

De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad aardbevingsschade Groningen

De formele rechtskracht op de helling?

B.J.P.G. Roozendaal, datum 13-11-2019

Datum

13-11-2019

Auteur

B.J.P.G. Roozendaal^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS169351:1

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen (V)

De Hoge Raad heeft in zijn prejudiciële beslissing van 19 juli 2019 over de aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van aardbevingen in Groningen enkele overwegingen gewijd aan de relevantie van het beginsel van de formele rechtskracht voor de aansprakelijkheid van de Staat. In deze bijdrage betoogt de schrijver dat de Hoge Raad de rechtsontwikkeling geen dienst heeft bewezen door in algemene bewoordingen de reikwijdte en strekking van de formele rechtskracht te beperken, zonder deze in het juiste perspectief te plaatsen. De schrijver bepleit een terughoudende uitleg en toepassing van de prejudiciële beslissing.

1. Inleiding

Op 19 juli 2019 heeft de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen beantwoord die de Rechtbank Noord-Nederland op voet van artikel 392 Rv aan de Hoge Raad heeft voorgelegd.^[2] Deze prejudiciële vragen gaan over de aansprakelijkheid van de NAM en de Staat voor schade die het gevolg is van aardbevingen die zich in Groningen voordoen als gevolg van gaswinning uit het Groningerveld. In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de beantwoording van de vierde vraag die inhoudt of de formele rechtskracht van het instemmingsbesluit aansprakelijkheid van de Staat verhindert en onder welke omstandigheden de Staat ondanks de formele rechtskracht van een instemmingsbesluit aansprakelijk kan worden gesteld. De Hoge Raad (her)formuleert de vraag als volgt:

'Deze vraag stelt aan de orde of de formele rechtskracht van de instemmings- en wijzigingsbesluiten die de minister op grond van artikel 34 lid 3 Mijnbouwwet (Mbw) heeft genomen (hierna ook: de instemmingsbesluiten), in de weg staat aan het aannemen van aansprakelijkheid van de Staat door de burgerlijke rechter in zaken als de onderhavige.'

De beantwoording van deze vraag kan niet los worden gezien van de beantwoording van de daaraan voorafgaande vraag. Die vraag ziet op de mogelijkheid dat de Staat aansprakelijk is, niet omdat de minister de instemmingsbesluiten heeft genomen, maar omdat de Staat aansprakelijk is 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 (kort gezegd: de Kelderluikcriteria). De Hoge Raad heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Vervolgens is de vraag of de formele rechtskracht van de instemmings- en wijzigingsbesluiten in de weg staat aan het aannemen van aansprakelijkheid van de Staat, waarbij ik veronderstel dat wordt bedoeld op de hiervoor omschreven aansprakelijkheid en niet de aansprakelijkheid van de Staat voor het nemen van de instemmings- en wijzigingsbesluiten.

2. Wat is formele rechtskracht

De Hoge Raad geeft als introductie op de beantwoording van de prejudiciële vraag eerst een omschrijving van het beginsel van de formele rechtskracht. Formele rechtskracht komt volgens de Hoge Raad toe aan een besluit van een bestuursorgaan waartegen een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan die niet of niet met succes is gebruikt. Zij brengt mee dat de burgerlijke rechter in beginsel ervan moet uitgaan dat dit besluit wat betreft zijn

wijze van totstandkoming en zijn inhoud in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en met algemene rechtsbeginselen. Deze regel berust op de gedachte dat een doelmatige taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter geboden is, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat ten aanzien van overheidsbeslissingen de beslissing omtrent de vraag of het besluit jegens een belanghebbende als onrechtmatig moet worden aangemerkt, in een bestuursrechtelijke procedure wordt genomen.^[9]

De Hoge Raad kent dus ook formele rechtskracht toe aan een besluit van een bestuursorgaan waartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang *niet met succes* is gebruikt. De Hoge Raad maakt daarbij dus geen onderscheid gemaakt tussen een besluit dat niet in rechte is aangevochten en een besluit dat weliswaar ter beoordeling aan de bestuursrechter is voorgelegd maar waarbij het beroep niet tot vernietiging heeft geleid. Voor het eerste geval geldt de rechtmatigheidsfictie^[4] van de formele rechtskracht, maar voor het tweede geval naar mijn oordeel niet. Indien het beroep tegen een besluit ongegrond of niet-ontvankelijk wordt verklaard, geldt de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter. Dat betekent dat rechters in daaropvolgende procedures gebonden zijn aan het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van het besluit. De Hoge Raad heeft naar mijn weten niet eerder – in deze bewoordingen – overwogen dat formele rechtskracht ook toekomt aan besluiten waartegen de bestuursrechtelijke rechtsgang niet met succes is gevolgd.^[5]

