

# De toekomst van de formele rechtskracht

## Bespreking van de preadviezen van Polak, Reneman, Roozendaal en Sanders voor de VAR-jaarvergadering op 24 mei 2019

NTB 2019/19

### 1. Inleiding

Vorig jaar opende Verheij zijn recensie van de VAR-preadviezen met de observatie dat de onderwerpkeuze (het vertrouwensbeginsel) van het feestcomité een opmerkelijke was. Want dat was niet een onderwerp waar een bestuursrechtjurist vrolijk van wordt. Verheij zal dit jaar wel van zijn stoel vallen, want op 24 mei a.s. gaat de VAR haar jaarfeest opluisteren met het thema 'formele rechtskracht'. Dat leerstuk doet burgers niet alleen het vertrouwen in de overheid verliezen, maar doet juristen zelfs aan zichzelf twijfelen. Zo komt Sanders tot de conclusie dat hij volgens de wetten der logica een harteloos mens zou zijn (wat gelukkig uiteindelijk nog wel meevalt).

Zoals bekend laat het onderwerp formele rechtskracht mij niet onberoerd. Ik zal tot mijn pensioen wel blijven strijden voor de afschaffing van dit leerstuk dat wij in Nederland, als enig Europees land, met de volharding van Asterix en Obelix al decennia handhaven. Dat wil echter niet zeggen dat ik de preadviezen waarin handhaving van dit leerstuk wordt bepleit, niet met plezier heb gelezen. Integendeel, alle vier de preadviseurs zijn erin geslaagd om zeer leesbare stukken te produceren die ons denken over de formele rechtskracht werkelijk verder brengen. Daar komt bij dat ik de preadviezen zonder meer hoopgevend vind, omdat zij laten zien dat het begrip van de essentie van de formele rechtskracht in de kwart eeuw sinds het bekende artikel van Mok en Tjittes uit 1995 enorm is verbeterd. Voor zover zij anno 2019 nog bestonden, ruimen de preadviseurs veel misverstanden over de betekenis, ratio en reikwijdte van de formele rechtskracht uit de weg en leggen zij een uitstekende basis om de komende jaren vooruitgang te boeken bij de verdere ontwikkeling van het leerstuk.

Door omstandigheden is mij de eer te beurt gevallen om alle preadviezen te bespreken. Dat is geen sinecure, maar ook een kans. Het geeft mij de mogelijkheid om in deze recensie enkele thema's te behandelen die bij alle preadviseurs aan bod komen (paragraaf 4). Daarom zal ik de bespreking van de afzonderlijke preadviezen (paragraaf 3) beknopt houden. Dat is ook wel goed, want het zou zonde zijn als u in de verleiding zou komen om deze recensie als een handige samenvatting van de preadviezen te beschouwen. U moet ze beslist zelf lezen. Waar u dat ook gaat doen, ze lezen in elk geval als een trein.

Tot besluit van deze inleiding een kort woord over de totstandkoming van deze recensie. Ik heb deze gebaseerd op

de definitieve versies die de preadviseurs eind februari bij het VAR-bestuur hebben ingeleverd. Eind maart heb ik mijn recensie aan de preadviseurs gestuurd met het verzoek mij te wijzen op eventuele fouten en omissies in de weergave van hun werk. Polak wees mij erop dat zijn visie op de reikwijdte van de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming iets genuanceerder is dan ik hierna in paragraaf 3.2 schrijf. Wat hem betreft hoefde dat niet te leiden tot aanpassing van de recensie. Ik heb dat ook niet gedaan, omdat die nuance te veel zou afleiden van de essentie van zijn betoog. Sanders wees mij erop dat hij in een nieuwere versie van zijn preadvies de Afdelingsuitspraak van 27 februari jl., die ik in paragraaf 3.5 noem, nog heeft kunnen meenemen. Tot inhoudelijke verschillen heeft dat volgens hem niet geleid. Reneman en Roozendaal lieten mij weten content te zijn en geen opmerkingen te hebben.

### 2. Terminologie

De preadviezen laten zien dat ons begrip van de formele rechtskracht de afgelopen kwart eeuw aanzienlijk is toegenomen. De eerste vooruitgang is het begrippenkader. Waar in 1995 allerlei nogal verschillende leerstukken onder het begrip formele rechtskracht werden geschaard, al dan niet voorzien van het epitheton 'eigenlijk', 'omgekeerd' of 'oneigenlijk', is anno 2019 duidelijk dat formele rechtskracht met name relevant is als eigenschap van besluiten waartegen géén beroep is ingesteld en waarover dus geen (bestuurs)rechterlijk oordeel beschikbaar is. Is dat oordeel er wel, dan is de bindende kracht van dat oordeel doorgaans relevanter voor vervolgpcedures. Sanders komt lof toe dat hij de moeite heeft genomen in de hoofdstukken 3 en 4 de begrippen ketenbesluitvorming en formele rechtskracht nauwkeurig te omschrijven en te onderscheiden van verwante leerstukken. Polak profiteert daar in zijn preadvies openlijk van, maar wat mij betreft is hij niet de enige.

Winst is voorts dat de afgelopen 25 jaar duidelijker is geworden hoe ver de formele rechtskracht van een besluit strekt. Indien bestuursrechtelijke procedures leiden tot besluiten met formele rechtskracht, dient de burgerlijke rechter weliswaar uit te gaan van de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van die besluiten, maar is hij niet gebonden aan de inhoudelijke overwegingen die aan de besluiten ten grondslag zijn gelegd. Zowel de Hoge Raad als de hoogste bestuursrechters (in navolging van A-G Widdershoven) zitten op deze lijn.

Een derde positieve ontwikkeling sinds 1995 is dat vandaag de dag het onderscheid tussen de geldigheid en de rechtmatigheid van een besluit stevig op het netvlies staat. Formele rechtskracht betekent naar positief recht enerzijds dat de geldigheid van het besluit niet meer ter discussie kan

<sup>1</sup> C.N.J. Kortmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en tevens verbonden aan de Universiteit Utrecht.

worden gesteld (het besluit is onaantastbaar, alleen het bestuursorgaan zelf kan het besluit eventueel nog wijzigen of intrekken) en anderzijds dat het besluit als rechtmatig beschouwd moet worden, zelfs als vaststaat dat het gebrekkig is (de rechtmatigheidsfictie). De onaantastbaarheid van een besluit speelt een prominente rol bij ketenbesluitvorming: in hoeverre kan de geldigheid van een onaantastbaar maar (naar blijkt) gebrekkig besluit genuanceerd worden in vervolgbesluiten? Daar schrijft Sanders over. De rechtmatigheidsfictie speelt met name een rol in het besluiten-aansprakelijkheidsrecht. In hoeverre blokkeert de formele rechtskracht van een besluit een verzoek om schadevergoeding? Dat is het werkkterrein van Roozendaal. Reneman en Polak proberen de twee verschijningsvormen van de formele rechtskracht in een samenhangend perspectief te plaatsen.

