



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief

Loon, O. van

Citation

Loon, O. van. (2014, December 4). *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief*. Meijers-reeks. Boom Juridische Uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/29936>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/29936>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/29936> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Loon, Olaf van

Title: Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief

Issue Date: 2014-12-04

3.1 ALGEMEEN

3.1.1 *Inleidende opmerkingen*

Zoals ik in het vorige hoofdstuk al opmerkte, kent de Nederlandse rechterlijke organisatie een ruime sortering van met rechtspraak belaste instanties, die beschikken over een door de (grond)wetgever toegekende uitputtende en exclusieve bevoegdheid. Toch komt het voor dat een bepaald geschil raakvlakken heeft met rechtsgebieden die tot verschillende bevoegdheidsgebieden behoren. Welke betekenis een uitspraak van een collega-rechterlijke instantie heeft of zou moeten hebben voor een rechterlijke instantie, is het onderwerp van dit proefschrift. Als eerste komt de verhouding tussen de civiele rechter en bestuursrechter aan de orde. Niet zozeer, omdat deze verhouding belangrijker is dan de anderen, maar uit praktische overwegingen. De wijze waarop de Hoge Raad zich als strafrechter heeft gepositioneerd ten opzichte van de bestuursrechter is namelijk op zijn minst geïnspireerd door de wijze waarop hij de verhouding van de civiele rechter tot de bestuursrechter heeft vormgegeven.

3.1.2 *Rechtsmacht civiele rechter: fundamentum petendi of objectum litis?*

De absolute bevoegdheid van de civiele rechter is neergelegd in artikel 112, eerste lid, van de Grondwet. Ingevolge deze bepaling is aan de rechterlijke macht de berechting opgedragen van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Bij eerste lezing is deze definitie zowel uitgebreid als beperkt te noemen. Uitgebreid, omdat zij geen beperkingen stelt aan de aard en omvang van het geschil, behalve dat het moet gaan om burgerlijke rechten en schuldvorderingen. Beperkt, omdat zij naar de letter alle geschillen uit andere rechtsbetrekkingen uitzondert. Bij de beoordeling of een geschil bestaat, als bedoeld in artikel 112, eerste lid, van de Grondwet, worden van oudsher twee benaderingswijzen onderscheiden: de leer van het *fundamentum petendi* en die van het *objectum litis*.¹

1 Zie hierover ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1147-1153, en Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers, p. 831-834.

3.1.2.1 Fundamentum petendi

Deze benaderingswijze houdt in dat voor de beantwoording van de vraag of een geschil bestaat over een burgerlijk recht of een schuldvordering, de aard van de uitgeoefende bevoegdheid waartegen de rechtzoekende opkomt bepalend is. Indien de rechtzoekende opkomt tegen de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, bestaat geen geschil over een burgerlijk recht of een schuldvordering, ook niet als het bestuursorgaan er een civielrechtelijke vermomming aan heeft gegeven door zijn handelen – bijvoorbeeld – in de vorm van een overeenkomst te gieten, dan wel als de rechtzoekende zich op het standpunt stelt dat het niet naleven van publiekrechtelijke voorschriften jegens hem als een onrechtmatige daad heeft te gelden. Ten Berge heeft over het hierna te bespreken arrest Guldemond – Noordwijkerhout opgemerkt dat de leer van het *fundamentum petendi* een overblijfsel is van het in de Franse tijd geldende *conflictenstelsel*, waarmee weliswaar beoogd was te breken, maar waarin de wetgever en de Hoge Raad in elk geval tot voormeld arrest geen eenduidige koers wisten aan te houden.²

3.1.2.2 Objectum litis

De leer van het *objectum litis* houdt – kort gezegd – in dat voor de bevoegdheid van de civiele rechter slechts bepalend is in welk recht de rechtzoekende van het geding vraagt te worden beschermd: in zekere zin ‘u vraagt, wij draaien’, dus. Als de rechtzoekende stelt dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd, is de civiele rechter bevoegd van dat geschil kennis te nemen, ook indien de gestelde onrechtmatige daad is gepleegd door een bestuursorgaan in de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. Dat de civiele rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen, wil uiteraard niet zeggen dat de vordering voor toewijzing in aanmerking komt. Lange tijd was niet geheel duidelijk welke leer de Hoge Raad aanhing. Aan die onduidelijkheid kwam in 1915 met het arrest Guldemond – Noordwijkerhout evenwel een einde.

2 Ten Berge 2003-1, p. 14-23. Zie ook: Konijnenbelt 2009, p. 11-31. Zie voor een historisch perspectief: Versteeg, p. 3-28.

Kort de feiten. Guldemond was eigenaar van enkele percelen grond in de gemeente Noordwijkerhout waarop hij een vaarsloot had aangelegd, die een openbaar voetpad, het Harde Pad, doorsneed. Op zeker moment had de gemeente Noordwijkerhout in het kader van de op haar rustende taak te zorgen voor de bruikbaarheid van de openbare weg de vaarsloot gedempt op de punten waar deze het Harde Pad kruiste, om de publieke bestemming te herstellen. Guldemond kon zich daarmee niet verenigen en vorderde dat de gemeente zou stoppen met de werkzaamheden en dat hij gemachtigd zou worden het reeds gestorte zand te (laten) verwijderen. Na enkele, ook voor die tijd al historische overwegingen, oordeelt de Hoge Raad als volgt:

‘dat uit een en ander valt af te leiden, dat ook in artikel 2 R.O. de uitsluitende bevoegdheid van de rechterlijke macht is afhankelijk gesteld van het voorwerp van het geschil, dat is van het recht waarin de aanlegger vraagt te worden beschermd, en niet van den aard van het recht waarop de verweerder zijn verweer grondt; [...] dat derhalve, nu Guldemond beweert recht te hebben op het rustig en ongestoord genot van de door hem bezeten vaarsloot en de gemeente Noordwijkerhout de uitoefening daarvan belemmert of onmogelijk maakt, zeker aanwezig is een geschil als bedoeld in artikel 2 R.O.

Overwegende, dat dit geschil het bezit van de vaarsloot tot voorwerp heeft, al mochten ook de daden waardoor die belemmering plaats vond, door het Gemeentebestuur van Noordwijkerhout ter uitvoering van artikel 179h der Gemeentewet zijn ondernomen en al wordt het bezit op zichzelf door dat Bestuur niet ontkend;

Overwegende, dat bezit is een burgerlijk recht, zoodat de rechterlijke macht uitsluitend bevoegd is van dit geschil kennis te nemen en daarin eene beslissing te geven.’³

Zo er nog enige twijfel mocht bestaan dat de Hoge Raad hiermee bedoelde de leer van het *fundamentum petendi* te verwerpen, dan blijkt die bedoeling uit het arrest Alkmaar – Noord-Holland, waarin de Hoge Raad, na eerst voormelde overweging uit Guldemond – Noordwijkerhout te hebben herhaald, overweegt:

‘... dat derhalve die bevoegdheid moet worden beoordeeld naar den aard van de door den aanlegger gestelde rechtsverhouding en niet naar den aard van de werkelijk bestaande rechtsverhouding.’⁴

Kort gezegd, de (civiele) rechter acht zich bevoegd van een aan hem voorgelegd geschil kennis te nemen, indien de rechtzoekende zijn vordering maar civiel-

3 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407.

4 HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944/45, p. 598.

rechtelijk inkleedt.⁵ Ik heb civiele niet zonder reden tussen haakjes geplaatst. In de tijd dat voormelde jurisprudentie werd gevormd, was het niet zozeer de vraag wélke rechter (civiele of bestuursrechter) bevoegd was, maar veel-
 eer óf er een rechter bevoegd was. Ofwel, of de berechting en beslechting van geschillen waarbij de overheid betrokken was wel bij uitsluiting was opgedragen aan de rechterlijke macht, dan wel of de administratie (overheid) geschillen aan de rechterlijke macht kon onttrekken.⁶ Sindsdien is het bestuursrecht (en daarmee ook de bestuursrechtspraak) tot wasdom gekomen, wat heeft geleid tot de mogelijkheid de berechting van geschillen, die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, niet alleen op te dragen aan de rechterlijke macht, maar ook aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren (zie artikel 112, tweede lid, van de Grondwet). Met de inwerkingtreding van de eerste fase herziening van de rechterlijke organisatie per 1 januari 1994 verviel artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie (oud) en kwam de bestuursrechtspraak tot volle wasdom. Vanaf dat moment is ook voor bestuursrechtelijke geschillen, zowel in eerste aanleg,

5 Toch lijkt de Hoge Raad wel enige grens te stellen, in het bijzonder waar het (het sluiten of niet nakomen van) politieke overeenkomsten betreft. Zie hierover nader: Ten Berge 2003-1, p. 19-20. Zie ook: Konijnenbelt 2009, p. 17-18. Ik laat deze jurisprudentie verder buiten beschouwing, maar merk wel op dat als er één rechtsgebied is waar rechtsbescherming door de bestuursrechter tekortschiet, het wel het kiesrecht is. Dit is ook bij de gemeenteraadsverkiezingen 2014 weer gebleken. De Kieswet stelt slechts beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak in eerste en enige aanleg open tegen besluiten met een min of meer formeel karakter, zoals de registratie van kiezer, de registratie van de aanduiding van politieke partijen, de geldigheid van ingeleverde kandidatenlijsten en de handhaving van daarop geplaatste kandidaten. Zie hiervoor nader: Dallinga. Indien gesteld wordt dat sprake is geweest van onregelmatigheden of fraude bij de verkiezingen, wordt daarover door de (Eerste of Tweede) Kamer der Staten-Generaal, Provinciale Staten, de gemeenteraad of het algemeen bestuur van het waterschap in de oude samenstelling beslist in het kader van de toelating van de nieuwe leden. Tegen het genomen besluit staat ingevolge artikel 8:4, vierde lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht geen beroep open. Dit was van oudsher het geval voor de verkiezingen voor de leden voor de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal, maar is nadien – om vooral pragmatische en systematische redenen – uitgebreid tot de verkiezingen voor de leden van de gemeenteraad en de leden van het algemeen bestuur van de waterschappen (zie bijvoorbeeld: ABRvS 28 januari 2009, AB 2009/62, m.nt. A. van Hall. De gang van zaken bij de deelraadverkiezingen in Amsterdam van 2002 en de waterschapsverkiezingen van 2004, die hebben geleid tot de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 maart 2002, Gst. 2002, 71622, m.nt. J. de Vries, respectievelijk 10 november 2004, AB 2004/426, m.nt. P.J. Stolk, en 28 januari 2005, AB 2005/250, m.nt. A. van Hall, doet mij de vraag rijzen of het zelfreinigend vermogen van de vertegenwoordigende lichamen zodanig is dat rechterlijk toezicht volledig gemist kan worden. Ook in het kader van de gemeenteraadsverkiezingen van maart 2014 is weer melding gemaakt van onregelmatigheden. Feit blijft dat, indien verkiezingsfraude wordt vermoed in een land waar de rechtstaat minder ontwikkeld is, wel beroep op een rechter mogelijk is, terwijl dat in Nederland niet het geval is. Daarbij laat ik in het midden welke waarde een rechterlijke uitspraak in die landen heeft; het gaat mij hier om het principe.

6 Zie voor een – beknopte – beschrijving van de situatie destijds: Ten Berge 2003-1, p. 15-16. Zie ook: Konijnenbelt 2009, p. 13-14, en Schlössels & Zijlstra, p. 1151.

als in hoger beroep, toegang tot een – zij het wellicht niet steeds tot de rechterlijke macht behorende – onafhankelijke rechter gewaarborgd. Sindsdien is de vraag niet zozeer óf een rechter bevoegd is, maar wélke: de civiele rechter of de bestuursrechter.⁷

Dit laat onverlet dat artikel 112, eerste lid, van de Grondwet aldus moet worden verstaan dat de tot de rechterlijke macht behorende gerechten steeds bevoegd zijn van alle geschillen kennis te nemen, of de grondslag daarvan nu gelegen is in een burgerlijk recht of schuldvordering, dan wel in de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, zoals Van Angeren met onder meer een verwijzing naar de geschiedenis van de totstandkoming van de thans geldende Grondwet uiteenzet.⁸ Van Angeren heeft daarbij niet (alleen) het oog op de civiele rechter, maar (ook) op de eerstelijnsbestuursrechter, voor zover deze deel uitmaakt van een rechtbank en daarmee behoort tot de rechterlijke macht. Aldus beschrijft hij de situatie na de inwerkingtreding van de eerste fase herziening van de rechterlijke organisatie; van een tegenstelling tussen de ontwikkeling van het bestuursrecht enerzijds en van het grondwettelijk stelsel anderzijds is geen sprake. De indeling in sectoren binnen de rechtbank is overigens een kwestie van interne organisatie: de Grondwet noch de Wet op de rechterlijke organisatie staat eraan in de weg dat een eerstelijnsbestuursrechter in de rechtbank van pet wisselt als hij van oordeel is dat het geschil thuishoort in de sector civiel of vice versa. Gelet op de korte (beroeps)termijnen in het bestuursrecht, ligt het voor de hand dat de rechtzoekende dan bij de bestuursrechter begint.

3.1.3 *Verhouding civiele rechter – bestuursrechter: fundamentum petendi of objectum litis?*

3.1.3.1 Inleidende opmerkingen

Bij de beantwoording van de vraag óf een rechter bevoegd is kennis te nemen van geschillen waarbij de overheid betrokken is, dan wel dat dergelijke geschillen aan de rechterlijke macht onttrokken zijn, was na Guldemond de rol van de leer van het *fundamentum petendi* en die van het *objectum litis* uitgespeeld. Dat wil echter niet zeggen dat deze leerstukken daarmee hun betekenis geheel hadden verloren. Met het tot wasdom komen van de bestuursrechtspraak rees de vraag naar de afbakening van de algemene bevoegdheid van de rechterlijke macht ten opzichte van die van de krachtens artikel 112, tweede lid, van de Grondwet aangewezen instanties, belast

7 Uit HR 29 november 2013, AB 2014/71, m.nt. C.N.J. Kortmann volgt dat de Hoge Raad nog steeds vasthoudt aan de *objectum-litisleer*: ook indien de wetgever de bestuursrechter exclusief bevoegd heeft verklaard, zoals bij een proceskostenveroordeling in de bestuursrechtelijke procedure, is de civiele rechter daarnaast bevoegd kennis te nemen van een schadevergoedingsactie. Hij zal de rechtzoekende dan evenwel in beginsel niet-ontvankelijk verklaren.

8 Van Angeren, p. 15-20.

met de berechting van geschillen die niet uit een burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan.⁹

Hoewel deze afbakeningsvraag zich ook zou kunnen voordoen tussen de bestuursrechters in de rechtbank en de krachtens artikel 112, tweede lid, van de Grondwet aangewezen bestuursrechterlijke instanties, die in eerste en enige aanleg rechtspreken, blijken die verhoudingen in de praktijk niet tot problemen te leiden. De verklaring daarvoor is dat de eerste en enige aanleginstanties ook de bestuursrechterlijke hogerberoepsinstanties zijn, zodat afbakeningsvragen tussen eerstelijnsbestuursrechters en eerste en enige aanleginstanties binnen de hoogste bestuursrechterlijke instanties kunnen worden opgelost. Op die verhouding ga ik in hoofdstuk 5 nader in. Afbakeningsvragen doen zich eigenlijk alleen voor in de verhouding tussen de civiele rechter enerzijds en de bestuursrechter anderzijds. Alvorens op deze verhouding in te gaan, volgen eerst enkele opmerkingen over de bevoegdheid van de bestuursrechter.

3.1.3.2 Absolute bevoegdheid bestuursrechter

Anders dan de civiele rechter beschikt de bestuursrechter niet over algemene (rest)rechtsmacht. Zoals ook volgt uit artikel 112, tweede lid, van de Grondwet is hij slechts bevoegd kennis te nemen van geschillen, indien de wetgever de berechting daarvan uitdrukkelijk aan hem opdraagt. Hoewel de wetgever daarbij voor zowel het *objectum litis*, als het *fundamentum petendi* (of combinaties ervan) had kunnen kiezen, heeft hij er tot nu toe steeds voor gekozen aan te sluiten bij de grondslag van het geschil, dan wel de aard van de uitgeoefende bevoegdheid, het *fundamentum petendi*. De aard van de bevoegdheid tegen de uitoefening waarvan de rechtzoekende opkomt, is derhalve bepalend voor het antwoord op de vraag of de bestuursrechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen. Als een bestuursrechter heeft vastgesteld dat hij bevoegd is een geschil te beslechten, is de volgende vraag of rechtsbescherming bestaat in één of twee instanties en welke hoogste rechterlijke instantie bevoegd is.

Overzichtelijke regeling

De wetgever heeft de bevoegdheid van de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties van oudsher overzichtelijk geregeld: de absolute bevoegdheid van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven was tot 1 januari 2013 geregeld in de (bijlagen bij de) Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en verschillende bijzondere wetten die deze instanties uitdrukkelijk aanwelen als bevoegde rechter voor (bepaalde) geschillen die uit de toepassing van die wetten voortvloeden. Thans is de absolute bevoegdheid geregeld in de

⁹ Ik laat hier de verhouding tussen de sectoren civiel en bestuursrecht binnen de rechtbank buiten beschouwing; zie hierover bijvoorbeeld: Van Angeren, p. 18-20.

Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak. Die regeling komt erop neer dat de Afdeling bestuursrechtspraak de hoogste instantie (in eerste en enige aanleg of hoger beroep) is voor alle geschillen waarvan de berechting niet is opgedragen aan één van de overige bestuursrechterlijke instanties. De bevoegdheidsverdeling is exclusief en uitputtend, zodat het niet mogelijk is dat meer dan één college tegelijkertijd in hoogste instantie bevoegd is (*positief competentiegeschil*), dan wel geen van de hoogste bestuursrechters bevoegd is, hoewel evident is dat het een bestuursrechtelijk geschil betreft (*negatief competentiegeschil*).

Competentiegeschillen opgelost

Mocht desalniettemin onduidelijkheid bestaan, dan worden – potentiële – competentiegeschillen doorgaans besproken in één van de informele, maar gestructureerde, overleggen tussen de verschillende hoogste bestuursrechterlijke instanties en wordt de uitkomst daarvan vervolgens geformaliseerd in een uitspraak waarin de ene instantie zich – bijvoorbeeld door middel van een zogenoemde *bloc de-competencedenering* – onbevoegd verklaart ten gunste van de andere instantie, die deze verwijzing vervolgens accepteert.¹⁰ In het uiterste geval is de Hoge Raad krachtens artikel 77, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wet op de rechterlijke organisatie bevoegd in eerste en enige aanleg een jurisdictiegeschil tussen de hoogste bestuursrechterlijke instanties te beslechten.¹¹ Op beide aspecten kom ik terug bij de bespreking van de verhouding bestuursrechter – bestuursrechter.

Voor zover de eerstelijnsbestuursrechtspraak is opgedragen aan (sectoren bestuursrecht van) de rechtbank, dan is de Hoge Raad niet krachtens artikel 77 van de Wet op de rechterlijke organisatie bij uitsluiting bevoegd om competentiegeschillen tussen de sectoren te beslechten. Zo van geschillen sprake is, zal ook daar doorgaans getracht worden deze in goed overleg (al dan niet met bemiddeling door het gerechtsbestuur) op te lossen. Mocht dat onverhoopt niet tot het gewenste resultaat leiden, dan biedt artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht de eerstelijnsbestuursrechter de mogelijkheid de zaak dwingend te verwijzen naar zijn collega's in de sector civiel, indien hij van oordeel is dat uitsluitend een vordering bij de civiele rechter kan worden ingesteld.¹²

10 Zie voor een overzicht van deze overleggen onder meer: Bekker & Van Kreveld, p. 291-312.

11 Ingevolge artikel 77, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet op de rechterlijke organisatie beslist de Hoge Raad ook in eerste en enige aanleg geschillen tussen een tot de rechterlijke macht behorend (rechtbank, gerechtshof, maar ook de Hoge Raad zelf) en een niet tot de rechterlijke macht behorend gerecht (Afdeling bestuursrechtspraak, Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven).

12 Artikel 8:71 van de Awb is ingevolge artikel 8:108 van die wet van overeenkomstige toepassing op de procedure in hoger beroep en ingevolge artikel 29 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen eveneens op het beroep in cassatie in belastingzaken.

Artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorziet in een vergelijkbare bevoegdheid voor de civiele rechter. Betoogd zou kunnen worden dat door het gebruik van de term orgaan in het tweede lid van deze bepaling, alleen een bestuursorgaan gebonden is aan de verwijzing door de civiele rechter. Zoals Van Mierlo in zijn commentaar bij artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft opgemerkt, is ‘aannemelijk dat met “orgaan” in dit artikel uitsluitend wordt bedoeld het bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht of het orgaan dat ingevolge artikel 1:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht als zodanig wordt aangemerkt’.¹³ Aangezien een bestuursrechter geen orgaan in deze zin is, zou dit tot gevolg hebben dat het de bestuursrechter vrijstaat zich alsnog onbevoegd te verklaren van de door de civiele rechter krachtens artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering naar hem verwezen zaak kennis te nemen en de zaak – maar dan wel dwingend – terug te wijzen naar de civiele rechter. Of, zoals Borman opmerkt in zijn commentaar bij artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht: ‘De tweede volzin betekent dus dat het eindoordeel over de rechterlijke competentie aan de bestuursrechter is, waardoor negatieve competentieconflicten worden voorkomen’.¹⁴

Mijns inziens is dit niet juist. Duidelijk moge zijn dat de wetgever met het opnemen van artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht en artikel 70 (voorheen: 86a) van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft beoogd een regeling te treffen om negatieve competentieconflicten te voorkomen, waarbij deze bepalingen elkaars spiegelbeeld vormen. In onder meer de tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel Voltooing eerste fase herziening rechterlijke organisatie is vermeld:

‘Ten derde moet zoals gezegd worden veiliggesteld dat negatieve competentieconflicten tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechter worden voorkomen. Dat betekent dat het oordeel van de burgerlijke rechter onderscheidenlijk de administratieve rechter bindend dient te zijn. Daarin wordt in het nieuwe artikel 86a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering onderscheidenlijk het nieuwe artikel 8.2.6.5a van de Awb voorzien’.¹⁵

Dat in artikel 70, tweede lid, tweede volzin, van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is vermeld dat ‘het orgaan waarbij alsnog bezwaar kan worden gemaakt of alsnog beroep kan worden ingesteld, [...] aan die beslissing [is, OvL] gebonden’ en niet ‘de bestuursrechter is aan die beslissing gebonden’ is mijns inziens goed verklaarbaar. Een rechtzoekende die zich tot de civiele rechter wendt, zal doorgaans immers daaraan voorafgaand niet eerst bezwaar hebben gemaakt of administratief beroep hebben ingesteld met het – al dan niet reële – risico dat de civiele rechter hem aan zijn keuze houdt. Gelet op de artikelen 7:1 en 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht, in hun

13 Van Mierlo.

14 Borman.

15 *Kamerstukken II 1992/93, 22 495, nr. 12, p. 67.*

onderlinge samenhang bezien, zal dat na verwijzing door de civiele rechter alsnog moeten gebeuren. Ik kan mij voorstellen dat de wetgever, door op deze wijze buiten twijfel te stellen dát bezwaar of administratief beroep kán worden ingesteld, gemeend heeft dat tegen het vervolgens genomen besluit op bezwaar of administratief beroep ook beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Dat is op zichzelf weliswaar juist, aangezien volgens vaste jurisprudentie tegen zodanige besluiten steeds beroep kan worden ingesteld, al was het maar om de bestuursrechter in staat te stellen te beoordelen of inderdaad de mogelijkheid van bezwaar of administratief beroep openstond, maar dat noopt er niet zonder meer toe dat de bestuursrechter zich vervolgens ook bevoegd acht inhoudelijk op het beroep te beslissen. De tekst van artikel 70, tweede lid, tweede volzin, van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering had dan ook duidelijker mogen zijn.

Uit de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters blijkt echter dat zij zonder meer aannemen dat de bestuursrechter in eerste aanleg aan een verwijzing door de civiele rechter gebonden is, ook als deze – naar het oordeel van die bestuursrechter – inhoudelijk onjuist is. Zo overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak in een – niet gepubliceerde, maar voor eenieder bij de Raad van State opvraagbare – uitspraak van 1 mei 2000 in zaak nr. 199901452/1 al:

‘Met artikel 96a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht is, blijkens de totstandkomingsgeschiedenis ervan, onder meer beoogd negatieve competentiegeschillen tussen de burgerlijke en de bestuursrechter te voorkomen. Daarom is er in voorzien, dat de burgerlijke rechter bij toepassing van artikel 96a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering een eindoordeel kan geven over de bevoegdheid van de bestuursrechter en de bestuursrechter bij toepassing van artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht een eindoordeel kan geven over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.

Evenals de rechtbank plaatst de Afdeling vraagtekens bij het oordeel van de kantonrechter, dat appellant in het onderhavige geval de administratieve rechtsgang had moeten volgen. Zij wijst in dit verband nog op haar uitspraak van 11 februari 1993 inzake R01.90.7291, aangehecht. Gelet op het bepaalde in artikel 96a, tweede lid, tweede volzin, van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft de rechtbank zich evenwel terecht aan het oordeel van de kantonrechter gebonden geacht.’

De Afdeling was vervolgens wel genoodzaakt zich uit te spreken over een geschil dat volgens haar eigen jurisprudentie tot de bevoegdheid van de civiele rechter behoort.¹⁶ Als het bestuursorgaan het geschil aan de bestuursrechter had willen onttrekken, dan had het hoger beroep moeten instellen tegen de verwijzingsuitspraak van de civiele rechter. Mij is geen jurisprudentie bekend, waarin een van de hoogste met bestuursrechtspraak belaste instanties zich in eerste en enige aanleg gebonden heeft geacht aan een ver-

16 Zie ook: CBB 9 april 2009, *Pf* 2009, 102, en F.J. van Ommeren in zijn noot onder HR 13 juli 2007, *AB* 2008/155.

wijzing door de civiele kamer van de rechtbank.¹⁷ Mocht het op een negatief competentieconflict tussen deze instanties aankomen, dan voorziet, zoals gezegd, artikel 77, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet op de rechterlijke organisatie in een regeling.

Zowel bij het van pet wisselen, als bij een verwijzing krachtens artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering of artikel 8:71 van de Algemene wet bestuursrecht moeten overigens de normale formaliteiten, zoals verplichte procesvertegenwoordiging, het uitbrengen van een dagvaarding of het indienen van een verzoekschrift en het betalen griffierecht, in acht worden genomen. Een pragmatische benadering van afbakeningsproblemen in de eerstelijnsrechtspraak is door de praktische hindernissen die ermee gepaard gaan wellicht te mooi om waar te zijn, maar mijns inziens niet minder nastrevenswaardig.

Of toch niet? – Gedeelde rechtsmacht

De overzichtelijke bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter enerzijds en de (hoogste) bestuursrechters anderzijds heeft het ontstaan van – doorgaans positieve – competentiegeschillen niet kunnen voorkomen. Eensdeels is de oorzaak van die competentiegeschillen gelegen in de ruime bevoegdheid die de civiele rechter zich op basis van de *objectum-litisleer* heeft aangemeten en die, in elk geval in potentie, ook alle geschillen omvat waarvan de wetgever de berechting heeft opgedragen aan de bestuursrechter. Zoals gezegd, is voor de bevoegdheid van de civiele rechter immers voldoende dat de rechtzoekende stelt dat het bestuursorgaan door het nemen van een besluit, dan wel het verrichten van een (al dan niet met een besluit gelijk te stellen) feitelijke handeling jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld.

Anderdeels kan de oorzaak worden gevonden in de bestendige uitbreiding van rechtsmacht door de (hoogste) bestuursrechters, waarbij deze zich niet alleen bevoegd achten kennis te nemen van beroepen tegen besluiten, maar – door introductie van het strategisch besluitbegrip – ook van beroepen tegen omwille van de rechtsbescherming met een besluit gelijk te stellen handelingen en – in het verleden – vorderingen tot schadevergoeding, voor zover de schade wordt veroorzaakt door een besluit, dan wel de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid.¹⁸ In het bijzonder met deze laatste uitbreiding heeft de bestuursrechter zich begeven op een terrein dat van oudsher toebehoorde aan de civiele rechter. Na het arrest Groningen-Raatgever is duidelijk dat de Hoge Raad bereid is rechtsmacht te delen

17 Zie voor een verwijzing krachtens artikel 8:71 van de Awb door de Afdeling bestuursrechtspraak, rechtsprekende in eerste en enige aanleg, naar de civiele rechter bijvoorbeeld: ABRvS 2 december 2009, AB 2010/179, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij en P. van Duijvenvoorde.

18 Hoewel ook dit laatste als een toepassing van het strategisch besluitbegrip zou kunnen worden gezien. Zie over het strategisch besluitbegrip ook: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 158-159 en 175-178, en Schreuder-Vlasblom 2013, p. 164-172, die overigens de term 'strategisch besluit' niet bezigt.

met zijn bestuursrechterlijke collega's, in zekere zin ter discretie van de rechtzoekende, maar dit laat onverlet dat met deze uitbreiding van rechtsmacht door de bestuursrechter ook nieuwe afbakeningsproblemen in het leven zijn geroepen.¹⁹

Het gevolg van deze ontwikkeling is dat, waar in de verhouding tussen de civiele rechter en bestuursrechter sprake is van raakvlakken, zij doorgaans ook rechtsmacht delen. Zoals eerder opgemerkt, versta ik hieronder dat meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, al dan niet in dezelfde partijconstellatie. Dit bergt niet alleen het theoretisch risico in zich van op zaakniveau met elkaar tegenstrijdige uitspraken. Zoals hierna zal blijken, komt het regelmatig voor dat het risico zich ook daadwerkelijk realiseert. Alvorens nader te bezien hoe de civiele en bestuursrechter hiermee omgaan, eerst enkele algemene opmerkingen over de verhouding tussen beide rechters.

3.1.4 *Bevoegdheid en ontoankelijkheid*

3.1.4.1 Inleidende opmerkingen

Zoals gezegd, acht de civiele rechter zich bevoegd kennis te nemen van alle geschillen, mits de eisende partij deze civielrechtelijk verpakt. Door het ruime toepassingsbereik ervan ligt de actie uit onrechtmatige daad als verpakking het meest voor de hand. De civiele rechter is – in potentie – daarmee ook bevoegd in alle gevallen waarvoor de wetgever uitdrukkelijk heeft voorzien in beroep op de bestuursrechter.²⁰ Dit betekent echter niet dat de civiele rechter zich ook in alle gevallen geroepen voelt een inhoudelijk oordeel te geven.

3.1.4.2 Terminologie

Uitgangspunt van de civiele rechter is dat, indien de wetgever voor een rechtzoekende een bijzondere (lees: bestuursrechtelijke) rechtsgang heeft opengesteld, hij deze ook moet gebruiken. Dit betreft niet alleen het geval dat de termijn voor het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen nog niet is verstreken, maar ook het geval dat het geschil op een later moment aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, bijvoorbeeld omdat nog een besluit moet worden genomen. Slaat de rechtzoekende de bestuursrechtelijke weg over en wendt hij zich direct tot de civiele rechter, dan zal deze hem als uitgangspunt niet in zijn vordering ontvangen.

19 Zie: HR 17 december 1999, AB 2000/89, m.nt. P.J.J. van Buuren, en Van Angeren, p. 209-211.

20 Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1147-1153.

Met Schutgens ben ik van mening dat uitsluitend in deze gevallen een niet-ontvankelijkverklaring aangewezen is.²¹ Dit brengt immers het duidelijkst tot uitdrukking dat de civiele rechter op dat moment (nog) geen taak voor zichzelf ziet weggelegd, maar sluit niet uit dat dat op een later moment wel het geval zou kunnen zijn.²² In alle andere gevallen, derhalve ook, indien een rechtzoekende een openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang niet gebruikt heeft, verdient een afwijzing van de vordering, met verwijzing naar de formele rechtskracht van het besluit, de voorkeur, waarmee het geschil definitief tot een einde komt en dat ook voor iedereen duidelijk is.²³

Dit leek overigens reeds besloten te liggen in het arrest inzake het Loosdrechtse Plassenschap, waarin de Hoge Raad rechtzoekenden in cassatie in hun vorderingen alsnog niet-ontvankelijk verklaarde, omdat voor hen nog een administratieve rechtsgang openstond. Alleen dan ontstaat het 'Drieluik van de afbakening burgerlijke rechter met de administratieve rechter' (bevoegdheid civiele rechter, niet-ontvankelijkheid rechtzoekenden in hun vordering, ongegrondheid/afwijzing van de vordering), dat in de woorden van Polak met het hierna nog te bespreken arrest Heesch-Van de Akker is voltooid.²⁴ De rechtspraak is evenwel niet geheel eenduidig. In zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 3 september 2004 merkt G.A. van der Veen op dat:

'de burgerlijke rechter [...] de met voldoende waarborgen omklede rechtsgang voornamelijk [lijkt, OvL] in te roepen wanneer eisers in kort geding een bepaald resultaat willen bewerkstelligen waarvoor zij nog een besluit kunnen vragen en dus nog een bestuursrechtelijk traject kunnen volgen. [...] Indien het daarentegen gaat om nakaarten over een reeds genomen besluit waarover bestuursrechtelijk geprocedeerd is of kon worden, blijft niet-ontvankelijkverklaring achterwege. Met voorbijgaan aan ontvankelijkheidsvragen luidt het oordeel dan dat het besluit formele rechtskracht heeft gekregen. Ook in dat geval blijft een inhoudelijke toets achterwege.'²⁵

21 Schutgens 2009, p. 27-29. Zie ook: Van der Veen 2009, p. 10-11, Mok & Tjittes, p. 393-394, en Van den Broek & Hoekveld, p. 4. Genuanceerder: Kortmann 2006, p. 188-193, die ook plaats ziet voor een niet-ontvankelijkheid bij het achterwege laten van het volgen van de bestuursrechtelijke weg, zij het slechts in die gevallen waarin de rechtzoekende bij de bestuursrechter hetzelfde had kunnen bereiken als waartoe zijn vordering bij de civiele rechter strekt. In vergelijkbare zin als Kortmann: Schlössels & Zijlstra, p. 306 en 1156-1157, en Ortlep 2011, p. 242-243.