3. Impliciet oordeel over rechtmatigheid is mogelijk

In r.o. 2.8.3 geeft de Hoge Raad aan wat het rechtsgevolg is van de formele rechtskracht. De rechtmatigheidsfictie staat eraan in de weg dat de burgerlijke rechter de onrechtmatigheid van het besluit aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen indien dat besluit niet is vernietigd door de bestuursrechter dan wel niet door het bestuursorgaan is ingetrokken of herroepen. De Hoge Raad overweegt vervolgens onder verwijzing naar arresten als *Etam/Zoetermeer*^[6], *Staat/Bolsius*^[7] en *Kanters/Someren en Noord-Brabant*^[8] dat er voor de burgerlijke rechter géén beletsel bestaat om over de grondslag van de vordering te oordelen indien niet de onrechtmatigheid van het besluit aan de vordering ten grondslag wordt gelegd. Dit is vaste rechtspraak, zie ook het niet door de Hoge Raad genoemde arrest *Overzee/Zoeterwoude*^[9]. Wel nieuw is wat de Hoge Raad hieraan toevoegt:

'Dat geldt ook als zijn oordeel terzake zou impliceren dat een besluit waaraan formele rechtskracht toekomt, onjuist is of gebrekkig tot stand is gekomen.'

Deze toevoeging – die overigens voor het beantwoorden van de prejudiciële vraag niet nodig was – volgt niet uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad en doet de wenkbrauwen ernstig fronsen vanuit een oogpunt van rechtsmachtverdeling. Houdt dit nu in dat de burgerlijke rechter wél over de rechtmatigheid van een besluit mag oordelen, als de vordering maar niet (uitsluitend) hierop is gebaseerd? Dat lijkt mij in strijd met de decennialang ontwikkelde rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter en dus het “uit een oogpunt van rechtsmachtverdeling onontbeerlijke leerstuk van de formele rechtskracht”, zoals de Hoge Raad het in *Kuijpers/Valkenswaard*^[10] formuleerde. Sterker nog, uit *Kuijpers/Valkenswaard* volgt het tegenovergestelde: het leerstuk zou onaanvaardbaar worden uitgehold indien het oordeel van de burgerlijke rechter over inlichtingen zou impliceren dat een besluit gebrekkig is. Het volgt in ieder geval niet uit de door de Hoge Raad zelf genoemde arresten en lijkt in tegenspraak met de gedachte die aan deze en andere arresten zoals *Kuijpers/Valkenswaard* ten grondslag ligt. De Hoge Raad gebruikt nog wel de term “impliceren”, zonder uit te werken wat hiermee wordt bedoeld. Wellicht bedoelt de Hoge Raad dat het geen onderdeel van de beoordeling vormt, maar wel uit deze beoordeling kan worden afgeleid, maar ook dat lijkt mij in strijd met de rechtmatigheidsfictie die is verbonden aan de formele rechtskracht.

4. Formele rechtskracht bij besluitaansprakelijkheid

In r.o. 2.8.4 past de Hoge Raad zijn eerdere rechtspraak uit *Etam/Zoetermeer* en *Overzee/Zoeterwoude* toe. De grondslag van de vordering is dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door vanaf 1993 na te laten tijdig passende maatregelen te treffen om het ontstaan van schade als gevolg van de gaswinning zoveel mogelijk te voorkomen. De stelling is daarmee dat de Staat had dienen in te grijpen zodra duidelijk was wat de schadelijke gevolgen waren van de winning. Aangezien de vordering daarmee ‘aanmerkelijk meer’ omvat dan de onrechtmatigheid van de instemmingsbesluiten, staat de formele rechtskracht van die besluiten niet in de weg aan de beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid van de Staat. De Hoge Raad overweegt:

'Daarom wordt van de burgerlijke rechter niet gevraagd een oordeel te geven over de rechtmatigheid van die besluiten. Reeds hierom staat de formele rechtskracht van die besluiten niet in de weg aan de beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid van de Staat.'

Dit lijkt mij volledig juist en in lijn met eerdere rechtspraak met dien verstande dat de burgerlijke rechter weliswaar van de rechtmatigheid van de instemmingsbesluiten dient uit te gaan, maar wel kan beoordelen of de Staat met inachtneming van de aan de minister toekomende beleidsruimte onrechtmatig heeft gehandeld door geen gebruik te maken van alle mogelijke maatregelen om in te grijpen.^[11] Daarbij kan onder meer worden gedacht aan wijziging of intrekking van de instemmingsbesluiten.

