

A.G.A. Nijmeijer¹

29 | De vrijwarende werking van vergunningen

De bestuurlijke belangenafweging als scharnierpunt tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over een onderwerp op het snijvlak van het bestuursrecht en het civiele recht, namelijk de vraag in hoeverre het gebruikmaken van een door een bestuursorgaan verleende vergunning kan leiden tot een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW. In het bijzonder omdat door het gebruik maken van de vergunning, onrechtmatige hinder voor derden ontstaat.

Ten aanzien van die vraag heeft de Hoge Raad een aantal koersbepalende arresten gewezen. Deze worden in de volgende paragraaf besproken. De bevindingen worden in paragraaf 3 gerelateerd aan het specialiteitsbeginsel en in paragraaf 4 wordt ingezoomd op een bijzonder type vergunning, namelijk de omgevingsvergunning voor bouwen. In die paragraaf komt onder meer de ‘reflexwerking’ van het bestemmingsplan aan bod. Paragraaf 5 behandelt de vraag in hoeverre de koers die de Hoge Raad heeft uitgezet ten aanzien van de vrijwarende werking van vergunningen, verenigbaar is met het leerstuk van de formele rechtskracht. In paragraaf 6 wordt het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste bij de beschouwingen betrokken en wordt verdedigd dat de koers van de Hoge Raad, waar het de relevantie van een bestuursrechtelijk beroep betreft, door de werking van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste enige nuancering behoeft. Paragraaf 7 bevat de conclusies.

2. De vergunning en de onrechtmatige daad

Het klassieke arrest waarin de Hoge Raad voor de vraag werd gesteld in hoeverre een vergunning vrijwaart tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, betreft HR 10 maart 1972, beter bekend onder de naam van de partijen in die zaak: Vermeulen/Lekkerkerker.² Het betrof de vraag in hoeverre het gebruik maken van een vergunning die was verleend op grond van de toenmalige Hinderwet (vergelijkbaar met een omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1 lid 1 onder e van de huidige Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna:

¹ Tonny Nijmeijer is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder omgevingsrecht, aan de Radboud Universiteit te Nijmegen en is tevens verbonden aan Hekkelman Advocaten te Nijmegen.

² HR 10 maart 1972, *NJ* 1972/278, m.nt. GJS en *AB* 1972/193, m.nt. St. Dit was overigens niet het eerste arrest waarin deze rechtsvraag aan de orde kwam. Dat was HR 14 juni 1963, *NJ* 1963/82, m.nt. JHB (*EZH/Bailey*).

Wabo)) kon leiden tot een onrechtmatige daad jegens omwonenden. De vergunning was verleend aan Vermeulen ten behoeve van het storten van huishoudelijk afval waarmee een waterplas werd gedempt. Die activiteit trok vogels aan waardoor schade aan fruitbomen ontstond. De eigenaar van de boomgaard – Lekkerkerker – stelde Vermeulen voor die schade aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Vermeulen stelde dat van enige onrechtmatigheid geen sprake kon zijn omdat hij zich keurig aan zijn vergunning hield. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hebben van een vergunning niet zonder meer uitsluit, dat het gebruikmaken van die vergunning een onrechtmatige daad jegens derden oplevert:

‘(...) het antwoord op de vraag of en in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de hem verstrekte vergunning handelt, doch daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, hangt [...] af van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval;

dat de Hinderwet ten doel heeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat door de oprichting, het in werking brengen, het in werking houden, de uitbreiding of de wijziging van inrichtingen, als in die wet bedoeld, daarbuiten gevaar, schade aan eigendommen, aan bedrijven of aan de gezondheid of hinder van ernstige aard zal worden ondervonden en die wet daarom de oprichting, het in werking brengen, het in werking houden, de uitbreiding of de wijziging van dergelijke inrichtingen bindt aan een vergunning, welke door de daartoe bevoegde instantie ingevolge artikel 13 van die wet wordt geweigerd, indien vaststaat of met reden te vrezen is dat van die inrichtingen zodanig gevaar, schade of hinder zal worden ondervonden, en daaraan niet door het stellen van voorwaarden tegemoet kan worden gekomen;

dat de regeling van die wet echter, anders dan in het onderdeel wordt gesteld, niet meebrengt dat daardoor de omvang van de rechten van de eigenaren van naburige percelen in die zin zou worden beperkt dat deze eigenaren schade of hinder van zodanige aard dat zij deze in het algemeen niet behoeven te dulden, wel zouden moeten verdragen van iemand die voor het handelen dat die schade of hinder veroorzaakte, een Hinderwetvergunning had gekregen; dat het verkregen zijn van zo'n vergunning degenen die overeenkomstig die vergunning handelt, dan ook niet vrijwaart voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; (...)

De invloed die een verleende vergunning heeft op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig die vergunning handelt maar die daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, hangt dus af van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de publiekrechtelijke regeling waarop de desbetreffende vergunning is gebaseerd. Op die wijze wordt het in de publiekrechtelijke besluitvorming te hanteren belangenkader

ook voor de burgerlijke rechter ten volle relevant.³ Ik ga hier in de volgende paragraaf nader op in. Wat betreft de relevantie van een bestuursrechtelijk beroep dat tegen de verleende vergunning kan zijn ingesteld, overwoog de Hoge Raad bovendien:

‘ [...] dat dit niet anders is, indien door een eigenaar als hiervoor bedoeld tegen het verlenen van de vergunning tevoren bezwaren zijn ingebracht maar deze bezwaren zijn verworpen’.

