

Verlaat de formele rechtskracht via Groningen ons land?

Mr. dr. C.N.J. Kortmann

Met zijn arrest van 19 juli 2019 over de Groninger gaswinning lijkt de Hoge Raad de formele rechtskracht voor een flink deel naar de prullenbak te verwijzen. Eerder sprak hij van een onontbeerlijk leerstuk. Hoe is dat mogelijk? Of bedriegt de schijn?

1. Een onverklaarde stilte

Met het arrest van de Hoge Raad van 19 juli 2019 (beantwoording prejudiciële vragen aardbevingsschade Groningen)¹ is iets bijzonders aan de hand. Om twee redenen. Ten eerste bevat het arrest opmerkelijke overwegingen over het leerstuk van de formele rechtskracht.² Neemt men die overwegingen naar de letter, dan verwijst de Hoge Raad het leerstuk, dat hij eerder ‘onontbeerlijk’ heeft genoemd, voor een flink deel naar de prullenbak. Je zou dan ook verwachten dat na 19 juli velen in de pen zouden zijn geklommen om deze verrassende wending van commentaar te voorzien. Het tweede bijzondere is nu, dat het tegendeel het geval is. De eerste maanden na het arrest bleef het, als het om de formele rechtskracht gaat, doodstil.³ Wat voor een stilte was dit? Een schijnbare stilte, als van een onbeduidend melodietje dat in het niet valt bij een Mahler-symfonie?⁴ Of de stilte na de inslag van een meteor, waarna men eerst moet

bijkomen van de schrik voordat men de gevolgen van de inslag kan analyseren?⁵ Ofwel, hoe revolutionair is dit arrest nu eigenlijk?

2. De overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad geeft drie argumenten waarom de formele rechtskracht van de instemmingsbesluiten⁶ niet zonder meer in de weg staat aan het oordeel van de burgerlijke rechter dat die besluiten een onrechtmatige daad jegens de benadeelde Groningers opleveren.⁷

Het eerste⁸ argument is niet zo schokkend. Indien een omwonende ten tijde van het betrokken instemmingsbesluit nog niet boven

schade en over de aansprakelijkheid van de Staat naast de NAM.

1 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.

2 Deze overwegingen geeft hij ter beantwoording van de vierde van de negen prejudiciële vragen die de Rechtbank Noord-Nederland hem stelde.

3 Althans, naar mijn waarneming, die ik half januari heb geverifieerd met enkele zoekopdrachten op de combinatie ‘ECLI:NL:HR:2019:1278, formele rechtskracht’. Van de wakkeren die ik nu mogelijk tekort doe, hoor ik graag wat ik heb gemist.

4 In dit geval bestaat de symfonie (volgens sommigen: kakofonie) dan uit de andere, lang verwachte overwegingen in het arrest over de begroting van de waardedaling van de woningen in Groningen, over immateriële

5 Dat lijkt het geval bij B.J.P.G. Roozendaal, De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad aardbevingsschade Groningen, *O&A* 2019/58 (decembernummer). Hij is zeer kritisch over het arrest, dat hem veel te (en onnodig) algemeen is gesteld en hem de wenkbrauwen doet fronsen. Zie par. 3 en noot 5.

6 Deze besluiten zijn appellabel. Zie bijvoorbeeld de Afdelingsuitspraken ECLI:NL:RVS:2017:3156 en ECLI:NL:RVS:2019:2217.

7 De feiten veronderstel ik bij de lezer bekend. Ter opfrissing: het gaat hier over de vraag of de Staat (de Minister van EZK) aansprakelijk is jegens de Groningers door in te stemmen met de winningsplannen van de NAM (welke instemming voor de NAM niet alleen een recht op gaswinning, maar ook een winningsplicht meebracht) ook al zijn deze instemmingsbesluiten voor een groot deel onherroepelijk (geen of ongegrond beroep).

