



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Heesch-Van de Akker. Formele rechtskracht van besluiten

Polak, J.E.M.; Barkhuysen, T.; Schueler, B.J.; Widdershoven, R.J.G.M.

Citation

Polak, J. E. M. (2009). Heesch-Van de Akker. Formele rechtskracht van besluiten. *Ab Klassiek*, 151-167. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15058>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15058>

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

11. HEESCH – VAN DE AKKER

Formele rechtskracht van besluiten

Hoge Raad 16 mei 1986, AB 1986, 573 (m.nt. F.H. van der Burg), NJ 1986, 723 (m.nt. M. Scheltema), AA 1986, 642 (m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens), BR 1986, p. 755 (m.nt. N.S.J. Koeman), Gst. 1987, 6842, 3 (m.nt. W. Konijnenbelt)

Behoudens uitzonderingen dient de burgerlijke rechter van de rechtsmatigheid van besluiten uit te gaan, als tegen een besluit beroep bij de bestuursrechter heeft opengestaan en deze rechtsgang niet is benut of wel is benut, maar als resultaat heeft opgeleverd, dat het besluit in stand is gebleven. In dit geval doet zich een uitzondering op de hoofdregel voor.

Concordantie burgerlijke rechtspraak en administratieve rechtspraak. Formele rechtskracht als gevolg van een administratiefrechtelijke rechtsgang. Onverschuldigde betaling van vergoeding voor uitwegvergunning.

Andere voor dit thema relevante uitspraken:

- HR 25 november 1977 (Loosdrechtse Plassenschap, zie Guldemonnd-Noordwijkerhout, nr. 2 in deze bundel)
- HR 26 februari 1988, AB 1989, 80 (m.nt. F.A. van Bakelen) (Hot Air-Staat)
- HR 11 november 1988, AB 1989, 81 (m.nt. F.H. van der Burg) (Ekro-Staat)
- HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40 (F.H. van der Burg) (Vulhop-Amsterdam)
- HR 18 juni 1993, AB 1993, 504 (m.nt. F.H. van der Burg) (Sint Oedenrode-Van Aarle)
- HR 17 december 1999 (Groningen-Raatgever, zie deze bundel nr. 33)
- HR 24 januari 2003, AB 2003, 120 (m.nt. Widdershoven) (Maple Tree)
- HvJ EG 30 december 2003, AB 2004, 429 (m.nt. Widdershoven) (Köbler)
- HvJ EG 13 januari 2004, AB 2004, 58 (m.nt. Widdershoven) (Kühne & Heitz)
- HR 9 september 2005, AB 2006, 286 (m.nt. F.J. van Ommeren) (Kuypers-Valkenswaard)
- HR 3 februari 2007, NJ 2007, 503, (m.nt. M.R. Mok) (DNB-Staat)
- HR 13 juli 2007, AB 2008, 155 (m.nt. F.J. van Ommeren) (Barneveld-Gasunie)

Belangrijkste overwegingen kernuitspraak:

3.2.1. De onder 3.1.5 weergegeven opzet van 's hofs gedachtengang doet vooreerst de door onderdeel 1 van middel I aan de orde gestelde vraag rijzen of het hof terecht heeft geoordeeld dat art. 14 Wegenwet de rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een weg gebiedt 'om te dulden dat aan die weg wonenden zich middels een weg toegang tot en gebruik van de weg verzekeren' (r.o. 2.2), alsmede dat daaruit volgt dat het door de gemeente bedingen van de onderhavige vergoeding voor het verlenen van vorenbedoelde toestemming om de uitweg naar de Vinkelseweg te verzwaren in strijd is met de wet (r.o. 2.1 in verbinding met r.o. 4.1).

3.2.2. De onder 3.2.1 geformuleerde vraag komt erop neer of met betrekking tot het door de overheid ontwikkelde uitwegvergunningstelsel moet worden vastgehouden aan 'Hoogeloon', dan wel de met 'Maastricht I' ingezette, vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State moet worden gevolgd. Daarbij moet voorop worden

gesteld dat het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningenstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is geroepen. Dat reeds pleit ervoor de vaste jurisprudentie van de Afd. te volgen. Daar komt bij dat, zoals reeds vermeld, de vraag of dergelijke uitwegvergunningenstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, al voor 'Hoogeloon' omstreden was en dat dit arrest over het algemeen is afgekeurd, terwijl ook de Kroon enige uitspraken heeft gedaan waaruit kan worden afgeleid dat zij dergelijke stelsels afkeurt (...).

Een en ander leidt tot de slotsom dat de onder 3.2.1 geformuleerde vraag bevestigend moet worden beantwoord

(...)

3.3.2. (...) Voorop moet worden gesteld dat wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan (zoals die ingevolge de Wet Arob), de burgerlijke rechter, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, in geval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, ervan dient uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Dit geldt in beginsel óók dan, indien dit de burgerlijke rechter ertoe zou nopen aan zijn uitspraak de rechtsgeldigheid ten grondslag te leggen van een beschikking waarvan als vaststaand mag worden aangenomen dat zij, als daartegen tijdig administratiefrechtelijk beroep zou zijn ingesteld, zou zijn vernietigd. De daaraan verbonden bezwaren kunnen evenwel door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard. Of voor zulk een uitzondering plaats is, hangt bijgevolg af van de bijzonderheden van het gegeven geval.

In dit verband moet er in de eerste plaats op worden gewezen dat in gevallen als het onderhavige alleen daarom moet worden aangenomen dat (mede) sprake is van een beschikking waartegen destijds beroep heeft opengestaan ingevolge de Wet Arob, omdat de Afdeling rechtspraak van de Raad van State – ongetwijfeld ten einde de rechtsbescherming van de betrokken burgers uit te breiden – in het kader van haar hiervoor in 3.1.3. sub c en d bedoelde rechtspraak bereid is gebleken in de rechtshandeling waarop betalingen als de litigieuze berusten, ondanks haar duidelijk privaatrechtelijke gedaante, (mede) een beschikking in de zin van de genoemde wet te ontwaren. Uit de op dit punt op 'Maastricht I' (1 september 1977) en de daarop volgende uitspraken van de Afd. uitgeoefende kritiek mag echter worden afgeleid dat het in de – vóór 1 september 1977 gelegen – periode waarin ingevolge art. 6 ROPB voor Van de Akker beroep tegen de in het schrijven van de gemeente van 13 juni 1977 verscholen beschikking openstond, bepaald geenszins voor de hand lag een dergelijk beroep mogelijk te achten. Dat Van de Akker zulk een beroep achterwege heeft gelaten, valt hem derhalve niet aan te rekenen. Daar komt bij dat, zoals de Rb. het treffend heeft geformuleerd (r.o. 17), 'overduidelijk (blijkt) dat de gemeente (...) al het mogelijke heeft gedaan om aan haar handelen tegenover Van de Akker het karakter te geven van een overeenkomst naar burgerlijk recht'. Blijkens zijn r.o. 4.3 en 4.4 heeft ook het hof dit punt van belang geoordeeld: in deze overwegingen ligt besloten dat het hof daarom primair van mening was dat de rechtshandeling op grond waarvan de litigieuze betaling is verricht, behoort te worden beschouwd als een privaatrechtelijke overeenkomst, omdat het de gemeente – nu zij de ROPB – gelijk blijkt uit de door het hof in r.o. 4.3 opgesomde omstandigheden – 'principiële en doordacht heeft opgezet en uitgewerkt' als een regeling van privaatrechtelijke aard ingevolge welke betalingen als te dezen gedaan, berusten op, immers worden verricht ter voldoening aan een met haar als eigenaar gesloten, uitdrukkelijk als privaatrechtelijk betitelde overeenkomst, niet meer vrijstaat thans, in deze procedure voor de burgerlijke rechter, aan Van de Akker tegen te werpen dat zijn betaling ('in wezen') berust op, immers is verricht ter voldoening aan een publiekrechtelijke 'heffing', een beschikking in de zin van de Wet Arob.