Een dergelijk (absoluut) standpunt reduceert de betekenis van een bestuursrechtelijk oordeel over de rechtmatigheid van een verleende vergunning, in het kader van de civielrechtelijke beoordeling van een eventuele aansprakelijkheid door het gebruik maken van die vergunning, tot nul. Dat zou betekenen dat een vergunninghouder er nimmer vanuit mag gaan dat hij van zijn vergunning – die nota bene bij de bestuursrechter in stand is gebleven – gebruik mag maken. In een later arrest wordt de relatie tussen het oordeel van de bestuursrechter en een beoordeling in civilibus van de eventuele onrechtmatige daad die ontstaat door het gebruik van een vergunning, genuanceerd.

In HR 17 januari 1997⁴ waarin een stichting en een aantal natuurlijke personen wilden voorkomen dat door Covra gebruik werd gemaakt van een vergunning die op grond van de Kernenergiewet was verleend ten behoeve van een inrichting voor massale en semi-permanente opslag van radioactief afval te Borssele, overwoog de Hoge Raad:

‘ Bij de beoordeling van de middelen moet het volgende worden vooropgesteld. Het onderhavige geval kenmerkt zich hierdoor dat: (a) de Stichting en een aantal anderen op de voet van de toenmalige Tijdelijke wet Kroongeschillen tegen (...) vermelde vergunning bij de Afdeling beroep hebben ingesteld (...). In een zodanig geval moet uitgangspunt zijn dat een doelmatige verdeling van de werkzaamheden tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, waarbij in het bijzonder gewicht toekomt aan het vermijden van tegenstrijdige uitspraken, meebrengt dat het geding voor de burgerlijke rechter enkel kan betreffen de vraag of aan de vergunninghouder, wanneer hij zich gedraagt overeenkomstig de vergunning en de daaraan verbonden voorschriften, niettemin voorzieningen als hier gevorderd kunnen worden opgelegd. Daarbij heeft te gelden dat de vergunninghouder zich in beginsel op het standpunt mag stellen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat geen plaats is voor voorzieningen als in dit geding gevorderd, zolang hij overeenkomstig de vergunning handelt, maar dat dit anders zal kunnen zijn op grond van bijzondere omstandigheden, waarvan in het onderhavige geding evenwel niet is gebleken. Dit uitgangspunt brengt mee dat de Stichting, die bij de bestuursrechter tegen de vergunning beroep heeft in-

³ In gelijkkluidende zin o.a. HR 28 februari 1975, *NJ* 1975/423 (Parochiehuis Woerden).

⁴ *NJ* 1998/656 (Stichting Miljoenen Zijn Tegen/Covra).

gesteld, in de procedure voor de burgerlijke rechter haar vorderingen ter zake van voormelde voorzieningen niet kan doen steunen op gronden die in de beroepsprocedure aan de orde zijn gesteld of hadden kunnen worden gesteld. In het bijzonder kan zij in dit geding voor de burgerlijke rechter zich niet erop beroepen dat de overeenkomstig de wet in aanmerking komende belangen op onjuiste wijze zijn afgewogen. Voor zover de door de Stichting ingestelde vorderingen beogen in dit geding tot gelding te doen brengen dat Covra, ofschoon zij zich gedraagt overeenkomstig de vergunning en de daaraan verbonden voorschriften, zich niettemin van die gedragingen behoort te onthouden, zolang zij bij haar werkzaamheden niet de door de Stichting geformuleerde regels in acht neemt, komen zij derhalve niet voor toewijzing in aanmerking. De middelen van de Stichting die zich richten tegen de desbetreffende oordelen van het Hof, zijn dus tevergeefs voorgesteld.’

Het is met name deze laatste rechtsoverweging die in het licht van het sinds 1 januari 2013 in het bestuursrecht geldende relativiteitsvereiste, naar mijn idee bijstelling behoeft. Ik kom daarop in paragraaf 5 terug. Op deze plaats kan worden volstaan met de vaststelling dat de vergunninghouder er blijkens dit arrest – en in tegenstelling tot hetgeen in Vermeulen/Lekkerkerker werd overwogen – in het algemeen op mag vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en dat de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door het bestuursorgaan volledig en op juiste wijze zijn afgewogen. Uitgangspunt is volgens de Hoge Raad, dat de vergunninghouder gerechtigd is om van zijn vergunning gebruik te maken en dat hij niet onrechtmatig jegens derden kan handelen zolang zijn gedragingen binnen de reikwijdte van de verleende vergunning blijven. Een en ander behoudens ‘bijzondere omstandigheden’, maar wat daaronder in deze context moet worden verstaan, laat de Hoge Raad (helaas) in het midden.