### 3. De preadviezen in vogelvlucht

#### 3.1 Sanders

Het preadvies van Sanders is het verslag van een worsteling. Hij illustreert deze met een casus die is geënt op twee Afdelingsuitspraken van 20 september 2017 en de conclusie van A-G Wattel van 4 april 2018. De casus komt er kort samengevat op neer dat iemand een last onder dwangsom krijgt opgelegd die formele rechtskracht krijgt, waarna bij de invordering van de dwangsom blijkt dat hij geen overtreder is. Sanders constateert dat iedereen het erover eens zal zijn – hijzelf ook – dat het desondanks invorderen van de dwangsom een evident onrechtvaardige uitkomst oplevert. De formele rechtskracht van de last brengt echter mee dat het overtrederschap bij de invordering niet meer ter discussie staat, zodat de bestuursrechter eigenlijk geen aanknopingspunt heeft om het invorderingsbesluit te vernietigen. Dat de burger in zijn beroep tegen de invordering niet meer met succes kan stellen dat hij geen overtreder is, vat Sanders samen onder de noemer 'klaar is (echt) klaar'. Dat adagium vindt Sanders erg belangrijk, zo belangrijk dat hij er bijkans van in gewetensnood raakt. 'Klaar is klaar' kan immers in individuele gevallen zeer onrechtvaardige uitkomsten opleveren, hoe goed het principe ook is. De worsteling van Sanders komt er in de kern op neer dat zijn hart hem vraagt een uitzondering op de regel te maken, terwijl zijn ratio geen geschikte criteria vindt om deze uitzondering objectief af te bakenen. Want hoe te bepalen of de uitkomst van een zaak onrechtvaardig genoeg is om een uitzondering op de regel te rechtvaardigen? Sanders kiest uiteindelijk voor het systeem, voor de harde regel 'klaar is klaar', zonder een uitzondering voor evident onrechtmatige gevallen. Hij heeft daar een aantal argumenten voor. Ten eerste wordt het hele systeem met die uitzondering rechts-onzekerder en duurder, terwijl het gaat om een beperkt probleem dat bovendien de burger zelf te verwijten is (hij liet immers na tijdig bezwaar te maken). Sanders vindt de uitzondering voorts onrechtvaardig (ik neem aan: voor het bestuursorgaan en derden met een tegengesteld belang), want de spelregels worden gewijzigd na het fluitsignaal. Tot slot constateert Sanders dat de uitzondering tot gevolg heeft

dat een rechtsgeldig besluit niet meer ten uitvoer kan worden gelegd en slechts in naam blijft bestaan. Dat is een zeer fundamentele ingreep in de rechtszekerheid en principieel onwenselijk, aldus Sanders.

Mijns inziens valt op al deze argumenten af te dingen. Dat zal hierna blijken bij de bespreking van het preadvies van Polak. Sanders erkent overigens ruiterlijk dat er ook anders gedacht kan worden over het grote gewicht dat hij aan 'het systeem' toekent. Hij besluit zijn preadvies dan ook met de verklaring dat hij niet tevreden is met zijn conclusie. Hij vindt echter dat de oplossing voor het gebrek aan rechtvaardigheid van het systeem niet gezocht moet worden in bijstelling van de leer van de formele rechtskracht. Waar wel? Sanders besteedt daar in het slot van zijn preadvies enige aandacht aan. Volgens hem ligt het echte probleem bij de burger, die nalaat bezwaar te maken als hij dat wel moet doen. Dat probleem wordt verergerd doordat het bestuursrecht de neiging heeft om één en dezelfde rechtsverhouding tussen bestuur en burger op te delen in een serie afzonderlijke (keten)besluiten. Deze neiging, die oorspronkelijk (mede) tot doel heeft om de burger veel rechtsbeschermingsmomenten te bieden, verkeert in haar tegendeel zodra de burger daarvan geen gebruik maakt. Eén nalatigheid in de keten kan hem fataal worden. Sanders adviseert dan ook om "te kijken naar een structurele oplossing met betrekking tot het besluit als enige rechtsingang en de korte bezwaar- en beroepstermijn". In dat verband beveelt hij het pleidooi van Damen voor een bestuursrecht van twee gestrengheden als onderwerp voor de VAR-jaarvergadering van 2020 aan. Ik zou zeggen, de worsteling van Sanders is nog niet ten einde. Maar hij heeft intussen een gedegen, origineel en prikkelend preadvies geschreven.

#### 3.2 Polak

Waar Sanders de man is van de vergezichten is Polak een gids op de weg van de geleidelijkheid. In zijn voorstellen ligt altijd, meer of minder expliciet, een haalbaarheidstoets besloten. In 2007 noemde Polak zichzelf een realist met een enigszins idealistische inslag. Die karakterisering komt in het preadvies duidelijk naar voren.

Polak bespreekt eerst de leer van de formele rechtskracht in het aansprakelijkheidsrecht. Hij ontwaart in de literatuur twee hoofdlijnen van kritiek op het door de Hoge Raad ontwikkelde leerstuk. De eerste is dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de geldigheid en de rechtmatigheid van een besluit. Oordeelt de rechter in het kader van een verzoek of vordering tot schadevergoeding dat een besluit onrechtmatig is, dan tast dat de geldigheid van het besluit, en de daarmee gediende rechtszekerheid, niet aan. Soms schiet de benadeelde er ook weinig mee op om de geldigheid van een besluit ter discussie te stellen, bijvoorbeeld als het besluit maar voor een bepaald (inmiddels verstreken) tijdvak gold. Daarom, zo bepleiten deze critici, zouden de gevolgen van het al dan niet instellen van bezwaar en beroep beter geplaatsd kunnen worden in het leerstuk van de schadebeperking, zoals dat ook elders in Europa wel gebeurt. Voor Polak is dat duidelijk een brug te ver. Hij vraagt zich bovendien af of de bestaande uitzonderingen op de formele

rechtskracht niet al een soort van toepassing zijn van het leerstuk van de schadebeperking. In het verlengde daarvan bepleit hij om de voorstanders van dat leerstuk tegemoet te komen door deze uitzonderingen wat ruimer toe te passen. Al teveel moeten wij ons daar overigens niet van voorstellen, want Polak toont veel begrip voor het standpunt van de Hoge Raad dat de beoordeling van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten aan de bestuursrechter is voorbehouden. De kritiek dat dit standpunt tot procedeedwang leidt, deelt Polak niet. Hij vindt het geen probleem als een vernietigingsberoep bij de bestuursrechter niet de vernietiging van het bestreden besluit tot doel heeft, maar slechts een middel is om daarna met succes schade te vorderen bij de burgerlijke rechter:

“Dat is weliswaar omslachtig maar daarmee is op zichzelf nog niet gezegd dat dat bezwaarlijk is. De onrechtmatigheidsvraag kan dan op betrekkelijk eenvoudige wijze in een goed toegankelijke procedure worden voorgelegd.”