Deze argumentatie van het hof spoort met de gedachte dat de hiervoor onder 3.1.3 geschetste jurisprudentie van de Afd. rechtspraak ertoe strekt de rechtsbescherming van burgers die met een uitwegvergunningenstelsel als het onderhavige worden geconfronteerd, uit te breiden. (...) Van deze uitbreiding van rechtsbescherming kunnen zij echter slechts

profiteren indien en zolang voor hen tegen de desbetreffende heffing nog administratiefrechtelijk beroep openstaat. Voor degenen voor wie dat niet meer het geval is – omdat zij, misleid door het burgerrechtelijk uiterlijk van het stelsel, die mogelijkheid van beroep niet tijdig hebben onderkend –, zou die jurisprudentie – indien het primaire standpunt van de gemeente als juist zou moeten worden aanvaard – neerkomen op een vermindering van rechtsbescherming, aangezien zij dan immers, hoewel uit die jurisprudentie onmiskenbaar voortvloeit dat betalingen als de onderhavige van hen in strijd met de wet zijn 'geheven', deze niet meer voor de burgerlijke rechter als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd, ook niet binnen de getrokken grenzen.

Ten slotte dient, als in dit kader van belang, te worden opgemerkt dat de in de eerste alinea van deze overweging (3.3.2) vooropgestelde regel mede ertoe strekt te voorkomen dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de administratieve rechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze. Dit gevaar dreigt als te dezen wordt afgeweken van die regel niet: zowel Van de Akker, als Rb. en hof hebben zich immers geconformeerd aan de hieronder in 3.1.3 bedoelde vaste jurisprudentie van de Afd. rechtspraak en, gelijk hiervoor onder 3.2.2, hebben zij dat terecht gedaan.

De voorgaande omstandigheden wettigen in onderling verband en samenhang de slotsom dat, indien de rechtshandeling op grond waarvan Van de Akker de onder 3.1.2 bedoelde betaling aan de gemeente heeft verricht, wordt gekwalificeerd als een beschikking in de zin van de Wet Arob, de omstandigheid dat Van de Akker heeft verzuimd gebruik te maken van de beroepsmogelijkheid welke de wet hem bood, de burgerlijke rechter niet ervan behoeft te weerhouden zelf te oordelen dat deze beschikking, als in strijd met de wet genomen, niet als een rechtsgeldige titel van betaling kan worden aangemerkt. (...)

3.4.3. Aan onderdeel 2 van middel IV ligt, mede blijkens de daarop gegeven toelichting, de stelling ten grondslag dat het hof, nu de litigieuze betaling heeft plaatsgevonden vóór 'Maastricht I', bij de beantwoording van de vraag of die betaling onverschuldigd was, niet de aan die uitspraak van de Afd. rechtspraak ten grondslag liggende uitleg van art. 14 Wegenwet had mogen volgen. Ook afgezien van hetgeen hiervoor onder 3.2.2 is overwogen, kan deze stelling niet als juist worden aanvaard. Geen rechtsregel belette het hof aan zijn beslissing in het kader van het onderhavige uitwegvergunningstelsel die uitleg van art. 14 Wegenwet ten grondslag te leggen, welke het voor de juiste hield. Het feit dat de Hoge Raad in 1966 anders en de Afd. rechtspraak in 1977, eerst na de betaling door Van de Akker, evenzo had geoordeeld, behoefde het hof daarvan niet te weerhouden.'

11.1. De feiten

Van de Akker vroeg op 22 januari 1977 aan het college van B&W van de gemeente Heesch een bouwvergunning voor een rundveestal. Een bouwvergunning placht echter niet te worden verleend voordat een vergoeding was betaald in verband met het in deze gemeente geldende zogenoemde uitwegvergunningstelsel. De grondslag voor dit stelsel was de volgende.

Art. 33 APV voor de gemeente Heesch bepaalde dat het zonder vergunning van burgemeester en wethouders niet geoorloofd was een uitweg te maken naar een weg die aan de gemeente in eigendom toebehoort. Door de gemeenteraad was voorts vastgesteld de Regeling Ontsluiting Particuliere Bouwterreinen (ROPB) die uitging van de wenselijkheid dat bij voorgenomen bebouwing van het uit te wegen terrein de vergunning slechts dan verleend werd, indien en nadat tussen de gemeente en de aanvrager op privaatrechtelijke basis een overeenkomst was gesloten tot verkrijging door de gemeente van een vergoeding voor door haar gemaakte of nog te maken kosten voor bouwrijp maken van de terreinen waarvoor de vergunning werd gevraagd.

Met Van de Akker sloot de gemeente een overeenkomst die inhield dat Van de Akker in ruil voor toestemming om uit te wegen een bedrag zou betalen van f 3216.

Nadat Van de Akker het bedrag had betaald, ontving hij de bouwvergunning en heeft hij met de bouw een aanvang gemaakt.

Met ingang van 1 september 1977 is de op 1 januari 1976 ingestelde Afdeling rechtspraak van de Raad van State (de eerste algemene bestuursrechter in Nederland) in een vaste jurisprudentie de constructie van het uitwegvergunningenstelsel, die bij tal van gemeenten en waterschappen gebruikelijk was, in strijd gaan achten met art. 14 Wegenwet. Bij schrijven van 31 oktober 1979 heeft Van de Akker de gemeente verzocht over te gaan tot restitutie van voormeld bedrag op grond van onverschuldigde betaling. De gemeente heeft dit verzoek afgewezen. Hof en Hoge Raad stellen uiteindelijk Van de Akker in het gelijk.

11.2. Drieluik van de afbakening burgerlijke rechter met de administratieve rechter voltooid

Dit arrest voegt een grenspaal toe aan de grensafbakening tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechter. In het arrest Guldemonnd-Noordwijkerhout (nr. 2 in deze bundel) werden de grenzen van de competentie van de burgerlijke rechter ruim getrokken. De burgerlijke rechter is bevoegd, indien het voorwerp van geschil, dat is het recht waarin de eiser wenst te worden beschermd, is aan te merken als een recht als bedoeld in art. 112 lid 1 Gw. Het stellen van een onrechtmatige daad is voldoende om de bevoegdheid in te roepen.

Om overlap met de administratieve rechtsgangen te vermijden heeft de Hoge Raad een beleid ontwikkeld dat hij, onder handhaving van zijn bevoegdheid, eisers niet-ontvankelijk verklaart als er een andere rechtsgang met voldoende rechtsbescherming openstaat. Verwezen zij hiervoor naar het arrest Loosdrechtse Plassenschap (dat in par. 11.3 ook aan de orde komt). Het arrest Heesch-Van de Akker vormt als het ware de voltooiing van het drieluik, waar de Hoge Raad zich refereert aan jurisprudentie van de administratieve rechter en waar hij eisers de mogelijkheid ontnemt eventueel de burgerlijke rechter als alternatieve rechtsgang voor de administratieve rechtsgang te benutten. Overigens komt ook in dit arrest het aanvullende karakter van de burgerlijke rechtspraak duidelijk naar voren.

11.3. Concordantie burgerlijke rechtspraak en bestuursrechtspraak

Het eerste opmerkelijke gegeven in dit arrest is het 'omgaan' van de Hoge Raad ten gunste van de door de Afdeling rechtspraak in 1977 ingezette lijn inzake het uitwegvergunningenstelsel. Hiervoor in par. 11.1 is al kort de structuur van het uitwegvergunningenstelsel geschetst. Gemeenten, en ook wel waterschappen, maakten van hun privaatrechtelijke eigendomsrecht gebruik om aldoende extra inkomsten te verwerven. Deze inkomsten stonden overigens steeds in nauwe relatie tot het doel waaraan zij ten goede kwamen, namelijk het bouwrijp maken van gronden. In het Hoogeloon-arrest (2 februari 1966, ARB 1966, p. 579 (m.nt. J.R. Stellinga), NJ 1966, 415 (m.nt. N.J. Polak), AA 1967, 137 (m.nt. W.F. Prins)) had de Hoge Raad het uitwegvergunningenstelsel niet in strijd geacht met de in art. 14 Wegenwet aan de rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een openbare weg opgelegde plicht alle

verkeer over de weg alsmede alle werken voor aansluiting van wegen en uitwegen te dulden.