8 In het arrest de derde, r.o. 2.8.7.

het Groningenveld woonde, kan de formele rechtskracht van dat besluit hem in het geheel niet worden tegengeworpen, nu hij niet de mogelijkheid had om tegen dat besluit op te komen bij de bestuursrechter omdat hij toen geen belanghebbende was, aldus de Hoge Raad. Dat ligt in het verlengde van eerdere rechtspraak, zoals de Hoge Raad zelf ook in een voetnoot vermeldt.⁹

Maar dan het tweede argument:¹⁰

‘Als voor een activiteit waarmee schade kan worden toegebracht aan personen of zaken, toestemming van de overheid is vereist en het toestemming verlenende bestuursorgaan in dat verband de risico’s op die schade dient te onderzoeken en af te wegen tegen het belang dat de betrokken activiteit plaatsvindt (zoals in dit geval de winning van gas), dan mogen de betrokken derden (zoals in dit geval de omwonenden) in beginsel erop vertrouwen dat dit onderzoek en deze afweging naar behoren plaatsvinden, en dat de activiteit op verantwoorde wijze wordt uitgevoerd, dat wil zeggen zonder wezenlijke risico’s op schade aan personen of zaken. Van hen mag dan ook niet worden gevergd dat zij beroep instellen tegen het in dit verband te nemen besluit (enkel) om in een bestuursrechtelijke procedure nader te laten onderzoeken en vaststellen of die risico’s zich desalniettemin wel voordoen, daargelaten of dat in het concrete geval voor hen doenlijk is.

Voor zover een vordering van een derde erop is gebaseerd dat bij het nemen van het betrokken instemmingsbesluit wel wezenlijke risico’s op schade aan personen of zaken (blijken te) zijn genomen, kan hem daarom niet worden tegengeworpen dat hij destijds geen beroep heeft ingesteld tegen dat besluit. Dat zou immers onaanvaardbaar tekort doen aan een behoorlijke rechtsbescherming van die derde.’

⁹ Voetnoot 21, waar de Hoge Raad verwijst naar HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253 (*Staat/SFR*), r.o. 3.3.2.

¹⁰ In het arrest ook de tweede, r.o. 2.8.6.

Dit is al behoorlijk revolutionair. De hoofregel van de formele rechtskracht luidt immers dat als een belanghebbende nalaat beroep¹¹ in te stellen tegen een appellabel besluit, de schaderechter¹² dat besluit als rechtmatig beschouwt, zelfs als vaststaat dat het beroep zou hebben geleid tot vernietiging van dat besluit.¹³ Die regel laat de Hoge Raad nu los voor een omvangrijke categorie van besluiten, namelijk overheidstoestemmingen voor activiteiten waarmee schade kan worden toegebracht aan personen of zaken. Gedacht kan worden aan milieuvergunningen voor industriële activiteiten, maar evengoed aan de vergunning voor de bouw van een huis.¹⁴ In dat geval kan de benadeelde niet langer worden tegengeworpen dat hij eerder geen beroep instelde tegen het besluit waarvan hij nu de schadelijke gevolgen ondervindt.¹⁵

¹¹ De complicaties die kunnen ontstaan bij besluiten waartegen eerst bezwaar moet worden gemaakt laat ik hier voor de overzichtelijkheid buiten beschouwing. Ik zal dus, net als de Hoge Raad, alleen spreken van beroep.

¹² Daaronder versta ik de rechter die moet oordelen over de claim van de benadeelde tegen de overheid van wie het besluit afkomstig is. Het kan gaan om een verzoek van de benadeelde aan de bestuursrechter ex art. 8:88 Awb of een vordering die de benadeelde instelt bij de burgerlijke rechter.

¹³ Van de eindeloze hoeveelheden bronnen van deze regel vermeld ik de recente preadviezen van Polak e.a. in: *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-reeks 162), BJU: Den Haag 2019.

¹⁴ Constructiegebreken kunnen immers leiden tot zaaken letselschade, zoals diverse gevallen van betonrot in balkons en parkeergarages hebben laten zien. De vergunning voor de bouw van het AZ-stadion is ook een aardig voorbeeld. Gelukkig lijkt er daar echter geen sprake van door derden geleden zaakschade of letselschade.