Hoe deze passage zich exact verhoudt met de door mij eerder geciteerde passage in r.o. 2.8.3 is mij niet geheel duidelijk, tenzij de Hoge Raad een verschil heeft trachten te maken tussen het beoordelen van de rechtmatigheid, hetgeen gelet op het leerstuk van de formele rechtskracht niet mogelijk is, en de mogelijkheid dat door een onrechtmatigheidsoordeel impliciet zou worden aangegeven dat een besluit onrechtmatig zou zijn (zolang het dictum daar niet op ziet). Ik kan mij daar nu weinig bij voorstellen, maar wellicht had de Hoge Raad daar een bepaald idee bij. Gelet op de voorlichtende functie van een prejudiciële beslissing had het wel voor de hand gelegen dat de Hoge Raad dit had verduidelijkt. Het blijft nu hangen.

5. Wanneer geen formele rechtskracht bij besluitaansprakelijkheid

De Hoge Raad vervolgt in r.o. 2.8.5 met de situatie dat de grondslag van de vordering de burgerlijke rechter wél noodzaakt een oordeel te geven over de onrechtmatigheid van de genoemde instemmingsbesluiten. De formele rechtskracht behoeft hier niet 'zonder meer' aan in de weg te staan. Deze rechtsoverweging is, gelezen in samenhang met de rest van de overweging en de slotalinea, onbegrijpelijk dan wel innerlijk tegenstrijdig en, gelet op de aan de Hoge Raad voorgelegde rechtsvraag, onnodig.

De redenering van de Hoge Raad is lastig te volgen. Uit het wettelijk stelsel volgt dat de minister het belang van de veiligheid van de omwonenden en het voorkomen van schade mag afwegen tegen het belang van de winning van gas. De minister mag laatstbedoelde belangen zwaarder laten wegen mits dat niet leidt tot onevenredige gevolgen voor degenen die nadeel ondervinden van de winning. De Hoge Raad legt dan uit dat hiermee niet is gezegd dat het laten prevaleren van het winningsbelang, tevens betekent dat de schade op rechtmatige wijze kan worden toegebracht. Of zoals de Hoge Raad het formuleert:

'Dit kader sluit daarmee niet uit dat de Staat, ook als het instemmingsbesluit rechtsgeldig is, onrechtmatig jegens de omwonenden handelt.'

De rechtsgeldigheid van het besluit betekent alleen dat onaantastbaar met het winningsplan kan worden ingestemd, hoewel aantasting van rechten plaatsvindt. Dit lijkt een variant op een bekend thema: een rechtmatige vergunning betekent niet dat de schadelijke gevolgen hiervan ook voor rekening van de benadeelde dienen te blijven, zie het aloude *Lekkerkerker/Vermeulen (Kraaien en Roeken-arrest)* uit 1972^[12] of meer recent *Ludlage/Van Paradijs*^[13] uit 2005, waarbij Ludlage met gebruikmaking van een bouwvergunning een uitbouw achter zijn huis had geplaatst waardoor zijn buurman, Paradijs, hinder ondervond. Ook de Afdeling volgt deze lijn, zie de uitspraak van 25 mei 2016, waarin de Afdeling oordeelt dat een bestemmingsplan niet garandeert dat het bouwen en gebruiken in overeenstemming met de in dat plan toegestane mogelijkheden geen onrechtmatige hinder ten opzichte van derden kan veroorzaken.^[14] Maar in die gevallen gaat het over de aansprakelijkheid van de vergunninghouder en niet over de aansprakelijkheid van de vergunningverlener, in casu de Staat. Dus de Hoge Raad heeft het niet over het leerstuk van onrechtmatige hinder maar over iets anders. De Hoge Raad heeft het nog steeds over de aansprakelijkheid van de Staat omdat de Staat geen maatregelen heeft getroffen om het ontstaan van schade als gevolg van de gaswinning te voorkomen. Deze rechtsoverweging zou zo kunnen worden gelezen dat indien de beoordeling van deze grondslag (indirect) een beoordeling van de instemmingsbesluiten noodzakelijk zou maken, de formele rechtskracht hieraan niet aan in de weg staat. Op deze wijze is het echter niet geformuleerd. De Hoge Raad schrijft namelijk:

'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 winningsplan 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, en dus onaantastbaar, met het winningsplan kan worden ingestemd, hoewel daardoor aantasting van rechten van omwonenden plaatsvindt. Voor zover die aantasting de door [eiser] 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.'