Nadat in 1976 met de Wet AROB voor het eerst voorzien was in algemene bestuursrechtspraak, bleek de Afdeling rechtspraak (de voorloper van de sinds 1 januari 1994 bestaande Afdeling bestuursrechtspraak die evenwel anders dan haar voorloper veelal in hoger beroep rechtspreekt nadat de bestuurssector van de bevoegde rechtbank op een beroep heeft beslist) plotseling competent te zijn ten aanzien van het beoordelen van uitwegvergunningen. Weliswaar werd van gemeentezijde gesteld, dat het hier privaatrechtelijke toestemmingen betrof en derhalve rechtshandelingen naar burgerlijk recht. De Afdeling rechtspraak oordeelde evenwel in de uitspraak Maastricht I (1 september 1977, AB 1977, 366 (m.nt. J.H. van der Veen)):

'De vordering van de (...) bijdrage (naar aanleiding van het voornemen van appellant een opslagplaats op te richten, tB) is geschied niet op grond van een gesloten overeenkomst doch op grond van eenzijdige oplegging krachtens vorenbedoelde bijdrageregeling (d.i. de door de gemeenteraad vastgestelde Bijdrageregeling ontsluiting particulier bouwterrein, tB), welke in haar aanhef een verwijzing bevat naar artikel 168 gemeentewet en welke strekt tot verhaal van kosten die de gemeente niet als eigenaresse, doch als onderhoudsplichtige heeft gemaakt. Zij, de vordering, is dan ook, ondanks de aanduiding 'privaatrechtelijk', niet te beschouwen als een rechtshandeling naar burgerlijk recht.'

Dat betekende, dat van toen af geschillen over uitwegvergunningen ter beoordeling voor kwamen te liggen bij de bestuursrechter.

Tot overmaat van ramp voor de gemeenten bleek de bestuursrechter anders te oordelen over de geoorloofdheid van het uitwegvergunningenstelsel:

'onder zodanig gebruik (d.i. het op grond van artikel 14 Wegenwet door de rechthebbende en de onderhoudsplichtige te dulden gebruik van een weg, tB) overeenkomstig de bestemming (moet) tevens worden verstaan het gebruik van de weg ten behoeve van de ontsluiting van aan die weg grenzende terreinen, waartoe het uitwegen op die weg dient te worden gerekend.'

Op deze grond werd de bijdrageregeling in strijd geacht met art. 14 Wegenwet en werd ook de vordering in strijd met de wet geacht.

De afwijkende koers van de bestuursrechter zou voor de Hoge Raad in theorie geen probleem behoeven te zijn, omdat de Hoge Raad dus niet meer over uitwegvergunningen oordeelt. Immers, conform het arrest Loosdrechtse Plassenschap verklaart de burgerlijke rechter eisers die opkomen tegen een bij de bestuursrechter beroepbaar besluit niet-ontvankelijk. In het geval van Van de Akker en de gemeente Heesch lag de zaak echter moeilijker, omdat Van de Akker niet in beroep bij de kersverse Afdeling rechtspraak was gegaan. Op deze complicatie kom ik hierna terug in par. 11.4. In ieder geval meende de Hoge Raad nog toe te moeten komen aan een inhoudelijk oordeel over de toelaatbaarheid van het uitwegvergunningenstelsel. Gelet op de diametraal tegenover elkaar staande rechterlijke opvattingen, was zulks ook zeer gewenst.

Het Nederlandse recht kent geen wettelijke voorziening volgens welke tegenstrijdige opvattingen tussen Hoge Raad en hoogste administratieve rechters kunnen worden opgelost. Een overkoepelend hof bestaat niet, terwijl evenmin de administratieve rechtspraak in het algemeen (er zijn enkele uitzonderingen) een cassatieberoep

kent. Grote problemen levert zulks overigens niet op omdat rechters, rekening houdend met de verschillende competentieomschrijvingen en met vaste jurisprudenties, steeds ernaar streven tegenstrijdige jurisprudenties te voorkomen. Een en ander neemt niet weg, dat plotseling de Afdeling rechtspraak ertoe heeft besloten en ook kon besluiten te 'breken' met de gevestigde Hoge Raad-jurisprudentie ten aanzien van het uitwegvergunningstelsel.

Het standpunt van de Hoge Raad waarin hij zich conformeert aan de bestuursrechter, draagt een rechtspolitiek karakter. Het is verstandige politiek om als hoogste rechtscollege, dat op een aantal rechtsgebieden een bijzondere verantwoordelijkheid voor de rechtseenheid draagt, waar mogelijk concordantie in het recht tot stand te brengen. Die concordantie is een eis die uit de eenheid van het rechtstelsel voortvloeit. In dit geval had de Hoge Raad de concordantie ook nodig als een van de argumenten om een uitzondering op het basisbeginsel van de formele rechtskracht aanwezig te achten (zie hierna par. 11.5).

De Hoge Raad bereikt die concordantie door de eigen jurisprudentie om te buigen. Hij stelt, dat de vraag of de uitwegvergunningstelsels aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de Afdeling rechtspraak is geroepen. Dat kan men overigens nergens letterlijk in een wettelijke regeling vinden. Het is een pragmatische constatering die voortvloeit uit de fundamentele opvatting dat:

- elke rechter, en dus ook de Afdeling rechtspraak, zijn eigen wettelijk toebedeelde competentie mag interpreteren en daarmee bepalen; en
- elke rechter het hem voorgelegde geschil ten volle aan de rechtmatigheid mag toetsen.

Nu de Afdeling rechtspraak de uitwegvergunning als Arob-beschikking (men zou nu onder de Awb zeggen: een voor beroep vatbaar besluit) had geclassificeerd, lag het ook voor de hand aan de bestuursrechter over te laten om te beoordelen, of een dergelijke beschikking in strijd was met het recht. Een andere opvatting van de Hoge Raad had een inbreuk betekend op een van beide simpele voornoemde fundamentele opvattingen over rechterlijke bevoegdheden. Het standpunt van de Hoge Raad om ruim baan te geven aan de administratieve rechter, indien deze op een bepaald terrein als geschilbeslechter is aangewezen, komt men ook tegen in het arrest Willemse-NAB (HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2 (m.nt. G.J. Scholten)).

11.4. Het basisbeginsel van de formele rechtskracht

In het arrest Loosdrechtse Plassenschap, dat wordt behandeld in deze bundel in de noot bij Guldemonnd-Noordwijkerhout heeft de Hoge Raad beslist, dat de burgerlijke rechter eisers niet-ontvankelijk dient te verklaren als er voor hen een rechtsgang openstaat die uiteindelijk kan leiden tot een uitspraak van een bestuursrechter (dus bijvoorbeeld bezwaar, gevolgd door beroep op de bestuursrechter in thans vaak twee instanties). Wat moet het standpunt van de burgerlijke rechter evenwel zijn, wanneer een ter beschikking staande bestuursrechtelijke rechtsgang niet doorlopen wordt, of te laat wordt benut, zodat er een niet-ontvankelijk wegens termijnoverschrijding volgt?

Men kan daar natuurlijk verschillend tegen aan kijken. Het bevredigt bij velen vaak niet het rechtsgevoel, wanneer een evident onrechtmatige beschikking desalniettemin wordt uitgevoerd of benut, omdat als gevolg van bijvoorbeeld onwetendheid of de fout van een raadsman een termijnoverschrijding heeft plaatsgevonden. Daar staat tegenover, dat een lankmoedige houding van de burgerlijke rechter als het ware een alternatieve route schept. Hij die ongelukkig is met de jurisprudentie van een bestuursrechter op een bepaald punt, laat dan zijn beroepstermijn voorbij gaan en adieert vervolgens de burgerlijke rechter. Een dergelijke forumkeuze is niet toelaatbaar, omdat zij afbreuk doet aan het gezag van de rechtspraak en een bedreiging vormt voor de eenheid van het recht.

