

3 | Europese inspiratie bij overheidsaansprakelijkheid: processuele inbedding van Europese normen

J.E.M. Polak [▪]

1 INLEIDING

Toen ik 10 jaar geleden begon met het geven van het door Thijs Drupsteen opgezette vak Overheidsaansprakelijkheid in de afstudeerrichting staats- en bestuursrecht werd nog niet heel veel aandacht besteed aan internationale aspecten daarvan. Het was een lekker nationaal vak, van Guldenmond-Noorwijkerhout (1915) tot Groningen-Raatgever (1999), het was bijna allemaal nationaal recht dat de klok sloeg. Toch was de Europese inbedding van Europese normen in ons overheidsaansprakelijkheidsrecht in dat decennium van de negentiger jaren echt op gang gekomen. Nu, 10 jaar later, kan worden geconstateerd, dat die inbedding van Europese normen in ons overheidsaansprakelijkheidsrecht dit terrein belangrijke impulsen geeft. Die ontwikkeling wordt in deze bijdrage besproken.¹ Het overheidsaansprakelijkheidsrecht kan worden onderverdeeld in aansprakelijkheid voor besluiten (zie hierna onder 3), rechtspraak (hierna onder 4), wetgeving (hierna onder 5) en feitelijk handelen (hierna onder 6). De focus zal vooral liggen op de wijze waarop het Europese recht (EVRM en EG-recht) morrelt aan heilige huisjes van ons nationale recht, zoals het leerstuk van de formele rechtskracht bij de besluitenaansprakelijkheid en de uit 1971 stammende zeer restrictieve benadering van de Hoge Raad bij onrechtmatige rechtspraak. In het oog springend is de laatste tijd vooral de inbedding van de op artikel 6 EVRM gebaseerde normen voor het binnen een redelijke termijn beslissen door de bestuursrechter. Met die actuele ontwikkeling vangt dit stuk aan (2).

[▪] Jaap Polak is hoogleraar bestuursrecht in Leiden en lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

¹ Deze bijdrage bouwt voort op twee eerder verschenen bijdragen, waaraan gedeelten van deze bijdrage zijn ontleend: De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van EG-recht: de Europese dimensie van de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter (in: *Europees recht effectueren*, onder redactie van T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, Kluwer, Alphen, 2007, p. 257-283) en Het EVRM en de vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad (in: *Geschakeld recht, Alkema-bundel*, Kluwer, Deventer 2009, p. 425-440).

2 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR TE LANG UITBLIJVENDE UITSPRAKEN VAN DE BESTUURSRECHTER

In het jaar 2000 sprak het EHRM op grond van artikel 6 EVRM uit dat een burger op effectieve wijze immateriële schadevergoeding moet krijgen voor een te traag besluitend bestuur en voor te trage rechtspraak. Omdat wetgeving is uitgebleven zijn bestuursrechters ertoe overgegaan om burgers schadevergoedingen toe te kennen. De Centrale Raad van Beroep begon daarmee door in 2004 te aanvaarden dat de bestuursrechter kan uitspreken dat de bestuursrechter er onredelijk lang over heeft gedaan om tot een uitspraak te komen over een beroep tegen een bestuursbesluit en dus artikel 6 EVRM heeft geschonden.² Dat artikel verplicht immers voor de geschillen die onder zijn toepassingsbereik vallen tot berechting van een geschil binnen een redelijke termijn.³ Dat was een begin, maar gaf de burger nog niet een erg effectief middel, want de burger moest om schadevergoeding te krijgen vervolgens wel naar de burgerlijke rechter om schade te vorderen op grond van onrechtmatige daad. Dat had na constatering van een overschrijding van de redelijke termijn wat paradoxaals, als men bedenkt dat dat zou kunnen leiden tot een nieuwe procedure in 3 instanties. Op 4 juni 2008 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) een volgende stap en verwees de burger niet naar de civiele rechter, toen zij uitsprak dat een procedure tussen een burger en de Minister van Verkeer en Waterstaat te lang had geduurd bij de Arnhemse rechtbank, maar kwam zelf tot bepaling van een vergoeding wegens immateriële schade.⁴ De Awb biedt die mogelijkheid in geval van rechterlijke traagheid strikt genomen niet. Daarvoor was dus creativiteit nodig. In de eerste plaats door een verdragsconforme toepassing van 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) dat ziet op schadevergoeding wegens een onrechtmatig bestuursbesluit, maar dat hier dus wordt 'ingezet' om de Staat tot schadevergoeding wegens te trage rechtspraak te veroordelen en in de tweede plaats door een creatieve interpretatie van 8:26 Awb. Dat artikel regelt het meedoen van belanghebbenden als partij aan een bestuursrechtelijke procedure en wordt hier gebruikt om de Minister van Justitie de gelegenheid te geven om in een procedure, waarin de Staat geen partij was, toch verweer te voeren tegen de schadevordering wegens de te lang uitgebleven uitspraak van de Arnhemse bestuursrechter. De Afdeling bedt aldus een procedure in ons recht in om te voldoen aan de Straatsburgse eis van een effectief rechtsmiddel tegen te trage rechtspraak.

2 Zie over de schending van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter uitgebreid het mooie overzicht van T. Barkhuysen en B.J. van Ettekoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, 19.

3 CRvB 8 december 2004, *AB* 2005, 73, m.nt. HB.

4 ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229, m.nt. Widdershoven.

De Centrale Raad van Beroep hanteert nauwelijks een maand later dezelfde lijn en verwijst de burger dus ook niet langer naar de burgerlijke rechter.⁵ Vervolgens hebben deze instanties uitgemaakt dat een bestuursrechtelijke procedure van bezwaar en beroep in twee instanties in totaal 4 jaar mag duren, als het gaat om een zaak waarbij de Centrale Raad van Beroep de bevoegde hoogste rechter is (waarbij de bezwaarfase, de fase bij de rechtbank en de fase bij de Centrale Raad resp. een half jaar, anderhalf jaar en twee jaar mag duren) en 5 jaar als het gaat om een zaak, waar de Afdeling dat is (die als termijnen 1, 2 en 2 jaar aanhoudt).⁶ Wel hanteren beide instanties hetzelfde tarief, namelijk 500 euro per half jaar overschrijding, naar boven af te ronden. Dat is dus de invulling die deze instanties geven aan de Straatsburgse rechtspraak over de overschrijding van de redelijke termijn bij de beslissing over een geschil. Over de vraag of het verschil in gehanteerde termijnen voor de onderscheiden fasen van de Awb-procedure gerechtvaardigd is door het verschillende type zaken, dat wordt behandeld, moeten anderen maar oordelen.⁷ Interessant voor deze bijdrage is vooral de inbedding van de EVRM-norm van berechting binnen een redelijke termijn in de nationale procedure. De procedure in de Arnhemse zaak betrof immers een beroepszaak van een inwoner van Zevenaar tegen de weigering door de Minister van Verkeer en Waterstaat hem bestuurscompensatie te geven vanwege de aanleg van de Betuwelijn, maar de uitspraak van de Afdeling in deze zaak van 4 juni 2008 zal toch vooral bekend worden vanwege de aanspraak op immateriële schadevergoeding jegens de Staat (Ministerie van Justitie) van deze inwoner uit Zevenaar. Die vergoeding werd toegekend omdat de Arnhemse rechtbank er in eerste aanleg meer dan 3 jaar over deed om op het beroep tegen de beslissing van de Minister van V en W een uitspraak te doen. Het gaat hier dus om een ingenieuze, vanwege artikel 6 EVRM noodzakelijk geachte inbedding in ons recht die geheel door rechtspraak tot stand is gebracht, omdat wetgeving ontbreekt. De Minister van Justitie heeft aangekondigd, dat de wetgever nu wel in actie zal komen. Nu de Awb wel erg creatief moest worden gehanteerd om tot een resultaat te komen, dat thans kennelijk wordt beschouwd als voortvloeiend uit de eisen van de Straatsburgse rechtspraak over artikel 6, is het beter om de procedure wettelijk te regelen en te standaardiseren.

5 CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008, 241, m.nt. Widdershoven.

6 CRvB 26 januari 2009, *JB* 2009, 66, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik en ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009, 42, m.nt. Albers.

7 Negatief daarover is B.J. van Ettekooven in zijn jaarrede als voorzitter van de VAR op 15 mei 2009, www.var.nl. In hun *NJB*-kroniek, *Kroniek van het algemeen bestuursrecht*, 15 jaar Awb, *NJB* 2009, 1702 noemen E.J. Daalder en A. Palmboom de rechtspraak van de bestuursrechtters over de schending van de redelijke termijn evenwel een voorbeeld van geslaagde coördinatie.

Inbedding ook op niet door Europees recht bestreken terreinen?

Nog verder strekkend gaat de inbedding van Europees recht, als het analoog wordt gehanteerd op terreinen, waar het niet geldt. Vaste rechtspraak is dat artikel 6 EVRM, anders dan bijvoorbeeld de artikelen 3 en 8 EVRM, niet van toepassing is op het vreemdelingenrecht, omdat deze geschillen niet als geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen worden gezien. Toch heeft de Afdeling haar recente rechtspraak over de overschrijding van de redelijke termijn die op artikel 6 is gebaseerd, op 3 december 2008 doorgetrokken naar het vreemdelingenrecht.⁸ Niet door artikel 6 thans wel in vreemdelingenzaken toepasselijk te achten, maar door te oordelen dat het beginsel van berechting binnen een redelijke termijn een uiting is van het ook nationaal geldende rechtszekerheidsbeginsel. Hier zien wij dat van Europese eisen die aan nationale procedures worden gesteld, ook invloed uitgaat op gebieden, waarop dat vanuit Europees perspectief strikt genomen niet zou hoeven. Die inbedding gaat in dit geval heel ver, want voor de vraag wanneer de redelijke termijnen in het vreemdelingenrecht worden overschreden, sluit de Afdeling in genoemde uitspraak van 3 december 2008 volledig aan bij de Straatsburgse rechtspraak, hoewel het EVRM dus niet van toepassing is.

Een mogelijke vervolgstap werd evenwel niet gezet. Overschrijding van de redelijke termijn van alleen de Awb-bezwaarprocedure leidt, zo besliste de Centrale Raad van Beroep, niet tot vergoeding van immateriële schadevergoeding; artikel 6 EVRM slaat op *berechting* van een geschil binnen redelijke termijn, daar valt de bezwaarprocedure dus niet onder. Denkbaar was evenwel geweest dat de rechtszekerheidsbenadering van de Afdeling de Centrale Raad zou hebben geïnspireerd om dat beginsel ook te hanteren bij overschrijding van de door de Centrale Raad als maximaal genoemde termijn van een half jaar, als er daarna geen rechterlijke procedure volgt: een bestuursorgaan wordt immers in de benadering van de Centrale Raad en de Afdeling wel aansprakelijk gehouden, als zijn lange behandelduur tot gevolg heeft dat het te lang duurt voordat de rechter over het geschil oordeelt, maar dus niet, wanneer diezelfde lange bezwaarprocedure niet door een procedure bij de bestuursrechter wordt gevolgd. De Afdeling heeft daarop ten aanzien van de overschrijding van de bezwaarfase sec de benadering van de Centrale Raad van Beroep gevolgd en daarvoor dus ook geen vergoeding van immateriële schade toegekend.⁹

Of de belastingkamer van de Hoge Raad in belastingzaken de benadering van de Afdeling volgt om de redelijke termijn rechtspraak in vreemdelingenzaken toepasselijk te achten, ook al valt het vreemdelingenrecht niet onder het bereik van artikel 6 EVRM, moet worden afgewacht. Voor het belastingrecht is tot dusverre vanwege het feit dat artikel 6 daar niet geldt, ook aangenomen dat daar geen vergoeding van immateriële schade bij trage procedures kan

⁸ ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 70, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

⁹ CRvB 29 april 2009, JB 2009, 152 en ABRvS 17 juni 2009, LJN B18475.

volgen, maar het is niet uitgesloten dat de uitspraak van de Afdeling van 3 december 2008 tot herbezinning van dat standpunt leidt. Dat zou dan weer een stukje verdere inbedding van Europese normen in ons recht zijn!