De Hoge Raad lijkt hiermee een onderscheid te maken tussen het winningsplan en de instemming hiermee. De instemming

kan dan wel rechtsgeldig zijn, maar daarmee zou niet zijn gezegd dat tevens is ingestemd met de aantasting van de rechten van omwonenden. Ik zie dit onderscheid ook, maar dan in het kader van het onderscheid tussen de positie van de NAM en de Staat. De rechtmatigheid van de publiekrechtelijke besluitvorming en de schade die door het gebruik wordt gemaakt, zijn inderdaad twee te onderscheiden grootheden. Bij de besluitvorming vindt een beoordeling en belangenafweging plaats en het resultaat hiervan wordt neergelegd in een instemmingsbesluit. De veiligheid van de omwonenden en het voorkomen van schade zijn belangen die bij het nemen van een instemmingsbesluit dienen te worden meegenomen. Het publiekrechtelijke gevolg van het instemmingsbesluit is dat met de winning is ingestemd en tot winning kan worden overgegaan door de NAM zonder op dit punt in strijd te handelen met de Mbw. Daarmee is niet gezegd dat het toestaan van het veroorzaken van schade door gebruik te maken van deze toestemming dan tevens als rechtmatig zou moeten worden gezien. Als de vordering is gebaseerd op het leerstuk van onrechtmatige hinder, blijft een beoordeling van rechtmatigheid van de besluitvorming achterwege. De burgerlijke rechter beoordeelt niet of de minister dit besluit in deze vorm had mogen nemen, dat is aan de bestuursrechter. Hij beoordeelt enkel of het veroorzaken van schade, uitgaande van de rechtmatigheid van de publiekrechtelijke toestemming, als een zelfstandige onrechtmatige daad jegens – in dit geval – de omwonenden heeft te gelden. Beoordeling van de rechtmatigheid van de instemmingsbesluiten, is daarvoor ook niet nodig. Immers, de burgerlijke rechter dient weliswaar uit te gaan van de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van besluiten met formele rechtskracht, maar is niet gebonden aan de inhoudelijke overwegingen die een bestuursorgaan aan zijn besluiten ten grondslag heeft gelegd.^[15] Dus ook wanneer de bestuursrechter een instemmingsbesluit en daaraan ten grondslag liggende belangenafweging in stand laat, betekent dat niet dat de burgerlijke rechter ervan dient uit te gaan dat het veroorzaken van schade door gebruik te maken van de instemming, niet kan gelden als een onrechtmatige daad jegens de benadeelde. Ook kan de burgerlijke rechter het publiekrechtelijke kader onderzoeken teneinde te kunnen beoordelen of het gebruik maken van de publiekrechtelijke toestemming naar maatschappelijke opvatting als hinder dient te worden beschouwd. Hij mag echter niet de rechtmatigheid van dat besluit beoordelen en ten grondslag leggen aan het vonnis.

De Hoge Raad lijkt te stellen dat ondanks de “rechtsgeldigheid, en dus onaantastbaarheid” van het instemmingsbesluit, de Staat onrechtmatig kan handelen als gevolg van het winningsplan zelf. Hiermee wordt het winningsplan als een onrechtmatige daad van de Staat jegens de omwonenden aangewezen, dit terwijl het winningsplan niet is vastgesteld door de Staat. De minister kan enkel instemmen al dan niet onder het stellen van voorwaarden of niet instemmen. Meer keuzes zijn er niet. Hoe de Staat dan toch onrechtmatig kan handelen, wordt niet duidelijk uit r.o. 2.8.5. Voor zover de Hoge Raad met r.o. 2.8.5 de weg zou willen openen voor toetsing van de rechtmatigheid van onherroepelijke besluiten, voor zover het een aantasting van de rechten van belanghebbenden betreft, lijkt mij dat niet juist. Het volgt niet uit r.o. 2.8.4 waarin staat dat van de burgerlijke rechter niet wordt gevraagd een oordeel te geven over de rechtmatigheid van die besluiten, volgt niet uit r.o. 2.5.8, is in strijd is met de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, de specialisatiegedachte en het concordantiebeginsel, en is dus in strijd met alle redenen die voor de Hoge Raad destijds de aanleiding hebben gevormd het leerstuk te introduceren.^[16]

6. Geen formele rechtskracht bij voor de omwonende onbekend risico's

De Hoge Raad doet er vervolgens een schepje bovenop door in 2.8.6 een nieuwe uitzondering op het leerstuk van de formele rechtskracht te introduceren:

'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.'

Het eerste deel van deze alinea verwijst naar de hiervoor weergegeven vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat een vergunninghouder – maar dat geldt ook voor derden – er in beginsel van uit kunnen gaan dat een vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de volgens de wet in aanmerking te nemen belangen door het bestuursorgaan volledig en op juiste wijze zijn afgewogen.

De crux zit in het tweede deel van deze alinea. In redelijkheid zou niet van een burger kunnen worden verwacht dat hij beroep instelt bij de enkele vrees dat bepaalde risico's bestaan opdat het bestaan van deze risico's nader kan worden onderzocht.

