onrechtmatigheid* wordt geconcludeerd, waardoor in ieder geval de optie van *schadevergoeding* openblijft" (onderstreping toegevoegd).

[281] Van Ettekoven, *O&A* 2006/3, § 5.

[282] Zie in vergelijkbare zin ook Scheltema & Scheltema 2013, p. 379. Het bestuursorgaan is hierbij uiteraard wel beperkt door de wettelijke mogelijkheden tot intrekking, bijvoorbeeld indien de rechtszekerheid of het vertrouwensbeginsel zich daartegen verzet (Den Ouden 2010, p. 698-700).

[283] De begunstigde van het besluit kan juist hierom wel schadevergoeding aan deze intrekking ontlenen, zie daarover (onder oud recht) Den Ouden & Tjepkema, *O&A* 2010/78.

[284] Kortmann, *RM themis* 2009, p. 246.

anderzijds meer richting de laatste zou moeten uitvallen, dient dat daarom in het algemeen en voor een objectieve rechtsgang besloten te worden.

5.3.4. Rechtmatigheidsstatus besluiten: Legitimiteit overheidsbestuur

Een van de gevolgen van het toestaan van een zelfstandige subjectieve schadevergoedingsactie nadat de beroeps- en bezwaartermijnen zijn verlopen, is de mogelijkheid dat besluiten voor rechtsgeldig en in objectieve zin dus voor rechtmatig worden gehouden, maar toch in de subjectieve procedure als onrechtmatig worden beoordeeld. Anders geformuleerd geldt dan ook dat een besluit wel als onrechtmatig jegens één persoon wordt beoordeeld, maar dat dit niet leidt tot vernietiging *erga omnes*. Dit heeft gevolgen voor de legitimiteit van het overheidsbestuur, nu in onze rechtsorde alleen rechtmatige besluiten kunnen bestaan.[285] Volgens Scheltema is voor onrechtmatige besluiten geen plaats, omdat de constatering van onrechtmatigheid tot vernietiging zou moeten leiden. Indien die mogelijkheid voorbij is, kan de benadeelde zich slechts nog op de mogelijkheid van schadevergoeding uit rechtmatige daad beroepen.[286]

Dat het uitgangspunt dat legitiem overheidsbestuur vereist dat er in de rechtsorde alleen rechtmatige besluiten kunnen bestaan en dat onrechtmatige besluiten verwijderd dienen te worden, ertoe leidt dat burgers zich niet meer op de onrechtmatigheid van besluiten kunnen beroepen, klinkt enigszins paradoxaal. Legitiem overheidsbestuur vereist immers rechtmatige besluitvorming, waaraan bijvoorbeeld afbreuk wordt gedaan indien het bestuur handelt op evident onrechtmatige besluiten. Ondanks de in hoofdstuk 2 beschreven subjectiveringstendens, streeft de rechtsorde daarom primair naar het bestaan van objectief rechtmatige besluitvorming en wordt het handhaven van de legitimiteit van het bestuur nog steeds als een van de hoofdfuncties van de bestuursrechtelijke procedure gezien.[287] Zo zijn veel van de normen waarop individueel benadeelden zich beroepen, niet primair bedoeld om subjectieve aansprakelijkheid of rechtsbescherming te creëren, maar om de besluitvorming te normeren om zo tot legitieme en rechtmatige besluiten te komen. Indien een inbreuk daarop is geconstateerd, vraagt het huidige bestuursrecht dat de besluitvorming opnieuw plaatsvindt, zodat er alsnog een rechtmatig besluit komt. Tegelijkertijd vereist de rechtszekerheid dat besluiten op een gegeven moment vaststaan en dat daarvan niet alleen door burgers, maar ook door de overheid kan worden uitgegaan. Omdat in een rechtsstaat echter alleen op basis van rechtmatige besluiten kan worden gehandeld, vereist legitiem overheidsgezag daarom paradoxaal genoeg dat het bestuur zich na het verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijnen in de rechtsorde kan opstellen *als ware* zijn handelen rechtmatig. Om dezelfde reden geldt bijvoorbeeld dat besluiten, voordat zij eventueel zijn vernietigd, zodra zij zijn genomen als rechtmatig hebben te gelden.[288] Deze fictie, waarin besluiten rechtmatig *worden geacht,* probeert de absolute eis van de rechtsstaat naar rechtmatig en legitiem bestuur te verzoenen met de rechtszekerheid.

Indien besluitvorming wel rechtsgeldig blijft, maar toch als subjectief onrechtmatig wordt aangemerkt, doet dit afbreuk aan de legitimiteit van het bestuurshandelen dat uit dat besluit voortkomt.

---

[285] M.W. Scheltema, *NTBR* 2009/23, § 4; zie voor een herhaling van dit standpunt Scheltema & Scheltema 2013, p. 379.
[286] M.W. Scheltema, *NTBR* 2009/23; Scheltema & Scheltema 2013, p. 379.
[287] Zie daarover uitgebreid De Poorter & De Graaf 2011, p. 50 e.v. Aan de subjectiveringstendens ligt immers vooral ten grondslag dat het bestuursprocesrecht niet het aangewezen instrument is om de gebondenheid aan het recht volledig te handhaven, maar niet dat deze gebondenheid op zich vervallen zou zijn. Zie daarover § 2.4.1.
[288] Van Angeren, *O&A* 2011/4, § 4.

Juist omdat objectieve en subjectieve onrechtmatigheid in elkaars verlengde liggen, ligt in de constatering van subjectieve aansprakelijkheid immers de erkenning van de onrechtmatigheid van dat besluit zelf besloten en dan hoort het niet te kunnen blijven bestaan. Indien bijvoorbeeld in de procedure van buurman Bergsma uit de 'Friese Wind'-casus wordt vastgesteld dat het windmolenpark jegens hem onrechtmatig is, dan impliceert dit dat het exploiteren van het windmolenpark op zichzelf onrechtmatig is. Het staatsrechtelijke ongemak dat een dergelijke constatering oplevert, zal dan vaak tot heroverweging leiden. Hoewel dit de rechtmatigheid en daarmee de legitimiteit van het overheidsbestuur op zich ten goede komt, levert dit, zoals uiteengezet in §5.3.2, wel spanning op de met de rechtszekerheid. Bovendien speelt ook hier het in §5.3.1 geconstateerde risico op 'materiële subjectivering', waarbij een subjectief onrechtmatigheidsoordeel inbreuk maakt op de objectieve legitimiteit van het overheidshandelen, terwijl dat overheidshandelen niet in objectieve samenhang wordt bezien. Hier geldt dus ook dat legitimiteit van overheidsbestuur een afweging vergt van enerzijds het toestaan van beroepen op onrechtmatigheden en het vernietigen van onrechtmatige besluiten en anderzijds het rechtmatig achten van besluiten waarop overheidsgezag is gebaseerd en dat deze afweging in algemene zin dient te worden gemaakt voor de gehele bestuursrechtelijke rechtsgang.

Legitiem bestuur vereist dus dat een beroep op de geldende rechtsnormen leidt tot betere en rechtmatige besluitvorming, maar verhindert het enkele beroep op die rechtsnormen voor een subjectieve aanspraak. Dat ook burgers die 'alleen uit zijn op schadevergoeding' het besluit moeten laten vernietigen, kan als 'overkill' worden gezien,[289] maar sluit wel goed aan bij dit uitgangspunt. De situatie waarin gewenst is dat het besluit blijft bestaan, maar toch schadevergoeding moet worden toegekend, is bij uitstek het terrein van de nadeelcompensatie. Dat het besluit in deze procedure de kleur 'rechtmatig' heeft aangenomen, voorkomt immers bovenstaande problematiek.