3 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR BIJ DE BESTUURSRECHTER APPELLABELE BESLUITEN: HET HEILIGE HUISJE VAN DE FORMELE RECHTSKRACHT

Ons systeem van rechtsbescherming is zo opgezet, dat in de bestuursrechtelijke rechtsgang (de belastingrechter daaronder begrepen) beoordeeld wordt of een appellabel overheidsbesluit al dan niet rechtmatig is. Dat geldt in beginsel ook wanneer het gaat om besluiten waarvan wordt gesteld dat zij in strijd zijn met EG-recht. Hier komen wij onvermijdelijk de leer van de formele rechtskracht tegen, die de Hoge Raad handhaaft, ondanks nogal wat kritiek uit zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke hoek.¹⁰ Betekent dat, dat er op dit terrein voor de burgerlijke rechter geen rol is weggelegd, wanneer een besluit in strijd zou zijn met Europees recht? Daarop is het antwoord krachtig ontkennend. Om eenvoudig te beginnen (en wie de literatuur hierover kent weet dat het niet al te lang zal lukken om het echt eenvoudig te houden!); ook hier is de burgerlijke rechter schadevergoedingsrechter, zodat wanneer eenmaal langs bestuursrechtelijke weg is beslist dat een overheidsbesluit in strijd is met EG-recht, de gelaedeerde langs civiele weg de geleden schade vergoed kan zien te krijgen. Dat is wat wij zijn gaan noemen de leer van de omgekeerde formele rechtskracht die inhoudt dat als een besluit langs bestuursrechtelijke weg op bijv. Europeesrechtelijke gronden is vernietigd en die uitspraak niet meer kan worden aangevochten, in het vervolgtraject van de civielrechtelijke onrechtmatigheid van het vernietigde besluit, en in beginsel ook van de schuld, dient te worden uitgegaan. Men kan zich in dat civiele vervolgtraject dan concentreren op de andere criteria (causaliteit, schade en relativiteit) waaraan dan nog voldaan moet zijn, om aansprakelijkheid uit

10 Zie voor kritiek onder meer: B.J.P.G. Roozendaal, *De toekomst van de formele rechtskracht, Overheid en Aansprakelijkheid* 2003, p. 149-159, G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', *NJB* 2004, p. 787-794, G.E. van Maanen en R.J.N. Schlössels, 'Vernietigende besluiten en schadevergoeding, een Maastrichts Nijmeegse revolve?', *Gemeentestem* 2004, nr. 7203, p. 139-144 en C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, diss. Utrecht 2006; ook voor het handhaven van de leer van de formele rechtskracht wordt trouwens zowel vanuit civielrechtelijke als bestuursrechtelijke hoek gepleit: zie voor een civielrechtelijk voorbeeld M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2006, p. 2-9 en vanuit bestuursrechtelijke hoek B.J. van Etekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2006, p. 10-19. Zie voor een aansprekende genuanceerde benadering N. Verheij, *Relatief onaantastbaar? Over formele rechtskracht van besluiten* (oratie Maastricht van 21 januari 2005, www.universiteitmaastricht.nl).

onrechtmatige daad aan te nemen. Daarbij geldt dat de mogelijkheid om die schade vergoed te krijgen langs de weg van artikel 8:73 Awb of via de weg van het vragen van een bij de bestuursrechter beroepbaar zelfstandig schadebesluit niet aan die civielrechtelijke mogelijkheid uit onrechtmatige daad in de weg staat.¹¹

Bressen in de leer van de formele rechtskracht?

Ingewikkelder is de vraag in hoeverre de eis dat het nationale recht moet zorgen voor een effectieve doorwerking van het Europese recht bressen slaat in het leerstuk van de *eigenlijke* formele rechtskracht. Om ook hier eenvoudig te beginnen: in beginsel geldt dat leerstuk ook bij een besluit dat op Europeesrechtelijke gronden bij de bestuursrechter kon worden aangevochten, zo leert het Maple Tree-arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2003.¹² In die zaak ging het om een vordering van Maple Tree tegen de Staat bij de burgerlijke rechter tot terugbetaling van in strijd met gemeenschapsrecht geheven omzetbelasting, terwijl de belastingheffing zelf niet tijdig was aangevochten bij de belastingrechter. Maple Tree had in de jaren 1988 t/m 1990 omzetbelasting afgedragen, op een wijze die de Staatssecretaris van Financiën in een resolutie ter uitvoering van artikel 8 van de Wet omzetbelasting 1968 had voorgeschreven. In het zogenaamde Glawe-arrest van 5 mei 1994 tussen geheel andere partijen heeft het Luxemburgse Hof een prejudiciële uitspraak gedaan, waaruit kon worden opgemaakt, dat de resolutie van de staatssecretaris in strijd was met de Zesde Richtlijn en wel in het bijzonder met artikel 11a, lid 1, sub a daarvan.¹³ De staatssecretaris ging na dit arrest van 5 mei 1994 al op 21 juni 1994 over tot intrekking van de resolutie uit 1988. Maple Tree diende met de op basis van de uitspraak van het EG-Hof verworven kennis alsnog een bezwaarschrift in tegen de over 1988 t/m 1990 bij haar geheven omzetbelasting, maar werd daarin door de Inspecteur begrijpelijkerwijs niet-ontvankelijk verklaard, omdat het bezwaarschrift jaren te laat was ingediend. Voor zover daartegen nog rechtsmiddelen zijn aangewend, gebeurde dat tevergeefs. Daarna probeerde Maple Tree het langs civielrechtelijke weg. Dat dat naar zuiver nationaalrechtelijke maatstaven niet tot succes kon leiden was wel duidelijk, gelet op de met deze zaak goed vergelijkbare uitspraak van de Hoge Raad in de Vulhop-zaak van 16 oktober 1992.¹⁴ Daarbij probeerde Vulhop,

11 Zie het bekende arrest Groningen/Raatgever van 17 december 1999, *AB* 2000, 89 (m.nt. P.J.J. van Buuren). Overigens zou de bestuursrechtelijke weg om schadevergoeding na een vernietigd besluit te krijgen in het belastingrecht, het sociaal verzekeringsrecht en het ambtenarenrecht wel exclusief worden als het voorontwerp nadeelcompensatie en schadevergoeding van een commissie o.l.v. M. Scheltema (maar niet de 'gewone' Awb-commissie) tot wet zou worden verheven.

12 Maple Tree, *AB* 2003, 120. Zeer aanbevelenswaardig zijn de conclusie van Advocaat-generaal D.W.F. Verkade en de annotatie van R.J.G.M. Widdershoven in de *AB*.

13 Zaak C-28/93 (Glawe).

14 *NJ* 1993, 638 en *AB* 1993, 40.

een exploitant van rondvaartboten in Amsterdam, langs civielrechtelijke weg door haar betaalde omzetbelasting terug te krijgen, nadat haar uit een arrest van de Belastingkamer van de Hoge Raad naar aanleiding van een door een ander bedrijf ingesteld beroep duidelijk was geworden, dat die belasting werd geheven op grond van een onverbindende gemeentelijke verordening. De actie van Vulhop, gebaseerd op onrechtmatige regelgeving, strandde op het leerstuk van de formele rechtskracht: Vulhop had de desbetreffende aanslagen niet bij de belastingrechter aangevochten, zodat deze formele rechtskracht hadden en daarom slaagde de civielrechtelijke vordering, hoewel gebaseerd op onverbindendheid van de regelgeving, niet.

In feite ging het in de Maple Tree zaak om dezelfde rechtsvraag als bij Vulhop, zij het dat het hier niet de Hoge Raad was, die had uitgemaakt dat de belastingheffing (in een ander geval) onterecht was geweest, maar het Europese Hof in een prejudiciële uitspraak in de Glawe-zaak. In beide gevallen hadden Vulhop en Maple Tree de (EG-rechtelijke) bezwaren heel wel naar voren kunnen brengen in de procedure waarin dat betoog had thuis gehoord, namelijk in de procedure bij de Belastingrechter. Bij de beantwoording van de vraag of het nu zou moeten uitmaken dat het in Maple Tree ging om strijd met gemeenschapsrecht en niet om strijd met nationaal recht (dat was immers het verschil met de Vulhop-zaak!) stelt de Hoge Raad voorop dat het gemeenschapsrecht niet voorziet in een regeling aangaande de terugvordering van ten onrechte geheven nationale heffingen. Daarom is het aan de nationale rechtsstelsels overgelaten te voorzien in de aanwijzing van de bevoegde rechter en de bepaling van de materiële en formele voorwaarden van rechtsvorderingen, die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen. Met andere woorden: als Nederland een beginsel van formele rechtskracht kent, dan mag dat. De Hoge Raad vervolgt dat daarbij wel moet worden voldaan aan twee voorwaarden. In de eerste plaats geldt het gelijkwaardigheidsbeginsel: de oplossingen in de nationale rechtsstelsels voor de problematiek van vorderingen gegrond op strijdigheid met Europees recht mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden. Het is duidelijk dat dat hier niet aan toepassing van de leer van de formele rechtskracht in de weg staat: de zuiver nationale Vulhop-casus leert dat ook in zo'n geval het beginsel van de formele rechtskracht geldt. In de tweede plaats is het zgn. doeltreffendheidsbeginsel van toepassing: de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten mag in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt. Wat het laatstgenoemde beginsel betreft is het volgens de jurisprudentie van het Luxemburgse Hof met het gemeenschapsrecht verenigbaar dat in het belang van de rechtszekerheid, waaraan zowel de burger als het bestuur bescherming ontleent, redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld, die gelden op straffe van verval van recht.

Hoewel het Maple Tree-arrest derhalve leert dat er in het algemeen geen aanleiding is om aan te nemen dat het gemeenschapsrecht ertoe dwingt om

af te wijken van het beginsel van de formele rechtskracht, zijn er volgens annotator Widdershoven in zijn instructieve noot (zie vooral onder 4 en 5 daarvan) casusposities denkbaar, waarin daarover wellicht anders dient te worden gedacht. Hij zet terecht uiteen, dat de problematiek van het niet benutten van een nationale bestuursrechtelijke weg in de rechtspraak betreffende de communautaire aansprakelijkheid van de EG-instellingen tot nu toe steeds is geplaats in het kader van de plicht tot schadebeperking: degene die een schadevordering op grond van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad instelt, heeft op straffe van beperking van die aansprakelijkheid zijn schade te beperken. Het aannemen van een schadebeperkingsplicht leidt tot een wat meer genuanceerde benadering dan de categorische uitsluiting van de aansprakelijkheid wegens de leer van de formele rechtskracht. Voor de Maple Tree-zaken maakt het geen verschil; wanneer de civiele vordering uitsluitend strekt tot het via een omweg alsnog ter discussie stellen van een niet tijdig aangevochten belastingheffing, maakt het niet uit of men op grond van de leer van de formele rechtskracht, dan wel op grond van de schadebeperkingsplicht tot het resultaat komt dat de overheid niet via de schadevordering achteraf aansprakelijk kan worden gehouden voor onterecht geheven belasting. Maar hoe is dat voor andere casusposities? Widdershoven noemt in dit verband de zaak *Metallgesellschaft*. Daarbij ging het ook om de aansprakelijkheid voor een conform het nationale recht geheven belasting, die in strijd was met het Europese recht en waarbij de betrokken particulier niet had verzocht om in aanmerking te komen voor een belastingvrijstelling, waarop deze volgens het nationale recht geen aanspraak had. Uit de uitspraak van het Luxemburgse Hof¹⁵ valt af te leiden dat het feit dat de particulier vrijstelling had kunnen vragen en langs die omweg via een bestuursrechtelijke procedure tegen de weigering van de vrijstelling wellicht het Europese recht in stelling had kunnen brengen, niet tegen een schadevordering mag worden ingeroepen.

Leer van de formele rechtskracht: niet afschaffen!

Mij lijkt het terecht dat een vordering in een casuspositie als die van *Metallgesellschaft* niet strandt op het argument dat men dan maar vrijstelling had moeten vragen en het besluit daarop bestuursrechtelijk had moeten aanvechten. Maar ik waag te betwijfelen of het daarvoor nodig is aan te nemen dat het EG-recht in zo'n zaak tot aanpassing, laat staan tot afschaffing van ons leerstuk van de formele rechtskracht moet leiden. Immers, mijns inziens zou een daarop gebaseerd verweer van de overheid in een casus als die van *Metallgesellschaft* ook naar ons nationale recht niet zijn geslaagd. Ik wijs in dit verband op de puur nationale casus *Leenders/Ubbergen*,¹⁶ waarin de exploitant van de SRV-wagen *Leenders* bij de burgerlijke rechter tegen de gemeente *Ubbergen* procedeerde op grond van onrechtmatige regelgeving (hem was het volgens de

15 Gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, zie *SEW* 2002, p. 154.

16 Zie *AB* 1987, nr. 1.

A.P.V. van de gemeente Ubbergen verboden in de gemeente zonder ontheffing met een SRV-wagen rond te rijden en van daaruit detailhandel te bedrijven), terwijl hij de verbindendheid en rechtmatigheid van die regeling ook aan de orde had kunnen stellen door de weigering van de ontheffing (die hij blijkens de casus had gevraagd en tot en met de bezwaarschriftenprocedure had bestreden!) aan de bestuursrechter voor te leggen. In die procedure was het mogelijk geweest hetzelfde betoog te houden als hij bij de burgerlijke rechter hield, namelijk dat het verbod en dus ook het ontheffingsvereiste in strijd waren met de landelijke vestigingswetgeving. De gemeente Ubbergen verweerde zich echter bij de civiele rechter tevergeefs met het argument dat Leenders had nagelaten om de bestuursrechtelijke rechtsgang tegen de geweigerde ontheffing te benutten en daarin exceptief de verbindendheid van de A.P.V. aan de orde te stellen en dat dus daarom in feite de formele rechtskracht van de geweigerde ontheffing in de weg stond aan een vordering bij de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad wegens onverbindende regelgeving.