Naar mijn mening heeft de Hoge Raad hiermee een hellend vlak geïntroduceerd. De Hoge Raad stelt dat alleen indien de gevolgen van een besluit inzichtelijk zijn voor een belanghebbenden van hen kan worden gevergd gebruik te maken van

bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Dit zou de weg openen naar een grote hoeveelheid claims uit onrechtmatige overheidsdaad bestaande uit het nemen van een onrechtmatig besluit, die tot op heden afstuiten op de formele rechtskracht. Met name bij besluiten op het gebied van het omgevingsrecht is het niet ongebruikelijk dat er (milieu)risico's zijn verbonden aan de verleende vergunning (denk aan een omgevingsvergunning voor een inrichting waar wordt gewerkt met toxische stoffen). De besluitvormingsprocedure is er nu juist op gericht om alle relevante feiten en belangen, waaronder de risico's, in kaart te brengen. Indien een belanghebbende van mening is dat dit niet of niet op juiste wijze is gebeurd of meent dat de waardering van de bestaande risico's niet juist is, dient de belanghebbende zich tot de bestuursrechter te wenden die kan beoordelen of de procedure op zorgvuldige wijze is doorlopen en of het besluit rechtmatig is. Indien dat het geval is, dan verkrijgt het besluit formele rechtskracht. De Hoge Raad lijkt hiervan nu afstand te nemen.

De Hoge Raad gaat zelf nog een stapje verder en meent ook dat achteraf de afweging van belangen ter discussie zou kunnen worden gesteld:

'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.'

De Hoge Raad introduceert hiermee een nieuwe uitzondering op het leerstuk van de formele rechtskracht: de formele rechtskracht staat niet in de weg aan een oordeel van de burgerlijk rechter indien onaanvaardbaar tekort zou worden gedaan een behoorlijke rechtsbescherming van die derde. Was dit nu nodig om het door de Hoge Raad beoogde doel te bereiken? Naar mijn mening niet. Immers, de formele rechtskracht strekt zich uit tot de rechtmatigheid van het besluit maar de schadelijke gevolgen van het gebruikmaken van dit besluit worden niet gedekt door de formele rechtskracht. Ook wordt de aansprakelijkheid van de Staat wegens – kort gezegd – het niet of niet tijdig treffen van maatregelen niet beperkt door de formele rechtskracht. Gelukkig niet, dat zou pas echt onaanvaardbaar tekortdoen aan een behoorlijke rechtsbescherming. Wat hier ook van zij, de Hoge Raad creëert hier de mogelijkheid dat op grond van nieuwe feiten en voortschrijdend inzicht de rechtmatigheid van een (soms jaren geleden genomen) besluit zou kunnen worden beoordeeld door de burgerlijke rechter. Een onrechtmatigheidsoordeel tast weliswaar niet de geldigheid van het besluit aan, maar opent wel de weg naar een meer omvangrijke aansprakelijkheid van de overheid en ik vraag mij af of dat de bedoeling van de Hoge Raad is geweest.

7. Even iets anders: de conclusie van de A-G

De conclusie van Advocaat-Generaal Wattel wijkt inhoudelijk af van de beslissing van de Hoge Raad.^[17] Allereerst is hij naar mijn mening terecht van oordeel dat beantwoording van de gestelde vraag niet noodzakelijk is voor de beoordeling van het geschil. Verder is hij van mening dat het leerstuk van de formele rechtskracht en de uitzonderingen daarop voldoende duidelijk uit vaste rechtspraak volgen zodat artikel 393 lid 8 Rv, aan beantwoording in de weg staat. Vanwege het belang in andere zaken, beantwoordt Wattel de vraag toch. Hij geeft een kort overzicht van het leerstuk en de uitzonderingen die daarop kunnen worden gemaakt. Vervolgens geeft hij een aantal gezichtspunten, waarbij met name de volgende passage 'food for thought' bevat.

'Een categorie doorbrekingen van formele rechtskracht die in het Nederlandse recht nog niet is doorgedrongen maar in het internationale recht wel, is die waarin instellen van bezwaar of beroep zinloos zou zijn geweest omdat bij voorbaat zou hebben vastgestaan dat het afgewezen zou worden (EHRM Salah Sheekh) of anderszins redelijkerwijs niet van de belanghebbende kon worden gevergd dat hij zijn schade zou beperken door rechtsmiddelen in te stellen (HvJ EU Danske Slagterier). Denkbaar is dat het tot de beving bij Huizinge in 2012 geen zin had om op grond van aardbevingsveiligheidsrisico's te proberen de bestuursrechter ervan te overtuigen dat de minister van EZ preventieve beschermingsmaatregelen voor bewoners moest nemen, of dat tot die beving van bewoners redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat zij schade waarvan de Staat tot dat moment stelde dat die zich niet of nauwelijks zou kunnen voordoen, zouden proberen te beperken door instelling van rechtsmiddelen tegen een instemmingsbesluit.'