Dit gevaar weegt voor de Hoge Raad zo zwaar, dat hij het basisbeginsel van de formele rechtskracht ondubbelzinnig strak formuleert: wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan en deze niet is benut, dient de burgerlijke rechter er niettemin van uit te gaan, dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Voor alle duidelijkheid voegt de Hoge Raad daar dan nog aan toe, dat dit basisbeginsel ook dan opgaat, wanneer de burgerlijke rechter aan zijn eigen uitspraak een beschikking ten grondslag moet leggen waarvan vaststaat dat zij zou zijn vernietigd als daartegen tijdig een administratiefrechtelijke voorziening zou zijn aangespannen. Daarmee beschrijft de Hoge Raad het beginsel in zijn uiterste consequenties en geeft het daarmee een extra strakke betekenis.

Het onverbidelijke karakter van de formele rechtskracht komt in veel rechtspraak tot uitdrukking, onder veel meer in het arrest Schut- Provincie Utrecht (HR 5 september 1997, AB 1998, 175 (m.nt. Th.G. Drupsteen) onder nr. 176, NJ 1998, 47). Daar werd aangenomen dat een dwangsbeschikking terzake van bepaalde overtredingen formele rechtskracht had gekregen wegens termijnoverschrijding en dat de burgerlijke rechter derhalve geen oordeel mocht geven over deze beschikking, hoewel het beroep tegen een aanschrijving bestuursdwang die betrekking had op dezelfde overtredingen, door de bestuursrechter gegrond was verklaard.

Het beginsel van de formele rechtskracht werd reeds aanvaard in enkele arresten van oudere datum waarin in enigszins andere bewoordingen dezelfde strekking waarneembaar was. Verwezen zij naar: *Semper Crescendo* (HR 19 november 1976, AB 1978, 243 (m.nt. J.R. Stellinga), NJ 1979, 216 (m.nt. M. Scheltema)) en *Hei- en Boeicopse parkeerplaats* (HR 4 februari 1983, NJ 1985, 21 (m.nt. M. Scheltema)), alsmede naar A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht*, Deventer: Kluwer 1987, p. 100, e.v.

Mok heeft erop gewezen, dat zijns inziens het beginsel van de formele rechtskracht berust op drie gronden (conclusie bij HR 7 april 1995, AB 1995, 541 (m.nt. Th.G. Drupsteen), NJ 1997, 166 (m.nt. M. Scheltema) (Smit-Staat), onder 2.1.3.:

- a. Voorkomen moet worden dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de bestuursrechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze.
- b. Het oordeel over vragen of een beschikking wat betreft haar totstandkoming en inhoud in overeenstemming is met het bestuursrecht, komt bij uitstek toe aan de bestuursrechter.

- c. In het belang van de rechtszekerheid mag er niet langdurig twijfel bestaan over de rechtsgeldigheid van een besluit. Daarom kent het bestuursrecht korte termijnen voor bezwaar en beroep. Deze zouden, zonder het beginsel van formele rechtskracht, kunnen worden omzeild door het besluit ter beoordeling voor te leggen aan de burgerlijke rechter.

In 1998 verscheen de dissertatie van E.C.H.J. van der Linden, *Formele en materiële rechtskracht, een rechtstheoretische en rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998. De laatste jaren is er in de literatuur veel kritiek op het beginsel: zie bijvoorbeeld de polemische dissertatie van C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Utrecht 2006, waar men ook voor verdere literatuur terecht kan. Ook kritisch over het beginsel is het rapport van de commissie rechtbescherming van de VAR (Den Haag 2004), waarin wordt gepropageerd om de regel van de formele rechtskracht te veranderen in een wat meer genuanceerde benadering, waarbij het feit dat men verzuimd heeft de bestuursrechtelijke rechtsgang te benutten niet automatisch leidt tot de aanname van rechtmatigheid, maar via toepassing van de 'eigen schuld'-regel, besloten in art. 6:106 BW meer van geval tot geval kan worden gewogen. Die benadering komt overeen met die van het Hof van Justitie, zoals in deze noot hierna nog zal blijken. De Hoge Raad blijft evenwel duidelijk vast houden aan het beginsel en de literatuur kent ook duidelijke voorstanders: zie bijvoorbeeld de artikelen van M.E. Gelpke en B.J. van Ettekoven in *O&A* 2006, nr. 1-2.

11.5. Uitzonderingen op de formele rechtskracht

Maar helemaal dicht timmert de Hoge Raad de weg naar de burgerlijke rechter niet, zo blijkt uit het arrest Heesch-Van de Akker. Het aanvullende karakter van de burgerlijke rechtspraak, dat reeds aan de orde kwam bij de behandeling van het arrest Loosdrechtse Plassenschap, komt opnieuw tot uiting in het gegeven, dat het hiervoor genoemde basisbeginsel van de formele rechtskracht niet absoluut wordt geformuleerd. De burgerlijke rechter moet immers bezien, of in een concreet geval 'de bezwaren door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op het beginsel een uitzondering moet worden gemaakt'.

Na de strakke formulering van het basisbeginsel is het niet verwonderlijk, dat de Hoge Raad veel tekst nodig heeft om te bezien of i.c. een uitzondering moet worden gemaakt. De Hoge Raad geeft een viertal hoofdoverwegingen die hem ertoe brengen een uitzondering op het basisbeginsel van de formele rechtskracht aanwezig te achten:

- a. Aan Van de Akker kan niet verweten worden, dat hij geen bezwaar en beroep heeft ingesteld. Het lag in de periode vóór 1 september 1977 geenszins voor de hand een beroep op de bestuursrechter mogelijk te achten.
- b. Voorts heeft de gemeente er alles aan gedaan om het besluit een privaatrechtelijk aanzien te geven. Dit argument hangt nauw samen met de eerste overweging, in zoverre Van de Akker geen verwijt treft dat hij geen beroep bij de bestuursrechter heeft ingesteld. In zoverre verdient deze tweede overweging evenwel afzonderlijk aandacht, omdat men daaruit kan afleiden dat in geval van bewuste misleiding door het betrokken overheidsorgaan, als gevolg waarvan een rechtsgang verloren gaat, een beroep op de burgerlijke rechter soms nog wel toelaatbaar kan zijn.

- c. Het toepassen van het basisbeginsel op Van de Akker zou betekenen, dat hij nu na de inwerkingtreding van de rechtsbescherming bij de algemene bestuursrechter in 1976 minder rechtsbescherming zou krijgen dan daarvóór, want voordien kon hij wél de burgerlijke rechter adiëren. Zulks is niet aanvaardbaar, daar de nieuwe jurisprudentie van de bestuursrechter juist bedoeld is om de rechtsbescherming uit te breiden, aldus de redenering van de Hoge Raad.
- d. Het basisbeginsel strekt ertoe te voorkomen, dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de administratieve rechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze. Is dat gevaar er niet, dan vervalt daarmee de zin aan het beginsel van de formele rechtskracht. Dat gevaar is er bijvoorbeeld niet, indien partijen het erover eens zijn, dat het betreffende besluit onrechtmatig was (zie hierna).

Overziet men deze overwegingen, dan hangen de eerste en de derde uitzondering nauw samen met het gegeven, dat de uitweg-jurisprudentie van de bestuursrechter voor velen onverwachts is gekomen en dat het niet redelijk is Van de Akker daarvan niet de voordelen te gunnen, ja zelfs alleen maar de nadelen te laten. In dit opzicht zullen deze uitzonderingen zich niet vaak voordoen. De tweede overweging heeft wel een grotere algemene betekenis: het kan voorkomen, dat als gevolg van misleiding door een overheidsorgaan een rechtsgang juridisch of feitelijk verloren gaat (zie ook hierna bij de behandeling van het arrest Ekro-Staat). Men moet hierbij overigens wel aantekenen, dat voor een justitiabele die op deze wijze zijn beroepstermijn ongebruikt voorbij heeft laten gaan, vaak nog de mogelijkheid bestaat van een verontschuldiging van de overschrijding van die termijn door de administratieve rechter, dan wel, zoals in ambtenarenzaken, van het indienen van een verzoek bij het bestuursorgaan om terug te komen op de eerste beschikking. Zie hierover ook M. Scheltema in zijn noot bij dit arrest in het NJ. De burgerlijke rechter zal toch eisen dat eerst de bestuursrechtelijke mogelijkheden worden benut.