Mijns inziens zijn Vulhop en Leenders met enige moeite wel met elkaar in overeenstemming te brengen. Men moet dan aannemen dat de Hoge Raad het verweer van de gemeente Ubbergen, anders dan het verweer van de gemeente Amsterdam in de Vulhop-zaak, niet honoreerde, omdat het een niet van Leenders te verlangen omweg zou zijn om de in zijn eigen ogen niet vereiste ontheffing bij de bestuursrechter aan te vechten, terwijl van Vulhop wel degelijk kon worden verlangd dat hij tegen de op zijn eigen aangifte betaalde aanslag bij de Belastingrechter opkwam. Zo geldt ook dat het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Maple Tree* mijns inziens niet strijdig is met het oordeel van het Luxemburgse Hof in de *Metallgesellschaft* zaak, nu bestudering van die laatste zaak leert, dat de omweg die de particulier daar had moeten bewandelen om een bestuursrechtelijk oordeel te verkrijgen, zo deze al begaanbaar was, niet effectief is. In feite kennen wij dus – zo blijkt uit Leenders/Ubbergen – ook nationaal gezien een beperking op de leer van de formele rechtskracht, dat het wel moet gaan om een doeltreffende en effectieve bestuursrechtelijke weg, die van de desbetreffende particulier verlangd kan worden.

Geldt de lijn van *Maple Tree* nu ook, wanneer de bestuursrechtelijke weg (wederom wordt de weg naar de belastingrechter daaronder begrepen) wel is bewandeld en daarin strijd met het EG-recht is gesteld, maar dat tevergeefs is gedaan? Daarmee komen wij op de ingewikkelde problematiek die aan de orde was in de bekende *Kühne & Heitz*-zaak. *Kühne & Heitz* vochten tot en met de hoogste nationale bestuursrechter (in dit geval het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, hierna CBB) tevergeefs een door een Productschap genomen besluit tot terugvordering van eerder door *Kühne & Heitz* ontvangen exportrestituties aan en voerden daarbij onder meer aan dat het besluit van het Productschap om de desbetreffende kippendelen niet onder dijen maar onder de restcategorie in te delen, op een verkeerde uitleg van de EG-regel-

geving berustte.¹⁷ Het CBB gaf Kühne & Heitz zonder prejudiciële vragen te stellen ongelijk. Toen een zekere Voogd in een strafzaak ook het verweer voerde, dat de betreffende delen op grond van het EG-recht tot dijen en niet tot de restcategorie behoorden, werden in die strafzaak wel prejudiciële vragen gesteld. Naar aanleiding daarvan kwam het HvJ tot een conclusie die haaks stond op het oordeel van het CBB in de Kühne & Heitz-zaak. Kühne & Heitz wendden zich daarop tot het Productschap voor pluimvee en eieren en vroegen, onder verwijzing naar het standpunt van het HvJ in de zaak Voogd, om een nieuw oordeel en daarmee om terug te komen op het eerder definitief geworden besluit.¹⁸ Nadat het Productschap dit verzoek, onder verwijzing naar de uitspraak van het CBB, had afgewezen en in die afwijzing in bezwaar had volhard, gingen Kühne & Heitz wederom in beroep bij het CBB, waarna het CBB, toch enigszins geschrokken, het HvJ de prejudiciële vraag voorlegde of het Productschap gelet op de uitkomst van de zaak Voogd tot heroverweging van het door de eerdere uitspraak van het CBB definitief geworden besluit had moeten overgaan. Daarop heeft het HvJ uitgesproken dat het Productschap inderdaad gehouden zou zijn de juistheid van zijn definitief geworden besluit opnieuw te onderzoeken, als voldaan zou zijn aan de volgende vier strikte voorwaarden:

- 1 Het bestuursorgaan is naar nationaal recht bevoegd op dat besluit terug te komen;
Er zijn ook in ons systeem situaties, waarbij naar nationaal recht niet de bevoegdheid bestaat om op een besluit terug te komen en waarin de algemene regeling zoals wij die in de Algemene wet bestuursrecht in artikel 4:6 kennen niet van toepassing is (denk bijv. aan artikel 59 van de Woningwet, dat de mogelijkheid om tot intrekking van een eenmaal verleende bouwvergunning te komen aan strikte regels bindt).
- 2 Het onaantastbare besluit is definitief geworden nadat de hoogste nationale rechter zich erover heeft uitgesproken zonder een prejudiciële vraag te stellen;
In een casus als *Maple Tree*, waarbij *Maple Tree* eerder belasting heeft betaald en de verschuldigdheid daarvan niet bij de belastingrechter heeft aangevochten en uit een uitspraak van het HvJ later blijkt dat deze niet verschuldigd was, is de belastingdienst dus niet gehouden terug te komen op een eerdere onterechte belastingheffing of -aanslag.
- 3 Die uitspraak berust blijkens een latere prejudiciële uitspraak op een onjuiste interpretatie van het gemeenschapsrecht;

17 De zaak is al zo vaak beschreven dat ik mij tot de kern beperk. Ik verwijs naar o.m. T. Barkhuysen en H.M. Griffioen, 'Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie. De zaak Kühne & Heitz nader beschouwd', *NJB* 2004, p. 2132-2140 en de noten van Widdershoven onder het betreffende arrest van het Luxemburgse Hof van 13 januari 2004, *AB* 2004, 58, en N. Verheij, *JB* 2004, 42. Zie voor de vele andere literatuur hierover met name noot 3 bij het genoemde artikel van Barkhuysen en Griffioen.

18 Hof van Justitie EG, 5 oktober 1994, C-151/93.

- 4 De betrokkene heeft 'onmiddellijk na' kennisname van het prejudicieel arrest een nieuwe aanvraag ingediend.

Daarbij is het van belang op te merken dat als aan deze voorwaarden is voldaan, dat nog niet betekent dat het nieuwe onderzoek tot een ander besluit behoef te leiden. Vooral belangen van derden kunnen zich ertegen verzetten dat alsnog gunstig op de aanvraag wordt beslist (dat is een toevoeging die overigens niet van belang is voor het 'tweepartijengeskil' Kühne & Heitz).

Betekent dit nu dat hiermee het arrest van de Hoge Raad inzake *Maple Tree*, waarin werd uitgemaakt dat de leer van de formele rechtskracht in beginsel ook geldt wanneer strijdigheid van een bestuursbesluit met EG-recht aan de orde is, moet worden genuanceerd in die zin dat dat niet het geval is wanneer tegen het eerdere negatieve besluit wèl tot in hoogste instantie is doorgeprocedeerd (anders dan in *Maple Tree*, waarin tegen de aanvankelijke belastingaangifte niet bij de belastingrechter was geprocedeerd)? Mijn inziens brengt Kühne & Heitz niet die nuancering van *Maple Tree* met zich, omdat het in Kühne & Heitz niet gaat om een doorbreking van de leer van de formele rechtskracht, die inhoudt dat in een civielrechtelijk geding de rechtmatigheid van een appellabel besluit vaststaat, wanneer daartegen niet of zonder succes is opgekomen. In Kühne & Heitz ging het immers om de vraag of het bestuursorgaan (bestuursrechtelijk) tot heroverweging verplicht is, wanneer daartoe nationaalrechtelijk de mogelijkheden bestaan in een geval uit latere jurisprudentie van het HvJ blijkt dat in de eerste bestuursrechtelijke ronde het EG-recht op een verkeerde manier is uitgelegd én daarover tot in hoogste instantie bestuursrechtelijk is doorgeprocedeerd, maar zonder dat over die uitleg prejudiciële vragen zijn gesteld. Daardoor kon de appellerende justitiabelen geen enkel verwijt van die verkeerde uitleg van het Europees recht worden gemaakt. Mijns inziens brengt naar nationaal recht de ratio van de leer van de formele rechtskracht juist met zich, dat er – gelet op de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter – geen aanleiding is om tot een doorbreking van de formele rechtskracht te komen, wanneer een adequate bestuursrechtelijke rechtsgang voorhanden is. Zo beschouwd betekent Kühne & Heitz juist geen Europeesrechtelijke doorbreking van de leer van de formele rechtskracht, maar wel een doorbreking van de bestuursrechtelijke onaantastbaarheid van een besluit.¹⁹ Leidt de bestuursrechtelijke heroverweging vanwege de inmiddels bekend geworden EG-rechtspraak tot een ander besluit, dan staat vervolgens weer wel de weg

¹⁹ In het artikel van Barkhuysen en Griffioen wordt het begrip formele rechtskracht ook gebruikt voor bestuursrechtelijke onaantastbaarheid. Dat doe ik in deze bijdrage niet, ik hanteer zoals aangegeven dat begrip voor de verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsgang en de schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter (alsmede wellicht ook voor de schadevergoedingsactie bij de bestuursrechter, maar die komt hier verder niet ter sprake). In de bijdrage van Barkhuysen en Griffioen wordt overigens inhoudelijk wel degelijk onderkend dat er verschil bestaat en dat met Kühne & Heitz nog niet is uitgemaakt dat er sprake is van een doorbreking van de leer van de formele rechtskracht in de door mij bedoelde zin: zie Barkhuysen en Griffioen met name onder 5 en 6.1.

naar de burgerlijke rechter open om op grond van de *omgekeerde* formele rechtskracht te bepleiten dat de eerste beschikking (die aanleiding gaf tot het oordeel in hoogste instantie, dat later fout bleek) dus onrechtmatig was. De leer van de omgekeerde formele rechtskracht brengt immers met zich dat uitgaan moet worden van de rechtmatigheid van het tweede herzieningsbesluit, waarmee dan tevens de onrechtmatigheid van het eerste besluit gegeven kan zijn, op dezelfde wijze als de leer van de omgekeerde formele rechtskracht in meer standaardsituaties wordt toegepast.

Wellicht dat een doorbreking van de formele rechtskracht in de door mij bedoelde zin op EG- gronden in het verlengde van de Kühne & Heitz-uitspraak wel zou kunnen worden aangenomen in de gevallen waarin de Kühne & Heitz-oplossing geen soelaas biedt. Bijvoorbeeld in een situatie dat er geen bevoegdheid bestaat om terug te komen op de eerdere verkeerde beslissing, of in een situatie dat de belangen van derden zich daartegen verzetten, zou er aanleiding kunnen zijn om aan te nemen dat de leer van de formele rechtskracht niet aan aansprakelijkheidsstelling wegens dat onjuiste besluit in de weg kan staan. Dan hebben wij immers te maken met situaties dat de justitiabele alles gedaan heeft om strijd met het EG-recht te redresseren, maar door een foutieve interpretatie van de hoogste nationale bestuursrechter daarin niet is geslaagd, terwijl gelet op de uitspraak van het HvJ rechtens vast is komen te staan dat een foutieve interpretatie werd gegeven. In zo'n situatie zou het verweer, ontleend aan de leer van de formele rechtskracht mijn inziens niet moeten slagen, omdat anders de effectieve uitvoering van het EG-recht door het invoeren van de formele rechtskracht wordt verhinderd, waardoor strijdigheid met het doeltreffendheidsbeginsel ontstaat.

Leer van de formele rechtskracht wel verder nuanceren!

Mijns inziens zou deze lijn geen verlaten van de leer van de formele rechtskracht betekenen: het gaat hier om een uitzondering die in wezen geheel in het verlengde ligt van de al geaccepteerde uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht, en dan vooral de uitzondering die werd geformuleerd in het klassieke arrest Heesch/Van den Akker van 16 mei 1986.²⁰ Daarin werd een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht aanvaard, omdat Van den Akker geen enkel verwijt viel te maken van het feit dat hij niet bestuursrechtelijk tegen een hem opgelegde voorwaarde was opgekomen, nu de betreffende overheid net gedaan had of het om een civielrechtelijke en dus niet appellabele rechtshandeling ging. Onder die omstandigheden moest, zo oordeelde de Hoge Raad, een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht worden gemaakt. In een situatie waarin een appellant tot in hoogste nationale rechtsgang de strijdigheid met EG-recht heeft gepleit, doch daarin naar later uit jurisprudentie van het HvJ blijkt ten onrechte geen gelijk heeft gekregen,

20 AB 1986, 523.

geldt ook dat de betrokkene geen enkel verwijt kan worden gemaakt dat de onrechtmatigheid niet langs bestuursrechtelijke weg is geredresseerd, wanneer in die situatie de mogelijkheid om dat langs bestuursrechtelijke weg alsnog te doen via een verzoek om terug te komen op het eerder onaantastbaar geworden besluit ('de Kühne & Heitz-weg') ontbreekt. In feite hebben wij dan te maken met een Europeesrechtelijke variant op de al meer dan 20 jaar geleden in het arrest Heesch/Van den Akker aanvaarde uitzondering op de leer van de formele rechtskracht.²¹

Daarmee is tevens aangegeven dat de tegenstelling tussen de leer van de formele rechtskracht en de schadebeperkingsplicht, zoals die in de communautaire rechtspraak is verankerd, mijns inziens meer dogmatisch dan praktisch van betekenis is. Dogmatisch verschillen de nationale leer van de formele rechtskracht en de communautaire schadebeperkingsplicht: in civielrechtelijke termen moet de leer van de formele rechtskracht worden ingedeeld bij het criterium van de onrechtmatigheid, aan welk criterium bij de toepassing van die leer niet is voldaan (er moet immers van de rechtmatigheid van het gewraakte overheidshandelen worden uitgegaan), terwijl de schadebeperkingsplicht ziet op het toerekeningsvereiste bij onrechtmatige daad (voor kenners van het oude Burgerlijk Wetboek: het schuldvereiste). Men vindt dat terug in artikel 6:101 BW, dat bepaalt dat,

'wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht wordt verminderd in evenredigheid met de mate waarin de ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.'