A-G Wattel beproeft hiermee de introductie van een nieuwe uitzondering op de formele rechtskracht. Er kan een uitzondering gemaakt worden indien instellen van bezwaar of beroep zinloos zou zijn geweest omdat bij voorbaat zou hebben vastgestaan dat het afgewezen zou worden of waarin redelijkerwijs niet van de belanghebbende kan worden gevergd dat hij mogelijke schade zou proberen te beperken door rechtsmiddelen in te stellen. Naar mijn mening wordt hiermee geen nieuwe uitzondering geïntroduceerd. Indien door of namens het bestuursorgaan wordt medegedeeld dat het instellen van bezwaar of beroep geen zin heeft (om welke reden dan ook) dan kan een burger redelijkerwijs niet worden verweten deze mededeling serieus te hebben genomen. Deze burger is dan op het verkeerde been gezet. Uit de beperkte feitenweergave in de conclusie en de beslissing van de Hoge Raad is op te maken dat het aardbevingsrisico door de overheid gedurende lange tijd is ontkend of gebagatelliseerd. Onder die omstandigheden lijkt het mogelijk om een

uitzondering aan te nemen op de formele rechtskracht, is de suggestie van de A-G. Ik kan dit volgen indien het gaat om expliciete mededelingen van het bevoegd gezag dat er geen aardbevingsrisico bestaat en het ontbreekt aan voor de omwonenden kenbare indicaties dat er wel degelijk sprake is van risico.

Meer moeite heb ik met een uitzondering die zou zijn gebaseerd op het niet beperken van schade door het instellen van een rechtsmiddel. Dit heb ik in mijn VAR-advies van dit jaar aan de hand van een vergelijking met voornamelijk het Duitse recht uiteengezet.^[18] In de ons omringende landen bestaat geen leerstuk dat vergelijkbaar is met de formele rechtskracht. Dat betekent niet dat er geen gevolgen worden verbonden aan het niet instellen van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen. Indien geen gebruik wordt gemaakt van bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan dit onder omstandigheden leiden tot gehele of gedeeltelijke afwijzing van de vordering door de burgerlijke rechter indien het instellen van dit rechtsmiddel tot succes had kunnen leiden. Dit wordt de Vorrang des Primärrechtsschutzes genoemd. Echter, wanneer de burgerlijke rechter tot het oordeel komt dat het instellen van een rechtsmiddel kansloos zou zijn geweest (om welke reden dan ook), wordt aan de benadeelde partij geen eigen schuld verweten. Ik vond en vind dit geen alternatief voor de formele rechtskracht en ook vormt het geen reden om een uitzondering aan te nemen, omdat het uitgaat van een beoordeling achteraf door de burgerlijke rechter. In ons stelsel van rechtsbescherming dienen besluiten te worden beoordeeld door de gespecialiseerde bestuursrechter.

8. Wat is er nu veranderd?

Wat betekent dit nu voor het leerstuk van de formele rechtskracht en de rechtspraak van de burgerlijke rechter? Kan op de oude voet door worden gegaan of vergt de prejudiciële beslissing een drastisch andere beoordeling? Voorop staat dat het oordeel van de Hoge Raad geplaatst moet worden in de context van het aardbevingsrisico. De Hoge Raad spreekt over vergunde activiteiten waarmee schade kan worden toegebracht aan personen of zaken, waarbij schade moet worden gezien als personenschade of zaakschade en niet schade in de zin van (zuivere) vermogensschade in het algemeen. Daarmee zou het toepassingsbereik van de door de Hoge Raad geïntroduceerde uitzondering gering kunnen zijn, ondanks de soms zeer algemene bewoordingen die de Hoge Raad in de beslissing hanteert. Wel kan de beslissing van de Hoge Raad leiden tot allerhande pogingen de toetsing van de burgerlijke rechter van besluiten uit te breiden tot allerlei niet voorziene gevolgen van een onherroepelijk besluit.

De klassieke formele rechtskrachtkwestie blijft ongewijzigd bij een besluit inhoudende een weigering. Een burger die de weigering van een subsidie, een uitkering of een omgevingsvergunning bestuursrechtelijk niet aanvecht, zal in de prejudiciële beslissing geen relevante aanknopingspunten vinden om via de burgerlijke rechter de rechtmatigheid van die onherroepelijke weigering te laten beoordelen.