Nu wordt dit uitgangspunt momenteel in de praktijk niet geheel nageleefd. Zo is het bestuursrecht aan verandering onderhevig en leidt op grond van de in hoofdstuk 2 beschreven subjectiveringstendensen niet elke onrechtmatigheid meer tot vernietiging.[290] Met name door het relativiteitsvereiste kan expliciet worden erkend dat aan het besluit een rechtmatigheidsgebrek kleeft, zonder dat daarop vernietiging volgt. Deze ontwikkeling zorgt er echter voor dat rechtmatigheidsgebreken in het geheel niet kunnen leiden tot de onrechtmatige status van besluiten. Hoewel dit in zekere zin afbreuk doet aan de bevorderende werking van het bestuursprocesrecht op de legitimiteit van het bestuur,[291] leiden rechtmatigheidsgebreken die appellant aangaan steeds tot vernietiging, waarmee het huidige 'subjectieve stelsel' de onrechtmatigheidsstatus jegens het individu en *erga omnes* wel nog samentrekt. Het voorstel tot een zelfstandige subjectieve schadeactie zorgt er daarentegen voor dat de rechtmatigheidsstatus jegens de rechtsgemeenschap en jegens het individu van besluiten uit elkaar kan lopen en juist daar zit nu de grootste pijn. Wel is dit momenteel in een aantal (uitzonderings)situaties ook al mogelijk, op grond waarvan Schlössels over de 'illusie van rechtseenheid in het rechtmatigheidsoordeel' spreekt.[292] Zo kan op grond van *Kaveka/Apeldoorn* alleen de individuele burger die deelnam aan de bezwaar- en beroepsprocedure van een eventuele vernietiging profiteren. Hoewel het besluit

[289] Dit is een van de hoofdargumenten van de tegenstanders van de formele rechtskracht ten aanzien van de schadevordering. Zie §3.4.1.
[290] Verheij 2006, p. 105.
[291] Zijlstra 2003, p. 278-279; De Poorter 2010, p. 17.
[292] Schlössels 2007, p. 324.

dan wel objectief onrechtmatig is, kan het dan alsnog voor rechtmatig worden gehouden jegens degene die niet in bezwaar is gegaan.[293] Deze doctrine levert inderdaad spanning op met het hier gehanteerde uitgangspunt dat de (on)rechtmatigheid van besluiten eerst in algemene zin wordt vastgesteld in de objectieve procedure en dat daaruit de subjectieve positie voortkomt.[294] Daarnaast geldt voor niet-belanghebbenden een uitzondering op de formele rechtskracht: zij die schade ondervinden van een besluit, maar geen toegang tot de bestuursrechtelijke procedure hadden vanwege gebrek aan belang, zij toch nog schadevergoeding kunnen vorderen.[295] Het besluit kan dan objectief rechtmatig en rechtsgeldig zijn geworden, maar toch subjectief onrechtmatig zijn en zo de legitimiteit van de uitvoering van het besluit op de hierboven beschreven wijze ondermijnen. Deze oplossing is echter een uitzonderingssituatie die door het rechtsbeschermingsperspectief wordt vereist. De balans tussen legitimiteit en rechtsbescherming kan niet in de algemene procedure gevonden worden, nu eiser daar geen toegang toe had. Een andere oplossing zou daarom zijn om via een bredere invulling van het belanghebbendenbegrip deze benadeelden toch toegang te geven tot de algemene procedure.[296]

5.4. Overheidsaansprakelijkheid in het huidige stelsel

5.4.1. Het huidige stelsel: pragmatische oplossing of coherent systeem?

Centraal in de kritiek op het huidige stelsel staat de stelling dat de formele rechtskracht voortkomt uit het ingewikkelde stelsel van samenwerking tussen de bestuursrechter en burgerlijke rechter en dus slechts op pragmatische redenen berust.[297] Het huidige stelsel kan echter ook worden beoordeeld op de wijze waarop het aansluiting zoekt bij de aard en functie van zowel bestuurs(procesrecht) als overheidsaansprakelijkheidsrecht.

In §5.2 werd opgemerkt dat de subjectieve rechtspositie van de individuele burger uit onrechtmatige overheidsdaad in zekere zin een nadere uitwerking van de algemene rechtsvaststelling is, nu de subjectieve aansprakelijkheid van de overheid sterk leunt op de vraag wat het bestuur op rechtmatige wijze *erga omnes* had mogen bereiken en bij rechtmatige besluitvorming ook had bereikt. In het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht komt deze samenhang tot uiting in de leerstukken van de formele en oneigenlijke formele rechtskracht: de burger moet eerst in de algemene en objectieve rechtsgang de materiële uitkomst van de besluitvorming betwisten, voordat aan de subjectieve beoordeling kan worden toegekomen. Deze beoordeling vindt plaats in een procedure die bij uitstek is ingericht op het *erga omnes*-karakter van de besluitvorming, de centrale plaats van het algemeen belang en de rol van het bestuur bij het vaststellen daarvan. Deze procedure is daarmee gericht op het in objectieve samenhang beoordelen van het bereikte materiële resultaat. Dat dient zowel het samenhangend bestuur in het algemeen belang als de rechtsbescherming in bredere zin. Het specialisatieargument ter onderbouwing van de formele rechtskracht betekent in dit perspectief niet zozeer dat de *bestuursrechter* over de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit moet oordelen (welk argument zou vervallen door alle rechtsmacht naar de bestuursrechter te verplaatsen), maar dat

---

[293] HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *AB* 1998/416, m.nt. T.G. Drupsteen (*Kaveka/Apeldoorn*).
[294] Tegelijkertijd levert deze doctrine juist de omgekeerde situatie op als hierboven omschreven: het besluit is onrechtmatig objectief onrechtmatig, maar subjectief rechtmatig. Hiermee leidt het onrechtmatigheidsoordeel wel steeds tot vernietiging.
[295] Zoals duidelijk wordt uit HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, *AB* 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen.
[296] Zoals voorgesteld door Schlössels 2007, p. 325-236 en recentelijk door advocaat-generaal Widdershoven, CRvB 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474; zie met name 7.3 en 8.4.
[297] Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 41; Schlössels 2003, p. 522; Schueler 2010, p. 127-128; Van Ommeren & Huisman 2013, p. 87-91; Polak, *NJB* 2007/1683, § 4; zie §3.4.1.

dit oordeel moet plaatsvinden in de *bestuursrechtelijke procedure* van het vernietigingsberoep.[298] Bovendien leidt het aanbrengen van rechtmatigheidsgebreken in deze procedure tot vernietiging *erga omnes,* zodat alsnog het juiste materiële resultaat kan worden bereikt, waarmee, zoals uiteengezet in §5.3.2 de legitimiteit van het overheidsbestuur is gediend. Zo leidt voor buurman Bergsma het aanvoeren van beroepsgronden waarmee hij met het onafhankelijke subjectieve verzoekschrift schade had kunnen vorderen, tot het voorkomen van het windmolenpark in de voorgenomen omvang of vorm, die blijkbaar onrechtmatig was. Een belangrijk gevolg hiervan is bovendien dat in dit soort situaties de schade in het geheel voorkomen wordt. Is deze procedure afgelopen, dan staat in de gehele rechtsorde vast hoe naar de besluitvorming gekeken moet worden.

In gevallen waarin de schade ondanks vernietiging al is opgetreden, is met de constatering van objectieve onrechtmatigheid voldaan aan het onrechtmatigheidsvereiste in de subjectieve schadevordering van de individuele burger.[299] Op basis van de oneigenlijke formele rechtskracht kan de individueel benadeelde burger dus de stap naar het subjectieve verzoekschrift maken, waarna hij met de vereisten van relativiteit en causaliteit zijn individuele rechtspositie kan laten vaststellen. Is het besluit daarentegen rechtmatig bevonden (bijvoorbeeld omdat het individuele/subjectieve belang niet blijkt op te wegen tegen andere publieke (deel)belangen), dan geldt het besluit in de gehele rechtsorde niet alleen als rechtsgeldig, maar als rechtmatig in algemene zin. Het bestuur kan dan op legitieme wijze daarop handelen, zowel jegens de gehele rechtsgemeenschap als jegens het individu.[300] Ook indien de procedure in het geheel niet is gevolgd, vereisen rechtszekerheid en legitimiteit dat het besluit in algemene zin rechtmatig *wordt geacht*. Wel rest het individu nog de mogelijkheid tot nadeelcompensatie, waarbij juist van de rechtmatigheid van het besluit wordt uitgegaan.