¹⁵ Ook Roozendaal (*O&A* 2019) meent dat de Hoge Raad hiermee een nieuwe uitzondering op het leerstuk van de formele rechtskracht heeft geïntroduceerd.

Het derde argument is de klap op de vuurpijl:¹⁶

‘Ook voor zover de grondslag van de vordering de burgerlijke rechter wel noodzaakt een oordeel te geven over de onrechtmatigheid van genoemde instemmingsbesluiten,¹⁷ staat de formele rechtskracht daarvan niet zonder meer aan dat oordeel in de weg. Blijkens art. 36 Mbw dient de minister het door hem met betrekking tot het winningsplan te geven instemmingsbesluit te baseren op een afweging van de betrokken belangen, waaronder het belang van de veiligheid van de omwonenden en van het voorkomen van schade enerzijds en de belangen van de winning van gas anderzijds. De minister mag blijkens de wet laatstgenoemde belangen zwaarder laten wegen, mits dat niet tot onevenredige gevolgen leidt voor degenen die nadeel ondervinden van de winning (art. 3:4 lid 2 Awb). De minister komt bij deze afweging beleidsruimte toe.¹⁸

Dit toetsingskader brengt mee dat de minister, zij het binnen de genoemde grenzen, de mogelijkheid heeft om rechtsgeldig in te stemmen met een winningsplan waarmee rechten van omwonenden worden aangetast, ook als het winningsbelang op zichzelf geen rechtvaardiging voor die aantasting oplevert. Dit kader sluit daarmee niet uit dat de Staat, ook als het instemmingsbesluit rechtsgeldig is, onrechtmatig jegens de omwonenden handelt. Uit de wettelijke regeling van dit kader volgt immers niet dat de genoemde aantasting in het geval van een rechtsgeldig besluit ook steeds als rechtmatig moet worden aangemerkt jegens de omwonenden, maar uitsluitend dat rechtsgeldig, en dus onaantastbaar, met het

winningsplan kan worden ingestemd, hoewel daardoor aantasting van rechten van omwonenden plaatsvindt. Voor zover die aantasting de door [eisers] ingeroepen rechten van de art. 2, 3 en 8 EVRM betreft, zou een wettelijke bepaling die deze aantasting rechtmatig doet zijn, op grond van art. 94 Grondwet overigens onverbindend zijn.

Gelet op het vorenstaande kan niet worden gezegd dat de formele rechtskracht van de hiervoor in 2.8.1 genoemde instemmingsbesluiten in de weg staat aan een beoordeling door de burgerlijke rechter van de rechtmatigheid van die besluiten jegens de omwonenden voor zover het bedoelde aantasting van hun rechten betreft.’

Deze overweging heeft niet alleen betrekking op gevallen waarin de benadeelde heeft nagelaten beroep in te stellen, maar ook op die waarin de bestuursrechter dat beroep ongegrond heeft verklaard(!). In zo’n geval immers, heeft de bestuursrechter de geldigheid van het besluit bevestigd, terwijl de burgerlijke rechter desondanks tot het oordeel kan komen dat de overheid de rechten van omwonenden op onrechtmatige wijze heeft aangetast.¹⁹

De drie argumenten van de Hoge Raad om de formele rechtskracht van de instemmingsbesluiten te relativieren monden zo uit in een climax: een besluit kan onrechtmatig zijn jegens

¹⁶ In het arrest het eerste, r.o. 2.8.5.

¹⁷ Deze zinsnede verwijst terug naar r.o. 2.8.4, waarin de HR erop wijst dat de grondslag van de vordering aanmerkelijk meer omvat dan onrechtmatigheid van uitsluitend de instemmingsbesluiten.

¹⁸ [Voetnoot uit het arrest zelf:] Zie o.m. ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, r.o. 16-16.4, ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, r.o. 17 en ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217, r.o. 8.1-8.2.