Uit de mond van de oud-voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, die bovendien veel heeft bijgedragen aan de effectiviteit van de bestuursrechtspraak, is dit geen verrassende observatie. Gelukkig onderkent Polak dat de praktijk soms weerbarstiger is. Als voorbeeld noemt hij de zaken waarin de benadeelde eindeloos moet doorprocederen omdat het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het primaire besluit niet wenst te erkennen, terwijl de bestuursrechter slechts de beslissingen op bezwaar beoordeelt. Hij vindt dat een kleine bijstelling van de rechtspraak van de Hoge Raad hier wel op haar plaats is. De Hoge Raad zou, in navolging van de Afdeling, wat Polak betreft best mogen oordelen dat de onrechtmatigheid van het primaire besluit ook kan blijken uit de vernietigde beslissing op bezwaar, als daaraan hetzelfde gebrek kleeft. Maar ook hier bepleit Polak slechts een kleine bijstelling en geen fundamentele wijzigingen.

Bij ketenbesluitvorming ziet Polak meer bewegingsruimte. Ten eerste relativeert hij de formele rechtskracht in deze situaties, omdat deze beperkt is tot (het dictum van) het besluit zelf. Feiten en juridische oordelen die aan het besluit met formele rechtskracht ten grondslag liggen, kunnen in een procedure tegen een vervolgbesluit opnieuw aan de orde worden gesteld. Ten tweede distilleert hij de grotere bewegingsvrijheid uit het wettelijke systeem van ketenbesluitvorming. Uit het feit dat de wetgever rechtsbescherming openstelt tegen vervolgbesluiten leidt Polak ruimte voor de rechter af om bij zijn beoordeling van dat vervolgbesluit ook de rechtmatigheid van het eerdere besluit (met formele rechtskracht) te betrekken. Anders zou de rechtsbescherming tegen dat vervolgbesluit nauwelijks meer iets voorstellen. A-G Wattel heeft in dit verband gewezen op “de meer ontspannen houding in het belastingrecht”. Als derde wijst Polak erop dat ketenbesluiten volledig in de bestuursrechtelijke kolom worden beoordeeld. Anders dan in het aansprakelijkheidsrecht is er geen sprake van een burgerlijke rechter die zich niet op het werkterrein van de bestuursrechter moet begeven. Binnen het be-

stuursrecht, aldus Polak, gaat het bij de beoordeling van het vervolgbesluit slechts om de vraag welk belang aan de rechtszekerheid toekomt. Daarbij hecht Polak meer gewicht aan het vertrouwen dat derden ontlenen aan de formele rechtskracht dan de overheid zelf. Ook hier bepleit Polak overigens geen fundamentele veranderingen. Wat hem betreft geldt de rechtmatigheidsfictie omwille van de rechtszekerheid ook in ketenbesluitvorming nog steeds als uitgangspunt, maar kunnen evidente gebreken in de eerdere besluitvorming meebrengen dat de rechtszekerheid wijkt voor – kort gezegd – een rechtvaardige uitkomst. Steun voor deze bijstelling vindt Polak in andere ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak. Zo passeren de veranderingen in de rechtspraak over de herhaalde aanvraag, de toetsing van beleidsregels, de exceptieve toetsing en de benadering van de strafrechter de revue.

Opvallend aan het preadvies van Polak is wat mij betreft het grote gewicht dat hij toekent aan de rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter. Een rode draad in zijn betoog is dat er ruimte ontstaat om de scherpe kanten van de formele rechtskracht af te slijpen zodra de burgerlijke rechter uit beeld verdwijnt. Dat geldt zowel voor ketenbesluitvorming als overheidsaansprakelijkheid. Zijn preadvies besluit dan ook met een pleidooi om de competentie en de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter te verruimen, onder verwijzing naar het rapport van de VAR-commissie rechtsbescherming uit 2004 (‘De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid’) en de VAR-preadviezen uit 2013 (‘Het besluit voorbij’). Dat pleidooi is, net als het hele preadvies, voorzichtig en soms wat impressionistisch van aard. Dat geldt echter niet voor de stellingen waarmee het preadvies besluit. Daarin komt de realist met een enigszins idealistische inslag misschien nog wel het beste naar voren.

### 3.3 *Roozendaal*

Het preadvies van Roozendaal vond ik het verfrissendst. Hij beschrijft uitgebreid het Duitse aansprakelijkheidsrecht en maakt korte uitstapjes naar het Belgische, Franse en Engelse recht. In geen van deze landen bestaat een leerstuk dat vergelijkbaar is met de formele rechtskracht, hoewel zij alle het onderscheid kennen tussen vernietigingsberoep en schadevordering. Frappant is, dat in deze landen het ontbreken van formele rechtskracht niet wordt ‘gecompenseerd’ met een leerstuk dat min of meer dezelfde effecten heeft: de hele rechterlijke beoordeling van (de rechtmatigheid van en de aansprakelijkheid voor) besluiten is wezenlijk anders ingericht. De gedachte bijvoorbeeld, dat de burgerlijke rechter zich bij voorkeur niet inlaat met de rechtmatigheidsbeoordeling van besluiten, is in deze landen onbekend. Tot gebrek aan rechtseenheid leidt dit niet. In Duitsland bijvoorbeeld, respecteert de burgerlijke rechter het oordeel van zijn bestuursrechtelijke collega, maar ziet hij er geen been in om zelf een oordeel te geven als het bestuursrechtelijke oordeel (nog) niet beschikbaar is. Vrees voor divergerende jurisprudentie heeft men niet: dankzij de instelling van een gespecialiseerde kamer bij de burgerlijke rechter acht men de kans daarop klein.

