Tijd voor verandering

VAR-reeks
148

Tijd voor verandering

Over overgangsrecht

Preadviezen uitgebracht door

Prof. mr. M.J. Jacobs
Prof. dr. H.E. Bröring
Prof. dr. C.W. Backes
Mr. dr. M.R.T. Pauwels

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 20 mei 2012

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2012

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 148

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2012 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-640-5
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Introductie 7

Overgangsrecht in Nederlandse en Europese regelgeving 15
Prof. mr. M.J. Jacobs

Beleidswijziging: het spel, de regels en het vertrouwen 63
Prof. dr. H.E. Bröring

Dynamisch omgevingsrecht 123
Prof. dr. C.W. Backes

Fiscaal overgangsrecht: balanceren tussen verandering en rechtszekerheid 187
Mr. dr. M.R.T. Pauwels

Bestuur en ereleden 245

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR 247

Introductie

De preadviezen voor het jaar 2012 gaan over wijziging van wetgeving, beleid en beschikkingen. Bij wijziging van wetgeving, beleid en beschikkingen kunnen de belangen van burgers in de knel komen. De wetgever, de beleidsmaker en het bestuursorgaan dat de beschikking neemt, kunnen met die belangen rekening houden door overgangsrecht op te nemen. Maar als een dergelijke overgangsregeling achterwege blijft, of niet erg ruimhartig is, kan er spanning ontstaan met op basis van de oude wetgeving, beleidsregel of beschikking gewekte verwachtingen. Andersom kan een te ruime opvatting over 'bestaande rechten' en het moeten rekening houden met verwachtingen de slagvaardigheid van de wetgever of het bestuur verminderen en wellicht zelfs in strijd komen met unierechtelijke verplichtingen.

Deze problematiek openbaart zich op verschillende niveaus. Vanuit de positie van wetgever en bestuur spelen vragen een rol als: Hoe krijgen wij zicht op de betrokken individuele belangen, welke afweging moet gemaakt worden tussen het algemeen belang en het individuele belang, en welke techniek wordt toegepast om burgers tegemoet te komen die door de nieuwe regeling in hun belangen getroffen worden? De burger wordt geconfronteerd met vragen als: Kan ik al onder een nu geldend gunstig regime garanties krijgen dat dit regime niet vroegtijdig wordt ingetrokken? Hoe kan ik zo vroeg mogelijk invloed uitoefenen op een voor mij nadelig besluitvormingsproces? En hoe en wanneer kan ik mijn zaak aan de rechter voorleggen? De rechter, ten slotte, wordt geconfronteerd met vragen omtrent de reikwijdte van zijn rechtsvormende taak, de invloed van ongeschreven rechtsbeginselen, in verdragen neergelegde mensenrechten, EU-rechtelijke eisen aan overgangsrecht en de wijze waarop compensatie kan worden geboden aan een burger wiens individuele belangen in de knel zijn gekomen.

De hierboven opgeworpen vragen hebben te maken met overgangsrecht en de bescherming van verworven rechten en gewekte verwachtingen. Zowel het een als het ander is van aanhoudend belang. Op alle bestuursrechtelijke terreinen worden met een zekere – niet zelden hoge – frequentie nieuwe regels ingevoerd, wat vaak vergezeld gaat van overgangsrecht. Reeds daarom is de onderwerpskeuze voor de VAR-jaarvergadering van 2012 gerechtvaardigd. En ook op het terrein van het algemeen deel van het bestuursrecht worden regelmatig veranderingen doorgevoerd en is overgangsrecht aan de orde.[1] Nu de overheid door sterk opgelopen begrotingstekorten gedwongen is om stevig te bezuinigen en de verschuiving van een centrum-links kabinet naar een centrum-rechts kabinet belangrijke ombuigingen in

1 Een mooi voorbeeld geeft ABRvS 1 juni 2011, *AB* 2011, 296, over overgangsrecht met betrekking tot de Vierde tranche van de Awb (artikel IV), meer in het bijzonder de toepasselijkheid van het nieuwe handhavingsrecht op lopende gevallen.

het beleid meebrengt, zijn de hiervoor omschreven en aanverwante vragen bijzonder actueel en extra relevant: op vrijwel alle terreinen worden bezuinigingen doorgevoerd die burgers treffen (en die hen wellicht zullen aanzetten tot een gang naar de rechter). Die relevantie betreft niet alleen het microniveau van individuele gevallen. Op macroniveau is het vertrouwen van de burger in de overheid en in politiek en recht in het geding.

In tijden van bezuinigingen betekenen veel nieuwe maatregelen voor betrokkenen een achteruitgang in rechtspositie. Willekeurige actuele voorbeelden zijn de forse bezuinigingen op het terrein van de cultuur (vermindering of beëindiging subsidies) en de boeteregeling voor langstudeerders (vergelijkbaar met de bekende Harmonisatiewetkwestie die speelde aan het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw). Sommige maatregelen zijn voor hen juist gunstig. Te denken valt aan tijdelijke begunstigende maatregelen ter stimulering van de economie in crisistijd. Ook dergelijke maatregelen roepen soms vragen van overgangsrechtelijke aard op: Is het acceptabel dat burgers die in de ene maand een omgevingsvergunning voor bouwen aanvragen of een huis kopen een (fiscaal) voordeel genieten, en burgers die dat in een andere maand doen niet? Soortgelijke vragen rijzen bij een maatregel als de tijdelijke deeltijd-WW.

Een constante van het recht is dat wetgeving, beleid en beschikkingen gewijzigd kunnen worden, waarbij beschikkingen in het algemeen vaker gewijzigd worden dan beleid, en beleid weer vaker dan wetgeving. De redenen van de wijzigingen lopen uiteen. De preadviezen spitsen zich toe op veranderingen die met gewijzigde politieke of beleidsmatige inzichten te maken hebben. Zij zien daarom op veranderingen op het niveau van wetgeving of beleid en de gevolgen daarvan. Wijzigingen van beschikkingen die uitsluitend uit nieuw gebleken feiten of een verandering in de feitelijke omstandigheden voortvloeien, dus zonder dat enige verandering van wetgeving of beleid aan de orde is, vallen buiten het onderwerp van de preadviezen. Wijzigingen louter in verband met naderhand gebleken onjuiste informatie, zoals herzienings- en terugvorderingsbeschikkingen die te maken hebben met schending van een inlichtingenplicht, blijven dus buiten beschouwing.

De preadviezen spitsen zich toe op veranderingen van wetgeving en beleid. Dergelijke veranderingen kunnen ook betrekking hebben op de bestraffing (beboetbaarheid) van bepaalde gedragingen en de hoogte van bestraffende sancties (boetes). Het bijbehorende overgangsrecht is dan van een geheel eigen aard. Denk aan het bijzondere gewicht van het rechtszekerheidsbeginsel zoals dit tot uiting komt in onder meer het verbod van terugwerkende kracht van artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR (vergelijk voorts artikel 16 Gw, artikel 5:4 lid 2 Awb en artikel 1 lid 1 Sr) en de *lex mitior*, die toepassing van de meest gunstige bepaling voorschrijft ingeval een wettelijke bepaling na de overtreding is gewijzigd (vergelijk artikel 5:46 lid 2 Awb dat verwijst naar artikel 1 lid 2 Sr). In het preadvies van Jacobs over de positie van de wetgever zal op dit onderwerp worden ingegaan.

De toespitsing op gewijzigde politieke of beleidsmatige inzichten zoals deze in veranderingen op het niveau van wetgeving of beleid en de doorwerking daarvan in beschikkingen tot uiting komen, betekent dat geen aandacht wordt besteed aan rechterlijk overgangsrecht. Vragen van rechterlijk overgangsrecht spelen niet alleen bij (expliciete) wijziging van jurisprudentie ('omgaan van de rechtspraak'),

maar kunnen ook aan de orde zijn bij rechterlijke rechtsontwikkeling en wanneer een wettelijke bepaling in strijd wordt geacht met een hogere rechtsnorm. Enerzijds zijn duidelijk parallellen te trekken met het onderwerp van de preadviezen omdat bij rechterlijk overgangsrecht gedeeltelijk dezelfde aspecten en overwegingen – zoals hoe om te gaan met gewekte verwachtingen – een rol spelen als bij verandering van wetgeving en beleid. Anderzijds is er een duidelijk verschil wat betreft de context; zo raakt de problematiek van rechterlijk overgangsrecht aan vragen over de positie van de rechter als rechtsvormer en aan het vraagstuk of rechterlijke uitspraken declaratoir of constitutief zijn.[2] Om die reden verdient het onderwerp afzonderlijk bespreking en wordt het in de preadviezen niet behandeld.