11.6. De uitzonderingen nader geïllustreerd

Schueler concludeerde na een weergave van diverse arresten, dat de door de Hoge Raad erkende uitzonderingen op het beginsel van formele rechtskracht in hoofdlijnen tot nu toe zijn terug te voeren op drie gronden (B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb; aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005):

1. De overheid heeft erkend dat de beschikking rechtens onjuist was.
2. De belanghebbende kan niet worden aangerekend dat hij niet in bezwaar of beroep is gegaan.
3. Invloed Europees recht?

Dat beeld is thans nog steeds juist. Aan de hand van enkele latere arresten worden beide gronden geïllustreerd. Daarbij wordt thans afgezien van de meer algemene uitzonderingsgrond, die de Hoge Raad heeft aanvaard voor zogenaamde zelfstandige schadebesluiten in het arrest Groningen-Raatgever, zie nr. 33 in deze bundel.

Erkenning dat de beschikking rehtens onjuist was?

Indien als resultaat van onderhandelingen een bezwaar of beroep wordt ingetrokken, staat nog geenszins vast, dat het betreffende besluit onrechtmatig was. Een vermeldenswaard arrest in dit verband is het arrest Hot Air-Staat (HR 26 februari 1988, AB 1989, 80 (m.nt. F.A. van Bakelen), NJ 1989, 528 (m.nt. M. Scheltema), Gst. 6856, 10 (m.nt. L.J.A. Damen), BR 1988, p. 674 (m.nt. N.S.J. Koeman). Hier werd het basisbeginsel van de formele rechtskracht door de Hoge Raad wél overeind gehouden. De Rijksluchtvaartdienst had jegens Hot Air enkele beschikkingen afgegeven die dit bedrijf onwelgevallig waren. Zowel een bestuursrechtelijke bezwaarschriftenprocedure als een kort geding werden aangespannen. Na informeel bereikte overeenstemming werden binnen een maand de ingediende bezwaarschriften weer ingetrokken. Medio 1984 heeft Hot Air toch nog in een onrechtmatigedaadactie tegen de staat vergoeding van nader te bepalen schade geëist, o.a. ter zake van de aanvankelijk geweigerde toestemmingen. Echter: die toestemmingen waren door de intrekking van het bezwaarschrift niet uitgeprocedeerd, als gevolg waarvan de onrechtmatigheid van die beschikkingen niet vast was komen te staan. Hot Air pleitte voor een uitzondering op het basisbeginsel van de formele rechtskracht, omdat hij zijn bezwaarschriftenprocedure niet had doorgezet als gevolg van het anders beslissen door het betrokken overheidsorgaan. Na gesteld te hebben, dat het oordeel over de vraag of de betrokken beschikking zowel wat betreft haar wijze van tot stand komen als wat betreft haar inhoud in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en met algemene rechtsbeginselen, bij uitstek toekomt aan de administratieve rechter, vervolgt de Hoge Raad:

‘Met name ziet het onderdeel eraan voorbij dat de administratieve rechtsgang bij de Afdeling rechtspraak dan (namelijk in het geval het bestuursorgaan alsnog terugkomt op zijn oorspronkelijke beschikking, tB) niet haar ‘zin en belang’ heeft verloren: deze rechtsgang kan immers (...) worden voortgezet met het oog op het belang dat de burger bij de uitspraak heeft in verband met een burgerlijk geding strekkende tot verkrijging van een schadevergoeding.’

Uit dit arrest blijkt dus, dat intrekken van een bezwaar en beroep het gevolg heeft, dat het bestreden besluit voor rechtmatig wordt gehouden. In het algemeen kan men dan niet meer bij de burgerlijke rechter de onrechtmatigheid van dat besluit aan de orde stellen.

Hierop is toch door de Hoge Raad weer een uitzondering gemaakt in het arrest Sint-Oedenrode-Van Aarle (HR 18 juni 1993, AB 1993, 504 (m.nt. F.H. van der Burg), NJ 1993, 642 (m.nt. M. Scheltema)). De feiten waren aldus. Het echtpaar Van Aarle-Van Griensven was eigenaar van een pand in de historische kern van de gemeente Sint-Oedenrode en wilde dit verkopen aan een bank. Een ontwerp-koopakte was al opge maakt. De bank wilde het slopen en het perceel benutten voor nieuwbouw. Daarvoor was een bestemmingsplanwijziging nodig die burgemeester en wethouders aanvankelijk weigerden. Veel later kwamen burgemeester en wethouders tot het inzicht dat deze wijziging niet geweigerd kon worden. Zij willigden het verzoek in, waarna het echtpaar het tegen de weigering ingestelde beroep introk. Vervolgens liet de bank echter weten geen belangstelling meer te hebben voor het pand.

De vraag was nu: kan in een civiele procedure onder bepaalde omstandigheden een beschikking worden getoetst, ondanks het feit dat een daartegen ingesteld beroep bij de bestuursrechter is ingetrokken?

De Hoge Raad kwam tot het volgende oordeel:

'De aan het beginsel van de formele rechtskracht verbonden bezwaren kunnen door bijzondere omstandigheden zo klemmend worden dat op dit beginsel een uitzondering moet worden gemaakt. Van zodanige uitzondering kan met name sprake zijn wanneer de burger en het overheidslichaam het er over eens zijn dat de door een orgaan van het overheidslichaam genomen beschikking onrechtmatig was. Daartoe is voldoende dat de burger zich op het standpunt stelt dat van onrechtmatigheid sprake is en hij uit de verklaringen en gedragingen van het overheidslichaam begrijpt en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mag begrijpen dat het overheidslichaam die onrechtmatigheid erkent, zodat op dit punt geen geschil bestaat dat voor beslissing door een administratieve rechter in aanmerking komt.'

Daarmee is de leer van de formele rechtskracht enigszins versoepeld. De Hoge Raad dwingt niet, dat steeds een procedure bij de bestuursrechter moet worden doorgezet, met name dus niet wanneer de overheid de onrechtmatigheid van een besluit erkent. Niettemin leert het tweetal hiervoor genoemde arresten dat het intrekken van een ingesteld beroep steeds zorgvuldig moet worden overwogen in het licht van de effecten op eventuele schadevergoeding. Daarbij komt dat erkenning van onrechtmatigheid waarschijnlijk slechts dan een uitzondering op de formele rechtskracht met zich brengt, als die binnen de bezwaar- en beroepstermijn heeft plaatsgevonden en de burger daarop afgaande van het instellen van bezwaar en beroep heeft afgezien. Aldus in ieder geval het Haagse Hof in het Maple Tree-arrest dat hierna nog ter sprake komt (de Hoge Raad kwam in zijn arrest aan die kwestie niet toe) en rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (zie bijvoorbeeld ABRvS 25 maart 2003, AB 2004, 81).