3. De vrijwarende werking in relatie tot het specialiteitsbeginsel

De mate waarin een vergunning vrijwaart tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, is blijkens de hiervoor besproken arresten dus afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre de belangen waarvan in civilibus door derden bescherming wordt gevraagd, bij de verlening van de vergunning door het bestuursorgaan zijn afgewogen óf behoren te zijn afgewogen. Van belangen die bij de beslissing op de vergunningverlening behoren te zijn afgewogen en die niet aan verlening van de vergunning in de weg hebben gestaan, kan in civilibus niet worden gesteld dat zij op onrechtmatige wijze worden geschaad als van de vergunning gebruik wordt gemaakt. De beoordeling van de vrijwarende werking van de vergunning door de burgerlijke rechter, is aldus verknoopt met het

specialiteitsbeginsel zoals dat in het bestuursrecht bekend is en is neergelegd in artikel 3:4, eerste lid van de Awb.⁵

Deze samenloop manifesteert zich in een recenter arrest van de Hoge Raad, te weten de zaak Ludlage/Van Paradijs. Stond in Vermeulen/Lekkerkerker een Hinderwetvergunning centraal, in Ludlage/Van Paradijs gaat het om een bouwvergunning.⁶ De zaak speelt weliswaar onder vigeur van het recht dat gold vóór de inwerkingtreding van de Wabo, maar de rechtsoverwegingen zijn voor het huidige recht onverminderd relevant. Het toetsingskader voor de vergunning is met de inwerkingtreding van de Wabo (1 oktober 2010) ten opzichte van de voordien geldende Woningwet namelijk niet inhoudelijk gewijzigd. De grondslag voor de bouwvergunning was gelegen in artikel 40 van de Woningwet (oud). De criteria waaraan een aanvraag om bouwvergunning moest worden getoetst, stonden opgesomd in artikel 44 van de Woningwet (oud). Thans gaat het om artikel 2.1, eerste lid, onder a van de Wabo respectievelijk artikel 2.10, eerste lid van de Wabo.⁷

Wat is er in deze zaak aan de hand? Ludlage en Van Paradijs zijn buren. Aan de achterzijde van hun woningen grenzen de tuinen aan elkaar en op de perceelsgrens is een muur als erfafscheiding geplaatst. Aan Ludlage is een bouwvergunning verleend ten behoeve van een uitbreiding (een serre) aan de achterzijde van zijn woning. Om de serre te kunnen bouwen is de bestaande scheidingsmuur (deels) door Ludlage gesloopt. Van Paradijs stelt dat de uitbreiding van de woning onrechtmatige hinder oplevert ten opzichte van zijn perceel. Het uitzicht van Van Paradijs is verminderd en ook de privacy is afgenomen omdat vanuit de serre op het perceel en in de woning van Van Paradijs kan worden gekeken. Van Paradijs start daarom een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter waarin hij vordert dat Ludlage de serre verwijdert en de gesloopte scheidingsmuur weer opbouwt. Rechtbank en Hof wijzen de vordering van Van Paradijs (deels) toe. Ludlage wordt verplicht om een deel van de inmiddels gerealiseerde serre af te breken. Om dit te voorkomen stelt Ludlage cassatieberoep in.

De Hoge Raad constateert dat het toebrengen van hinder aan Van Paradijs géén belang is geweest dat bij de verlening van de bouwvergunning aan Ludlage is afgewogen. Overwogen wordt (r.o. 3.5.3 e.v.):

‘De Woningwet bevat geen bepaling die zich rechtstreeks keert tegen het zodanig bouwen dat daardoor aan een ander onrechtmatige hinder wordt toegebracht. Evenmin vereist de Woningwet dat regels ter voorkoming van zodanige hinder worden opgenomen in het Bouwbesluit (zie artikel 2), de bouwverordening (zie artikel 8), of in enige andere uitvoeringsregeling. Artikel 44, aanhef en onder c, (oud) bepaalt dat “[d]e bouwvergunning [...] alleen [mag] worden ge-

⁵ Uitgebreid daarover R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu uitgevers 1998, in het bijzonder p. 338.

⁶ HR 21 oktober 2005, *JB* 2005/318.

⁷ Dit toetsingskader wordt ook wel het limitatief-imperatieve stelsel genoemd.

weigerd, indien c. het bouwwerk in strijd is met een bestemmingsplan of de krachtens zodanig plan gestelde eisen. Ook de Wet op de Ruimtelijke Ordening bevat geen bepaling die zich rechtstreeks keert tegen het zodanig bouwen dat daardoor aan een ander onrechtmatige hinder wordt toegebracht. Het belang dat dient te worden nagestreefd met een bestemmingsplan, is het belang van een goede ruimtelijke ordening; zie artikel 10 WRO. Bij het vaststellen van een bestemmingsplan en de daarin opgenomen bebouwingsregeling (bouwvoorschriften) dient de gemeenteraad (onder goedkeuring van gedeputeerde staten) mede een afweging te maken van de onderlinge belangen van de burgers. In dit kader kunnen door de betrokken bestuursorganen ook beslissingen worden genomen over wat naar hun oordeel de ene burger van de andere aan hinder veroorzakende bouw moet aanvaarden, en deze beslissingen kunnen ook in zekere mate via een beroep tegen het goedkeuringsbesluit van gedeputeerde staten ter toetsing aan de bestuursrechter worden voorgelegd. De wet verplicht echter niet tot een zodanige opzet van het bestemmingsplan dat in ieder individueel geval de ene burger de andere geen onrechtmatige hinder kan toebrengen door van de erdoor geboden bouw mogelijkheden gebruik te maken, nog daargelaten dat hinder ook het gevolg kan zijn van oorzaken die buiten het bereik van de planwetgever liggen. Ook de ontstaansgeschiedenis van de WRO biedt voor het aannemen van een zodanige verplichting geen steun. (...) Het vorenoverwogene leidt tot de conclusie dat het belang van het voorkomen van onrechtmatige hinder door het gebruik maken van door een bestemmingsplan toegestane bouw mogelijkheden niet een belang is dat door de wettelijke regeling van het bestemmingsplan wordt nagestreefd zoals hiervóór in 3.5.1 bedoeld.