¹⁹ Dat maakt het arrest extra bijzonder, omdat dit in de literatuur nauwelijks is bepleit. Wel om onderscheid te maken tussen de geldigheid en de rechtmatigheid van een besluit als het *niet* is aangevochten en de bestuursrechter dus geen oordeel heeft gegeven. Zie onder veel meer het rapport van de VAR-commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag 2004, p. 87-88; F.J. van Ommeren in zijn veel geciteerde noot onder het arrest Kuijpers /Valkenswaard (HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774); C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Deventer 2006, par. 8.9 en recent T. Barkhuysen, Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht, *NJB* 2019/2415, afl. 39.

een benadeelde ook al heeft het de rechtmatigheidstoets van de bestuursrechter doorstaan. Voor die climax heb ik de argumenten van de Hoge Raad wel in omgekeerde volgorde moeten weergegeven. Zo zal ik ze hierna ook bespreken. Dat doet geen afbreuk aan de opbouw van het arrest, terwijl deze opinie er wel bij vaart.

2.1 *Exit procedeedwang?*

Om met de deur in huis te vallen: nee, het blijft in het merendeel van de gevallen nodig om tegen een besluit beroep in te stellen om het recht op vergoeding van schade als gevolg van dat besluit niet te verspelen. Ook als – bijvoorbeeld door een uitspraak in een andere zaak – al vast is komen te staan dat het besluit onrechtmatig is.²⁰ En ook als het geen zin meer heeft om tegen dat besluit op te komen.²¹ Die ‘procedeedwang’ blijft gewoon bestaan. Maar in een welomschreven categorie van gevallen maakt de Hoge Raad een uitzondering. Het moet gaan om een besluit, inhoudende: (1) een overheids-toestemming voor een activiteit (2) die schade aan personen en zaken kan veroorzaken, waar- bij (3) de overheid de risico’s op schade dient te

onderzoeken en (4) zij deze risico’s dient af te wegen tegen het belang dat de activiteit plaatsvindt. Aan de criteria 1, 3 en 4 voldoen veel besluiten in het ordeningsrecht²² wel. De wezenlijke beperking ligt in het tweede criterium: de beperking tot activiteiten die schade aan personen en zaken kunnen veroorzaken. Op dat punt mag de burger erop vertrouwen dat de overheid haar werk goed heeft gedaan, dat de overheid geen toestemming verleent voor activiteiten die wezenlijke risico’s op schade aan personen of zaken meebrengen.²³ Overheidsbesluiten die zo’n toestemming inhouden zijn alleen op dát punt onttrokken aan de rechtmatigheidsfictie van de formele rechtskracht: die fictie geldt alleen niet ‘voor zover de vordering van de derde erop is gebaseerd dat bij het nemen van het betrokken instemmingsbesluit wel wezenlijke risico’s op schade aan personen of zaken (blijken te) zijn genomen’. Als aan het besluit andere gebreken kleven, die niet in de sfeer liggen van deze risico’s, dan zal het besluit in zoverre gewoon als rechtmatig gelden zolang het niet is vernietigd, vermoed ik.

Betekent dit nu ook dat alleen benadeelden die persoons- of zaakschade hebben geleden een beroep kunnen doen op deze uitzondering? Dat staat er niet en ik denk ook niet dat de Hoge Raad dat heeft bedoeld. In Groningen zijn er namelijk ook veel benadeelden wier schade uitsluitend bestaat uit de waardevermindering van hun woning. De oorzaak van die waardevermindering is het wezenlijke risico op schade aan die woning of haar bewoners. Ik vermoed dat de Hoge Raad die Groningers ook bescherming heeft willen bieden, en niet alleen aan hen bij wie dat risico zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt.

20 Een tamelijk recent voorbeeld is de regeling van het alcoholslot, die Afdeling en Hoge Raad vrijwel tegelijkertijd onverbindend (en dus onrechtmatig) verklaarden: HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434; ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622. Maar schadevorderingen stuiten af op de formele rechtskracht van de voordien genomen onherroepelijke uitvoeringsbeschikkingen, ook al staat inmiddels vast dat deze (dus) evenmin rechtmatig waren. Zie bijv. Hof Den Haag 2 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:738. Een vordering tot teruggave van het rijbewijs is niet-ontvanke- lijk: HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:58. Zeer kritisch over dit alles: C. Drion, ‘Verongelukken in het recht’, *NJB* 2017/3080.