Roosendaal leidt zijn preadvies in met de observatie dat de drie pijlers waarop de Hoge Raad (het leerstuk van) de formele rechtskracht baseert (deskundigheid van de bestuursrechter, het concordantie- of rechtseenheidsbeginsel en de rechtszekerheid), ook in het Duitse recht thema's zijn. Toch kent het Duitse recht het leerstuk niet, hetgeen bij hem de vraag oproept of die pijlers het Nederlandse leerstuk kunnen dragen. Daartoe beschrijft Roosendaal de twee Duitse grondslagen voor besluitenaansprakelijkheid: de Amtshaftungsanspruch en de Enteignungsgleiche Eingriff, vrij vertaald: de ambtelijke aansprakelijkheid en de quasi-onteygening. Vergeleken met de andere besproken rechtssystemen lijkt het Duitse recht het meest op het Nederlandse waar het de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorop stelt (Primärrechtsschutz). Die voorrang leidt echter niet tot een materiële onbevoegdheid van de burgerlijke rechter ten aanzien van appellabele besluiten, zoals in Nederland, maar tot een beperking van de overheidsaansprakelijkheid als de benadeelde de bestuursrechtelijke rechtsgang verwijtbaar niet benut. Die beperking leidt echter wel tot significant andere uitkomsten dan de Nederlandse formele rechtskracht. Ten eerste valt de aansprakelijkheid van het bestuur niet weg, zoals in Nederland, als de bestuursrechtelijke rechtsgang verwijtbaar niet is benut. "Wanneer een vordering uit Amtshaftung wordt gebaseerd op het nemen van een onrechtmatig besluit, dan dient de burgerlijke rechter de rechtmatigheid van het besluit te beoordelen, zonder rekening te houden met de onaantastbaarheid van het besluit", aldus het Bundesgerichtshof. De Duitse burgerlijke rechter moet beoordelen welke schade voorkomen had kunnen worden door wél beroep in te stellen. Bij besluiten die snel worden uitgevoerd of aan tijd zijn gebonden, zoals handhavingsbesluiten, evenementenvergunningen en visquota, wordt de schade vaak al geleden in de bezwaarfase, zeker als een schorsingsverzoek wordt afgewezen. In die gevallen hoeft de Duitse benadeelde dus niet door te procederen bij de bestuursrechter maar kan hij direct een vordering uit Amtshaftung instellen. Ten tweede wordt in Duitsland de aansprakelijkheid niet beperkt als de burger geen verwijt kan worden gemaakt van het niet instellen van beroep. In Nederland kennen we die uitzondering ook, maar zij wordt zeer beperkt uitgelegd. Er valt, zoals Polak en Sanders opmerken, eigenlijk alleen de situatie onder waarin de burger afziet van bezwaar en beroep omdat het bestuursorgaan de indruk wekt dat dat niet kan of hoeft. Argumenten dat (door)procederen kansloos, zinloos of onevenredig belastend is, vinden bij de Nederlandse rechter geen gehoor. In Duitsland ligt dat anders. Een verwijt ontbreekt bijvoorbeeld als de kansen op succes in bezwaar en beroep gering of twijfelachtig waren of de burger in constructieve onderhandeling was met de overheid. Interessant is voorts de rem op procedeedwang in het Duitse recht. Van de benadeelde burger wordt verwacht dat hij na bezwaar ook beroep instelt, als hij daarmee een reële kans heeft om (alsnog) zijn schade te beperken. Maar een negatieve uitspraak van de bestuursrechter mag hij accepteren, zonder zijn recht op schadevergoeding te verspelen. En gaat de benadeelde niet in beroep, dan wordt de schadevergoe-

dingsverplichting slechts verminderd voor zover het beroep de schade had kunnen voorkomen. Begrijp ik Roosendaal goed, dan vindt het leerstuk van de schadebeperking bij de quasi-onteygening op dezelfde wijze toepassing.

Als rechtsvergelijkend experiment past Roosendaal het Duitse recht toe op vier casus waarin de Nederlandse formele rechtskracht tot uit een oogpunt van rechtvaardigheid omstreden resultaten heeft geleid. In al die casus biedt het Duitse recht een bevredigendere uitkomst. Het is dan ook verrassend dat Roosendaal tot een nogal deprimerende conclusie komt. Hij vindt dat wij in Nederland nauwelijks inspiratie kunnen opdoen uit het recht van de ons omringende landen en maar beter kunnen vasthouden aan de formele rechtskracht, met enkele mineure bijstellingen. Hoe is dit te verklaren na een zo geslaagd rechtsvergelijkend experiment? Het enige antwoord dat ik uit het preadvies heb kunnen destilleren, is dat Roosendaal, net als Polak, de tijd nog niet rijp vindt voor een overgang van formele rechtskracht naar schadebeperking. In 2006 heb ik voorgesteld om deze overgang wel te maken en – kort samengevat – aan de schadebeperkingsplicht invulling te geven door van de burger te verlangen dat hij, als er nog schade beperkt of voorkomen kan worden, ten minste een zienswijze of bezwaarschrift indient tegen het schadeveroorzakende (ontwerp)besluit, zodat het bestuursorgaan op de hoogte is van het betrokken belang en een afgewogen keuze kan maken. Voor de vraag of daarna doorgeprocedeerd moet worden zou ik willen aansluiten bij de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Reusel* (HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, r.o. 3.8.2) dat als beide partijen, overheid en burger, het in hun macht hebben om de schade te beperken, de bal primair ligt bij de schadeveroorzakende partij. Roosendaal bespreekt mijn voorstel, en wijst dit af, omdat naar zijn ervaring de burgerlijke rechter over onvoldoende bestuursrechtelijke kennis beschikt om de rechtmatigheid van besluiten op een juiste manier te kunnen beoordelen. Als uitkomst van het rechtsvergelijkende preadvies vind ik dit mager, temeer nu Roosendaal erop wijst dat dit probleem ondervangen kan worden door, net als in Duitsland, speciale kamers overheidsaansprakelijkheid in het leven te roepen, waarin ook bestuursrechters zitting hebben. Verder besteedt Roosendaal geen aandacht aan het feit dat dit specialisatieprobleem niet speelt bij schadeverzoeken ex artikel 8:88 Awb. Mogelijk zijn Roosendaals lauwe gevoelens voor het Duitse systeem mede ingegeven door het feit dat men in Duitsland zelf niet onverdeeld gelukkig is met de vormgeving van het Duitse overheidsaansprakelijkheidsrecht. Als ik het preadvies goed lees, ligt dat echter niet aan het leerstuk van de schadebeperking, het ontbreken van de formele rechtskracht of de overlappende competentie van burgerlijke en bestuursrechter. De kritiek richt zich veeleer tegen overjarige elementen, zoals het vereiste van schuld aan overheidszijde voor aansprakelijkheid, welk vereiste te verklaren is uit het feit dat Amtshaftung historisch gezien een persoonlijke aansprakelijkheid van de ambtenaar is. Tekenend in dit verband is dat een in 1981 doorgevoerde (maar kort daarna weer vervallen) modernisering van het besluitenaansprakelijkheidsrecht er onverkort in voorzag dat zowel de burger-

lijke rechter als de bestuursrechter over de rechtmatigheid van besluiten oordelen. Dat werd en wordt dus kennelijk niet als een probleem gezien.

Roozendaal bepleit om voorsnog te volstaan met bijstelling van enkele lijnen in de rechtspraak van de Hoge Raad (afstand nemen van *Kuijpers/Valkenswaard*, *Enschede/Gerridzen*, *Verpleeghuis Rotterdam* en *Kaveka*) en bevindt zich daarmee in het goede gezelschap van Polak. Te meer nu Roozendaal ook een stelselwijziging ten gunste van de bestuursrechter bepleit. En tot slot geldt ook voor Roozendaal: lezing van zijn stellingen strekt tot aanbeveling. Zij laten zien dat hij naast een (ietwat melancholieke) realist op zijn minst ook een man met 'een enigszins idealistische inslag' is.