(...) Dit een en ander neemt evenwel niet weg dat – naar ook uit het in 3.5.3 overwogene volgt – het bestemmingsplan, afhankelijk van de gedetailleerdheid ervan en van de omvang van het onderzoek dat eraan ten grondslag ligt (waarbij het niet slechts gaat om onderzoek vóór de vaststelling, maar ook om onderzoek en beoordeling in het kader van de goedkeuringsprocedure en een eventueel beroep tegen het goedkeuringsbesluit), meer of minder sterke aanwijzingen kan bevatten dat, voorzover het gaat om de elementen die in het bestemmingsplan regeling hebben gevonden, het gebruik maken van de toegestane bouw mogelijkheden naar maatschappelijke opvattingen niet als onrechtmatige hinder is te beschouwen.’

Deze rechtsoverwegingen onderstrepen dat het antwoord op de vraag in hoeverre een vergunning vrijwarende werking heeft tegen een aanspraak op grond van onrechtmatige daad, direct samenhangt met het antwoord op de vraag welke belangen bij de publiekrechtelijke besluitvorming zijn betrokken (of behoren te zijn betrokken) en in welke mate dat is gebeurd. Van Buuren stelt in zijn bespreking van het arrest dan ook dat de Hoge Raad de lijn van Vermeulen/Lekkerkerker heeft voortgezet en dat die lijn ten aanzien van de bouwvergunning alleszins te verdedigen valt.⁸ Hij merkt daarbij op dat bij de verlening van

⁸ P.J.J. van Buuren, ‘De invloed van een (bouw)vergunning op aansprakelijkheid wegens onrechtmatige hinder’, *BR* 2007, p. 89-94 (i.h.b. par. 5). Het arrest is ook

een bouwvergunning strikt genomen geen belangen worden afgewogen. Hij beroept zich op het feit dat artikel 44 Woningwet (oud) dwingend voorschreef wanneer een bouwvergunning moet worden verleend en wanneer de vergunning moet worden geweigerd (ook wel het limitatief-imperatieve stelsel genoemd). Dat is op zichzelf juist. Daar staat echter tegenover dat binnen de toetsingskaders die in het eerste lid van artikel 44 Woningwet (oud) werden genoemd, soms toch enige mate van belangenafweging mogelijk was. De beoordeling door b en w of voor een bouwwerk dat niet voldoet aan redelijke eisen van welstand onder omstandigheden toch een bouwvergunning moet worden verleend, is daarvan een goed voorbeeld.⁹

4. Nuancering koers Ludlage/Van Paradijs

Toch vind ook ik het oordeel van de Hoge Raad, inhoudende dat niet staande kan worden gehouden dat de hinder die de bouw van de serre voor Van Paradijs teweeg zou kunnen brengen bij de verlening van de bouwvergunning is afgewogen, juist. Daarbij neem ik in ogenschouw dat de Hoge Raad zijn conclusie trekt op basis van een beoordeling van de bouwvergunning zoals die in het concrete geval aan Ludlage is verleend. Uit het arrest kan mijns inziens namelijk niet worden afgeleid dat een bouwvergunning *nooit* vrijwarende werking kan hebben. Voorstelbaar is dat geconcludeerd moet worden dat van een civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad geen sprake kan zijn, omdat de verleende bouwvergunning aan aansprakelijkheid in de weg staat.

In het bijzonder het bestemmingsplan kan tot die conclusie aanleiding geven. Het bestemmingsplan vormt een dwingende toetsingsgrond voor bouwaanvragen.¹⁰ Hoewel de Hoge Raad terecht opmerkt dat een bestemmingsplan wordt vastgesteld in het algemeen belang ('een goede ruimtelijke ordening'; zie artikel 3.1 lid 1 Wro), geldt tegelijkertijd dat het bestemmingsplan regels en/of bevoegdheden kan bevatten waarbij wel degelijk de aan burens toe te brengen hinder een af te wegen belang vormt. Het bestemmingsplan in de zaak Ludlage/Van Paradijs bevat een dergelijke bevoegdheid: de bevoegdheid voor b en w om bij de beoordeling van een bouwaanvraag 'nadere eisen' te stellen. Die bevoegdheid heeft tot doel om – gelet op de belangen in een concreet geval – de ruimtelijke activiteit (bijvoorbeeld het bouwen) te 'finetunen'. Een veelvoorkomende nadere eisenbevoegdheid is die waarbij de situering van een bouwwerk ten opzichte van naburige bouwwerken kan worden gereguleerd (naar huidig recht is die bevoegdheid gebaseerd op artikel 3.6 lid 1 onder d Wro).¹¹ Juist de belangen

besproken door A.R. Neerhof, 'Aansprakelijkheden en draagplichten als een vergunninghouder conform de vergunning handelt: wie is de pineut?', *NTBR* 2007, p. 138-148.

⁹ Artikel 44 lid 1 sub d Woningwet (oud), thans artikel 2.10 lid 1 onder d Wabo.

¹⁰ Artikel 2.10 lid 1 onder c Wabo.

¹¹ Daarover uitgebreider P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 7.3. Zie voor een illustratie bijv. ABRvS 15 juli 2015,

van de buren – zoals uitzicht en privacy – kunnen daarbij een af te wegen belang vormen. Als dat zo is en de bouwvergunning wordt verleend nadat op grond van het bestemmingsplan een nadere eis is gesteld, dan kan een actie uit onrechtmatige daad voor zover die strekt ter bescherming van belangen van de buren die ook bij het stellen van de nadere eis zijn meegewogen, mijns inziens niet aan de orde zijn. Bij de verlening van de bouwvergunning aan Ludlage, is van de nadere eisenbevoegdheid overigens door b en w geen gebruik gemaakt.