Wijziging van jurisprudentie en wijziging van wetgeving of beleid zijn overigens wel van elkaar te onderscheiden, maar niet steeds goed te scheiden. Denk aan de situatie waarin een bestaande wet naar aanleiding van een verdragswijziging verdragsconform wordt geïnterpreteerd. Meer in het algemeen kunnen internationaalrechtelijke uitspraken tot wijziging van nationale wetgeving en nationaal beleid noodzaken, waardoor overgangsrechtelijke vragen zich aandienen.[3]

Deze aanduiding en afbakening van het onderwerp komt erop neer dat de preadviezen in hoofdzaak gaan over wijziging van wetgeving en beleid, en over de gevolgen van deze wijziging voor beschikkingen. Bij 'wijziging' moet naast verandering van bestaand(e) wetgeving of beleid worden gedacht aan de invoering van nieuw(e) wetgeving of beleid of juist het schrappen van bestaand(e) wetgeving of beleid. Bij vrijwel al deze wijzigingen rijzen overgangsrechtelijke vragen. Evenzo is duidelijk dat deze wijzigingen op alle domeinen van het bestuursrecht aan de orde van de dag zijn en dat de bijbehorende vragen van overgangsrecht voor al deze domeinen relevantie hebben.

Teneinde zoveel mogelijk aan de bestuursrechtelijke variëteit recht te doen, is gekozen voor twee algemene preadviezen, over wetgever en overgangsrecht respectievelijk bestuur en beleidswijziging, en twee preadviezen op beleidsterreinen die in een aantal opzichten als tegenpolen kunnen worden aangemerkt: het fiscale (financieel, gebonden, twee partijen) en het omgevingsrecht (niet-financieel, beoordelings- en beleidsvrijheid, meer partijen). Alvorens de vier preadviezen nader te introduceren, volgen hieronder een paar opmerkingen over aspecten en begrippen die voor het onderwerp in het algemeen van betekenis zijn. Daarmee wordt enerzijds beoogd het onderwerp van de preadviezen nader in te leiden en anderzijds de onderlinge afstemming van de preadviezen te bevorderen.

Het eerste algemene aspect van het onderwerp overgangsrecht en de bescherming van verworven rechten en gewekte verwachtingen laat zich samenvatten in de begrippen vertrouwen en betrouwbaarheid en daarmee samenhangende aspecten als legitimatie en rechtvaardigheid. Met wijziging van rechtsposities staat het

---

2 Zie voor dit alles O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. KU Brabant), 2001, en J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie', in: *Tijd en onzekerheid* (BW-krant Jaarboek 16, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 11-26.

3 Zie hierover bijvoorbeeld de nota van het ministerie van SZW, *Doorwerking internationaal-rechtelijke uitspraken in de nationale praktijk en wetgeving*, november 2003.

vertrouwen van burgers in de overheid en het recht, en de betrouwbaarheid van de overheid en het recht, op het spel. In de Nota Vertrouwen in wetgeving wordt geconstateerd dat voor het vertrouwen in de overheid essentieel is dat wetgeving 'bestendig is en mensen hun gedrag erop kunnen afstemmen.'[4] De voor vertrouwen essentiële stabiliteit kan juist bij verandering van wetgeving of beleid worden ondermijnd. Wijzigingen van wetgeving en beleid berusten (echter) altijd op een belangenafweging. In alle preadviezen komt dit naar voren. In hoeverre wegen bijvoorbeeld verkregen rechten van individuen op tegen het algemeen belang dat is gediend met de nieuwe wet? Behoren als onrechtmatig ervaren gevolgen van beperking of beëindiging van verkregen rechten te worden verzacht met financiële compensatie? Hoe worden de wijzigingen gerechtvaardigd? Gaat het voornamelijk om een inhoudelijke of vooral om een procedurele legitimatie? In het geding zijn steeds de beginselen van rechtsgelijkheid (verschil in behandeling op basis van het tijdsaspect van soortgelijke gevallen) en rechtszekerheid (wel of geen respectering van verworven rechten of gewekte verwachtingen), waarbij beide rechtsbeginselen in tegenovergestelde richting kunnen wijzen. Andersom dient de wetgever ook bewust om te gaan met het scheppen van verwachtingen en het toekennen van rechten. Indien wijziging van beleid en/of wetgeving wordt verwacht, bijvoorbeeld omdat dit unierechtelijk is vereist of om andere redenen van algemeen belang, is dit reden om terughoudend en voorzichtig te zijn met het scheppen van verwachtingen en zeker met het toekennen van rechten.

Het tweede algemene aspect hangt met het vorige nauw samen en is een verbijzondering van de kwestie van rechtszekerheid en behoud van verworven rechten, te weten de bescherming van eigendom in de ruime – autonome – zin van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP).[5] Op diverse bijzondere gebieden van het bestuursrecht wordt met enige regelmaat artikel 1 EP ingeroepen juist teneinde een nadelige verandering van wetgeving of beleid te pareren, of ten minste de nadelige gevolgen daarvan te ondervangen.[6] Een bekende kwestie betreft de herstructurering van varkenshouderijen waarbij vervuilingsrechten werden ingetrokken.[7] Ook op het terrein van het socialezekerheidsrecht wordt regelmatig een beroep op artikel 1 EP gedaan; dit, omdat een uitkering als eigendom van de uitkeringsgerechtigde kan worden beschouwd, onverschillig of daar de betaling van premies tegenover staat.[8] Een eigendomsrecht mag volgens artikel 1 EP alleen worden beperkt 'onder de

---

4 Nota Vertrouwen in wetgeving, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1.

5 Vergeleken met artikel 1 EP heeft artikel 14 Gw een geringer bereik, omdat laatstgenoemde bepaling alleen op onteigening ziet. Daar komt bij dat wetten wel aan verdragsrecht maar niet aan de Grondwet kunnen worden getoetst.

6 Het artikel luidt: 'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft het recht op ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.
De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.'

7 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469. Zie ook meer recent HR 2 september 2011, NJ 2011, 391.

8 EHRM 30 september 2003, EHRC 2003/89 (*Koua Poirrez/Frankrijk*), RSV 2005/15.

voorwaarden voorzien in de wet'. Overigens sluit dit terugwerkende kracht van wetgeving niet uit.[9] Verder is een beperking alleen 'in het algemeen belang' toegestaan. De staat komt hier een *margin of appreciation* toe. Voorts zijn evenredigheidseisen (subsidiariteit en proportionaliteit) van toepassing. Een belangrijk aandachtspunt is steeds het ingrijpende karakter van de beperking (ontneming of regulering van de eigendom).[10] Verder is van belang dat er op grond van artikel 1 EP jo. artikel 14 EVRM en thans ook artikel 1 Twaalfde Protocol geen ongerechtvaardigd onderscheid mag worden gemaakt.[11] Hoewel wijzigingen van wetgeving, beleid en beschikkingen dus eigendomsrechten kunnen raken, doen zich veelal juridisch weinig bijzonderheden voor die een uitvoerige bespreking van de implicaties van artikel 1 EP EVRM noodzakelijk zouden maken. In de preadviezen wordt daarom, en vanwege de noodzaak de omvang binnen de perken te houden, niet uitvoerig op deze problematiek ingegaan.

Naast deze meer inhoudelijke aspecten – van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, belangenafweging, bescherming van eigendom in ruime zin – is er in de derde plaats het meer technische aspect van de juridische vormgeving van het overgangsrecht. In het algemeen worden onderscheiden onmiddellijke werking, terugwerkende kracht, eerbiedigende en uitgestelde werking.

Als een wet geen overgangsrecht bevat, heeft deze onmiddellijke werking; zij is dan van toepassing zowel op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, als op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat.

In veel gevallen heeft het oude recht geleid tot het ontstaan van verwachtingen en zal het nieuwe recht leiden tot aantasting van die verwachtingen. Om ervoor te zorgen dat verwachtingen niet worden aangetast, kan of moet ervoor worden gezorgd dat de nieuwe regeling de oude blijvend (eerbiedigende werking) of tijdelijk (uitgestelde werking) van toepassing laat op nader aangeduide feiten of verhoudingen. Hoewel uitgestelde werking en eerbiedigende werking vaak in een adem worden genoemd (en in de Aanwijzingen voor de regelgeving ook tezamen zijn behandeld),[12] is er wel een onderscheid.[13] Uitgestelde werking heeft – evenals onmiddellijke werking en terugwerkende kracht – betrekking op de toepasselijkheid van nieuwe regels in de tijd. Anders gezegd: het temporele toepassingsbereik van de nieuwe regels. Eerbiedigende werking daarentegen heeft geen betrekking op het temporele toepassingsbereik, maar leidt ertoe dat het oude recht op bepaalde posities van toepassing blijft.[14] In de praktijk worden deze beide figuren echter vaak gecombineerd

---

9 Vgl. EHRM 10 juni 2003, *FED* 2003/604 (*M.A./Finland*).

10 Nader over artikel 1 EP onder anderen T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht, *JB plus* 2003, p. 2-14. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 4.11.

11 Een toepassing is te vinden in het bekende arrest EHRM 4 juni 2002, *EHRC* 2002/60 (Wessels-Bergervoet t. Nederland), *RSV* 2002/181.