Ondanks deze regeling in ons Burgerlijk Wetboek heeft de Hoge Raad nooit aanleiding gezien de leer van de formele rechtskracht in die sleutel te plaatsen. Dat heeft wellicht te maken met het feit dat al voordat de leer van de formele rechtskracht echt werd geïntroduceerd, aan het toerekening- en schuld criterium bij de onrechtmatige overheidsdaad slechts een beperkte rol werd toegekend.²² Dit dogmatisch verschil is natuurlijk niet onbelangrijk: als de leer van de formele rechtskracht wordt toegepast, betekent dat een categorische uitsluiting

21 Zie in vergelijkbare zin R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2004, nr. 18, pagina 34-48, i.h.b. pagina 47.

22 Vanaf Hoge Raad 24 februari 1984, AB 1884, 399 (gemeente Sint Oedenrode – Driessen) werd immers na een vernietiging zowel de onrechtmatigheid als de schuld, dat laatste zij het 'in beginsel', aangenomen. Wel is sinds Hoge Raad 29 april 1994, AB 1994, 530, (Gemeenschappelijk Eigendom/ Den Haag) aangenomen, dat degene die al op basis van een nog niet onherroepelijke vergunning activiteiten ontplooit dit voor eigen risico doet en daardoor geleden schade niet bij de overheid kan claimen als dat besluit later wordt vernietigd, waarbij naar genoemd artikel 6:101 BW is verwezen.

van de aansprakelijkheid, terwijl de schadebeperkingsplicht veeleer een afweging in het individuele geval met zich brengt. Dit onderscheid heeft geleid tot de verwoede discussie in de literatuur of de leer van de formele rechtskracht niet zou moeten worden verlaten waarbij dan door de meeste voorstanders daarvan wordt bepleit, dat daarvoor in de plaats de schadebeperkingsleer, zoals deze in de communautaire rechtspraak is verankerd, zou moeten worden gevolgd.

Ik ben geneigd die tegenstelling in hoge mate te relativieren, nu de Hoge Raad steeds bereid is gebleken uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht te aanvaarden in die gevallen dat het niet volgen van de bestuursrechtelijke rechtsgang echt niet aan de gelaedeerde kon worden toegerekend. Die lijn biedt nationaalrechtelijk de mogelijkheid om, waar de communautaire rechtspraak dat vanwege het vereiste van effectieve doorwerking van het Europees recht vereist, de leer van de formele rechtskracht genuanceerd toe te passen en tot een geslaagde synthese te komen tussen de nationale leer van de formele rechtskracht en de communautaire rechtspraak die op de schadebeperkingsplicht is gebaseerd. Deze gedachtegang vereist niet, dat afstand wordt genomen van de leer van de formele rechtskracht, maar bouwt daarop voort, in lijn met het criterium dat een uitzondering op de leer wordt aanvaard, wanneer de rechtzoekende geen enkel verwijt van het niet volgen van de bestuursrechtelijke rechtsgang(en) kan worden gemaakt. Of de Hoge Raad bereid is deze gedachtegang te volgen, moet vanzelfsprekend worden afgewacht. Het vergt wel, dat de Hoge Raad bereid is de leer van de formele rechtskracht genuanceerd toe te passen. Als dat geschiedt, kan de wind uit de zeilen worden genomen van de kritiek van degenen die menen dat het hanteren van de leer van de schadebeperking in de plaats zou moeten komen van de leer van de formele rechtskracht, omdat deze minder mogelijkheden kent van nuancering.²³ Mijns inziens doet de Hoge Raad er gelet op de rechtszekerheid beter aan de leer van de formele rechtskracht genuanceerd toe te passen dan af te zweren en te vervangen door een op schadebeperking gebaseerde rechtspraak. Zou hij dat laatste doen, dan zou dat immers grote onzekerheid met zich brengen. De leer van de formele rechtskracht is al vanaf 1986 door de Hoge Raad omarmd en moet blijkens vele arresten als een hoeksteen van zijn rechtspraak op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid worden beschouwd.

Over de vraag hoe de schadebeperkingsleer zou moeten worden toegepast, is immers heel wel verschil van opvatting mogelijk. Zo gaan op grond van Europeesrechtelijke rechtspraak de gedachten uit naar een met de leer van de formele rechtskracht goed vergelijkbare vermindering van de aansprakelijkheid van de overheid (op grond van de 'eigen schuld-gedachte'), wanneer geen beroep bij de bestuursrechter is ingesteld tegen het schadeveroorzakende

23 Zie het rapport *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Van toetsing naar geschilbeslechting*, Boom, Den Haag 2004, i.h.b. par. 4.91.

besluit, terwijl Kortmann die zich in zijn proefschrift een duidelijke voorstander van de afschaffing van de leer van de formele rechtskracht betoont en deze wil vervangen door de schadebeperkingsleer, duidelijk maakt voor die verminderde aansprakelijkheid in die gevallen niet te voelen en slechts een vermindering te wensen voor die gevallen dat bezwaren niet kenbaar zijn gemaakt in het bestuurlijke besluitvormingsproces.²⁴ Bij die stand van zaken kan de Hoge Raad beter de scherpe kantjes van zijn leer van de formele rechtskracht bijvijlen en werkende weg nuanceren dan deze afzweren en een nieuwe leer omarmen, waarvan de gevolgen pas na vele nieuwe procedures helder zullen worden. Daarover denkt Widdershoven anders dan ik: als de Hoge Raad toch zijn formele rechtskrachtbenadering moet versoepelen, kan, zo is zijn opvatting, maar beter helemaal op de Europese trein van de schadebeperkingsleer worden gesprongen.²⁵ Dan zijn we EG-rechtelijk bovendien minder kwetsbaar. Ik ben daardoor nog niet overtuigd: het moet mogelijk zijn het Hof van Justitie ervan te overtuigen dat de formele rechtskrachtleer Europaproof wordt toegepast, waarvoor de Hoge Raad dan wel de door mij bepleite, ruimere uitzonderingen op die leer moet maken, als het EG-recht dat vereist. Het maken van die uitzonderingen past bij de ook in puur nationale casusposities niet heel halsstarrige wijze waarop de Hoge Raad ook in nationaalrechtelijke zaken uitzonderingen maakt, zoals bijvoorbeeld niet zo lang geleden (in afwijking van de conclusie van de Advocaat-generaal Keus!) naar aanleiding van een wijziging van de rechtspraak van de bestuursrechter.²⁶ En het handhaven van die leer past bij de door het Hof van Justitie steeds onderstreepte mogelijkheid voor de lidstaten om in het belang van de rechtszekerheid door middel van procedurevoorschriften de aansprakelijkheid van overheden te beperken.

Nuancering leer formele rechtskracht bij repeterende besluiten

Uit de literatuur valt op te maken dat er in meer concrete zin verschil van mening bestaat over de vraag hoe moet worden aangekeken tegen de situatie van 'repeterende besluiten'. Moet in een Kühne & Heitz-situatie, waarin jaarlijks eenzelfde soort besluit wordt genomen en de hoogste nationale rechter het EG-recht naar aanleiding van een beroep tegen een eerste besluit, naar uit latere jurisprudentie van het HvJ blijkt, verkeerd heeft uitgelegd, aan de appellant de formele rechtskracht worden tegengeworpen? Of, in termen van schadebeperking, moet hem worden tegengeworpen dat hij zijn schade onvoldoende heeft beperkt, omdat hij niet ook tegen de latere besluiten tot in hoogste instantie heeft doorgeprocedeerd?²⁷ Ook hier geldt mijns inziens in

24 C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, diss. Utrecht 2006.

25 Zie zijn noot onder HvJ 29 maart 2009, AB 2009, 229, waarin hij uitgebreid op mijn hier herhaalde standpunt ingaat.

26 HR 27 februari 2007, AB 2009, 30, m.nt. B.P.M. van Ravels. Ook in deze noot wordt op de hier besproken kwestie uitgebreid ingegaan.

27 Zie hierover bijvoorbeeld Verheij in zijn eerder genoemde Maastrichtse oratie, onder 6, en Van Ettekoven in zijn genoemde publicatie in *O&A*, onder 4.

beginsel dat, wanneer de mogelijkheid bestaat tot herziening van de eerdere beschikking, die weg moet worden gevolgd en dat het probleem zich dus in het bestuursrechtelijke traject kan oplossen. Als die weg niet mogelijk is en dus alleen een actie bij de burgerlijke rechter tot de mogelijkheden behoort, zou ik zelf geneigd zijn om een appelland, die tot in hoogste nationale instantie heeft doorgeprocedeerd en daarna niet opnieuw de (naar mocht worden aangenomen: kansloze) bestuursrechtelijke weg heeft bewandeld, niet met een kluitje in het riet te sturen. Hij heeft dan bestuursrechtelijk gedaan wat redelijkerwijs van hem verlangd kon worden, zodat het op zijn plaats is ten aanzien van die herhaalde besluiten een uitzondering te maken op de leer van de formele rechtskracht. Een verweer van de overheid maakt dan al helemaal geen kans als men de benadering van de schadebeperkingsleer hierop zou loslaten, omdat men, gelet op de tekst van artikel 6:101 BW, bezwaarlijk van zo'n appelland – die tot in hoogste instantie heeft doorgeprocedeerd en ongelijk heeft gekregen, omdat de hoogste nationale rechter geen prejudiciële vragen heeft gesteld – kan verlangen dat hij de volgende jaren tegen diezelfde besluiten wederom zou opkomen. Maar ook hier geldt mijns inziens dat bij een verstandige toepassing van de leer van de formele rechtskracht niet tot een ander resultaat hoeft te worden gekomen. Laat men daarmee de leer van de formele rechtskracht los? Naar mijn oordeel is dat dus niet het geval. Er zijn, als men de vier voorwaarden van Kühne & Heitz hanteert en de weg naar de burgerlijke rechter alleen wil openen, wanneer herziening van een eerder definitief besluit niet mogelijk is, voldoende barrières ingebouwd om te voorkomen dat de weg naar de burgerlijke rechter wordt misbruikt om aan de uitkomsten van het bestuursrechtelijke traject te ontkomen.²⁸

Dat Kühne & Heitz vooralsnog beperkt moet worden uitgelegd, blijkt uit het arrest van het HvJ van 19 september 2006 betreffende Arcor en het daaraan voorafgegane arrest van 16 maart 2006 betreffende Kapferer.²⁹ In de Arcorzaak wordt bevestigd, dat als een besluit definitief is geworden zonder dat alle daartegen openstaande rechtsmiddelen zijn uitgeput, de heroverwegingsplicht als aangenomen in het arrest Kühne & Heitz niet geldt in verband met het rechtszekerheidsbeginsel, hetgeen met de in dat arrest genoemde criteria in overeenstemming is. Overigens wordt in deze zaak door de in het Duitse recht bestaande heroverwegingsmogelijkheid wel geconcludeerd tot een verplichting tot heroverweging. In Kapferer wordt geoordeeld, dat geen EG-rechtelijke verplichting om een met het EG-recht strijdige rechterlijke uitspraak

28 Ik laat de mogelijkheid van aanpassing van de wetgeving in die zin dat artikel 4:6 Awb moet worden toegepast ingeval uit latere jurisprudentie blijkt dat eerder een verkeerd besluit is genomen zoals door Van Ettehoven bepleit, thans buiten beschouwing. Die gedachte heeft aantrekkelijke kanten, maar ook de wetgever zal met het probleem kampen dat artikel 4:6 Awb niet steeds kan worden toegepast (denk aan situaties met derden-belanghebbenden etc.).

29 HvJ 19 september 2006, AB 2006, 411 (RW) en HvJ EG 16 maart 2006, AB 2006, 191 (RW) en JB, 2006, 89 (NV).

met kracht van gewijsde te herzien. Het Hof brengt daarbij in herinnering, dat een orgaan geen verplichting heeft een definitief geworden beslissing opnieuw te onderzoeken, wanneer niet aan de vier genoemde voorwaarden is voldaan, zoals dat er nationaalrechtelijk de mogelijkheid moet zijn om op de eerdere beslissing terug te komen, welke mogelijkheid in Kapferer ontbrak. In de noot van Widdershoven wordt er op gewezen dat er in Nederland geen bevoegdheid bestaat om een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak te herzien wegens strijd met een latere uitspraak van het Hof, omdat artikel 8:88 Awb alleen de mogelijkheid geeft van herziening wegens feiten en omstandigheden die zich voor de omstreden uitspraak hebben voorgedaan. Widdershoven meent ook dat aan verruiming geen behoefte bestaat, want wij kennen voor dat geval de in 4:6 Awb gegeven mogelijkheid, welke hier, zoals Kühne & Heitz leert, soelaas kan bieden.³⁰ Hier kan tegenin worden gebracht, dat het HvJ meermalen heeft uitgesproken, dat zijn arresten als declaratoire uitspraken moeten worden beschouwd. Met andere woorden: als het HvJ heeft gesproken, moet zijn uitleg over wat Europeesrechtelijk geldt als de altijd gegolden, juiste uitleg worden beschouwd. In die redenering kan worden volgehouden, dat een uitspraak van het HvJ na een in kracht van gewijsde gegane uitspraak van de nationale bestuursrechter niet als een feit of omstandigheid van na die uitspraak van de nationale bestuursrechter dient te gelden, zodat derhalve artikel 8:88 Awb wel degelijk toepassing kan vinden. Dit argument is spitsvondig, maar het lijkt mij weinig aannemelijk, dat de nationale bestuursrechter dat zal gaan volgen, want dat zou op zeer grote schaal afbreuk doen aan het gezag van gewijsde van allerlei gedane uitspraken: elke uitspraak van een Nederlandse bestuursrechter die blijkens een latere uitspraak van het HvJ communautair onjuist is, zou aan heroverweging kunnen worden onderworpen. Die lijn lijkt mij ook weinig verenigbaar met de uitspraken van het HvJ zelf over de bestuurlijke heroverwegingsplicht, waarbij een groot gewicht wordt toegekend aan het rechtszekerheidsbeginsel. Dat beginsel geldt a fortiori voor rechterlijke uitspraken die in kracht van gewijsde zijn gegaan.