21 Denk hierbij aan een vergunning voor een evenement dat al heeft plaatsgevonden, zoals die voor de Monstertrucks in Haaksbergen (waarover de noot bij het arrest in *AB* 2019/519) of voor een activiteit die de vergun- ninghouder inmiddels heeft beëindigd of verplaatst.

22 Niet alleen het omgevingsrecht, maar ook bijvoorbeeld het financiële en economische ordeningsrecht.

23 Daaronder mag m.i. mede worden verstaan dat de overheid de activiteit zodanig reguleert (bijv. d.m.v. vergunningvoorschriften) dat de risico’s tot aanvaard- bare proporties zijn teruggebracht.

In de praktijk zal het er toch wel op neer komen dat alleen de kleinere en grotere rampen waarbij er sprake is van letsel- of zaakschade, de nieuwe benadering van de Hoge Raad zullen activeren.²⁴ Daarmee stelt de Hoge Raad buiten twijfel dat ons recht op dit punt weer EVRM-proof is, iets wat na de vuurwerkramp in Enschede door velen is betwijfeld.²⁵

2.2 Exit bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter?

Het laatste argument van de Hoge Raad om de formele rechtskracht van de instemmingsbesluiten niet aan de Groningers tegen te werpen gaat het verst en is ook het moeilijkste te duiden. Volgens Sanderink en Schlössels is dit argument ongelukkig geformuleerd en deels gewoon onjuist.²⁶ Roozendaal vindt het onbegrijpelijk of innerlijk tegenstrijdig en onnodig.²⁷ Als deze auteurs gelijk hebben, dan blijven de gevolgen daarvan in elk geval beperkt, omdat dit argument het meest is toegespitst op de Groningse casus. Ik vraag mij intussen af of je kunt zeggen dat de overwegingen van de Hoge Raad ongelukkig geformuleerd en zelfs onjuist zijn. Naar mijn indruk heeft de Hoge Raad veel aandacht besteed aan zijn woordkeuze en is het meer de vraag of je het met de visie van de Hoge Raad eens bent. Wat houdt die visie in? Kort samengevat overweegt de Hoge Raad het volgende. (1) Bij het nemen van het instemmingsbesluit moet de minister economische belangen tegen de belangen van de Groningers afwegen. (2) De minister mag het winningsbelang zwaarder laten wegen, zolang dat niet leidt tot onevenredige gevolgen voor de Groningers en (3) daardoor is het mogelijk dat rechtsgeldig met het winningsplan wordt ingestemd, ook al worden rechten van omwonenden aangetast, zonder dat het winningsbelang die aantasting rechtvaardigt. Deze overwegingen getuigen van een visie op de wijze waarop de bestuursrechter instemmingsbesluiten toetst.²⁸ De Hoge Raad acht het mogelijk dat de minister, binnen de grenzen van art. 3:4 lid 2 Awb, voorrang geeft aan het winningsbelang, ook al leveren de nadelige gevolgen daarvan een aantasting van de rechten van omwonenden op.²⁹ Hier is het nuttig om even stil te staan bij de woordkeuze van de Hoge Raad. Hij heeft het over de 'aantasting van rechten'. Dat is sterker uitgedrukt dan 'schending van belangen', de term die je in het licht van art. 3:4 Awb wellicht zou verwachten. Tegelijkertijd heeft de Hoge Raad het niet over de 'inbreuk op rechten', een van de drie categorieën van art. 6:162 BW. Met deze woordkeuze kiest de Hoge Raad dus het midden tussen de situatie waarin het belang van de omwonenden zonder meer het onderspit delft en die waarin er zonder meer onrechtmatig jegens de omwonenden wordt gehandeld.³⁰ Een rechtsgeldig instemmingsbesluit dat de aantasting van rechten van omwonenden tot

28 Een onderwerp dat zich momenteel in een warme belangstelling mag verheugen. Zie onder veel meer de boeiende bijdragen in de Jubileum-special van *JB* van 31 december 2019 (afl. 15, nrs. 218-221).

