

# Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht

**39** De recente uitspraken van de Hoge Raad over de Groningse aardbevingsschade en die van de Afdeling bestuursrechtspraak over het terugvorderen van toeslagen voor kinderopvang hebben meer met elkaar te maken dan menigeen op voorhand zal denken. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling kiest daarin namelijk – terecht – voor een verdere versoepeling van de leer van de formele rechtskracht van besluiten. Een leer die vaak wordt bekritiseerd vanwege de onnodig onbillijke uitkomsten daarvan in sommige zaken.

Op basis van de leer van de formele rechtskracht moeten – kort gezegd – niet (tijdig) of zonder succes bij de bestuursrechter aangevochten besluiten rechtmatig en onaantastbaar worden geacht. Dit geldt ook wanneer later blijkt dat deze besluiten qua inhoud of wijze van totstandkoming een rechtmatigheidstoets niet (meer) zouden doorstaan. Ratio daarvan is met name de rechtszekerheid van bij dergelijke besluiten betrokken (derde) partijen (zij moeten vanaf enig moment kunnen vertrouwen op een besluit) en de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter (het is ongewenst wanneer de civiele rechter zich in het kader van een rechtmatigheidstoets op het terrein van de bestuursrechter begeeft die bovendien vaak meer gespecialiseerd is).

Er zijn altijd wel uitzonderingen aangenomen op de leer van de formele rechtskracht maar deze waren lange tijd zeer beperkt. Daarbij moet worden gedacht aan de situatie waarin het de belanghebbende niet kan worden aangerekend dat hij geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwendde, bijvoorbeeld omdat hij over het bestaan daarvan door de overheid op het verkeerde been werd gezet (PHR:1986:AC9347). Een andere uitzondering is aan de orde wanneer de overheid erkent dat een niet aangevochten besluit rechtens onjuist is (HR:1993:ZC1006). Recent werden op grond van het evenredigheidsvereiste eveneens uitzonderingen aanvaard in geval van ketenbesluitvorming (RVS:2019:466). Op basis daarvan leidt het niet opkomen tegen een sanctiebesluit er niet meer automatisch toe dat ook het latere, daarop gebaseerde terugvorderingsbesluit rechtmatig moet worden geacht.

Geen uitzondering op de leer van de formele rechtskracht werd aangenomen in een procedure ter verkrijging van schadevergoeding van de staat aangespannen door slachtoffers van de Enschedese vuurwerkramp. Zij hadden de betreffende vergunning voor de opslag van vuurwerk bij de verlening niet aangevochten zodat de rechtmatigheid daarvan vaststond. Dit terwijl na de explosie was gebleken dat deze vergunning vanwege veiligheidsrisico's niet had mogen worden verleend (GHSGR:2010:BN4316). Evenmin werd een uitzondering aangenomen voor gedupeerden van de strenge en – in combinatie met bestuurlijke boetes – zeer kostbare verplichting een alcoholslot in te bouwen. Hoewel de Afdeling, na vele jaren de betreffende besluiten rechtmatig te hebben geacht, uiteindelijk omging en nieuwe besluiten vernietigde wegens onevenredigheid, konden de oude gevallen daarvan niet profiteren (RVS:2015:622). De Afdeling sloot namelijk de deur voor herziening van de desbetreffende besluiten en de Hoge Raad oarmde dat in

feite door geen uitzondering op de formele rechtskracht aan te nemen (HR:2017:58). Daarmee bleven naar de nieuwe maatstaven evident onrechtmatige besluiten in stand zonder dat de gedupeerden hun schade konden verhalen. Een en ander bleef vanwege de onbillijkheid daarvan terecht niet zonder kritiek (vgl. Drion, *NJB* 2017/308; VAR Preadviezen 2019; Kortmann, *NTB* 2019/19).

Gelet op deze kritiek is het mooi dat de Hoge Raad en de Afdeling recent belangrijke versoepelingen van de leer van de formele rechtskracht hebben geïntroduceerd, waarbij het van belang is dat zij waken over de rechtszekerheid van betrokken derden, niet overheidspartijen. In de uitspraak over de Groningse aardbevingsschade introduceert de Hoge Raad een verschil tussen de rechtsgeldigheid van een besluit en de *rechtmatigheid* daarvan (HR:2019:1278). Dit om daarmee in deze zaak de slachtoffers, ondanks het feit dat zij de aardgaswinningsbesluiten niet (met succes) aanvochten, toch perspectief te bieden op schadevergoeding van de overheid. Daarbij is voor de Hoge Raad relevant dat burgers moeten kunnen vertrouwen op een zorgvuldige belangenafweging door de overheid ten aanzien van de winningsbesluiten ook wanneer zij geen rechtsmiddelen aanwenden. Verder speelt een rol dat een grote groep gedupeerden niet kon opkomen tegen de desbetreffende besluiten omdat zij toen nog niet in het gebied woonden. En in de toeslagenzaak kiest de Afdeling de nieuwe lijn dat oude gevallen eveneens moeten kunnen profiteren van nieuwe jurisprudentie waarin de wet op een andere, voor met terugvordering geconfronteerde burgers, veel gunstigere manier wordt uitgelegd dan daarvoor (RVS:2019:3535; vgl. eerder CRVB:2019:659). Niet langer betekent een kleine fout in de administratie automatische terugvordering van de hele toeslag. Dat zou namelijk onevenredig kunnen uitpakken.

En mogelijk blijft het niet bij deze versoepelingen. AG-Wattel wijst in de aardbevingszaak ook nog op twee categorieën van doorbreking van formele rechtskracht, die in het Nederlandse recht nog geen voet aan de grond kregen maar in het EU- en EVRM-recht wel (PHR:2019:496). Dit betreft gevallen waarin het instellen van beroep zinloos zou zijn geweest omdat bij voorbaat zou hebben vastgestaan dat het afgewezen zou worden of waarin redelijkerwijs niet van de belanghebbende kon worden gevergd dat hij mogelijke schade zou proberen te beperken door rechtsmiddelen in te stellen. Mogelijk biedt het Hof van Justitie hierover binnen afzienbare tijd meer duidelijkheid naar aanleiding van vragen van de Afdeling in de *Purmerend*-zaak (RVS:2019:260).

De versoepeling van de leer van de formele rechtskracht betekent met name voor de overheid en de rechtspraak meer werk aan de winkel. Vaker zullen bestuursorganen en rechters zich in al eerder afgesloten procedures moeten buigen over de vraag of een bepaald besluit al dan niet toch moet worden herzien of dat er schadevergoeding moet worden betaald. Dat kan onder omstandigheden ook in de papieren lopen. Maar dat is een prijs die een billijker bestuursrecht waard is.

**Tom Barkhuysen**