22 Kortmann 2006, p. 188-193, merkt in dit verband terecht op dat niet-ontvankelijkverklaring in het geval nog een procedure loopt bij de bestuursrechter het onpraktische gevolg heeft dat de rechtzoekende na afloop van die procedure opnieuw moet dagvaarden. Aanhouden van de procedure door de civiele rechter totdat de bestuursrechtelijke procedure is afgerond, is dan een oplossing (zie: HR 7 april 1995, NJ 1997/166, m.nt. M. Scheltema).

23 Een vergelijkbare discussie heeft in het verleden gespeeld binnen de bestuursrechtelijke kolom over de keuze voor het dictum 'onbevoegd' of 'niet-ontvankelijk' en waarvan de uitkomst is dat het dictum 'onbevoegd' gereserveerd dient te blijven voor die gevallen waarin de – desbetreffende – bestuursrechter nooit absoluut of relatief bevoegd is en 'niet-ontvankelijkverklaring' voor de gevallen waarin hij nog niet bevoegd is, bijvoorbeeld omdat eerst de bezwaarschriftenprocedure moet worden doorlopen.

24 Polak 2009, p. 154.

25 HR 3 september 2004, AB 2005/74, m.nt. G.A. van der Veen.

Ook Advocaat-Generaal Keus stelt zich in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2007 op het standpunt dat niet-ontvankelijkverklaring slechts behoort te volgen, indien nog een andere rechtsgang openstaat en niet (ook) indien die heeft opengestaan. Hij erkent dat ook andere benaderingswijzen worden gehanteerd. Hij constateert echter tevens dat de Hoge Raad in het arrest Groningen-Raatgever²⁶ ook voor die gevallen lijkt te kiezen voor niet-ontvankelijkverklaring.²⁷ Het resultaat is in beide gevallen hetzelfde: de op dat moment voorliggende procedure komt tot een eind zonder dat de civiele rechter vooruitloopt op, dan wel nakaart over het oordeel van de bevoegde bestuursrechter. Dit zou een verklaring kunnen zijn voor het niet consequente dictumgebruik, maar vormt daarvoor geen rechtvaardiging.²⁸

3.1.5 *Moet de bestuursrechtelijke procedure aan bepaalde eisen voldoen?*

Voor het bieden van aanvullende rechtsbescherming door de civiele rechter bestaat naar zijn aard slechts grond, indien de rechtsbescherming die de wetgever heeft voorzien ontoereikend is. Dit is niet hetzelfde als dat de rechtzoekende met gebruikmaking daarvan niet het door hem gewenste resultaat heeft bereikt. Dit geldt ook, indien een rechtzoekende hangende de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg zijn procesbelang verliest en als gevolg daarvan niet-ontvankelijk wordt verklaard.²⁹ Dat een openstaande rechtsbeschermingsweg moet worden bewandeld en het nalaten daarvan voor de rechtzoekende niet zonder gevolgen kan blijven, is derhalve inherent aan de taak van de civiele rechter als restrechter.³⁰ Ware dit anders, dan zou dat leiden tot een mogelijkheid van forumkeuze, die, in de woorden van Polak, 'niet toelaatbaar [is, OvL], omdat zij afbreuk doet aan het gezag van de rechtspraak en een bedreiging vormt voor de eenheid van het recht'.³¹

Het maakt daarbij geen verschil of onderdelen van de opengestelde rechtsgang al dan niet met voldoende waarborgen zijn omkleed, mits deze rechtsgang uiteindelijk maar uitmondt in een procedure die dat wel is. Derhalve in een procedure die voldoet aan de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt. Voor de zienswijze-, bezwaar- en administratief beroepsprocedure, die als bestuurlijke voorprocedures naar hun aard niet met voldoende waarborgen omkleed zijn, ligt deze verplichting besloten in artikel 6:13 van de Algemene wet bestuursrecht.³² Ingevolge deze bepaling kan geen beroep bij de administratieve rechter worden ingesteld door een belanghebbende aan wie

26 HR 17 december 1999, NJ 2000/87, m.nt. A.R. Bloembergen onder NJ 2000/88.

27 HR 9 november 2007, JB 2008/22.

28 Zie over de – historische – ontwikkeling van de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraag nader: Van der Linden, p. 19-34.

29 Zie ook: HR 17 september 2010, AB 2011/19, m.nt. G.A. van der Veen.

30 Zie ook: Schutgens 2009, p. 32, en Schreuder-Vlasblom, p. 443.

31 Polak 2009, p. 157.

32 Zie ook: Wenders, p. 159-184.

redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen gebruik heeft gemaakt van een door de wetgever opengestelde bestuurlijke voorprocedure. Als de civiele rechter een rechtzoekende, die de bestuursrechter krachtens artikel 8:1, gelezen in samenhang met artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, omdat hij geen bezwaarschrift had ingediend, dit vervolgens niet zou tegenwerpen, met als overweging dat de rechtzoekende niet gehouden was de voorgeschreven bestuurlijke voorprocedure te volgen, omdat die niet met voldoende waarborgen is omkleed, zou dat de wettelijke bevoegdheidsverdeling op onaanvaardbare wijze ondergraven.³³ Voor de volledigheid: zoals hiervoor gezegd, zou de civiele rechter de rechtzoekende in een dergelijk geval weliswaar moeten ontvangen in zijn vordering, maar deze met verwijzing naar de formele rechtskracht van het besluit moeten afwijzen. Er staat immers door toedoen van de rechtzoekende geen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg meer open.

Dit zou mijns inziens evenzeer moeten gelden, indien de (grond)wetgever er opnieuw voor zou kiezen tegen bepaalde besluiten Kroon- of een andere vorm van administratief beroep open te stellen, zonder te voorzien in een opvolgende beroepsmogelijkheid bij de bestuursrechter. Een geval derhalve, waarin de door de wetgever voorziene bestuursrechtelijke rechtsgang niet met voldoende waarborgen is omkleed. Mits zodanig beroep maar kan leiden tot het door de rechtzoekende gewenste resultaat (doorgaans: dat het gewraakte besluit wordt verwijderd uit de wereld van het recht), mag uit een oogpunt van doelmatigheid en het voorkomen van procedurele complicaties van hem worden verwacht dat hij die weg bewandelt, alvorens zich tot de civiele rechter te wenden.³⁴ Het nalaten daarvan zou zonder meer tot afwijzing van de vordering moeten leiden; noem het een vorm processuele hygiëne.³⁵

Of de door de wetgever voorziene rechtsgang al dan niet met voldoende waarborgen is omkleed, heeft betekenis bij de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in hoeverre een rechtzoekende die die rechtsgang weliswaar heeft benut, maar daarin niet het door hem gewenste resultaat heeft bereikt, dit kan worden tegengeworpen als hij zich daarna tot de civiele rechter wendt. Indien de rechtsgang die de rechtzoekende ter beschikking staat niet met voldoende waarborgen is omkleed, dan wel niet leidt tot een wel met voldoende waarborgen omkleede rechtsgang, kan – zoals volgt uit het hierna te bespreken arrest Heesch-Van de Akker – het besluit immers geen formele rechtskracht verkrijgen.³⁶ Ik zal er hierna overigens steeds van uitgaan dat, zoals thans het geval is, de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg

33 Zie ook: Polak 2009, p. 156, en Van Angeren, p. 54.

34 Zie: HR 12 december 1986, NJ 1987/381, m.nt. M. Scheltema, en HR 23 januari 1998, AB 1998/144, m.nt. Th.G. Drupsteen. Zie ook: Van Angeren, p. 51-55, en Ten Berge 2003-2, p. 87 en 91-93.

35 In vergelijkbare zin: Schlössels & Zijlstra, p. 1156-1158.

36 Zie bijvoorbeeld: Van Angeren, p. 44-45, en M. Scheltema in zijn noot onder: HR 6 februari 1987, NJ 1988/926.

steeds uitmondt in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang en – mogelijk toekomstige – gevallen waarin dat niet zo is in beginsel onbesproken laten.³⁷

3.1.6 Formele rechtskracht

3.1.6.1 Inleidende opmerkingen

‘Formele rechtskracht’ is het begrip dat bepalend is voor de verhouding tussen de civiele en bestuursrechter en het gevolg beschrijft van het door de rechtzoekende niet volgen van een door de wetgever voorziene rechtsgang. Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten uitgebreid in te gaan op de historische ontwikkeling van dit begrip, te beginnen bij A.M. Donner die het in 1941 voor het Nederlandse rechtssysteem besprak in zijn proefschrift ‘De rechtskracht van administratieve beschikkingen’. Over de formele rechtskracht als zodanig en de uitzonderingen die daarop al dan niet zouden moe-

37 Voor de volledigheid zij opgemerkt dat tegen besluiten waartegen ingevolge de Algemene wet bestuursrecht geen beroep openstaat (zie de artikelen 8:3 tot en met 8:5 van deze wet) evenmin bezwaar of administratief beroep kan worden ingesteld. Tenzij in een bijzondere wet een van de Algemene wet bestuursrecht afwijkende regeling is getroffen, vallen deze besluiten derhalve buiten het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en is de rechtzoekende aangewezen op de civiele rechter. Een voorbeeld van een dergelijke afwijkende regeling is de rechtsgang die ingevolge de WHW openstaat tegen besluiten van examinatoren van openbare instellingen voor wetenschappelijk en hoger onderwijs betreffende het kennen en kunnen van een student. Hoewel dergelijke besluiten ingevolge artikel 8:4, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb geen beroep kan worden ingesteld, voorziet artikel 7.61, eerste lid, aanhef en onder f, van de WHW in de mogelijkheid tegen die besluiten administratief beroep in te stellen bij het College van Beroep voor de examens; tegen de uitspraken van het College van Beroep van de examens stond tot 1 september 2010 beroep open bij de (sector bestuursrecht van de) rechtbank en hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak. Met ingang van 1 september 2010 is het College van Beroep voor het hoger onderwijs ingevolge artikel 7.66 van de WHW bij uitsluiting bevoegd in eerste en enige aanleg kennis te nemen van beroepen tegen uitspraken van het College van Beroep voor de examens. Gelet op de in artikel 7.65 van de WHW opgenomen waarborgen voor de onafhankelijkheid van de leden van het College van Beroep voor het hoger onderwijs is dit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. De WHW voorziet in een afwijkende regeling voor bijzondere instellingen van hoger onderwijs op grond waarvan dergelijke instellingen ervoor kunnen kiezen zelf een College van Beroep in te stellen. De WHW stelt ten aanzien van een dergelijk college geen waarborgen voor de onafhankelijkheid van de leden, zodat die rechtsgang niet met voldoende waarborgen omkleed is. Los daarvan is het de vraag of deze rechtsgang op één lijn kan worden gesteld met de gebruikelijke administratieve rechtsgangen (bezwaar of administratief beroep), dan wel sprake is van een interne privaatrechtelijke procedure. In het laatste geval speelt de formele rechtskracht in het geheel geen rol en is de civiele rechter als enige bevoegd. Besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, die ingevolge artikel 8:3 van de Awb eveneens van beroep zijn uitgezonderd, betreffen een afzonderlijke categorie vanwege de mogelijkheid van zogenoemde exceptieve toetsing. Dit komt later uitgebreider aan de orde.

ten worden gemaakt, is veel geschreven. Ik volsta hier met een beperkte beschrijving, met hier en daar een kritische kanttekening. De belangstellende lezer verwijs ik graag naar gespecialiseerde literatuur.

3.1.6.2 Doel van het beginsel van de formele rechtskracht

Hoewel het arrest Heesch-Van de Akker³⁸ vaak wordt genoemd³⁹ als beginpunt van het beginsel van de formele rechtskracht in de jurisprudentie, had de Hoge Raad al veel eerder overwogen dat het niet volgen van een openstaande ‘administratieve’ rechtsgang ertoe leidt dat een besluit voor rechtmatig moet worden gehouden. In bijvoorbeeld het arrest van 19 november 1976 (Semper Crescendo) overwoog de Hoge Raad al dat:

‘Overwegende, dat Willeboordse overeenkomstig artikel 18 van de Schepenwet tegen de beslissing van de Inspecteur voor de Scheepvaart, behelzende de weigering tot afgifte na 1 oktober 1968 van een certificaat van deugdelijkheid voor het schip ‘Semper Crescendo’, beroep had kunnen instellen bij de Voorzitter van de Raad voor de Scheepvaart;

dat, nu Willeboordse van deze rechtsgang geen gebruik heeft gemaakt, de stelling dat de afgifte van het certificaat van deugdelijkheid ten onrechte is geweigerd in het onderhavige geding niet aan de orde kan komen, zodat er thans van dient te worden uitgegaan dat de weigering tot afgifte van het bedoelde certificaat rechtmatig was;

dat reeds hierom de hierboven onder a en b in samenhang met d genoemde klachten, vervat in onderdeel 1 van het middel, niet tot cassatie kunnen leiden.⁴⁰

De door Willeboordse niet gebruikte rechtsgang betrof overigens een rechtsgang die, naar huidige maatstaven, als niet met voldoende waarborgen omkleed moet worden gekarakteriseerd. Nog daargelaten of en, zo ja, welke gevolgen nu zouden worden verbonden aan het passeren van de Voorzitter, als die voorziening nog zou bestaan, zou thans van formele rechtskracht derhalve geen sprake zijn. In het arrest Heesch-Van de Akker overweegt de Hoge Raad:

‘Wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede administratief-rechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, dient de burgerlijke rechter, indien deze rechtsgang niet is gebruikt, ingeval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, ervan uit te gaan dat die beschikking zowel wat betreft haar wijze van totstandkoming als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.

[...]

38 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723, m.nt. M. Scheltema.

39 Onder andere: Polak 2009, maar ook – zonder uitputtend te willen zijn – Gelpke 2006, p. 2-3, en Kortmann 2009 p. 236, zien dit arrest als het startpunt van de (erkenning van de) leer van de formele rechtskracht (door de civiele rechter). Scheltema spreekt van een ‘belangrijke stap’ (Scheltema 2009).

40 HR 19 november 1976, *NJ* 1979/216, zie ook: HR 4 februari 1983, *NJ* 1985/21, en HR 22 november 1985, *NJ* 1986/722, alle m.nt. M. Scheltema.

Dit beginsel geldt ook 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’.

Uit voormelde overweging wordt duidelijk dat de door de civiele rechter aangenomen rechtmatigheid van het besluit niet het gevolg is van enige toetsing daarvan door een rechter(lijke instantie), maar louter een fictie betreft. Kortmann spreekt in dit verband over de ‘rechtmatigheidsfictie’. Hij stelt voor, in het geval van een rechtmatigheidsfictie ten aanzien van een besluit in schadeprocedures te spreken over ‘de leer van de formele rechtskracht’ die het gevolg is van het in rechte onaantastbaar worden van dat besluit.⁴¹

Hoewel ik sympathie heb voor zijn wens te komen tot een zuivering en eenvormig gebruik van terminologie, in het bijzonder wat betreft de categorieën die hij aanduidt als *ontvankelijkheidsleer van de civiele rechter* en *leer van de formele rechtskracht*, vraag ik mij af of het gebruik van de term formele rechtskracht als verzamelterm niet zodanig ingeburgerd is dat een wijziging daarin eerder tot verwarring dan tot verduidelijking zal leiden. Dit laat uiteraard onverlet dat in het oog moet worden gehouden dat achter de term formele rechtskracht verschillende, van elkaar te onderscheiden, grootheden schuil gaan. Naast de al genoemde categorieën onderscheidt Kortmann ook de categorie *bindende kracht van de rechterlijke uitspraak op een vernietigingsberoep*, waarin de kracht van gewijsde van de uitspraak van de bestuursrechter aan de orde is.⁴²

3.1.6.3 Grondslagen en uitgangspunten

Aan het beginsel van de formele rechtskracht liggen – kort gezegd – drie uitgangspunten ten grondslag:

- toetsing van besluiten heeft de wetgever opgedragen aan de bestuursrechter (specialisatiegedachte);
- tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele rechter en de bestuursrechter over hetzelfde besluit/dezelfde bestuurshandeling moeten worden voorkomen;
- de rechtszekerheid vergt dat niet te lang twijfel bestaat over de rechtsgeldigheid van een besluit.

41 Kortmann 2009, p. 240-244.

42 Zie over begripsverwarring in het kader van de formele rechtskracht ook: Van Ettehoven 2006, p. 10-23.

Met Kortmann meen ik dat het streven naar een *doelmatige taakverdeling* tussen de civiele en bestuursrechter – wellicht in retrospectief – de belangrijkste reden voor de door de Hoge Raad gekozen benadering is, waarin de eerste twee hiervoor onderscheiden uitgangspunten samenvloeden. Ook de jurisprudentie biedt daarvoor aanknopingspunten. In het arrest Kaveka overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld:

‘Deze in verscheidene arresten van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regel berust op de gedachte van een doelmatige taakverdeling, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat ten aanzien van overheidsbesluiten de beslissing omtrent de vraag of het besluit jegens een belanghebbende als onrechtmatig moet worden aangemerkt, in een administratief-rechtelijke procedure wordt genomen.’⁴³

Daarvan uitgaande, zou betoogd kunnen worden dat de doelmatige taakverdeling tussen civiele rechter en bestuursrechter het overkoepelende begrip is, waaronder zowel de leer van de formele rechtskracht, de ontvankelijkheidsleer van de civiele rechter, als de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter valt.⁴⁴ De door de Hoge Raad gehanteerde benadering voor besluiten tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift waarover de bestuursrechter zich naar aanleiding van een exceptief verweer heeft uitgelaten en waarvoor de leer van de formele rechtskracht per definitie niet geldt, omdat tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld, kan in dit systeem worden geplaatst. Op deze benaderingswijze ga ik later uitgebreider in.

Door doelmatigheid van de taakverdeling onomwonden voorop te stellen neemt ook het gewicht af van de bezwaren tegen het tegenwerpen van de formele rechtskracht, die betrekking hebben op de rechtvaardigheid van de uitkomst. Als de civiele rechter de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg aanmerkt als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, moet hij ook het vertrouwen hebben dat binnen die rechtsgang in alle gevallen een rechtvaardige uitkomst wordt bereikt. Een uitkomst die recht doet aan de belangen van alle betrokkenen. Of een rechtsgang naar het oordeel van de civiele rechter met voldoende waarborgen omkleed is, kan hij niet afhankelijk stellen van het antwoord op de vraag of die rechtsgang in een concreet geval leidt tot dezelfde uitkomst als hij zelf voorstaat.

3.1.6.4 Uitzonderingen

Ook voor het beginsel van de formele rechtskracht geldt dat er geen regel is zonder uitzonderingen. Nadat de Hoge Raad in Heesch-Van de Akker het in zekere zin imperatieve uitgangspunt had verwoord, volgde in hetzelfde arrest ook de uitzondering(smogelijkheid):

43 HR 19 juni 1998, AB 1998/416, m.nt. Th.G. Drupsteen.

44 Zie ook: G.A. van der Veen bij HR 17 september 2010, AB 2011/19.

‘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.’

Bij het aanvaarden van uitzonderingen op elke regel dient naar zijn aard terughoudendheid te worden betracht.⁴⁵ Elke uitzondering doet immers afbreuk aan de rechtszekerheid. Dit klemt te meer, indien het uitzonderingen betreft die bepalen tot welke rechter een rechtzoekende zich dient te wenden, indien hij van mening is dat een bestuursorgaan hem onrecht heeft aangedaan. Kenmerkend van dergelijke regels is immers dat het niet op juiste wijze volgen ervan voor de rechtzoekende doorgaans fatale gevolgen heeft.

Zoals Gelpke terecht opmerkt, is van bijkomende omstandigheden op grond waarvan een uitzondering op voormelde regel moet worden gemaakt in elk geval geen sprake, indien deze in feite neerkomen op bezwaren tegen de regel zelf.⁴⁶ Louter op grond van de hiervoor geciteerde overweging, waarin de Hoge Raad de nadruk heeft gelegd op de omstandigheden van het geval, zou ook de indruk kunnen ontstaan dat het aanvaarden van uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht een kwestie is van – zij het bij wijze van uitzondering positieve – *Einzelfallgerechtigkeit* en dat voor uitzonderingen met een categoriaal karakter geen plaats is.⁴⁷ Voor de zogenoemde zelfstandige schadebesluiten heeft de Hoge Raad echter wel degelijk een categoriale uitzondering aangenomen.⁴⁸ Ik zal deze categorie verder onbesproken laten, mede omdat door de inwerkingtreding per 1 juli 2013 van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten het belang ervan zal afnemen.⁴⁹ De andere uitzondering met een categoriaal karakter betreft de formele rechtskracht en het niet-tijdig beslissen, die hierna aan de orde komt.

45 HR 9 september 2005, *NJ* 2006/93, m.nt. M.R. Mok. Zie ook: F.J. van Ommeren bij HR 19 december 2008, *AB* 2010/147, en de conclusie van de A-G voor HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/504, m.nt. M.R. Mok.

46 Gelpke 2006, p. 2.

47 Zie in deze zin ook Koopmans die in zijn conclusie bij HR 13 november 1992, *NJ* 1993/639, m.nt. M. Scheltema, opmerkte: ‘Voor een zelfstandig oordeel van de burgerlijke rechter is slechts plaats in individuele gevallen, waarin de belanghebbende door toedoen van het overheidsorgaan een onrecht is aangedaan dat onevenredig groot is in verhouding tot het belang om, ter wille van cohesie van de rechtsorde, de bestaande competentieverdelingen te eerbiedigen’. Zie ook: Mok & Tjittes, p. 386-387.

48 Zie onder meer: Van Buuren, p. 475-483, en Schlössels & Zijlstra, p. 1405-1406.

49 *Stb.* 2013, 50 (iwtr. *Stb.* 2013, 162). De rol van de bestuursrechter is overigens niet geheel uitgespeeld, aangezien de Wet nadeelcompensatie (nog) niet van toepassing is in belastingzaken. Zie hierover: Verheij 2013. Ook voor vreemdelingenzaken geldt een uitzonderingsregeling (artikel 72a van de *Vw* 2000) op grond waarvan de bestuursrechter, ongeacht de hoogte van de vordering bij uitsluiting bevoegd is voor verzoeken om schadevergoeding die een vreemdeling lijdt als gevolg van een onrechtmatige handeling van een bestuursorgaan ten aanzien van deze vreemdeling als zodanig.

Toepassingsbereik

Het overgrote deel van de jurisprudentie van de Hoge Raad over het beginsel van de formele rechtskracht en in het bijzonder de vraag of en, zo ja, welke uitzonderingen daarop kunnen worden gemaakt, dan wel wanneer dit beginsel niet wordt tegengeworpen, betreft gevallen waarin een rechtzoekende geen gebruik heeft gemaakt van een voor hem openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang, als gevolg waarvan het besluit in rechte onaantastbaar is geworden en wat betreft zowel de inhoud, als wijze van totstandkoming als rechtens juist heeft te gelden. Het betreft dan de formele rechtskracht in de klassieke betekenis.

Door het ontbreken van een uitspraak van de bestuursrechter is deze categorie voor dit onderzoek eigenlijk zonder betekenis. Dit onderzoek betreft immers de vraag naar de gebondenheid van een rechter aan een eerdere uitspraak van een collega-rechterlijke instantie. Toch wil ik aan deze categorie niet voorbijgaan. Zoals ik eerder opmerkte, wordt immers in elk geval in de jurisprudentie, maar ook in de literatuur niet steeds een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de verschillende grootheden die schuilgaan achter de formele rechtskracht. Voorts kan – hoewel onzuiver – worden betoogd dat een besluit (ook) formele rechtskracht heeft verkregen, omdat het niet door de bestuursrechter is vernietigd. In dit verband wordt in navolging van Mok en Tjittes ook wel de term 'oneigenlijke formele rechtskracht' gebruikt.⁵⁰

Naar mijn mening leidt ook dit gebruik echter eerder tot vermindering dan vergroting van het begrip van een op zichzelf duidelijke regel. In het geval een rechtzoekende zich – zij het tevergeefs – tot de bestuursrechter heeft gewend, is het immers niet zozeer de formele rechtskracht van het besluit, die gerelateerd is aan het niet gebruiken van een wel openstaande bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg, die de civiele rechter tot terughoudendheid noopt, als wel het gegeven dat een bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang een onherroepelijk oordeel heeft gegeven over de rechtmatigheid van het besluit. Juister lijkt het dan ook in navolging van onder andere Kortmann in dit verband te spreken van de *leer van de bindende kracht van een rechterlijke uitspraak*.⁵¹ Wat hiervan ook zij, er bestaat onmiskenbaar samenhang tussen de leer van de formele rechtskracht enerzijds en die van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter anderzijds. Ik zal derhalve ook op deze categorie ingaan.

De verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter is het duidelijkst zichtbaar, indien een rechtzoekende heeft gebruikgemaakt van een hem ten dienste staande rechtsgang bij de bestuursrechter en zich vervolgens bij wijze van herkansing ook tot de civiele rechter wendt. Dit is het geval waarop de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter betrekking heeft. In deze categorie doet zich de vraag naar de gebondenheid

50 Mok & Tjittes, p. 383-404.

51 Zie hiervoor onder andere: Gelpke 2007, p. 155, Polak 2008, p. 102, en Kortmann 2009, p. 244.

van de civiele rechter aan een uitspraak van zijn bestuursrechtelijke collega ook het meest gevoelen. Indien een rechtzoekende zich bij wijze van de herkansing tot de civiele rechter wendt, geldt het in het arrest Heesch-Van de Akker neergelegde uitgangspunt.⁵² Twee situaties kunnen daarbij worden onderscheiden, te weten het geval waarin de rechtzoekende bij de bestuursrechter wel, en het geval waarin hij daar niet het gewenste resultaat heeft bereikt.

Geen uitzondering op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter?

In het geval de rechtzoekende heeft gebruikgemaakt van een bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheid zijn er twee mogelijke uitkomsten: de bestuursrechter vernietigt het besluit, of niet. Indien vernietiging de uitkomst van de bestuursrechtelijke rechtsgang is, dan leidt de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter ertoe dat onrechtmatigheid ervan voor de civiele rechter een gegeven is.⁵³ Het besluit wordt geacht van meet af aan onrechtmatig te zijn geweest. Of de vordering van de rechtzoekende vervolgens voor toewijzing in aanmerking komt, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of ook wordt voldaan aan de overige vereisten die het civiele recht daaraan stelt.⁵⁴ Voor zover ik kan overzien, maakt de civiele rechter op dit uitgangspunt ten gunste van het besluitnemend bestuursorgaan geen uitzondering.⁵⁵ Wat betreft de rechtzoekende bestaat voor het aannemen van een uitzondering hoe dan ook geen grond; deze heeft van de bestuursrechter immers reeds gekregen waarom hij verzocht.

De tweede situatie betreft het geval waarin de rechtzoekende gebruik maakt van de voor hem openstaande bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg, maar dit niet leidt tot het daarmee gewenste resultaat. Bijvoorbeeld omdat de bestuursrechter van oordeel is dat geen besluit voorlag, zodat er voor hem geen taak is weggelegd, of omdat het besluit in stand blijft. Ook in dit geval dient de civiele rechter uit te gaan van de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter.⁵⁶ In navolging van de Hoge Raad – maar, zoals hiervoor opgemerkt, mijns inziens ten onrechte – wordt ook in dit verband wel gesproken over formele rechtskracht.⁵⁷ Uit het arrest Aharchi-Bedrijfsvereniging volgt dat de leer van de bindende kracht van uit-

52 HR 7 april 1995, *NJ* 1997/166, m.nt. M. Scheltema, HR 21 april 1995, *RvdW* 1995/98 en HR 2 juni 1995, *NJ* 1997/164, m.nt. M. Scheltema.

53 Zie onder meer: HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/669, m.nt. J.A. van Borman, en HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner. Ik laat hierbij eventuele complicaties die worden veroorzaakt doordat voor de bestuursrechter de beslissing op bezwaar en niet het primaire besluit ter toetsing voorligt buiten beschouwing, zie hierover: HR 20 februari 1998, *AB* 1998/231, m.nt. Th.G. Drupsteen. Zie ook: Kortmann 2006, p. 111-138, en Kortmann 2009, p. 240.

54 Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1417-1420.

55 Zie voor een beschrijving van tevergeefs beproefde uitzonderingen: Mok & Tjittes, p. 390-393.

56 Zie ook: Kortmann 2009, p. 240-241, en Van den Broek & Hoekveld, p. 4.

57 Bijvoorbeeld: Mok & Tjittes, p. 384, en Van der Veen 2009, p. 3.

spraken van de bestuursrechter ook geldt, indien de bestuursrechter wel heeft geconstateerd dat aan het besluit gebreken kleven, maar die voor hem geen grond voor vernietiging vormen.⁵⁸

In het aan dat arrest ten grondslag liggende geval had de bevoegde bestuursrechter in het kader van een door Aharchi ingesteld beroep geconstateerd dat aan dat besluit een gebrek kleefde, omdat het op onjuiste feitelijke informatie over de mate van arbeidsongeschiktheid van Aharchi bleek te berusten. Op basis van in beroep alsnog naar voren gebrachte informatie verklaarde de bestuursrechter het beroep toch ongegrond. In het kader van een schadevergoedingsactie voor de civiele rechter betoogde Aharchi dat de bestuursrechter het besluit formeel weliswaar niet had vernietigd (het beroep was immers ongegrond verklaard), maar materieel wel, door in de overwegingen tot uitdrukking te brengen dat aan het besluit een gebrek kleefde. Het belang van Aharchi een vernietiging te construeren was evident, aangezien een vernietiging van een besluit door de bestuursrechter er, zoals gezegd, toe leidt dat de civiele rechter uitgaat van de onrechtmatigheid van het besluit. De Hoge Raad overwoog:

‘Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Vooreerst gaat het ten onrechte ervan uit dat een beslissing ‘inhoudelijk’ onjuist is op de enkele grond dat zij in beroep op andere gronden in stand wordt gelaten. Voorts wil het een onaanvaardbare uitbreiding geven aan de vóór het in werking treden van de Algemene wet bestuursrecht in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde regel die erop neerkomt dat indien een overheidsorgaan een beschikking neemt en handhaaft, die vervolgens door de rechter wordt vernietigd, moet worden aangenomen dat het orgaan onrechtmatig heeft gehandeld alsmede dat het de voor aansprakelijkheid deswege vereiste schuld heeft. De bepleite uitbreiding zou tot een onaanvaardbare onzekerheid ten aanzien van de rechtmatigheid van beschikkingen leiden en zou ook niet verenigbaar zijn met het beginsel dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht). Een beschikking die in beroep in stand blijft, behoudt haar rechtskracht; wanneer de beschikking op andere dan de daaraan ten grondslag gelegde gronden in stand wordt gelaten en uit de uitspraak blijkt dat de rechter de aan de beschikking ten grondslag gelegde gronden onjuist oordeelt, is dat enkele feit voor de burgerlijke rechter onvoldoende om haar als onrechtmatig aan te merken’.

Deze benadering van de Hoge Raad heeft voor de praktijk een steeds grotere betekenis. In de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties is namelijk al langer een tendens waarneembaar steeds vaker te willen komen tot definitieve geschilbeslechting, onder meer door het achterweglaten van vernietigingen van besluiten die weliswaar leiden tot een nieuw ‘rondje om de kerk’ (= een nieuwe besluitronde waarvan op voorhand vaststaat of aannemelijk is dat dat niet tot een ander besluit zal leiden).⁵⁹

58 HR 2 juni 1995, NJ 1997/164; zie ook: HR 19 juni 1998, NJ 1998/869, beide m.nt. M. Scheltema.

59 Zie hierover uitgebreid: Polak 2011, p. 2-9.

Deze tendens heeft de wetgever ook ondersteund. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is in de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk vermeld dat de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief beslecht (artikel 8:41a). Voorts biedt artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht ruimere mogelijkheden om vernietiging van een besluit waaraan een gebrek kleeft achterwege te laten. Tot de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht was deze mogelijkheid nog beperkt tot schending van vormvoorschriften; thans is voor het achterwege laten van de vernietiging slechts vereist dat aanneemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.⁶⁰ Gevolg van deze verruiming is dat de bestuursrechter steeds vaker beroepen tegen besluiten ongegrond zal verklaren, ondanks dat aan die besluiten gebreken kleven die ook heel wel aanleiding voor vernietiging hadden kunnen zijn en voorheen ook tot vernietiging hadden geleid. Indien als toepassingsvereiste geldt dat de rechtzoekende door de geconstateerde schending niet is benadeeld, noopt dit wat mij betreft niet tot een andere benaderingswijze dan de Hoge Raad heeft gevolgd in het arrest Aharchi.⁶¹ Hetgeen Advocaat-Generaal Koopmans in zijn conclusie heeft opgemerkt, geldt mijns inziens ook voor de tendens van verruimde finale geschillenbeslechting:

‘Het is moeilijk te ontkennen dat het antwoord van het Hof op de door Aharchi in appel voorgedragen grief juist is. Het probleem dat overblijft is of dit antwoord ook afdoende is, nu de bedrijfsvereniging in haar tenslotte gehandhaafde beslissing van andere veronderstellingen omtrent de gezondheidstoestand van de werknemer is uitgegaan dan de administratieve rechter die het daartegen gericht beroep verwierp.