### 3.4 Reneman

Reneman completeert het beeld met een bespreking van de Unierechtelijke grenzen aan formele rechtskracht. Haar preadvies valt uiteen in twee delen. Het eerste deel gaat in algemene zin over de Unierechtelijke grenzen aan formele rechtskracht en gezag van gewijsde. Het tweede deel is veel specifiek. Het gaat over het Unierechtelijke kader van opvolgende asielaanvragen waarna de invloed daarvan op de toepassing van artikel 4:6 Awb (herhaalde aanvraag) wordt beschreven. Deze tweedeling legt een handicap bloot in mijn verhouding als recensent tot de auteur Reneman. Haar deskundigheid en hart ligt duidelijk bij het asielrecht, terwijl ik daar niet zoveel vanaf weet. Het eerste deel vind ik, mede in het licht van de andere preadviezen, het interessantst, terwijl de voorliefde van Reneman wat minder bij het algemene deel van het Europese (aansprakelijkheids) recht lijkt te liggen. Zo had ik haar onderzoek op sommige plaatsen in het eerste deel graag nog wat meer uitgewerkt gezien, onder vermelding van de opvattingen in de literatuur (de 'Inleiding tot het Europees bestuursrecht' blijft onvermeld, het werk is in asielrechtkringen wellicht minder famous). Reneman maakt dat in het tweede deel goed, door te laten zien dat het vreemdelingenrecht een inspiratie was en zal blijven voor ons denken over de formele rechtskracht, juist omdat daar mensenlevens op het spel staan en de afwegingen dus op het scherpst van de snede gemaakt moeten worden.

Formele rechtskracht in het Unierecht gaat over het spanningsveld tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Reneman wijst erop dat het concordantie- of rechtseenheidsbeginsel en de specialisatiegedachte voor haar preadvies niet relevant zijn. Dat is logisch, nu het Unierecht zich niet bekommert om de vraag of de bestuursrechter of de burgerlijke rechter is belast met een gelijkwaardige en doeltreffende doorwerking van Unierecht. Aardig is dat Reneman de formele rechtskracht van besluiten en het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken naast elkaar behandelt. Zij heeft daar verschillende redenen voor. Het Hof van Justitie maakt volgens haar niet altijd even scherp onderscheid tussen beide leerstukken. Bovendien, zo schrijft zij, hanteert het hof met betrekking tot formele rechtskracht en gezag van gewijsde gemeenschappelijke principes, zoals het uitgangspunt dat het Unierecht niet

verplicht tot het terugkomen op een definitief bestuursbesluit of een definitieve rechterlijke uitspraak. In navolging van Kornezov – een Bulgaarse hoogleraar, tevens rechter in het Gerecht van de EU – bepleit zij dat dit uitgangspunt beperkt moet worden uitgelegd. Hulpmiddel daarbij is de *triple identity test*, die het hof toepast bij de bepaling van de reikwijdte van het gezag van gewijsde. Dit gezag strekt zich uit tot latere procedures als (i) dezelfde partijen zijn betrokken; (ii) het voorwerp van geschil (bijvoorbeeld een besluit) gelijk is; en (iii) de zaak over dezelfde juridische grondslag gaat. Volgens Reneman stelt het hof vergelijkbare grenzen aan formele rechtskracht en gezag van gewijsde op nationaal niveau. De Unierechtelijke harde kern van het leerstuk is, als ik Reneman goed begrijp, dus beperkt tot procedures die de strekking hebben om een onaantastbare beslissing of uitspraak van tafel te krijgen, bijvoorbeeld door middel van een herzieningsverzoek of herhaalde aanvraag.

Ketenbesluitvorming valt daar dus niet onder. Reneman leidt uit het *Ciola*-arrest af dat een vervolgbesluit niet in strijd met het Unierecht mag worden genomen louter op de grond dat het voortvloeit uit een eerder besluit met formele rechtskracht of uit een uitspraak met gezag van gewijsde over dat eerdere besluit. Het 'klaar is klaar'-adagium van Sanders gold in die zaak duidelijk niet. (Reneman signaleert wel dat de Afdeling over de reikwijdte van het *Ciola*-arrest op 30 januari jl. prejudiciële vragen heeft gesteld. Het laatste woord over ketenbesluitvorming in Europese context is dus nog niet gesproken). Een schadeclaim mag volgens Reneman evenmin worden afgewezen louter omdat de schadeveroorzakende beslissing of uitspraak definitief is. Zij wijst daarbij op het bekende *Köbler*-arrest, waarin het hof overwoog dat schadevergoeding het gezag van gewijsde van de onrechtmatige rechterlijke uitspraak niet aantast. Daarin is het al eerder genoemde onderscheid tussen de geldigheid en de rechtmatigheid van rechtshandelingen goed zichtbaar. Vervolgens komt de – in het licht van de andere preadviezen – interessante vraag aan de orde in hoeverre overheden in hun nationale recht processuele beperkingen kunnen stellen aan het recht van hun burgers om vergoeding van schade te vorderen die is veroorzaakt door met het Unierecht strijdige besluiten of uitspraken. Bijvoorbeeld de eis dat de benadeelde alle beschikbare rechtsmiddelen moet hebben uitgeput. Voor rechtspraak volgt die eis uit het *Köbler*-arrest zelf. Minder duidelijk is of lidstaten de vernietiging van een, in strijd met het Unierecht genomen besluit als voorwaarde voor aansprakelijkheid mogen stellen. Reneman wijst in dit verband op een aantal aanbestedingsrechtelijke arresten, waarin het nationale recht schadevergoeding uitsloot zolang het gunningsbesluit niet nietig was verklaard. Wat mij betreft had zij in dat verband wel mogen wijzen op artikel 2 lid 6 van de toepasselijke Richtlijn 89/665, dat luidt:

“De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst nietig moet worden verklaard door een instantie die daartoe bevoegd is.”