12 Zie Aanwijzingen 169 en 170 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

13 In zijn preadvies gaat Pauwels daarop in.

14 Zie G. Knigge, *Verandering van wetgeving* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 87-88 en M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen* (diss. Tilburg), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2009, p. 29-30.

in overgangsbepalingen: geregeld wordt dan dat de oude regels tijdelijk van toepassing blijven op bepaalde rechtsverhoudingen.

Soms wordt het wenselijk geacht om aan een regeling terugwerkende kracht te verlenen; met ingang van de inwerkingtreding van de nieuwe regeling worden de in die regeling voorziene rechtsgevolgen gerekend te zijn ingetreden vanaf een nader aangeduid aan de inwerkingtreding voorafgaand tijdstip (zie Aanwijzing 167). In de Aanwijzingen voor de regelgeving is de term terugwerkende kracht op een formeeltechnische manier gebruikt.[15] Praktisch gezien hebben nieuwe regelingen vaak elementen in zich van terugwerkende kracht, zonder dat aan deze regelingen formeeltechnisch terugwerkende kracht is verleend, enkel doordat de nieuwe regeling effect heeft voor gevallen die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de nieuwe regeling reeds bestonden. Dit fenomeen wordt ook wel aangeduid met de term materieel terugwerkende kracht.[16] Omdat het toekennen van (formeel) terugwerkende kracht ingrijpend kan zijn, zeker bij belastende regelingen, moet terughoudend gebruik worden gemaakt van deze figuur. Aanwijzing 169 geeft enkele vuistregels en daarnaast is er in het belastingrecht een beleidslijn ontwikkeld voor het toekennen van terugwerkende kracht bij fiscale maatregelen, die ook – zie de toelichting op Aanwijzing 169 – kan worden toegepast buiten het fiscale recht.[17]

In het preadvies van Rianne Jacobs over wetgever en overgangsrecht zal nader worden ingegaan op de verschillende soorten overgangsrecht en op andere met de overgang van oud naar nieuw recht samenhangende aspecten (zoals de relatie tussen overgangsrecht en inwerkingtredingsregels, combinaties van overgangsrechtelijke maatregelen en andere manieren om de overgang naar nieuwe regels te begeleiden). Ook wordt ingegaan op de werking in de tijd van Europese regelgeving en op de wijze waarop de nationale wetgever moet omgaan met overgangsrecht in richtlijnen en verordeningen en welke ruimte er nog is voor eigen nationaal overgangsrecht bij de implementatie c.q. operationalisering.

In het preadvies van Herman Bröring staan beleidswijzigingen centraal. Aandacht wordt besteed aan de relatie tussen deze veranderingen en vertrouwen in overheid en bestuur, met inbegrip van interbestuurlijk vertrouwen. Onderscheiden wordt naar soorten beleid en naar inspiratiebron voor de beleidswijziging, bijvoorbeeld nieuwe wetgeving of verandering van de bestuurlijke organisatie. De preadviseur pleit voor meer invloed van het vertrouwensbeginsel in overgangssituaties, wat kan neerkomen op een beoordeling *ex tunc* in het kader van primaire besluitvorming en het beslissen op bezwaar, en voor een grotere nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur in dat verband. Hij hamert op het belang van tijdige aankondiging, duidelijkheid en begrijpelijkheid van beleidswijzigingen, mede in het licht van de voorafgaande politieke besluitvorming met haar eigen rationaliteit.

---

15 Pauwels 2009, p. 112-115.
16 Zie het preadvies van Pauwels.
17 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nrs. 1-3.

Het preadvies van Chris Backes laat zien hoe verschillend binnen het omgevingsrecht met bestaande rechten en gewekte verwachtingen wordt omgegaan. Deels lijkt voor die verschillen geen goede reden aanwezig te zijn, bijvoorbeeld wat betreft de mogelijkheden tot wijziging van een vergunning voor een inrichting, vergeleken met de mogelijkheden tot wijziging van andere omgevingsrechtelijke vergunningen. Als verschillende omgevingsrechtelijke wetten in het kader van de totstandkoming van de beoogde Omgevingwet worden geïntegreerd zal veel bewuster hierover moeten worden nagedacht. In het omgevingsrecht blijkt dat het overgangsrecht deels sterk wordt bepaald door Europese randvoorwaarden. De Nederlandse wetgever voldoet vaak, zo niet stelselmatig, niet aan deze randvoorwaarden. Onvoldoende aandacht voor de omgang met bestaande rechten en verwachtingen kan nare gevolgen hebben, zo blijkt in het bijzonder uit het natuurbeschermingsrecht. Een betere bewustwording en herbezinning lijkt nodig.

Het preadvies van Melvin Pauwels ziet op het wettelijk overgangsrecht in het fiscale recht. Het heeft enerzijds als doel de huidige stand van zaken voor een breder dan fiscaal publiek inzichtelijk te maken. Daartoe wordt in de eerste plaats een overzicht op hoofdlijnen gegeven met betrekking tot de wetgevingspraktijk – in welk verband onder meer de hiervoor genoemde beleidslijn inzake terugwerkende kracht aan de orde komt. Ten tweede komen aan bod de mogelijkheden die een rechter heeft om overgangsrecht te toetsen, en de toetsingsmaatstaven die in dat verband worden gehanteerd afhankelijk van de 'toetsingsgrond' ('nationaal' rechtszekerheidsbeginsel; artikel 1 EP; unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel). Anderzijds gaat het preadvies op enige capita selecta dieper in. Daarbij is gekozen voor onderwerpen die niet sterk fiscaal-technisch van aard zijn en die daarom ook van belang (kunnen) zijn buiten het belastingrecht. Zo komen onder meer aan bod het fenomeen van het 'wetgeven per persbericht', de motiveringsplicht in het geval van eerbiedigende werking, en de voor burgers voordelige terugwerkende kracht.

Overgangsrecht in Nederlandse en Europese regelgeving

*Prof. mr. M.J. Jacobs**

1	**Inleiding**	**16**
2	**Overgangsrechtelijke begrippen en uitgangspunten naar nationaal recht**	**19**
2.1	Inleiding	19
2.2	Overgangsrecht	22
2.2.1	Inleiding	22
2.2.2	Onmiddellijke werking	24
2.2.3	Terugwerkende kracht	29
2.2.4	Eerbiedigende en uitgestelde werking	32
2.2.5	Combinaties	38
2.3	Algemeen werkend overgangsrecht	38
2.4	Inwerkingtreding	40
2.5	Rol van de rechter	42
3	**Overgangsrecht en de wijziging van Europese regelgeving**	**44**
3.1	Inleiding	44
3.2	De werking van Europese regelgeving in de tijd	45
3.3	'Onder het oude recht ontstane situatie' of 'voor de inwerkingtreding verworven rechtspositie'?	48
3.4	Overgangsrecht nodig in EU-regelgeving?	52
3.5	Implementatie/operationalisering van Europese regelgeving	53
4	**Slotbeschouwing**	**60**
Stellingen		**62**

* Prof. mr. M.J. Jacobs is raadadviseur bij de Directie Wetgeving van het ministerie van Veiligheid en Justitie en bijzonder hoogleraar Europees bestuursrecht en openbaar bestuur aan de Maastricht University. Zij dankt Tim Borman, Jacobine van den Brink, Willemien den Ouden en Wim Voermans voor hun waardevolle opmerkingen bij een concept van dit preadvies.

1 Inleiding

Enkele dagen na de jaarwisseling zorgde de president van de Rechtbank Den Haag opnieuw voor vuurwerk, juridisch vuurwerk dit keer. Hij gebood de Staat om de 'Intrekking van de Wet werk en inkomen kunstenaars' buiten werking te stellen voor zover die betrekking had op uitkeringsgerechtigden die reeds voor 1 januari 2012 een WWik-beschikking hadden ontvangen en hun rechten op grond van die beschikking nog niet hadden verbruikt, totdat de Staat had voorzien in adequaat overgangsrecht.[1] De WWik was op 1 januari 2012 ingetrokken, nadat de wet die in intrekking voorzag pas op 20 december 2011 door de Staten-Generaal was aangenomen en op 22 december was bekendgemaakt.[2] De wetgever had niet voorzien in overgangsrecht. Betrokkenen hadden dus maar weinig tijd om zich op de nieuwe situatie in te stellen. De wet tot intrekking van de WWik is niet de enige recente wet waarin niet in overgangsrecht is voorzien. Ook bij de Wet verhoging collegegeld langstudeerders was dit het geval.[3] Op grond van deze wet moeten studenten die langer studeren dan de reguliere duur van hun bachelor- of masteropleiding plus een uitloopjaar, een hoger collegegeld betalen. Deze wet is in werking getreden op 1 september 2011. Uiteindelijk is de verhoging de facto met een jaar uitgesteld omdat in de wet is bepaald dat de verhoging voor het studiejaar 2011-2012 € 0 bedraagt.