Vanwege de betekenis die het bestemmingsplan heeft voor de vrijwarende werking van een op dat bestemmingsplan gebaseerde bouwvergunning, spreekt Van Buuren in navolging van Huijgen over de *reflexwerking* van het bestemmingsplan.¹² Die reflexwerking manifesteert zich niet alleen over de band van de nadere eis, maar ook via andersoortige in het bestemmingsplan opgenomen voorschriften. Weliswaar stelt de Hoge Raad dat de vaststelling van een bestemmingsplan er niet toe strekt om te voorkomen dat in ieder individueel geval het veroorzaken van onrechtmatige hinder wordt voorkomen (r.o. 3.5.3), maar soms zijn privaatrechtelijke verhoudingen wel degelijk een specifiek punt van aandacht bij de formulering van de planvoorschriften.¹³ Het gaat dan bijvoorbeeld om het respecteren van erfdiensbaarheden die op naburige percelen rusten. In relatie tot voornoemde reflexwerking verdient opmerking dat in het geval van Ludlage geen vrijstelling van het bestemmingsplan is verleend. Het bouwplan was kennelijk niet in strijd met het bestemmingsplan. Dat is in de praktijk vaak anders. In dat geval kan een omgevingsvergunning voor bouwen alleen worden verleend als ook een omgevingsvergunning wordt verleend voor gebruiken in strijd met het bestemmingsplan.¹⁴ Bij de beoordeling of ten behoeve van een bepaald bouwplan van het bestemmingsplan kan worden afgeweken, moeten volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak alle relevante betrokken belangen worden afgewogen. Tot die belangen behoren ook de belangen van naburige percelen. Als gelet op deze belangen sprake is van een evidente civielrechtelijke belemmering, dan kan zulks aan het afwijken van het bestemmingsplan – en dus aan het realiseren van het bouwplan – in de weg staan. Zo overwoog de Afdeling in haar uitspraak van 17 december 2008 (r.o. 2.4):¹⁵

‘Appellant betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het college niet in redelijkheid vrijstelling heeft kunnen verlenen omdat artikel 37 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) in de weg staat aan realisering van het bouwplan. Appellant stelt dat het bouwplan tot gevolg heeft dat licht en lucht worden

ECLI:NL:RVS:2015:2249, met name r.o. 15 en ABRvS 19 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2649, met name r.o. 8.

¹² W.G. Huijgen, ‘Reflexwerking van vergunningen’, AA 1997, p. 330-336.

¹³ Bijv. ABRvS 27 september 2006, nr. 200601490/1 en ABRvS 27 september 2006, nr. 200506403/1.

¹⁴ Artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo jo artikel 2.12 lid 1 onder a Wabo.

¹⁵ ECLI:NL:RVS:2008:BG7197.

onthouden aan de bijkeuken en toilet waarin de ramen zijn geplaatst. Dit brengt volgens [appellant] tevens mee dat die ruimten niet meer zullen voldoen aan de eisen die het Bouwbesluit 2003 stelt aan ventilatie. Dat sprake is van onrechtmatige hinder in de zin van artikel 37 van Boek 5 van het BW, waarbij de vraag is of het [appellant] geoorloofd is de ramen te hebben binnen een afstand van twee meter van de erfgrans, is niet evident en staat overigens slechts ter beoordeling van de burgerlijke rechter. De rechtbank heeft in de gestelde hinder terecht geen grond gevonden voor het oordeel, dat het college niet in redelijkheid vrijstelling heeft kunnen verlenen. Voor zover juist is dat de bijkeuken en het toilet niet meer voldoen aan ventilatie-eisen van het Bouwbesluit 2003 is dat niet direct het gevolg van de aanbouw, maar van het gebruik van de ramen voor dat doel. Niet valt in te zien dat niet op andere wijze aan die eisen kan worden voldaan. Het bouwplan komt tegemoet aan het belang van [vergunninghouder] bij een zoveel mogelijk gelijkvloers gelegen woonruimte aangezien hij zich wegens een lichamelijke handicap slechts per rolstoel kan verplaatsen. Het door [appellant] gestelde belang is in verhouding daarmee niet zodanig zwaarwegend dat het college niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot het verlenen van vrijstelling.’

Is een omgevingsvergunning verleend in combinatie met een besluit waarbij het bestemmingsplan (deels) opzij is gezet, dan komt in civilibus dus extra gewicht toe aan de rechterlijke beoordeling in welke mate de belangen van derden – of om precies te zijn: het voorkomen van hinder bij derden – door het bestuursorgaan bij de vergunningverlening zijn betrokken. Naast de reflexwerking van het bestemmingsplan komt er dan een ‘extra’ reflexwerking van de omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan bij. Opmerking verdient echter, dat ook in dat geval de vraag of er sprake is van onrechtmatige hinder, voorbehouden blijft aan de burgerlijke rechter.¹⁶

5. Vrijwarende werking en formele rechtskracht

Van Maanen is kritisch over de koers van de Hoge Raad.¹⁷ Hij stelt in zijn noot naar aanleiding van het arrest Ludlage/Van Paradijs dat als niet tijdig bestuursrechtelijke rechtsmiddelen tegen de verlening van een vergunning zijn aangewend, de vergunning onherroepelijk wordt. Volgens Van Maanen kan het niet zo zijn dat de vergunninghouder die binnen de grenzen van een onherroepelijke vergunning blijft, door de burgerlijke rechter wordt verboden om van die vergunning gebruik te maken. De koers van de Hoge Raad laat zich volgens hem moeilijk verenigen met de leer van de formele rechtskracht die inhoudt dat als een publiekrechtelijk besluit onherroepelijk is geworden, in het civiele recht van de rechtmatigheid van dat besluit moet worden uitgegaan.¹⁸

¹⁶ Zie in dit verband bijv. ook ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1584, met name r.o. 8.1 en ABRvS 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2600, met name r.o. 5.2.