Nu is een richtlijn niet zaligmakend, maar inmiddels heeft het Hof van Justitie in het – niet door Reneman besproken – arrest *Nikolay Kantarev* van 4 oktober 2018 geoordeeld dat “de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid zich niet verzetten tegen een nationale regeling die het recht van particulieren om schadevergoeding te verkrijgen afhankelijk stelt van de voorafgaande nietigverklaring van de aan de schade ten grondslag liggende bestuurlijke rechtshandeling, voor zover dat vereiste redelijkerwijze kan worden gesteld aan de persoon die de schade heeft geleden, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.” Dat lijkt mij enerzijds duidelijke taal, anderzijds een bron van nieuwe prejudiciële vragen, want hoe moet het criterium ‘redelijkerwijze’ worden ingevuld? Is dit een verwijzing naar het onderzoek “of de benadeelde persoon zich redelijke inspanningen heeft getroost om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken, en meer in het bijzonder, of hij tijdig alle te zijner beschikking staande beroepsmogelijkheden heeft aangewend” (zie het Hofarrest *Danske Slagterier* van 24 maart 2009) of heeft het hof een andere redelijkheidstoets op het oog? Helaas werkt Reneman dit niet verder uit. Misschien kan dat ook nog niet. Anders dan bij ketenbesluitvorming en besluitenansprakelijkheid is een herhaalde aanvraag er wél op gericht om de gelding aan een eerder besluit met formele rechtskracht te ontnemen. Volgens de door Reneman omarmde theorie van Kornezov zou naar Europees recht een herhaalde aanvraag dus af moeten stuiten op de *triple identity test*. De herhaalde aanvraag richt zich immers tegen de harde kern van de formele rechtskracht. Dat blijkt grosso modo ook te kloppen. Zeker als het nationale recht geen bevoegdheid verschaft om terug te komen op een onaantastbaar besluit dwingt het Europese recht daar maar in een zeer beperkt aantal gevallen toe. Dat is een goed opstapje naar het tweede deel over het asielrecht, waarin het vasthouden aan formele rechtskracht en gezag van gewijsde soms letterlijk onmenselijke gevolgen kan hebben. Reneman beschrijft met verve de worsteling van onze nationale rechters en de Unierechter met de spanning tussen het verbod van *refoulement* enerzijds en het belang om misbruik van procedures te voorkomen en een effectief terugkeerbeleid te voeren anderzijds. Deze spanning wordt met name zichtbaar als de asielzoeker nieuwe feiten aanvoert die hij ook al in de eerdere procedure had kunnen aanvoeren of als hij zijn herhaalde aanvraag op een nieuwe asielgrond baseert, zoals bekering tot het Christendom of ontdekking van de eigen homoseksualiteit. Interessant is dat zowel in het vreemdelingenrecht als in het overige bestuursrecht de uitzonderingen op de formele rechtskracht van besluiten lijken te convergeren naar gevallen van ‘evidente onredelijkheid’. Dat criterium herkennen we uit de preadviezen van Sanders en Polak.

### 3.5 Recente ontwikkelingen

Aan het slot van deze paragraaf is het aardig te vermelden dat de Afdeling in de aanloop naar de jaarvergadering alvast stelling heeft genomen in de discussie over ketenbesluiten. Op 27 februari 2019 overwoog zij:

“Mede gelet op de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018, genomen in zaak nr. 201605406/2/A1, welke zaak niet tot een uitspraak heeft geleid omdat het hoger beroep in die zaak is ingetrokken, overweegt de Afdeling dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is.”

De preadviseurs hebben met deze uitspraak geen rekening meer kunnen houden, al is het niet te boud te veronderstellen dat Polak op zijn minst een zeker voorgevoel zal hebben gehad. Sanders heeft er onmiddellijk een blog aan gewijd, met als conclusie dat de praktische betekenis van deze uitzondering heel beperkt gaat zijn (hij denkt aan minder dan één geval per jaar) en zij naast iets meer rechtvaardigheid vooral heel veel meer papier zal opleveren. Ik laat Sanders zelf aan het woord:

“De Afdeling heeft op deze manier dus alle handhavingsprocedures in één klap een stuk omvangrijker en tijdrovender gemaakt terwijl de winst qua rechtvaardigheid gemeten zal moeten worden op de vierkante millimeter.”

Voldoende stof voor discussie op 24 mei a.s., lijkt mij.

## 4. Ketenbesluitvorming en besluitenansprakelijkheid nader beschouwd

### 4.1 Ketenbesluitvorming

De vier preadviezen maken duidelijk dat de problematiek van de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in zoverre overzichtelijk is, dat hij draait om het aloude spanningsveld tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid. De verschillen in opvatting zitten hem met name in de techniek. Het eerder gegeven voorbeeld van het onrechtvaardige invorderingsbesluit kan dat illustreren. Sanders beschouwt een vernietiging van dit invorderingsbesluit als een inbreuk op de geldigheid van die last, terwijl Polak vindt dat er slechts een relativering plaatsvindt van de fictie dat de last rechtmatig is. Het preadvies van Reneman laat zien dat de formele rechtskracht van de last ook gerelativeerd kan worden door het bezwaar tegen het invorderingsbesluit tevens te beschouwen als een verzoek om wijziging of intrekking van de last. Ik ben het wel met Sanders eens dat de Afdelingsuitspraken van 20 september 2017 en 27 februari 2019 de geldigheid van een niet aangevochten last onder dwangsom relativeren, maar het predicaat ‘princiepelijk onwenselijke, zeer fundamentele ingreep in de rechtszekerheid’ lijkt mij wat overdreven. Datzelfde geldt voor Sanders’ opvatting dat een uitzondering voor evident onrechtmatige besluiten

nauwelijks extra rechtvaardigheid oplevert maar wel tot heel veel extra procedures zal leiden. Ten eerste denk ik dat Sanders, zelf advocaat, in het overgrote deel van de gevallen die hem worden voorgelegd prima zal kunnen inschatten of een beroep op de uitzondering kans van slagen heeft. Bovendien – en dat mis ik een beetje in de preadviezen (behalve dat van Reneman) – spelen vergelijkbare problemen bij de uitzonderingen op het gezag van gewijsde, de vernietiging van arbitrale vonnissen en de gebondenheid aan bindend advies. Bij de nadere invulling van het criterium ‘evident’ moet daar inspiratie kunnen worden gevonden. Los daarvan, met de uitspraak van 27 februari 2019 staan wij aan het begin van een rechtsontwikkeling. Ongetwijfeld zullen in de eerste periode burgers en hun advocaten een kansje wagen met een beroep op deze uitzondering, maar met het groeiende aantal uitspraken wordt snel genoeg duidelijk waar de grenzen ongeveer liggen. Dat neemt overigens niet weg dat die rechtsontwikkeling wel nodig is. Zo heb ik uit het preadvies van Polak niet kunnen afleiden of een uitzondering op de formele rechtskracht van een besluit moet worden gemaakt als (a) dat besluit evident gebrekkig is; of (b) als een evident onredelijke uitkomst voorkomen moet worden. Die criteria zijn niet gelijk: evident gebrekkige besluiten kunnen soms best tot acceptabele uitkomsten leiden terwijl aan evident groot onrecht niet per se een besluit ten grondslag hoeft te liggen waarvan de onrechtmatigheid op het eerste gezicht duidelijk is. Denk bijvoorbeeld aan tolheffing voor vrachtwagens, waarin voor een kleine, schuldeloze overtreding een hoge boete wordt opgelegd die later in strijd met EU-recht blijkt te zijn (voorbeeld ontleend aan HvJ EU 4 oktober 2018, AB 2019/73). Moet dit nu leiden tot een rem op de invordering van die boete? Invordering zou groot onrecht betekenen, maar het boetebesluit is niet per se evident onrechtmatig, zeker niet als de betrokken nationale wet de hoogte van de boete dwingend voorschrijft. In dat verband speelt ook het beoordelingsmoment een rol. Moet de onrechtmatigheid van het besluit van meet af aan evident zijn geweest, of pas bij het nemen van het vervolgbesluit of, nog later, bij de rechterlijke beoordeling daarvan? Is de onrechtmatigheid direct evident, dan zullen belanghebbenden (overheid, begunstigde, derden) er niet snel op mogen vertrouwen dat dat besluit toch wordt uitgevoerd. De rechtszekerheid legt dan weinig gewicht in de schaal. Maar wordt de onrechtmatigheid pas later evident, bijvoorbeeld uit een uitspraak in een vergelijkbaar geval, dan is de rechtszekerheid veel meer in het geding.