Hoe zit dan nu met een besluit inhoudende een verlening van een vergunning? Zou een belanghebbende die om hem of haar moverende redenen geen gebruik heeft gemaakt van de openstaande bestuursrechtelijke rechtsmiddelen een vordering bij de burgerlijke rechter aanhangig kunnen maken uit onrechtmatige daad. De onderbouwing van die vordering zou dan kunnen zijn dat de rechtsgeldige en dus onaantastbare verlening van de vergunning niet betekent dat de aantasting van rechten als rechtmatig moet worden gezien. Dit is in strijd met vaste rechtspraak van de Hoge Raad tot op heden, maar de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad lijkt ruimte te bieden voor deze gedachte.

Onduidelijkheid kan ook ontstaan is in die gevallen waarin de grondslag van de vordering niet is gelegen in de onrechtmatigheid van een besluit. In die gevallen zou het oordeel van de burgerlijke rechter wel kunnen impliceren dat het besluit waaraan formele rechtskracht toekomt, onjuist is of gebrekkig tot stand gekomen. Het door de Hoge Raad gebruikte woord 'impliceren' doet vermoeden dat de burgerlijke rechter geen uitdrukkelijk oordeel mag vellen over de rechtmatigheid van een besluit dat formele rechtskracht heeft verkregen, maar bij het beoordelen van de grondslag van de vordering (een feitelijke handeling, een overeenkomst) zulks wel zou mogen impliceren, doch dat kan weer niet in het dictum worden opgenomen. Los van de vraag met welke bewoordingen de burgerlijke rechter dat dan zou mogen of kunnen doen, hiermee tomt de Hoge Raad wel aan het uitgangspunt dat de burgerlijke rechter bij een besluit dat formele rechtskracht heeft, uit dient te gaan van de rechtmatigheid van het besluit voor wat betreft de inhoud als de wijze van totstandkoming. De reden voor deze nuancering is mij onduidelijk omdat – en daar is de Hoge Raad dan weer wel duidelijk in – de grondslag van de vordering niet kan zijn de onrechtmatigheid van het besluit. De benadeelde partij schiet er dus niets mee op.

9. Gevolgen voor de bestuursrechter?

Ook de bestuursrechter past het leerstuk van de formele rechtskracht toe. Bij kwesties rondom overheidsaansprakelijkheid trachten de hoogste rechtscollages de rechtspraak voor zover mogelijk op elkaar aan te sluiten, zie de onderlinge afstemming bij de beoordeling van het causaal verband (*Hengelo/Wevers*, *UWV/X*, *Biolicious* en *Medemblik*^[19]). Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad de beantwoording van de prejudiciële vraag niet op vergelijkbare wijze heeft afgestemd met de Afdeling, CBb en CRvB, zozeer wijkt de beantwoording van vraag 4 af van de rechtspraak tot op

heden. De gevolgen voor de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters lijken overigens geringer te zijn omdat de bestuursrechter zich veelal uitspreken over schade als gevolg van appellabele besluiten en niet over een vordering tot schadevergoeding die het gevolg is van het gebruikmaken van een onherroepelijke vergunning.^[20] Bij de aansprakelijkheid voor voorbereidingshandelingen zou het woord 'impliceren' overigens wel relevant kunnen zijn.

10. Conclusie

Naar mijn mening heeft de Hoge Raad zich met de beantwoording van de vraag over de formele rechtskracht geen goede dienst bewezen. De prejudiciële beslissing roept vele vragen op en dat lijkt mij nu juist niet de bedoeling van een dergelijke beslissing.

In mijn inleiding heb ik aangegeven dat vraagstelling die voorlag was of de formele rechtskracht van de instemmingsbesluiten in de weg stond aan aansprakelijkheid van de Staat, maar dat niet aansprakelijkheid betreft voor het nemen van de instemmings- en goedkeuringsbesluiten, maar de aansprakelijkheid voor het niet of niet tijdig ingrijpen om schade als gevolg van aardbevingen te voorkomen. Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de formele rechtskracht niet in de weg staat aan aansprakelijkheid voor zover deze niet is gebaseerd op de onrechtmatigheid van een besluit dat formele rechtskracht heeft. Dit geval doet zich hier nu voor en de Hoge Raad had met deze constatering kunnen volstaan. De rechtspraak van de Hoge Raad bood en biedt voldoende tevens mogelijkheden om een vergunninghouder aansprakelijk te stellen voor schade of hinder die wordt veroorzaakt door een onherroepelijk geworden toestemming, instemming of vergunning.