29 Omdat de bewoordingen belangrijk zijn geef ik voor het gemak de tekst van art. 3:4 lid 2 Awb: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen'.

30 Naar de gangbare opvatting kan het instemmingsbesluit overigens ook geen rechtsinbreuk opleveren, omdat de aantasting van het recht altijd via de tussenschakel van de exploitant geschiedt. Zie over het onderscheid tussen aantasting en inbreuk de GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 4.6.1 (K.J.O. Jansen).

24 De vrees van Roozendaal (O&A 2019, par. 6) voor een (onnodig) hellend vlak verdient in dat licht relativering.

25 Zie D.J.G. Sanderink en R.J.N. Schlössels, 'Slaat de Hoge Raad nieuwe bressen in het bastion van de formele rechtskracht?', *NJB* 2019/2694, par. 5. en de diverse annotaties destijds onder Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AO0997, *NJ* 2004, 230 en Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316, *JB* 2010/245. Die uitspraken zouden mijns inziens geen stand meer houden.

26 Sanderink en Schlössels (*NJB* 2019), par. 4.

27 Roozendaal (O&A 2019), par. 5.

gevolg heeft kán dus onrechtmatig zijn jegens die omwonenden, maar is dat niet automatisch. Deze opvatting is beter te begrijpen als je deze bekijkt in het licht van het antwoord dat de Hoge Raad op de (direct voorafgaande) derde prejudiciële vraag gaf. Daarin zette de Hoge Raad de algemene criteria uiteen aan de hand waarvan de rechter moet beoordelen of de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens de Hoge Raad handelt de Staat onrechtmatig jegens de omwonenden indien hij ermee bekend is of ermee bekend moet zijn (i) dat aan de gaswinning in Groningen gevaren verbonden zijn die met bodembeweging verband houden, (ii) dat de kans op verwezenlijking van deze gevaren reëel is en (iii) dat de verwezenlijking van deze gevaren tot ernstige of wijdverbreide schade kan leiden, maar desalniettemin nalaat tijdig de – gezien de omstandigheden van het geval – passende en redelijkerwijs te vergen maatregelen te treffen om het ontstaan van schade als gevolg van de gaswinning te voorkomen.³¹ Ik denk dat de Hoge Raad, na bestudering van de rechtspraak van de Afdeling over art. 36 Mijnbouwwet, het toetsingskader voor het instemmingsbesluit, tot de conclusie is gekomen dat dit toetsingskader de minister meer afwegingsruimte biedt dan de zojuist genoemde kelderluikcriteria. Dan is het inderdaad mogelijk om rechtsgeldig in te stemmen met een winningsplan terwijl toepassing van de kelderluikcriteria tot de conclusie leidt dat jegens de omwonenden onrechtmatig is gehandeld. Het is zeker niet uit te sluiten dat hier binnen de Afdeling (en door veel bestuursrechtjuristen) anders over wordt gedacht, maar daarmee is de redenering van de Hoge Raad niet per se fout. Zelfs kan men haar interpreteren als een aansporing aan de Afdeling om dit type instemmingsbesluiten met minimaal dezelfde indringendheid te toetsen als de burgerlijke rechter aan de kelderluikcriteria

toetst.³² Of dat al gebeurt, en zo nee, hoe dat moet en wat dat betekent voor de ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel is nog niet zo'n eenvoudige vraag waar de komende tijd in wetenschappelijke publicaties ongetwijfeld nog aandacht aan zal worden besteed.³³