Het lijkt mij echter niet dat aan dit soort verschil in waardering consequenties kunnen worden verbonden voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De jurisprudentie over de bijzondere aansprakelijkheid van overheidslichamen na vernietigde beschikking mag in concreto niet altijd tot bevredigende resultaten leiden (een overheidsorgaan wordt geacht ‘schuldig’ te zijn aan onrechtmatig handelen al kon het destijds niet beter weten), zij vertoont twee kenmerken waaraan zij haar bestaansrecht ontleent: zij schept een grote mate van zekerheid en zij bakent de wederzijdse competenties van burgerlijke en administratieve rechter nauwkeurig af. Die zekerheid zou verloren gaan wanneer de burgerlijke rechter er niet alleen op zou letten of de overheidsbeschikking al dan niet in beroep is vernietigd, maar daarnaast zou nagaan of de redeneringen van het bestuursorgaan en van de administratieve rechter wel concordant zijn. En in het laatste geval is van terreinafbakening tussen de beslissingen van burgerlijke en administratieve rechter in het geheel geen sprake. Bovendien zou het juist in strijd zijn met het, op de leer van de formele rechtskracht steunende, uitgangspunt van het bijzondere aansprakelijkheidsregime als men op de inhoud van de beschikking zou letten. Dit uitgangspunt is immers dat in beginsel een

60 Zie het voorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Wet aanpassing bestuursprocesrecht), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2. Zie voor de toepassingsmogelijkheden van artikel 6:22 van de Awb en het (informeel) passereren van – vorm – gebreken: Schlössels & Zijlstra, p. 1218-1221, en Schreuder-Vlasblom 2013, p. 895-905. Zie over het gewijzigde artikel 6:22 van de Awb ook: Rop, p. 26-28, en Jurgens.

61 Zo ook: Kortmann 2006, p. 140.

beschikking rechtmatig moet worden geacht indien geen beroep is ingesteld of indien een ingesteld beroep ongegrond is bevonden, wat de inhoud van die beschikking ook moge wezen, en dat die beschikking jegens de betrokkene onrechtmatig is als zij in beroep is vernietigd, zelfs al zou die beschikking naar het oordeel van de burgerlijke rechter juist zijn.'

De vraag rijst of dit anders is of zou moeten zijn, indien de wetgever of de bestuursrechter het toepassingsbereik van artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht zodanig uitbreidt dat deze bepaling ook van toepassing is, indien de door de bestuursrechter geconstateerde schending de rechtzoekende wél benadeelt. Anders dan Kortmann meen ik dat deze vraag ontkenkend zou moeten worden beantwoord, in elk geval zolang sprake is van een discretionaire bevoegdheid van de bestuursrechter.⁶² Aanwending van die bevoegdheid veronderstelt dan immers al een afweging van het belang van de rechtzoekende bij een vernietiging van het besluit tegen de andere belangen, waaronder het belang van finale geschilbeslechting. Aangenomen moet worden dat de bestuursrechter daarbij de gevolgen van zijn uitspraak voor de mogelijkheden van de rechtzoekende langs civiele weg schadevergoeding te verkrijgen mede in aanmerking heeft genomen.⁶³ Om dezelfde redenen als hiervoor door Koopmans gegeven, dient de civiele rechter het – al dan niet na toepassing van een (in)formele bestuurlijke lus gegeven – oordeel van de bestuursrechter te respecteren dat aan het besluit weliswaar gebreken kleven, maar dat die niet van dien aard zijn dat zij tot vernietiging van het besluit nopen.⁶⁴ De leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter geldt derhalve onverkort (of wellicht beter: ook), indien een bestuursrechtelijke rechtsgang wel is gebruikt, maar – uiteindelijk – niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid.⁶⁵

Of toch wel? Formele rechtskracht en schending van fundamentele rechtsbeginselen
Op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter heeft de Hoge Raad slechts één uitzondering aanvaard. Het betreft het geval dat, hoewel de bestuursrechtelijke procedure in algemene zin weliswaar met voldoende waarborgen is omkleed, in het concrete geval desalniettemin sprake is van een schending van fundamentele rechtsbeginselen, waardoor niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.⁶⁶ Op het eerste gezicht lijkt het aanvaarden van deze uitzondering logisch: het kan toch niet zo zijn dat de uitkomst van een procedure aan een rechtzoekende wordt tegengeworpen, indien in die procedure sprake is geweest van een schending van fundamentele rechtsbeginselen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor! In zijn noot onder het arrest van

62 Kortmann 2006, p. 140.

63 Polak 2011.

64 Zie over formele en informele lussen: Koenraad & Verbeek.

65 Zie ook: Van Angeren, p. 89-92.

66 HR 7 mei 2004, AB 2004/439, m.nt. G.A. van der Veen, in welk geval de uitzondering overigens niet werd aangenomen.

7 mei 2004 noemt Van der Veen een aantal gevallen waarin het aannemen van de uitzondering – althans in zijn optiek – aangewezen zou kunnen zijn.

Men kan zich evenwel afvragen of het aanvaarden van uitzonderingen ook logisch is, als in aanmerking wordt genomen dat één van de vereisten voor het aannemen van formele rechtskracht nu juist is dat de bestuursrechterlijke rechtsgang met voldoende waarborgen omkleed is. Is hieraan niet inherent dat moet worden aangenomen dat *binnen* die rechtsgang steeds een oplossing kan worden geboden, indien het in een concreet geval misgaat? Voorts is het in elke zaak mogelijk gemotiveerd te betogen dat de bestuursrechter fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden. Zeker in het geval de gestelde schending verweven is met het materiële geschil, kan beoordeling ervan de civiele rechter nopen tot een herbeoordeling van de bestuursrechtelijke procedure om aan de hand daarvan tot de slotsom te komen of van een schending van fundamentele rechtsbeginselen al dan niet sprake is geweest. Daarmee wordt het bouwwerk van de formele rechtskracht, dat is opgericht om door middel van een doelmatige taakverdeling tussen de bestuursrechter en civiele rechter tegenstrijdige uitspraken te voorkomen en de rechtszekerheid te dienen, in zijn fundamenten aangetast. In zekere zin verwordt de civiele procedure dan tot een hogerberoeprechtsgang die openstaat nadat de bestuursrechtelijke rechtsgang is afgerond zonder dat het door de rechtzoekende gewenste resultaat is bereikt.⁶⁷ Met de kanttekening dat de civiele procedure allereerst in drie instanties over de vraag gaat of de door de wetgever aangewezen (hoogste) bestuursrechter bij de behandeling van het (hoger) beroep in strijd met fundamentele rechtsbeginselen heeft gehandeld.⁶⁸

Met Kortmann, die in dit verband spreekt van een ‘vergissing’, zie ik de toegevoegde waarde van deze uitzondering niet.⁶⁹ Indien de rechtzoekende meent dat de (hoogste) bestuursrechter fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden, kan hij de Staat aansprakelijk stellen wegens onrechtmatige rechtspraak en langs die weg trachten financieel rechtsherstel te verkrijgen. De drempel daarvoor is even hoog (of laag) als de Hoge Raad in voormeld arrest van 7 mei 2004 heeft gesteld voor het maken van een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht. Voor beide geldt de eis dat sprake moet zijn van zodanige schending van fundamentele rechtsbeginselen door de bestuursrechter dat daarmee niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.⁷⁰ Daarnaast kan hij bij de bestuursrechter om herziening of vervallenverklaring van de uitspraak vra-

67 Zie in deze zin ook: C.N.J. Kortmann in zijn noot onder het arrest van 7 mei 2004 in *JBPr* 2005/1.

68 Zie ook: Scheltema 2009, paragraaf 3.4, die voor deze uitzondering slechts toepassingsmogelijkheden ziet in het geval de schending is gepleegd door één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties, aangezien anders binnen de bestuursrechtelijke kolom nog redres mogelijk is.

69 Kortmann 2006, p. 166.

70 Zie ook: C.N.J. Kortmann bij HR 7 mei 2004, *JBPr* 2005/1, en Kortmann 2009, p. 239.

gen. In dit licht bezien verbaast het mij niet dat de gemaakte uitzondering vooralsnog een theoretische is gebleken. Het is goed rechterlijk gebruik bij de ontwikkeling of het vinden van een algemeen rechtsbeginsel een uitweg open te houden voor onvoorziene gevallen, zodat 'omgaan' zoveel mogelijk kan worden vermeden.⁷¹ Vanuit die optiek heb ik er begrip voor dat de Hoge Raad ook de rechtzoekende die zonder succes een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft doorlopen niet zonder meer heeft willen overleveren aan de bestuursrechter. De gekozen uitweg heeft echter een dermate beperkte betekenis dat die de daarmee gemaakte – zij het in de praktijk vooralsnog slechts theoretische – inbreuk op het systeem niet rechtvaardigt.

Het zou dan ook mijn voorkeur hebben op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter geen uitzonderingen te aanvaarden. Daarmee is niet alleen een doelmatige taakverdeling tussen de bestuurs- en civiele rechter, maar ook de rechtszekerheid voor rechtzoekenden gediend. Indien het de rechtzoekende niet zozeer gaat om een financiële tegemoetkoming, maar om de principiële vaststelling dat de (hoogste) bestuursrechter fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden, staat voor hem in het uiterste geval altijd nog de weg naar Straatsburg open.⁷² Ik zal deze uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht verder onbesproken laten.

Uitzonderingen indien bestuursrechter niet is geadieerd

De Hoge Raad is – terecht – terughoudend bij het aanvaarden van uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht, indien een rechtzoekende een hem ten dienste staande bestuursrechtelijke rechtsgang weliswaar heeft benut, maar daarin niet het gewenste resultaat heeft bereikt. Ruimhartiger is hij geweest bij het aanvaarden van uitzonderingen waar het rechtzoekenden betreft die hebben nagelaten zich tot de bestuursrechter te wenden.⁷³ Het betreft de gevallen waarin een rechtzoekende die zich wendt tot de civiele rechter naar aanleiding van een door de wederpartij gevoerd verweer door de civiele rechter wordt tegengeworpen dat een besluit formele rechtskracht heeft verkregen en derhalve wat betreft wijze van totstandkoming en inhoud voor rechtmatig moet worden gehouden. Zoals gezegd, betreft het overgrote deel van de jurisprudentie waarin doorbreking van het beginsel van de formele rechtskracht aan de orde is, deze categorie. Doordat een uitspraak van de bestuursrechter ontbreekt, is deze categorie voor dit onderzoek het minst van belang. Voor een goed overzicht en begrip van het beginsel van de formele rechtskracht kan aan deze categorie echter niet helemaal worden voorbijgegaan.

71 Zie ook: Drion 2014.

72 Zie in dit kader ook de noot van T. Koopmans bij HR 17 december 2004, NJ 2005/152.

73 Niet alles wat op het eerste gezicht een uitzondering lijkt, is dat ook. Zie voor een overzicht hiervan: Van Angeren, p. 55-77. Zie ook Kortmann 2009, p. 247-250, die maar twee uitzonderingen onderscheidt.

Betoogd zou kunnen worden dat de Hoge Raad té ruimhartig is geweest. Aan een beginsel dat zo principieel is ingezet als de formele rechtskracht is, zoals hiervoor opgemerkt, immers inherent dat het maken van uitzonderingen slechts zeer beperkt mogelijk is zonder afbreuk aan de regel zelf te doen. Dit uitgangspunt hanteert de Hoge Raad ook, zoals ik hiervoor aangaf. Dit klemmt temeer, indien toepassing van een uitzondering in belangrijke mate afhankelijk is van de beantwoording van feitelijke vragen; vragen die nu juist aan de cassatierechter, die op de uniforme toepassing van het beginsel van de formele rechtskracht zou moeten toezien, zijn onttrokken. Ook ik acht het nastrevenswaardig geen afbreuk te doen aan de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid en zo mogelijk te voorkomen dat de rechtzoekende tussen wal en het schip valt. Anders dan Mok en Tjittes betogen, zal dat mijns inziens als het erop aankomt (en de civiele rechter dus geen mogelijkheden voor een pragmatische oplossing ziet), moeten sneven ten behoeve van het streven tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele en bestuursrechter te voorkomen.⁷⁴ In dat geval is het individueel belang van de rechtzoekende ondergeschikt aan het algemeen belang dat is gediend met een coherente en consistente jurisprudentie. Voor de rechtsbescherming van de rechtzoekende in bestuursrechtelijke context is immers in de eerste plaats de bestuursrechter en niet de civiele rechter verantwoordelijk. Daarvan uitgaande moet – het zij herhaald – ook door de Hoge Raad erop worden vertrouwd dat de bestuursrechter in alle gevallen tot een voor alle betrokkenen rechtvaardige uitkomst komt. De burger is ook het meest gediend met *hard and fast rules*, zodat het risico dat hij met voor zijn rechtsbescherming fatale gevolgen op het verkeerde paard wedt, zo klein mogelijk is. Een kanttekening is hierbij echter op zijn plaats.

Formele rechtskracht en niet-belanghebbenden

Aan een rechtzoekende voor wie geen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg open staat of heeft bestaan, werpt de Hoge Raad de formele rechtskracht niet tegen. Of, zoals de Hoge Raad in het arrest Stichting ‘the European Club Support Foundation-Rijnmond’ overwoog:

‘De eisen van een doeltreffende rechtsbescherming van de burger tegen de overheid laten niet toe, ook niet met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, dat de formele rechtskracht van het [...] besluit evenzeer zou gelden indien de bestuursrechter weliswaar reeds over de rechtmatigheid van een besluit heeft geoordeeld, maar dit is gebeurd in een procedure waaraan de eerdergenoemde partij bij gebreke van het rechtens relevante belang niet heeft kunnen deelnemen. Het nochtans ten nadele van die partij aannemen van formele rechtskracht van het besluit in een dergelijk geval zou, gelijk het Hof terecht [...] tot uitdrukking heeft gebracht, tot het niet aanvaardbare gevolg leiden dat de genoemde partij zelf de grondslag van haar vordering noch door de bestuursrechter noch door de burgerlijke rechter zou kunnen laten beoordelen.’⁷⁵

74 Mok & Tjittes, p. 383.

75 Zie bijvoorbeeld: HR 3 februari 2006, AB 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen. Zie ook: Van Ettekovén 2006, p. 20.

Dit is geen louter theoretische categorie. De bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg staat, tenzij een bijzondere wet een afwijkende regeling bevat, ingevolge artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht immers slechts open voor belanghebbenden als bedoeld in artikel 1:2 van die wet. De jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties schommelt in de loop der tijd bezien tussen een restrictieve(re) en een ruimhartige(r) uitleg van het belanghebbendebegrip, zodat rechtzoekenden én de civiele rechter daarop niet altijd even goed kunnen anticiperen.⁷⁶ Evenmin is ondenkbaar dat die jurisprudentie wijzigt nadat de civiele rechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan, maar het hoger beroep nog aanhangig is.

Voor beantwoording van de vraag wie belanghebbende bij een beroep tegen een besluit is, is in beginsel de situatie in de bestuurlijke fase bepalend. De kring van belanghebbenden wordt uiterlijk in de bezwaarfase bepaald. Indien iemand daarna, bijvoorbeeld door het sluiten van een overeenkomst, in een positie komt waarin hij door het besluit rechtstreeks in zijn belangen wordt getroffen, verkrijgt hij daarmee niet alsnog de status van belanghebbende.⁷⁷ Dit ligt mogelijk anders, indien een rechtzoekende op grond van vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie in de bestuurlijke fase geen belanghebbende was, maar dat als gevolg van een omgaan van de bevoegde hoogste bestuursrechter daarna wel wordt. Of iemand belanghebbende is of niet, berust immers op een uitleg van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht. Een wijziging of nuancering in deze uitleg wordt, behoudens eventueel rechterlijk overgangsrecht, vanaf het moment van omgaan met terugwerkende kracht geacht het geldende recht weer te geven. In zo'n geval was de rechtzoekende, in retrospectief bezien, daarmee in de bestuurlijke fase wél belanghebbende, zij het dat hem (wellicht?) niet kan worden verweten toen geen rechtsmiddelen te hebben aangewend.

Mij is geen jurisprudentie van één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties bekend, waarin deze problematiek uitdrukkelijk aan de orde was. Het in een dergelijk geval alsnog ontvangen van een rechtzoekende die in de eerste ronde in het geheel niet in beeld was, kan uit oogpunt van rechtszekerheid van derden wel vragen oproepen. Dit leidt er immers toe dat onder omstandigheden jaren na het in rechte onaantastbaar worden van het besluit door een voor de rechtzoekende van het (hoger) beroep negatieve uitspraak van de bestuursrechter de zaak weer open komt te liggen. Het is mijns inziens evenwel aan de bestuursrechter en niet de civiele rechter daarvoor een aan alle belangen recht doende, passende oplossing te vinden.

Uit het arrest van het gerechtshof Den Haag in de SGP-zaak kan worden afgeleid dat de ontvankelijkheid van een rechtzoekende bij de civiele rechter in gevaar komt, indien hij in eerste aanleg door de bestuursrechter niet als

76 Zie voor een nadere uitwerking van – de ontwikkeling van – het belanghebbende-begrip: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 215-254, Schlössels & Zijlstra, p. 177-209, en Van Ettekovén 2011-2, p. 301-302. Zie over de betekenis van het belanghebbende-begrip voor de ontvankelijkheid bij de civiele rechter: Van Angeren, p. 29-39.

77 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 215.

belanghebbende was aangemerkt en dus niet aan de procedure kon deelnemen, maar door de hogerberoepsinstantie alsnog als belanghebbende tot de procedure wordt toegelaten.⁷⁸ De toelating door de Afdeling bestuursrecht-spraak van – onder andere – de stichting Proefprocessenfonds Clara Wichmann had tot gevolg dat voor haar bij de bestuursrechter ‘een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstond om haar opvatting, dat de SGP geen subsidie mag worden verleend, aan de rechter voor te leggen’. Dit leidde tot een gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaring van de stichting bij de civiele rechter, namelijk voor zover de vordering ertoe strekt dat de Staat de subsidie van de SGP op grond van de Wet subsidiëring politieke partijen beëindigt. In die zaak speelden overigens geen termijnperikelen bij de bestuursrechter, aangezien de rechtzoekende tijdig getracht had zich in de bestuursrechtelijke procedure te mengen, maar door de rechtbank geweigerd was. Op de vraag hoe door de rechter gehandeld moet worden met termijnperikelen indien alsnog een bestuursrechtelijke rechtsgang kan worden gevolgd, kom ik later terug.

Indien tijdens de termijn voor het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen slechts twijfel mogelijk was of *déze* rechtzoekende belanghebbende is, mag van hem worden verwacht dat hij de bestuursrechtelijke rechtsgang beproeft. Het nalaten daarvan zou ertoe moeten leiden dat de civiele rechter hem de formele rechtskracht tegenwerpt. Er bestond in dat geval immers een bestuursrechtelijke rechtsingang, maar de rechtzoekende heeft er zelf voor gekozen deze niet te bewandelen, omdat hij de kans op succes te klein achtte. Hoewel dogmatisch verdedigbaar, kan ik mij voorstellen dat het te ver gaat van een rechtzoekende, die volgens vaste jurisprudentie van de ter zake hoogste bestuursrechter onmiskenbaar geen belanghebbende is, te vergen dat hij tot in hoogste instantie probeert de bestuursrechter tot wijziging van zijn jurisprudentie te bewegen voordat hij zich tot de civiele rechter kan wenden.

Het zou mijns inziens overigens niet zo heel vreemd zijn geweest als de Hoge Raad had geoordeeld dat een rechtzoekende, aan wie de wetgever het recht heeft onthouden zich tot de bestuursrechter te wenden omdat hij geen belanghebbende is, ook bot vangt bij de civiele rechter. Dat zou in elk geval een positieve bijdrage leveren aan de overzichtelijkheid van het systeem. Een andere benadering zou – zoals Van Ettehoven opmerkt – immers leiden tot dubbele rechtsbescherming voor appellabele besluiten, waarmee de exclusieve competentie van de bestuursrechter achterhaald zou zijn.⁷⁹ Voor geschillen die binnen het toepassingsbereik van artikel 6 van het EVRM vallen, hetgeen bij vorderingen wegens – gesteld – onrechtmatig handelen doorgaans het geval is, zou dat onder omstandigheden evenwel kunnen leiden tot strijd met het door die bepaling gewaarborgde recht op toegang tot

78 Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619.

79 Van Ettehoven 2006, p. 22. Zie ook: Roozendaal 2003, p. 149-159.

een onafhankelijke rechter. Ruimhartige toepassing van het belanghebben-devereiste door de bestuursrechter is een oplossing voor dit probleem.⁸⁰ Ook zonder deze ruimhartige toepassing zal het relativiteitsvereiste voor de civiele rechter een passend instrument kunnen zijn onterechte vorderingen van een niet-belanghebbende het hoofd te bieden.

Los daarvan, is de keuze van de Hoge Raad aan een niet-belanghebbende de formele rechtskracht niet tegen te werpen wel te begrijpen. Deze derde is voor zijn rechtsbescherming immers juist op de civiele rechter aangewezen, omdat hij – als gevolg van een keuze van de wetgever – geen toegang heeft tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en zijn standpunt derhalve door de bestuursrechter niet in de oordeelsvorming kon worden betrokken.

Dat bergt het risico in zich dat de civiele en de bestuursrechter over dezelfde bestuurshandeling tot verschillende conclusies komen. Het risico wordt weliswaar beperkt omdat de civiele rechter rekening zal houden met het oordeel van de bestuursrechter, maar daarmee is niet gezegd dat hij tot hetzelfde oordeel komt. Niet kan immers worden uitgesloten dat de door de derde aangevoerde gronden tot een ander oordeel leiden over de rechtmatigheid van het nemen en handhaven van het besluit, dan wel dat het enkele tijdsverloop het geschil in een ander licht plaatst.⁸¹ Voor de volledigheid merk ik op dat de uitkomst van de civiele procedure geen, althans geen directe, gevolgen heeft voor de rechtspositie van de vergunninghouder, die zich er ten opzichte van het bestuursorgaan immers wél op kan beroepen dat het besluit in rechte onaantastbaar is geworden. Indirect kan het wel gevolgen hebben. Immers, niet kan worden uitgesloten dat het bestuursorgaan in de uitspraak van de civiele rechter grond ziet tot intrekking of wijziging van het besluit, zoals ik hierna zal toelichten.

Onder omstandigheden kan de formele rechtskracht van een besluit ook een zekere horizontale werking hebben.⁸² Het betreft dan de relatie tussen degenen tot wie het besluit is gericht en/of degenen tot wie het besluit weliswaar niet is gericht, maar die – zoals de Hoge Raad het verwoordt – wel het rechtens vereiste belang hebben om gebruik te kunnen maken van een

80 Schlössels 2007, p. 325-327. Zie ook: VAR-Commissie Rechtsbescherming, p. 93-95.

81 Zie ook: Van Ettekoven 2006, p. 20.

82 HR 22 december 2006, *NJ* 2007/218, m.nt. G.A. van der Veen. De annotator merkt in zijn noot onder het arrest op dat de Hoge Raad zelf de formele rechtskracht niet in stelling brengt. Hij merkt mijns inziens echter terecht op dat het er uiteindelijk om gaat dat 'de bestuursrechter en de civiele rechter geen uiteenlopende oordelen formuleren op rechtsvragen die identiek of bijna identiek zijn en die ter invulling van (min of meer) dezelfde norm en dus (min of meer) met hetzelfde doel zijn opgeworpen. Indien dergelijke rechtsvragen in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde zijn gekomen of hadden kunnen komen, dan noopt een doelmatige verdeling van werkzaamheden van de bestuursrechter en de civiele rechter ertoe dat deze laatste zijn oordeel laat aansluiten bij dat van de eerste.' Het arrest is ook gepubliceerd in *NJ* 2007/218, m.nt. M.R. Mok, en besproken door J.J. Hoekstra in *Bb* 2007/31.

met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang.⁸³ Dit betreft derhalve ook derde- of (processueel) belanghebbenden, zoals de buurman van een burger die geen bezwaar heeft gemaakt tegen de afwijzing van de aanvraag van de burger om verlening van een bouwvergunning.⁸⁴

De positie van een niet-belanghebbende is een andere. Hoewel het in de rede ligt dat een niet-belanghebbende zich in een horizontale relatie jegens een belanghebbende wél op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter kan beroepen, in die zin dat een vernietigd besluit geacht wordt van meet af onrechtmatig te zijn geweest (en daarmee ook het gebruik dat de houder van de vergunning heeft gemaakt), ligt dat in de spiegelbeeldige situatie niet in de rede.⁸⁵ Met andere woorden: dat de bestuursrechter een besluit tot verlening van een vergunning niet heeft vernietigd, dan wel dat daartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend, betekent niet dat het gebruikmaken van die vergunning ten opzichte van een derde (niet-belanghebbende) onder omstandigheden niet onrechtmatig kan zijn. De belangen van de derde kon de bestuursrechter immers niet in de beoordeling betrekken.

In strikte zin is in vorenstaande gevallen van een uitzondering geen sprake, omdat niet wordt voldaan aan de door de Hoge Raad geformuleerde toepassingsvereisten van het beginsel van de formele rechtskracht. Weliswaar sprak de Hoge Raad in het arrest Heesch-Van de Akker nog *in abstracto* over het hebben opengestaan van een administratieve rechtsgang, hetgeen nog de mogelijkheid openliet het ongebruikt verstrijken van de termijn voor het aanwenden van rechtsmiddelen ook aan in de bestuursrechtelijke procedure niet-belanghebbenden tegen te werpen. Uit latere jurisprudentie blijkt echter dat dit aldus moet worden verstaan dat voor het tegenwerpen van het beginsel van de formele rechtskracht aan een rechtzoekende vereist is dat deze tegen het besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen had kunnen aanwenden, maar dat het aan hem valt toe te rekenen dat hij dat niet heeft gedaan.⁸⁶

Formele rechtskracht en actieve of passieve misleiding door het bestuursorgaan

De eerste echte uitzondering betreft het geval dat het aan de rechtzoekende niet kan worden toegerekend dat hij geen gebruik heeft gemaakt van een voor hem op zichzelf openstaande of opengestaan hebbende bestuursrechtelijke rechtsgang. Het duidelijkste voorbeeld betreft het geval waarin een rechtzoekende zich er weliswaar van bewust was dat tegen een besluit bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden openstonden, maar hij op grond van door het bestuursorgaan gedane uitlatingen of toezeggin-

83 HR 8 september 1995, NJ 1997/159, m.nt. M. Scheltema. Zie over horizontale werking van de formele rechtskracht ook: Hoegee, p. 158-162.

84 Zie over de derde-belanghebbende en formele rechtskracht: Van Angeren, p. 179-200. Zie ook: Mok & Tjittes, p. 399-400, en Schlössels & Zijlstra, p. 1401-1402.

85 Zie ook: Van der Veen 2009, p. 8-10.

86 Zie ook Scheltema 2009, paragraaf 3.1, en Van der Veen 2009, p. 13 en de genoemde jurisprudentie. Zie echter ook: A.R. Neerhof bij ABRvS 25 juni 2003, AB 2004/81, en Fruytier.

gen ervan heeft afgezien daarvan gebruik te maken. Inherent aan deze categorie is dat het bestuursorgaan de uitlatingen of toezeggingen moet hebben gedaan vóór het aflopen van de bezwaar- of beroepstermijn.⁸⁷ Andere voorbeelden zijn het geval waarin het bestuursorgaan onduidelijkheid heeft laten (voort)bestaan over het karakter van de beslissing (wel of geen beroepbaar besluit) waarmee de rechtzoekende zich niet kan verenigen of daarover zelfs onjuiste informatie heeft verstrekt. Of het geval waarin het bestuursorgaan onjuiste informatie heeft verstrekt over de mogelijkheden langs bestuursrechtelijke weg tegen dat besluit op te komen. Daartoe behoort ook het geval dat het bestuursorgaan de rechtzoekende uitdrukkelijk heeft gemeld dat hij bij het besluit geen belanghebbende is, terwijl hij dat op grond van vaste jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties wél is.⁸⁸

Het gaat hier om situaties waarin door toedoen van het bestuursorgaan twijfel is gerezen of onduidelijkheid is ontstaan of blijven bestaan over het al dan niet openstaan van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen. In deze gevallen werpt de Hoge Raad de rechtzoekende de formele rechtskracht niet tegen. Oplettenheid is hier voor de rechtzoekende evenwel geboden: het niet geven van informatie over eventuele tegen een besluit openstaande rechtsmiddelen, dan wel de omstandigheid dat verschillend kan worden gedacht over het karakter van een beslissing leidt niet tot een doorbreking van de formele rechtskracht.⁸⁹ Aan een rechtzoekende die dwaalde over de vraag of het besluit inhoudelijk juist is en als gevolg daarvan – in retrospectief ten onrechte – geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend, werpt de civiele rechter de formele rechtskracht wel tegen.⁹⁰

Uitzondering formele rechtskracht: bestuursrechtelijke verschoonbaarheid

Voormelde grond waarop de Hoge Raad bereid is aan een rechtzoekende de leer van de formele rechtskracht niet tegen te werpen, vertoont een opvallende gelijkenis met de gronden waarop de bestuursrechter een overschrijding van de voor het aanwenden van rechtsmiddelen geldende termijn met toepassing van artikel 6:11 van de Algemene wet bestuursrecht verschoonbaar acht.⁹¹ De vraag rijst daarom of van een rechtzoekende in deze gevallen niet zou mogen worden verwacht dat hij zich alsnog tot de bestuursrechter wendt.⁹² Er zijn mijns inziens twee mogelijkheden. Een rechtzoekende,

87 Toezeggingen die door een bestuursorgaan zijn gedaan nadat de termijn al was verstreken, baten de rechtzoekende niet. Deze toezeggingen waren voor hem immers niet de reden af te zien van het aanwenden van rechtsmiddelen. Zie hierover ook: Scheltema 2009, paragraaf 3.4.

88 Zie ook: Van Ravels 2009, p. 355-357.

89 Zie ook: Polak 2009, p. 162-163.

90 Zie onder meer: HR 24 februari 2003, NJ 2003/625, en HR 9 september 2005, NJ 2006/93, beide m.nt. M.R. Mok.

91 Zoals ook wordt opgemerkt door Van Angeren 2008, p. 80-81, en door A-G Keus in zijn conclusie bij HR 19 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK9141. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie Schreuder-Vlasblom 2013, p. 360-372.

92 Zie hierover ook: Van Ravels 2009, p. 357-358.

die in eerste instantie door toedoen van het bestuursorgaan dwaalde over de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden, maar zo spoedig als redelijkerwijs van hem kon worden verwacht alsnog bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden aanwendt, zal over het algemeen de termijn verschoonbaar hebben overschreden.⁹³ Alleen als een rechtzoekende de civiele rechter adieert in plaats van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg te kiezen en de civiele rechter van oordeel is dat hem van de verkeerde keuze geen verwijt kan worden gemaakt, kan hij ook later met behoud van termijn naar de bezwaar- of beroepsprocedure overstappen. Zoals hiervoor opgemerkt, voorziet artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering uitdrukkelijk in die mogelijkheid.⁹⁴ Indien de rechtzoekende evenwel de bestuursrechtelijke weg kiest en de bestuursrechter de termijnoverschrijding niet verschoonbaar acht, zou de civiele rechter de rechtzoekende aan zijn keuze voor de bestuursrechter moeten houden en derhalve zonder meer moeten uitgaan van de juistheid van diens oordeel.

In het kader van de totstandkoming van de voorloper van artikel 70 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft de regering gezien dat geen grond bestaat de weg van de verschoonbare termijnoverschrijding dwingend voor te schrijven, bijvoorbeeld door het achterwege laten van het derde lid, op grond waarvan de termijn voor het alsnog indienen van een bezwaar- en beroepschrift een aanvang neemt na de dag waarop het vonnis van de civiele rechter onherroepelijk wordt. Daarvoor is om redenen van rechtszekerheid niet gekozen.⁹⁵

Ook Advocaat-Generaal Keus bepleit in zijn conclusies bij de arresten van 23 februari 2007 en 13 juli 2007 dat het een rechtzoekende die zich na afloop van de termijn realiseert dat bestuursrechtelijke rechtsmiddelen konden worden aangewend, niet vrijstaat in plaats daarvan te kiezen voor de civiele rechter.⁹⁶ Hij stelt zich – kort gezegd – op het standpunt dat, indien de omstandigheden van het geval voor de bestuursrechter geen grond zijn de termijnoverschrijding verschoonbaar te achten voor de civiele rechter evenmin grond zou moeten bestaan de formele rechtskracht van het besluit niet tegen te werpen. Hij betoogt dat van een rechtzoekende zonder meer mag

93 'Zo spoedig als redelijkerwijs kan worden verwacht' is overigens een niet eenduidig afgebakende term, die bovendien niet alle bestuursrechters op dezelfde wijze invullen en waarbij zij – soms – ook onderscheid maken al naar gelang de rechtzoekende de geadresseerde van het besluit was of een (derde-)belanghebbende en of de termijn al dan niet was verstrekken op het moment dat de rechtzoekende ophield in dwaling te verkeren. Een beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval lijkt de norm, zij het dat binnen twee weken over het algemeen (maar niet altijd) als 'zo spoedig mogelijk' wordt aangemerkt.