¹⁷ JB 2005/318.

¹⁸ O.a. HR 31 mei 1991, NJ 1993/112, AB 1992/290 (Van Gog/Nederweert).

Van der Grinten ziet het anders. In zijn noot onder ABRvS 22 februari 2006¹⁹ stelt hij dat als in het civiele recht een evidente belemmering is gelegen voor het gebruik van de vergunning, de verlening van de vergunning de privaatrechtelijke rechtsverhouding per definitie niet kan schaden. De vergunninghouder heeft in dat geval immers toestemming nodig van de rechthebbende om de vergunde activiteit te kunnen verrichten. Volgens Van der Grinten speelt het vraagstuk of en in hoeverre een vergunning van invloed is op of zelfs vrijwaart voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in dat geval niet, omdat buiten iedere discussie staat dat de vergunning de rechtsinbreuk die de vergunninghouder door voornoemde handelingen zou veroorzaken, niet rechtvaardigt. Als er geen (andere) redenen zijn om de vergunning te weigeren, zou die moeten worden verleend en kan het verder aan de vergunninghouder en de betrokken derde worden overgelaten hoe zij hun onderlinge rechtsverhouding inkleden. Dat zou de zuiverheid van de publiekrechtelijke belangenafweging ten goede komen. Als de wettelijke regeling echter een afweging van privaatrechtelijke belangen toelaat, dan zou de bestuurlijke belangenafweging er op gericht moeten zijn om allerlei vormen van hinder die derden van de vergunde activiteit kunnen ondervinden, zoveel mogelijk te voorkomen, aldus Van der Grinten.

Een probleem dat bij navolging van de visie van Van der Grinten overeind blijft, is dat bij een niet-gebonden beschikking op voorhand dikwijls niet duidelijk zal zijn in welke mate bij de publiekrechtelijke besluitvorming de belangen van derden zijn afgewogen en in hoeverre het publiekrechtelijke besluit – gegeven de koers van de Hoge Raad ter zake – van invloed is op een eventuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Daarmee komt het standpunt van Van Maanen weer in beeld, die in wezen betoogt dat een onherroepelijke vergunning absoluut zou moeten vrijwaren tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zolang de gedragingen van vergunninghouder kunnen worden geacht te blijven binnen de reikwijdte van de verleende vergunning.

Naar mijn mening staat het leerstuk van de formele rechtskracht niet in de weg aan handhaving van de koers die de Hoge Raad met (onder meer) Vermeulen/Lekkerkerker en Ludlage/Van Paradijs heeft uitgezet. Volgens mij kan de aanname in *civilibus* dat een besluit rechtmatig is, uit de aard der zaak namelijk alleen betrekking hebben op de belangen die bij de besluitvorming door het bestuursorgaan zijn afgewogen of behoren te zijn afgewogen. Ten aanzien van zaken die – gelet op de publiekrechtelijke grondslag van de vergunning, het daarmee samenhangende specialiteitsbeginsel én artikel 3:4 eerste lid van de Awb – niet bij de besluitvorming kunnen zijn betrokken, kan immers niet de hypothese worden volgehouden dat de bestuurlijke besluitvorming rechtmatig is geweest. Dat valt zelfs niet ‘in theorie’ vol te houden door uit te gaan van formele rechtskracht; de formele rechtskracht kan logischerwijs niet verder strekken dan de buitengrenzen van een besluit. Voor zover civielrechtelijke aspecten niet bij de

¹⁹ AB 2007/165.

publiekrechtelijke besluitvorming zijn betrokken en ook niet betrokken hadden moeten worden, kan de formele rechtskracht mijns inziens dan ook geen beletsel zijn om vanwege die civielrechtelijke aspecten het gebruik maken van de vergunning onrechtmatig te achten. De oordeelsvorming op dat punt blijft voorbehouden aan de burgerlijke rechter, maar als de desbetreffende vergunning object is geweest van een bestuursrechtelijk geding, dan vormen de overwegingen van de bestuursrechter wel belangrijke piketpalen voor de oordeelsvorming van zijn civielrechtelijke collega.