Voor zover de Hoge Raad met r.o. 2.8.5 en 2.8.6 de weg zou willen openen voor toetsing van de rechtmatigheid van onherroepelijke besluiten, voor zover het een aantasting van de rechten van belanghebbenden betreft of bij niet op voorhand niet goed in te schatten en te waarderen risico's, lijkt mij dat onwenselijk. Het is strijdig met r.o. 2.8.4 waarin staat dat van de burgerlijke rechter niet wordt gevraagd een oordeel te geven over de rechtmatigheid van die besluiten, is strijdig met de rechtsmachtsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, de specialisatiegedachte en het concordantiebeginsel, en is dus strijdig met alle redenen die voor de Hoge Raad destijds de aanleiding hebben gevormd het leerstuk te introduceren.

De Hoge Raad lijkt ook van mening te zijn dat de Staat aansprakelijk kan zijn voor schade of hinder als gevolg van het gebruik maken van een onherroepelijke vergunning door een derde, indien later blijkt dat er – destijds voor belanghebbende onbekende, maar voor de overheid wel bekende – wezenlijke risico's aan het gebruik kleven. Dit lijkt mij een onaanvaardbare strijd op te leveren met het rechtszekerheidsbeginsel.

Ik sluit af met het uitspreken van de hoop en verwachting dat de reikwijdte en strekking van prejudiciële beslissing van de Hoge Raad beperkt is en dient te worden geplaatst in het kader van de beantwoording van de vraag of de formele rechtskracht in de weg staat aan aansprakelijkheid van de Staat wegens het niet of niet tijdig ingrijpen om schade als gevolg van aardbevingen te voorkomen. Met het ontkennende antwoord op deze vraag stem ik volledig in. Jammer dat de Hoge Raad het hier niet bij heeft gelaten. De toekomst zal uitwijzen of de Hoge Raad inderdaad heeft beoogd de reikwijdte en strekking van de formele rechtskracht te beperken.

Voetnoten

[1]

B.J.P.G. (Bart) Roozendaal is advocaat bij AKD te Breda. Dank aan Stefan van de Sande voor zijn waardevolle opmerkingen bij het concept van deze bijdrage.

[2]

Hoge Raad 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.

[3]

De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn eigen rechtspraak HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2674, r.o. 3.3, derde alinea, HR 3 februari 2006 (*Kaveka/Apeldoorn*), ECLI:NL:HR:2006:AU3253, r.o. 3.3.2 (*Staat/SFR*).

[4]

Zie T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtsvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht', VAR-reeks 162, p. 83.

[5]

Wellicht heeft de Hoge Raad het oog gehad op kwesties waarbij een belanghebbende niet-ontvankelijk is verklaard wegens het ontbreken van een rechtens vereist belang, zoals in *Staat/SFR*, maar de nu gebruikte bewoordingen zijn veel te algemeen van aard.

[6]

HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, r.o. 3.6.5.

[\[7\]](#)

HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7898, r.o. 3.3.

[\[8\]](#)

HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3625, r.o. 3.3.7.

[\[9\]](#)

HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1863.

[\[10\]](#)

HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774.

[\[11\]](#)

In r.o. 2.8.4 noemt de HR alle mogelijke maatregelen, dus bestaande zowel in wetgeving, beleid en besluiten, als in feitelijk handelen. Dit lijkt aan te sluiten bij de positieve verplichtingen van de Staat onder 2, 3 en 8 EVRM (regulatory framework etc.). Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004 (*Öneryıldiz*), 28 februari 2012 (*Kolyadenko*), 20 maart 2008 (*Budayeva*) en 16 oktober 2003 (*Fadeyeva*).

[\[12\]](#)

HR 10 maart 1972, *NJ* 1972/278.

[\[13\]](#)

HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823.

[\[14\]](#)

ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1422 (*Gemert-Bake*).

[\[15\]](#)

HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:1 en ECLI:NL:HR:2018:12 (*Chemours*).

[\[16\]](#)

Zie hierover zeer uitgebreid het preadvies van de VAR 2019: De toekomst van de formele rechtskracht. Indien de beslissing van de Hoge Raad enkel ziet op gevallen waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen een plan en de wettelijke vereiste instemming hiermee, dan lijkt het toepassingsbereik overigens wel beperkt.

[\[17\]](#)

HR 10 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:496.

[\[18\]](#)

'Een andere kijk op de formele rechtskracht', VAR-reeks 162, p. 146 en 186 e.v.

[\[19\]](#)

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 (*Hengelo/Wevers*); HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18 (*UWV/X*); ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462 (*Biolicious*) en ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1429 (*Medemblik*).

[\[20\]](#)

Wellicht zou de prejudiciële beslissing wel van belang kunnen zijn bij artikel 8:88 lid 1 onder b, onrechtmatige voorbereidingshandelingen.