Belanghebbende kan niet worden aangerekend dat hij niet in bezwaar of beroep is gegaan In het arrest Ekro-Staat (HR 11 november 1988, AB 1989, 81 (m.nt. F.H. van der Burg), NJ 1990, 563, Gst. 6875 (m.nt. L.J.A. Damen)) werd ook een uitzondering aanwezig geacht. In geschil waren bepaalde aan Ekro BV in rekening gebrachte keurlonen in verband met door de Veterinaire Dienst van het Ministerie van Landbouw en Visserij verrichte keuringen. Betrof het hier nu bij de bestuursrechter beroepbare besluiten of niet? In de door Ekro BV aangespannen procedure beriep de staat zich op het feit, dat de rechtsgang bij de bestuursrechter had opengestaan en ten onrechte niet benut was. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

'dat de Staat in een groot aantal tegen hem aanhangig gemaakte procedures waarbij de vraag aan de orde was of bepaalde rijkskeurlonen onverschuldigd waren betaald en bij een groot aantal sedertdien door hem met exportslachters getroffen regelingen waarbij dezelfde vraag een rol speelde, zich er 'nimmer' op heeft beroepen dat de desbetreffende facturen als beschikkingen in de zin van de Wet Arob dienden te worden aangemerkt. In deze vaststelling en met name in het gebruik van het woord 'nimmer' ligt besloten dat de Staat, zoals door Ekro in hoger beroep was gesteld, zich voor het eerst jegens Ekro erop heeft beroepen dat de facturen beschikkingen waren en aldus is afgeweken van de tot dusverre door hem

in een groot aantal gevallen gevolgdde beleidslijn de geschillen op privaatrechtelijke basis af te wikkelen.

Voorts valt op te merken dat er ten aanzien van de mogelijkheden van bezwaar en beroep met betrekking tot de op grond van de Veewet geheven keurlonen een ondoorzichtige situatie bestaat (...).

Gelet op een en ander is er hier plaats voor een uitzondering op evenbedoeld beginsel. Niet kan worden aanvaard dat de Staat, die in de op dit punt ondoorzichtige juridische situatie in een groot aantal gevallen tegenover de betrokken bedrijven het vaste beleid voerde dat niet een beroep werd gedaan op het beschikkingskarakter van de onderhavige heffingen van keurlonen, in een door één bedrijf aangespannen procedure zonder grond van die beleidslijn zou kunnen afwijken (...).'

Ook in dit arrest ziet men, dat de Hoge Raad geen ruimte laat voor de overheid om, langs de weg van het uitbuiten van veranderingen in het systeem van rechtsbescherming, partijen in hun rechten te beknotten. Zowel bij Heesch-Van de Akker, als bij Ekro-Staat wordt het Arob-procesrecht ingeroepen om processuele rechten te beknotten, terwijl de betrokken overheid er kort voordien alles aan heeft gedaan om de indruk te wekken, dat de burgerlijke rechter competent zou zijn. Zie in dit verband de hiervoor onder b genoemde tweede overweging uit het arrest Heesch-Van de Akker. Ook een situatie dat een verandering in de lijn van de rechtspraak het mogelijk maakt bestuursrechtelijk tegen een overheidsbesluit te procederen, waar dat volgens de lijn van de rechtspraak eerder niet kon, kan aanleiding geven een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht aan te nemen, zoals het DNB-arrest van de Hoge Raad van 23 februari 2007, *NJ* 2007, 503 en *JB* 2007, 66 (m.nt. G.E. van Maanen) leert. De Nederlandsche Bank weigerde een voor de benoeming tot bankdirecteur benodigde verklaring van geen bezwaar af te geven. Degene die daardoor de benoeming misliep, kon volgens eerdere (zogenaamde 'afgeleid belang')-rechtspraak van de bestuursrechter zelf niet tegen zo'n weigering opkomen, doch alleen de bankinstelling waaraan de weigering was gericht. DNB liet de afgewezen bankdirecteur ook in de waan, terwijl de rechtspraak van de bevoegde bestuursrechter (het College van Beroep voor het bedrijfsleven) met betrekking tot de vraag wie als belanghebbenden bij een dergelijk besluit kunnen worden beschouwd was versoepeld, zodat de afgewezen bankdirecteur tegen de afwijzing wel bestuursrechtelijk had kunnen procederen. In een door deze bij de burgerlijke rechter aangespannen onrechtmatige-daadsactie beriep DNB zich vervolgens zonder succes op de leer van de formele rechtskracht. De gewezen bankdirecteur kon naar het oordeel van de Hoge Raad niet worden verweten de bestuursrechtelijke rechtsgang niet te hebben benut! Een vergelijkbare benadering is aan te treffen in het arrest van de Hoge Raad inzake Gasunie-Barneveld van 13 juli 2007, *NJ* 2007, 504. Gasunie had niet de mogelijkheid benut bestuursrechtelijk op te komen tegen een met een ontheffing van het verbod om boven een gasleiding te bouwen verleende bouwvergunning die haar schade berokkende: zij moest daardoor haar leidingen verleggen. Gasunie vorderde de daarmee gepaard gaande schade bij de burgerlijke rechter. Het verweer van de gemeente Barneveld, gebaseerd op het beginsel van de formele rechtskracht werd in deze zaak gepasseerd, omdat de gemeente een bestemmingsplanvoorschrift dat haar verplicht had Gasunie als leidingbeheerder voor de afgifte van de ontheffing te informeren, niet was nagekomen. Ook in dit geval ziet men terug dat als de overheid een burger of bedrijf in alle redelijkheid geen verwijt ervan kan maken, dat deze bestuursrechtelijke rechtsgang niet heeft benut een uit-

zondering op de leer van de formele rechtskracht wordt aanvaard. Daarbij verdient wel opmerking dat zo'n uitzondering niet snel wordt aangenomen. Zo wordt zij niet aanvaard, wanneer het bestuursorgaan verzuimt om onder het besluit de bestuursrechtelijke rechtsgang aan te geven, hoewel de Algemene wet bestuursrecht het bestuursorgaan daartoe verplicht. De burger moet dus wel waakzaam zijn! Ook in situaties dat een burger niet opkomt tegen een belastingheffing en later in een procedure van een andere belastingplichtige blijkt dat die heffing is gebaseerd op onverbindende regelgeving, wordt de burger gehouden aan het beginsel van de formele rechtskracht: zie het Vulhoparrest van de Hoge Raad 16 oktober 1992, AB 1993, 40 (m.nt. F.H. van der Burg). Daartegenover staat dat een burger wel rechtstreeks tegen onverbindende regelgeving bij de burgerlijke rechter kan procederen, als de bestuursrechtelijke weg een omslachtige is om die onverbindendheid te laten vaststellen: aangenomen moet worden dat hij ook geen strafvervolgning behoeft te riskeren. Dan worden andere wegen dan een rechtstreekse actie bij de burgerlijke rechter te belastend. Zie in dit verband het arrest Leenders-Ubbergen (HR 11 oktober 1996, AB 1997, 1 (m.nt. Th.G. Drupsteen), NJ 1997, 165 (m.nt. M. Scheltema)). De Hoge Raad overwoog:

Indien de burger een algemeen verbindend voorschrift onverbindend acht en daarom het inroepen en handhaven ervan jegens hem onrechtmatig acht, brengen de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid mee dat hij het geschil omtrent de verbindendheid van het voorschrift aan de rechter moet kunnen voorleggen. Zolang de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen – hetgeen destijds, ingevolge artikel 2 van de hier toepasselijke Wet Arob niet het geval was en thans, zolang artikel 8:2 Awb nog niet is vervallen, evenmin het geval is – moet die burger de vraag of het voorschrift verbindend is, in beginsel door middel van een vordering gegrond op onrechtmatig overheidsoptreden kunnen voorleggen aan de burgerlijke rechter.

Dit laatste wordt niet anders doordat, indien de burger zonder een vereiste vergunning handelt en tegen hem – aangenomen dat handelen zonder vergunning strafbaar is gesteld – een strafvervolgning wordt ingesteld of bestuursdwang wordt toegepast, de verbindendheid van de desbetreffende regeling kan worden getoetst in een procedure voor de strafrechter resp. de bestuursrechter. Niet kan immers van de burger worden verlangd dat hij, hoezeer ook ervan overtuigd dat de regeling onverbindend is, het op een strafvervolgning of toepassing van bestuursdwang laat aankomen om die onverbindendheid in rechte te doen vaststellen.