6. Vrijwarende werking en bestuursrechtelijke relativiteit

Die piketpalen vergen tenslotte nog wat aandacht. In het arrest Stichting miljoenen zijn tegen/Covra is door de Hoge Raad als gezegd geoordeeld dat gronden die in een procedure bij de bestuursrechter aan de orde zijn gesteld (of hadden kunnen worden gesteld) en die niet tot een vernietiging van de desbetreffende vergunning hebben geleid, niet relevant zijn bij de vraag of het gebruik maken van de vergunning een onrechtmatige daad oplevert. Om de woorden van de Hoge Raad nogmaals te citeren:

‘Daarbij heeft te gelden dat de vergunninghouder zich in beginsel op het standpunt mag stellen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat geen plaats is voor voorzieningen als in dit geding gevorderd, zolang hij overeenkomstig de vergunning handelt, maar dat dit anders zal kunnen zijn op grond van bijzondere omstandigheden, waarvan in het onderhavige geding evenwel niet is gebleken. Dit uitgangspunt brengt mee dat de Stichting, die bij de bestuursrechter tegen de vergunning beroep heeft ingesteld, in de procedure voor de burgerlijke rechter haar vorderingen ter zake van voormelde voorzieningen *niet kan doen steunen op gronden die in de beroepsprocedure aan de orde zijn gesteld of hadden kunnen worden gesteld* (curs. TN)’.

Het gecursiveerde deel van de rechtsoverweging is belangrijk. Ten tijde van voornoemd arrest gold in het bestuursprocesrecht het relativiteitsvereiste nog niet. Dat vereiste is sinds 1 januari 2013 in artikel 8:69a van de Awb opgenomen.²⁰ Een interessante vraag is in hoeverre het oordeel van de Hoge Raad voor zover het in een bestuursrechtelijk geding naar voren gebrachte of te brengen bezwaren betreft, in het licht van het thans geldende bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste kan worden volgehouden. Ik meen dat dat oordeel enige nuancering behoeft.

²⁰ Daarover o.a. C.B. Modderman, ‘Het moment van toepassing van het relativiteitsvereiste door de bestuursrechter’, *NTB* 2012/29; J.C.A. de Poorter & B.J. van Ettehoven, ‘Het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: de ene relativiteitseis is de andere niet’, *NTB* 2013/20, p. 109-120; A.G.A. Nijmeijer, ‘Dynamiek in relativiteit. De rechterlijke toetsing aan het relativiteitsvereiste in omgevingsrechtelijke zaken’, *Trema* 2014, p. 226-233.

Ook in het kader van de onrechtmatige daadsactie wordt door de burgerlijke rechter getoetst aan een relativiteitsvereiste als partijen daarom verzoeken.²¹ Het betreft dan de civielrechtelijke variant.²² Artikel 6:163 BW bepaalt dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De burgerlijke rechter moet de civielrechtelijke relativiteitstoets naar mijn mening bestuursrechtelijk inkleuren. Ik bedoel daarmee dat hij moet beoordelen in welke belangen – gegeven het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb – de eiser door de bij de beslissing op de vergunningaanvraag aan de orde zijnde rechtsregels, wordt beschermd. Rechtsregels die in het bestuursrechtelijke geding vanwege de werking van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste niet tot de vernietiging van het bestreden besluit hebben kunnen leiden, behoren in civilibus niet relevant te zijn voor de vraag of sprake is van een onrechtmatige daad als gebruik wordt gemaakt van de vergunning. In dat geval heeft de bestuursrechter immers vastgesteld dat de rechtsregels waarop in het bestuursrechtelijke geding een beroep is gedaan, kennelijk niet zijn geschreven ter bescherming van de belangen van diegene die zich op die rechtsregels heeft beroepen. Moeilijk voorstelbaar is dat de burgerlijke rechter bij de toetsing aan de civielrechtelijke relativiteit tot het oordeel komt dat de rechtsregels waarvan zijn bestuursrechtelijke collega heeft geoordeeld dat zij in rechte buiten beschouwing blijven vanwege de werking van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste, wél (mede) strekken ter bescherming van de belangen van diegene die gevrijwaard wil blijven van onrechtmatige hinder. Ik zie althans niet in dat het belangenspectrum van een rechtsregel kan verschillen naargelang dat spectrum wordt uitgelegd in een bestuursrechtelijk geding of in een civielrechtelijk geding. Een dergelijk verschil is in ieder geval onwenselijk.

Vanuit die gedachte kan worden gesteld dat met de introductie van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste in de Awb, de betekenis van een beroepsprocedure die in het bestuursrecht tegen een vergunning aanhangig is geweest, aan relevantie heeft gewonnen. Gronden die in die procedure niet aan de orde konden worden gesteld door de werking van het relativiteitsvereiste, blijven ook bij de burgerlijke rechter in het kader van een actie uit onrechtmatige daad buiten beschouwing. In dat opzicht verdient de in het arrest Stichting miljoenen zijn tegen/Covra uitgezette koers, bijstelling. Toegegeven, het betreft een op het oog minieme bijstelling, maar voor het juridische resultaat (wel of geen onrechtmatige daad als van de vergunning gebruik wordt gemaakt?) wel een wezenlijke.

Als het gaat om verschillen tussen de bestuursrechtelijke en de civielrechtelijke toets aan het relativiteitsvereiste, dan wijs ik voorts op het feit dat in de bestuursrechtelijke jurisprudentie niet is aanvaard dat een beroep wordt gedaan

²¹ Anders dan in het bestuursrecht geschiedt de toetsing door de burgerlijke rechter dus niet ambtshalve.