5.4.2. Gevolgen subjectivering voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht

Het voorgaande betekent niet dat de kritiek op het huidige stelsel geen doel treft, of dat de subjectivering van het bestuursprocesrecht geen invloed heeft op het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Het is door de in hoofdstuk 2 beschreven subjectiveringstendens immers al lang niet meer zo dat in het vernietigingsberoep een volledige en integrale toets van de objectieve rechtmatigheid van het besluit plaatsvindt. Door het belanghebbendenvereiste, het feit dat partijen zelf de omvang van het geding bepalen, artikel 6:22 Awb, de bestuurlijke lus en het relativiteitsvereisten, leiden (met name formele) schendingen immers vaak niet tot vernietiging. Enerzijds kan op basis daarvan uiteraard betoogd worden dat uit het vernietigingsberoep zeker niet (meer) altijd de correcte materiële rechtsvaststelling voor de subjectieve schadevordering volgt.[301] Anderzijds kan door deze subjectiveringstendens juist ook binnen het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheid tegemoet worden gekomen aan de kritiek daarop. Ten eerste voorkomt de focus op finale geschilbeslechting het eindeloze juridische getouwtrek en het 'zwarte gat' van de verlengde besluitvorming; waarbij de benadeelde burger wel een vernietiging op formele gronden krijgt, maar vervolgens geen schadevergoeding kan verkrijgen, omdat

---

[298] Zie in zoveel woorden HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *AB* 1998/416, m.nt. T.G. Drupsteen (*Kaveka/Apeldoorn*), r.o. 3.3.

[299] Daarbij zal immers altijd de schending van wet of algemeen beginsel van behoorlijk bestuur een rol spelen, zie §4.3.

[300] In de literatuur is op dit punt wel debat geweest over de vraag of een rechtmatig en geldig besluit toch onrechtmatig kan zijn jegens één appellant, bijvoorbeeld indien een beroep op het vertrouwensbeginsel niet slaagt wegens zwaarwegende algemene belangen. Zie voor het laatste standpunt Schlössels 2003, p. 525. Anders: Kortmann 2006, p. 157-158.

[301] Zoals Ortlep, *O&A* 2008/103, § 4.1.1 (overigens wel genuanceerd) doet.

de causa van de schade nooit als onrechtmatig wordt bevonden. Zowel het stelsel van finale geschilbeslechting als het subjectieve overheidsaansprakelijkheidsrecht worden zo steeds meer ingericht op de juiste materiële rechtsvaststelling. Ten tweede zal door de toenemende afkadering van het huidige vernietigingsberoep tot de rechtsbescherming van appellant, uit de uitspraak reeds op te maken zijn of er sprake is van een normschending jegens appellant.[302] In zekere zin verkleint dit de kloof tussen objectieve en subjectieve onrechtmatigheid, zoals die in het huidige stelsel ervaren wordt en maakt dit de koppeling tussen beide vorderingen logischer. Subjectivering van het vernietigingsberoep op grond van het rechtsbeschermingsperspectief kadert dus wel de toets die daarin plaatsvindt af, maar juist ten behoeve van degene die op zoek is naar rechtsherstel. Tegelijkertijd betekenen al deze ontwikkelingen niet dat de bestuursrechtelijke procedure, eenmaal 'getriggerd' door een beroep op rechtsbescherming, haar materiële algemene karakter heeft losgelaten. Zeker bij grote discretionaire besluiten zal de procedure zich kenmerken door de vertegenwoordiging van meerdere belangen en belanghebbenden en de focus op de juiste materiële rechtsvaststelling in het algemeen belang. Het wordt daarmee ook minder klemmend om van burgers te vragen het vernietigingsberoep te volgen. Deze procedure wordt immers steeds 'klantvriendelijker',[303] terwijl zij tegelijkertijd recht doet aan het *erga omnes*-karakter van de rechtsvaststelling en er bovendien toe leidt dat het wijzen op rechtmatigheidsgebreken ook tot rechtmatige besluitvorming leidt. Wellicht kan ook de doctrine uit *Kaveka/Apeldoorn* in dit licht worden bezien.[304]

Op basis van het oordeel in het vernietigingsberoep, kan de benadeelde burger vervolgens zijn subjectieve schadevergoedingsactie instellen. Ook hier komt de subjectivering van het bestuursprocesrecht deels tegemoet aan de kritiek op het overheidsaansprakelijkheidsrecht, namelijk in de gevallen dat de gelaedeerde zijn schade op grond van de verzoekschriftprocedure uit titel 8.4 Awb kan voorleggen aan dezelfde rechter die ook de beroepsprocedure tegen het schadeveroorzakende besluit heeft behandeld. Veel van de problematiek van het stelsel van voor 2013 werd immers veroorzaakt door de competentieverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter; zoals de noodzaak meerdere complexe en kostbare procedures te volgen (met grote risico's op processuele fouten) en de opsplitsing van integrale complexen van schadeoorzaken op basis door het connexiteitsvereiste.[305] Deze problematiek kwam op zijn beurt weer voort uit het probleem dat binnen de bestuursrechtelijke procedure door de focus op het besluitbegrip eigenlijk geen ruimte was voor het subjectieve karakter van de schadevordering. De verzoekschriftprocedure, die het zelfstandig vaststellen van de individuele rechtspositie faciliteert, komt daarom in veel gevallen aan deze kritiek tegemoet. Wel behoudt deze titel nog veel rechtsmacht voor de burgerlijke rechter (met name in de hier centraal gestelde grote discretionaire besluiten in de ruimtelijke sfeer)

---

[302] Dit komt uiteraard met name door het relativiteitsvereiste. Sprake van gelijktrekking is er evenwel nog niet, nu de materiële reikwijdte van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste nog een andere materiële werking heeft dan het relativiteitsvereiste van de onrechtmatige daad. Wel lijkt hier sprak te zijn van convergentie, die wellicht in de toekomst wellicht compleet zal zijn. Zie hierover uitgebreid Schlössels 2014, p. 197-210; Den Hollander, *AA* 2012, p. 443-453; Scheltema & Scheltema 2013, p. 389-399.

[303] Geparafraseerd van Verheij 1992.

[304] Deze uitleg van *Kaveka/Apeldoorn* is wel minder dragend indien een grote groep belanghebbenden op dezelfde wijze getroffen wordt en dezelfde schade leidt. De doctrine verplicht dan immers iedereen zelfstandig op te komen tegen het besluit, terwijl uit de objectieve rechtsvaststelling in de procedure van een van hen ook de subjectieve positie van de rest zou volgen.

[305] Zie over deze problematiek uitgebreid Schueler, *JBplus* 2004/2 en Schueler, *NTB* 2007/38.

[306] en wordt ook de connexiteitsproblematiek niet geheel opgelost.[307] In de literatuur heeft deze uitwerking van het huidige stelsel op forse kritiek kunnen rekenen en wordt bepleit om de ontwikkeling naar de bestuursrechter als schaderechter bij uitstek voort te zetten.[308] Hier bestaat dus nog ruimte voor ontwikkeling.

Binnen het huidige stelsel kan subjectivering dus leiden tot een meer op appellant toegespitste procedure, een betere aansluiting van het vernietigingsberoep op de subjectieve schadevergoedingsprocedure en het meer integraal vaststellen van de subjectieve vermogenspositie van burgers. Tegelijkertijd kan daarbinnen het idee worden behouden dat deze vermogenspositie weliswaar in een subjectieve procedure dient te worden vastgesteld, maar dat zij een nadere uitwerking is van de materiële rechtsvaststelling van de besluitvorming, die in een algemene en objectieve procedure wordt beoordeeld.

5.5. Resumé

De ideale positionering van de schadevergoedingsactie binnen het algemene bestuursprocesrecht hangt onder andere af van een afweging van de hier onderzochte bestuursprocesrechtelijke waarden. In zekere zin zal daarbij altijd een balans moeten worden gezocht tussen het tegemoetkomen van enerzijds de individuele rechtszoekende burger en anderzijds andere belanghebbenden, het openbaar bestuur en de houdbaarheid van het rechtsstelsel als geheel. In hoeverre deze waarden geoptimaliseerd kunnen worden, is bovendien afhankelijk van de mate waarin het resulterende integrale systeem recht doet aan de materiële verhouding tussen het rechtsoordeel in het vernietigingsberoep en de schadevordering, zoals onderzocht in hoofdstuk 4.