Evenmin kan in voormelde situatie van de burger worden gevergd dat hij, uitsluitend teneinde de vraag of de regeling onverbindend is aan het oordeel van de rechter te kunnen onderwerpen, de vergunning voorzover nodig en onder aantekening van zijn zienswijze omtrent de verbindendheid van de regeling aanvraagt, vervolgens tegen de beschikking waarbij de vergunning wordt verleend, een bezwaarschrift indient en zonodig tegen de beslissing daarop beroep instelt bij de bestuursrechter. Met het oog op een doeltreffende, waarborgen tegen misverstanden biedende regeling van rechtsbescherming tegen de overheid moet worden aangenomen dat ook het openstaan van deze weinig voor de hand liggende weg blokkering van de toegang tot de burgerlijke rechter niet kan rechtvaardigen. Dit brengt mee dat deze toegang ook openblijft wanneer de burger – zoals hier – slechts de eerste stadia van voormelde weg heeft afgelegd, dat wil zeggen desgevraagd een vergunning heeft gekregen en een bezwaarschrift heeft ingediend, maar zich nadien in plaats van deze weg te vervolgen tot de burgerlijke rechter wendt teneinde deze voormelde vraag te doen beslissen. Daarom kan in een dergelijk geval, ook indien er van zou moeten worden uitgegaan dat de formele rechtskracht van de beschikking waarbij de vergunning is verleend, zich mede uitstrekt tot het oordeel van de verlenende instantie dat de betreffende regeling verbindend is, niet worden aanvaard dat de burgerlijke rechter in het in voege als voormeld door de burger tegen de overheid aangespannen geding op grond van die formele rechtskracht aan dat oordeel van de overheid is gebonden.'

Wel ligt het in de rede, dat de burgerlijke rechter zich aansluit bij het oordeel dat de bestuursrechter over de verbindendheid van de algemeen verbindende voorschriften heeft gegeven: de burger kan, als de bestuursrechter in hoogste instantie de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft getoetst en het voorschrift verbindend heeft geoordeeld, niet met succes een procedure op grond van de onrechtmatigheid van die regelgeving bij de burgerlijke rechter entameren (HR 17 december 2004, AB 2006, 17, OZB/Staat). Hier zijn we weer teruggekeerd bij het uitgangspunt dat mede aan het beginsel van de formele rechtskracht ten grondslag ligt: de burgerlijke rechter treedt in geschillen tussen burger en overheid als restrechter op en respecteert zoveel mogelijk de rechtsmacht van de bestuursrechter.

Dat laatste blijkt ook in de situatie dat een burger of bedrijf bij de burgerlijke rechter tracht schadevergoeding te verkrijgen op grond van de stelling dat een inmiddels onaantastbaar geworden besluit hem onevenredige schade toebrengt. Uitgaande van de leer van de formele rechtskracht is dan geen geslaagde vordering bij de burgerlijke rechter mogelijk, zie de noot van Van Buuren bij het Varkensmestersarrest over het égalitébeginsel in dit boek (nr.), meer in het bijzonder het daar besproken Pannenkoekenhuis Kabouter arrest uit 2002: in die situatie wordt dus geen uitzondering op de leer van de formele rechtskracht aanvaard. Wel kan de burger trachten via de weg van een zelfstandig schadebesluit vergoeding van zijn onevenredige schade langs bestuursrechtelijke weg te verkrijgen.

In de hier besproken uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht werd steeds een uitzondering gemaakt voor een individueel geval. In de zaak Groningen-Raatgever (zie nr. 33 in deze bundel) werd een gehele categorie van gevallen uitgezonderd.

Invloed Europees recht?

Is hantering van het beginsel van formele rechtskracht strijdig met het gemeenschapsrecht, omdat het doortrekken ervan in zaken waarop het gemeenschapsrecht van toepassing is, kan meebrengen dat de rechter een schadevordering afwijst, hoewel in strijd met het gemeenschapsrecht is gehandeld?

Deze vraag kwam aan de orde in het arrest van de Hoge Raad inzake Maple Tree van 24 januari 2003, AB 2003, 120. De casus is verwant aan die in het Vulhoparrest: in dit geval hadden exploitanten van speelautomaten jarenlang ten onrechte (want in strijd met een EU-Richtlijn) omzetbelasting betaald, zoals bleek uit een arrest van het Luxemburgse Hof van Justitie van 5 mei 1994 in de zaak Glawe. Omdat de bezwaar- en beroepstermijnen al verstreken waren, lukte het niet de te veel betaalde belasting via een procedure bij de bevoegde bestuursrechter (in dit geval de belastingrechter) terug te krijgen, waarna Maple Tree het bij de burgerlijke rechter probeerde met vorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat de toepassing van bezwaar- en beroepstermijnen niet in strijd is met het gemeenschapsrecht, omdat de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt. Met andere woorden: door de belastingplichtige te houden aan de fatale bezwaar- en beroepstermijnen wordt het in het gemeenschapsrecht geldende doeltreffendheidsbeginsel niet geschonden.

Het is niet waarschijnlijk dat dit oordeel Europeesrechtelijk niet door de beugel kan: Maple Tree had immers zelf kunnen bewerkstelligen dat men de omzetbelasting niet verschuldigd was geweest door daartegen tijdig te procederen. Toch blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat er casusposities denkbaar zijn, waarbij

het vasthouden aan de leer van de formele rechtskracht niet door de beugel kan. In de uitspraak van het Hof van Justitie van 8 maart 2001 inzake Metallgesellschaft (zie onder meer SEW 2002, p. 154) had de belastingplichtige de mogelijkheid gehad om een vrijstelling te vragen van een op grond van het nationale recht verschuldigde belasting die in strijd was met het gemeenschapsrecht en in die vrijstellingsprocedure langs bestuursrechtelijke weg de onverschuldigdheid van die belasting kunnen laten vaststellen. Het betoog zou er dan op neer moeten komen dat de belastingplicht in strijd is/was met het gemeenschapsrecht en de vrijstelling dus niet nodig was en derhalve in feite onverplicht gevraagd. Uit het arrest van het Hof van Justitie blijkt dat die omslachtige weg niet aan vordering tot schadevergoeding in de weg mag worden gelegd, wil een lidstaat het doeltreffendheidsbeginsel niet schenden.

In lijn hiermee kent de rechtspraak van het Hof van Justitie geen leer van de formele rechtskracht, een schadevordering tegen een handeling die men in een andere rechtsgang had kunnen aanvechten is wel ontvankelijk en er is geen fictie van rechtmatigheid. Dat neemt niet weg, dat het Hof wel rekening houdt met het ongebruikt laten van de andere rechtsgang bij het bepalen van de omvang van de schade, indien de onrechtmatigheid van de handeling wordt vastgesteld in de aansprakelijkheidsprocedure. Betrokkene wordt dan verweten zijn schade onvoldoende te hebben beperkt. Verwezen wordt naar de noot onder Brasserie du Pêcheur en Factortame, zie nr. 27 in deze bundel. We zagen hiervoor dat zo'n systeem ook voor ons nationale recht wordt bepleit, onder meer door de VAR-commissie Rechtsbescherming.

Een soort van verzachting van de leer van de formele rechtskracht ligt besloten in de beroemde Nederlandse zaak Kühne & Heitz. Als de burger wel in bezwaar en beroep komt tot en met de hoogste nationale rechter (dus anders dan in Maple Tree het geval was!) en deze een uitspraak doet, waarvan later uit een uitspraak van het Hof van Justitie in een andere zaak blijkt dat deze in strijd is met het gemeenschapsrecht, dient het bestuursorgaan als het bestuursrecht de mogelijkheid biedt om op het eerdere besluit terug te komen (zie in dat verband art. 4:6 Awb) dat in zo'n geval te doen, ondanks het feit dat zijn eerder besluit dus in de eerste procedure onherroepelijk is geworden, aldus het Hof van Justitie in zijn arrest van 13 januari 2004, AB 2004, 58. Zie hierover uitgebreid de noot van Widdershoven over dat arrest, nr. 37 in deze bundel. In wezen is dat een toepassing van de ook nationaal bij de leer van de formele rechtskracht geldende uitzondering dat het onherroepelijk zijn van een bestuursrechtelijk besluit de burger niet kan worden tegengeworpen als hem geen verwijt treft. Hier heeft de burger die rechtsgang tot en met de hoogste instantie benut, alleen heeft deze hoogste rechter ten onrechte geen prejudiciële vragen gesteld en een met het gemeenschapsrecht strijdige uitspraak gedaan. Of de rechtspraak in deze situatie ook een doorbreking van de leer van de formele rechtskracht mogelijk zou achten, is niet zeker: de zaak was bestuursrechtelijk dus te redresseren door een nieuw besluit. Maar in situaties dat die weg er niet is, bijvoorbeeld omdat de rechten van derden zich tegen intrekking van een inmiddels onherroepelijke beschikking verzetten is het aanvaarden van een uitzondering op de leer, omdat de bestuursrechter het gemeenschapsrecht niet goed heeft toegepast en de burger daarvan geen verwijt valt te maken (met name doordat hij daarover tot en met de hoogste bestuursrechtelijke instantie heeft geprocedeerd) wel zeer waarschijnlijk, omdat anders de vereisten van effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht geweld zou worden aange-