Zoals uit bovenstaande voorbeelden blijkt, leidt het ontbreken van overgangsrecht tot discussies en soms zelfs tot juridische procedures. Ook als er wel is voorzien in overgangsrecht, rijzen er soms geschillen, bijvoorbeeld omdat er discussie is over de betekenis van een bepaalde overgangsbepaling[4] of omdat gesteld wordt dat het overgangsrecht in strijd komt met Europees recht.[5] Het thema overgangsrecht kan vanuit verschillende perspectieven worden beschouwd: het perspectief van de wetgever, de instantie die is belast met de uitvoering, de burger en de rechter.[6] Bovendien zijn er in verband met de overgang van oud naar nieuw recht talloze onderwerpen te bespreken, variërend van beschouwingen over vertrouwen in de overheid bij beleidswijzigingen (zie het preadvies van Bröring) tot zeer technische punten (zoals

---

1 Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 3 januari 2012, LJN BU9921. Op deze uitspraak wordt in paragraaf 2.2.2 nader ingegaan.

2 *Stb.* 2011, 645.

3 *Kamerstukken* 32 618.

4 ABRvS 7 september 2011, *AB* 2012, 19, m.nt. T.E.P.A. Lam. De Afdeling bestuursrechtspraak achtte de letterlijke tekst van een overgangsbepaling niet doorslaggevend omdat een redelijke wetstoepassing gelet op de aard van de gevraagde besluiten en gelet op de aard en strekking van de overgangsbepaling in dat geval met zich meebracht dat het oude recht op de aanvragen van toepassing bleef.

5 Zie bijvoorbeeld CRvB 13 december 2011, *RSV* 2012/53.

6 Zie over het rechterlijk overgangsrecht O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.

de plaats van het overgangsrecht in een wet[7] of de vraag wat te doen met uitgewerkt overgangsrecht[8]) en de overgang van oud naar nieuw recht op bepaalde specifieke beleidsterreinen (zie de preadviezen van Backes over omgevingsrecht en Pauwels over belastingrecht). De taakverdeling tussen de preadviseurs en de omvang van dit preadvies dwingen echter tot keuzes. In dit preadvies zal vanuit het perspectief van de wetgever worden ingegaan op de overgang van oud naar nieuw recht.[9] Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen strikt nationale regelgeving en Europese wetgeving. Bij Europese wetgeving is sprake van een gedeelde wetgevingsverantwoordelijkheid die voor wat betreft het onderwerp overgangsrecht twee dimensies kent voor Nederland: het medewetgeverschap en de verplichting om Europese regelgeving te implementeren.[10] In het nationale recht wordt een overgangsrechtelijke terminologie gehanteerd die enigszins verschilt van de Europeesrechtelijke terminologie en gelden ook niet precies dezelfde uitgangspunten voor het overgangsrecht. De Nederlandse wetgever beschikt bij de keuzes voor overgangsrecht op terreinen die niet worden beïnvloed door Europese regelgeving, over veel vrijheid. Bij het implementeren van Europese regelgeving is de vrijheid in veel gevallen veel beperkter. Voor het overgangsrecht betekent dit dat er soms nogal wat restricties of juist verplichtingen zijn.

In hoofdstuk 2 zal als introductie op het onderwerp worden ingegaan op de werking in de tijd van nationale regelgeving en de verschillende soorten overgangsrecht

---

7 Zie bijvoorbeeld aanwijzing 165a van de Aanwijzingen voor de regelgeving. In 2000 hielden R.G.K. Voss en R. Brussee in het tijdschrift *RegelMaat* een pleidooi voor opname van overgangsbepalingen aan het slot van de te wijzigen regeling ('de hoofdwet') in plaats van in de te wijzigen wet ('De positie van overgangsrecht in de beleidsvorming bij OCenW', *RegelMaat 2000*, p. 21). De reden hiervoor was dat overgangsbepalingen op die manier beter kenbaar waren. In 2005 liet T. Borman zien dat er inmiddels steeds vaker wetsvoorstellen kwamen waarin het overgangsrecht inderdaad in de hoofdwet werd opgenomen ('De plaats van het overgangsrecht: back to basics!', *RegelMaat* 2005, p. 223-226). Hij liet daarbij zien dat er nog een ander voordeel zat aan deze keuze, te weten dat er geen ingewikkelde verwijzingsbepalingen naar de hoofdwet meer nodig zijn als het overgangsrecht in de hoofdwet wordt opgenomen. Sinds 2011 staat aanwijzing 165a in de Aanwijzingen voor de regelgeving (*Stcrt.* 2011, 6602).

8 W. Voermans pleitte ervoor om uitgewerkt overgangsrecht te schonen omdat dit de kenbaarheid en toegankelijkheid van regelingen ten goede komt ('Van oud naar nieuw: overgangsrecht in wettelijke regelingen', *RegelMaat* 2000, p. 11). Punt van aandacht hierbij is wel dat het als er is gekozen voor eerbiedigende werking niet altijd eenvoudig is om uit te maken of een overgangsbepaling echt is uitgewerkt. In zijn proefschrift over het overgangsrecht bij het NBW liet Van der Beek zien dat zelfs na de Tweede Wereldoorlog nog een aanzienlijk aantal rechterlijke uitspraken was gewezen waarin toepassing van de Overgangswet 1829 aan de orde was (H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992, p. 10. Een ander en recenter voorbeeld biedt ABRvS 6 juni 2011, *AB* 2011, 373, m.nt. M.M. Groothuis. In deze zaak over de Wet gemeentelijke basisadministratie constateerde de Afdeling bestuursrechtspraak dat het overgangsrecht niet goed was toegepast door het bestuursorgaan. De desbetreffende overgangsbepaling was inmiddels ruim tien jaar oud.

9 Onder overgang van oud naar nieuw recht wordt niet alleen de komst van nieuwe regels op een terrein waar daarvoor nog geen regels bestonden, verstaan, maar ook de wijziging en intrekking van bestaande regels.

10 Zie ook: F.H. Van der Burg en W.J.M. Voermans, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 7. Met het oog op de leesbaarheid wordt de term implementeren hier gebruikt voor zowel het omzetten van Europese richtlijnen in nationaal recht als het operationaliseren van Europese verordeningen.

die worden onderscheiden. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de temporele werking van Europese regelgeving. Hoewel de temporele werking van Europese regelgeving lijkt op de temporele werking van nationale regelgeving, zijn er ook verschillen. Deze verschillen zullen worden belicht.[11] Daarnaast brengt het feit dat richtlijnen moeten worden geïmplementeerd en verordeningen geoperationaliseerd, allerhande vragen met zich op het terrein van overgangsrecht, zoals de vraag of de nationale regelgever zelf in overgangsrecht mag voorzien als het Europese recht geen overgangsrecht bevat. Over deze Europese dimensie van het overgangsrecht is nog weinig geschreven, terwijl zij in de wetgevingspraktijk van groot belang is.

11 Terecht wezen Van der Burg en Voermans erop dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de inwerkingtreding van EU-bepalingen met zich meebrengt dat het in de Aanwijzingen voor de regelgeving gemaakte onderscheid tussen onmiddellijke werking, terugwerkende kracht en eerbiedigende werking niet zonder nadere verklaring mag worden toegepast op EU-regelgeving (Van der Burg en Voermans 2012, p. 43).

2 Overgangsrechtelijke begrippen en uitgangspunten naar nationaal recht

2.1 Inleiding

Het opstellen van overgangsrecht staat onder wetgevingsjuristen te boek als een moeilijk onderdeel van het werk. Dit heeft twee oorzaken. Ten eerste moet de wetgever c.q. de wetgevingsjurist zich bij het opstellen van het wetsvoorstel een voorstelling maken van alle gevallen die onder de oude regels vallen en bezien wat het nieuwe recht voor die gevallen betekent. Dit is niet eenvoudig.[12] Ten tweede is het overgangsrecht vaak een ondergeschoven kindje in het wetgevingstraject. Vanuit beleidsperspectief en politiek perspectief wordt het vaak niet zo belangrijk gevonden; de belangstelling van de meeste betrokkenen bij het wetgevingsproces gaat vooral uit naar de nieuwe regels en niet naar de overgang van oud naar nieuw recht. Verondersteld mag worden dat de bewindspersoon het wetsvoorstel maakt omdat hij vindt dat de nieuwe regels beter zijn dan geen regels of de oude regels; hij ziet de gewenste wijziging dan ook meestal graag snel tot stand komen en laat deze het liefst ook gelden voor alle gevallen waarvoor hij de nieuwe regels heeft bedoeld. Dit leidt ertoe dat doorgaans pas in de laatste fase van de voorbereiding van het wetsvoorstel wordt nagedacht over de vraag of het nodig is om overgangsrecht te maken.[13] Als het dan nodig is om overgangsrecht te maken, is haast meestal geboden. Verschillende auteurs en ook de Raad van State hebben hier eerder al op gewezen en hebben daarom aanbevolen om in een vroeg stadium van het wetgevingsproces aandacht te besteden aan het overgangsrecht.[14] Hoewel deze aanbeveling heel logisch

---

12 B.C. de Die haalde in zijn bekende *Themis*-artikel over overgangsrecht een citaat aan van Tammo Sypkens dat dit aardig illustreert. Sypkens, van 1821 tot 1834 lid van de Tweede Kamer en van 1834 tot 1842 lid van de Eerste Kamer, zei tijdens de plenaire behandeling van het ontwerp van Transitoire Wet en het ontwerp tot Afschaffing der bestaande wetgeving: 'Het hoofd der ervarenste regtsgeleerden duizelt niet zelden bij het opsporen der beginselen, die de toepassing der nieuwe wetten regelen op daden en verbindtenissen, regten en verwachtingen, gedeeltelijk begonnen onder vorige wetten, maar niet voleindigd of nog niet uitgevoerd, niet volkomen tot stand gebragt of niet onherroepelijk verkregen.' Deze wet van 16 mei 1829 (*Stb.* 1829, 29) geldt overigens tot op de dag van vandaag. B.C. de Die, 'Overgangsrecht – Een herwaardering na vijftig jaar', *RM Themis* 1979, p. 253 e.v.