Kapferer bouwt voort op Kühne & Heitz, maar heeft betrekking op de vraag of een rechtelijk oordeel dat in strijd is met het EG-recht kan worden gecorrigeerd. Daarmee zijn we toegekomen aan de vraag of de vangnetfunctie ook van betekenis is voor onrechtmatige rechtspraak.

4 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR RECHTSPRAAK

Naast de Kühne & Heitz-problematiek is er in de afgelopen tijd nogal wat aandacht geweest voor het Köbler-arrest, waaruit blijkt dat het belang van de effectieve doorwerking van het Europese recht ook kan leiden tot een

³⁰ Dit standpunt wordt gedeeld door de Minister van Justitie in zijn brief van 12 augustus 2005, *Kamerstukken* 2004/5, 29279, nr. 28.

andere dan een puur nationale benadering van vorderingen op grond van onrechtmatige rechtspraak. Wij zagen hiervoor naar aanleiding van Kühne & Heitz dat wanneer in het nationaal bestuursrechtelijke traject tot in hoogste instantie is doorgeprocedeerd en de hoogste nationale bestuursrechter naar later blijkt een verkeerde interpretatie van het EG-recht heeft gegeven, er twee mogelijkheden zijn om binnen de nationale rechtsorde te bewerkstelligen, dat de effectieve uitvoering van EG-recht alsnog is verzekerd. De eerste mogelijkheid is het vragen van herziening van het eerdere besluit zo spoedig mogelijk nadat uit een latere uitspraak van het EG-Hof duidelijk is geworden, dat het EG-recht verkeerd is toegepast (de Kühne & Heitz-weg). De tweede mogelijkheid is een aansprakelijkheidsactie tegen het bestuur bij de burgerlijke rechter. In het voorafgaande is aangenomen dat die tweede weg in mijn ogen een vangnetfunctie vervult en de weg naar burgerlijke rechter slechts denkbaar is, wanneer de bestuursrechtelijke weg van Kühne & Heitz niet mogelijk is (met andere woorden: de weg van 4:6 Awb biedt geen of een onvoldoende oplossing). De Köbler-jurisprudentie wijst nog een derde weg, te weten het instellen van een vordering uit onrechtmatige rechtspraak. In de Kühne & Heitz situatie zou dat betekenen dat Kühne & Heitz de Nederlandse staat aansprakelijk zou hebben gesteld voor de ‘verkeerde’ eerste uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Die ‘derde’ weg zou, gelet op de strikte voorwaarden die het HvJ in de Köbler-uitspraak heeft geformuleerd voor de toewijzing van een vordering uit onrechtmatige rechtspraak, voor Kühne & Heitz overigens niet tot een gunstig resultaat hebben geleid. Weliswaar zou vermoedelijk wel zijn voldaan aan in die uitspraak geformuleerde voorwaarden dat de geschonden communautaire rechtsregel ertoe moet strekken particuliere rechten toe te kennen en dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending en door de betrokkene geleden schade, maar niet zou zijn voldaan aan het vereiste dat de schending voldoende gekwalificeerd is. Met betrekking tot die laatste voorwaarde overweegt het Hof namelijk dat daaraan, vanwege de specifieke aard van de rechtsprekende functie, pas is voldaan als de hoogste rechter het EG-recht ‘kennelijk’ heeft geschonden. Daarbij moet rekening worden gehouden met elementen als de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwalings, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om op grond van artikel 234, derde lid, EG prejudiciële vragen te stellen.³¹

31 Over het arrest van het Hof van Justitie van 30 september 2003 inzake Köbler is een indrukwekkende hoeveelheid literatuur verschenen. Ik verwijs thans korthedshalve naar de hiervoor al genoemde artikelen van R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, ‘Schending van het EG-recht door rechters’, *Overheid en Aansprakelijkheid*, nr. 18, p. 34-48 en T. Barkhuysen en H. Griffioen, ‘Formele rechtskracht in kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie’, *NJB* 2004, p. 2132-2140, alwaar men voor vele verdere literatuurverwijzingen terecht kan.

Widdershoven heeft in zijn noot in de AB³² de vraag gesteld of het kennelijkheidsvereiste iets anders is dan het veelvuldig in de jurisprudentie over de overheidsaansprakelijkheid van het HvJ voorkomende criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending'. Hij betwijfelt of er werkelijk verschil bestaat, merkt op dat het wellicht om een semantische kwestie gaat en stelt dat de introductie van de kennelijkheidsmaatstaf vooral bedoeld is om de lidstaten, die huiverig staan ten opzichte van de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor schendingen van EG-recht door een hoogste rechter, gerust te stellen. Ik vermoed dat in de Kühne & Heitz-situatie geoordeeld zou worden dat er wel redelijke twijfel mogelijk was over de vraag in welke categorie de kippenpoten ingedeeld behoorden te worden, zodat niet aan het kennelijkheidsvereiste zou zijn voldaan.

Köbler-arrest: benadering Hoge Raad uit 1971 behoeft bijstelling

Toch is het Köbler-arrest, vanuit de invalshoek dat het nationale recht de effectieve uitvoering van het Europees recht moet verzekeren, zowel van principieel als van praktisch belang. Er zij daarbij op gewezen dat, anders dan bij de Kühne & Heitz-jurisprudentie, hier niet het vereiste geldt dat de schending van het Europese recht gebleken is uit een uitspraak van het EG-Hof. De Köbler-jurisprudentie maakt het mogelijk dat ná een tot in hoogste instantie gevoerde procedure een nieuwe procedure wordt begonnen op grond van onrechtmatige rechtspraak. In de Nederlandse verhoudingen betekent dit bovendien, dat de burgerlijke rechter toch een soort (uiterst marginale, maar toch) controle gaat uitoefenen op andere rechters, voor zover het gaat om mogelijke schending van Europees recht. De uit 1971 stammende rechtspraak van de Hoge Raad over onrechtmatige rechtspraak, die slechts een mogelijke aansprakelijkheid erkent voor gevallen van schending van fundamentele rechtsbeginselen als hoor en wederhoor en niet voor inhoudelijk 'foute' uitspraken, behoeft daarom bijstelling.³³ De Köbler-jurisprudentie opent immers de mogelijkheid dat men, nadat men in hoogste instantie bij de strafrechter of de bestuursrechter nul op het rekest heeft gekregen, vervolgens bij de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige rechtspraak gaat betogen, dat de andere hoogste rechter het EG-recht 'kennelijk' heeft miskend. Hoewel het zo'n vaart niet zal lopen, is toch denkbaar dat die weg bewandeld gaat worden, als de belangen maar groot genoeg zijn en de financiële middelen om zo'n civiele onrechtmatige rechtsovereenkomst uit te procederen aanwezig zijn. Tegenover het feit dat deze vorm van controle niet in ons systeem past, staat dat men kennelijk bezwaarlijk kan accepteren dat nationale hoogste rechters, die een belangrijke bijdrage hebben te leveren aan de doorwerking van Europees recht, zonder een dergelijke remedie fouten zouden kunnen maken bij de toepassing ervan. Een voordeel van de Köbler-rechtspraak kan overigens wel zijn dat

³² AB 2003, 429.

³³ HR 12 maart 1971, NJ 1972, 137.

daarvan een preventieve werking uitgaat en nationale rechters, bij twijfel of sprake is van strijd met Europees recht, eerder prejudiciële vragen zullen stellen.³⁴ Dat is natuurlijk in overeenstemming met de uitgangspunten van de verwijzingsplicht in het EG-Verdrag, die in juridische zin inhoudt dat bij iedere redelijke twijfel over de uitleg van het Verdrag een dergelijke verwijzing door de hoogste rechter dient te volgen. Hoogste rechters plegen die laatste verplichting nogal reukeloos op te nemen, wat gelet op de bij partijen bestaande weerzin tegen de tijd die met een prejudiciële procedure gemoeid is, niet verwonderlijk is. De Köbler-rechtspraak scherpt de hoogste rechter in dat men zich van die bezwaren uit een oogpunt van snelheid en effectiviteit weinig moet aantrekken en bij twijfel moet handelen conform de meer precieze, letterlijke interpretatie van het Verdrag. Dat heeft in theorie zeker grote voordelen voor het concept van de doorwerking van het Europees recht, maar ik moet bekennen dat ik daarbij zelf een ambivalent gevoel heb, omdat een politiekcorrecte juristenbenadering er zo toe leidt dat de maatschappelijke wenselijkheid, dat partijen hun geschil binnen redelijke termijn beslecht weten, wordt opgeofferd. Met andere woorden: de Köbler-rechtspraak kan alleen beperkt bijdragen aan de effectieve uitvoering van het EG-recht op nationaal niveau, wanneer het Luxemburgse Hof er organisatorisch in slaagt om snel en adequaat de voorgelegde vragen te beantwoorden. Als dat niet zo is, kan de conceptueel bestaande bijdrage die de Köbler-rechtspraak aan de effectieve uitvoering op nationaal niveau levert, verkeren in het omgekeerde effect, namelijk dat er, door te veel verwijzingen, van die effectieve uitvoering van het Europees recht in de praktijk juist weinig terecht komt.³⁵

Door de Köbler-jurisprudentie wordt een soort Europees vangnet voor met het EG-recht strijdige rechtspraak bij de burgerlijke rechter geconcentreerd: ook op het terrein van de onrechtmatige rechtspraak kunnen we spreken van inbedding van Europees recht bij de rechtsbescherming tegen overheidshandelen, in dit geval bestaande uit rechtspraak. En ook hier wordt begrijpelijkerwijs al gepleit voor een andere weg, die deze vangnetfunctie van de burgerlijke rechter overbodig dan wel geringer zou maken, namelijk het vergroten van de mogelijkheid van herziening van rechterlijke uitspraken op grond van schending van EG-recht, welke mogelijkheid ik thans verder buiten beschouwing laat. Wie de geschiedenis van de rechtsbescherming tegen de overheid kent, ziet dat ook hier de geschiedenis herhaalt: de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter is in die geschiedenis steeds kleiner geworden doordat

34 Zie echter over de indringende problematiek die het veelvuldig stellen van prejudiciële vragen oproept de bijdrage van Barkhuysen aan dit boek!

35 Hier dringt zich de parallel op met de zich in dit tijdsgewricht voordoende controlemaatschappij door de vele toezichthouders en het toezicht dat daarbij moet worden uitgeoefend en waarbij uiteindelijk een zozeer gebureaucratiseerd toezichtstelsel ontstaat, dat van een effectieve en adequate doorwerking in die zin, dat op de werkvloer verantwoordelijkheid wordt genomen, om datgene waarop toezicht wordt uitgeoefend, zo goed mogelijk uit te voeren, weinig overblijft.

gespecialiseerde, vooral bestuursrechtelijke rechtsgangen in het leven werden geroepen. In feite bepleiten degenen, die een vergrote mogelijkheid van herziening van rechterlijke uitspraken voorstaan, eveneens dat de vangnetfunctie teruggedrongen dient te worden. De herzieningsmogelijkheid laat ik verder buiten beschouwing.³⁶

5 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR WETGEVING IN FORMELE ZIN

De betekenis van het EVRM voor de overheidsaansprakelijkheid komt pregnant naar voren bij de vraag of de overheid aansprakelijk kan zijn voor wetgeving in formele zin. Een wet in formele zin kan, zo blijkt uit het Harmonisatiewet-arrest, in verband met het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet niet op puur nationaalrechtelijke gronden onrechtmatig worden verklaard.³⁷ Aansprakelijkheid voor de vaststelling van wetgeving in formele zin als zodanig is dus alleen mogelijk in geval die wetgeving strijdt met ofwel EG-recht (denk aan arresten als *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur* van het Luxemburgse Hof),³⁸ ofwel rechtstreeks werkende bepalingen uit internationale verdragen als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet. Tot nu toe is, voor zover mij bekend, alleen een gestelde strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM een serieuze mogelijkheid gebleken om een wet in formele zin onrechtmatig te doen verklaren. In het arrest van 14 april 2000³⁹ in de zaak tussen Kooren-Maritiem en de Staat wordt een en ander door de Hoge Raad overzichtelijk op een rijtje gezet. Kooren was bemiddelaar bij de verkoop van binnenschepen. Het opstellen, ondertekenen en in de openbare registers laten inschrijven van akten van verkoop en levering van binnenschepen was tot 1 januari 1992 een normaal onderdeel van haar bedrijfsvoering. Met de inwerkingtreding van de boeken 3, 5 en 6 van het nieuw Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992 was vanaf die datum voor de levering van de in de registers te boek staande binnenschepen een notariële akte vereist. Kooren meende dat de Staat onrechtmatig jegens haar had gehandeld doordat de wetgever weliswaar een overgangsregeling in het leven had geroepen voor vóór 1 april 1981 beëdigde scheepsmakelaars, maar niet voor Kooren, die weliswaar vanaf 1975 actief was als bemiddelaar bij de verkoop van binnenschepen, doch daartoe niet was beëdigd. Kooren voerde aan dat als gevolg van de door de wet

³⁶ Zie hierover onder meer de genoemde bijdrage van Barkhuysen en Griffioen.