94 Zie ook: F.J. van Ommeren bij HR 13 juli 2007, AB 2008/155.

95 PG Awb II, p. 466.

96 HR 23 februari 2007, AB 2009/30, m.nt. B.P.M. van Ravels, en HR 13 juli 2007, NJ 2007/504, m.nt. M.R. Mok. Zie, zij het iets voorzichtiger, Van der Veen 2009, p. 8-9. P.J. Wattel neemt in zijn conclusie voor HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL0124, een vergelijkbaar standpunt in voor gevallen waarin toepassing van de leer van de formele rechtskracht leidt tot competentieverschuivingen tussen de civiele en bestuursrechter.

worden verwacht dat hij de bestuursrechtelijke weg bewandelt. Daardoor heeft de uitspraak van de bestuursrechter de gebruikelijke gevolgen voor het al dan niet tegenwerpen van de formele rechtskracht van het besluit: wordt het besluit vernietigd, dan zijn onrechtmatigheid en schuld gegeven; blijft het besluit om welke reden ook in stand, dan moet de civiele rechter van de rechtmatigheid ervan uitgegaan.

De Hoge Raad volgde de Advocaat-Generaal in het arrest van 23 februari 2007 daarin niet. Omdat de Hoge Raad in de daaraan ten grondslag gelegde redenering zeer de nadruk heeft gelegd op de omstandigheden van het voorliggende geval, kan ik mij evenwel niet aan de indruk onttrekken dat dat meer *pour besoin de la cause* was, dan dat daarin een principiële verwerping van het door Keus ingenomen standpunt moet worden gezien.⁹⁷

Hoewel dit punt in de middelen uitdrukkelijk aan de orde is gesteld, gaat de Hoge Raad in het arrest van 13 juli 2007 in het geheel niet in op de vraag of van de rechtzoekende in dat geval (de Gasunie) mocht worden verwacht dat zij zich alsnog tot de bestuursrechter wendde. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat het gesteld onrechtmatig handelen niet (meer) de verlening van de bouwvergunning betrof, maar het niet ook aan de Gasunie melden van de indiening van een aanvraag door een derde om verlening van een vergunning voor het bouwen van een bouwwerk dat de exploitatie of veiligheid van het aardgasleidingennet in gevaar zou kunnen brengen. Als gevolg daarvan kwam de Gasunie pas na realisering van het bouwwerk op de hoogte van de verleende vergunning. Het ging de Gasunie vervolgens niet (meer) om verwijdering van het bouwwerk, maar om vergoeding van de kosten voor aanpassing van de aardgasleiding, voor zover die de kosten die zij had moeten maken, indien de aanvraag wél tijdig was gemeld, te boven gaan.

Het arrest kan aldus worden verstaan, dat het enkele niet-melden al een onrechtmatige daad jegens de Gasunie oplevert.⁹⁸ Ook Van Ommeren ziet in zijn noot onder het arrest van 13 juli 2007 in de omstandigheid dat voor partijen de aanwezigheid van de schuur een gegeven is en het enkel nog gaat om een vergoeding van de extra kosten, een verklaring waarom de Hoge Raad voorbijgaat aan een alternatieve bestuursrechtelijke weg.⁹⁹ Het 6:11-middel faalt, omdat het berust op een onjuiste uitleg van het deel van het arrest van het gerechtshof, waarin het voormelde onrechtmatigheid heeft vastgesteld. Ervan uitgaande dat het niet melden door de gemeente aan de Gasunie dat een bouwaanvraag was ontvangen – gelet op het limitatief-imperatieve stelsel voor de beoordeling van aanvragen voor een bouwvergunning – vermoedelijk niet tot afwijzing van de vergunningaanvraag had kunnen leiden, rijst ook de vraag wat Gasunie van de bestuursrechter had kunnen verwachten, anders

97 B.P.M. van Ravels onderscheidt in zijn noot bij HR 23 februari 2007, AB 2009/30, zeven (!) omstandigheden die voor de Hoge Raad zelfstandig of in onderlinge samenhang bezien grond waren of konden zijn de formele rechtskracht niet tegen te werpen.

98 Zie ook: A.R. Neerhof bij HR 23 februari 2007, NTBR 2008/24.

99 HR 13 juli 2007, AB 2008/155, m.nt. F.J. van Ommeren.

dan de vaststelling dat ten onrechte niet gemeld was. Dit was voor de civiele rechter klaarblijkelijk zo evident dat geen grond bestond voor een spreekwoordelijk rondje om de kerk bij de bestuursrechter. Een uitgebreidere motivering op dit punt had echter niet misstaan.

Schlössels en Zijlstra zien het arrest als een verfijning van de uitzondering volgens welke de Hoge Raad de formele rechtskracht niet tegenwerpt, indien het aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend dat de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet is bewandeld.¹⁰⁰ Het verwijtbare handelen van het bestuursorgaan bestaat er in dit geval uit dat het 'specifieke zorgvuldigheidsverplichtingen schendt door een belanghebbende niet (tijdig) te informeren over besluitvorming'.¹⁰¹

De specifieke zorgvuldigheidsverplichting bestond er uit dat in de planvoorschriften uitdrukkelijk was opgenomen dat het college de Gasunie zou informeren over een voornemen af te wijken van het in het bestemmingsplan opgenomen verbod om – kort gezegd – te bouwen boven een aardgasleiding. Gegeven die duidelijke opdracht aan het college zou inderdaad betoogd kunnen worden dat de Gasunie erop mocht rekenen dat zij tijdig geïnformeerd zou worden. Of dat bestuursrechtelijk voldoende zou zijn geweest verschoonbaarheid aan te nemen, is echter de vraag. Onwetendheid over vergunningverlening en het als gevolg daarvan niet tijdig aanwenden van rechtsmiddelen leidt bestuursrechtelijk immers over het algemeen niet tot verschoonbaarheid. Ten tijde van voor het wijze van het arrest van belang werd van de ontvangst van een aanvraag om verlening van een bouwvergunning en de verlening van de vergunning ingevolge artikel 57, eerste lid, van de Woningwet immers aantekening gemaakt in een openbaar register. Ingevolge artikel 41 van de Woningwet werd de ontvangst van elke aanvraag bovendien gepubliceerd in een van gemeentewege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad. Van de burger wordt in dezen door de bestuursrechter een actieve opstelling verwacht, soms zelfs tot het nemen van een abonnement op een plaatselijk dagblad!¹⁰²

Ook in het eerdergenoemde arrest van 23 februari 2007 speelde een niet onbelangrijke rol dat de bankdirecteur inmiddels niet meer geïnteresseerd was in het alsnog verkrijgen van een verklaring van geen bezwaar, die de inzet van de bestuursrechtelijke procedure zou zijn, maar in een vergoeding van de schade die hij had geleden doordat hem in eerste instantie zodanige verklaring was geweigerd. Evenzeer zou betoogd kunnen worden dat het onjuist informeren van de rechtzoekende over de hem ter beschikking staande rechtsbeschermingsmiddelen, ook als het bestuursorgaan destijds niet beter wist, jegens de rechtzoekende onrechtmatig was en de schade in elk geval mede-veroorzaakt heeft. Voor zover ik kan zien is dat door de rechtzoekende overigens niet betoogd. Het maken van een onderscheid tussen

100 Schlössels & Zijlstra, p. 1403-1404.

101 In dezelfde zin: A.R. Neerhof bij HR 13 juli 2007, *NTBR* 2008/24.

102 ABRvS 28 december 1999, *AB* 2000/150, m.nt. A.A.J. de Gier.

vernietigingsberoep en vordering tot schadevergoeding zou voor dit soort gevallen een oplossing bieden.¹⁰³

Overigens kan niet worden ontkend dat de uitkomst in de genoemde zaken in elk geval uit praktisch oogpunt bevredigend is: waarom zou een rechtzoekende zich nog tot de bestuursrechter moeten wenden als hij niet meer in vernietiging van het besluit geïnteresseerd is of dat wellicht zelfs nimmer was, maar slechts in het verkrijgen van schadevergoeding? Indien het de rechtzoekende evenwel niet uitsluitend om schadeloosstelling in geld zou gaan, maar hij – bijvoorbeeld met een verbodsactie – in deze of een toekomstige procedure ook afbreuk zou willen doen aan de publiekrechtelijke rechtsgevolgen van het in rechte onaantastbare besluit, zou voor het maken van een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht geen plaats zijn en kan hem worden tegengeworpen dat hij zich niet (alsnog) tot de bestuursrechter heeft gewend, nadat hem zijn dwaling duidelijk was geworden. De door Kortmann bepleite nuancering van het stelsel, waarbij de civiele rechter niet langer uitgaat van het *fundamentum petendi*, maar van het *petitum* is in dit verband sympathiek. Daardoor kan maatwerk worden geleverd al naar gelang het resultaat dat de rechtzoekende bij de civiele rechter wil bereiken.¹⁰⁴

Met deze kanttekeningen ben ik het met Adocaat-Generaal Keus eens dat van een rechtzoekende die in eerste instantie door toedoen van het bestuursorgaan heeft afgezien van het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen, mag worden verwacht dat hij deze rechtsmiddelen alsnog aanwendt nadat hij ervan op de hoogte raakt dat deze voor hem openstaan. Of inderdaad sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding staat ter beoordeling van de bestuursrechter; de civiele rechter moet er maar op vertrouwen dat die beoordeling tot een juiste uitkomst leidt.¹⁰⁵ Of zoals Keus het formuleert:

‘Twijfel of de bestuursrechter de mogelijkheid van een verontschuldgbare termijnoverschrijding voldoende ruimhartig toepast, kan uiteraard niet rechtvaardigen dat de burgerlijke rechter intervenueert: tot de uitgangspunten van de leer van de formele rechtskracht behoort immers ook dat de burgerlijke rechter het oordeel van de bestuursrechter respecteert. Uitgangspunt voor de burgerlijke rechter zal dan ook moeten zijn dat in die gevallen waarin naar het oordeel van de bestuursrechter een termijnoverschrijding niet kan worden gepardonneerd, het daadwerkelijk aan de belanghebbende valt toe te rekenen dat hij de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen onbenut heeft gelaten.’

Niet-ontvankelijkverklaring door de bestuursrechter wegens een termijnoverschrijding heeft door de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter tot gevolg dat daarmee de schadevergoedingsaanspra-

103 Zie hierover ook: B.P.M. van Ravels, met verschillende literatuurverwijzingen, bij HR 23 februari 2007, AB 2009/30, en Kortmann 2009, p. 247-250. Zie over mogelijke negatieve gevolgen hiervan: Van Ettekoven 2006, p. 22-23.

104 Kortmann 2006, p. 188-196.

105 In dezelfde zin ook: M. Scheltema bij HR 13 november 1992, NJ 1993/639. Zie ook Scheltema 2009.

ken van de rechtzoekende verloren gaan. Iets anders is uiteraard of het bestuursorgaan, dat een rechtzoekende door het verstrekken van onjuiste informatie heeft weerhouden van het aanwenden van ter beschikking staande rechtsmiddelen, zich ten opzichte van die burger in een civielrechtelijke procedure zou moeten (kunnen) beroepen op de rechtmatigheidsfictie die het gevolg is van die handelwijze.

Verschoonbaarheid en dan?

Als een termijnoverschrijding verschoonbaar is en er als gevolg daarvan dus alsnog een bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg ontstaat, bestaat voor het doorbreken van de formele rechtskracht door de civiele rechter geen grond.¹⁰⁶ Van de rechtzoekende mag dan worden verwacht dat hij de bestuursrechtelijke weg uitprocedeert alvorens hij zich tot de civiele rechter wendt.¹⁰⁷ De rechtzoekende heeft daarbij ook een eigen belang: indien de bestuursrechtelijke weg voor hem tot een gunstig resultaat leidt, staan onrechtmatigheid van het besluit en schuld van het bestuursorgaan immers vast.

In dit verband zou kunnen worden betoogd dat ook buiten de verschoonbaarheidsroute een nieuwe bestuursrechtelijke rechtsgang kan worden gecreëerd. Ik heb hier het oog op het geval waarin de rechtzoekende die eerder buiten zijn schuld de geldende termijn ongebruikt heeft laten verstrijken het bestuursorgaan vraagt terug te komen van het onaantastbare besluit. Een beslissing op een dergelijk verzoek is volgens vaste jurisprudentie een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit, maar voor rechterlijke toetsing ervan is – zeer uitzonderlijke omstandigheden daargelaten – slechts plaats, indien en voor zover sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, dan wel een relevante wijziging van het recht.¹⁰⁸ Aangezien deze weg derhalve slechts de mogelijkheid opent tot een toetsing van de weigering terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit en niet tot het alsnog verkrijgen van een oordeel over de rechtmatigheid van het oorspronkelijke besluit, staat deze mogelijkheid mijns inziens niet in de weg aan het door de civiele rechter niet tegenwerpen van de formele rechtskracht aan de rechtzoekende.

Ik kan mij overigens niet aan de indruk onttrekken dat ook de Hoge Raad niet in algemene zin van oordeel is dat van een in eerste instantie ten aanzien van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden dwalende rechtzoekende niet kan worden gevergd alsnog de bestuursrechtelijke route te bewandelen als hem zijn dwaling duidelijk wordt. Ware dat anders, dan was het Gasunie-arrest bij uitstek geschikt dat duidelijk te maken. De gemeente had namelijk ook middelen gericht tegen het oordeel van het gerechtshof. Dat kwam erop neer dat voor het aannemen van een uitzondering op de formele

106 Zie ook: Polak 2009, p. 161, en Van Angeren, p. 80-81.

107 Zie voor een voorbeeld: HR 27 mei 1994, NJ 1997/158, m.nt. M. Scheltema.

108 Onder meer: ABRvS 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5088; zie ook CBB 16 november 2010, AB 2011/51, m.nt. R. Orltep. Zie hierover uitgebreid: paragraaf 5.3.3.6-5.3.3.7.

rechtskracht reeds voldoende is dat het aan de gemeente is toe te rekenen dat de Gasunie heeft verzuimd tegen de verleende vergunning op te komen. De overweging kan ook aldus worden verstaan dat in de visie van het gerechtshof voor het maken van een uitzondering op de formele rechtskracht slechts bepalend is of het aan de gemeente moet worden toegerekend dat destijds geen rechtsmiddelen zijn aangewend en niet ook of op dit moment alsnog rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.¹⁰⁹

Uitzondering formele rechtskracht: erkenning onrechtmatigheid

Daarmee kom ik toe aan de tweede uitzondering: het geval waarin het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit heeft erkend. Het gaat daarbij niet om die gevallen waarin het bestuursorgaan als gevolg van die erkenning overgaat tot intrekking, herroeping of terugneming van het besluit. Een besluit dat geen deel meer uitmaakt van de wereld van het recht kan immers geen formele rechtskracht bezitten. In dat geval bestaat voor het maken van een uitzondering daarop geen reden meer.¹¹⁰ De volgende vraag is dan welke gevolgen het intrekken, herroepen of terugnemen van het besluit voor een eventuele verplichting tot schadevergoeding van het bestuursorgaan heeft. Indien deze uitzondering aldus wordt opgevat dat de erkenning door het bestuursorgaan van de onrechtmatigheid van het besluit moet hebben plaatsgevonden voordat de termijn waarbinnen daartegen rechtsmiddelen konden worden aangewend was verstreken, ligt deze in het verlengde van de hiervoor al besproken uitzondering. In die benadering wordt de formele rechtskracht niet tegengeworpen als het aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend dat een belanghebbende, wiens streven primair is gericht op het verkrijgen van een schadeloosstelling (in geld) en niet in vernietiging van het schadeveroorzakende besluit, heeft afgezien rechtsmiddelen aan te wenden. Zoals blijkt uit de uitspraak van 25 juni 2003 kiest in elk geval de Afdeling bestuursrechtspraak onder verwijzing naar het Maple Tree-arrest van de Hoge Raad deze voor benadering.¹¹¹

De overwegingen van de Hoge Raad waarnaar de Afdeling bestuursrechtspraak verwijst, zijn minder eenduidig dan zij doet voorkomen. Toch ben ik – anders dan Neerhof in zijn noot onder het Maple Tree-arrest – van mening dat het oordeel van de Hoge Raad niet (alleen) het gevolg is van onhandig procederen door Maple Tree. Niet goed valt in te zien dat de Hoge Raad de criteria, aan de hand waarvan de civiele rechter moet beoordelen of de leer van de formele rechtskracht aan toewijzing van een vordering in de weg staat, laat afhangen van het procesgedrag van partijen. De overweging kan ook aldus worden gelezen, dat het middel reeds faalt, omdat het feitelijke oor-

109 Zie over de arresten van 23 februari 2007 en 13 juli 2007 ook: Van Ravels 2007-2, p. 263-265.

110 Zij het dat intrekking, herroeping of terugneming van het besluit als zodanig niet ook iets zegt over de rechtmatigheidsfictie. Zie hierover ook: Kortmann 2009, p. 244-246.

111 ABRvS 25 juni 2003, AB 2004/81, m.nt. A.R. Neerhof. Zie ook: Van Angeren, p. 56-61, Van Ettekooven 2006, p. 46, Van Ettekooven, Bakker & Hoogenboom, p. 249, en Den Ouden & Tjepkema, p. 169.

deel van het gerechtshof dat de erkenning van de onrechtmatigheid niet heeft plaatsgevonden vóór het verstrijken van de termijn voor het aanwenden van de openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen, niet was bestreden.¹¹² Een ruime opvatting van de uitzondering, waarbij deze van toepassing is bij elke erkenning van onrechtmatigheid door het bestuursorgaan, voorkomt procederen om een vernietiging van het besluit als het de rechtzoekende er uitsluitend om gaat een schadeloosstelling (in geld) te verkrijgen, maar zou het toepassingsbereik van deze uitzondering ook aanzienlijk vergroten.

Zoals Kortmann terecht opmerkt, doet de omstandigheid dat een bestuursorgaan de onrechtmatigheid van een beroepbaar besluit erkent, er niet aan af dat tegen het besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Evenmin leidt dit er toe dat bestuursrechtelijk niet meer van de geldigheid van het besluit moet worden uitgegaan.¹¹³ Van Ettekoven merkt terecht op dat het ongebruikt verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijn nu juist tot gevolg heeft dat van de fictie moet worden uitgegaan dat het besluit naar inhoud en wijze van totstandkoming rechtmatig is, ook indien vaststaat dat het besluit zou zijn vernietigd, als daartegen wel bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zouden zijn aangewend.¹¹⁴ Met andere woorden: met de erkenning door het bestuursorgaan van de onrechtmatigheid van het besluit is zijn aansprakelijkheid nog geen gegeven. Het gaat enkel om de vraag of een rechtzoekende die uitsluitend schadevergoeding wil, moet worden tegengehouden dat hij de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet heeft bewandeld. De vraag zo stellen, is hem ook beantwoorden. Daargelaten of het, zoals Scheltema opmerkt, aanvaardbaar is dat een besluit dat volgens de civiele rechter tot onrechtmatig handelen ten opzichte van een rechtzoekende leidt, deel blijft uitmaken van de rechtsorde, is het begrijpelijk dat de Hoge Raad voor deze gevallen een uitzondering op de rechtmatigheidsfictie heeft aanvaard.¹¹⁵ Of op grond van de erkenning van de onrechtmatigheid aanleiding bestaat een schadevergoeding toe te kennen zal de civiele rechter moeten beoordelen nadat hij de uitzondering heeft aangenomen.

Wanneer is sprake van een erkenning van de onrechtmatigheid?

De betekenis van deze categorie zou uiterst beperkt zijn, indien vereist zou zijn dat het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit uitdrukkelijk en zonder voorbehoud erkent. Zoals blijkt uit het arrest St. Oederode-Van Aerle c.s. is voldoende dat de rechtzoekende stelt dat het besluit onrechtmatig is en hij uit de verklaringen en gedragingen van het overheidslichaam begrijpt en redelijkerwijs mag begrijpen dat het de onrechtmatig-

112 In vergelijkbare zin ook: M.R. Mok bij HR 24 januari 2003, NJ 2003/629.

113 Kortmann 2009, p. 247.

114 Van Ettekoven 2006, p. 20-21.

115 Scheltema 2009. Zie over de procedeedwang die het gevolg is van de leer van de formele rechtskracht onder andere: Kortmann 2006, p. 165-200, en – met uitgebreide literatuurverwijzing – B.P.M. van Ravels bij HR 23 februari 2007, AB 2009/30.

heid erkent.¹¹⁶ Erkenning door het bestuursorgaan van de onrechtmatigheid van een besluit kan derhalve actief en passief geschieden.¹¹⁷

Ook in dit geval geldt dat voor het maken van een uitzondering slechts grond bestaat, indien de rechtzoekende alleen een schadeloosstelling in geld wenst. Indien hij ook de rechtsgevolgen van het besluit wil aantasten, is de bestuursrechtelijke weg de enige weg. Voor zover mij bekend, betreffen de gevallen waarin de Hoge Raad op deze grond een uitzondering op de formele rechtskracht heeft aanvaard ook schadevergoedingsacties. Het maken van een dergelijke uitzondering kan ook in die gevallen – onbedoelde – neveneffecten hebben. Niet ondenkbaar is dat het bestuursorgaan in de civiele procedure aanleiding ziet het besluit alsnog terug te nemen of te wijzigen, bijvoorbeeld om daarmee in voor hem positieve zin invloed uit te oefenen op de hoogte van de schadevergoeding.¹¹⁸ Voor besluiten waarbij uitsluitend de rechtzoekende in de civiele procedure belanghebbende is, bestaan daartegen mijns inziens geen bezwaren. Indien derde-belanghebbenden bij het besluit menen door de handelwijze van het bestuursorgaan benadeeld te zijn, staat voor hen de weg naar de bestuursrechter open. Die zal moeten beoordelen of voldoende grond bestond ten nadele van die derden van het in rechte onaantastbare besluit terug te komen.

Uitzondering of toepassing procesrecht? Ambtshalve toepassing?

Hoewel de Hoge Raad voormelde problematiek uitdrukkelijk in de sleutel van de formele rechtskracht plaatst, kan men zich afvragen of wel sprake is van een uitzondering. Onder meer door Van Angeren wordt opgemerkt, dat dat niet het geval is omdat de civiele rechter zich niet meer over de onrechtmatigheid van het besluit hoeft uit te laten, als dat tussen partijen niet meer in geschil is.¹¹⁹ In die optiek is de uitzondering veeleer toepassing van het burgerlijk procesrecht. Deze opvatting zou in elk geval moeten worden verworpen, indien formele rechtskracht door de civiele rechter ambtshalve wordt toegepast, zoals ook de bestuursrechter doet bij het in rechte onaantastbaar zijn van besluiten. Een, zij het ietwat halfhartige, aanwijzing dat dat het geval is, zou kunnen worden gevonden in het Petronella-arrest.¹²⁰ Daarin stelt de Hoge Raad voorop dat het middel dat de besluiten onbevoegdlijk zijn genomen en derhalve niet rechtsgeldig zijn reeds moet falen op grond van de formele rechtskracht van die besluiten, omdat daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan. Vervolgens gaat de Hoge Raad evenwel in op het middel, omdat de gemeente op de formele rechtskracht geen beroep heeft gedaan. Omdat het middel ook op inhoudelijke gronden faalt, blijft overigens onduidelijk of de Hoge Raad de formele rechtskracht ziet als een al dan niet ambtshalve te beoordelen punt.

116 HR 18 juni 1993, NJ 1993/642, m.nt. M. Scheltema.

117 Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1404-1405.

118 Zie bijvoorbeeld: Van Ettekoven 2006 p. 22, en Kortmann 2009, p. 246.

119 Van Angeren, p. 56-59. Zie ook: Van Ettekoven 2006, p. 21.

120 HR 3 november 1995, AB 1996/58, m.nt. Th.G. Drupsteen.

Voor zover ik kan overzien, heeft in het overgrote deel (zo niet in alle) van de gepubliceerde gevallen het verwerend bestuursorgaan in de civiele procedure een beroep gedaan op de formele rechtskracht van de besluiten, ook in die gevallen waarin het heeft erkend dat het nemen van die besluiten onrechtmatig was. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad de formele rechtskracht (in de zin van de rechtmatigheidsfictie) inderdaad niet beschouwt als een ambtshalve te beoordelen aspect.

In oktober 2010 heeft de Hoge Raad in een belastingzaak nogmaals de kans gehad zich over deze vraag uit te laten.¹²¹ Wellicht geïnspireerd door de omstandigheid dat de Belastingdienst zich in een ander bij de Hoge Raad op dat moment aanhangig cassatieberoep in de feitelijke instanties met succes had beroepen op de formele rechtskracht van een fiscale eenheidsbeschikking en omdat de formele rechtskracht in deze procedure niet aan de orde was geweest, stelde Advocaat-Generaal Wattel in zijn conclusie 'van ambtswege' de formele rechtskracht van dit besluit aan de orde. De Hoge Raad gaat in het arrest evenwel in het geheel niet op de formele rechtskracht in en laat het middel dat de geldigheid van de fiscale-eenheidsbeschikking aan de orde stelt, op inhoudelijke gronden falen, zonder gebruik te maken van de door Wattel voorgestelde uitweg 'reeds omdat', waardoor de ambtshalve aspecten van de formele rechtskracht in het midden zouden zijn gebleven.

Hoewel het altijd riskant is uit een stilzwijgen iets af te leiden, houd ik het er voorsnog op dat de Hoge Raad de beoordeling van de formele rechtskracht niet aanmerkt als een ambtshalve te beoordelen aspect.¹²² Daarbij past de kanttekening dat, als er nog een bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat, de ontvankelijkheid van een rechtzoekende bij de civiele rechter wel een ambtshalve te beoordelen kwestie is. In dat kader wordt ook wel – zij het ten onrechte – over formele rechtskracht gesproken.

3.2 BESTAAT BINDING AAN EEN EERDER OORDEEL OVER DE VERBINDENDHEID VAN EEN ALGEMEEN VERBINDEND VOORSCHRIFT?

3.2.1 *Inleidende opmerkingen*

In paragraaf 2.4.3.1 onderscheidde ik vier methoden voor toetsing van algemeen verbindende voorschriften, te weten:

- het vernietigingsberoep
- de directe toetsing
- de exceptieve toetsing
- de declaratoire toetsing.

121 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0124.

122 Anders: Schlössels & Zijlstra, p. 1400, en Hoegge, p. 158, die al uit het Petronella-arrest afleiden dat de Hoge Raad de formele rechtskracht ambtshalve toepast.

Ik concludeerde dat in Nederland de tweede en derde toetsingsmethode dominant zijn. In deze paragraaf staat de vraag centraal of en, zo ja, op welke wijze de civiele rechter en de bestuursrechter van deze toetsingsmethoden gebruikmaken.

3.2.2 *Exceptief verweer of directe toetsing*

3.2.2.1 Bevoegdheid bestuursrechter

Tegen besluiten staat beroep open ...

Ingevolge artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht kan een belanghebbende tegen een besluit beroep instellen bij de bestuursrechter. Tegen een uitspraak die de rechtbank heeft gedaan, staat hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak, tenzij de wetgever in de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven of de gerechtshoven (in belastingzaken) als hogerberoepsinstantie heeft aangewezen. Voor zover de appelinstanties daarnaast ook in eerste en enige aanleg rechtspreken, is de bevoegdheid gekoppeld aan het bestaan van een bepaald soort besluit, enkele thans niet ter zake doende uitzonderingen daargelaten. Kort gezegd, de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt bepaald door het bestaan van een besluit, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

... maar niet tegen besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften
Wetten in formele zin, dan wel de beslissingen van regering en Staten-Generaal tot vaststelling daarvan, zijn geen besluiten omdat de wetgevende macht ingevolge artikel 1:1, tweede lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht geen bestuursorgaan is. Reeds daarom staat tegen een dergelijke beslissing geen beroep bij de bestuursrechter open. In hoofdstuk 2 besprak ik al dat en waarom ten aanzien van andere algemeen verbindende voorschriften artikel 8:3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt dat daartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Kortom: de eerste door mij in paragraaf 2.4.3.1 onderscheiden verschijningsvormen van toetsing van de rechtmatigheid (verbindendheid) van algemeen verbindende voorschriften kan zich bij de bestuursrechter niet voordoen.

Toetsing bij wege van exceptief verweer

Dat tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep openstaat, wil niet zeggen dat de bestuursrechter de rechtmatigheid (verbindendheid) ervan niet kan beoordelen. Van Male maakt in dit verband onderscheid tussen de (on)mogelijkheid beroep in te stellen, dat in het Nederlandse bestuursrechtelijke stelsel een vernietigingsberoep is, en de mogelijkheid in het kader van beroep tegen een op grond van het algemeen verbindende voorschrift genomen besluit de rechtmatigheid van dat algemeen verbindend voorschrift aan de orde te stellen. Dat kan echter niet tot vernietiging

van het algemeen verbindend voorschrift, dan wel het besluit tot vaststelling daarvan leiden.^{123 124} De bestuursrechter kan zich uitlaten over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift (en zal zich daarover moeten uitlaten, indien hij van oordeel is dat het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift onverbindend is, dan wel de verbindendheid daarvan bij wege van *exceptief verweer* aan de orde wordt gesteld), maar dit zal steeds moeten geschieden in het kader van een tegen een ter uitvoering van of op basis van het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift genomen besluit.¹²⁵ Met andere woorden: de bestuursrechter past de derde verschijningsvorm van toetsing van algemeen verbindende voorschriften toe.

Hoewel in de literatuur en jurisprudentie (althans van de hoogste bestuursrechterlijke instanties) overeenstemming bestaat over de bevoegdheid van de bestuursrechter tot exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften, gaat het op bestuursniveau en bij de lagere rechtspraak toch wel eens fout, zoals Damen in een kritische noot onder de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 3 februari 2010 opmerkt.¹²⁶

Mogelijkheden rechtzoekende bij de bestuursrechter

Door de inrichting als vernietigingsberoep kent het geldende bestuursprocesrecht niet de mogelijkheid dat de bestuursrechter een verklaring voor recht geeft over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift zal steeds effect moeten sorteren over de band van het besluit waartegen beroep is ingesteld. Indien de bestuursrechter van oordeel is dat het algemeen verbindend voorschrift waarop het besluit is gebaseerd (of ter uitvoering waarvan dat besluit is genomen) onverbindend is, omdat het in strijd is met een hogere regeling of een algemeen rechtsbeginsel (indien het voorschrift niet van de wetgever in formele zin afkomstig is), dan leidt dat tot vernietiging van dat besluit.¹²⁷ Het oordeel dat het desbetreffende voorschrift onverbindend is heeft immers zonder meer tot gevolg dat rechtmatige toepassing van dat voorschrift niet mogelijk is.

3.2.2.2 Bevoegdheid civiele rechter

Directe toetsing algemeen verbindende voorschriften

In dit opzicht heeft de civiele rechter het gemakkelijker dan zijn bestuursrechterlijke collega. Zoals in paragraaf 3.1 gezegd, acht de civiele rechter

123 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 568-570.

124 Zie voor een karakterisering van het Nederlandse stelsel verder: VAR-Commissie Rechtsbescherming, in het bijzonder hoofdstuk 4.

125 Zie voor het onderscheid tussen directe en indirecte (exceptieve) toetsing: Schutgens 2009, p. 14-15.

126 ABRvS 3 februari 2010, AB 2010/309. Zie ook: Van Male.

127 Zie ook: Schreuder-Vlasblom 2013, p. 280-284.

zich bevoegd kennis te nemen van alle geschillen, mits deze civielrechtelijk worden aangekleed; voorbeelden waarin de civiele rechter zich onbevoegd heeft geacht kennis te nemen van een geschil over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift zijn mij net zo min als Schutgens bekend.¹²⁸ Het enkele uitvaardigen van een algemeen verbindend voorschrift – waaraan toepassing daarvan in toekomstige gevallen inherent is – kan een onrechtmatige daad opleveren.¹²⁹ De civiele rechter kan derhalve zowel de tweede, als derde hiervoor onderscheiden toetsingsmethode toepassen. De lage bevoegdheidsdrempel die de civiele rechter voor rechtzoekenden heeft opgeworpen, betekent evenwel niet dat de verdere weg zonder (ontvankelijkheids)hindernissen is, zoals hierna zal blijken.

Ruime bevoegdheid, beperkte mogelijkheden

Ontvankelijkheidsvragen daargelaten, lijkt voor een rechtzoekende op het eerste gezicht de lage bevoegdheidsdrempel het enige voordeel te zijn om de civiele rechter boven de bestuursrechter te verkiezen. De actie uit onrechtmatige daad leidt, indien deze slaagt, immers hoogstens tot een schadevergoedingsplicht, terwijl bij de bestuursrechter het op basis van het desbetreffende algemeen verbindende voorschrift genomen schadeveroorzakende besluit uit de rechtsorde wordt verwijderd. Dit voordeel van de bestuursrechtelijke weg is bij nader inzien echter slechts schijn. Immers, ingevolge artikel 6:103, tweede volzin, van het Burgerlijk Wetboek kan schade niet alleen in geld worden vergoed, maar op verzoek van de rechtzoekende ook op andere wijze. In zekere zin vormt de fantasie van de rechtzoekende de enige begrenzing van de mogelijkheden rechtsherstel te verkrijgen. Denkbaar zijn onder meer een verklaring voor recht of een bevel (feitelijke en rechts)handelingen te verrichten of na te laten.¹³⁰

Wat de rechtzoekende bij de civiele rechter echter niet kan bereiken, is de vernietiging van het besluit, dat immers exclusief tot het terrein van de bestuursrechter behoort, dan wel een bevel aan de wetgever het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift in te trekken of te wijzigen.¹³¹ Wat betreft de onmogelijkheid een wetgevingsbevel te geven, maakt de Hoge Raad geen onderscheid tussen van de formele of lagere wetgever afkomstige algemeen verbindende voorschriften.¹³²

128 Schutgens 2009, p. 20.

129 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316, m.nt. H. Drion. Ook niet-wetgeven kan onder omstandigheden overigens een onrechtmatige daad opleveren; zie Schutgens 2009, p. 44.

130 Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh, nrs. 21-23. Zie uitgebreid over de uitspraakbevoegdheden van zowel de civiele voorzieningen- als bodemrechter: Schutgens 2009, p. 75-94, en Uzman, p. 91-115.