13 Het leidt er soms ook toe dat het onderwerp in zijn geheel wordt doorgeschoven naar een later stadium. Dit kan zijn een invoerings- of overgangswet, maar soms betekent het ook dat er bij Nota van Wijziging alsnog wordt voorzien in overgangsrecht.

14 W. Konijnenbelt, 'De Raad van State en het overgangsrecht', *RegelMaat* 2000, p. 123, A. Weggeman, *Het vormgeven van overgangsrecht, of: de dynamiek tussen heden, verleden en toekomst*, Preadvies

lijkt, vraagt zij toch om een kleine kanttekening. Het is praktisch vaak niet goed mogelijk om in een vroeg stadium van het wetgevingsproces al bezig te zijn met (het formuleren van) overgangsrecht. Pas als er duidelijkheid bestaat over de nieuwe materiële regels kan worden gewerkt aan het overgangsrecht. Vaak is die duidelijkheid er echter pas in een laat stadium. Het is eerder regel dan uitzondering dat er op het laatste moment nog nieuwe politieke wensen zijn die ook in het wetsvoorstel moeten worden verwerkt. In de praktijk is het daarom vaak onontkoombaar dat het overgangsrecht in de laatste fase van de voorbereiding van het wetsvoorstel moet worden doordacht en geschreven.

Niettegenstaande het voorgaande is aandacht voor de overgang van oud naar nieuw recht zowel om juridisch-technische redenen als om politieke redenen van groot belang. Hijmans-Van den Bergh beschreef dit in zijn proefschrift uit 1928 al helder:

> 'Wanneer eenmaal een nieuwe norm in werking is getreden, is de verhouding van ouden en nieuwen regel dikwijls een open vraag. Het recht verbindt aan de feiten, die zich in de maatschappij voordoen zekere rechtsgevolgen; het geeft hun een bepaalde rechtswaarde. Het nieuwe recht hecht nu aan deze feiten een andere waarde, dan het oude. Daardoor rijzen eigenaardige moeilijkheden. In den tijd, dat de oude regel nog gold, zijn allerlei feiten voorgevallen, waaraan rechtsgevolgen werden verbonden. Worden nu, na de invoering van den nieuwen, deze rechtsgevolgen geëerbiedigd? Blijven zij ook dan nog naar den ouden maatstaf beoordeeld? Of raken zij onder de heerschappij van den nieuwen norm, zoodat deze laatste hun tot maatstaf strekt? En, vraagt men verder, is in dezen een regel van behooren te vinden? Dit is het vraagstuk van het opeenvolgen van rechtsregels in zijn meest elementairen vorm.'[15]

De jurist die betrokken is bij de totstandkoming van een wetsvoorstel moet uiteraard over de juridische kennis beschikken die nodig is om te adviseren over de inhoud van het overgangsrecht en de grenzen die voortvloeien uit internationaal, Europees en nationaal recht en uit ongeschreven rechtsbeginselen, maar hij kan het daarbij niet laten. Hij zal ook oog moeten hebben voor de politieke argumenten die ten grondslag liggen aan de wens van de bewindspersoon om tot nieuwe regels te komen.[16] De keuze voor de vormgeving van de overgang van oud naar nieuw recht is (evenals de overige inhoud van het wetsvoorstel) uiteindelijk immers het resultaat van een politieke afweging.[17]

Uitgangspunt is dat de wetgever beschikt over de bevoegdheid om algemeen geldende regels vast te stellen. De inhoud ervan is in beginsel vrij; gezorgd moet worden dat ze niet in strijd komen met (geschreven) internationaal en Europees

---

voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag 2001, p. 87, *Kamerstukken* 30 300 VI, nr. 169, Raad van State, Advies W03.05.0206/I (getiteld: Advies inzake diverse verbeteringen in de wetgeving), p. 4-6.

15 L.J. Hijmans van den Bergh, Opeenvolgen van rechtsregels (diss. Utrecht), Utrecht: A. Oosthoek 1928, p. 1.

16 Zie ook: D.P. van den Bosch, 'Politieke rationaliteit in het wetgevingsproces', *RegelMaat* 2011, p. 23-36.

17 Zie ook: *Kamerstukken* I 1999/2000, 25 900, EK 87, nr. 87b, p. 1.

recht, het Statuut en de Grondwet (artikel 16) en ongeschreven recht. Een voorbeeld van een duidelijke grens in dit opzicht is dat uit de artikelen 7 EVRM, 15 IVBPR, 49 Handvest van de grondrechten van de EU, 16 Gw en 1 Sr voortvloeit dat de wetgever geen terugwerkende kracht mag verlenen aan een bepaling die een gedraging strafbaar stelt die niet strafbaar was op het moment dat deze werd begaan (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) en dat mildere strafbepalingen juist moeten terugwerken (*lex mitior*-beginsel). In paragraaf 2.3 wordt hier nader op ingegaan. Voorts kan het ontbreken van overgangsrecht of het verlenen van terugwerkende kracht aan een belastende wet ertoe leiden dat er een schending van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM wordt aangenomen omdat niet is voorzien in enigerlei vorm van compensatie voor degenen die worden geraakt door de wetswijziging.[18] Ook ongeschreven rechtsbeginselen, en dan vooral het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, spelen een belangrijke rol bij het bepalen waar de juridische grens ligt. Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat de wet kenbaar moet zijn voor justitiabelen en dat zij moeten kunnen afgaan op het geldend recht. Dit betekent echter niet dat het recht nimmer kan worden veranderd. Justitiabelen moeten er rekening mee houden dat regels kunnen wijzigen. Wanneer een justitiabele echter in vertrouwen op door de overheid gewekte verwachtingen op een bepaalde manier heeft gehandeld, mag dit vertrouwen niet worden beschaamd. Dit ligt slechts anders indien er andere redenen zijn waarom het gewekte vertrouwen niet hoeft te worden gehonoreerd.[19] Het gelijkheidsbeginsel verlangt dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Bij nieuwe wetgeving dient te worden afgewogen of er objectieve en rechtvaardige argumenten zijn om onderscheid te maken tussen gevallen die onder het oude recht vielen en gevallen die onder het nieuwe recht vallen. Zoals Weggeman in zijn preadvies over overgangsrecht in 2001 terecht aangaf, ligt gelijke behandeling meer in de rede indien de nieuwe regeling gunstiger is voor degenen die erdoor worden geraakt dan de oude en zal het rechtvaardigheidsgehalte van een op het overgangsrecht gebaseerde uitzonderingspositie na verloop van tijd afnemen, zodat bij de afweging hoe het overgangsrecht eruit moet komen te zien ook uitdrukkelijk aandacht moet zijn voor de lengte van de overgangstermijn.[20]

---

18 Vgl. EHRM 20 november 1995, NJ 1996, 593, m.nt. EJD (*Pressos*: wettelijke uitsluiting met terugwerkende kracht van alle aansprakelijkheid zonder billijke genoegdoening komt in strijd met het evenredigheidsbeginsel), EHRM 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon (*Maurice/Frankrijk*), EHRM 6 oktober 2005, EHRC 2005/112 (*Draon/Frankrijk*). De twee laatste arresten hebben betrekking op het met onmiddellijke werking invoeren van nieuwe wetgeving die ertoe leidt dat er niet langer aanspraak kon worden gemaakt op de vergoeding van een belangrijke schadepost, die een groot bedrag vertegenwoordigde. Het Hof sprak in deze zaken van terugwerkende kracht, maar daarmee werd niet bedoeld dat de nieuwe wet (anders dan in de zaak *Pressos*) terugwerkende kracht had, maar dat de nieuwe wet effect had op de rechtspositie van personen die voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet schade hadden geleden en daarvoor een vergoeding hadden geclaimd.

19 Zie hierover uitgebreider Weggeman 2001, p. 58-62 en M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen. Een rechtstheoretisch onderzoek naar een methode voor vorming van wettelijk overgangsrecht in het belastingrecht* (diss. Tilburg), Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, hoofdstuk 8.