De zelfstandige subjectieve verzoekschriftprocedure zoekt vooral aansluiting bij de wens om het rechtsbeschermingsniveau te verhogen. Wel kent deze procedure een aantal negatieve gevolgen voor de coherentie van de rechtstoepassing, de rechtszekerheid en de legitimiteit van het overheidshandelen. Deze gevolgen zijn mede het gevolg van de afhankelijkheid van de subjectieve schadeoordeel van de objectieve rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit. Bij de beoordeling daarvan in een subjectieve procedure staat het belang van één belanghebbende centraal, terwijl het besluit berust op een afweging van meerdere belangen. Het subjectieve onrechtmatigheidsoordeel impliceert vervolgens wel dat het besluit ook in objectieve zin onrechtmatig is, waardoor de legitimiteit van het daarop gebaseerde overheidshandelen vermindert. Tegelijkertijd doet een eventuele heroverweging afbreuk aan de rechtszekerheid van degenen die door het besluit begunstigd worden, terwijl zij geen partij bij dat onrechtmatigheidsoordeel waren. Het huidige stelsel – waarbij het verzoek of de vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad afhankelijk is van het oordeel in het vernietigingsberoep – wordt qua rechtsbeschermingsniveau vaak negatief beoordeeld ten opzichte van het zelfstandige verzoekschrift. Tegelijkertijd wordt vanuit het bredere perspectief op de integrale relatie tussen overheidsaansprakelijkheidsrecht en bestuursprocesrecht duidelijk dat dit stelsel wel recht doet aan het karakter van de schadevordering als nadere uitwerking van de objectieve rechtmatigheidsstatus van de besluitvorming en de bestuursrechtelijke vereisten van rechtszekerheid en legitimiteit die aan het publiekrechtelijke *erga* omnes-karakter van die besluitvorming kleven.

---

[306] Namelijk in zaken waarbij de Afdeling of het CBb de hoogste bestuursrechter is en de schade de €25.000 overstijgt.
[307] Zie hierover uitgebreid Schueler, *NTB* 2007/38, § 3.4.
[308] Zie Schueler, *NTB* 2007/38; Schlössels, *Gst.* 2007/113; Polak, *NJB* 2007/1683.

6. Slotbeschouwing

In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet hoe enerzijds het bestuursprocesrecht een subjectiveringstendens doormaakt en anderzijds binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht wordt gepleit voor het afschaffen van de formele rechtskracht ten aanzien van de schadevordering. Deze twee ontwikkelingen komen samen in de mogelijkheid tot een van het vernietigingsberoep onafhankelijke en subjectieve verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad. Deze scriptie beoogde het overheidsaansprakelijkheidsrechtelijke debat over deze mogelijkheid in te bedden in het bredere bestuursprocesrechtelijke debat en zo de volgende centrale onderzoeksvraag te beantwoorden: *Betekent de subjectivering van het Nederlandse bestuursprocesrecht dat de bestuursrechter voor het toekennen van een verzoek tot schadevergoeding zou moeten kunnen volstaan met het vaststellen van de subjectieve aansprakelijkheid van de overheid voor het schadeveroorzakende overheidshandelen jegens verzoeker, ook als dit een appellabel besluit betreft dat niet vernietigd is?*

6.1. Conclusie

In deze scriptie is onderzocht op welke wijze benadeelde burgers schadevergoeding kunnen verkrijgen voor onrechtmatige besluitvorming en hoe zij zich daarbij tot het vernietigingsberoep zouden moeten verhouden. Deze vraag is een uitwerking van de meer algemene vraag hoe de individuele burger rechtsbescherming tegen de overheid kan verkrijgen en hoe hij zich daarbij verhoudt tot de collectieve rechtsgemeenschap, zowel in procedurele als in materiële zin. Omdat deze vraag zowel in het algemene bestuursrecht, het bestuursprocesrecht als het overheidsaansprakelijkheidsrecht aan de orde komt, wordt zij in de literatuur vanuit verschillende vertrekpunten beantwoord.

Zo is het Nederlandse bestuursprocesrecht en daarmee de bestuursrechtelijke procedure zich sinds de invoering van de Awb steeds meer gaan richten op het bieden van individuele rechtsbescherming en daarmee de positie van het individu. Deze ontwikkeling, die in hoofdstuk 2 aan de orde kwam, wordt doorgaans geduid als de ontwikkeling van een *recours objectif* (waarbij de doelstelling van de procedure een algemene rechtmatigheidscontrole is) naar een *recours subjectif* (waarbij de doelstelling van de procedure het beschermen van de rechtspositie appellant is, vaak op grond van zijn subjectieve rechten). Tegelijkertijd blijkt deze ontwikkeling, bekeken vanuit een bredere visie op de verhouding tussen rechter, bestuur en samenleving, niet geheel geschikt om de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht en bestuursprocesrecht op eenduidige wijze te duiden. In *procedurele* zin is de bestuursrechtelijke procedure zich steeds meer op rechtsbescherming en definitieve geschilbeslechting gaan richten, met allerlei subjectieve kenmerken (zoals het relativiteitsvereiste en artikel 6:22 Awb) tot gevolg.

Tegelijkertijd betekent deze ontwikkeling niet dat het Nederlandse bestuursrecht het gehanteerde *materiële* aangrijpingspunt heeft losgelaten. Zeker bij discretionaire besluiten met meerdere belanghebbenden, gaat het algemene bestuursrecht nog steeds uit van *erga omnes*-bestuur door besluitvorming als daad van overheidsgezag. De relevante rechtspositie van individuele belanghebbenden volgt dan uit die besluitvorming, waarin een afweging van alle relevante belangen is neergelegd. Bij het zuivere *recours subjectif* past daarentegen de opvatting dat de rechtspositie van de individuele burger aan de hand van zijn subjectieve rechten kan worden afgeleid in de subjectieve relatie en dus in een vordering tussen hem en de overheid. Dat het Nederlandse bestuursrecht hier nog niet aan toe is, blijkt uit het behouden van de centrale positie van het vernietigingsberoep en het veelal ontbreken van de mogelijkheid van het zelfstandig vaststellen van de rechtspositie van de burger. Wel wordt op

dit punt voor verandering gepleit, waarbij met name de rechtsbetrekking als procesingang wordt betoogd. Bij de meeste voorstellen wordt het vernietigingsberoep behouden, maar wordt de bestuursrechtelijke procedure aangevuld met verzoekschriften waarin de individuele burger zijn rechtspositie kan laten vaststellen. Voor de kwalificatie van deze voorstellen als *recours subjectif* is een relevante vraag hoe de verzoekschriftprocedure zich materieelrechtelijk verhoudt tot het vernietigingsberoep. Betreft dit het vaststellen van de rechtspositie van burger zoals deze volgt uit de rechtsvaststelling uit het vernietigingsberoep? Of stelt de rechter deze rechtspositie geheel zelfstandig vast? Waar het eerste vooral aansluit bij de subjectivering in procedurele zin, zou met name het laatste een sterke materiële subjectiveringsslag betekenen.

Ook vanuit het overheidsaansprakelijkheidsrecht als vertrekpunt kan een dergelijk zelfstandig verzoekschrift worden bepleit. Hier zou een dergelijke procedure het gevolg zijn van het afschaffen van de formele rechtskracht ten aanzien van de schadevordering, zoals in de afgelopen decennia door meerdere auteurs is voorgesteld. Deze auteurs benadrukken dat het vernietigingsberoep als procedure waarin de objectieve geldigheid van besluiten centraal staat, dogmatisch gescheiden kan worden gezien van de schadevergoedingsactie als procedure waarin de subjectieve rechtmatigheid van het overheidshandelen centraal staat. Voor benadeelde burgers zou het dan mogelijk zijn om na het rechtsgeldig worden van het besluit, alsnog een verzoek tot schadevergoeding in te dienen. Hoewel deze voorstellen voornamelijk overheidsaansprakelijkheidsrechtelijk van aard zijn, is dit debat in hoofdstuk 3 in het bredere bestuursprocesrechtelijke kader van hoofdstuk 2 geplaatst.

De vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming neemt in het huidige recht binnen het spectrum van het recours objectif-subjectif een bijzondere plaats is. Deze vordering heeft zich bij de burgerlijke rechter ontwikkeld als een relationele en subjectieve vordering, waar op grond van de causaliteits- en relativiteitsvereisten de aansprakelijkheidsrelatie tussen de overheid en de benadeelde burger centraal staat. Ook de bestuursrechter heeft hierin steeds meer rechtsmacht gekregen, met als sluitstuk de in 2013 geïntroduceerde verzoekschriftprocedure uit titel 8.4 Awb. Nu daarmee de rechtspositie van de burger wordt vastgesteld, is dit een bijzondere aanvulling op het vernietigingsberoep, die duidelijk aansluit bij de subjectivering van het bestuursprocesrecht. Wel betreft dit vooral een procedurele subjectivering. Ook de bestuursrechter zoekt op grond van de formele rechtskracht en de oneigenlijke formele rechtskracht immers aansluiting bij het materiële rechtsoordeel volgend uit het vernietigingsberoep. Het verzoekschrift tot schadevergoeding is in het huidige recht dus nog een nadere individuele uitwerking van het vernietigingsberoep. De voorstellen om de formele rechtskracht te relativeren passen daarentegen bij de wens om een geheel subjectieve verzoekschriftprocedure te introduceren waarin een materieel zelfstandig oordeel mogelijk is, namelijk dat van de subjectieve aansprakelijkheid van de overheid jegens de benadeelde burger.