131 Zie over de (on)mogelijkheden van wetgevingsbevelen uitgebreid: Schutgens 2009, p. 93 en 239-264, en de door hem aangehaalde jurisprudentie en literatuur.

132 Zie voor van de formele wetgever afkomstige algemeen verbindende voorschriften: HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691; voor niet van de formele wetgever afkomstige algemeen verbindende voorschriften: HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679, beide m.nt. T. Koopmans.

3.2.3 Gebondenheid of niet?

3.2.3.1 Inleidende opmerkingen

Na deze beknopte beschrijving van de mogelijkheden voor zowel de bestuursrechter, als de civiele rechter om te oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, zal ik nader ingaan op de vraag of en, zo ja, in hoeverre en op welke wijze beide rechters zich aan elkaars oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift gebonden achten. Ik zal deze vraag benaderen vanuit het perspectief van de civiele rechter, omdat de jurisprudentie waarin deze bindingsvraag uitdrukkelijk aan de orde is van de civiele rechter afkomstig is. De kortere beroepstermijnen bij de bestuursrechter daargelaten, is de belangrijkste verklaring daarvoor mijns inziens gelegen in de omstandigheid dat de civiele rechter zich weliswaar een ruime bevoegdheid heeft toegekend, maar zich daarbij wel ziet als restrechter ten opzichte van de bestuursrechter. Jurisprudentie van de drie hoogste bestuursrechterlijke instanties, waarbij deze zich voor de vraag gesteld zagen welke betekenis toekomt aan een eerder oordeel van de civiele kamer van de Hoge Raad over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, is mij niet bekend.¹³³ De vraag welke betekenis de

133 Zie ook: Schutgens 2009, p. 234-235. Niet is uitgesloten dat één van de hoogste bestuursrechterlijke instanties geconfronteerd wordt met een oordeel van een civiele rechter waarin de onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift aan de orde is. Dit zal zich in het bijzonder kunnen voordoen in het geval waarin belangenorganisaties opkomen tegen nieuwe wet- of regelgeving, wat zich regelmatig voordoet op het terrein van het vreemdelingenrecht. Een voorbeeld is de procedure die de VAJN heeft gevoerd over het voor vreemdelingenbewaring geldende regime en waarin onder meer aan de orde was of artikel 9, tweede lid, sub d, van de Penitentiaire beginselenwet, dan wel de wijze waarop daaraan in de praktijk invulling wordt gegeven in strijd is met verschillende verdragsbepalingen. De civiele voorzieningenrechter achtte voormeld artikel onderdeel uit de Penitentiaire beginselenwet niet onverbindend, maar was wel van oordeel dat de wijze waarop daaraan invulling werd gegeven, in beginsel in strijd is met artikel 8 van het EVRM, indien een vreemdeling langer dan 120 uur in een politieel of een cel van de Koninklijke Marechaussee in vreemdelingenbewaring wordt gehouden (uitspraak van 20 maart 2009, *JV* 2009/197). De Staat is daartegen in hoger beroep gegaan, maar hoewel het vonnis van de voorzieningenrechter uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, heeft de minister van Justitie daaraan geen uitvoering gegeven. Het was een kwestie van tijd voordat de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste bewaringsrechter met het vonnis van de voorzieningenrechter geconfronteerd zou worden en zich over de betekenis daarvan zou kunnen uitlaten. Dit was het geval in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van 7 oktober 2010, *RV* 2010/86, m.nt. G.N. Cornelisse. In de in hoger beroep door de minister van Justitie bestreden uitspraak had de rechtbank de bewaring onder verwijzing naar het vonnis van de voorzieningenrechter onrechtmatig geoordeeld, omdat deze langer dan 120 uur in een politieel had plaatsgevonden. Hoewel de minister van Justitie in hoger beroep uitdrukkelijk de vraag aan de orde stelde of het vonnis van de voorzieningenrechter niet gevolgd zou moeten worden, reeds omdat deze de VAJN niet-ontvanke-lijk had moeten verklaren, gaat de Afdeling bestuursrechtspraak op dit aspect niet in en wijdt zij evenmin enige overweging aan de betekenis van het vonnis van de voorzieningenrechter voor de bestuursrechter in het algemeen of voor haar in het bijzonder; ook artikel 8 van het EVRM, waarop de voorzieningenrechter zich in het bijzonder had gebaseerd. Wel komt ook de Afdeling bestuursrechtspraak tot de slotsom dat bewaring in een politieel langer dan 120 uur (zij het dat zij het vijf dagen noemt) in beginsel in strijd is met artikel 5.4, tweede lid, van het Vreemdelingenbesluit 2000 (en daarom onrechtmatig).

civiele rechter toekent aan een oordeel van een eerstelijnsbestuursrechter waartegen het bestuursorgaan geen hoger beroep heeft ingesteld, laat ik rusten.¹³⁴

3.2.3.2 Uitzondering op de formele rechtskracht?

Zoals hiervoor bleek, hebben de verschillende verschijningsvormen van het beginsel van de formele rechtskracht vooral tot doel te komen tot een doelmatige verdeling van rechtsmacht tussen de civiele rechter en de bestuursrechter en in het verlengde daarvan het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken. Deze doelstellingen zijn in het bijzonder van belang bij de bindingsvraag ten aanzien van oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, indien de toetsing van de met toepassing van die voorschriften genomen besluiten is opgedragen aan de bestuursrechter. Juist bij deze categorie ligt dat evenwel moeilijk. De omstandigheid dat tegen wetten in formele zin en besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften geen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld, plaatst deze categorie buiten de formele rechtskracht. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is voor het verkrijgen van formele rechtskracht van een besluit immers vereist dat daartegen voor de desbetreffende rechtzoekende een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan.¹³⁵

Dat het een uitdrukkelijke keuze van de wetgever is geweest tegen besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften geen beroep op de bestuursrechter open te stellen, brengt eveneens met zich dat aan de specialisatiegedachte, volgens welke de civiele rechter de bestuursrechter het primaat zou moeten geven, slechts beperkte betekenis toekomt.¹³⁶ Betoogd zou immers kunnen worden dat als gevolg van de keuze van de wetgever het primaat voor de toetsing van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften nu juist bij de civiele rechter ligt.

Dit klemt temeer, nu de Hoge Raad in het arrest Leenders-Ubbergen heeft overwogen dat van een rechtzoekende die ervan overtuigd is dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is niet kan worden gevergd om toch op basis van dat voorschrift een vergunning aan te vragen, dan wel het te laten aankomen op strafrechtelijke vervolging of toepassing van bestuursdwang, enkel en alleen om de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift bij wege van exceptief verweer bij de strafrechter of bestuursrechter aan de orde te kunnen stellen.¹³⁷ 'Enkel en alleen' biedt mijns inziens ruimte voor een genuanceerde benadering. Indien een rechtzoeken-

134 Zie daarover bijvoorbeeld: Schutgens 2009, p. 129-130.

135 Zie al: HR 16 mei 1986, NJ 1986/723, m.nt. M. Scheltema, gelezen in samenhang met HR 3 februari 2006, AB 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen.

136 Schutgens 2009, p. 23.

137 HR 11 oktober 1996, AB 1997/1, m.nt. Th.G. Drupsteen, en Bb 1996/25, m.nt. C.E. du Perron.

de voor het verrichten van een door hem gewenste activiteit hoe dan ook een beslissing van een bestuursorgaan nodig heeft, al dan niet in de vorm van een vergunning, maar bijvoorbeeld met het bestuursorgaan van mening verschilt of het nadere voorwaarden mag stellen, valt niet in te zien waarom van hem niet kan worden gevergd het bestuursorgaan te verzoeken het vereiste besluit te nemen en vervolgens bij de bestuursrechter te procederen over de ‘uitvoeringsmodaliteiten’.

3.2.3.3 Of toch niet? De positie van de belanghebbende en het bestuursorgaan

Het belang van voormelde benadering wordt gerelativeerd doordat in het overgrote deel van de gevallen de werking van algemeen verbindende voorschriften wordt geïnstrumentaliseerd door het op grond van die voorschriften nemen van besluiten door een bestuursorgaan. Tot toetsing van deze besluiten is de bestuursrechter exclusief bevoegd en geldt de specialisatiegedachte derhalve onverkort. In het kader van de toetsing van het besluit dient de bestuursrechter zich – al dan niet desverzocht – bij wijze van exceptieve toetsing uit te laten over de verbindendheid van het onderliggende algemeen verbindend voorschrift. De vraag rijst welke betekenis daaraan toekomt.

Indien op basis van een algemeen verbindend voorschrift al een besluit is genomen en daartegen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmiddelen openstaan, dient de rechtzoekende de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift bij wege van exceptief verweer bij de bestuursrechter aan de orde te stellen.¹³⁸ Indien hij dit nalaat en zich in plaats daarvan tot de civiele rechter wendt, is deze weliswaar bevoegd daarvan kennis te nemen, maar zal deze hem, zoals hiervoor vermeld, in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaren, dan wel de vordering afwijzen, afhankelijk van het antwoord op de vraag of de termijn voor het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen al dan niet is verstreken.¹³⁹

Maakt de rechtzoekende van de bestuursrechtelijke weg gebruik en wendt hij zich daarna tot de civiele rechter, dan zal deze op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter uitgaan van het door de bestuursrechter gegeven oordeel.¹⁴⁰ Het zal dan uit de aard van de zaak doorgaans een geval betreffen, waarin de bestuursrechter de door de rechtzoekende opgeworpen *exceptie van onverbindendheid* heeft verworpen en de rechtzoekende bij de civiele rechter in de herkansing gaat.

138 Mok & Tjittes, p. 402-404.

139 HR 16 oktober 1992, AB 1993/40, m.nt. F.H. van der Burg; zie ook: Schutgens 2009, p. 26-29 en – uitgebreider – p. 126-134.

140 Zie ook: Schlössels 2007, p. 327-329.

OZB-arrest

Het standaardvoorbeeld daarvan is het arrest Onafhankelijk Ziekenfonds Bedrijven tegen de Staat.¹⁴¹ De feiten zijn als volgt. Op grond van de Ziekenfondswet verdeelde het College voor zorgverzekeringen de krachtens deze wet geheven premies over de ziekenfondsen. De verdeling vond plaats aan de hand van een door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport gegeven aanwijzing. Deze aanwijzing deelde in het rechtskarakter van de algemene maatregel van bestuur op grond waarvan zij werd gegeven en de ter uitvoering daarvan door het College vastgestelde beleidsregels. Deze beleidsregels behoeften de goedkeuring van de minister. De bijdrage aan het ziekenfonds werd vervolgens door het College toegekend met een uitvoeringsbesluit, waartegen beroep in eerste en enige aanleg openstond bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Op een zeker moment heeft de minister (een van) de criteria aan de hand waarvan de verdeling plaatsvond gewijzigd, als gevolg waarvan het Onafhankelijk Ziekenfonds Bedrijven (hierna: OZB) een lagere bijdrage van de geheven premies ontving. Tegen dit besluit had OZB beroep ingesteld en daarbij uitdrukkelijk de onverbindendheid van de aanwijzing en de daarop gebaseerde beleidsregels aan de orde gesteld. De exceptie van onverbindendheid heeft de Afdeling bestuursrechtspraak gemotiveerd verworpen, hetgeen ‘automatisch’ leidde tot ongegrondheid van het beroep.¹⁴² OZB kon zich daarmee niet verenigen en deed een nieuwe poging bij de civiele rechter, onder meer aanvoerende dat de aanwijzing onverbindend is en de civiele rechter – onder andere – in verband met de verschillende wijze van toetsing niet gebonden was aan de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.¹⁴³ De Hoge Raad wilde er niet van weten en overwoog:

‘Tegen die beschikkingen [de uitvoeringsbesluiten, OvL] stond voor OZB een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang open. OZB heeft die rechtsgang ook benut en daarin – tevergeefs – tot in hoogste instantie betoogd dat de aanwijzingen onverbindend zijn. Een en ander brengt mee dat OZB niet met vrucht voor de burgerlijke rechter kan aanvoeren dat de aanwijzingen onverbindend zijn, omdat in dit geval het uit een oogpunt van het bieden van aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter niet noodzakelijk is over te gaan tot een herbeoordeling van het door de hoogste bestuursrechter uitgesproken oordeel, en zulks ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken en uit een oogpunt van een behoorlijke taakverdeling tussen de burgerlijke en bestuursrechter ook niet wenselijk is.’

141 HR 17 december 2004, AB 2005/399, m.nt. F.J. van Ommeren. Zie ook de conclusie van de A-G voor HR 19 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK9141.

142 Uitspraak van 22 oktober 1999 in zaak nr. E04.99.0054 (niet gepubliceerd).

143 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de gronden die volgens OZB aan de doorwerking van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de civiele procedure in de weg staan en de redenen waarom die zouden moeten falen de conclusie van de A-G voor HR 17 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9556.

Gevolg hiervan was niet alleen dat OZB de schadevergoedingsactie zag stranden op de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. Evenzeer stond met dit arrest jegens hem de verbindendheid van het aan het uitvoeringsbesluit ten grondslag liggende algemeen verbindend voorschrift vast. Dit was in het geval van OZB ook niet zonder praktische betekenis, aangezien zij ook tegen de opvolgende uitvoeringsbesluiten waarin hetzelfde criterium werd toegepast, tevergeefs bij de bestuursrechter was opgekomen.¹⁴⁴ Het OZB-arrest wordt samen met het hierna te bespreken Aujeszky-arrest ook wel aangeduid met de verzamelterm *volgplicht-arresten*.¹⁴⁵

Aujeszky-arrest

De volgende vraag is welke betekenis de civiele rechter hecht aan een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, gegeven in een bestuursrechtelijke procedure waarbij de rechtzoekende in de civiele procedure niet betrokken was. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin de bestuursrechter het algemeen verbindend voorschrift *verbindend* heeft geacht en het geval waarin hij het *onverbindend* heeft geacht. Leidend is het arrest Aujeszky tegen de Staat.¹⁴⁶ Ook nu eerst de feiten. Het Landbouwschap heeft ter bestrijding van de ziekte van Aujeszky inenting van varkens verplicht gesteld. Het heeft daartoe de Verordening Bestrijding Ziekte van Aujeszky 1993 en de Retributieverordening Bestrijding Ziekte van Aujeszky vastgesteld. Hoewel derhalve was voorzien in een heffingsgrondslag, werd de bijdrage niet middels een heffing bij de varkensboeren geïnd. De werkwijze was in de praktijk aldus, dat de dierenarts die de inenting had verricht aan een particuliere onderneming (SGD) een factuur stuurde, die SGD betaalde. SGD stuurde vervolgens aan de varkensboer een factuur, verhoogd met administratiekosten. Duidelijk was daarbij dat, indien de varkensboer deze factuur niet zou betalen, het Landbouwschap alsnog een heffing zou opleggen. Bij uitspraak van 17 oktober 1998 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de retributieverordening echter onverbindend geacht, omdat de daarvoor vereiste wettelijke grondslag ontbrak. De procedure die tot het arrest heeft geleid, betrof de terugvordering door de varkensboeren van de aan SGD betaalde bedragen, als zijnde onverschuldigd betaald.

Het eerste punt dat aandacht verdient, is de vaststelling door de Hoge Raad dat de facturen van SGD geen besluiten zijn in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Dit heeft tot gevolg dat daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen konden worden aangewend, zodat de hiervoor als eerste genoemde categorie toepassing mist en de recht-

144 ABRvS 2 oktober 2002, RZA 2002/205.

145 Onder meer: Schutgens 2009, p. 222-230, en Sillen 2010, p. 116-123.

146 HR 18 februari 2005, AB 2005/400, m.nt. F.J. van Ommeren, en NJ 2005/283, m.nt. M.R. Mok.

zoekenden niet de formele rechtskracht van de facturen kan worden tegengeworpen. Wat betreft de betekenis van (on)verbindendsoordelen zet de Hoge Raad vervolgens uiteen hoe wat hem betreft gehandeld dient te worden. Hij overweegt in zeer algemene zin:

'Indien een bestuursorgaan dat die regeling heeft uitgevaardigd of met de uitvoering ervan is belast in een bestuursrechtelijke procedure als partij betrokken was, en een burger, ongeacht of hij al dan niet partij was in de bestuursrechtelijke procedure, zich beroept op de in die procedure uitgesproken onverbindendheid van de regeling, is de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt in een daarna volgend civielrechtelijk geding daaraan gebonden in die zin dat deze zich niet op het standpunt kan stellen dat de regeling in de civielrechtelijke procedure voor verbindend moet worden gehouden. Dit uitgangspunt moet worden aanvaard, omdat van een bestuursorgaan moet worden verwacht dat het, als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft geacht, hetzij het daaraan heeft geleid dat alsnog een verbindende regeling wordt totstandgebracht, hetzij zich ook in andere gevallen aan de uitspraak van die hoogste rechter houdt. Daarmee is niet te verenigen dat het bestuursorgaan zou beschikken over een verkapt rechtsmiddel tegen een onherroepelijke rechterlijke uitspraak, en dat daardoor ook na de onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter voor de betrokken burgers onduidelijkheid blijft bestaan over hun rechtspositie.'

Uit deze overweging blijkt dat een publiekrechtelijke rechtspersoon civielrechtelijk gebonden is aan een door de hoogste bestuursrechter gegeven oordeel dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend is. Op grond daarvan dient het zich te onthouden van – voortgezette – toepassing ervan, ook ten aanzien van derden die niet bij de bestuursrechtelijke procedure betrokken waren.¹⁴⁷ Dat geldt ook, indien de in de procedure betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon, waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt(e), het niet (zelf) in zijn macht heeft een wel verbindende regeling tot stand te brengen. De grond voor onverbindendheid van de retributieverordening was immers het ontbreken van een formeel-wettelijke grondslag daarvoor. Duidelijk moge zijn dat het Landbouwschap noch de Sociaal Economische Raad als rechtsopvolger van het Landbouwschap alsnog in een dergelijke grondslag zou kunnen voorzien. In zekere zin rust daarmee op de overheid een risicoansprakelijkheid voor onverbindend geachte algemeen verbindende voorschriften.

Daarmee is evenwel nog niets gezegd over de positie van de civiele rechter ten opzichte van zijn bestuursrechtelijke collega. Ook in die verhouding neemt de Hoge Raad, zij het uiteraard op andere gronden, gebondenheid aan. Hij overweegt verder:

147 Zie ook: Schutgens 2009, p. 228-230, die een mogelijkheid ziet tot serieschakeling van de volgplicht-arresten met – bijvoorbeeld – HR 1 juli 1983, NJ 1984/360, zodat een bestuursorgaan gehouden is zich jegens eenieder te onthouden van voortgezette toepassing van het onverbindend geachte algemeen verbindend voorschrift. Dit zou er in zijn optiek toe kunnen leiden dat de bestuursrechter niet meer kan terugkomen op zijn eerdere oordeel over de verbindendheid van het desbetreffende voorschrift, aangezien daaraan geen toepassing meer kan worden gegeven (en op grond van die regeling dus geen besluiten meer kunnen worden genomen).

‘Dit uitgangspunt voorkomt bovendien dat de burgerlijke en bestuursrechter tot verschillende oordelen over dezelfde vraag komen. Dit moet uit een oogpunt van rechtsbescherming weliswaar worden aanvaard indien de bestuursrechter in een procedure waarin deze burger niet was betrokken, een regeling wel verbindend heeft geacht, maar dat is gelet op het hiervoor overwogene bij onverbindendverklaring niet gerechtvaardigd ten opzichte van de overheid, die het zelf in de hand heeft of alsnog een wel verbindende regeling tot stand komt.’

3.2.3.4 Of toch weer wel? De positie van de niet-belanghebbende

Voor het bestuursorgaan geldt een risicoaansprakelijkheid, zodat de civiele rechter ook aan het verbindendheidsoordeel van de hoogste bestuursrechter is gebonden, indien dat bestuursorgaan niet bij de bestuursrechtelijke procedure was betrokken. Ten opzichte van de burger is de Hoge Raad echter terughoudender. Aan een ten nadele van de burger werkend *verbindendheidsoordeel* van de bestuursrechter is de civiele rechter op grond van de *volgplicht-arresten* slechts gebonden, indien de burger ook betrokken was bij de bestuursrechtelijke procedure. Daaraan ligt ten grondslag dat die rechtzoekende geen kans heeft gehad argumenten aan te dragen om de bestuursrechter van de onverbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift te overtuigen. Het uitgangspunt van de Hoge Raad zal mijns inziens dan ook niet moeten gelden voor een burger die als (derde-)belanghebbende aan die procedure had kunnen deelnemen, maar ervoor heeft gekozen dat niet of niet tijdig te doen. Dat de civiele rechter een niet-belanghebbende niet op grond van de *volgplicht-arresten* het *verbindendheidsoordeel* van de bestuursrechter kan tegenwerpen, betekent niet dat dat oordeel in die procedure zonder betekenis is. Met Schutgens neem ik aan dat de civiele rechter, zo de vordering van de derde niet strandt op het relativiteitsvereiste, zoveel als mogelijk aansluiting zal zoeken bij het eerdere oordeel van de bestuursrechter.¹⁴⁸

3.2.3.5 Soorten verbindendheidsoordelen: expliciet of stilzwijgend

Bestuursrechter laat zich expliciet uit over (on)verbindendheid

Bij het verschil in benadering van de positie van de rechtzoekende burger, al naar gelang hij wel of niet bij de bestuursrechtelijke procedure was betrokken, kan wel een kanttekening worden geplaatst. De vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften is, zoals Ferwerda terecht opmerkt, niet van openbare orde.¹⁴⁹ Onjuist is evenwel de conclusie die zij daaraan verbindt, te weten dat de bestuursrechter zich nooit eigener beweging (ambtshalve) een oordeel zal vormen over de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. De beoordeling van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften maakt immers deel uit

148 Zie ook: Schutgens 2009, p. 230-234.

149 Ferwerda, p. 39-40.

van de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, neergelegd in artikel 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. De hogerberoepsrechter ziet derhalve wel ambtshalve toe op de wijze waarop de eerstelijnsrechter toepassing aan deze bepaling heeft gegeven.¹⁵⁰ Vereist is daarvoor wel dat de bestuursrechter de burger heeft kunnen ontvangen. De beoordeling of het beroep voldoet aan de eisen die de wet daaraan stelt, gaat immers vooraf aan een eventuele aanvulling van de rechtsgronden, uiteraard tenzij het de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift betreft dat tot de niet-ontvankelijkheid aanleiding geeft.

Met Sillen ben ik van mening dat het een fictie is te veronderstellen dat een (bestuurs)rechter in staat is in elke zaak, elk aan de orde zijnd algemeen verbindend voorschrift aan het gehele recht op verbindendheid te toetsen.¹⁵¹ Echter, daarmee is een verbindendheidsoordeel nog geen eendagsvlieg die in elke zaak opnieuw geboren wordt en die zaak niet overleeft. Een ambtshalve door de (bestuurs)rechter gegeven uitdrukkelijk oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift impliceert dat hij alle hogere regelingen daarbij in aanmerking heeft genomen en evenzeer heeft beoordeeld of het desbetreffende voorschrift wellicht in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel. In zekere zin moet worden aangenomen dat de bestuursrechter alle denkbare redenen die afbreuk zouden kunnen doen aan de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift in de beoordeling heeft betrokken.¹⁵² Zo in het bestuursrecht (nog) sprake is van fuiken of trechters, dan zien deze niet op door de bestuursrechter ambtshalve te beoordelen punten. Het zij op deze plaats herhaald: als ik spreek over een verbindendheidsoordeel doel ik voor dit onderzoek uitsluitend op de vraag of een algemeen verbindend voorschrift al dan niet in strijd is met een hogere regeling of algemeen rechtsbeginsel, waarbij een bevestigende beantwoording ertoe leidt dat rechtmatige toepassing van het voorschrift niet meer mogelijk is.

Aangezien het besluit tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift geen formele rechtskracht kan verkrijgen, kan de vraag naar de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift in elke procedure bij de bestuursrechter opnieuw aan de orde worden gesteld.¹⁵³ De rechtszekerheid verzet zich er mijns inziens echter tegen dezelfde toets in elke volgende zaak opnieuw te verrichten als ware het de eerste keer. Daarmee is niet gezegd dat ook voor bestuursrechters het dogma van onfeilbaarheid geldt en dat een uitdrukkelijk verbindendheidsoordeel als *'ex cathedra* gegeven' moet worden beschouwd en daarmee voor de eeuwigheid onaantast-

150 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 584-585.

151 Zie bijvoorbeeld zijn noten bij ABRvS 6 september 2006, AB 2006/358, en HR 27 maart 2007, AB 2007/144.

152 Anders (zij het in de verhouding tussen de civiele rechter en de strafrechter): Schutgens 2009, p. 226-227.

153 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 452-455.

baar is.¹⁵⁴ Indien de bestuursrechter – al dan niet geïnspireerd door nieuw aangevoerde beroepsgronden – evenwel tot de slotsom komt dat mogelijk een en ander valt af te dingen aan zijn eerdere oordeel over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, zal de bestuursrechter dit moeten afwegen tegen de inbreuk op de rechtszekerheid die het gevolg zou zijn van zijn omgaan.

Dit voorkomt ook dat de civiele rechter weliswaar de onverbindendheid van een – eerder door de hoogste bestuursrechter uitdrukkelijk wel verbindend geacht – algemeen verbindend voorschrift uitspreekt, al dan niet met een verbod aan het bestuursorgaan verdere toepassing aan dat voorschrift te geven, maar het bestuursorgaan toch doorgaat met het met toepassing van dat algemeen verbindend voorschrift nemen van besluiten. Dat dat, hoewel uiteraard ongewenst, niet geheel ondenkbaar is, illustreert het hiervoor beschreven geval over de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring van meer dan 120 uur in een politiecel.¹⁵⁵ Niet denkbeeldig is dan dat de rechtzoekende, mogelijk een paar euro rijker, uiteindelijk met lege handen staat, omdat hij voor het daadwerkelijk bereiken van het door hem gewenste resultaat afhankelijk is van de wijze waarop het bevoegde bestuursorgaan de uitspraak van de civiele rechter instrumentaliseert in het bestuursrechtelijke traject.¹⁵⁶ Weliswaar zal ook het streven van de hoogste bestuursrechter erop gericht zijn tegenstrijdige uitspraken zo mogelijk te voorkomen, maar

154 Zie voor het dogma van de pauselijke onfeilbaarheid: Tweede Vaticaans Concilie, Lumen Gentium, hoofdstuk 3, artikel 8, alinea 25 (www.rkddocumenten.nl).

155 Dat het ook anders kan, leert de SGP-zaak. Nadat de rechtbank in de civiele procedure de Staat had bevolen artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen, waarin de grondslag voor subsidieverlening aan politieke partijen is gelegen, jegens de SGP buiten toepassing te laten, wees de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de subsidieaanvraag van de SGP onder verwijzing naar dit vonnis af. In het subsidiegeschil dat hieruit volgde, heeft uiteindelijk de Afdeling bestuursrechtspraak in hoogste instantie uitspraak gedaan (uitspraak van 5 december 2007, *AB* 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen). Uit deze uitspraak blijkt dat van de minister weliswaar niets anders kon worden verwacht dan dat hij zich aan het vonnis van de civiele rechter gebonden achtte, maar dat een dergelijke gebondenheid niet (ook) geldt voor de bestuursrechter die op een tegen het aldus genomen besluit ingesteld beroep dient te beslissen.

156 Ook hiervan is de SGP-zaak een voorbeeld. Hoewel de rechtzoekenden van de civiele rechter tot in hoogste instantie – grotendeels – gelijk hebben gekregen, zijn maatregelen van de Staat jegens de SGP vooralsnog uitgebleven. Bij mondelinge uitspraak van 27 januari 2011, *AB* 2011/105, m.nt. P.J. Stolk, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een beroep ongegrond verklaard tegen de geldigverklaring van de kandidatenlijst van de SGP door het hoofdstembureau voor de verkiezing van de leden van provinciale staten van Utrecht, waarin uitdrukkelijk een beroep werd gedaan op het arrest van de Hoge Raad. Het beroep was ingesteld, omdat op de kandidatenlijst geen vrouwelijke kandidaat voorkwam, hetgeen de indiener van het beroepschrift in strijd achtte met het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2010, *NJ* 2010/190, m.nt. F.J. van Ommeren. Voor ongeldigverklaring van de kandidatenlijst zou een wetswijziging nodig zijn geweest; volgens vaste jurisprudentie kan de civiele rechter de wetgever daartoe evenwel niet verplichten. Anders dan Kooijman opmerkt is het dus maar de vraag of artikel 94 van de Grondwet voor dergelijke gevallen effectief is. Zie over mogelijke oplossingen ook: Schutgens & Sillen.

garanties zijn er niet. Het probleem doet zich uiteraard alleen voor, indien de civiele rechter een oordeel wil geven dat afwijkt van dat van de bestuursrechter. Dogmatisch wellicht niet zuiver, maar uit pragmatisch oogpunt niet bezwaarlijk en wellicht zelfs aantrekkelijk is het als hij formeel weliswaar geen gebondenheid aanneemt, maar op dezelfde gronden als de bestuursrechter – of wellicht zelfs met verwijzing naar de uitspraak van de bestuursrechter – tot dezelfde slotsom komt.¹⁵⁷

Bestuursrechter zwijgt over (on)verbindendheid, maar past regeling toe

Strikt genomen zou het vorenstaande evenzeer kunnen gelden, indien de hoogste bestuursrechter zich in een uitspraak niet uitdrukkelijk uitlaat over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, bijvoorbeeld omdat wat partijen hebben aangevoerd daartoe geen aanleiding geeft, en het algemeen verbindend voorschrift zonder meer toepast. Zoals hiervoor opgemerkt moet de bestuursrechter de vraag naar de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift over de band van de aanvulling van de rechtsgronden ambtshalve beantwoorden. Elke ongegrondverklaring van een beroep tegen een besluit veronderstelt derhalve, ook indien daarbij geen overwegingen zijn gewijd aan de verbindendheid van aan dat besluit ten grondslag liggende algemeen verbindende voorschriften, de verbindendheid daarvan. Zoals ook bij andere ambtshalve te beantwoorden vragen gebruikelijk, plegen (bestuurs)rechters op de beantwoording daarvan in de uitspraak alleen dan in te gaan, indien partijen deze vragen uitdrukkelijk aan de orde stellen, dan wel het antwoord bepalend is voor de te nemen beslissing. Dat laatste doet zich alleen voor indien het algemeen verbindend voorschrift *on*verbindend is.

Wat hiervan ook zij, uit het arrest Aujeszky blijkt duidelijk dat de Hoge Raad dit standpunt (nog) niet deelt. Een impliciet of expliciet oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *verbindend* is, bindt de civiele rechter niet in een procedure van een rechtzoekende die in de bestuursrechtelijke procedure niet was en ook niet had kunnen worden betrokken.

De overige vereisten gelden uiteraard wel. Dat betekent dat die rechtzoekende bij de civiele rechter bot zal vangen, indien ook voor hem een bestuursrechtelijke procedure openstaat of had opengestaan, waarin hij zelf een oordeel van de bestuursrechter over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift had kunnen krijgen. Daarvan uitgaande denk ik dat Schutgens gelijk heeft waar hij opmerkt dat de (rest)ruimte van de civiele rechter gelijk opgaat met die van de bestuursrechter zelf. In elke procedure bij de bestuursrechter kan immers bij wege van exceptief verweer de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift opnieuw aan de

157 Zie ook: R.J.N. Schlössels bij HR 17 december 2004, *JB* 2005/32, die nog andere mogelijke uitzonderingen beschrijft.

orde worden gesteld.¹⁵⁸ Dat laat evenwel onverlet dat in dat geval ook de bestuursrechter zal willen vasthouden aan een eerder door hem gegeven uitdrukkelijk oordeel over de verbindendheid, dan wel de verwerping van eerder bij hem voorgedragen beroepsgronden die de verbindendheid betreffen.¹⁵⁹

3.2.3.6 Civiele rechter is gebonden aan een verbindendheidsoordeel van de bestuursrechter, tenzij ...

Opvallend is de uitsmijter van de Hoge Raad in het arrest Aujeszky, dat niet uitgesloten is dat bijzondere omstandigheden in verband met de aard van het oordeel tot een andere beslissing over de verbindende kracht nopen, maar zulke omstandigheden in onderhavig geding niet waren vastgesteld of aangevoerd. Op welke omstandigheden de Hoge Raad het oog heeft, blijkt niet uit het arrest en voor zover ik weet, heeft hij dit nadien ook niet gespecificeerd. Mogelijk heeft de Hoge Raad slechts een uitweg willen openhouden om aan het uitgangspunt geen toepassing te hoeven geven in een geval waarin dat zou leiden tot een onaanvaardbaar resultaat, zonder afbreuk aan het uitgangspunt te hoeven doen.

Onder meer de Advocaat-Generaal en Schutgens merken op dat van een uitzonderlijk geval sprake zou kunnen zijn, indien de uitspraak van de hoogste bestuursrechter onmiskenbaar in strijd is met het unierecht of het EVRM. In dat geval zou de civiele rechter niet van de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter mogen uitgegaan.¹⁶⁰ Schutgens voert in dat verband aan dat de Nederlandse hoogste bestuursrechter ter zake niet de hoogste rechter is, omdat een andere, internationale, instantie is aangewezen die het laatste woord heeft over de uitleg van een hogere regeling.¹⁶¹ Over de verhouding tussen de Nederlandse rechter en het Hof van Justitie en het EHRM in algemene zin kom ik in de hoofdstukken 6 en 7 terug. Het door de Advocaat-Generaal en Schutgens benoemde aspect betreft evenwel niet deze verhouding, maar de verhouding tussen de hoogste civiele rechter en de hoogste bestuursrechters. Eventuele internationaalrechtelijke verplichtingen van het koninkrijk kunnen bij de beoordeling daarvan geen rol spelen; deze drukken immers gelijkelijk op de civiele rechter en de bestuursrechter. Het is ook niet de taak van de civiele rechter erop toe te zien dat de bestuursrechter deze verplichtingen nakomt, dan wel voldoende toezicht houdt op de wijze waarop het bestuursorgaan aan deze verplichtingen invulling geeft, of vice versa.