20 Weggeman 2001, p. 62.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het van belang is om aandacht te besteden aan de overgang van oud naar nieuw recht om twee redenen. Ten eerste moet er technisch-juridisch geen verwarring ontstaan en ten tweede – deze reden is mijns inziens belangrijker – wordt de aanvaardbaarheid van de nieuwe normen (voor in eerste instantie het parlement en later de rechter) vergroot door serieus rekening te houden met onder het oude recht ontstane situaties en gewekte verwachtingen. Hieruit moet niet worden afgeleid dat regels nooit of nooit zonder overgangsrecht of andere overgangsmaatregelen gewijzigd zouden kunnen worden, maar wel dat inzicht moet bestaan in wat er precies verandert op het moment van inwerkingtreding van de nieuwe regels en dat er zo nodig maatregelen zijn getroffen om tegemoet te komen aan degenen die worden getroffen door de nieuwe regels.

Dit hoofdstuk is als volgt opgezet. In paragraaf 2.2 wordt ingegaan op de term overgangsrecht en de verschillende vormen van overgangsrecht die worden onderscheiden. Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op algemeen werkend overgangsrecht (paragraaf 2.3) en op het onderwerp inwerkingtreding (paragraaf 2.4).

2.2 Overgangsrecht

2.2.1 *Inleiding*

Met de term overgangsrecht worden die *regels* aangeduid *die gaan over de opeenvolging van rechtsregels*. Het moet de vraag beantwoorden *vanaf welk tijdstip* de nieuwe norm *van toepassing* is op een rechtspositie of rechtsverhouding.[21] Deze regels worden ook wel 'verwijzingsregels' genoemd omdat ze verwijzen naar de materiële regel die van toepassing is op een bepaalde situatie[22] of 'geldingsregels' omdat ze de gelding regelen van de nieuwe gedrags- en bevoegdheidsnormen in verhouding tot de bestaande rechtstoestand.[23]

Overgangsrechtelijke regels moeten goed worden onderscheiden van de inwerkingtredingsbepaling; de inwerkingtredingsbepaling regelt vanaf welk tijdstip de nieuwe norm geldt. Op dit onderscheid kom ik in paragraaf 2.4 terug.

In de juridische literatuur worden vier varianten van overgangsrecht onderscheiden. Als de nieuwe norm terstond vanaf de inwerkingtreding van toepassing wordt (of: werkt), spreken we van *onmiddellijke werking*. De wetgever kan echter ook bepalen dat de nieuwe norm later (*uitgestelde werking*) of eerder werkt (*terugwerkende kracht*). Tot slot kan hij bepalen dat de nieuwe norm niet van toepassing wordt op bepaalde bestaande rechtsposities of -verhoudingen. In dat geval wordt de oude norm geëerbiedigd (*eerbiedigende werking*). Onder wetgevingsjuristen is het gebruikelijk om uitgestelde werking te zien als een species van eerbiedigende werking. Zo volgt het ook

---

21 De Die 1979, p. 257-258.

22 H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992, p. 27.

23 Ph. Eijlander en W.J.M. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 164.

uit de Aanwijzingen voor de regelgeving.[24] Er is echter ook een andere benadering mogelijk. In die benadering worden onmiddellijke werking, terugwerkende kracht en uitgestelde werking onderscheiden van eerbiedigende werking omdat de eerste drie varianten van overgangsrecht betrekking hebben op het *tijdstip* waarop de nieuwe norm van toepassing wordt, terwijl eerbiedigende werking ertoe leidt dat de nieuwe norm op bepaalde rechtsposities en -verhoudingen nimmer van toepassing wordt.[25] Hoewel erkend moet worden dat er op dit punt een verschil is tussen eerbiedigende werking enerzijds en onmiddellijke werking en terugwerkende kracht anderzijds, heeft dit verschil verder geen praktische gevolgen voor de wetgever; de afweging of er moet worden voorzien in eerbiedigende werking (met of zonder uitgestelde werking) wordt er niet anders door. Wel moet worden toegegeven dat bij deze wijze van onderscheiden tussen de verschillende soorten overgangsrecht, duidelijker is dat het vraagstuk of moet worden voorzien in eerbiedigende werking, niet alleen speelt bij de keuze voor onmiddellijke werking, maar ook bij de keuze voor terugwerkende kracht.

In sommige gevallen volstaan regels die gaan over de opeenvolging van rechtsregels niet om een aanvaardbaar evenwicht te vinden tussen de wens van de wetgever om een nieuwe wet zo snel en zo volledig mogelijk in te voeren en de belangen van justitiabelen bij het (tijdelijk) blijven toepassen van het oude recht. Dit doet zich vooral voor bij langlopende rechtsverhoudingen. In die gevallen kan de wetgever gebruik maken van zogenoemde overbruggingsregels. Het verschil tussen deze overbruggingsregels en 'echte' overgangsregels is dat overbruggingsregels zelf een materiële regel inhouden; zij verwijzen dus niet naar oud of nieuw recht.

> In de memorie van toelichting bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW elfde gedeelte stond hierover de volgende lezenswaardige passage: 'Dikwijls kan met een verwijzingsregel niet worden volstaan. Bij kortlopende rechtsverhoudingen ligt het voor de hand om het oude recht gemakshalve van toepassing te laten – het loont de moeite niet, partijen in onrust te brengen en hen wellicht voor onvoorziene problemen te stellen. Voor langlopende rechtsbetrekkingen ligt het anders. Ook hier moet men natuurlijk partijen zoveel mogelijk last besparen, maar eilanden van oud recht temidden van een zee van nieuw recht komen op den duur geïsoleerd te liggen; het oude recht past hoe langer hoe minder in de nieuwe omgeving, de kennis ervan gaat teloor en de handhaving ervan gaat problemen opleveren. Om aan beide belangen recht te doen – het belang van partijen bij een zoveel mogelijk ongestoorde voortzetting en het belang van invoering van nieuw recht over de gehele linie – kan het overgangsrecht een brug leggen tussen oud en nieuw recht.[26]
>
> Er zijn verschillende 'constructies' waarmee de brug tussen oud en nieuw recht kan worden gelegd. In het fiscale recht komen geregeld ingroei- en afbouwregelingen voor en zogenoemde opt-in-regelingen. Verder kan de figuur van de gelijkstelling worden genoemd. Tot slot kan ook worden gedacht aan een '*sui generis*-regeling' voor een

---

24 Zie aanwijzing 169. In paragraaf 2.2.4 wordt hier nader op ingegaan.

25 G. Knigge, *Verandering van wetgeving* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 87-88 en Pauwels 2009, p. 29-30 en 37-38.

26 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 998, nr. 3, p. 16.

(bepaalde) oude gevallen in de nieuwe wet. Daarbij hoeft niet noodzakelijk sprake te zijn van afbouwen of ingroeien; hiervoor kan ook worden gekozen als een echte overgangsrechtelijke bepaling ertoe zou leiden dat er nog jarenlang twee regelingen naast elkaar moeten bestaan.[27]

Over het onderwerp overgangsrecht is veel geschreven.[28] Enkele auteurs hebben onderzocht of het mogelijk is om algemene regels van overgangsrecht te geven[29] of om 'beginselen van overgangsrecht' te formuleren.[30] Dat bleek niet mogelijk. Het opstellen van overgangsrecht is altijd maatwerk, niet alleen omdat de inhoud van iedere wet weer anders is, maar vooral ook omdat de inhoud van het overgangsrecht het resultaat is van politieke afwegingen. Een stelsel aan de hand waarvan kan worden bepaald of overgangsrecht nodig is en zo ja, hoe het eruit moet zien, is derhalve niet te maken.[31] Praktische lessen kunnen wel worden getrokken, zo liet Konijnenbelt zien. Hij putte daarvoor uit een groot aantal wetgevingsadviezen van de Raad van State.[32] Ook de Aanwijzingen voor de regelgeving geven de wetgevingsjurist enig houvast bij het opstellen van overgangsrecht. Pauwels ontwierp recent een zogenoemde 'omstandighedencatalogus' die naar zijn mening dient te worden gebruikt bij de afweging van beginselen en belangen in het kader van de vorming van overgangsrecht door de fiscale wetgever.[33] In het vervolg van deze paragraaf zal ik dieper ingaan op de verschillende varianten van overgangsrecht en de thans geldende opvattingen over het gebruik van deze varianten.

2.2.2 *Onmiddellijke werking*

Dat een wet onmiddellijke werking heeft, betekent dat nieuwe regels vanaf de inwerkingtreding van toepassing zijn, zowel op bestaande als op nieuwe rechtposities en -verhoudingen. Naar nationaal recht is onmiddellijke werking de normale werking

---

27 Zie ook de toelichting bij aanwijzing 169 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

28 Er is een groot aantal proefschriften over overgangsrecht (bijvoorbeeld de voor dit preadvies geraadpleegde proefschriften van Hijmans van den Bergh, Knigge, Van der Beek en Pauwels); daarnaast zijn er enkele preadviezen (in 1965 preadviseerden Duk en Jeukens over terugwerkende kracht voor de VAR en in 2001 Van der Burg en Weggeman voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid). Ook is er een groot aantal artikelen over overgangsrecht in tijdschriften verschenen. Vaak ging het dan over overgangsrecht bij een bepaalde wet, zoals het (nieuw) BW. Het tijdschrift *RegelMaat* wijdde het eerste nummer van 2000 geheel aan het thema overgangsrecht.