De ideale processuele vormgeving van de rechtsbescherming van de individuele burger hangt daarmee mede af van de vraag hoe zijn rechtspositie zich materieelrechtelijk verhoudt tot de positie van de algemene rechtsgemeenschap en daarmee het vernietigingsberoep. In hoofdstuk 4 is daarom de relatie tussen objectieve en subjectieve rechtmatigheid onderzocht. Waar in het vernietigingsberoep de objectieve geldigheid *erga omnes* van het besluit centraal staat op grond van het recht dat de afweging van de belangen van de gehele rechtsgemeenschap normeert; behandelt de schadeprocedure de subjectieve aansprakelijkheid op grond van de inbreuk op de belangen van één individuele burger. Toch blijkt tussen beide procedures een sterke materiële band te bestaan, nu de aansprakelijkheid van de overheid altijd in grote mate afhankelijk is van de vraag of zij het schadeveroorzakende rechtsgevolg

op objectief rechtmatige wijze had mogen bewerkstelligen en bij rechtmatig handelen ook zo had bewerkstelligd. Door de combinatie van rechtmatigheidsvereisten en rechtvaardigingsgronden staat immers ook bij de subjectieve onrechtmatigedaadsactie de toelaatbaarheid van het gedrag van de dader centraal; dat juist voor de overheid wordt bepaald door haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid *erga omnes.*

Op deze wijze bereikt het recht een samenhang tussen de rechtmatigheid jegens individu en collectief voor de materiële rechtsgevolgen van besluitvorming. Omdat individuele burgers onderdeel zijn van de samenleving, moet de overheid zich enerzijds bij het nemen van besluiten houden aan het recht, dat hen mede beoogt te beschermen. Anderzijds moeten die burgers besluiten die in het algemeen belang zijn daarom dulden als rechtmatig. Wel kunnen zij eventueel op grond van het verdelende égalitébeginsel aanspraak maken op een vorm van nadeelcompensatie, waar zij juist wel hun individuele belang kunnen afsplitsen uit het belang van de rechtsgemeenschap. Het recht zoekt zo een balans tussen het algemeen belang en het belang van het individu, die in de hele rechtsorde geldt. Wie bereid is deze samenhang los te laten komt al snel uit bij een systeem zoals dat van Tak, dat sterk tegemoetkomt aan de rechtspositie van de individuele burger, maar minder aan openbaar bestuur in het algemeen belang.

Het feit dat het subjectieve aansprakelijkheidsoordeel materieel afhankelijk is van de objectieve rechtmatigheid van de besluitvorming, werkt bovendien door in de bestuursprocesrechtelijke beoordeling van het stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht; zoals onderzocht in hoofdstuk 5. Deze afhankelijkheid sluit goed aan bij de algemene constatering uit hoofdstuk 2 dat het Nederlandse bestuursrecht en bestuursprocesrecht (zeker voor discretionaire besluiten) als materieel aangrijpingspunt nog steeds de *erga omnes*-werking van besluiten kennen en de individuele rechtspositie als een uitwerking daarvan wordt gezien. Het vaststellen van de individuele rechtspositie in een geheel subjectief verzoekschrift knelt met dit uitgangspunt en kent daarom ondanks de rechtsbeschermingsimpuls ook een aantal bestuursprocesrechtelijke nadelen. Zo vindt de beoordeling van het schadeveroorzakende besluit dan plaats in een procedure waarbij niet alle belanghebbenden en belangen vertegenwoordigd zijn, terwijl dit oordeel wel doorwerkt in de rechtszekerheid en de legitimiteit van deze besluitvorming.

Het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht en de daarbij behorende doctrines van de formele en oneigenlijke formele rechtskracht worden vaak gezien als een pragmatisch gevolg van de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter. Tegelijkertijd sluit dit stelsel beter aan bij het uitgangspunt dat de individuele rechtspositie (waaronder die uit overheidsaansprakelijkheidsrecht) volgt uit de algemene rechtsvaststelling in de bestuursrechtelijke procedure van besluitvorming, bezwaar, vernietigingsberoep en een eventuele nieuwe beslissing op bezwaar). Het eerst te volgen vernietigingsberoep faciliteert zo een integrale afweging van de rechtsbescherming van benadeelde burgers en het bevorderen van legitiem bestuur door het vereisen van rechtmatige besluitvorming enerzijds en de rechtszekerheid en het bevorderen van legitiem bestuur door het rechtmatig achten van rechtsgeldige besluiten anderzijds. Wordt het schadeveroorzakende besluit onrechtmatig bevonden, dan kan de burger vervolgens in het subjectieve verzoekschrift schadevergoeding vorderen. Wordt het schadeveroorzakende besluit echter rechtmatig bevonden of wordt deze procedure in het geheel niet gevolgd, dan geldt het besluit in de gehele rechtsorde als rechtmatig. De individuele burger is dan aangewezen op nadeelcompensatie, waarbij expliciet wordt erkend dat de schadeoorzaak rechtmatig is.

Wel heeft de subjectivering van het bestuursprocesrecht de potentie om ook binnen het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht de rechtsbescherming voor de individuele burger te

verhogen. Ten eerste leiden de afbakening van het vernietigingsberoep op de belangen van de benadeelde burger en de focus op finale geschilbeslechting tot een betere aansluiting van het vernietigingsberoep op de subjectieve schadevergoedingsactie. Ten tweede vormt de schadevergoedingsactie weliswaar een nadere uitwerking van de algemene bestuursrechtelijke procedure, maar beslaat zij daarmee wel de individuele rechtspositie van de benadeelde burger. Het besluitbegrip is daarom niet geschikt als procedurele ingang. Het onderbrengen van de schadevergoedingsactie in een verzoekschrift bij de bestuursrechter, zoals al gedeeltelijk gefaciliteerd door titel 8.4 Awb, voorkomt dat de burger bij twee rechters moet procederen en heeft de potentie om een meer integrale en subjectieve beoordeling van het schadeveroorzakende handelen te faciliteren.

Op grond van de voorgaande overwegingen kan worden geconcludeerd dat de subjectivering van het Nederlandse bestuursprocesrecht niet betekent dat de rechter bij het toekennen van een verzoek tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige besluitvorming zou moeten kunnen volstaan met de constatering van subjectieve onrechtmatigheid daarvan, zonder dat deze besluitvorming is vernietigd. Wel kan subjectivering ook binnen het huidige stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht positieve effecten hebben op de rechtsbescherming van de benadeelde burger.

6.2. Discussie en vervolgonderzoek

In deze scriptie stond een theoretisch-dogmatische benadering centraal, waarbij de mogelijkheden voor de burger om rechtsbescherming in de vorm van schadevergoeding te verkrijgen vanuit de grondslagen van het systeem van overheidsaansprakelijkheidsrecht en bestuursprocesrecht zijn bekeken. Hierdoor is het praktijkperspectief minder aan bod gekomen. Waar het huidige stelsel goed aansluit bij het theoretisch-dogmatische perspectief, is denkbaar dat men vanuit praktijkperspectief kritischer is op dit stelsel.[309] Hierbij staat dan centraal in hoeverre de procedure in de praktijk voor burgers toegankelijk is, of deze hen daadwerkelijk in staat stelt hun rechtspositie te verwezenlijken en hoe deze door hen ervaren wordt. Ook het voorstel tot een subjectieve en van het vernietigingsberoep onafhankelijke verzoekschriftprocedure kent enkele praktijkgevolgen die niet aan de orde zijn gekomen. Dit betreft met name de effecten op de overheidsfinanciën. Het toestaan van schadevergoedingsverzoeken nadat de bezwaar- en beroepsprocedures over de besluitvorming zijn toegestaan zal hoogstwaarschijnlijk tot een flinke toename van de schadevergoedingspost op de begroting leiden. Daarnaast creëert deze mogelijkheid een financiële onzekerheid die voortduurt nadat aan de uitvoering van de besluitvorming is begonnen. Hoewel deze overwegingen buiten het bereik van deze scriptie vielen, zal een theoretische benadering uiteindelijk altijd samen moeten gaan met vervolgonderzoek naar hoe zij in de rechtspraktijk zou uitpakken.[310]

Hoewel deze scriptie zich richtte op discretionaire meerpartijengeschillen, werd in §2.5.2 opgemerkt dat de theoretische bezwaren tegen het zelfstandig vaststellen van de individuele burger zoals geldend in de verhouding tussen hem en de overheid in tweepartijengeschillen minder gelden en dat dit in de praktijk ook al vaak gebeurt. Dit sluit aan bij de bevindingen uit hoofdstuk 4 en 5. Hoewel ook voor tweepartijengeschillen de subjectieve onrechtmatigheid voortvloeit uit de objectieve rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit, verschillen deze twee vormen van onrechtmatigheid in de praktijk weinig, nu het besluit zich juist richt op het vaststellen van de rechtspositie van appellant.