²² Zie over relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht. Eenheid en verschil in het bijzonder bij milieubelangen* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2011.

op geschreven of ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding van besluiten en het motiveringsbeginsel²³) voor zover een dergelijk beroep verband houdt met een geschonden rechtsregel waarvan de bestuursrechter oordeelt dat een beroep op die rechtsregel vanwege het relativiteitsvereiste niet tot vernietiging van het bestreden besluit kan leiden.²⁴ In het civiele recht wordt daarentegen bij de toepassing van het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW in voorkomend geval de zogenoemde ‘correctie-Langemeijer’ toegepast waardoor de werking van het vereiste wordt genuanceerd omwille van ongeschreven maatschappelijke normen, zoals de maatschappelijke zorgvuldigheid.²⁵ De toepassing van de correctie Langemeijer kan er toe leiden dat het gebruik maken van een vergunning in civilibus als onrechtmatig moet worden beschouwd, terwijl een bestuursrechtelijk beroep ingesteld tegen de verlening van de desbetreffende vergunning vanwege de werking van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste niet tot vernietiging van de vergunning heeft geleid.

Op zichzelf is denkbaar dat een met de correctie Langemeijer vergelijkbare nuancering van het relativiteitsvereiste ook wordt toegepast door de bestuursrechter. In dat verband verdient vermelding dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 12 augustus 2015 aan de staatsraad advocaat-generaal om een conclusie heeft gevraagd ter zake.²⁶ De inhoud van die conclusie was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet bekend. Hoe die inhoud ook moge luiden, een verschil dat blijft is dat de correctie Langemeijer betrekking heeft op het handelen van diegene die gebruik maakt van zijn vergunning, terwijl de eventuele bestuursrechtelijke variant van die correctie betrekking heeft op de besluitvorming van het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Anders dan bij de toetsing van het belang dat door een (materiële) rechtsregel wordt beschermd, waar als gezegd een verschil in uitkomst tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter mijns inziens niet goed verdedigbaar en bovenal onwenselijk is, is een verschil in uitkomst bij de toepassing van een correctie op het relativiteitsvereiste niet op voorhand onverdedigbaar. Kort gezegd: het verlenen van een vergunning hoeft maatschappelijk gezien niet onzorgvuldig of onbetamelijk te zijn, terwijl het gebruik maken van die ver-

²³ Artikel 3:2 Awb resp. artikel 3:46 Awb.

²⁴ ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1859. Zie ook D.A. Verburg, ‘Relativiteit in de Crisis- en herstelwet en in het voorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht of: Hoe moet het nou met het zeggekorflakje?’, *NTB* 2011/3.

²⁵ HR 17 januari 1958, *NJ* 1961/568 (Beukers/Dorenbos). Voor een beschouwing zie o.a. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 138.

²⁶ In zaak nr. 201402641/1 (over bestemmingsplan ‘Blaloweg en Katwolderweg’ van de gemeente Zwolle).

gunning jegens een bepaald rechtssubject wel tot een onrechtmatige daad kan leiden.²⁷

7. Conclusie

Op de vraag of een publiekrechtelijk besluit vrijwaart tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid, moet het antwoord genuanceerd luiden. Het hangt af van de omstandigheden van het geval. Dat is een antwoord dat een jurist vaker genoodzaakt is te geven, maar zo'n antwoord bevredigt maar matig. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan een aantal handvatten worden afgeleid. In de eerste plaats staat het feit dat een besluit formele rechtskracht heeft, niet aan civielrechtelijke aansprakelijkheid in de weg. Daar staat tegenover dat de begunstigende van een publiekrechtelijk besluit, uit moet kunnen gaan van de rechtmatigheid van dat besluit. In hoeverre vrijwarende werking aan de orde is, hangt af van de publiekrechtelijke grondslag van het besluit, in het bijzonder de belangen die bij dat besluit door het bestuursorgaan behoren te worden afgewogen. Dat belangenkader is echter zelden strak omlijnd. Daardoor is het antwoord op de vraag in hoeverre een publiekrechtelijk besluit vrijwaart tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid, evenmin in absolute termen te geven.

Waar de burgerlijke rechter bij zijn beoordeling van de vrijwarende werking van een vergunning op zoek moet naar de belangen die bij het besluit moeten zijn betrokken, raakt zijn zoektocht aan de belangen die rechtsregels beogen te beschermen in de sfeer van het relativiteitsvereiste. De introductie van dat vereiste in het bestuursrecht, noopt de Hoge Raad tot een bijstelling van het standpunt met betrekking tot gronden die in een bestuursrechtelijk beroep niet door de gelaedeerde aangevoerd konden worden. Als de belemmering daarvoor is gelegen in het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste, dan zijn de desbetreffende gronden ook bij de beoordeling van de vrijwarende werking van de vergunning niet relevant.

Of in het bestuursrecht in de toekomst wordt gewerkt met een correctie op het relativiteitsvereiste, vergelijkbaar met de correctie Langemeijer, moet worden afgewacht. Mocht een bestuursrechtelijke variant van die correctie worden aanvaard, dan betekent het niet toepassen van die correctie door de bestuursrechter in een concreet geval nog niet dat het gebruik maken van de vergunning in *civilibus* nimmer kan leiden tot een onrechtmatige daad jegens derden. Op het punt van de aan te brengen correctie op het relativiteitsvereiste, blijft er hoe dan ook een verschil bestaan tussen de bestuursrechter en zijn civielrechtelijke collega.

²⁷ Daarbij rijst overigens de vraag in hoeverre het al eerder genoemde specialiteitsbeginsel überhaupt toelaat dat het bestuursorgaan bij het nemen van een besluit de belangen van derden in ogenschouw neemt. Daarvoor is soms niet of slechts zeer beperkt ruimte; daarover B.W.N. de Waard, 'Relativiteit en rechtsbescherming', *NTB* 2007/2, par. 5.