29 Hijmans van den Bergh 1928, p. 361 e.v. concludeerde uiteindelijk dat dit voor legislatieve maatregelen niet mogelijk was.

30 De Die 1979, p. 270-271.

31 Hijmans van den Bergh verwoordde dit, niet zonder gevoel voor drama, als volgt: 'Wie juridische constructies over de functie van een nieuwe wet wil laten beslissen, ziet de rechtsontwikkeling als een geheel van logische conclusies uit vast omschreven praemissen. Dit is een onjuiste beschouwing. Rond het ontstaan van behoeften en mentaliteiten hangt steeds het mysterie van elke geboorte. De rechtsontwikkeling voltrekt zich niet langs de leidraden der logica; zij is niet in een formule te brengen. De rechtswetenschap is geen wiskunde.'

32 Willem Konijnenbelt, 'De Raad van State en het overgangsrecht', *RegelMaat* 2000, p. 115-123.

33 Pauwels 2009, p. 209-322.

van een wet. Dit volgt ook uit de Aanwijzingen voor de regelgeving. Aanwijzing 166 luidt als volgt:

> **Aanwijzing 166**
> 1. Een nieuwe regeling is niet slechts van toepassing op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen (onmiddellijke werking).
> 2. Indien beoogd wordt af te wijken van het eerste lid, wordt dit uitdrukkelijk bepaald.

Bij onmiddellijke werking is er geen overgangsregel in de letterlijke zin van het woord. Juist uit het ontbreken van een regel wordt afgeleid dat een nieuwe regeling niet alleen van toepassing is op nieuwe gevallen, maar ook op bestaande rechtsposities- en verhoudingen.

> Over de lading van aanwijzing 166 is discussie geweest. In 2001 hebben Van der Burg en Weggeman preadviezen geschreven over overgangsrecht voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid.[34] Van der Burg leek van mening dat onmiddellijke werking de *norm* zou moeten zijn, terwijl Weggeman van oordeel leek te zijn dat aanwijzing 166 slechts een *terugvaloptie* is, zonder ethische lading. De eerste zinnen van de toelichting bij aanwijzing 166 gaven de aanleiding tot deze discussie en boden steun aan de opvatting dat onmiddellijke werking de norm zou moeten zijn. De toelichting begon namelijk als volgt: 'Onmiddellijke werking (ook wel genoemd exclusieve werking) is de hoofdregel van overgangsrecht. Onder omstandigheden kunnen bezwaren kleven aan onmiddellijke werking. In dat geval kan gekozen worden voor terugwerkende kracht (aanwijzingen 167 en 169) of voor eerbiedigende dan wel uitgestelde werking (aanwijzingen 169 en 170).'
> In 2008 zijn de eerste twee zinnen van de toelichting vervangen door twee andere: 'Indien in een regeling geen overgangsrecht wordt opgenomen, heeft deze onmiddellijke (ook wel: exclusieve) werking. Hieraan kunnen bezwaren kleven.' In de toelichting bij deze wijziging is verduidelijkt dat 'aanwijzing 165 dwingt tot de vraag of overgangsrecht en daarmee afwijking van het beginsel van onmiddellijke werking noodzakelijk is. De term hoofdregel in de toelichting bij aanwijzing 166 leek te impliceren dat onmiddellijke werking de meest verkieslijke optie is. Dit is echter niet bedoeld. Onmiddellijke werking is het startpunt bij de beantwoording van de (vaak beleidsmatige) vraag of overgangsrecht nodig is.
> Deze wijziging maakt duidelijk dat in het geval er geen overgangsrecht is vastgesteld, het beginsel van onmiddellijke werking geldt. Indien met onmiddellijke werking van de nieuwe regeling kan worden volstaan, zijn in de regel overgangsbepalingen niet geboden. Waar de regelgever niet kan volstaan met onmiddellijke werking, kan in een specifieke overgangsregeling aan (bepaalde onderdelen van) de nieuwe regeling eerbiedigende werking of terugwerkende kracht worden verleend.'[35]

---

34 F.H. van der Burg en A. Weggeman, *Overgangsrecht, preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001. Zie het verslag van de discussie op p. 112-113 van de publicatie.

35 *Stcrt.* 2008, 176.

Ook in het Europese recht is het uitgangspunt dat nieuwe of gewijzigde Europese regelgeving onmiddellijke werking heeft, tenzij expliciet uit de Europese regelgeving het tegendeel volgt. Dit uitgangspunt moet worden afgeleid uit jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.[36] In paragraaf 3 wordt nader ingegaan op overgangsrecht en Europees recht.

Indien de regering in een wetsvoorstel kiest voor onmiddellijke werking (en er dus geen overgangsbepaling in opneemt), terwijl bepaalde partijen in het parlement menen dat onmiddellijke werking leidt tot ongewenste gevolgen voor bepaalde bestaande gevallen zodat compenserende maatregelen nodig zijn, valt nog wel eens de term 'materieel terugwerkende kracht'.[37] Daarmee wordt dan bedoeld dat de nieuwe regels gevolgen hebben voor (bepaalde) bestaande rechtsposities en -verhoudingen. Recent speelde dit bij de Wet verhoging collegegeld langstudeerders.[38] Op grond van deze wet moeten studenten die langer studeren dan de reguliere duur van hun bachelor- of masteropleiding plus een uitloopjaar, een hoger collegegeld betalen. Deze wet is in werking getreden op 1 september 2011. Doordat hij onmiddellijke werking had, werd hij niet alleen van toepassing op studenten die zich op of na 1 september voor een studie inschreven, maar ook op studenten die op die datum al ingeschreven stonden. Dit laatste heeft – niet alleen in het parlement, maar ook daarbuiten – tot veel discussie aanleiding gegeven.[39] Een belangrijk argument in deze discussie is dat studenten die al ingeschreven stonden, en dan vooral de studenten die al ingeschreven stonden toen het regeerakkoord openbaar werd én die toen al studievertraging hadden opgelopen, geen rekening hebben kunnen houden met deze maatregel. De staatssecretaris van Onderwijs wilde voor deze studenten geen voorziening treffen omdat hij dan zelf in financiële moeilijkheden zou komen. Uiteindelijk is hij enigszins aan de bezwaren tegemoetgekomen door de verhoging van het collegegeld in het studiejaar 2011-2012 op € 0 vast te stellen (zie artikel 18.78 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek).

> In de praktijk leidt een discussie over de ongewenste gevolgen van onmiddellijke werking vaak tot een compromis; er wordt dan op enigerlei wijze voorzien in compenserende maatregelen. De bewindspersoon pleegt echter niet snel overstag te gaan en gebruikt de term terugwerkende kracht dan vaak strikt formeel, zoals deze ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt gebruikt. In aanwijzing 167, tweede lid, wordt terugwerkende kracht gereserveerd voor het geval de in een regeling voorziene rechtsgevolgen worden gerekend te zijn ingetreden vanaf een tijdstip voorafgaand aan

---

36 HvJ EG 14 april 1970, zaak 68/69 (*Brock*), HvJ EG 4 juli 1973, zaak 73/1 (*Westzucker*), HvJ EG 10 juli 1986, zaak 270/84 (*Licata/ESC*).

37 Zie hierover uitgebreid Pauwels 2009, hoofdstuk 5. Hij concludeert dat het gebruik van de term toegevoegde waarde heeft als argumentatief breekijzer om aan het licht te brengen dat ook wanneer er geen sprake is van formeel terugwerkende kracht, een wijziging nog wel elementen van terugwerkende kracht in zich zal hebben (p. 117).

38 *Handelingen EK* 2010/11, 5 juli 2011, p. 33-6-21.

39 Drie studentenorganisaties hebben een rechtszaak aangespannen tegen de staat omdat zij menen dat het verhoogde collegegeld een boete is en de toegang tot het hoger onderwijs door deze wetswijziging in gevaar komt.