Persoonlijk zou ik het ongelukkig vinden als de Hoge Raad gelijk heeft. Ik heb er geen moeite mee dat de exploitant onrechtmatig kan handelen jegens omwonenden ook al heeft zijn winningsplan de instemming van de minister gekregen,³⁴ maar het wringt als twee rechters het instemmingsbesluit zelf op rechtmatigheid toetsen en tot verschillende conclusies komen. Dat veronderstelt dat de bestuursrechter een ander (objectief?) rechtmatigheidsbegrip hanteert dan de civiele rechter (subjectief?) met als onvermijdelijke conclusie dat de bestuursrechter in sommige gevallen geen rechtsbescherming kan bieden tegen onrechtmatige besluiten, ook niet als de belanghebbenden alle mogelijke beroepsgronden hebben aangevoerd.³⁵

32 Omgekeerd kan de Afdeling de Hoge Raad meegeven dat de rechter ook bij toetsing aan de kelderluikcriteria de beleidsruimte van de minister moet respecteren. De Hoge Raad doet dat vaak ook al. Een sprekend voorbeeld is het Zalco-arrest over falend toezicht: HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987.

33 In algemene zin bleek dat tijdens de eerste bijeenkomst van het platform publiekrecht en privaatrecht in dialoog op 4 oktober 2019 (zie <http://recht-in-dialogo.eu/>).

34 Het leerstuk van de zogenaamde (niet volledig) vrijwarende werking van vergunningen. Roozendaal (O&A 2019, par. 5) beschouwt r.o. 2.8.5 als een 'variant' op dit bekende thema, die echter volgens hem in strijd is met alle redenen die voor de Hoge Raad destijds de aanleiding hebben gevormd om het leerstuk van de formele rechtskracht te introduceren.

35 In mijn proefschrift kwam ik na een onderzoek naar het onderscheid tussen (1) formele en materiële en (2) publiekrechtelijke en privaatrechtelijke (on)rechtmatigheid en de (on)volmaaktheid van rechterlijke toetsing ook al tot de conclusie dat het naast elkaar bestaan

31 R.o. 2.7.3.

Helemaal systeemvreemd is de redenering van de Hoge Raad overigens niet. Art. 6:168 lid 1 BW bepaalt dat de rechter een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, kan afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt dan zijn recht op vergoeding van de schade krachtens art. 6:162 BW. Als men bedenkt dat de vernietiging door de bestuursrechter van een instemmingsbesluit het effect heeft van een verbod met terugwerkende kracht om dat besluit te nemen,³⁶ dan passen de overwegingen van de Hoge Raad naadloos in het schema van art. 6:168 BW.³⁷

3. Conclusie

Nee, via Groningen verlaat de formele rechtskracht ons land nog niet. Wel slaat de Hoge Raad een stevige bres in het bastion van de formele rechtskracht, om met Sanderink en Schlössels te spreken. De meest schokkende conclusie is toch wel, dat de Hoge Raad de rechtsbescherming van de bestuursrechter in sommige gevallen ontoereikend lijkt te achten, wat een nieuwe uitzondering op de formele rechtskracht rechtvaardigt. Minder schokkend, maar des te meer bevredigend, is het oordeel van de Hoge Raad dat van burgers niet verwacht kan worden dat zij elke vergunning voor een risicovolle activiteit in hun omgeving bestrijden op straffe van verlies van rechten als die vergunning achteraf ernstige gebreken blijkt te vertonen. Dat die gebreken in de sfeer moeten liggen van onacceptabele risico's op schade aan personen en zaken zie ik als een

van twee onrechtmatigheidsbegrippen onwenselijk is. Zie C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Deventer 2006, par. 7.7, 7.8 en 8.1. Zoals bekend denkt A.Q.C. Tak hier anders over en dat kwam mij dan ook op een pittige recensie te staan.

36 Vgl. Schlössels, Zijlstra & Schutgens, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* band 2 (HSB) 2019/948.

37 Van dat wetsartikel ben ik ook geen fan.

eerste stap. Uiteindelijk zal toch de hele formele rechtskracht op de schop moeten.³⁸

Over de auteur

Mr.dr. C.N.J. (Tijn) Kortmann
Advocaat bij Stibbe, tevens verbonden aan de Universiteit Utrecht

38 Vgl. recent mijn bespreking van de VAR-pleadvielen over de toekomst van de formele rechtskracht, *NTB* 2019/19.