Het lijkt erop dat, waar de Advocaat-Generaal het oog heeft op alle gevallen waarin de uitspraak van de hoogste bestuursrechter – evident – in

158 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 452.

159 Schutgens 2009, p. 228.

160 Zie ook: R.J.N. Schlössels bij HR 17 december 2004, *JB* 2005/32.

161 Schutgens 2009, p. 227.

strijd is met het unierecht, Schutgens vooral doelt op het geval dat deze een door de rechtzoekende opgeworpen exceptie van onverbindendheid op aan het EU-recht en het EVRM ontleende gronden ten onrechte heeft verworpen. Praktisch gezien kan ik mij alleen bij dat laatste iets voorstellen. Indien een verwerping door een hoogste bestuursrechter van een op het internationale recht gebaseerde exceptie van onverbindendheid onmiskenbaar in strijd is met het unierecht of het EVRM, dan is niet goed voorstelbaar dat het besluitnemend bestuursorgaan of de rechtspersoon waarvan dat orgaan deel uitmaakt zich er toch op beroept dat de exceptie ten onrechte is verworpen.

Ik meen echter dat ook in het geval de uitspraak van de hoogste bestuursrechter, waarbij hij een opgeworpen verbindendheidsexceptie verwerpt, onmiskenbaar in strijd is met het unierecht of het EVRM dat geen reden zou moeten zijn een uitzonderlijke situatie aan te nemen, zoals in het Aujeszký-arrest bedoeld. Elke andere benadering leidt ertoe dat de civiele rechter gaat optreden als een hogerberoepsinstantie van de hoogste bestuursrechters. De vraag is ook wat de betekenis zou zijn van een oordeel van de civiele rechter dat – anders dan de hoogste bestuursrechter had overwogen – het algemeen verbindend voorschrift toch onverbindend is. Dit oordeel doet niet af aan het gezag van gewijsde van de uitspraak van de hoogste bestuursrechter en de rechtzoekende zal, tenzij hij slechts in een schadevergoeding in geld geïnteresseerd is, voor het behalen van elk ander resultaat afhankelijk zijn van de bestuursrechtelijke kolom, zoals ik hiervoor al opmerkte.

Indien in retrospectief mocht blijken dat de eerdere uitspraak van de bestuursrechter fout was, bijvoorbeeld door ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie of het EHRM, dan wel een ‘omgaan’ van de bestuursrechter, dan is de positie van de rechtzoekende die eerder bot ving niet te benijden.¹⁶² Een wijziging of ontwikkeling in de jurisprudentie is, ook als het jurisprudentie van het Hof van Justitie of het EHRM betreft, geen grond voor herziening van de eerdere uitspraak.¹⁶³ Evenmin is het een feitelijk of rechtelijk novum dat over de band van een herhaalde aanvraag of een verzoek aan het bestuursorgaan terug te komen van het eerdere besluit de weg opent tot rechterlijke toetsing van het alsdan genomen besluit.¹⁶⁴ Deze problematiek bespreek ik nader in hoofdstuk 5. De enige mogelijkheid voor de rechtzoekende lijkt een schadevergoedingsactie bij de civiele rechter wegens onrechtmatige rechtspraak te zijn, maar de kans op succes daarvan is niet groot.¹⁶⁵ De tijd zal moeten leren op welke bijzondere omstandigheden de Hoge Raad het oog had.

162 Zie over de verhouding tussen de formele rechtskracht en het EVRM- en unierecht ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1411-1417.

163 Zie ook: Widdershoven & Ortlep, p. 43-47.

164 ABRvS 13 juli 2006, RV 2006/77, m.nt. F.T. Groenewegen, en ABRvS 12 maart 2009, AB 2009/207, m.nt. R. Ortlep.

165 Zie ook: Widdershoven & Ortlep, p. 43-47, en Schlössels & Zijlstra, p. 1465-1467.

3.2.3.7 Wederkerigheid?

Uit het vorenstaande blijkt dat de Hoge Raad uit een oogpunt van doelmatigheid en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken van de civiele rechter en de bestuursrechter bereid is een oordeel van een hoogste bestuursrechtelijke collega ten aanzien van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften te volgen, dan wel daarbij zo veel mogelijk aan te sluiten. Uit een oogpunt van rechtszekerheid bepleit Schutgens wederkerigheid: de hoogste bestuursrechterlijke instanties zouden zich in een voorkomend geval eveneens gebonden moeten achten aan een eerder oordeel van de Hoge Raad over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. In zijn proefschrift verwijst Schutgens ter onderbouwing van zijn pleidooi voor wederkerigheid voornamelijk naar de fatale gevolgen die een andere benadering zou hebben voor collectiviteitsacties op het gebied van het bestuursrecht. Een belangrijke doelstelling daarvan is nu juist zekerheid te hebben over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift voordat de overheid tot uitvoering daarvan overgaat, als gevolg waarvan een rechtsbeschermingsmogelijkheid bij de bestuursrechter ontstaat.¹⁶⁶ Hij verwijst daarbij naar het arrest van de Hoge Raad Staat tegen NJCM.¹⁶⁷

Ik deel dit standpunt niet. Om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen verdient het uiteraard de voorkeur dat een hoogste bestuursrechterlijke instantie, die zich over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift moet uitlaten, daarbij niet alleen een eerder oordeel van de civiele rechter in aanmerking neemt, maar ook moet proberen dat oordeel zoveel mogelijk te volgen en een afwijkende conclusie te motiveren. Dit zou ook als collegiaal fatsoen kunnen worden gezien. Dit geldt temeer, indien het een oordeel van de Hoge Raad betreft. Ik zou ook willen bepleiten dat een bestuursrechter niet van het oordeel van de civiele rechter afwijkt op de enkele grond dat hij er anders over denkt, maar dat de door hem voorgestane afwijking objectief gezien beter moet zijn. Het aannemen van gebondenheid op dezelfde wijze als de Hoge Raad doet, gaat mij echter te ver. Het gaat eraan voorbij dat aan die keuze van de Hoge Raad ten grondslag ligt dat het algemeen verbindend voorschrift in de bestuursrechtelijke kolom geïnstrumentaliseerd wordt door uitvoeringsbesluiten, ten aanzien waarvan de bestuursrechter exclusief bevoegd is. Zoals Schutgens zelf opmerkt, is het streven van de Hoge Raad de laatste jaren duidelijk erop gericht dat over bestuursrechtelijke geschillen ook bij de bestuursrechter moet worden geprocedeerd.¹⁶⁸ In deze gevallen is de bestuursrechter dan ook zonder meer de meest gerede rechter.

166 Schutgens 2009, p. 234-235.

167 HR 3 september 2004, AB 2005/74, m.nt. G.A. van der Veen.

168 In zijn noot onder HR 16 april 2010, JB 2010/174.

NJCM-arrest

In dit arrest achtte de Hoge Raad een collectiviteitsactie van – onder meer – de Vereniging voor Asieladvocaten en -Juristen Nederland (VAJN) tegen de zogenoemde 48-uurs- of AC-procedure ontvankelijk, omdat voor haar geen met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstond. Hoewel de VAJN ook betoogd had dat haar leden, zijnde in de behandeling van asielzaken gespecialiseerde advocaten, door die procedure in ernstige mate werden gehinderd bij het verrichten van hun werkzaamheden, lieten gerechtshof en Hoge Raad niet-ontvankelijkverklaring achterwege omdat tegen besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften geen beroep op de bestuursrechter openstaat en daaraan niet afdoet dat individuele asielzoekers de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften bij wege van exceptief verweer bij de bestuursrechter aan de orde kunnen stellen, indien hun asielaanvraag in de AC-procedure is afgewezen. Over het algemeen is dit arrest aldus verstaan dat de Hoge Raad daarmee ruim baan geeft aan collectiviteitsacties, waarin belangengroeperingen opkomen tegen de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften.¹⁶⁹ De tekst van het arrest bood daar ook alle grond toe.

Daargelaten of, zoals Schutgens opmerkt, het collectieve actierecht van belangengroeperingen ten aanzien van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften een nuttig instrument is naast de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg tegen besluiten die op basis daarvan genomen worden, is met het hierna te bespreken Leges-arrest van 9 juli 2010 duidelijk geworden dat de Hoge Raad het anders heeft bedoeld.

Leges-arrest

Dit arrest is geweest in het kader van een collectiviteitsactie, ingesteld door – onder meer – de Stichting Inspiraakorgaan Turken in Nederland, waarin zij de verbindendheid bestrijdt van de legesregeling voor Turken omdat die in strijd zou zijn met het unierecht. De Hoge Raad verklaart de vreemdelingenorganisaties echter niet-ontvankelijk, omdat zij slechts optreden ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele vreemdelingen ter zake van besluiten tot legesheffing en niet ook voor een eigen belang. Ter bescherming van deze belangen staat voor de vreemdelingen echter een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang open door tegen de besluiten de openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aan te wenden. De enkele bundeling van die belangen door een belangenorganisatie opent niet de weg naar de civiele rechter, aldus de Hoge Raad.

Dat deze redenering niet vanzelfsprekend is, laat het arrest van het gerechtshof Den Haag van 18 februari 2014 zien.¹⁷⁰ Anders dan de rechtbank in eerste aanleg achtte het gerechtshof de Stichting Privacy First ontvankelijk

169 Zie bijvoorbeeld de noten bij dit arrest van G.A. van der Veen, *AB* 2005/74, en H.J. Snijders, *NJ* 2006/28.

170 Hof Den Haag 18 februari 2014, *JB* 2014/76, m.nt. R.J.B. Schutgens.

in een vordering tot – onder meer – het buiten werking stellen van een bepaling van de Paspoortwet, op grond waarvan een paspoort slechts wordt afgegeven nadat vingerafdrukken zijn afgenomen (en opgeslagen in een geautomatiseerd systeem).¹⁷¹ Hoewel de positie van de Stichting Privacy First gelijkenis vertoont met die van de Stichting Inspraakorgaan Turken in Nederland, volgt het gerechtshof de redenering van het Leges-arrest niet. Het eigen belang van de Stichting bestaat er volgens het gerechtshof uit dat zij 'sinds de nieuwe Paspoortwet werd aangenomen, werd overstelpt met klachten en vragen van burgers, dat Privacy First deze burgers desgevraagd met raad en daad bijstaat, ook in diverse hierover gevoerde rechtszaken, maar dat dit veel van de (schaarse) tijd en middelen van Privacy First vergt. Indien over de in de diverse rechtszaken aan de orde komende vragen in één procedure zou kunnen worden beslist komen daarvoor voor Privacy First tijd en middelen vrij die zij kan aanwenden voor, bijvoorbeeld, de werving van donateurs'. Met deze redenering is al snel een eigen belang voor elke belangengroepering te construeren, waardoor de regel van het Leges-arrest in belangrijke mate kan worden ondergraven.¹⁷² De tijd zal leren of de Hoge Raad de gelegenheid krijgt zich over de benaderingswijze van het gerechtshof uit te laten.

Met Schutgens meen ik dat met het Leges-arrest het belang van de collectiviteitsacties ten aanzien van de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, die bestuursrechtelijk geïnstrumentaliseerd worden door het nemen van besluiten, in belangrijke mate beperkt wordt.¹⁷³ Is aan dergelijke acties niet juist inherent dat wordt opgekomen voor ideële belangen of belangen van anderen? Uit een oogpunt van doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, lijkt mij de door de Hoge Raad gekozen oplossing echter juist.¹⁷⁴ De door het gerechtshof in de Privacy First-zaak gekozen benaderingswijze verdient dan ook geen navolging.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad zelf geschrokken is van de ruime mogelijkheden die het NJCM-arrest bood voor collectiviteitsacties van belangengroeperingen, in het bijzonder op het terrein van het vreemdelingenrecht. Hoewel de Hoge Raad zijn best doet het arrest van 9 juli 2010 te onderscheiden van dat van 3 september 2004, overtuigt dat niet. De VAJN had aan de vordering evenzeer ten grondslag gelegd dat de asieladvoc-

171 Rb. Den Haag 2 februari 2011, *JB* 2011/78, m.nt. R.J.B. Schutgens.

172 Aldus ook R.J.B. Schutgens bij Hof Den Haag 18 februari 2014, *JB* 2014/76. Het gerechtshof had evenzeer belang van de stichting aangenomen omdat de groep potentiële rechtzoekenden dermate diffuus en onbepaald is, dat niet kan worden volgehouden dat de stichting slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van deze personen. In zijn annotatie kraakt Schutgens ook over deze redenering enkele kritische noten.

173 In zijn noot bij HR 9 juli 2010, *JB* 2010/174. Zie ook: Schuurmans 2013, p. 1315, die in het artikel ook ingaat op bestaande en gewenste mogelijkheden voor afdoening van massale procedures in het bestuursrecht. Zij concludeert dat een wettelijke regeling veruit de voorkeur heeft.

174 Zie ook: De Poorter 2010-2, p. 276-278.

caten, wier belangen zij behartigt, door de AC-procedure ook in hun eigen belangen worden geschaad, omdat zij daardoor hun werkzaamheden niet op verantwoorde wijze kunnen verrichten. Dat zou mijns inziens voldoende zijn geweest hen in hun vordering te ontvangen, nu voor de asielaadvocaten zelf geen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg openstaat.¹⁷⁵ Maar, zoals hiervoor gezegd, leek uit het arrest van de Hoge Raad te volgen dat de redenering van gerechtshof en Hoge Raad een andere was.¹⁷⁶

3.2.4 *Tussenconclusies*

Tegen een besluit tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift staat geen beroep op de bestuursrechter open, terwijl daartegen bij de civiele rechter wel kan worden opgekomen. Dat betekent echter niet dat de civiele rechter vrij baan heeft. Voor zover voor de verhouding tussen de civiele en bestuursrechter van belang, worden algemeen verbindende voorschriften geïnstrumentaliseerd door middel van op basis daarvan te nemen besluiten of daarmee op één lijn te stellen uitvoeringshandelingen. Tegen deze besluiten staat meestal beroep bij de bestuursrechter open, die zich in dat kader naar aanleiding van een exceptief verweer of ambtshalve de rechtsgronden aanvullend kan uitspreken over de (on)verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift. Zowel de bestuursrechter als de civiele rechter kan derhalve geroepen worden zich uit te spreken over de (on)verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften. Afstemming is dus vereist. Aan de jurisprudentie kan de civiele rechter daarvoor de volgende vuistregels ontleen:

- Indien de hoogste bestuursrechter de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, is de civiele rechter ten opzichte van de rechtspersoon waarbinnen het voorschrift is vastgesteld steeds aan dat oordeel gebonden; ten opzichte van de rechtzoekende bestaat gebondenheid slechts, indien deze aan de bestuursrechtelijke procedure heeft deelgenomen of had kunnen deelnemen.
- Ten aanzien van een rechtzoekende die niet kon deelnemen aan de bestuursrechtelijke procedure waarin de verbindendheid werd uitgesproken en voor wie ook geen andere bestuursrechtelijke procedure openstaat of -stond, dient de civiele rechter zelfstandig een oordeel te geven over de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift, daarbij zoveel mogelijk aansluitend bij het oordeel van de hoogste bestuursrechter.

175 Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak (onder meer uitspraak van 29 september 2006, AB 2006/402, m.nt. I. Sewandono) kan uitsluitend de vreemdeling zelf in (bestuurs)rechte opkomen tegen een besluit tot afwijzing van zijn aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning asiel voor (on)bepaalde tijd.

176 Zie ook: G.A. van der Veen bij HR 9 juli 2010, AB 2011/11.

De jurisprudentie van de hoogste bestuursrechterlijke instanties is aanmerkelijk minder eenduidig over wat de betekenis is van een verbindendheidsoordeel van de hoogste civiele rechter. Mijns inziens zou daarvoor de volgende vuistregel kunnen worden gehanteerd:

- Indien de civiele rechter de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, moet de hoogste bestuursrechter met dat oordeel weliswaar rekening houden, maar staat het hem vrij zich een eigen oordeel over de verbindendheid van dat voorschrift te vormen. Indien hij daarbij afwijkt van het oordeel van de civiele rechter dient hij dat echter te motiveren.

3.3 BESTAAT BINDING AAN EEN EERDERE UITLEG VAN EEN WETTELIJK VOORSCHRIFT?

3.3.1 *Inleidende opmerkingen*

In de vorige paragraaf ben ik ingegaan op de vraag of en, zo ja, in hoeverre de hoogste civiele en bestuursrechter(s) zich aan elkaars oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften gebonden achten of zouden moeten achten. De conclusie was dat de civiele rechter zich op grond van de volgplicht-arresten gebonden acht aan een oordeel van de (hoogste) bestuursrechter, waarin deze een algemeen verbindend voorschrift onverbindend acht. Ten opzichte van het bestuursorgaan is deze gebondenheid absoluut. De civiele rechter werpt een rechtzoekende de uitspraak van de bestuursrechter slechts tegen, indien hij aan de bestuursrechtelijke procedure heeft deelgenomen of daaraan had kunnen deelnemen, maar ervoor heeft gekozen dat niet te doen. In alle andere gevallen pleegt de civiele rechter zich zoveel mogelijk aan te sluiten bij het oordeel van de bestuursrechter. Van wederkerigheid is daarbij overigens geen sprake: hoewel van de bestuursrechter mag worden verwacht dat hij zich zoveel mogelijk zal aansluiten bij een eerder arrest van de hoogste civiele rechter over de (on)verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift, heeft dit niet geleid tot bestuursrechtelijke volgplicht-jurisprudentie. Ik gaf (kort) aan dat dat mijns inziens ook terecht niet is gebeurd. In deze paragraaf staat de vraag centraal naar gebondenheid aan een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift.

Het door de Hoge Raad gehanteerde beginsel van de formele rechtskracht, waarachter, een ontvankelijkheidsleer, een leer van de formele rechtskracht en een leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter schuil gaan, beperkt het aantal gevallen aanzienlijk waarin de civiele rechter in eigen hoedanigheid, dan wel in zijn hoedanigheid van restrechter geroepen wordt tot zelfstandige uitleg van wettelijke voorschriften, waarvan de toepassing uitmondt in beroepbare besluiten en die daarom behoren tot het bevoegdheidsdomein van de bestuursrechter.

In gevallen waarin de rechtzoekende de leer van de formele rechtskracht wordt tegengeworpen gaat de Hoge Raad uit van de rechtmatigheidsfictie van het besluit; dat omvat ook de uitleg door het bestuursorgaan van daarin aan de orde zijnde wettelijke voorschriften. Weliswaar is de uitleg van wettelijke voorschriften in Nederland uiteindelijk opgedragen aan de rechter, maar wezenskenmerk van de leer van de formele rechtskracht is nu juist dat de rechtzoekende zijn kans op uitleg door de rechter heeft laten lopen. Als de bestuursrechter zich heeft uitgelaten over de uitleg van een bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift, gaat de Hoge Raad daar op grond van de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter vanuit.

We zagen echter ook dat er categorieën rechtzoekenden zijn voor wie er geen toegang tot het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming bestaat. Kort gezegd betreft het degenen die geen belanghebbenden zijn als bedoeld in artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht. De categorie kan nog worden vergroot: het betreft ook degenen die weliswaar (stellen te) beschikken over het door artikel 3:303 van het Burgerlijk Wetboek vereiste voldoende belang om een civiele rechtsvordering in te stellen, maar geen belanghebbenden zijn, als hiervoor bedoeld. Indien van voldoende civielrechtelijk belang geen sprake is en de rechtzoekende op die grond niet-ontvankelijk is in zijn vordering, komt de civiele rechter aan beantwoording van de vraag of die rechtzoekende belanghebbende is immers niet meer toe. Jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin hij – los van enig oordeel van een bestuursrechter – invulling moet geven aan zuiver bestuursrechtelijke wettelijke bepalingen is dan ook schaars.

De beoordeling door de civiele rechter of een rechtzoekende al dan niet als belanghebbende kan worden aangemerkt, dient ertoe vast te stellen of hij al dan niet toegang heeft of had tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De civiele rechter moet derhalve beoordelen of de rechtzoekende door de bestuursrechter als belanghebbende zou zijn of zal worden beschouwd. Het lijkt weinig productief als hij daarbij uitgaat van een andere uitleg van het begrip belanghebbende dan de ter zake bevoegde hoogste bestuursrechter.¹⁷⁷ De jurisprudentie bevestigt dat de Hoge Raad inderdaad uitgaat van dezelfde uitleg van het belanghebbende-begrip als de hoogste bestuursrechter(s). Een mooi voorbeeld daarvan betreft het in paragraaf 3.1.6.4 besproken arrest van 23 februari 2007, waarin het omgaan van de College van Beroep voor het bedrijfsleven ertoe leidde dat een rechtzoekende, die in eerste instantie geen belanghebbende was, dat nadien wel werd (zonder dat dat overigens gevolgen had voor diens ontvankelijkheid bij de civiele rechter). Ook in de arresten NJCM en Leges toetst de Hoge Raad, deels onder verwijzing naar bestuursrechtelijke jurisprudentie, aan het belanghebbende-begrip van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht. Daarmee is niet gezegd dat de bestuursrechter niet bereid zou zijn bij de uitleg van – bijvoorbeeld – het belanghebbende-begrip aansluiting te zoeken bij de jurispruden-

177 Zie ook: Van Ravels 2006, p. 233.

tie van de civiele rechter. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 juni 2009, waarin zij voor de beoordeling of een belangenvereniging belanghebbende is, uitdrukkelijk aansluiting zoekt bij een arrest van de Hoge Raad over de vraag wanneer sprake is van een bundeling van belangen.¹⁷⁸ Dat de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg voor de rechtzoekende niet openstaat of heeft gestaan, leidt ertoe dat de civiele rechter tot inhoudelijke beoordeling van de vordering kan en dus moet overgaan.

3.3.2 *Uitgangspunt: de meest gerede rechter*

3.3.2.1 Inleidende opmerkingen

De verhouding tussen de civiele en bestuursrechter wordt, zoals gezegd, in belangrijke mate bepaald door het streven naar een doelmatige rechtsmachtverdeling en door de wens tegenstrijdige uitspraken zoveel mogelijk te voorkomen. Welke rechtsmachtverdeling doelmatig is, lijkt primair te worden beheerst door de *specialisatiegedachte*.¹⁷⁹ Op grond hiervan geeft de civiele rechter het interpretatieprimaat aan zijn bestuursrechtelijke collega, indien het aangelegenheden betreft die typisch tot diens werkterrein behoren. Dit gebeurt ook in het geval de partijconstellatie in de civiele procedure verschilt van die van de (of: een mogelijke) bestuursrechtelijke procedure. Dit geldt ook omgekeerd, zoals hierna zal blijken. Men zou dit ook de *leer van de meest gerede rechter* kunnen noemen.¹⁸⁰

3.3.2.2 Bestuursrechter is de meest gerede rechter

De uitleg van begrippen van het bestuurs(proces)recht ligt primair op het terrein van de bestuursrechter, zeker indien het de kernbegrippen betreft die de toegang tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming regelen. Bijvoorbeeld: belanghebbende, besluit en bestuursorgaan (artikelen 1:1-1:3 van de Algemene wet bestuursrecht). De toetsing van de rechtmatigheid van besluiten ligt eveneens primair op het terrein van de bestuursrechter. De specialisatiegedachte lag al besloten in het arrest Heesch-Van de Akker.¹⁸¹ Het arrest betreft onder meer de vraag of artikel 14 van de Wegenwet, zoals die bepaling destijds luidde, in de weg stond aan het introduceren van een uitwegvergunningsstelsel. De Hoge Raad en de voormalige Afdeling rechtspraak van de Raad van State beantwoordden deze vraag tegengesteld: de Hoge Raad achtte het niet in strijd met de Wegenwet en de Afdeling rechtspraak wel. In het arrest maakt de Hoge Raad aan deze ongewenste situatie

178 ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. A.T. Marseille. Zie ook: ABRvS 21 januari 2009, JOM 2009/862.

179 Zie: Van Ravels 2007-1, p. 353-355.

180 Vrij naar: P.C.E. van Wijmen bij ABRvS 4 april 1995, BR 1996/406.

181 HR 16 mei 1986, NJ 1986/72, m.nt. M. Scheltema.

een einde door zich aan te sluiten bij de rechtsopvatting van (ofwel: de uitleg van artikel 14 van de Wegenwet door) de Afdeling rechtspraak. Redengevend daarvoor was het volgende:

'Daarbij moet voorop worden gesteld dat het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot de beantwoording waarvan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is geroepen. Dat reeds pleit ervoor de vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak te volgen.'

Civiele rechter volgt bestuursrechter

Illustratief voor de beantwoording van de bindingsvraag zijn gevallen waarin de civiele rechter en de bestuursrechter in eerste instantie weliswaar op dezelfde lijn zaten, maar de bestuursrechter reden heeft gezien zijn lijn te wijzigen. Volgt de civiele rechter vervolgens de nieuwe lijn van de bestuursrechter, dan erkent hij daarmee het (interpretatie)primaat van de bestuursrechter.¹⁸² Een voorbeeld ter illustratie.

De civiele rechter en de bestuursrechter hebben enige tijd de jurisprudentie gehanteerd dat een als gevolg van het niet-tijdig nemen van een besluit ontstaan fictief besluit in rechte onaantastbaar wordt (bestuursrechter) of formele rechtskracht verkrijgt (civiele rechter), indien een rechtzoekende daartegen niet tijdig rechtsmiddelen aanwendt.¹⁸³ Gevolg daarvan was dat een schadevergoedingsactie wegens een termijnoverschrijding afketste op de rechtmatigheidsfictie van ... het fictieve besluit!¹⁸⁴ Niet alleen veel fictiviteit dus, maar ook onbevredigend, omdat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan is binnen de gestelde termijnen een beslissing te nemen. Bovendien beloofde deze benadering lang stilzitten door het bestuursorgaan. Als een geduldige burger te lang wachtte op een besluit, kon hem, als het hem dan uiteindelijk toch te gortig werd en hij bezwaar maakte, worden tegengeworpen dat dat onredelijk laat was. Weliswaar bleef het bestuursorgaan verplicht op het bezwaar te beslissen, maar dat kon bij nalaten bestuursrechtelijk niet meer worden afgedwongen. Voormelde jurisprudentielijn had tot gevolg dat ook een schadevergoedingsactie gedoemd was te sneven.

182 Hoewel daaraan natuurlijk ook meer strategisch getinte motieven ten grondslag kunnen liggen, zoals Van Ravels opmerkt (Van Ravels 2007-1, p. 360).

183 Ingevolge artikel 6:2, aanhef en onder b, van de Awb wordt het niet-tijdig nemen van een besluit voor de toepassing van wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep met een besluit gelijkgesteld. Dit betekent dat daartegen ingevolge artikel 8:1, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 7:1, van de Awb bezwaar kan worden gemaakt en beroep ingesteld. Ingevolge artikel 6:12 van de Awb geldt voor een dergelijk bezwaar en beroep geen termijn, maar wel kan het bezwaar of beroep niet-ontvankelijk worden verklaard, indien het onredelijk laat is ingediend.

184 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 3 juni 1999, *JB* 1999/167, m.nt. E. van der Linde, en HR 15 december 2000, *NJ* 2001/318, m.nt. M. Scheltema.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de onwenselijkheid van deze benaderingswijze ook ingezien en heeft, zij het zonder nadere motivering, in navolging van de Centrale Raad van Beroep die lijn genuanceerd.¹⁸⁵ Met de uitspraak van 21 november 2001 wordt een rechtzoekende, die schadevergoeding wenst in verband met een overschrijding van de beslistermijn door het bestuursorgaan, maar niet of niet tijdig is opgekomen tegen de fictieve weigering, niet langer tegengeworpen dat de fictieve weigering in rechte onaantastbaar is geworden.¹⁸⁶ In het arrest van 25 oktober 2002 gaat de Hoge Raad om en sluit hij zich onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 november 2001 aan bij de door de bestuursrechter gevolgde benaderingswijze.¹⁸⁷

Bij twijfel: de wetgever beslist

Het schadevergoedingsrecht behoort traditioneel en typisch tot het werkkterrein van de civiele rechter. Wat betreft het toekennen van een proceskostenveroordeling voor de bestuursrechtelijke procedure beschikt de bestuursrechter weer over een exclusieve bevoegdheid, zij het dat, tot het inwerkingtreden van artikel 7:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het toepassingsbereik van de daarop betrekking hebbende bepaling aanvankelijk naar de letter was beperkt tot de rechterlijke fase. Bij een rechtzoekende kan uiteraard ook de wens bestaan zijn kosten van de daaraan voorafgaande (bezwaar- of administratief beroeps)procedure vergoed te krijgen. Het wekt dan ook geen verbazing dat op dit gebied twijfel kan bestaan wie de meest gerede rechter is.

De redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte komen ingevolge artikel 6:96, tweede lid, aanhef en onder c, van het Burgerlijk Wetboek als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking. Het betreft dan een vergoeding van de daadwerkelijk gemaakte kosten.¹⁸⁸ De Algemene wet bestuursrecht bevatte tot het ingrijpen van de wetgever geen regeling voor vergoeding van dergelijke kosten. Toch waren de hoogste bestuursrechtters bereid kosten, gemaakt ten behoeve van een bestuurlijke voorprocedure, krachtens artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht voor vergoeding in aanmerking te brengen, zij het slechts in – zeer – uitzonderlijke gevallen.¹⁸⁹ Voor deze benaderingswijze voelden zij zich gesteund door de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht,

185 CRvB 19 juli 2001, *JB* 2001/253, m.nt. J.H. Keinemans.

186 ABRvS 21 november 2001, *AB* 2002/183, m.nt. A.M.L. Jansen.

187 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171, m.nt. M. Scheltema. Zie over deze ontwikkeling in de jurisprudentie nader: Jansen 2003.

188 Onder andere: HR 20 februari 1998, *NJ* 1998/475.

189 Zie onder meer: ABRvS 12 december 1996, *JB* 1997/83. De Centrale Raad van Beroep nam enkel een uitzonderlijk geval aan, indien het bestuursorgaan het besluit tegen beter weten in genomen had; zie bijvoorbeeld: CRvB 24 februari 1998, *AB* 1998/177, m.nt. H.E. Bröring.

waarin dit met zoveel woorden is vermeld.¹⁹⁰ Saillant detail is dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht blijkt dat de wetgever met het opnemen van deze bepaling geen wijziging beoogde van het geldende, materiële, schadevergoedingsrecht en dat de criteria die de bestuursrechter wat betreft de wetgever zal hanteren bij de beantwoording van de vraag of aanspraak bestaat op schadevergoeding, dezelfde zijn als die de civiele rechter hanteert bij de afdoening van geschillen inzake onrechtmatige overheidsdaad.¹⁹¹ Daaronder valt onder meer artikel 6:96 van het Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan steeds aanspraak bestaat op vergoeding van de redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte!

Hoewel in de cassatiemiddelen uitdrukkelijk werd betoogd dat een onaanvaardbare tegenstelling bestaat in de opvattingen tussen de civiele rechter en bestuursrechter, houdt de Hoge Raad in zijn arrest van 17 december 1999 zonder nadere motivering vast aan zijn jurisprudentie.¹⁹² De Afdeling bestuursrechtspraak voelt er echter klaarblijkelijk evenmin voor om om te gaan. In de uitspraak van 6 februari 2002 herhaalde de Afdeling bestuursrechtspraak het door haar gehanteerde criterium, dat kosten voor een bestuurlijke voorprocedure slechts in uitzonderlijke gevallen voor vergoeding in aanmerking komen en voegt daaraan toe: 'Het door appellanten vermelde arrest van de Hoge Raad van 17 december 1999 [...] geeft geen aanleiding om hierover thans anders te oordelen.'¹⁹³ Het is uiteindelijk de wetgever geweest die met het opnemen van een regeling voor de vergoeding van de kosten in de bestuurlijke voorprocedures de knoop heeft doorgehakt en de bestuursrechter heeft aangewezen als de meest gerede rechter.

De logische consequentie van de leer van de meest gerede rechter is dat voor de civiele rechter geen grond bestaat het interpretatieprimaat bij de bestuursrechter te laten, indien het aangelegenheden betreft die – traditioneel – typisch tot het terrein van de civiele rechter behoren. In zoverre verbaast de handelwijze van de Hoge Raad niet. Ik heb geen jurisprudentie gevonden waarin de Hoge Raad met zoveel woorden afstand neemt van een uitleg door de bestuursrechter van een wetsbepaling die typisch tot zijn instrumentarium behoort, maar evenmin uitspraken waarin hij daarin de bestuursrechter uitdrukkelijk volgt. Dat laat onverlet dat de Hoge Raad zonder uitspraken van de bestuursrechter te vermelden – toevallig – tot dezelfde uitkomst kan komen, zoals ook Van Ravels opmerkt.¹⁹⁴

190 *PG Awb II*, p. 489-491 en 498.

191 *PG Awb II*, p. 474 en 476.

192 HR 17 december 1999, *NJ 2000/88*, m.nt. A.R. Bloembergen.

193 *ABRvS 6 februari 2002*, *AB 2002/257*, m.nt. C.M. Bitter.