#### 4.2 *Besluitenaansprakelijkheid*

Waar bij ketenbesluitvorming rechtszekerheid de belangrijkste pijler onder de formele rechtskracht is, is dat bij besluitenaansprakelijkheid veel minder het geval. Eventuele aansprakelijkheid raakt alleen het betrokken bestuursorgaan en niet de bij het besluit betrokken burgers. Toewijzing van een schadeclaim doet immers geen afbreuk aan de geldigheid van het besluit: de rechtsverhouding tussen bestuursorgaan en belanghebbende burgers verandert niet. Wel hebben diverse auteurs betoogd dat met een aansprakelijkheidsoordeel de geldigheid van het besluit onder druk

komt te staan. Met name Sanders, maar ook Polak heeft deze kritiek onderschreven. Op deze zogenaamde reflexwerking kom ik in paragraaf 4.3 terug. Eerst bespreek ik de argumenten van de preadviseurs voor handhaving van de formele rechtskracht (de rechtmatigheidsfictie) in het besluitenaansprakelijkheidsrecht.

Polak neemt op dit punt het duidelijkst stelling. Zijn redenering is kort samengevat als volgt. De wetgever heeft de beoordeling van bestuursbesluiten nu eenmaal aan de bestuursrechter opgedragen, zodat het begrijpelijk en terecht is dat de burgerlijke rechter zich daarvan onthoudt (specialisatieargument). De burgerlijke rechter kan dus moeilijk anders dan de rechtmatigheid aannemen van besluiten waarvan de onrechtmatigheid niet is vastgesteld in een bestuursrechtelijke rechtsgang. Voorts heeft de wetgever de wens uitgesproken dat de bestuursrechter zich in schadezaken richt naar de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daarom moet ook de bestuursrechter in schadezaken de rechtmatigheidsfictie hanteren, en bij voorkeur met dezelfde gestrengheid als de Hoge Raad (rechtseenheidsargument).

Sanders onderschrijft deze redenering. Mij kan zij maar matig overtuigen. Ten eerste begrijp ik niet goed waarom de burgerlijke rechter zoveel gewicht hecht aan het specialisatieargument, zelfs als dit tot evident onrechtvaardige uitkomsten leidt. Omgekeerd heeft de bestuursrechter er toch ook geen probleem mee om burgerlijk recht (analoog) toe te passen op schadeverzoeken? Bovendien is de praktijk anders dan het principe: de burgerlijke rechter heeft nog steeds de bevoegdheid om allerlei bestuursbesluiten te beoordelen en doet dat in de praktijk ook, appellabele besluiten inclusief. In *NJB* heb ik daar in 2016 vele voorbeelden van gegeven. Het preadvies van Roozendaal laat bovendien zien dat de Duitsers het specialisatieprobleem simpelweg hebben opgelost door het instellen van een Amtshaftungskammer bij de burgerlijke rechter. Te midden van alle activiteit van de wetgever en hoogste rechters ter bevordering van de rechtseenheid moet dat toch een fluitje van een cent zijn. Natuurlijk zou het best kunnen dat er (rechts)politieke redenen zijn voor de Hoge Raad om de specialisatiegedachte zo fervent te belijden, maar dat zou hij dan misschien maar eens op moeten schrijven.

De tweede vraag is of de bestuursrechter uit een oogpunt van rechtseenheid ook de rechtmatigheidsfictie moet hanteren. Dat is een argument dat ik niet goed kan volgen. Het doet mij denken aan een school waarin de leraren proberen het werk van de leerlingen op gelijke wijze te beoordelen. Betekent dat nu ook dat als de leraar Frans zich niet competent acht om een wiskundeproefwerk te beoordelen, de leraar wiskunde die lijn moet overnemen? Of aan een gezin, waarin de ouders willen voorkomen dat het kind van de ene ouder gedaan krijgt wat de andere ouder niet wilde. Zegt vader tegen zijn kind: repareer je fiets zelf maar, want ik heb twee linkerhanden, moet de moeder dan omwille van de familiale rechtseenheid hetzelfde zeggen, ook al is zij een meester in sleutelen en bandenplakken? Mijns inziens heeft rechtseenheid tot doel te voorkomen dat twee rechters een verschillend inhoudelijk oordeel geven over de-

zelfde zaak. Dat zie je ook terug in Roozendaals beschrijving van de landen om ons heen. Maar daar gaat het bij de formele rechtskracht niet om. De burgerlijke rechter onthoudt zich van een rechtmatigheidsoordeel over appellabele bestuursbesluiten, niet omdat de bestuursrechter daarover heeft geoordeeld of nog zal oordelen, maar omdat hij zich daartoe niet geëquipeerd acht. De bestuursrechter is dat wel, en ik zie niet in welke rechtseenheid in gevaar komt als hij in schadezaken dat rechtmatigheidsoordeel gewoon geeft. Meer rechtvaardigheid zonder verlies van rechtseenheid, wat kan daarop tegen zijn? Op dit punt zie ik de discussie ter vergadering dus met belangstelling tegemoet.