[309] Zie voor dit kritische perspectief bijvoorbeeld Damen, *AA* 2017, p. 628-638.
[310] Zie in vergelijkbare zin Schueler *O&A* 2007/26, par. 5.

Bovendien is deze objectieve onrechtmatigheid doorgaans minder afhankelijk van een belangenafweging, maar gemakkelijker te toetsen aan het relevante wettelijke kader. Het in hoofdstuk 5 gehanteerde onderscheid tussen de algemene bestuursrechtelijke procedure waarin de juiste materiële rechtsvaststelling wordt bepaald en een subjectieve procedure waarin de rechtspositie van één individuele appellant wordt vastgesteld zoals die voortvloeit uit de algemene procedure, geldt daarom minder. Meer dan theoretisch-dogmatisch argumenten, geldt hier voor de discussie over de formele rechtskracht en het creëren van een subjectieve procesingang dus het praktijkperspectief. Daarbij speelt bijvoorbeeld de vraag hoe versnippering van rechtsbescherming kan worden voorkomen als de belanghebbende op meerdere momenten zijn bezwaren tegen de rechtsvaststelling in het besluit kan uiten. Nu met name bij het financiële bestuursrecht de geleden schade samenvalt met de financiële aanspraak die de burger in het besluit hoopt te verwezenlijken, lijkt de discussie over het al dan niet loslaten van de formele rechtskracht ten aanzien van de schadevordering voor een groot deel neer te komen op de vraag naar termijnen en verjaring van de vordering.

Het afgebakende bereik van deze scriptie had daarnaast tot gevolg dat een aantal onderwerpen niet uitgebreid aan de orde is gekomen, terwijl zij wel raken aan de wisselwerking tussen bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht en de verhouding tussen de individuele burger en de collectieve rechtsgemeenschap. Voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht betreft dit bijvoorbeeld het rechtsmacht- en connexiteitvraagstuk en daarmee de reikwijdte van de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. Ook indien de koppeling met het vernietigingsberoep wordt behouden voor het oordeel over schadeveroorzakende besluiten, kan een bredere reikwijdte ervoor zorgen dat de burger schade die is veroorzaakt door het gehele besluitvormingsproces meer integraal kan voorleggen.[311] Wel blijft dan de vraag bestaan hoe het oordeel uit het vernietigingsberoep over het centrale besluit zich tot de beoordeling van het gehele schadecomplex verhoudt. Een andere relevante vraag is hoe het bestuursrecht dient om te gaan met het feit dat de schadevergoedingsactie weliswaar een nadere uitwerking betreft van de algemene bestuursrechtelijke procedure, maar dat zij daarmee wel een subjectieve en individuele kleur verkrijgt. Hier kan bijvoorbeeld voor een genuanceerdere invulling van relativiteits- en causaliteitsvereisten worden gepleit.[312] Ook het nadeelcompensatierecht is in deze scriptie niet uitgebreid aan bod gekomen, terwijl de mogelijkheid tot nadeelcompensatie wel werd gezien als het slotstuk op de rechtsbescherming van de individuele burger indien het schadeveroorzakende besluit rechtmatig is bevonden of als rechtmatig heeft te gelden. Een belangrijke nuance hierop is dat de mogelijkheden tot het verkrijgen van nadeelcompensatie historisch zijn gegroeid en dat nadeelcompensatie voor elk rechtmatig maar schadeveroorzakend besluit niet zomaar voor de hand ligt. Wel kent de Awb na de invoering van titel 4.5 uit de Wet nadeelcompensatie met artikel 4:126 Awb straks een zeer algemene grondslag.[313] Ook hier kent het recht dus nog veel ruimte voor ontwikkeling, waarbij met name de vraag speelt wanneer de individuele burger besluiten die in het algemeen belang zijn te dragen heeft en wanneer de collectieve rechtsgemeenschap hem daarvoor moet compenseren.

Voor het algemene bestuursrecht en het bestuursprocesrecht is ten eerste de ontwikkeling van (sociale) grondrechten relevant. De vraag wat in de verhouding tussen de individuele burger en het algemeen belang als rechtmatig en onrechtmatig heeft te gelden, zal daardoor steeds meer worden beslagen door dergelijke rechten. Deze grondrechten nemen door hun brede bereik steeds meer

[311] Zie hierover Polak 2014.
[312] Zie voor relativiteit Schlössels 2014.
[313] Zie hierover Tjepkema, *NJB* 2011/1086.

de functie van beginselen aan, waarmee zij een afweging van individu en collectief faciliteren.[314] Hoewel hiermee ook juist de samenhang tussen de subjectieve en objectieve rechtmatigheid van die afweging wordt benadrukt, is denkbaar dat door deze ontwikkeling de focus van de onrechtmatigedaadsactie meer op het subjectieve recht dan op de rechtsinbreuk komt te liggen. Daarnaast is de intensiteit van de evenredigheidstoets van de bestuursrechter van belang. Het vasthouden aan het vernietigingsberoep impliceert niet dat de rechter zich altijd terughoudend moet opstellen ten opzichte van het bestuur en kan een meer indringende evenredigheidstoets ertoe leiden dat de burger binnen de afweging van het algemeen belang meer in zijn rechtspositie wordt beschermd. Voor al deze vragen geldt dat eventueel vervolgonderzoek tot meer inzicht zal kunnen leiden in de wisselwerking tussen de betreffende rechtsgebieden en de deeldebatten die daarin spelen.

[314] Hirsch Ballin 2015, p. 53.

Bronnenlijst

Literatuur

Allewijn 2011; D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil… De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011.

Van Angeren, *O&A* 2011/4; J.M. van Angeren, 'De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid', *O&A* 2011/4, afl. 1, p. 24-33.

Asser/Hartkamp & Sieburgh *6-IV* 2015; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Barkhuysen e.a. 2006; T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, 'Er is niets praktischer dan een zuivere theorie! Verslag van de Leidse studiebijeenkomst rond het wetenschappelijk werk van prof. mr. A.Q.C. Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 5-31.

Di Bella 2014; L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2014.

Di Bella 2012; L. Di Bella, 'De onrechtmatige overheidsdaad en de onvermijdelijkheid van rechtspolitieke keuzes door de rechter. Een rechtshistorische beschouwing', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek,* Deventer: Kluwer 2012, p. 151-182.

Van den Berge, *AA* 2017, p. 654-663; L. van den Berge, 'De gespleten opdracht van het recht. Autonomie en verbondenheid in het privaat-, straf- en staats- en bestuursrecht', *Ars Aequi* juli/augustus 2017, p. 654-663.

Van den Berge*, RM Themis* 2017, p. 43-55; L. van den Berge, ''Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander'. Relativiteit in privaat- en bestuursrecht', *RM Themis* 2017, afl. 2, p. 43-55.

Van den Berge 2016; L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht (*diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2016.

Damen, *AA* 2017, p. 628-638; L.J.A. Damen, 'De autonome Awbmens?', *Ars Aequi* 2017, juli/augustus, p. 628-638.

Drupsteen 2006; Th.G. Drupsteen, 'In discussie met Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 33-47.

Van Ettekoven e.a., *O&A* 2018/23; B.J. van Ettekoven, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, T. Hartlief, B.J. Schueler, R.J.B. Schutgens, M.K.G. Tjepkema & R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2018/23, afl. 2, p. 43-98.

Van Ettekoven, *O&A* 2006/3; B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006/3, afl. 1-2, p. 10-23.

De Graaf e.a., *O&A* 2015/3; K.J. de Graaf, A.T. Marseille & D. Sietses 'De reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure', *O&A* 2015/3, afl. 1, p. 15-25.

De Graaf & Tolsma, *O&A* 2014/50; K.J. de Graaf & H.D. Tolsma, 'Rechtmatige overheidsdaad: een rol voor het specialiteitsbeginsel?', *O&A* 2014/50, afl. 3, p. 81-89.