194 Van Ravels 2007-1, p. 360, met vermelding van enige jurisprudentie.

3.3.2.3 Civiele rechter is de meest gerede rechter

Eenzelfde benadering hanteren de bestuursrechters: ook zij zijn bereid zich – waar mogelijk – aan te sluiten bij een door de Hoge Raad gegeven uitleg van typisch civielrechtelijke voorschriften, dan wel daarbij aansluiting te zoeken, indien één-op-één overnemen van de uitleg van de Hoge Raad niet mogelijk of wenselijk is. Een voorbeeld daarvan biedt de jurisprudentie op het gebied van het schadevergoedingsrecht.

Schadevergoedingsrecht: bestuursrechter volgt de civiele rechter

Hoewel de bestuursrechters de grondslag voor schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen niet vinden in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek, maar in een door hen gevonden algemeen rechtsbeginsel waarvan de werking zich ook in het bestuursrecht kan doen gevoelen en waarvan artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek de civielrechtelijke verschijningsvorm is, lijken zij zich – uitvoeringsverschillen daargelaten – bij de jurisprudentie van de civiele rechter aan te sluiten.¹⁹⁵

Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich uitdrukkelijk aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad volgens welke de regeling uit de Vreemdelingenwet 2000, die een vreemdeling aanspraak biedt op verlening van een verblijfsvergunning, tot doel heeft een recht op bestendig verblijf in Nederland te verlenen en niet (ook) strekt tot bescherming van diens vermogensrechtelijke belangen.¹⁹⁶ Dit is in zoverre opvallend, nu het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever was dat alle geschillen over de (uitvoering van de) Vreemdelingenwet 2000 tot de exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter zouden behoren en er geen reestruimte voor de civiele rechter (meer) zou zijn.¹⁹⁷ Deze wens heeft de wetgever ertoe gebracht in artikel 72, derde lid, van de Vreemdelingenwet 2000 op te nemen dat handelingen van een bestuursorgaan jegens een vreemdeling als zodanig met een besluit worden gelijkgesteld.¹⁹⁸ Hoewel derhalve betoogd zou kunnen worden dat de bestuursrechter in vreemdelingenzaken per definitie de meest gerede rechter is, was de Afdeling bestuursrechtspraak waarschijnlijk van oordeel dat in dit geval niet zozeer de vreemdelingrechtelijke, maar de schadevergoedingsaspecten doorslaggevend waren, zodat het in de rede lag aan te sluiten bij de civiele rechter. Met de inwerkingtreding van de Wet

195 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren, CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995/334, m.nt. R.M. van Male, ABRvS 4 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009: BH1887, ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5687, en ABRvS 7 april 2010, *AB* 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker. Zie ook: Van Ravels 2007-1, p. 347-357. Sinds de inwerkingtreding per 1 juli 2013 van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten voorziet de Algemene wet bestuursrecht in een algemene wettelijke grondslag voor een bestuursrechtelijke schadevergoedingsprocedure.

196 Onder meer: ABRvS 7 april 2010, *AB* 2010/206, m.nt. F.M.J. den Houdijker.

197 Zie hierover onder meer: ABRvS 3 december 2008, *RV* 2008/72, m.nt. K.E. Geertsema.

198 Aldus uitdrukkelijk: ABRvS 21 februari 2013, *JV* 2013/167, m.nt. F. Fonville, en HR 17 oktober 2008, *AB* 2010/259, m.nt. G.A. van der Veen.

nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten is de vreemdelingenrechter exclusief bevoegd (met uitsluiting van de civiele rechter derhalve) ten aanzien van vorderingen tot schadevergoeding die hun grondslag vinden in de toepassing van de Vreemdelingenwet 2000, ongeacht de hoogte van de vordering.¹⁹⁹ Ik verwacht niet dat dit tot een verschil in benadering door de bestuursrechter zal leiden en ga ervan uit hij, waar het de uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht betreft, aansluiting zal blijven zoeken bij de jurisprudentie van de civiele rechter.

Bevestiging door de wetgever

Dat de civiele rechter in schadevergoedingsprocedures de meest gerede rechter is, ook indien het procedures betreft waarbij de overheid betrokken is, is bevestigd met totstandkoming van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Sinds de inwerkingtreding daarvan op 1 juli 2013 is de bestuursrechter exclusief bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsacties die hun grondslag vinden in de toepassing van de Vreemdelingenwet 2000 en op de terreinen waarop de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad als belastingrechter de bevoegde hoogste bestuursrechter zijn. Op alle andere terreinen is de bestuursrechter nog slechts bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsacties tot een bedrag van maximaal € 25.000,00, tenzij de rechtzoekende ter zake al een vordering bij de civiele rechter heeft ingediend. Aan deze keuze ligt, behalve de wens te komen tot een overzichtelijke bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter, ten grondslag dat in de optiek van de wetgever de civiele procedure meer dan de bestuursrechtelijke geschikt is om complexe schadeverzoeken in meerpartijenverhoudingen te beoordelen.²⁰⁰

Niet op alle onderdelen van het schadevergoedingsrecht vervullen de bestuursrechters evenwel een volgende rol. Omdat het civiele aansprakelijkheidsrecht geen grondslag kent voor toekenning van schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen en voor schadevergoedingsacties derhalve steeds een onrechtmatigheid geconstrueerd moet worden, spelen de bestuursrechters op dat terrein in zekere zin de hoofdrol.²⁰¹ De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten bevestigt dit, zij het dat een rol voor de civiele rechter behouden blijft in die gevallen, waarin de schade het gevolg is van wet- en regelgeving en bestuurshandelingen waartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat.²⁰²

199 *Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 2, en Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 56.*

200 *Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 38-40. Zie hierover nader: Daalder & Van der Jagt-Jobsen, p. 7-19.*

201 Zie: Van Angeren, p 223-232. Zie ook: Schlössels & Zijlstra, p. 1378-1382, en Van Ravels 2012, p. 159-160. Zie ook: HR 28 maart 2008, *JB 2008/105*, m.nt. J.M.H.F. Theunissen.

202 *Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 7-22.*

Uitleg van overeenkomsten

De jurisprudentie laat echter zien dat de bestuursrechters ook op andere terreinen dan het schadevergoedingsrecht bereid zijn de civiele rechter te volgen, mits het een onderwerp betreft waarop de civiele rechter de meest gerede rechter is. Een van die onderwerpen betreft de uitleg van overeenkomsten. Het is vaste (Haviltex-)jurisprudentie van de Hoge Raad dat bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen de zuiver taalkundige betekenis bepalend is, maar dat ook rekening moet worden gehouden met de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²⁰³ Hoewel de Centrale Raad van Beroep in de uitspraak van 5 maart 2009 niet uitdrukkelijk naar die jurisprudentie verwijst, komt de gehanteerde maatstaf bijna letterlijk overeen met die van de Hoge Raad.²⁰⁴

Toepassing huurrecht

Een ander voorbeeld kan worden ontleend aan de jurisprudentie over de Huursubsidiewet (thans: de Wet op de huurtoeslag). Een van de kernbegrippen van deze wet is het begrip 'huurder'. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder c, sub 1, van de Wet op de huurtoeslag wordt onder huurder verstaan: persoon die zijn hoofdverblijf heeft in een door hem gehuurde woning, daaronder begrepen een woonwagen, tenzij de overeenkomst van huur en verhuur een gebruik van de woning betreft dat naar zijn aard van korte duur is. Deze uitzondering komt overeen met een vergelijkbare regeling, opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en de Huurprijzenwet woonruimte. Het spreekt voor zich dat het onwenselijk zou zijn als iemand voor de toepassing van de Wet op de huurtoeslag wél huurder is, maar niet als huurder in de zin van het Burgerlijk Wetboek wordt beschouwd. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1, aanhef en onder c, sub 1, van de Wet op de huurtoeslag blijkt dat ook de regering voor ogen stond dat voor de uitleg van de uitzondering door de bestuursrechter zou worden aangesloten bij de jurisprudentie die door de civiele rechter is ontwikkeld over de uitzonderingsregeling in het Burgerlijk Wetboek en de Huurprijzenwet woonruimte. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat daar – in navolging van de rechtbank – in mee.²⁰⁵

Regel?

Ik heb de indruk dat de civiele rechter en de bestuursrechter voor beantwoording van de vraag wie in dit soort gevallen de meest gerede rechter is, bezien met wiens exclusieve rechtsgebied de bepaling het meest verband houdt.

203 Onder meer: HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, en HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink onder *NJ* 2007/576.

204 CRvB 5 maart 2009, *TAR* 2009/112; zie ook: ABRvS 2 september 2009, *ECLI:NL:RVS:2009:BJ6690*.

205 ABRvS 14 juli 2010, *ECLI:NL:RVS:2010:BN1136*.

In dat geval wordt de uitleg van die rechter niet zonder meer met jurisprudentieverwijzing overgenomen, maar leidt een eigen beoordeling tot een slotsom die erop neerkomt dat geen grond bestaat daar anders over te denken, daarmee op zijn minst implicerend dat dat wel zou hebben gekund.

3.3.2.4 Wie is de meest gerede rechter?

In de hiervoor bedoelde gevallen bestond redelijkerwijs geen twijfel dat de civiele rechter de meest gerede rechter is. Interessant is het te zien hoe gehandeld wordt, indien dat minder duidelijk is of indien zowel de civiele rechter als de bestuursrechter dezelfde (termen in) wettelijke voorschriften toepast. Twee voorbeelden uit de Afdelingsjurisprudentie ter verduidelijking.

Verlening versus vaststelling van het Nederlanderschap

Ingevolge artikel 17 van de Rijkswet op het Nederlanderschap kan eenieder die, buiten een bij enige in een der delen van het Koninkrijk gevestigde rechterlijke instantie of een in administratief beroep aanhangige zaak, daarbij onmiddellijk belang heeft, bij de rechtbank te Den Haag een verzoek indienen tot vaststelling van zijn Nederlanderschap of tot vaststelling dat hij het Nederlanderschap niet bezit. Tegen een uitspraak van de rechtbank staat uitsluitend beroep in cassatie open. Ingevolge artikel 19 van die wet is elk met de uitvoering van enige wettelijke regeling belast orgaan aan een onherroepelijk geworden beschikking, gegeven met toepassing van artikel 17, gebonden. De Hoge Raad hanteert de jurisprudentielijn dat een voor 1 april 2003 verleend naturalisatiebesluit waarin valse of fictieve persoonsgegevens zijn opgenomen de betrokkene, behoudens bijzondere omstandigheden die hem desondanks voldoende identificeren ten behoeve van een behoorlijk antecedentenonderzoek, niet identificeert en daarom geen rechtsgevolg heeft.²⁰⁶

Tegen besluiten tot verlening of intrekking van het Nederlanderschap staat evenwel beroep open op de rechtbank (sector bestuursrecht) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De Rijkswet op het Nederlanderschap bevat geen regeling voor mededelingen van de minister van Justitie aan een vreemdeling dat hij zich bevindt in een situatie, als in voormelde jurisprudentie van de Hoge Raad bedoeld, zodat het naturalisatiebesluit voor hem geen rechtsgevolgen heeft. De vraag rijst of tegen zodanige mededeling bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden angewend.

De Afdeling bestuursrechtspraak stelt allereerst vast dat niet in geschil is dat de desbetreffende vreemdeling zich tijdens zowel de toelatings-, als de naturalisatieprocedure heeft bediend van een valse naam en geboortedatum en dat de in het naturalisatiebesluit opgenomen personalia vals zijn, zodat inderdaad sprake is van een situatie als bedoeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Vervolgens sluit de Afdeling bestuursrechtspraak zich bij deze jurisprudentie aan, hetgeen betekent dat de vreemdeling nimmer de Neder-

206 Onder meer: HR 30 juni 2006, *JV* 2006/314, m.nt. H.U. Jessurun d'Oliveira.

landse nationaliteit heeft gekregen. De slotsom is dat de mededeling van de minister van Justitie dat het naturalisatiebesluit voor de vreemdeling geen rechtsgevolgen heeft geen besluit is, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. De Afdeling bestuursrechtspraak wijst de vreemdeling er nog wel op dat het hem vrijstaat bij de civiele rechter een verzoek tot vaststelling van het Nederlanderschap te doen, in welk kader de juistheid van de mededeling van de minister van Justitie aan de orde kan komen.²⁰⁷

GBA: huwelijken en echtscheidingen

Een ander voorbeeld. Tegen besluiten over het opnemen van gegevens in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (hierna: de GBA) staat beroep open bij de bestuursrechter. In de GBA worden onder meer naam en burgerlijke stand van ingezetenen geregistreerd. Voor de toepassing van de wettelijke bepalingen over huwelijken en echtscheidingen, opgenomen in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, is evenwel de civiele rechter bevoegd. In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 3 maart 2010 was de vraag aan de orde wanneer een buiten Nederland door verstoting ontbonden huwelijk in de GBA kan worden opgenomen, met andere woorden: wanneer een verstoting wordt erkend. De erkenning wordt geregeerd door de Wet conflictenrecht inzake ontbinding huwelijk en scheiding van tafel en bed. Voor artikel 2 van deze wet heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verstoting slechts kan worden erkend, indien de ontbinding – niettegenstaande de verstoting – heeft plaatsgevonden na een procedure waarin de vrouw als wederpartij de gelegenheid heeft gehad gehoord te worden, door een tot beëindiging van het huwelijk bevoegde rechter of andere autoriteit. Ook in dit geval volstaat de Afdeling bestuursrechtspraak met de constatering dat zij geen grond ziet hier anders over te oordelen dan de Hoge Raad. Gelet op de huwelijksvermogensrechtelijke consequenties van een ontbinding van het huwelijk lag het ook in de rede dat de bestuursrechter de civiele rechter zou volgen.²⁰⁸

Regel?

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat aan de benaderingswijze dat de uitleg van de civiele rechter voor de bestuursrechter leidend is de gedachte ten grondslag ligt dat beiden weliswaar een van elkaar te onderscheiden taak hebben bij toepassing van eenzelfde wettelijk voorschrift, maar het voorschrift grotere raakvlakken heeft met rechtsgebieden die exclusief behoren tot het werkkerrein van de civiele rechter dan met het werkkerrein van de bestuursrechter. Met andere woorden: voor de uitleg van de genoemde wettelijke voorschriften is de civiele rechter naar het oordeel van de bestuurs-

207 ABRvS 8 juli 2009, AB 2009, 392, m.nt. R. Ortlep.

208 ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6235.

rechter de meest gerede rechter. Het betreft derhalve een keuze van de bestuursrechter om de civiele rechter het voortouw te laten nemen.

Voorbeelden van uitspraken waarin de hoogste bestuursrechterlijke instanties hun uitleg van wettelijke voorschriften waarvoor zij – naar hun oordeel – de meest gerede rechter zijn expliciet aanpassen aan die van de Hoge Raad, zijn mij niet bekend. Ook hierbij geldt de door Van Ravels gemaakte kanttekening dat het kan voorkomen dat de bestuursrechter – toevallig – tot dezelfde uitleg komt als zijn civielrechtelijke collega.

3.3.2.5 Tussenconclusies

Uit het vorenstaande volgt dat, indien een meest gerede rechter aan te wijzen is, zowel de civiele, als de bestuursrechter bereid is de door die rechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift over te nemen dan wel, indien dat om wat voor reden ook niet zonder meer mogelijk of wenselijk is, daarbij aansluiting te zoeken. Tenzij eenduidig is welke rechter de meest gerede is, zal de rechter die tot uitleg van een wettelijk voorschrift wordt geroepen en dan wordt geconfronteerd met een eerdere uitleg van – bijvoorbeeld – zijn bestuursrechtelijke collega de vraag moeten beantwoorden wie de meest gerede rechter is. Over het algemeen zal een benadering waarbij wordt gezien met welk rechtsgebied het wettelijk voorschrift de meeste aanknopingspunten, of de ingrijpendste gevolgen heeft een praktisch werkbaar uitweg bieden. Door het aansluiten door de tweede rechter bij de door de eerste rechter gegeven uitleg erkent hij dat de eerste rechter de meest gerede is.

3.3.3 *Geen eenduidige meest gerede rechter; wat te doen?*

3.3.3.1 Inleidende opmerkingen

In de vorige paragraaf bleek dat, indien op eenduidige wijze kan worden vastgesteld welke rechter als meest gerede rechter heeft te gelden, zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter bereid is daarvan uit te gaan. Deze benaderingswijze biedt geen uitweg, indien het de uitleg betreft van wettelijke voorschriften die algemene, rechtsgebied overstijgende, betekenis hebben en tot uitleg waarvan de civiele rechter en de bestuursrechter gelijkelijk geroepen kunnen worden. In zodanig geval is van een meest gerede rechter dus geen sprake. Dit doet zich in het bijzonder, maar niet uitsluitend, voor bij de uitleg van verdragsbepalingen.

3.3.3.2 Streven naar voorkomen tegenstrijdige uitspraken

Hoewel ook daarbij geldt dat het streven van de hoogste rechterlijke instanties er doorgaans op gericht zal zijn tegenstrijdige uitspraken te voorkomen, is dat streven alleen geen garantie voor succes. Een voorbeeld kan worden gevonden in de hiervoor al geïntroduceerde SGP-zaak, waar het de uitleg

van artikel 7 van het Verdrag inzake uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (hierna: het Vrouwenverdrag) betreft.²⁰⁹

SGP-zaak: een gemiste kans?

Om positief te beginnen: zowel de Afdeling bestuursrechtspraak, als de Hoge Raad kwamen in deze zaak tot de slotsom dat artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag eenieder verbindend is. Hoewel de Hoge Raad het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak hierover wel vermeldt, volstaat hij niet met een verwijzing naar de overwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak, maar geeft hij een eigen – op onderdelen afwijkende – motivering voor het aannemen van eenieder verbindendheid. Het is spijtig dat de Hoge Raad geen aanleiding heeft gezien te motiveren waarom hij zich niet wilde aansluiten bij de motivering van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het belangrijkste is echter dat beide instanties over het al dan niet eenieder verbindend zijn tot dezelfde conclusie zijn gekomen. Dat is bij de uitleg van voormelde bepaling niet gelukt.

Met een uitgebreide verwijzing naar – onder meer – de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag verstaat de Afdeling bestuursrechtspraak artikel 7, aanhef en onder c, aldus dat uit deze bepaling geen recht voortvloeit voor vrouwen om actief en passief lid te worden van alle politieke groeperingen. Welke verplichtingen voor de Staat uit deze bepaling voortvloeien, is afhankelijk van de uitkomst van het belang dat deze bepaling beoogt te beschermen en andere, eveneens door eenieder verbindende verdragsbepalingen beschermde belangen, onder meer betreffende de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van vereniging en vergadering en vrijheid van meningsuiting. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat daarbij uit van een afweging binnen artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag tussen het belang dat vrouwen op gelijke voet als mannen kunnen deelnemen aan het politieke leven en de belangen van de politieke partijen waarbinnen die deelname vorm moet krijgen.

De Hoge Raad verstaat artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag aldus dat uit deze bepaling voor de Staat wel zonder meer de verplichting voortvloeit te verzekeren dat alle politieke partijen vrouwen niet alleen als lid toelaten, voor zover het lidmaatschap van een partij nodig is voor de kandidaatstelling, maar ook tot de kandidaatstelling zelf. Aangezien de SGP geen van beide doet (of *ex nunc* gezien: deed), is daarmee gegeven dat de Staat deze verplichting heeft geschonden. Daarvoor is niet relevant dat er ook politieke partijen zijn die vrouwen wél in alle opzichten als volwaardige leden aanvaarden, zodat er alternatieven zijn. Indien, zoals in dit geval, sprake is van botsende grondrechten, is daarmee echter niet ook zonder meer gegeven dat de Staat in alle gevallen jegens vrouwen onrechtmatig handelt. Daarvoor is bepalend aan welk grondrecht voorrang moet worden

209 ABRvS 5 december 2007, AB 2008/35, m.nt. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen, en HR 9 april 2010, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema.

gegeven. De Hoge Raad ziet derhalve evenals de Afdeling bestuursrecht-spraak ruimte voor een afweging, zij het voor een afweging van het door artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag beschermde recht tegen in andere, eenieder verbindende, verdragsbepalingen neergelegde rechten. Het verschil in gewicht, dat het gevolg is van de ruime uitleg van artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag, vertaalt zich ook in de uitkomst. De Hoge Raad is van oordeel dat de Staat, door toe te staan dat de SGP geen vrouwen toelaat op de kandidatenlijsten voor algemeen vertegenwoordigende organen, onrechtmatig handelt.

In hoger beroep en cassatie worden de scherpe kantjes er door de civiele rechter overigens afgeslepen omdat zowel het gerechtshof, als de Hoge Raad de exclusieve rechtsmacht van de bestuursrechter ten aanzien van de subsidiëring erkent. Opvallend daarbij is wel dat de Hoge Raad over de beëindiging van de subsidiëring eerst overweegt dat dat een 'afweging van belangen vergt die in zodanige wijze samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd', alvorens, bijna terloops, op te merken dat er een uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak ligt, waarvan de strekking is dat stopzetting van de subsidie op dit moment wettelijk niet mogelijk is. Dit wekt op zijn minst de indruk dat de Hoge Raad op dit gebied het primaat niet van harte aan de Afdeling bestuursrecht-spraak heeft gelaten. Temeer, nu het gerechtshof nog overwoog dat het van de juistheid van de beslissing van de bestuursrechter die bij uitstek op zijn terrein ligt, dient uit te gaan.

Motiveren afwijkingen

Over de (on)juistheid van de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak en/of het arrest van de Hoge Raad is inmiddels het nodige geschreven.²¹⁰ Het gaat mij er op deze plaats ook niet om welke uitleg van artikel 7, aanhef en onder c, van het Vrouwenverdrag de juiste of meest wenselijke is. Onwenselijk is mijns inziens in elk geval dat tussen de hoogste civiele rechter en bestuursrechter een verschil van inzicht bestaat over de uitleg van voormelde bepaling, zonder dat duidelijk is wat de reden daarvoor is. Mede gegeven de publieke belangstelling voor de zaak had van de Hoge Raad, als laatste nationale spreker, mogen worden verwacht dat hij niet alleen zou aangeven waarom hij de door de Afdeling bestuursrecht-spraak gegeven uitleg niet volgt, maar ook waarom de door hem voorgestane uitleg beter is. Daarmee zou hij in discussie treden met de hoogste bestuursrechter, hetgeen een eer-

210 Zie naast de noten van Schutgens en Sillen, en Alkema, onder andere de noten van J.L.W. Broeksteeg bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak (*Gst.* 2008, 17), het arrest van het gerechtshof Den Haag van 20 december 2007 (*Gst.* 2008, 18) en het arrest van de Hoge Raad (*Gst.* 2010, 63). Zie ook: Den Ouden, Polak & Schuurmans, en Peters & Bleeker. Zie eveneens: de noot van R. Nehmelman en M. Kanne bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak en het gerechtshof Den Haag in *JB* 2008/24, Theunissen 2008, en Theunissen 2010. Zie verder ook: Loenen, en Kooijman 2011. Zie ook: Kooijman 2008, Schutgens & Sillen, Holtmaat & Timmer, en Verhey, p. 238-252.

ste stap zou kunnen zijn om een uniforme uitleg te bereiken. Eenzelfde inspanning had ook van de Afdeling bestuursrechtspraak ten opzichte van de (eerstelijns) civiele rechter mogen worden verwacht.

Onmogelijke opdracht civiele rechter?

De SGP-zaak bevat voor de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter nog een ander interessant aspect. De civiele rechter had de Staat namelijk – uitvoerbaar bij voorraad – gelast artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen, waarin de wettelijke grondslag voor subsidieverlening aan politieke partijen is gelegen, in relatie tot de SGP buiten toepassing te laten. Dat leidde ertoe dat de verantwoordelijke bewindspersoon zich genoodzaakt voelde de subsidieaanvraag van de SGP onder verwijzing naar de desbetreffende rechtbankuitspraak af te wijzen. Hoewel ik op zichzelf begrijp dat de minister zich – in elk geval totdat de bestuursrechter anders had geoordeeld – gebonden achtte aan de uitspraak van de civiele rechter, blijkt uit de hiervoor besproken uitspraak over het verblijf van vreemdelingen in een politiecel voor maximaal 120 uur dat ook een andere benadering mogelijk was geweest. Door in weerwil van de uitspraak van de civiele rechter wel subsidie te verlenen had de minister ten opzichte van de rechtzoekenden van de civiele vordering weliswaar onrechtmatig gehandeld, maar wel meer recht gedaan aan de belangen van de SGP. Daarmee was ook de ongemakkelijke situatie voorkomen die ontstond toen de Afdeling bestuursrechtspraak het betoog van de rechtzoekenden in de civiele procedure verwierp dat ook de bestuursrechter aan de uitspraak van de civiele rechter gebonden is: de minister was gebonden aan de uitspraak van de civiele rechter, maar het besluit dat hij op basis daarvan nam, moest reeds worden vernietigd, omdat de bestuursrechter niet aan het oordeel van de civiele rechter gebonden is.

Die beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak verrast niet als we in aanmerking nemen dat de bestuursrechter ten aanzien van subsidiëring van politieke partijen zonder meer de meest gerede rechter is. Voor zover Schutgens en Sillen zich in hun noot op het standpunt stellen dat van de Afdeling bestuursrechtspraak had mogen worden verwacht dat zij zich zou aansluiten bij het oordeel van de civiele rechter, aangezien deze dat ook pleegt te doen ten aanzien van uitspraken van de bestuursrechter, gaan zij er mijns inziens aan voorbij dat aan die handelwijze van de civiele rechter de wens van doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele en bestuursrechter ten grondslag ligt. Een doelmatige rechtsmachtverdeling was er in dit geval mee gediend geweest als de civiele rechter het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad had verklaard of het oordeel van de bestuursrechter had afgewacht.²¹¹

211 Zie hierover nader: R.J.N. Schlössels bij Hof Den Haag 20 december 2007, *JB* 2008/37.

3.3.4 Tussenconclusies

Voor de gebondenheid van de civiele rechter aan een uitleg van een wettelijk voorschrift door de bestuursrechter kunnen twee situaties worden onderscheiden. In het geval de civiele rechter optreedt als restrechter hanteert hij ook bij interpretatievragen het beginsel van de formele rechtskracht. Aan de jurisprudentie kunnen de volgende vuistregels worden ontleend:

- Indien een rechtzoekende die een bestuursrechtelijke procedure heeft doorlopen, zich ten aanzien van dat besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze op grond van de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter* uit van de door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift.
- Indien een rechtzoekende die een bestuursrechtelijke procedure had kunnen doorlopen maar dat niet heeft gedaan, zich ten aanzien van een besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze op grond van de *leer van de formele rechtskracht* uit van de uitleg van het wettelijk voorschrift, zoals neergelegd in het besluit.
- Indien een rechtzoekende die geen toegang heeft tot een bestuursrechtelijke procedure zich ten aanzien van een besluit met een onrechtmatigedaadsactie tot de civiele rechter wendt, gaat deze in beginsel uit van de *door de bestuursrechter gehanteerde uitleg* van een wettelijk voorschrift. Is er over het desbetreffende wettelijk voorschrift (nog) geen jurisprudentie van de bestuursrechter, dan geeft de civiele rechter zijn eigen uitleg.

Behalve als restrechter kan de civiele rechter ook in zijn gewone hoedanigheid geroepen worden tot uitleg van wettelijke voorschriften die ook de bestuursrechters toepassen of soms zelfs behoren tot diens exclusieve bevoegdheid. Ook andersom komt dit voor. Een reden daarvoor is dat de wetgever niet altijd consequent kiest voor het civiele of bestuursrechtelijke traject om de met de desbetreffende wettelijke regeling nagestreefde doelen te bereiken. Het komt ook voor dat diversiteit van terminologie uit een oogpunt van rechtszekerheid en uniformiteit van wetstoepassing ongewenst wordt geacht. In dat geval kan zowel de civiele rechter als de bestuursrechter zich voor de vraag gesteld zien wie het voortouw moet nemen of het voortouw moet worden gelaten. Zij lijken daarbij de volgende regel te volgen:

- Indien de civiele rechter en de bestuursrechter beiden tot uitleg van een wettelijk voorschrift geroepen kunnen worden, is de door de *meest gerede rechter* gegeven uitleg van het wettelijk voorschrift leidend.

Hoewel in beide hiervoor bedoelde gevallen zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter over een zelfstandige bevoegdheid beschikt, kan tevens op relatief eenvoudige wijze worden vastgesteld met wiens exclusieve bevoegdheidsgebied het desbetreffende wettelijke voorschrift de meeste aankno-

pingspunten heeft en aan wie het interpretatieprimaat moet worden gelaten. Over het algemeen is derhalve duidelijk wie de meest gerede rechter is.

Het kan echter tevens voorkomen dat geen meest gerede rechter kan worden aangewezen, omdat het desbetreffende wettelijk voorschrift gelijkelijk tot beiden is gericht. Dit doet zich in het bijzonder voor bij de uitleg van verdragsbepalingen. Ook in die gevallen lijkt het streven erop gericht te zijn te komen tot een uniforme uitleg, zij het dat dat niet in alle gevallen lukt. Dat is wellicht inherent aan het ontbreken van een meest gerede rechter. Door het over de band van de uitspraak aangaan van een discussie met de collega-instantie zou echter een uniforme uitleg kunnen worden bereikt dan wel duidelijk kunnen worden dat en waarom er goede redenen voor verschillen in uitleg bestaan. Niet alleen bij het ontbreken van een meest gerede rechter, maar eigenlijk in alle gevallen waarin de civiele rechter afwijkt van een eerder door de bestuursrechter gegeven uitleg van een wettelijk voorschrift (of vice versa), zou uit een oogpunt van rechtseenheid, rechtszekerheid en het tegengaan van onnodige verschillen tussen de verschillende rechterlijke instanties, van de afwijkende rechter mogen worden gevraagd daarover in de uitspraak verantwoording af te leggen. Dit leidt tot de volgende slotsom:

- In alle hiervoor genoemde gevallen dient de rechter die een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift niet volgt, niet alleen te motiveren waarom hij dat niet doet, maar ook waarom de door hem voorgestane uitleg beter is.

3.4 BESTAAT BINDING AAN EEN EERDERE VASTSTELLING VAN FEITEN?

3.4.1 *Inleidende opmerkingen*

Hiervoor ben ik ingegaan op de verhouding tussen de civiele rechter en de bestuursrechter wat betreft oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en de uitleg van wettelijke voorschriften. Daaruit kwam het beeld naar voren dat het streven van zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter erop is gericht verschillen in jurisprudentie zoveel mogelijk te voorkomen. Behalve waar het de uitleg van wettelijke voorschriften betreft waarvoor geen meest gerede rechter is aan te wijzen, leidt dit streven doorgaans tot een aanvaardbaar resultaat. Als gevolg van de algemene rechtsmacht van de civiele rechter, waaraan inherent is dat hij zich eerder op het terrein van de bestuursrechter begeeft dan andersom, gaat het streven in de praktijk uit van de civiele rechter.

3.4.1.1 *Feit is feit?*

Het laatste deel van dit hoofdstuk betreft de vaststelling van de feiten. Op het eerste gezicht lijkt geen misverstand mogelijk over de vraag wat onder feiten en daarmee ook onder de vaststelling daarvan moet worden verstaan.

Zo zal bijvoorbeeld niemand bestrijden dat de afmetingen van een garage, de afstand tussen bouwwerken, het aantal tandenborstels dat in een badkamer aanwezig is of de uitkomsten van een DNA-test, feiten betreffen, gegeven de mogelijkheden dit objectief vast te stellen. Indien tussen de uitkomsten van metingen verschillen bestaan, ontnemt dit niet het feitelijk karakter aan de verkregen gegevens, maar geeft dat blijk van foute metingen. De afmetingen van een garage zijn niet afhankelijk van het soort procedure waarin deze worden vastgesteld.

Iets wat zich op het eerste gezicht als feit presenteert, is evenwel niet steeds een feit. Zo woedt bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht sinds jaar en dag de discussie of het relaas van een vreemdeling over het waarom en op welke wijze hij uit zijn land van herkomst is vertrokken (en soms zelfs de verklaringen van een vreemdeling over zijn identiteit en nationaliteit) al dan niet feitelijk is. Vanuit de hoek van – bijvoorbeeld – de asieladvocatuur wordt doorgaans het standpunt ingenomen dat de vaststelling of iemand is mishandeld of gemarteld van feitelijke aard is, aangezien het kan worden vastgesteld aan de hand van een medisch dossier of het bestaan van littekens. De Afdeling bestuursrechtspraak, als hoogste rechter in vreemdelingenzaken, is evenwel van oordeel dat een asielrelaas weliswaar onderdelen van feitelijke aard kan bevatten, zoals de aanwezigheid van littekens, maar dat het uiteindelijk gaat om de oorzaken van het ontstaan van de littekens (waardering van de feiten). Is de vreemdeling inderdaad, zoals hij stelt, mishandeld of gemarteld, of heeft hij de verwondingen zelf toegebracht of laten toebrengen om zijn kansen op een verblijfsvergunning te vergroten? Ten aanzien daarvan is een vreemdeling doorgaans niet in staat objectief bewijs te leveren en komt het uiteindelijk neer op de vraag of het bestuursorgaan al dan niet geloof hecht aan de verklaringen van de vreemdeling.²¹²

Het onderscheid is niet zonder betekenis: ook in het vreemdelingenrecht toetst de bestuursrechter de vaststelling van feiten zonder enige terughoudendheid, terwijl op grond van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak het standpunt van het bestuursorgaan over de geloofwaardigheid van het relaas slechts terughoudend mag worden getoetst.²¹³ Dat dat niet vanzelfsprekend is, blijkt uit jurisprudentie van het EHRM. Dit lijkt zichzelf – anders dan de Afdeling bestuursrechtspraak – wel tot beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas in staat en geroepen te achten.²¹⁴ Overigens is op 26 juni 2013 de herschikking van de zogenoemde

212 Zie over feiten in het vreemdelingenrecht: Lubberdink, p. 53-55. Zie over de (wijze van) beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas door het bestuursorgaan en de toetsing daarvan door de bestuursrechter: Rafi. Zie ook: Verburg, p. 272-273. Anders: Schuurmans 2005, p. 273-284.