daan. (Zie over deze problematiek onder meer A.A. van Rossum en M.D. Hes, 'Overheidsaansprakelijkheid en formele rechtskracht, mede gezien vanuit Europeesrechtelijk perspectief', in: *Aspecten van aansprakelijkheid*, onder redactie van P.F.A. Bierbooms, H. Pasman en G.M.F. Snijders, Den Haag 2005 en 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: *Europees recht effectueren*, onder redactie van T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, Deventer: Kluwer 2006).

Ten slotte zou ook het *Köbler*-arrest van het Hof van Justitie van 30 december 2003, AB 2004, 429 (m.nt. R.J.G.M. Widdershoven) als een nuancering van de leer van de formele rechtskracht kunnen worden gezien. De Staat kan aansprakelijk zijn voor een klaarblijkelijke schending van het gemeenschapsrecht. Deze uitspraak, die alleen voor uitzonderlijke situaties praktische betekenis heeft, houdt in dat een evidente schending van het gemeenschapsrecht door de hoogste rechter, waaronder ook de bestuursrechter, tot staatsaansprakelijkheid voor die onrechtmatige rechtspraak kan leiden (zie ook hier *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame*, nr. 27 in deze bundel).

Ook het EHRM heeft in een Franse zaak (EHRM 16 april 2002, AB 2004, 75 (*Dangeville t. Frankrijk*)) een vergelijkbare nuancering op het bestaan van fatale termijnen in het bestuursrecht aanvaard. Het vasthouden aan de leer van de formele rechtskracht door de Conseil d'Etat (de Franse Raad van State) in een situatie dat de Franse overheid richtlijnen van de EU niet had geïmplementeerd en in strijd met het gemeenschapsrecht belastingen had geïncasseerd wordt gekwalificeerd als een niet proportionele inbreuk op het in art. 1 lid 1 van het Protocol behorend bij het EVRM vastgelegde eigendomsrecht van de belastingplichtige. Ook hier hebben we te maken met een uitzonderlijke casus en is het goed denkbaar dat onze nationale rechter via de weg van de mogelijkheid om een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht te aanvaarden tot eenzelfde resultaat was gekomen.

Concluderend: Europees recht heeft tot dusver weliswaar enige nuanceringen op de leer van de formele rechtskracht gebracht, doch als zodanig staat zij nog overeind. In verreweg de meeste gevallen, waarin bestuursrechtelijk appellabele besluiten onaanvaardbaar zijn geworden, slaagt het verweer van de overheid gebaseerd op de leer van de formele rechtskracht, wanneer de burger in weerwil van het onherroepelijk worden van dat besluit een schadevordering instelt.

11.7. Tegen wie heeft een besluit formele rechtskracht?

Een besluit heeft formele rechtskracht wanneer daartegen een met voldoende waarborgen omklede beroepsmogelijkheid heeft opengestaan en de termijn voor het instellen van beroep is verstreken zonder dat die mogelijkheid is gebruikt. De Hoge Raad gebruikt in Heesch-Van de Akker en in latere arresten over de formele rechtskracht de lijdende vorm (zo deze beroepsgang niet is gebruikt), maar welke personen moeten (tijdig) gebruikmaken van de gegeven beroepsmogelijkheid? In de zaak gemeente Utrecht-Budinovski e.a. oordeelde het gerechtshof Amsterdam dat een ontruimingsbevel van B&W van Utrecht geen formele rechtskracht had tegen Budinovski omdat dit ontruimingsbevel niet mede tegen hem was gericht. Het ontruimingsbevel had volgens het gerechtshof alleen formele rechtskracht tegen de bewoners die wel

uitdrukkelijk waren aangeschreven. Met andere woorden formele rechtskracht is een relatief begrip. Een besluit kan formele rechtskracht hebben tegen A en niet tegen B. Deze opvatting werd door de Hoge Raad afgewezen (HR 8 september 1995, AB 1996, 57 (m.nt. Th.G. Drupsteen) onder nr. 58, NJ 1997, 159 (m.nt. M. Scheltema)). De leer van de formele rechtskracht zo zei de Hoge Raad:

'berust op de gedachte dat een doelmatige taakverdeling tussen de administratieve rechter en de burgerlijke rechter geboden is. De beperking die gelegen is in de door het hof gehanteerde maatstaf, strookt niet met die gedachte. Wanneer anderen dan degene, tegen wie een beschikking is gericht, het rechtens vereiste belang hebben om gebruik te kunnen maken van een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang, brengt de wenselijkheid van een doelmatige taakverdeling als voren bedoeld mee dat ook ten aanzien van hen in beginsel dient te worden uitgegaan van de formele rechtskracht van de beschikking indien zij die rechtsgang niet hebben benut.'

Het beginsel van de formele rechtskracht wordt echter niet doorgetrokken ten opzichte van hen die ten tijde van de bezwaar- of beroepstermijn niet beroepsgerechtigd waren: zie bijvoorbeeld HR 3 februari 2006, AB 2006, 225; een belangenorganisatie als het Nederlands Comité voor de Mensenrechten kan niet opkomen tegen aan asielzoekers gerichte individuele beschikkingen tot weigering van verblijfsvergunningen. Als zij de verbindendheid van een algemene regeling wil aanvechten, waarop zulke besluiten zijn gebaseerd, kan zij een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad instellen bij de burgerlijke rechter en wordt haar aldus rechtsbescherming geboden langs civielrechtelijke weg, omdat zij dus geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft.

Ook verzet de leer van de formele rechtskracht zich niet tegen een vordering waarin de eiser, uitgaande van de rechtmatigheid van een besluit, de Staat (of een ander overheidslichaam) uit hoofde van onrechtmatigheid aansprakelijk stelt op grond van vóór dat besluit gegeven onjuiste of onvolledige inlichtingen (De Staat-Van Bente, HR 7 december 1994, AB 1996, 125 (m.nt. B.J.P.G. Roozendaal). Vgl. ook het arrest Vroom en Dreesman-Groningen ook wel aangeduid als arrest Superdoo (HR 22 november 1985, AB 1986, 245 (m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij), NJ 1986, 722 (m.nt. M. Scheltema), BR 1986, p. 225 (m.nt. N.S.J. Koeman)). Maar hier doen zich lastige afgrenzingsvragen voor: als een mededeling of inlichting ten opzichte van een besluit geen zelfstandig karakter heeft, moet men de bestuursrechtelijke rechtsgang wel benutten om niet met een geslaagd beroep op formele rechtskracht te worden geconfronteerd, zoals bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 9 september 2005, AB 2006, 286 inzake Kuypers-Valkenswaard leert. Vooral als de inlichting of mededeling inhoudelijk overeenstemt met het besluit zal dat het geval zijn, omdat men anders een weg naar de burgerlijke rechter mogelijk maakt tegen inhoudelijke oordelen, waartegen men volgens de door de wetgever voorziene rechtsmachtverdeling bij de bestuursrechter moet opkomen.

J.E.M. Polak (dit is een bewerking van een eerdere noot van J.B.J.M. ten Berge)