³⁷ HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469, m.nt. M. Scheltema.

³⁸ HvJ 19 november 2001, *AB* 1994, 482 en HvJ 5 maart 1996, *AB* 1996, 249, beide arresten met noten van F.H. van der Burg. Het betreffen geen Nederlandse zaken: ik ken geen arresten van de Hoge Raad, waarbij de Nederlandse overheid met succes op EU-gronden aansprakelijk is gehouden voor daarmee strijdige nationale wetgeving in formele zin. Wel kennen we natuurlijk gevallen dat wetgeving in formele zin wegens strijd met EU-recht door bestuurs- en strafrechters onverbindend is geacht of buiten toepassing is gelaten.

³⁹ *NJ* 2000, 713, m.nt. A.R. Bloembergen en *AB* 2001, 135, m.nt. T.A. van Kampen.

gecreëerde uitzonderingspositie met betrekking tot beëdigde scheepsmakelaars haar concurrentiepositie ten opzichte van deze scheepsmakelaars was aangetast en haar economische en commerciële belangen waren geschaad: zij kon immers de verkoop van binnenschepen niet meer zo snel realiseren als een beëdigd scheepsmakelaar, nu zij een notaris moest inschakelen. Dat had bovendien een kostenverhogend effect op haar dienstverlening. Nadat het Haagse Hof, anders dan de rechtbank, Kooren in het ongelijk had gesteld, klaagde Kooren in cassatie dat de in de wet getroffen overgangsregeling jegens haar onrechtmatig was, omdat zij daardoor onevenredig in haar belangen werd geschaad, en dat de Staat de schade moest vergoeden. De Hoge Raad verwierp die klacht met een verwijzing naar het Harmonisatiewet-arrest: toetsing door de rechter van de wet in formele zin aan algemene rechtsbeginselen was daarin niet mogelijk geacht. Daarbij wil de Hoge Raad niet weten van een toetsing van de wet in formele zin aan het *égalité*-beginsel. De Hoge Raad heeft die weigering recent in een arrest van 20 maart 2009 explicieter herhaald.⁴⁰ Het beroep op het Leffers-arrest van 18 januari 1991,⁴¹ waarin wel aan dat beginsel werd getoetst, wordt verworpen, omdat het in die zaak niet ging om toetsing van een wet in formele zin aan dat beginsel, maar om toetsing van een ministeriële verordening, van lagere regelgeving dus aan dit algemene rechtsbeginsel. Toetsing van lagere regelgeving aan algemene rechtsbeginselen in een op onrechtmatige overheidsdaad gebaseerde vordering is door de Hoge Raad sinds het Landbouwwliegers-arrest immers wel aanvaard.⁴²

Maar dan komt het: nadat de Hoge Raad aldus had vastgesteld, dat de vordering van Kooren op grond van onrechtmatige daad tegen de gewraakte wettelijke regeling in formele zin niet slaagt op puur nationale gronden, vervolgt de Hoge Raad, dat de Staat jegens Kooren schadeplichtig kan zijn als het uitvaardigen van deze formeel wettelijke regeling strijd oplevert met het in artikel 1, Eerste Protocol van het EVRM neergelegde eigendomsrecht. Het Haagse Hof had het op die bepaling gedane beroep verworpen op grond van de overweging dat dit artikel het mogelijk maakt 'dat de Staat het gebruik van de eigendom in het algemeen belang reguleert, waarbij te denken valt aan de hier in het geding zijnde zekerheid in het rechtsverkeer'. De klacht in cassatie van Kooren dat daarmee het stelsel van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM, werd miskend, slaagde in zoverre dat het Hof 'had miskend dat, voor zover inderdaad sprake zou blijken te zijn van ontneming en niet van regulering van eigendom, hetgeen het Hof had nagelaten te onderzoeken, het in het tweede lid bedoelde recht van de Staat om het gebruik van de eigendom te reguleren onverlet laat dat zulk een niet met een vergoeding gepaard gaande ontneming een schending van artikel 1 oplevert wanneer een redelijk evenwicht ontbreekt tussen de aantasting van het recht en het doel

40 HR 20 maart 2009, LJN BG 9951.

41 HR 18 januari 1991, AB 1991, 241, m.nt. F.H. van der Burg; HR 20 maart 2009, LJN BG 9951.

42 HR 16 mei 1986, AB 1986, 574, m.nt. P.J.J. van Buuren.

dat met de ontnemingsmaatregel is beoogd'.⁴³ Hier zien we dus voor het eerst gebeuren, dat wordt uitgesproken dat de formele wetgever onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW kan handelen door een wet tot stand te brengen die in strijd is met het EVRM.

Over inbedding en varkensrechten

Bekender is geworden het arrest van 16 november 2001 over de varkensrechten, waarin dat wordt bevestigd. In dat arrest wordt de Wet herstructurering varkenshouderij aangevallen, eveneens met een op artikel 6:162 BW geprononceerde vordering. In die wet beoogde de regering met een oplossing te komen voor het mestprobleem in de varkenssector. De Hoge Raad herhaalt eerst dat alle nationale gronden die aan de onrechtmatige daadsvordering ten grondslag liggen falen en wel op de gronden die al zijn uiteengezet in het arrest over de Harmonisatiewet en dat van Kooren Maritiem. Vervolgens wordt beslist dat de wet EU-proof is, waarna uitvoerig wordt onderzocht of er sprake is van schending van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. Daarbij wordt uitgesproken dat de wet in het algemeen niet in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol. Toch komt de Staat niet geheel ongeschonden uit de strijd: na verwijzing zou nog wel moeten worden onderzocht of de bestreden maatregelen voor een of meer van de eisers in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende feiten en omstandigheden een 'individual and excessive burden' vormen. Als dat zou worden vastgesteld, zouden de desbetreffende bepalingen van de wet voor hen buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie, wat in het bijzonder – maar niet uitsluitend – het geval zou kunnen zijn, wanneer een varkenshouder wordt getroffen in mestproductie/varkensrechten die hij tegen betaling heeft verworven.

Deze jurisprudentie laat zien, hoezeer het EVRM ook op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid in de nationale rechtsorde van betekenis is gebleken op terreinen waar de rechtsontwikkeling halt leek te houden. Leek uit het Harmonisatiewet-arrest toch te moeten worden afgeleid dat de onrechtmatigheid van een wet in formele zin in Nederland door de rechter niet zou kunnen worden vastgesteld, zolang de Grondwet niet zou worden aangepast, de arresten Kooren Maritiem en het Varkensrechten-arrest laten zien dat de Staat wel degelijk onrechtmatig kan handelen door een wet in formele zin uit te vaardigen. De Hoge Raad blijft spreken in termen van het buiten toepassing laten van de wet in formele zin en lijkt daarmee een algemeen onrechtmatigheidsoordeel te willen vermijden (in overeenstemming met de bewoordingen van artikel 94 van de Grondwet). Ik meen toch, dat uit die arresten moet worden afgeleid dat zo'n algemeen onrechtmatigheidsoordeel bij strijd met een EVRM-bepaling wel degelijk mogelijk is en dat het derhalve niet slechts

⁴³ Waarbij de Hoge Raad verwees naar het arrest van het EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 374, m.nt. E.A. Alkema.

hoeft te gaan om het buiten toepassing laten van de wet en het niet aantasten van de wet als zodanig, zoals de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest nog op het oog had.⁴⁴ Vooral uit het WHV-arrest blijkt immers, dat als het onderzoek van de Hoge Raad had uitgewezen dat de wet als zodanig jegens de varkenshouders in strijd was met artikel 1, Eerste Protocol, het vaststellen van de wet onrechtmatig jegens de getroffen varkensboeren was geweest. Ook het latere Waterpakt-arrest bevestigt dit beeld: verbods- en gebodsakties zijn vanwege – kort samengevat – de positie van de rechter in het staatsbestel niet mogelijk, maar andere bij een onrechtmatige daadsvordering passende vorderingen wel.⁴⁵

Geen bevelen wetgeving tot stand te brengen

Hoewel de praktische betekenis van deze in de rechtspraak verankerde EVRM-impuls voor het aansprakelijkheidsrecht niet moet worden overschat (van zaken waarin onrechtmatige wetgeving in formele zin is vastgesteld wordt weinig vernomen!), is zij ook niet zonder betekenis. Wordt er al decennia lang op gewezen, dat het verbod van toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet door de in artikel 94 van de Grondwet wel toegestane toetsing aan het EVRM gerelativeerd moet worden, de uit de besproken rechtspraak blijkende mogelijkheid om wetgeving aan te vechten met een beroep op artikel 1 van het Eerste Protocol is vooral van belang, omdat daarmee het in het Harmonisatiewet-arrest uitgesproken verbod van toetsing van wetgeving aan algemene rechtsbeginselen wordt gemitigeerd. Immers, de in artikel 1 van het Eerste Protocol vervatte regels voor de ontneming en regulering van eigendom worden door het EHRM toegepast op een wijze die een sterke verwantschap vertoont met de toepassing van algemene rechtsbeginselen in de nationale rechtspraak en dan vooral het égalitébeginsel.⁴⁶ Nu het eigendomsbegrip van het EVRM, zoals bekend, een ruime inhoud heeft, wordt langs deze weg de door Alkema in 1985 mogelijk geachte en door de Hoge Raad in 1989 vrijwel afgesloten weg van een onrechtmatige daadsvordering tegen wetgeving in formele zin toch niet geheel illusoir.

Wat het EG-recht betreft heeft het HvJ in het vermaarde Francovich-arrest al uitgemaakt dat er onder omstandigheden recht op schadevergoeding bestaat, wanneer een lidstaat niet voldoet aan de op grond van artikel 249, derde alinea, EG op hem rustende verplichting om het door een richtlijn voorgeschre-

44 Ook R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, diss. Nijmegen 2009, meent dat art. 94 Grondwet niet een algemeen onverbindendheids- en onrechtmatigheidsoordeel in de weg staat. Zie i.h.b. par. 4.2.1.2.

45 HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, m.nt. T. Koopmans.

46 Zie over verschillen en overeenkomsten tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht: T. Barkhuysen en M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RMT Themis*, 2006-5, p. 179-201.

ven resultaat te bewerkstelligen.⁴⁷ Daarmee is uitgemaakt, dat een lidstaat aansprakelijk kan zijn voor het niet tijdig op 'EG-orde' brengen van zijn regelgeving. Vervolgens heeft het HvJ in het eveneens bekende arrest *Brasserie du Pêcheur* uitgesproken, dat de lidstaten aansprakelijk kunnen zijn voor schendingen van EG-recht door de nationale wetgever, met andere woorden als wel wetgeving tot stand is gebracht, maar deze niet EG-proof is.⁴⁸ De Francovich-aansprakelijkheid is door drie voorwaarden geclausuleerd. In de eerste plaats moet het door de richtlijn voorgeschreven resultaat een toekenning van rechten aan particulieren inhouden. In de tweede plaats moet de inhoud van die rechten kunnen worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn. Ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichtingen en de door benadeelden geleden schade.

Hoewel dat schadevorderingen tegen de Nederlandse overheid wegens het niet tijdig of incorrect omzetten, of het überhaupt hebben van nationale regelgeving in strijd met het Europese recht ten principale zeer wel mogelijk zijn, zijn mij geen geslaagde acties bekend. Bovendien heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat niet alle normaal bij artikel 6:162 horende vorderingen mogelijk zijn, mocht een wet in formele zin in strijd zijn met EG-recht. In het bekende *Waterpakt*-arrest heeft de Hoge Raad, uitgemaakt, dat de burgerlijke rechter geen bevel kan geven om binnen een door hem te bepalen termijn alsnog wetgeving vast te stellen als de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om een vereist resultaat te bereiken en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de vraag of een verbod of een gebod tot wetgeving in formele zin mogelijk is in het bekende *Waterpakt*-arrest:

'Wetten in formele zin worden door de regering en de Staten-Generaal vastgesteld, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm de wet tot stand zou komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van verschillende staatsorganen, brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. Een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn, waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vastliggen op grond van een Europese richtlijn. Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten binnen de implementatietermijn van een richtlijn wetgeving vast te stellen om een vereist resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving

47 Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, HvJ 19 november 1991, *Jur.* 1991, p. I-5357, no.37, zie ook *AB* 1994, 482 en *NJ* 1994, 2.