213 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 27 januari 2003, AB 2003/286, m.nt. B.P. Vermeulen, en ABRvS 4 mei 2006, JV 2006/246, m.nt. T.P. Spijkerboer.

214 Onder meer: EHRM 26 juli 2006 (N./Finland), JV 2005/306, m.nt. T.P. Spijkerboer. Zie over *full and ex-nunc* toetsing in het licht van de eisen die het EHRM stelt ook: Van Emmerik & Saris, p. 131-140.

Procedurerichtlijn gepubliceerd.²¹⁵ Met de herschikking is niet gewijzigd dat de lidstaten ervoor zorgen dat voor verzoekers om asiel een daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie openstaat (artikel 46, eerste lid). Volgens de herschikking dienen de lidstaten, om aan deze bepaling te voldoen, ervoor te zorgen dat een daadwerkelijk rechtsmiddel een volledig en *ex-nun*conderzoek van zowel de feitelijke, als juridische gronden omvat (artikel 46, derde lid). De implementatietermijn loopt tot 20 juli 2015. Op dit moment is onduidelijk hoe 'een volledig en *ex-nun*conderzoek' moet worden gedeut.

Twee, elkaar uitsluitende lezingen zijn denkbaar. De eerste is dat 'een volledig en *ex-nun*conderzoek' betekent dat de rechter, met voorbijgaan aan wat het bestuursorgaan heeft overwogen, geheel zelfstandig tot een geloofwaardigheidsbeoordeling overgaat. De tweede is dat de rechter het door het bestuursorgaan ingenomen standpunt over de geloofwaardigheid van het asielrelaas zonder terughoudendheid (ofwel: indringend) toetst. Het behoeft geen toelichting dat de tweede lezing beter past in het Nederlandse bestuursrechtelijke stelsel, waarin de bestuursrechter door het bestuursorgaan genomen besluiten toetst in het licht van hetgeen een belanghebbende daartegen aanvoert.²¹⁶ Mede gelet op de centrale rol die artikel 4 van de richtlijn toekent aan de beslissingsautoriteit waar het de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas betreft verzet de richtlijn zich niet tegen een dergelijke lezing van artikel 46, derde lid.²¹⁷ De wetgever is nu aan zet.

Het onderscheid tussen de vaststelling van feiten en de waardering van feiten, is ook van belang voor beantwoording van de vraag of de civiele rechter gebondenheid aanneemt aan een oordeel van de bestuursrechter over de feiten. Hoewel dogmatisch niet zuiver, in het bestuursrecht stelt immers het bestuursorgaan de feiten vast en toetst de bestuursrechter die feitenvaststelling zonder terughoudendheid, zal ik hierna omwille van de leesbaarheid spreken over de feitenvaststelling door de bestuursrechter.

3.4.2 *Uitgangspunt*

3.4.2.1 Inleidende opmerkingen

Hiervoor zagen we al dat aan de jurisprudentie van de civiele rechter over de verhouding tot uitspraken van de bestuursrechter over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift en de uitleg van wettelijke voorschriften de wens ten grondslag ligt om te komen tot een doelmatige rechtsmachtverdeling en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken. In de

215 Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *PbEU* 2013, L 180.

216 Zie hierover bijvoorbeeld: Daalder & Schreuder-Vlasblom.

217 Zie ook: Smulders, p. 327-328.

jurisprudentie is een aantal instrumenten ontwikkeld om dat doel te bereiken, zoals de leer van de formele rechtskracht en de leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. Indien in een voorkomend geval deze instrumenten geen oplossing bieden, bijvoorbeeld omdat niet aan de toepassingsvereisten is voldaan, biedt het aansluiten bij de jurisprudentie van de bestuursrechter zonder nadere dogmatische onderbouwing een uitweg.

3.4.2.2 Beperkte jurisprudentie

Over de gebondenheid van de civiele rechter aan een vaststelling van de feiten door de bestuursrechter, dan wel een door de bestuursrechter geacordeerde feitenvaststelling door het bestuursorgaan, bestaat weinig hoogst rechterlijke jurisprudentie waarin hierop uitdrukkelijk wordt ingegaan. Jurisprudentie van hoogste bestuursrechters waarin uitdrukkelijk wordt ingegaan op eventuele gebondenheid van de bestuursrechter aan een feitenvaststelling door de civiele rechter, is zo mogelijk nog beperkter. Een verklaring voor dit laatste zou kunnen zijn dat, waar raakvlakken bestaan tussen de civiele rechter en de bestuursrechter, dit doorgaans het geval is als de civiele rechter als restrechter optreedt en de bestuursrechter derhalve de meest gerede rechter is, dan wel zich als zodanig beschouwt. De beperkte jurisprudentie van de Hoge Raad over het al dan niet bestaan van gebondenheid van de civiele rechter aan jurisprudentie van de bestuursrechter kan in elk geval deels worden verklaard door de omstandigheid dat een feitenvaststelling door de lagere civiele rechter in cassatie niet kan worden getoetst, zodat de Hoge Raad zichzelf niet geplaagd ziet voor de vraag van welke feiten de civiele rechter moet uitgaan.²¹⁸ De civiele feitenrechters hebben bovendien slechts een taak bij de feitenvaststelling, indien daarover tussen partijen verschil van mening bestaat. Ook indien het uitgangspunt in de jurisprudentie zou zijn dat een feitenvaststelling door de bestuursrechter voor de civiele rechter een gegeven is, kunnen partijen, als zij het over de feiten eens zijn, de civiele rechter in zekere zin buitenspel zetten. In dit opzicht verschilt de positie van de civiele rechter van die van de strafrechter, wiens verhouding tot de bestuursrechter in het volgende hoofdstuk aan de orde komt, en aan wiens taak inherent is dat hij tot eigen waarheidsvinding, inclusief feitenvaststelling, gehouden is.

218 Zie bijvoorbeeld: HR 8 september 1995, NJ 1997/159, m.nt. M. Scheltema. Opvallend daarin is dat het gerechtshof juist niet was uitgegaan van de feiten, zoals neergelegd en gewaardeerd in het in rechte onaantastbare besluit, maar sterker nog, het feitelijk uitgangspunt van de beschikking 'voorshands onaannemelijk geoordeeld' had. De Hoge Raad oordeelde dat 'dit oordeel niet blijkt geeft van een onjuiste opvatting omtrent (doel en strekking van) de Huisvestingswet en voor het overige, als berustend op een waardering van de feiten, in cassatie niet op zijn juistheid kan worden onderzocht'.

Het vorenstaande laat onverlet dat er wel enige jurisprudentie is. Het hiervoor al meermalen aangehaalde uitgangspunt dat een besluit waartegen geen of tevergeefs rechtsmiddelen zijn aangewend naar inhoud en wijze van totstandkoming wordt geacht rechtens juist te zijn, strekt zich – uiteraard zou ik bijna zeggen – ook uit tot het aan dat besluit ten grondslag liggende feitencomplex, althans de waardering daarvan. Dit is – naast de al besproken algemene uitzonderingen op de formele rechtskracht – alleen anders, indien sprake is van een aan een bestuursrechterlijke mislag gelijk te stellen administratieve verschrijving.²¹⁹

3.4.2.3 Rol civiele rechter na eerdere bestuursrechtelijke procedure

De gebondenheid komt het duidelijkst naar voren, in gevallen waarin de civiele rechter in het kader van dezelfde rechtsverhouding tussen dezelfde partijen in beeld komt nadat een bestuursrechtelijke procedure is of had kunnen worden gevolgd. Gevallen derhalve, waarin één van de partijen de procedure bij de civiele rechter deels als een herkansing ziet. De jurisprudentie over de rol die de civiele rechter tot de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht had als executierechter bij de invordering van dwangsommen, schetst een duidelijk beeld. Alvorens op deze jurisprudentie in te gaan, een korte inleiding op die rol van de civiele rechter.

Rol civiele rechter als sluitstuk bestuursrechtelijke handhaving pre-Vierde Tranche
Indien het bestuursorgaan bevoegd is handhavend op te treden, kon het daarbij kiezen uit toepassing van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom. Tegen het handhavingsbesluit stonden de gebruikelijke rechtsbeschermingsmiddelen open (bezwaar/administratief beroep, beroep en hoger beroep). Indien bij de overtreder geld geïnd moest worden, zoals de kosten van de toepassing van bestuursdwang (artikel 5:26 van de Algemene wet bestuursrecht), dan wel verbeurde dwangsommen (artikel 5:33 van die wet), dan kon het bestuursorgaan daartoe weliswaar een dwangbevel uitvaardigen, maar kon de overtreder daartegen verzet doen (artikel 5:26 van de Algemene wet bestuursrecht). Bevoegd tot kennisgeving van het verzet was de civiele rechter.²²⁰ Bij de verzetrechter stond de rechtmatigheid van het handhavingsbesluit en de aanzegging van de te verhalen kosten niet meer ter beoordeling.²²¹ Indien echter de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg nog openstond of bestuursrechtelijke procedures nog niet waren afgerond, diende de verzetrechter wel een, zij het marginale,

219 Zie voor een zeldzaam voorbeeld: HR 12 september 1997, AB 1998/176, m.nt. Th.G. Drupsteen. Dit arrest is ook om een andere reden bijzonder, aangezien daarin een burger ten opzichte van overheid een beroep doet op de formele rechtskracht van een besluit.

220 Zie hierover nader: Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 194 en 213-215.

221 Zie reeds: HR 3 november 1995, AB 1996/58, m.nt. Th.G. Drupsteen; zie ook: HR 17 december 2010, AB 2011/25, m.nt. G.A. van der Veen.

inschatting te maken of het handhavingsbesluit (en daarmee het daaraan verbonden vorderingsrecht) de bestuursrechtelijke eindstreep zou halen.²²²

Toegesplitst op de last onder dwangsom was het ook de taak van de verzetrechter te beoordelen óf sprake was van verbeurte van een dwangsom, met andere woorden of na afloop van de termijn nog een overtreding bestond, waarbij hij bevoegd was de last naar doel en strekking uit te leggen. Dit was een vraag van feitelijke aard. Aangezien de last onder dwangsom doorgaans tot doel heeft een bestaande overtreding te beëindigen (en de uitspraak van de bestuursrechter daarop nog geen betrekking kon hebben), speelde daarbij de vraag naar de gebondenheid van de civiele rechter aan een feitenvaststelling door de bestuursrechter in het algemeen niet. Indien de bestuursrechter zich wél had uitgelaten over het bestaan of voortduren van de overtreding, dan wel een nadere duiding van de last had gegeven, dan was de civiele rechter daaraan gebonden.²²³ Zoals de Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 17 december 2010:

‘In de onderhavige procedure dient, naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, de rechter ervan uit te gaan dat de dwangsombeschikking zowel wat betreft haar inhoud als haar wijze van totstandkomen met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is.’

Dat de gebondenheid van de civiele rechter niet alleen de rechtmatigheid betreft maar ook de feitenvaststelling, lag reeds besloten in een arrest van 31 mei 1991.²²⁴ In het arrest van 17 december 2010 bevestigde de Hoge Raad met verwijzing naar jurisprudentie nogmaals dat de civiele rechter ook aan de feitenvaststelling door de bestuursrechter gebonden is, indien uit een latere uitspraak van diezelfde bestuursrechter blijkt dat aan het handhavingsbesluit gebreken kleven die ook tot vernietiging hadden kunnen leiden. Dit kwam hiervoor bij de inleidende opmerkingen over de formele rechtskracht ook al aan de orde.

Sinds de inwerkingtreding van de Vierde Tranche stelt het bestuursorgaan de hoogte van de kosten van de uitoefening van bestuursdwang bij besluit vast (artikel 5:25, zesde lid, van de Algemene wet bestuursrecht). Indien het een last onder dwangsom heeft opgelegd, beslist het bestuursorgaan bij besluit over de invordering van de dwangsom (artikel 5:37 van de Algemene wet bestuursrecht). Het invorderingsbesluit vermeldt waarom en tot welk bedrag dwangsommen zijn verbeurd. Tegen het besluit tot invordering staan de gebruikelijke bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmiddelen

222 Onder meer: HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/324.

223 Zie: HR 17 december 2010, *AB* 2011/25, en HR 25 september 2009, *AB* 2011/26, beide m.nt. G.A. van der Veen, *AB* 2011/25.

224 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/11, m.nt. C.J.H. Brunner. De annotator merkt in dit verband op dat ‘de bindende kracht [...] van de uitspraak van de administratieve rechter [niet slechts, OvL] betreft [...] de onrechtmatigheid, maar alle rechtsoordelen die daarin gegeven zijn en dus ook feitelijke vaststellingen en oordelen over schuld, causaliteit, relativiteit en schade’.

open.²²⁵ Indien rechtsmiddelen zijn aangewend tegen het handhavingsbesluit, voorziet de wet in een concentratie van rechtsmiddelen die een zekere gelijkenis vertoont met de artikelen 6:18/6:19 (oud) van de Algemene wet bestuursrecht (artikelen 5:31c en 5:39 van die wet). De uiteindelijke invordering van de verschuldigde gelden, geschiedt bij dwangbevel, waartegen bij de civiele rechter kan worden opgekomen (artikel 4:116 van de Algemene wet bestuursrecht); om verwarring te voorkomen bepaalt artikel 8:4, eerste lid, aanhef en onder b, van de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk dat tegen een besluit inhoudende een aanmaning als bedoeld in artikel 4:112 of een dwangbevel geen beroep openstaat. In plaats van uitvaardiging van een dwangbevel kan het bestuursorgaan ingevolge artikel 4:124 van de Algemene wet bestuursrecht ook gebruikmaken van de normale civielrechtelijke invorderingsinstrumenten.²²⁶

Rol civiele rechter als sluitstuk bestuursrechtelijke handhaving post-Vierde Tranche
Wederom toegespitst op de last onder dwangsom is met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche de bestuursrechter niet alleen exclusief bevoegd ten aanzien van de rechtmatigheid van het handhavingsbesluit, maar evenzeer ten aanzien van de vraag of de overtreding binnen de gestelde termijn is beëindigd, derhalve of al dan niet dwangsommen zijn verbeurd.²²⁷ Mijns inziens ligt het voor de hand aan te nemen dat ook de beoordeling of sprake is van verjaring is voorbehouden aan de bestuursrechter, nu deze is gekoppeld aan de bevoegdheid tot invordering.²²⁸ Een vordering bij de civiele rechter ten aanzien van deze aspecten zal afketsen op de leer van de formele rechtskracht, dan wel van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter. De taak van de civiele rechter zal beperkt zijn tot de beoordeling of de voor de betekening van het dwangbevel geldende voorschriften in acht zijn genomen en tot de tenuitvoerlegging van het dwangbevel.²²⁹

Positie van de derde- en de niet-belanghebbende

De positie van degene voor wie de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet openstaat of heeft opengestaan, is hiervoor al meerdere malen aan de orde geweest. De slotsom was steeds dat aan deze belanghebbende de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter, dan wel de leer van de formele rechtskracht niet mag worden tegengeworpen, omdat hij geen mogelijkheid heeft gehad in de bestuursrechtelijke kolom in rechte op te komen en hij dus zijn belangen niet naar voren heeft kunnen brengen.

225 Zie onder meer: vz. ABRvS 30 september 2010 in zaak nr. 201008030/1/M1 e.v., en vz. ABRvS 23 april 2010, ELCI:NL:RVS:2010:BM2616.

226 Zie hierover nader: Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011. Zie over bestuurlijke geldschulden in het algemeen nader: Scheltema 2010.

227 Zie ook: Michiels, p. 173-175.

228 Van der Veen werpt dit in zijn noot bij HR 17 december 2010, onder AB 2011/25, als vraag op zonder daar overigens inhoudelijk nader op in te gaan.

229 Zie over het overgangsrecht: IJdema & Hoekstra.

Dit is niet anders waar het de in een uitspraak van de bestuursrechter of een besluit neergelegde (waardering van de) feitenvaststelling betreft. Om onnodige verschillen in uitkomst te voorkomen zal de civiele rechter, zo nodig, aansluiting zoeken bij wat door zijn bestuursrechtelijke collega is overwogen. Daarvoor bestaat geen grond bij een in een besluit neergelegde feitenvaststelling en/of waardering van de feiten, waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend. In dat geval kan de civiele rechter zelfstandig overgaan tot vaststelling en waardering van de feiten, voor zover tussen partijen in geschil.

3.4.2.4 Rol bestuursrechter na eerdere civielrechtelijke procedure

De wijze waarop de bestuursrechter omgaat met in een civiele procedure vastgestelde feiten kan worden geïllustreerd met een voorbeeld, dat in zekere zin het spiegelbeeld is van hetgeen ik hiervoor behandelde. Daarin speelt de bestuursrechter een uitvoerende rol bij de tenuitvoerlegging van een vonnis van de civiele rechter. Het voorbeeld is ontleend aan de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en betreft de tenuitvoerlegging van een (derden)beslag op een socialezekerheidsuitkering.

Bestuursrechter als uitvoerder vonnis civiele rechter

Indien op een socialezekerheidsuitkering derdenbeslag wordt gelegd bij het uitkerend bestuursorgaan, doet dit orgaan aan de ontvanger van de uitkering mededeling van de inhoudingen op de uitkeringen die daarvan het gevolg zijn. Tegen deze mededeling staan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open.²³⁰ In dat kader kunnen de geldigheid van het beslag en de hoogte van de vordering evenwel door de schuldenaar niet aan de orde worden gesteld en door het bestuursorgaan noch de bestuursrechter worden beoordeeld. Of, zoals de Centrale Raad van Beroep overweegt:

'de beslagdebiteur (in dit geval appellant) [kan, OvL] bezwaren betreffende een gelegd beslag ingevolge artikel 438 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorleggen aan de civiele rechter en de derdebeslagene [...] is gehouden volledige medewerking aan het beslag te geven zonder de geldigheid en de omvang daarvan te mogen beoordelen. Ook de bestuursrechter dient bij de beoordeling van de eindbeslissing ter uitvoering van een gelegd beslag de geldigheid van dat beslag als een gegeven te beschouwen en zijn toetsing kan niet verder strekken dan de beantwoording van de vraag of het bestuursorgaan bij het nemen van zijn betalingsverplichting is gebleven binnen het kader van het beslag. Met de rechtbank en anders dan appellant is de Raad dan ook van oordeel dat in de onderhavige procedure niet ter beoordeling voorligt of rechtmatig en voor een juist bedrag beslag op de bijstandsuitkering van appellant is gelegd.'²³¹

230 Zie: CRvB 31 januari 2006, *JWWB* 2006/86.

231 CRvB 17 augustus 2010, *RSV* 2010/266.

Uit deze uitspraak blijkt dat dezelfde terughoudendheid niet heeft te gelden voor de vaststelling van de voor de beslagdebiteur geldende beslagvrije voet. Daarover overweegt de Centrale Raad van Beroep:

‘Voor zover het College [...] heeft willen betogen dat de deurwaarder de voor appellant geldende beslagvrije voet vaststelt en dat het College gehouden is die vaststelling te volgen, onderschrijft de Raad dit betoog niet. Het is de verantwoordelijkheid van het College de hoogte van de voor appellant geldende beslagvrije voet vast te stellen en mede aan de hand daarvan te bepalen in hoeverre de bijstandsuitkering van appellant ruimte laat voor inhoudingen ter uitvoering van het daarop gelegde beslag.’

Dit lijkt niet in overeenstemming te zijn met hetgeen de Centrale Raad van Beroep eerder in die uitspraak overwoog over de taak van het bestuursorgaan en de bestuursrechter en is dat ook daadwerkelijk niet, zoals blijkt uit de uitspraak van 21 december 2010.²³² In die zaak had de beslagdebiteur onder verwijzing naar voormelde overweging van de Centrale Raad van Beroep betoogd dat het College van burgemeester en wethouders ten onrechte niet zelf de voor hem geldende beslagvrije voet had vastgesteld. Na de hiervoor geciteerde overweging over de taak van bestuursorgaan en bestuursrechter bij de effectivering van een derdenbeslag te hebben herhaald, overweegt de Centrale Raad van Beroep als volgt:

‘In zijn uitspraak van 10 juli 2008 [...] heeft de Raad overwogen dat het bestuursorgaan bij derdenbeslag geen beoordelingsvrijheid toekomt ter zake van de vaststelling van de hoogte van de beslagvrije voet. Met betrekking tot de hoogte van de beslagvrije voet zal de beslagdebiteur zich met de deurwaarder kunnen verstaan. In zijn uitspraak van 30 juni 2009 [...] heeft de Raad overwogen dat, in het geval de beslagdebiteur het niet eens is met het door de deurwaarder aan het bestuursorgaan opgegeven bedrag van de beslagvrije voet, de debiteur deze grief heeft kunnen voorleggen in een civiele procedure tegen de executie en dat de debiteur daarbij opheffing van het beslag kan vorderen voor zover dit beslag de beslagvrije voet te boven gaat. De civiele rechter zal de berekening van de beslagvrije voet in dat geval volledig toetsen.’

Deze overweging heeft wel iets weg van de wijze waarop de Hoge Raad rechtvaardigt dat een doelmatige rechtsmachtverdeling tussen de civiele en bestuursrechter met zich brengt dat eerstgenoemde zich ten gunste van laatstgenoemde terughoudend opstelt. De uitkomst is daarmee ook in overeenstemming. De Centrale Raad van Beroep overweegt verder:

‘Dit betekent dat, anders dan bijvoorbeeld het geval is bij invordering of verrekening, het College in het geval van derdenbeslag de beslagvrije voet niet zelf mag vaststellen, maar uit moet gaan van het door de deurwaarder in het kader van de executie opgegeven bedrag. De bestuursrechter heeft, zoals volgt uit de hiervoor genoemde uitspraak van 30 juni 2009, ten aanzien van de executie geen verdergaande rol dan hiervoor [...] is aangegeven. Aldus wordt ook een juiste afbakening met taken en bevoegdheden van de civiele rechter op dit punt in acht genomen.’

232 CRvB 21 december 2010, RSV 2011/70.

Met andere woorden: ten aanzien de executie is de civiele rechter de meest gereede rechter. Dit lijkt mij juist. Een andere benadering zou er immers toe leiden dat ten aanzien van derdenbeslag onder een werkgever de beslagvrije voet op andere wijze zou worden vastgesteld dan onder een uitkeringsinstantie, terwijl duidelijk is dat de wetgever beoogd heeft de civiele rechter als exclusief bevoegde rechter aan te wijzen bij executie(geschillen).

3.4.3 *Tussenconclusies*

De civiele rechter en de bestuursrechter hanteren voor de gebondenheid aan een feitenvaststelling geen andere handelwijze dan bij – bijvoorbeeld – de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften of de uitleg van wettelijke voorschriften. Hoewel de jurisprudentie over feitenvaststelling dogmatisch veel minder uitgesproken is, ligt het in de rede dat het motief daarvoor hetzelfde is, namelijk een doelmatige verdeling van rechtsmacht en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken. Voor de duidelijkheid: het gaat hier om een feitenvaststelling door de rechter en niet om de situatie waarin de civiele rechter op grond van het voor hem geldende bewijsrecht moet uitgaan van de feiten waarover tussen partijen geen verschil van mening bestaat. Ik kom derhalve tot de volgende slotsom:

- De leer van de bindende kracht van een uitspraak van de bestuursrechter en de leer van de formele rechtskracht gelden, inclusief de uitzonderingen die daarop door de Hoge Raad zijn gemaakt, evenzeer voor de in die uitspraak, dan wel het in rechte onaantastbare besluit waarop die uitspraak ziet neergelegde feitenvaststelling, tenzij sprake is van een evidente onjuistheid.
- Zowel de civiele rechter, als de bestuursrechter richt zich voor het overige naar de vaststelling van de feiten door de rechter die de meest gereede rechter is.

Uit de aard van de zaak vanzelfsprekend is dat een onmiskenbaar onjuiste feitenvaststelling de andere rechter niet bindt.

3.5 SAMENVATTING

Hoewel de rechtsmacht van de bestuursrechters van oudsher in bijzondere wetten concreet is afgebakend, is er toch gedeelde rechtsmacht. Dit is het gevolg van de in artikel 112 van de Grondwet neergelegde ruime bevoegdheid van de civiele rechter kennis te nemen van alle geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Onder gedeelde rechtsmacht versta ik dat beiden bevoegd zijn of zich bevoegd achten ten aanzien van dezelfde (soort) geschillen, al dan niet in dezelfde partijconstellatie. Met de ontwikkeling van het beginsel van de formele rechtskracht heeft de civiele rechter het voortouw genomen in de gevallen waarin er gedeelde rechtsmacht is, om te

komen tot een doelmatige afbakening tussen de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds. Formele rechtskracht is het overkoepelende begrip, waaronder ook mijns inziens drie grootheden schuilgaan, te weten:

- de *ontvankelijkheidsleer*, op grond waarvan de civiele rechter een rechtzoekende niet-ontvankelijk verklaart in zijn vordering als nog een administratieve rechtsgang openstaat;
- de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter*, op grond waarvan de civiele rechter uitgaat van de juistheid van een door de bestuursrechter gegeven oordeel;
- de *leer van de formele rechtskracht*, op grond waarvan de civiele rechter de fictie hanteert dat een besluit waartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, maar niet is benut, naar inhoud en wijze van totstandkoming rechtmatig is.

Het maken van een onderscheid tussen deze grootheden is voornamelijk van belang voor de uitzonderingen die de Hoge Raad toestaat, dan wel de gevallen waarin de Hoge Raad de formele rechtskracht niet tegenwerpt. Voor belanghebbenden en het bestuursorgaan is op de *leer van de bindende kracht van uitspraken van de bestuursrechter* slechts één, tot nu toe theoretisch gebleken, uitzondering aanvaard, te weten voor het geval in de bestuursrechterlijke procedure sprake was van schending van fundamentele rechtsbeginselen. De Hoge Raad is echter toeschietelijker geweest in het aanvaarden van situaties waarin hij de *leer van de formele rechtskracht* niet tegenwerpt. Dit moet overigens niet worden overdreven. De civiele rechter werpt de leer van de formele rechtskracht niet tegen aan een belanghebbende die door toedoen van het bestuursorgaan heeft afgezien van het tijdig aanwenden van rechtsmiddelen. Dit omvat het geval waarin het bestuursorgaan onjuiste informatie heeft verschaft over de openstaande rechtsmiddelen, dan wel waarin het verwarring heeft veroorzaakt over het karakter van de bestuurshandeling. De civiele rechter werpt de leer van de formele rechtskracht evenmin tegen, indien het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van de bestuurshandeling uitdrukkelijk heeft erkend.

Wat betreft de *ontvankelijkheidsleer* ben ik tot de slotsom gekomen dat, indien duidelijk wordt dat een bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg openstaat, de civiele rechter geen uitzondering op de formele rechtskracht zou moeten aannemen, maar van de rechtzoekende zou moeten vergen dat deze – alsnog – van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg gebruikmaakt. In die gevallen is de bestuursrechter immers bij uitstek de *meest gerede rechter*, zodat voor de civiele rechter geen grond bestaat aanvullende rechtsbescherming te bieden. Indien de daarvoor geldende termijn is verstreken, voorziet artikel 70 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in een mogelijkheid van een de bestuursrechter bindende verwijzing met een nieuwe termijn. Ik zie geen reden voor een andere benadering, indien het de

rechtzoekende alleen nog gaat om het verkrijgen van schadevergoeding, gebaseerd op bestuursrechtelijk onrechtmatig handelen door het bestuursorgaan; de bestuursrechter is immers bij uitstek geroepen te beoordelen of daarvan sprake is. Dit laat onverlet dat de jurisprudentie voorbeelden biedt, waaruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad onder omstandigheden bereid is te accepteren dat de bestuursrechtelijke weg wordt overgeslagen, indien het de rechtzoekende uitsluitend om een schadevergoeding in geld gaat.

De civiele rechter werpt de formele rechtskracht niet tegen aan rechtzoekenden die geen toegang hadden tot het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming omdat zij bestuursrechtelijk geen belanghebbenden zijn. In die gevallen zal de civiele rechter zich een zelfstandig oordeel moeten vormen. Om tegenstrijdige uitspraken tussen de civiele rechter en bestuursrechter te voorkomen, zal eerstgenoemde zich bij de oordeelsvorming zoveel mogelijk richten op de uitspraak van de bestuursrechter, indien beschikbaar. Indien de bestuursrechter nog geen uitspraak heeft gedaan, zou de civiele rechter zijn uitspraak moeten aanhouden.

Zelfstandige schadebesluiten en fictieve besluiten in het kader van het niet tijdig nemen van een besluit door het bestuursorgaan, verkrijgen geen formele rechtskracht, indien daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend.

Voormelde uitgangspunten gelden voor alle drie door mij onderscheiden vragen, indien en voor zover de civiele rechter optreedt op het terrein dat eigenlijk exclusief aan de bestuursrechter toebehoort. Dat is in strikte zin niet het geval voor oordelen over de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Ingevolge artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht staat tegen algemeen verbindende voorschriften immers geen beroep op de bestuursrechter open. Dat de civiele rechter toch bereid is geweest de bestuursrechter ook hier het voortouw te laten nemen, kan hierdoor worden verklaard dat het algemeen verbindend voorschrift wordt *geïnstrumentaliseerd* door middel van op grond van dat algemeen verbindend voorschrift genomen (uitvoerings)besluiten, waartegen wel beroep bij de bestuursrechter openstaat en in welk kader bij wijze van *exceptief verweer* de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift aan de orde kan worden gesteld. Dat is echter niet steeds het geval. De SGP-zaak leert ons dat dan de civiele en de bestuursrechter ieder zijns weegs gaan, bijvoorbeeld bij de beantwoording van de vraag of een verdragsbepaling al dan niet eenieder verbindend is.

Voor algemeen verbindende voorschriften hanteert de civiele rechter het uitgangspunt dat een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *onverbindend* is *erga-omnes* werking heeft. Een oordeel van de hoogste bestuursrechter dat een algemeen verbindend voorschrift *verbindend* is, geldt evenwel slechts voor alle organen van de rechtspersoon waarbinnen het voorschrift is vastgesteld en degenen die (procesueel)belanghebbenden waren bij de bestuursrechtelijke procedure. Het – op

basis van wederkerigheid – aannemen van gebondenheid van de bestuursrechter aan een verbindendheidsoordeel van de civiele rechter, zoals in de literatuur wel wordt voorgesteld, ligt mijns inziens niet in de rede. De reden voor de Hoge Raad gebondenheid aan te nemen, is nu juist gelegen in de omstandigheid dat de bestuursrechter bij uitstek de aangewezen rechter is een oordeel te geven over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften die binnen de bestuursrechtelijke keten geïnstrumentaliseerd moeten worden.

Bij de uitleg van wettelijke voorschriften is sprake van een categorie, waarbij het uitgangspunt tegenstrijdige uitspraken te voorkomen weliswaar evenzeer opgeld doet, maar de algemene benadering niet zonder meer toepasbaar is, omdat het wettelijk voorschrift niet eenduidig behoort tot een rechtsgebied waarop de civiele rechter, dan wel de bestuursrechter exclusief bevoegd is. Voor beantwoording van de vraag welke rechter het voortouw zou moeten nemen, pleegt dan te worden bezien met wiens rechtsgebied het desbetreffende wettelijk voorschrift de meeste aanknopingspunten heeft, zij het doorgaans zonder dit te motiveren. Deze benaderingswijze blijkt in de praktijk tot bevredigende uitkomsten te leiden. Problematisch is het, indien deze vraag niet eenduidig beantwoord kan worden, dan wel duidelijk is dat het wettelijk voorschrift zowel tot het rechtsgebied van de civiele rechter, als de bestuursrechter hoort, zoals het geval kan zijn bij verdragsbepalingen. Dit blijkt – het streven naar het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken ten spijt – ertoe te kunnen leiden dat hetzelfde voorschrift verschillend wordt uitgelegd, zonder dat duidelijk is of daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Om – alsnog – tot een uniforme uitleg te komen, althans dat proces te bevorderen, zou de rechter die een van zijn civiele of bestuursrechtelijke collega afwijkende uitleg voorstaat niet alleen moeten motiveren waarom hij een andere uitleg voorstaat, maar ook waarom die uitleg beter is.

Het eenvoudigste onderdeel vormt de feitenvaststelling. Indien tegen een besluit beroep openstaat bij de bestuursrechter en daarvan gebruik wordt gemaakt, gaat de civiele rechter ten aanzien van (processueel)belanghebbenden op grond van de *leer van de bindende kracht van uitspraken* van de bestuursrechter uit van diens oordeel. Is van de openstaande bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg geen gebruikgemaakt, dan strekt de *leer van de formele rechtskracht* zich ook uit over de in het besluit vervatte feitenvaststelling, zowel wat betreft de wijze van totstandkoming als de inhoud. Ten aanzien van derden, voor wie de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg niet openstaat of -stond, sluit de civiele rechter zich zoveel mogelijk aan bij de uitspraak van de bestuursrechter. Aangezien de formele rechtskracht niet geldt voor deze derden, bindt een feitenvaststelling in een besluit, dat door het niet aanwenden van rechtsmiddelen door belanghebbenden formele rechtskracht heeft gekregen, de civiele rechter niet. In de andere gevallen hanteert zowel de civiele rechter als de bestuursrechter de *leer van de meest gerede rechter* om te bepalen wiens vaststelling van de feiten leidend moet zijn.