De Graaf 2013; K.J. de Graaf, 'Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief', in: *Het besluit voorbij. Preadviezen* (VAR-reeks 150), Den Haag: Bju 2013, p. 217-308.

De Graaf & Marseille, *Gst.* 2007/1; K.J. de Graaf en A.T. Marseille. 'De bestuursrechtelijke Schade Verzoekschrift Procedure: niet doen svp', Gst. 2007/1, afl. 7265, p. 1-7.

Goossens & Van den Berge, *NTB* 2018/28; J. Goossens & L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte', *NTB* 2018/28, afl. 5, p. 179-184.

Hartlief 2015; T. Hartlief, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten sinds 1 juli 2013. De burgerlijke rechter vast(er) op de troon?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 549-568.

Hennekens 2001; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal* (afscheidscollege KUN), Deventer: Kluwer 2001.

Hirsch Ballin 2015; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58.

Hirsch Ballin, *RM Themis* 1989, p.1-4; E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RM Themis* 1989, p. 1-4.

Den Hollander, *NTB* 2018/19; P.W. den Hollander, 'Relativiteit, de correctie-Widdershoven en het keurslijf van het gelijkheidsbeginsel', *NTB* 2018/19, afl. 3, p. 100-107.

Den Hollander, *AA* 2012, p. 443-453; P.W. den Hollander, 'Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als twee-eiige tweeling', *Ars Aequi* 2012, juni, p. 443-453.

Den Houdijker 2012; F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*; K.J.O. Jansen, commentaar op art. 6:162 BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Kegge, *JBplus* 2018/4; R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter. Over veranderende toetsingsintensiteiten en de nieuwe terminologie van de Afdeling', *JBplus* 2018/4.

Konijnenbelt 2016; W. Konijnenbelt, 'Noordwijkerhout/Guldemond. Bevoegdheid burgerlijke rechter; wanneer is een overheidsdaad onrechtmatig?; ontvankelijkheid vorderingen tegen de overheid', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 13-28.

Kortmann, *NJB* 2016/1343; C.N.J. Kortmann, 'Formele rechtskracht tien jaar na 'Delisea'. Over procedeerdwang, herroepen primaire besluiten en de illusie van een sluitend systeem', *NJB* 2016/1343, afl. 27, p. 1910-1917.

Kortmann, *RM Themis* 2009, p. 236-253; C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', *RM Themis* 2009, afl. 6, p. 236-253.

Kortmann 2006; C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2006.

Van der Linden & Tak 1995; E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig of wederkerig, Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer 1995.

Van Maanen en De Lange 2005; G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad: rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Maanen & Schlössels, *Gst.* 2004/39; G.E. van Maanen & R.J.N. Schlössels, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding. Een Maastrichts-Nijmeegse revolte?', *Gst.* 2004/39, afl. 2703, p. 139-144.

Van Maanen, *JBplus-special* 2004, p. 40-60; G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken), *JBplus-special* 2004, p. 40-60.

Van Male, *NTB* 2018/38; R.M. van Male, 'Klassiek bestuursrecht: lenig bestuursrecht voor een lenig bestuur', *NTB* 2018/38, afl. 5, p. 214-216.

Van Male 2014; R.M. van Male, 'De verzoekschriftprocedure van titel 8.4 Awb: minder zelfstandig dan beloofd? Een pleidooi voor relativering van de formele rechtskracht', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 143-151.

Van Male, *NTB* 2013/11; R.M. van Male, 'Recours objectif revisited', *NTB* 2013/11, afl. 4., p. 71-73.

Marseille & Tolsma; A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht* deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid, Den Haag: Bju 2016.

Nijmeijer 2015; A.G.A. Nijmeijer, 'De vrijwarende werking van vergunningen. De bestuurlijke belangenafweging als scharnierpunt tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter', in: in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 531-544.

Van Ommeren & Huisman 2013; F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: *Het besluit voorbij. Preadviezen* (VAR-reeks 150), Den Haag: Bju 2013, p. 7-102.

Van Ommeren, *AA* 2012, p. 562-572; F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer', *Ars Aequi* 2012, juli/augustus, p. 562-572.

Ortlep, *O&A* 2008/103; R. Ortlep, 'Veronderstelde aantasting en het in de regel uitsluiten van overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2008/103, afl. 7, p. 246-258.

Den Ouden, *NTB* 2018/10; W. den Ouden, 'Toetsingsmaatstaven voor geschillen bij integrale besluitvorming: het perspectief van de private zorgaanbieder', *NTB* 2018/10, afl. 1, p. 28-31.

Den Ouden 2010; W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 689-715.

Den Ouden & Tjepkema, *O&A* 2010/78; W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema,'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *O&A* 2010/78, afl. 3, p. 152-173.

Polak 2014; J.E.M. Polak, 'De verzoekschriftprocedure bij onrechtmatige besluiten als als begin van tweede weg in het bestuursprocesrecht?', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 167-176.

Polak 2012; J.E.M. Polak, 'Overheidsaansprakelijkheid: iets aparts? In hoeverre verschilt de aansprakelijkheid van de overheid van die van private partijen?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek,* Deventer: Kluwer 2012, p. 135-150

Polak 2007; J.E.M. Polak, 'De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van EG-recht: de Europese dimensie van de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter', in: T. Barkhuysen e.a., *Europees recht effecturen. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 257-282.

Polak, *NJB* 2007/1683; J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing. Maar slot op toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming', *NJB* 2007/1683, afl. 32, p. 2018-2023.

Polak 2006; J.E.M. Polak, 'Two words; How to make the best of it? Over enkele kernthema's in het werk van prof. mr. A.Q.C. Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 97-114.

Polak e.a. 2004; J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting* (VAR-Commissie Rechtsbescherming), Den Haag: Bju 2004.

De Poorter & Van Heusden, *JBplus* 2017/10; J.C.A. De Poorter & L.A. van Heusden, 'Bovenindividuele belangenbehartiging. Naar een aanscherping van het beroepsrecht voor belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit', *JBplus* 2017/10.

De Poorter & De Graaf 2011; J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst,* Den Haag: Raad van State 2011.

De Poorter & Van Ettekoven, *NTB* 2013/20; J.C.A. De Poorter & B.J. van Ettekoven, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: de ene relativiteitseis is de andere niet', *NTB* 2013/20, afl. 6, p. 109-120.

De Poorter 2010; J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter', in: *De toegang tot de rechter beperkt (*VAR-reeks 144), Den Haag: Bju 2010.

Pront-van Bommel 2002; S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak: voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak* (diss. UvA), Den Haag: Bju 2002.

Roozendaal, *O&A* 2003, p. 149-159; B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', *O&A* 2003, afl. 4, p. 149-159

Roozendaal 1998; B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.

Sanderink 2015; D.G.J. Sanderink, 'De relatieve waarde van de oneigenlijke formele rechtskracht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 629-647.

M. Scheltema 2017; M. Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein door de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht*, 30 mei 2017.

M. Scheltema, *TREMA* 2011, p. 316-321; M. Scheltema, 'De toekomst van de bestuursrechtspraak', *TREMA* 2011, afl. 9, p. 316-321.

M. Scheltema, *NTB* 2007/17; M. Scheltema, 'Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?', *NTB* 2007/17, afl. 3, p. 96-97.

M. Scheltema, *RM Themis* 1978, *p. 259-275;* M. Scheltema, 'Beginselen van administratieve rechtspraak', *RM Themis* 1978, p. 259-275.

M.W. Scheltema, *NTBR* 2009/23; M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', *NTBR* 2009/23.

Scheltema & Scheltema 2013; M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2013.

Schlössels, *Actioma* 2016, afl. 196, p. 5-15; R.J.N. Schlössels, 'De *reserve*bestuursrechter. De burgerlijke rechter in de wonderlijke wereld rond het appellabel besluit', *Actioma* 2016, afl. 196, p. 5-15.

Schlössels 2014; R.J.N. Schlössels, 'Rafelige relativiteit. Systeemwaarde of *medicamentum gratia probatum?*', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 197-210.

Schlössels, *TREMA* 2011, p. 310-316; R.J.N. Schlössels, 'Het bestuursproces: een agenda voor de 21ste eeuw', *TREMA* 2011, afl. 9, p. 310-316.

Schlössels 2007; R.J.N. Schlössels, 'Eenheid van onrechtmatigheid?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht,* Jongbloed 2007, p. 315-338.