48 Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029, zie ook *AB* 1996, 249 (m.nt. F.H. van der Burg).

tot stand moet worden gebracht en zo ja, welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure. Aan het vorige doet niet af dat degene die verplicht is een onrechtmatige toestand op te heffen, daartoe op grond van artikel 3:296 BW door de rechter kan worden veroordeeld en dat deze bepaling ook dit geval bestrijdt, indien ervan wordt uitgegaan dat de Staat verplicht is de onrechtmatige toestand op te heffen die is ontstaan door zijn nalaten de Nitraatrichtlijn te implementeren. Dit artikel voorziet er immers ook in dat onder meer uit deze wet en uit de aard van de verplichting anders kan voortvloeien. Aangenomen moet worden dat gelet op hetgeen hiervoor is overwogen deze uitzondering van toepassing is.⁴⁹

Vervolgens heeft de Hoge Raad de in het Waterpakt-arrest neergelegde lijn dat geen bevel of verbod om wetgeving tot stand te brengen mogelijk is, ook al schrijft het EG-recht voor dat zulke regelgeving tot stand moet komen, doorgetrokken naar regelgeving die tot stand wordt gebracht door lagere regelgevers als Provinciale Staten en de gemeenteraad.⁵⁰ Zelf heb ik eerder uitvoerig kritisch geschreven over deze lijn. In essentie komt mijn kritiek erop neer, dat het argument van 'het primaat van de politiek' mijns inziens niet opgaat, wanneer er rechtens geen vrijheid bestaat om regelgeving met een bepaalde inhoud al dan niet tot stand te brengen (de politiek heeft dan immers niets meer te kiezen) en de rechter in dat geval dus eenvoudig de onrechtmatigheid kan vaststellen van het feit dat dat niet tijdig of niet correct is gebeurd. Ook de vertegenwoordigende lichamen zijn immers aan het recht gebonden en het leven in een Europese rechtsorde brengt met zich dat een deel van de soevereiniteit aan Europa is prijsgegeven. Ook vertegenwoordigende lichamen hebben dan niet meer een keuze of zij richtlijnen tijdig implementeren, maar zijn daartoe gehouden. Ik kan bezwaarlijk inzien dat de rechter, wanneer hij, als hij die gehoudenheid vaststelt en op basis daarvan een verbod of een gebod zou formuleren, buiten zijn boekje zou gaan. Dat neemt niet weg dat ook voor mij het machtscheidingsargument (dat de rechter geen rol heeft om bij wetgeving aan de orde zijnde bestuurlijke en politieke afwegingen te maken, doch die moet overlaten aan gekozen volksvertegenwoordigers) zwaar weegt en ik overal waar beoordelings- en beleidsruimte aan de orde is en waar deze is gegeven aan vertegenwoordigende lichamen met de redenering van de Hoge Raad wil meegaan.⁵¹ Ook de Tilburgse wetenschappers Van Gestel

49 Zie voor het Waterpakt-arrest HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (m.nt. T. Koopmans) en *AB* 2004, 39 (m.nt. Backes).

50 Zie voor het arrest van de Hoge Raad, waarin werd beslist dat dezelfde redenering ook geldt voor lagere regelgeving: HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 en *JB* 2004, 385.

51 Zie J.E.M. Polak, 'Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving?', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2004, 90, p. 168-179.

en Groenhuijsen hebben zich kritisch uitgelaten over de categorische uitsluiting van de mogelijkheid om een bevel of verbod tot wetgeving te geven.⁵² Ook Schutgens concludeert in zijn fraaie recente proefschrift dat de rechter ook een wetgevingsplicht moet kunnen geven bij een voldoende precies omschreven rechtsplicht voor de wetgever.⁵³

De Hoge Raad put zich in het Waterpakt-arrest uit om te wijzen op alle andere: de gehoudenheid van de rechter tot richtlijnconforme interpretatie van bestaande wetgeving en de mogelijkheid om de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding te houden. Die mogelijkheden zijn echter lang niet in alle situaties effectief. Het Waterpakt-arrest geeft daarvan zelf een voorbeeld: als milieu- of natuurorganisaties, zoals in deze zaak, proberen de doorwerking van Europees recht, in casu de Nitraatrichtlijn in Nederland te verzekeren, hebben zij weinig aan een schadevergoedingsmogelijkheid, omdat zij geen op geld waardeerbare schade lijden door de niet-implementatie, terwijl voorts een richtlijnconforme interpretatie van bestaande wetgeving in veel gevallen geen uitkomst zal bieden, omdat bestaande wetgeving daartoe onvoldoende aanknopingspunten biedt. Ook daarvan is de zaak van de Nitraatrichtlijn zelf een voorbeeld.

De Hoge Raad is ook nog ingegaan op de vraag of uit het Europese recht wél een verplichting zou kunnen voortvloeien een zodanig verbod of gebod te geven, maar beantwoordt die vraag onder verwijzing naar de Francovich- en Van Schijndel-jurisprudentie ontkennend. Gelet op deze rechtspraak van de Hoge Raad is een verbod of gebod om wetgeving tot stand te brengen in verband met wat EG-rechtelijk is voorgeschreven dus in ieder geval niet mogelijk, als daaraan een vertegenwoordigend lichaam te pas moet komen. Of datzelfde ook geldt als dat niet nodig is (denk bijvoorbeeld aan een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling) is onduidelijk.⁵⁴

Wel buitenwerkingstelling wet in formele zin mogelijk

Mijns inziens is een buitenwerkingstelling van eenmaal tot stand gekomen nationale regelgeving wel mogelijk wegens strijd met EG-regelgeving. Van

52 R.A.J. van Gestel en M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven of toch...?', *NJB* 2006, 1573, p. 2050-2056. Veel van de door hen genoemde argumenten, waarnaar ik thans kortheidshalve verwijs, en ook hun genuanceerde benadering spreken mij aan. Minder overtuigd ben ik van hun argument, dat het feit, dat het bevel mogelijk een grondslag kan bieden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid, een zelfstandig argument kan vormen tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad, nu zoals uit het hiervoor gestelde bleek, er al een zelfstandige mogelijkheid bestaat tot schadevergoeding, ingeval van niet of niet tijdig implementeren, op welke mogelijkheid de Hoge Raad in het Waterpakt-arrest expliciet wijst: daarvoor is het bevel dus niet nodig.

53 Zie de noot 45 in genoemde dissertatie, hoofdstuk 15.

54 In mijn genoemde bijdrage in *O&A* heb ik gewezen op lagere rechtspraak die zulks ten principale wel mogelijk maakt, doch er aan toegevoegd dat deze dateert van voor de hiervoor besproken recente arresten van de HR van 21 maart 2003 en 1 oktober 2004, zodat onzeker is hoe daar thans over moet worden gedacht.

lagere regelgeving dan wetgeving in formele zin staat dat buiten kijf sinds de bekende arresten van 1 juli 1983, waarbij in ministeriële regelingen vervatte prijsmaatregelen ter regulering van de inkomens van medische specialisten en notarissen buiten werking werden gesteld wegens strijd met doel en strekking van de Prijzenwet⁵⁵ (maar datzelfde is uiteraard denkbaar bij strijd met EG-recht). Daarbij geldt wel dat dat in kort geding alleen kan, als er sprake is van onmiskenbare onrechtmatigheid, een criterium dat ongeveer hetzelfde is als dat het HvJ hanteert, wanneer het in aansprakelijkheidskwesties de eis van ‘de klaarblijkelijke schending’ stelt. De buitenwerkingstelling geldt formeel alleen tussen partijen, maar heeft materieel mijns inziens hetzelfde effect als een schorsing van de gewraakte regelgeving.⁵⁶ Hoewel een buitenwerkingstelling van een wet in formele zin volgens mij nog nooit is uitgesproken, zie ik gelet op deze rechtspraak ten aanzien van lagere regelgeving niet goed dat deze voorziening ondenkbaar is; wel is zij, zolang in Nederland het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet geldt, slechts denkbaar bij strijd met EG-recht of andere rechtstreeks werkende bepalingen uit internationale verdragen.⁵⁷ Ook een verklaring voor recht dat eenmaal tot stand gekomen regelgeving in strijd is met EG-recht is mijns inziens mogelijk (niet in kort geding, want daarin kan geen declaratoir worden gevraagd!). Ook hier geldt dat dat mijn inziens ook geldt voor wetgeving in formele zin. In het genoemde arrest over de Wet Herstructurering Varkenshouderij werden een verklaring voor recht en een buitenwerkingstelling gevorderd. Weliswaar zijn deze vorderingen niet toegewezen, maar dat gebeurde op basis van een materiële beoordeling van die vorderingen (er werd grosso modo geen strijd met EG-recht en EVRM aanwezig geacht), maar *niet* omdat toewijzing rechtens niet mogelijk zou zijn.⁵⁸

Concluderend kan worden gesteld dat bij vorderingen gericht tegen wetgeving in formele zin zowel het EVRM als het EG-recht de ankers zijn, waarvan de rechtsbescherming tegen die wetgeving het moet hebben en de doorwerking van die verdragen de ontwikkeling van het overheidsaansprakelijkheidsrecht inspireren, maar dat de oogst van geslaagde acties in Nederland zeer beperkt is.

55 HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 en 361.

56 Zie over deze problematiek R.J.B. Schutgens, ‘Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring. Naar een stelsel van materiële vernietiging’, *RM Themis* 2006, nr. 3 (juni), p. 96-105 en J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?*, diss. Amsterdam 1999, p. 41 e.v.

57 Zie in dit verband HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469, Harmonisatiewet-arrest.

58 HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25 en *NJ* 2002, 469.

6 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR FEITELIJK HANDELEN

Zoals wij in ons nationale systeem van rechtsbescherming de burgerlijke rechter nodig hebben als vangnet in situaties van feitelijk onrechtmatig handelen, zo staat die weg uiteraard ten principale ook open wanneer het betreffende feitelijk handelen, bestaat uit handelen in strijd met EG-recht. In deze bijdrage wordt deze restcategorie, die zeer omvangrijk is, slechts kort aangestipt. Een goed voorbeeld van de hier vervulde vangnetfunctie biedt de rechtspraak van de burgerlijke rechter met betrekking tot de vraag of de Europese aanbestedingsregels bij een overheidsaanbesteding worden nageleefd, waarop bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2005 betrekking heeft.⁵⁹ Daarin ziet men hoe de Hoge Raad toetst of de overheid de aan het Europese aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen van gelijkheid en transparantie in acht heeft genomen.⁶⁰ In een arrest van de Hoge Raad in een geschil tussen de Vereniging Bergers Belangen e.a. tegen de Staat der Nederlanden⁶¹ was onder meer aan de orde of de richtlijn Aanbesteding Diensten in acht was genomen en of de Staat, ook al is die in feite geen opdrachtgever van bepaalde activiteiten, niettemin zou moeten gelden als aanbestedende dienst ter zake van een overheidsopdracht. Uit het arrest van het HvJ van 15 januari 1998 leidt de Hoge Raad af dat een functionele uitleg van het begrip 'Staat' moet worden gevolgd.⁶² Een opvatting die verwantschap vertoont met de bestuursrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot het begrip 'bestuursorgaan' van artikel 1:1, lid 1, sub b van de Algemene wet bestuursrecht.

Ook hier ziet men overigens wel betogen waarin wordt voorgesteld om beslissingen in het kader van overheidsaanbestedingen onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen, waardoor de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter bij de effectieve uitvoering van het Europese recht weer wat zou worden teruggedrongen.⁶³

In het voor al degenen, die zich op het terrein van het Europees recht meer leerling dan leermeester voelen (zoals ook schrijver dezes), nuttige boek 'Inleiding tot het Europees bestuursrecht' wordt erop gewezen dat in de categorie van aansprakelijkheid voor feitelijk handelen naar alle waarschijnlijkheid nóg een subcategorie verscholen ligt, te weten de lidstaataansprakelijkheid voor situaties waarin particulieren handelen op een wijze die de verwezenlijking van de doelstellingen van het gemeenschapsrecht belemmert.⁶⁴

59 NJ 2006, 204, m.nt. M.R. Mok.

60 Zie het arrest van het EG-Hof van 29 april 2004, zaak C-496/99.

61 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 97 m.nt. M.R. Mok.

62 Zaak C-44/96 (Mannesmann).

63 Zie J.R. van Angeren en D.C. Orobio de Castro, 'Een voorstel om toetsing van gunningsbeslissingen bij de bestuursrechter onder te brengen', BR 2000/0804.