### 4.3 *Reflexwerking*

Roozendaals preadvies laat zien dat in België, Frankrijk, Duitsland en Engeland een vernietigingsberoep strikt wordt onderscheiden van een aansprakelijkheidsprocedure. Het vernietigingsberoep is erop gericht aan het besluit zijn rechtskracht, zijn geldigheid te ontnemen, terwijl aansprakelijkheid (op grond van onrechtmatigheid) de rechtskracht van het besluit onverlet laat en (slechts) de nadelige gevolgen van dat besluit compenseert of beperkt. In Nederland speelt de formele rechtskracht in beide procedures een rol. Is het nu mogelijk om deze beide vormen van formele rechtskracht te 'ontkoppelen' en als twee aparte 'problemen' te behandelen? Bij ketenbesluitvorming ziet Polak hiervoor nog wel enige ruimte (vgl. zijn stellingen 3 t/m 5), maar voor het besluitenansprakelijkheidsrecht zitten Sanders en Polak op één lijn: als de rechter een besluit onrechtmatig acht, dan komt de geldigheid daarvan onherroepelijk onder druk te staan. Op dit verschijnsel, reflexwerking, heeft als ik het goed heb Van Ettehoven in 2006 als eerste gewezen. Sanders heeft er een sprekend voorbeeld aan gewijd. Denk, zo schrijft hij, aan een ten onrechte verleende omgevingsvergunning voor een betonfabriek met formele rechtskracht. (Ik ga ervan uit dat hij doelt op een zogenaamde A3-vergunning, waarin ook een planologische toestemming besloten ligt.) Omwonenden ondervinden veel hinder van deze fabriek en vorderen van de gemeente vergoeding van schade wegens gederfd woongenot. Sanders vindt het onaanvaardbaar dat zo'n claim toegewezen kan worden, omdat de gemeente de onrechtmatige omgevingsvergunning niet meer kan intrekken (de Wabo voorziet daar niet in) en dus tot in lengte van jaren schade moet vergoeden zonder de schadeoorzaak weg te kunnen nemen. Die consequentie lijkt hem niet aanvaardbaar en Polak is dat in beginsel met hem eens. Ik zou daar graag het volgende voorbeeld tegenover zetten. Denk aan een *terecht* verleende omgevingsvergunning met formele rechtskracht. Omwonenden ondervinden veel hinder van deze fabriek en vorderen vergoeding van schade wegens gederfd woongenot. De gemeente kan de omgevingsvergunning niet meer intrekken. De redenering van Sanders volgend geldt nu *a fortiori* dat een schadeplicht van de gemeente tot in lengte van jaren onaanvaardbaar is, want de omgevingsvergunning is niet onrechtmatig, laat staan evident onrechtmatig, maar rechtmatig. De wetgever denkt daar anders over. De Wet ruimtelijke ordening geeft de benadeelde in zo'n geval een

recht op een tegemoetkoming. Dat is weliswaar geen volledige schadevergoeding, maar ook in mijn voorbeeld is sprake van schade tot in lengte van jaren en een schadeoorzaak die niet weggenomen kan worden. Zo'n duurschade kan gewoon worden gekapitaliseerd en uitgekeerd. In het planschaderecht heb ik dáár nooit iemand over horen klagen. Dat rechtsgebied is trouwens om meer redenen inspirerend. Zo heeft de Afdeling aanvaard dat gemeenten planschade in natura vergoeden. Zij kunnen dat – kort samengevat – doen door nieuwe besluiten te nemen die de eerder veroorzaakte schade geheel of gedeeltelijk wegnemen. Zo is planschadeaansprakelijkheid een goede stimulans voor overheden om het eerdere planologische besluit nog eens kritisch te bezien. Die stimulans is er ook als de gemeente uit onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn voor de onaantastbare omgevingsvergunning. Misschien kan de hinder van de betonfabriek wel worden beperkt door beperking van de exploitatiemogelijkheden, eventueel onder toekenning van nadeelcompensatie aan de exploitant van de fabriek. En als de gemeente tot de conclusie komt dat de betonfabriek op die plaats helemaal geen bestaansrecht heeft vanwege onacceptabele milieueffecten, dan zal zij toch hoe dan ook een saneringsoperatie starten? Dat hangt toch niet af van de mate van aansprakelijkheid jegens de omwonenden?

## 5. Slot

### 5.1 *Licht aan het einde van de tunnel*

Het schrijven van deze recensie was geen straf. De honneurs daarvan komen natuurlijk allereerst de preadviseurs toe. Zij hebben allen op hun eigen wijze inspirerend en toegankelijk geschreven over een razend ingewikkeld leerstuk dat ons al zo lang hoofdbrekens bezorgt. Zij hebben ook laten zien dat wij in de laatste drie decennia echt wel wat zijn opgeschoten. Wij maken nu duidelijk onderscheid tussen zaken waarin niet, en die waarin tevergeefs tegen een besluit is opgekomen. De problematiek hebben wij beperkt tot de eerste categorie, omdat de bindende kracht van het oordeel van de bestuursrechter veel minder, althans andere vragen oproept. Verder hebben wij het onderscheid tussen geldigheid en rechtmatigheid van besluiten scherper op het netvlies. Daarmee lopen wij in elk geval weer in de pas met de ons omringende landen. Bovendien biedt dat onderscheid kansen voor wat meer rechtvaardigheid, zoals de stellingen van Polak laten zien. Opvallend eenstemmig zijn de preadviseurs ook in hun opvatting dat wij het leerstuk van de formele rechtskracht voorlopig moeten behouden, maar het wel een onsje minder mag. Nemen we alle suggesties van de preadviseurs samen, dan kunnen wij afscheid nemen van de arresten waarbij rederij Vulhop, varkensboer Kuijpers, bouwbedrijf Gerridzen, groothandel Kaveka en de omwonenden van het verpleeghuis te Rotterdam in het ongelijk werden gesteld. Als dat gebeurt, kan ook het corpus aan Afdelingsjurisprudentie (Delisea, Leiduin, de Assendelftse buxuskweker) stevig worden opgeschoond trouwens. Al die vooruitgang geeft de burger moed en mij de hoop dat wij ten langen leste in Nederland nog eens gaan afrekenen met de formele rechtskracht.



## 5.2 Hoe verder?

De hamvraag van elke VAR-vergadering is steeds: wat moeten wij doen om het recht weer een stapje verder te brengen? Naar goed gebruik wordt de vinger daarbij in elk geval naar de wetgever gericht. Dat is dit jaar niet anders. Alle preadviseurs zien een rol voor de wetgever weggelegd om de problematiek van de formele rechtskracht te vermindere(n) of op te lossen. En ook hier is er tussen de preadviseurs 'common ground' waar te nemen. Een in mijn ogen goede en eenvoudig te realiseren suggestie is om het risico te verkleinen dat burgers bezwaar- en beroepstermijnen argeloos laten verstrijken om daar later de nefaste gevolgen van te ondervinden. Het voorstel van Verheij om in het financiële bestuursrecht (veel) ruimere bezwaar- en beroepstermijnen te hanteren wordt door de preadviseurs omarmd. In het ordeningsrecht, zo voeg ik daaraan toe, zou wellicht een nog duidelijkere rechtsmiddelverwijzing voorgeschreven kunnen worden. Opvallend is voorts de bijval voor Damens bestuursrecht van twee gestrengheden.

Alle preadviseurs zien kansen in het verlaten van het besluit als exclusieve rechtsingang bij de bestuursrechter. Welke problemen dat nu wel en niet gaat oplossen is mij niet helemaal duidelijk geworden, maar dat is ook logisch, omdat het analyseren van een stelselherziening de opdracht aan de preadviseurs ver te buiten zou gaan. Persoonlijk vraag ik mij af of de – toch al aanzienlijk afgenomen – rol van de burgerlijke rechter in het besluitenaansprakelijkheidsrecht nu werkelijk zo'n rem op de rechtsontwikkeling is als de preadviseurs menen, maar dat moet in 2020 dan maar eens uitgezocht worden. Er is voldoende stof voor een gevleugeld debat op 24 mei aanstaande.