Schlössels, *Gst.* 2007/113; R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. Verbeteringen op basis van een pragmatische visie of bevriezing van de rechtsontwikkeling?', *Gst*. 2007/113, afl. 7281, p. 503-517.

Schlössels 2006; R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van belangenafweging', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 49-64.

Schlössels 2003; R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Een wondere wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?', in: C.J.M. Klaassen (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt,* Deventer: Kluwer 2003, p. 515-544.

Schlössels 1998; R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998.

Schlössels & Zijlstra 2017; R.J.N. Schlössels, S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Band 1), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schlössels & Zijlstra 2014; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Onderwijseditie Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Band 2), Deventer: Kluwer 2014.

Schlössels & Zijlstra 2010; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Band 2), Deventer: Kluwer 2010.

Schreuder-Vlasblom 2017; M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schreuder-Vlasblom 2010; M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht; over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 411-429.

Schreuder-Vlasblom 2006; M. Schreuder-Vlasblom, 'Iets kroms dat verbogen is; het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 5-31.

Schueler & Van Ettekoven, *NTB* 2013/34; B.J. Schueler & B.J. van Ettekoven, 'De losse eindjes van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013/34, afl. 9, p. 209-221.

Schueler, *NJB* 2012/1217; B.J. Schueler, 'Waar zit de bestuursrechter van de toekomst?', *NJB* 2012/1217, afl. 21, p. 1458-1461.

Schueler 2010; B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L. Besselink e.a. (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid,* Oisterwijk: Wolf 2010, p. 117-156.

Schueler 2009; B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (VBR preadviezen, nr. 37), IBR: 2009, p. 3-70.

Schueler, *NTB* 2007/38; B.J. Schueler, 'De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding', *NTB* 2007/38, afl. 8, p. 287-297.

Schueler, *O&A* 2007/26; B.J. Schueler, 'Een doolhof met vertakkingen. Naar een verbeterde rechtsbescherming tegen schadeveroorzakende besluiten?', *O&A* 2007/26, afl. 2, p. 55-63.

Schueler 2006a; B.J. Schueler, 'Hoe ver zat Struycken er naast?', in: A.W. Hinds e.a. (red.), *Recht en Reede,* Deventer: Kluwer 2006, p. 134-144.

Schueler 2006b; B.J. Schueler, 'Tussen pech en onrecht. Treedt de overheidsaansprakelijkheid buiten haar oevers?', in: K.J. de Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak. Opstellen aangeboden aan L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2006, p. 205-219.

Schueler, *JBplus* 2004/2; B.J. Schueler, 'Het labyrint rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', *JBplus* 2004/2, p. 83-102.

Schutgens 2015; R.J.B. Schutgens, 'Overheid en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 79-100.

Schuurmans, *NJB* 2013/1251; Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht', *NJB* 2013/1251, afl. 20, p. 1314-1323.

Schuurmans 2009; Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (Pre-adviezen VAR 142), Den Haag: Bju 2009, p. 117-184.

Sieburgh 2000; C.H. Sieburgh, *Toerekening van onrechtmatige daad* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2000.

Smits, *WPNR* 1938/3591; 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen', *WPNR* 1938/3591, p. 491-492.

Sluysmans 2015; J.A.M.A. Sluysmans, 'Formele rechtskracht: tijd voor vernieuwing?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 609-628.

Tak 2014; A.C.Q. Tak, *Het Nederlands Bestuursprocesrecht in Theorie en Praktijk*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2014.

Tak 2006; A.C.Q. Tak, 'Reactie op de referenten', in: T. Barkhuysen e.a., *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, p. 115-140.

Tanja, *NTB* 2018/29; E. Tanja, 'Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolgen voor de bestuur(srechte)lijke praktijk', *NTB* 2018/29, afl. 5, p. 185-187.

Tjepkema 2016; M.K.G. Tjepkema, 'De Wouwse Tol. Nadeelcompensatie op grond van het beginsel 'égalité devant les charges publiques', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 609-627.

Tjepkema, *NJB* 2011/1086; M.K.G. Tjepkema, 'De codificatie van het égalitébeginsel: een paard van Troje in de Awb', *NJB* 2011/1086, p. 1374-1382.

Tjepkema 2010; M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Verheij 2006; N. Verheij, 'Uit zuinigheid naar relativiteit', in: *Het bestuursrecht beschermd* (Liber Amicorum F.A.M. Stroink), Den Haag: Sdu 2006, p. 99-112.

Verheij, *JBplus* 2003, p. 26-47; N. Verheij, 'Tussen toen en nu', *JBplus* 2003, afl. 1, p. 26-47.

Verheij 1992; N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht. Bijdragen van het op 21 november 1991 te Maastricht gehouden wetenschappelijk congres over de regeringsvoorstellen inzake een nieuw bestuursprocesrecht,* Deventer: Kluwer 1992, p. 131-149.

De Waard 2015; B.W.N. de Waard, *Leerstukken van bestuursprocesrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht,* Deventer: Kluwer 2014.

Zijlstra 2003; Zijlstra, 'Rechtsbescherming en de kwaliteit van het overheidsbestuur', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra, *De Rechtsstaat als toetsingskader,* Den Haag: Bju 2003, p. 269-282.

Jurisprudentie

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *AB* 2017/88, m.nt. C.N.J. Kortmann; *O&A* 2017/6, m.nt. L. Di Bella & J.H.A. van der Grinten (*Biolicious*).

ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3554.

1 januari 2013, ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3200, *AB* 2012/87, m.nt. C.A. Geleijnse & W. den Ouden.

ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3200, *AB* 2012/87, m.nt. C.A. Geleijnse & W. den Ouden.

ABRvS 13 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2011:BR1412.

ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, *AB* 2007/252, m.nt. B.P.M. van Ravels (*Coffeeshop Venlo*).

ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9408, *JB* 2006/52.

ABRvS 21 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU8444, *AB* 2006/252, m.nt. B.P.M van Ravels

ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7586, *AB* 2005/54, m.nt. A.A.J. de Gier (*Meerssen*).

ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*).

ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982/299, ECLI:NL:RVS:1982:AM7845, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Paul Krugerbrug*).

Centrale Raad van Beroep

CRvB 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474 (conclusie advocaat-generaal Widdershoven).

Hoge Raad

HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *AB* 2017/407, m.nt. Kortmann (*UWV*).

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:112, *AB* 2017/232, m.nt. L. Di Bella (*Hengelo/Wevers)*.

HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, *AB* 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen.

HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, *JB* 2005/318, m.nt. G.E. van Maanen (*Ludlage/Parijs*).

HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774, *NJ* 2006/93, m.nt. Mok (*Kuijpers/Valkenswaard*).
HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, *AB* 1998/416, m.nt. T.G. Drupsteen (*Kaveka/Apeldoorn*).
HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1700, *AB* 1995/541, m.nt. T.G. Drupsteen (*Smit/Staat*).
HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, *AB* 1992/290 (*Van Gog/Nederweert*).
HR 18 januari 1991, *AB* 1991/241, ECLI:NL:HR:1991:AC4031, m.nt. F.H. van der Burg (*Leffers*).
HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986AC9347, *AB* 1986/573, m.nt. F.H. van der Burg (*Heesch/Van de Akker*).
HR 24 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4771, *AB* 1984/399, m.nt. E.M. van Eijden (*Sint Oedenrode/Driessen)*.
HR 25 november 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6111, *AB* 1978/1, m.nt. Stellinga (*Plassenschap Loosdrecht/Nagtegaal en Bavelaar).*
HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311, *NJ* 1972/278, m.nt. G.J. Scholten (*Vermeulen/Lekkerkerker)*.
HR 5 mei 1933, ECLI:NL:HR:1933:36, *NJ* 1933, p. 875, m.nt. E.M. Meijers (*Meerboeien*).
HR 29 juni 1929, *NJ* 1928, p. 1138, m.nt. E.M. Meijers (*Strooppot*).
HR 20 november 1924, ECLI:NL:HR:1924:AG1795, *NJ* 1925, p. 89 (*Ostermann*).
HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, *NJ* 1919/161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).
HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, *NJ* 1916, p. 407 (*Noordwijkerhout/Guldemond*).

Hof van Justitie van de Europese Unie
HvJ 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, *AB* 2003/429, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Köbler*).

Parlementaire stukken

Kamerstukken II, 1991/92, 22 495, nr. 3.
Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3.

Kamerstukken I 2012/13, 32 450, C.