64 Zie p. 371 van *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2^e druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2002. Daarbij wordt gewezen op de uitspraak van het Hof in de Spaanse aardbeienzaak (zaak C-265/95, Jur. 1979, p. I-6959: omdat Frankrijk niet alle noodzakelijke maatregelen

EVRM sterk in art. 6:162 BW ingebed

En dan het EVRM: in vele puur nationale onrechtmatige daadzaken over feitelijk overheidshandelen worden de maatstaven of er onrechtmatig is gehandeld bepaald aan de hand van het EVRM. Ik loop enkele zaken langs, aan de hand waarvan dit kan worden geïllustreerd. De rechter beantwoordt de vraag of de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de bewoners van een appartementencomplex door inrichting en ingebruikgeving van een appartement als extra beveiligde woning aan Hirsi Ali geheel en al aan de hand van de vraag welke bescherming de bewoners aan artikel 8 van het EVRM (het recht op privé en familieleven) kunnen ontlenen. Daarbij gaat hij ook na of lid 2, voor zover sprake is van een inbreuk op dat recht, aan de Staat de mogelijkheid geeft om daarop inbreuk te maken. De Hoge Raad casseert het arrest van het Haagse Hof dat impliceerde dat iedere kleine kans op een aanslag voldoende zou zijn om een objectieve gerechtvaardigde angst te doen ontstaan en daarmee een inbreuk op artikel 8 EVRM zou inhouden, omdat artikel 8 volgens de Hoge Raad een dergelijk vergaande bescherming niet geeft. Ook casseerde de Hoge Raad het oordeel van het Haagse Hof dat de veronderstelde inbreuk niet bij wet zou zijn voorzien, nu niet alleen de artikelen 3:84, 3:98 en 5:106, lid 4 BW een toereikende grondslag vormen, maar ook de Politiewet 1993 en het daarop gebaseerde en afgewogen stelsel van bewaken en beveiligen in inbreuken op de in art. 8 EVRM neergelegde rechten voorzien. Niettemin kunnen bewoners aan artikel 8 in een zaak als deze wel bescherming ontlenen. De feitenrechter zal nader onderzoek moeten doen aan de hand van de vraag of de Staat in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de dreiging aan de ene kant en de getroffen maatregelen aan de andere kant van dien aard zijn, dat het gebruik van de extra beveiligde woning met het oog op de risico's voor de omwonenden verantwoord is, waarbij op de Staat een stelplicht rust.⁶⁵ Deze afwegingsnorm doet denken aan de wijze waarop de Hoge Raad sinds 1919 met Lindenbaum-Cohen het onrechtmatige daadsrecht heeft ontwikkeld in het kader van de norm van de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, maar dan thans voor de overheid via een internationale norm (8 EVRM) die via 94 Grondwet in onze rechtsorde als een wettelijke norm is verankerd.

Deze wijze van EVRM-inkleuring van de onrechtmatige daadnormen van 6:162 BW staat bepaald niet alleen. Van de vele andere gevallen waarbij de vraag of de overheid onrechtmatig heeft gehandeld vrijwel geheel wordt beheerst door de beantwoording van de vraag in hoeverre er sprake is van schending van het EVRM, noem ik twee exact een jaar na elkaar gewezen arresten van 21 december 2006, resp. 2007. In het arrest van 21 december 2006

had genomen om te verhinderen dat actievoerende particulieren het vrije verkeer van groente en fruit belemmerden, werd het veroordeeld wegens schending van artikel 28 in verbinding met artikel 10 EG.

⁶⁵ HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 3, m.nt. E.A. Alkema.

gaat het om de vraag of de door de Staat getroffen gelimiteerde voorziening voor gehandicaptenvervoer in overeenstemming is met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM en de artikelen 8 en 14 (het discriminatieverbod). Het arrest laat zien dat de afdwingbaarheid van sociale grondrechten in de praktijk lastig is, al wordt in de doctrine de tegenstelling tussen sociale en klassieke grondrechten principieel verworpen, zoals Alkema aangeeft.⁶⁶ In het arrest van 21 december 2007 ging het om de vraag hoe lang het verblijf van een tbs-veroordeelde in een huis van bewaring in afwachting van een plaatsing in een tbs-inrichting aanvaardbaar is. In een door zo'n tbs-veroordeelde op grond van onrechtmatige daad ingestelde vordering tot vergoeding van immateriële schade, geleden doordat hij eerst na een onaanvaardbare lange tijd nadat de tbs was ingegaan in een tbs-kliniek was geplaatst, wordt geheel en al beantwoord aan de hand van een interpretatie van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 5 van het EVRM (dat waarborgen geeft bij vrijheidsbeneming). Zoals Alkema in zijn noot aangeeft laat de Hoge Raad zich leiden door twee op dezelfde dag, 11 mei 2004, gewezen arresten van het EHRM en bevestigt het oordeel van het Haagse Hof dat de toelaatbare wachttijd in een geval als dit ten hoogste vier maanden bedraagt.⁶⁷

Dat het brede leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad in belangrijke mate door de interpretatie van het EVRM wordt beheerst, blijkt ook uit de wijze waarop een sterk in opkomst zijnd onderwerp als dat van de 'naming and shaming' wordt benaderd. Te wijzen valt op het arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2007 in de zogenaamde Clifonds-affaire.⁶⁸ De Hoge Raad overweegt dat in een geval in verband met een strafzaak door het Openbaar Ministerie publiekelijk mededelingen zijn gedaan voor de gewezen verdachte de mogelijkheid bestaat tot schadevergoeding op de grondslag van onrechtmatige overheidsdaad onder meer indien het gewraakte optreden van het Openbaar Ministerie een inbreuk vormt op het door artikel 6, lid 2 van het EVRM gewaarborgde recht dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden, totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Gelet op de rechtspraak van het EHRM, zoals deze bevestiging heeft gevonden in de Aanbeveling aan de lidstaten van het comité van ministers van de Raad van Europa met betrekking tot het verstrekken van informatie via media in verband met strafzaken van 10 juli 2003 en nadere regeling heeft gevonden in de desbetreffende Richtlijnen van het College van Procureurs-generaal, is van zo'n inbreuk sprake indien die mededelingen wat betreft de inhoud van de informatie en de toonzetting niet voldoen aan de terughoudendheid en

66 NJ 2007, 292, m.nt. E.A. Alkema.

67 NJ 2008, 242, m.nt. E.A. Alkema. Zie voor de arresten van 11 mei 2004, NJ 2005, 57, m.nt. PMe.

68 NJ 2007, 505, m.nt. E.A. Alkema. Zie recent uitgebreid: F.C.M.A. Michiels, 'Aansprakelijkheid bij naming&shaming', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2008, 74, p. 190-199, die ingaat op vorderingen op grond van onrechtmatige overheidsdaad in verband met naming and shaming.

zakelijkheid in de berichtgeving die in het licht van de bepaling van artikel 6, lid 2, EVRM – mede gelet op de uitwerking daarvan in genoemde Richtlijnen – onder de gegeven omstandigheden van het Openbaar Ministerie werd gevegd. Ook dit arrest biedt aldus een mooi voorbeeld van de wijze waarop een vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad wordt beslist aan de hand van het EVRM, in dit geval het tweede lid van artikel 6, waarbij de daarin neergelegde onschuldpresumptie in specifiekere regels voor gevallen van naming and shaming in nadere regels is uitgewerkt

7 EVALUATIE

In mijn studietijd in de jaren '70 van de vorige eeuw was de zuiver nationaal-rechtelijke vraag actueel of de burgerlijke rechter bij een vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad het gewraakte overheidshandelen rechtstreeks mocht toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er was nogal wat lagere rechtspraak, die die vraag bevestigend beantwoordde, maar de Hoge Raad hield lang vol dat bij een vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad slechts indirect aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zou mogen worden getoetst door dat te doen in het kader van de vraag of de overheid in strijd had gehandeld met het verbod van willekeur. Wie thans, 30 jaar later, de balans opmaakt kan zich niet aan de indruk onttrekken dat de praktische betekenis van dat vraagstuk minder groot was dan toen leek. Jazeker, de Hoge Raad is uiteindelijk met de lagere rechtspraak meegegaan en heeft aanvaard dat rechtstreeks kan worden getoetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁹ In lijn daarmee is aanvaard, dat iedere vernietiging door de bestuursrechter van een overheidsbesluit, ook als dat gebeurt op grond van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, impliceert dat is voldaan aan het onrechtmatigheidsvereiste als een van de vereisten van artikel 6:162 BW.⁷⁰ Wij hebben evenwel vervolgens wat ons nationale aansprakelijkheidsrecht betreft ontwikkelingen gezien op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid die de betekenis van deze ontwikkeling relativeert. Vooral de leer van de formele rechtskracht en de invulling van het causaliteitsvereiste bij onrechtmatige daad verhinderen in nogal wat gevallen dat een schending van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur tot schadevergoeding verplicht, want als wel een rechtmatig besluit genomen had kunnen worden is door dat gebrek veelal geen schade geleden.⁷¹ Recentelijk zien we in het kader

69 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727, m.nt. M. Scheltema.

70 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112, m.nt. C.J.H. Brunner.

71 Zie voor een recent voorbeeld van de harde lijn van de toepassing van de leer van de formele rechtskracht op primaire besluiten: HR 19 december 2008, *AB* 2008, 270 (van Veen). In vergelijkbare gevallen hanteert de Afdeling meer een beperking van aansprakelijkheid van de overheid op grond van het causaliteitscriterium: Afdeling bestuursrechtspraak 15 december 2004, *AB* 2005, 54, m.nt. De Gier. Zie over deze uiteenlopende benaderingen:

van de overheidsaansprakelijkheid, dat ook een opleving van de betekenis van het relativiteitsvereiste in een aantal gevallen de aansprakelijkheid van de overheid verhindert.⁷² Zo zou je al met al kunnen zeggen, dat we in de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw ontwikkelingen zagen op gronden, ontleend aan het nationale recht, die een zeer ruime mate van overheidsaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige overheidsdaad leken te gaan inhouden. Die ontwikkelingen hebben niet doorgezet en zijn in de praktijk in feite deels teruggedraaid door de wijze waarop de leer van de formele rechtskracht en de vereisten van causaliteit en relativiteit worden ingevuld.⁷³

Is de ontwikkeling van nationale criteria, waaraan het overheidshandelen bij de overheidsaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wordt getoetst, in de afgelopen decennia enigszins gestagneerd, daar staat tegenover dat de betekenis van het EVRM en het EG-recht voor de overheidsaansprakelijkheid enorm is gegroeid, zo is in deze bijdrage geïllustreerd zonder dat gezegd kan worden dat de rechtspraak op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid het beeld oproept dat de rechter daarbij over het geheel genomen erg activistisch te werk gaat.

De bestuursrechter is misschien nog het meest activistisch bij trage rechtspraak door (met als kapstok artikel 6 EVRM, doch in feite als wetgever plaatsvervanger) een nogal compleet systeem van regels uit te vaardigen, dat inmiddels (met als kapstok het nationale rechtszekerheidsbeginsel) ook buiten het door artikel 6 EVRM bestreken terrein van het vreemdelingenrecht wordt toegepast.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van de overheid voor appellabele besluiten is de 'bijdrage' van Europees recht natuurlijk in de eerste plaats daarin gelegen dat de kans dat een overheidsbesluit onrechtmatig is veel groter is geworden door de mogelijkheid dat die besluiten op Europeesrechtelijke gronden door de bestuursrechter worden vernietigd, waarna een aansprakelijkheidszaak kan volgen. Daarnaast is voor het terrein van de aansprakelijkheid voor besluiten van belang dat de onverkorte houdbaarheid van het leerstuk van de formele rechtskracht door het Europese recht serieus onder druk staat. Niet zonder grond wordt bepleit om de leer in te ruilen voor de ook door het

B.P.M. van Ravels, 'Kroniek schadevergoeding', *NTB* 2009, 29, i.h.b. p.207/208. Vergelijk echter ook HR 1 april 2005, *JB* 2005, 136.

72 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (Duwbak Linda), m.nt. J. Hijma en HR 13 april 2007, *AB* 2008, 16 (Iranse sterilisatieassistentie). Ruimhartiger voor de burger is ABRvS 24 december 2008, zie noot 6.

73 Nationaalrechtelijk staat tegenover de wat stagnerende ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad, dat het terrein van de schadevergoeding bij rechtmatige daad ('nadeelcompensatie') in de praktijk in de laatste decennia tot bloei is gekomen. Schadevergoeding wordt thans kwantitatief betrekkelijk vaak langs die weg verkregen, niet zelden zonder dat daarover hoeft te worden geprocedeerd. Soms wordt daarbij de term 'smeerolie' gebruikt: als de overheid een infrastructureel werk wil realiseren, wordt veelal met benadeelden tot overeenstemming gekomen over compensatie van dat nadeel teneinde procedures en vertragingen te voorkomen.

HvJ gevolgd lijn van de schadebeperkingsplicht. Dan kan een meer genuanceerde benadering worden gevolgd dan bij toepassing van de leer van de formele rechtskracht die met zich brengt dat bij het niet volgen van de bestuursrechtelijke weg de kans op een succes bij een aansprakelijkheidszaak verkeken is, uitzonderingen daargelaten. In dit stuk is bepleit die uitzonderingen 'Europa conform' uit te leggen, zodat de leer van de formele rechtskracht als zondanig niet hoeft te worden afgeschaft.

Ook op het terrein van de onrechtmatige rechtspraak staat de terughoudende koers van de Hoge Raad uit 1971 door rechtspraak van het HvJ onder druk, al heeft dat voorshands vooral principieel en praktisch nog niet of nauwelijks betekenis.

Aldus zien wij juist op terreinen van het overheidsaansprakelijkheidsrecht waarop de rechtsontwikkeling halt leek te houden (onrechtmatige rechtspraak, formele rechtskracht) of waarop er een maatschappelijke behoefte is aan wijziging (te lange rechterlijke procedures), dat de inbedding van Europese normen in onze rechtsorde de mogelijkheid biedt bestaande lijnen van de rechtspraak te nuanceren of zelfs nieuwe wegen in te slaan.