> de inwerkingtreding van die regeling. Een illustratie hiervan vormt het antwoord op Kamervragen die het Kamerlid Dezentjé-Hamming de toenmalige staatssecretaris van Financiën Wijn stelde over de versobering van de pc-privéregeling per 1 januari 2004. Mensen die eind 2003 nog een pc hadden gekocht, hadden geen rekening kunnen houden met de wetswijziging omdat deze pas eind december 2003 bekend werd. Het Kamerlid stelde de volgende vragen: 'Acht u het billijk dat deze werknemers nu met terugwerkende kracht worden geconfronteerd met een naheffing die zij tot medio december 2003 niet hadden kunnen voorzien en deelt u de mening dat er geen sprake mag zijn van verandering van regels met terugwerkende kracht van de vóór 1 januari 2004 gesloten pc-privé koopovereenkomsten?'[40] De staatssecretaris antwoordde als volgt: 'Er is geen sprake van terugwerkende kracht of van een naheffing. De wijziging is ingegaan op 1 januari 2004 en wordt toegepast op na 1 januari 2004 genoten loon dat onder deze regeling onbelast wordt gelaten.'[41] Het Kamerlid was ontevreden met dit antwoord. Uiteindelijk heeft de staatssecretaris op aandringen van de Kamer toch voorzien in een overgangsregeling.[42]

In de inleiding werd al kort ingegaan op de afschaffing van de Wet werk en inkomen kunstenaars.[43] Ook bij deze wet koos de wetgever voor onmiddellijke werking. Het doel van de Wet werk en inkomen kunstenaars was tweeledig. Enerzijds bood de wet kunstenaars ondersteuning bij de opbouw van een renderende beroepspraktijk als kunstenaar en anderzijds bood zij een financieel vangnet bij terugval in inkomen. In het regeerakkoord werd reeds aangekondigd dat deze wet zou worden ingetrokken. De regering was van mening dat de voorzieningen die deze wet bood voor kunstenaars niet te rechtvaardigen zijn ten opzichte van andere beroepsgroepen, waarvoor ook geldt dat afgestudeerden moeilijk werk vinden in de richting waarvoor zij zijn opgeleid.[44] In de memorie van toelichting is expliciet ingegaan op de gevolgen van de keuze voor onmiddellijke werking voor uitkeringsgerechtigden die onmiddellijk voorafgaand aan de beoogde inwerkingtreding per 1 januari 2012 een WWIK-uitkering ontvingen:

> De regering heeft ervoor gekozen geen onderscheid te maken tussen kunstenaars die al gebruik maken van de regeling en aankomende kunstenaars die van de regeling gebruik zouden willen maken. De WWIK heeft het karakter van een vrijwillige regeling voor kunstenaars en niet van een noodzakelijke regeling zoals het vangnet van de WWB (Wet werk en bijstand, RJ). De uitkeringsnormen in de WWB (en de WIJ (Wet investeren in jongeren, RJ) zijn gunstiger dan de uitkeringsnormen in de WWIK en bovendien kent de WWB geen maximale uitkeringsduur zoals de WWIK. Ook zou een geleidelijke afbouw van de WWIK impliceren dat een uitvoeringsstructuur nodig blijft voor een steeds kleinere doelgroep, wat niet efficiënt is en vanwege gebrekkige continuïteit ten koste gaat van de kwaliteit van de besluitvorming.

---

40 Kamervragen zonder antwoord, TK 2003/04, 2030408860.
41 Kamervragen (Aanhangsel) 2003/04, 1006.
42 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 97.
43 *Kamerstukken* 32 701.
44 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 701, nr. 3, p. 2.

> Wel dienen belanghebbenden bij de regeling tijdig te worden geïnformeerd over de voorgenomen afschaffing van de WWIK. Daartoe heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 20 januari 2011 een brief gestuurd naar de uitvoerende centrumgemeenten en de adviserende instelling. In deze brief wordt concreet verzocht de kunstenaars te informeren over de afschaffing van de regeling per 1 januari 2012.[45]

Tijdens de parlementaire behandeling is stevig gediscussieerd over de keuze voor onmiddellijke werking. De regering heeft echter vastgehouden aan haar standpunt. Interessant is dat de Raad van State in zijn advies over de intrekking van de WWIK niet is ingegaan op het ontbreken van overgangsrecht.[46] Mogelijk is de verklaring daarvoor te vinden in het feit dat de Raad destijds in de adviezen over de WWIK en de voorloper van de WWIK, de WIK, uitdrukkelijk vraagtekens heeft geplaatst bij de keuze voor een afzonderlijke inkomensvoorziening voor kunstenaars. Zo vroeg de Raad in het advies naar aanleiding van het wetsvoorstel WIK waarom kunstenaars als groep in de samenleving een zodanige uitzonderingspositie innemen dat een aparte inkomensvoorziening gerechtvaardigd is en als er al een regeling nodig zou zijn, waarom die regeling dan geen onderdeel zou kunnen zijn van de (toen geldende) Algemene bijstandswet. In het advies over het wetsvoorstel WWIK stelde de Raad dat voor elke beroepsgroep geldt dat men in beginsel zelf dient te voorzien in de noodzakelijke middelen van bestaan.[47]

Inmiddels wordt de strijd over de intrekking van de WWIK voor de rechter gevoerd. De vereniging FNV Kunsten Informatie en Media, de vereniging van Beeldende Kunstenaars en een aantal individuele kunstenaars hebben een kort geding aangespannen tegen de Staat en – kort samengevat – gevorderd dat de Intrekkingswet buiten werking zou worden gesteld. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag heeft de Staat, zoals in de inleiding al gezegd, geboden de intrekking van deze wet buiten werking te stellen voor zover die betrekking heeft op uitkeringsgerechtigden die voor 1 januari 2012 een WWIK-beschikking hebben ontvangen en hun rechten op grond van die beschikking nog niet hebben verbruikt, totdat de Staat heeft voorzien in adequaat overgangsrecht. De voorzieningenrechter kwam tot deze uitspraak omdat hij van oordeel is dat de aanspraak op een uitkering uit hoofde van een WWIK-beschikking een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP is: 'Het betreft hier immers een sociaal zekerheidsrecht dat in plaats van een bijstandsuitkering op grond van de Wet werk en bijstand (Wwb) is bedoeld als aanvulling op het inkomen uit hoofde van de beroepspraktijk voor de kunstenaar ten behoeve van diens noodzakelijke kosten van levensonderhoud.'[48] De staatssecretaris van SZW heeft na de uitspraak aangekondigd in beroep te zullen gaan tegen deze uitspraak omdat hij vindt dat de betrokken kunstenaars de afschaffing van de regeling lang genoeg van tevoren hebben kunnen zien aankomen. Voorts heeft hij daarbij aangegeven dat er al een conceptovergangsregeling is opgesteld die voor commentaar is toegezonden aan de gemeenten die de WWIK uitvoerden. In een brief van 12 januari jl. aan de

---

45 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 701, nr. 3, p. 5-6.
46 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 701, nr. 4.
47 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 053, B, p. 2, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 594, nr. 4, p. 2.
48 Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 3 januari 2012, LJN BU9921.

Kamer lichtte hij al een tipje van de sluier op over de inhoud van de overgangsregeling:

> Deze regeling zal met terugwerkende kracht ingaan vanaf 1 januari 2012. De regeling zal gaan gelden voor uitkeringsgerechtigden die reeds vóór 1 januari 2012 een WWIK-beschikking hebben ontvangen en hun rechten op grond van die beschikking nog niet hebben verbruikt en voor degenen die vóór 1 januari 2012 een aanvraag op grond van de WWIK hebben gedaan, waarop de gemeente na die datum een begunstigend besluit zal nemen. Ik ben voornemens de regeling nauw te laten aansluiten bij de WWIK en deze een looptijd te geven tot 1 juli 2012. Uit jurisprudentie blijkt dat een dergelijke termijn van zes maanden in overeenstemming te achten is met artikel 1, van het Eerste Protocol bij het EVRM.[49]

Over de uitspraak van de voorzieningenrechter wordt onder bestuursrechtjuristen flink gediscussieerd. Op dit moment (eind januari 2012) is er nog niet over geschreven in juridische vakbladen. Wel wijdde Geerten Bogaerd er een aardige blog aan op de website Publiekrecht en Politiek onder de titel 'Rechter Paris schiet kunstenaars te hulp'.[50] Hij stelt mijns inziens terecht de vraag hoe het dictum moet worden begrepen. De Staat wordt bevolen de intrekkingswet buiten werking te stellen, maar kan dat eigenlijk wel gevolgen hebben? De intrekkingswet heeft ertoe geleid dat op 1 januari 2012 de WWIK is ingetrokken. Het buiten werking stellen van de intrekkingswet leidt niet tot herleving van de WWIK. Bedoeld zal zijn dat de intrekking van de WWIK jegens degenen die hebben gehandeld in vertrouwen op hun aanspraken op grond van deze wet, niet had mogen plaatsvinden zonder in passende overgangsmaatregelen te voorzien. De vraag is dan wie diegenen zijn en hoe lang de overgangstermijn moet duren. De staatssecretaris neemt de categorie personen die op de WWIK mochten vertrouwen vrij ruim door niet alleen degenen die een WWIK-uitkering ontvingen voor 1 januari 2012, maar ook degenen die voor die datum een aanvraag voor een uitkering hadden ingediend, onder de voorgenomen overgangsregeling te laten vallen, maar kiest tegelijkertijd voor een vrij korte overgangstermijn.

2.2.3 *Terugwerkende kracht*

Van terugwerkende kracht wordt gesproken indien krachtens een overgangsregel de rechtsgevolgen van de nieuwe wet intreden of aanvangen vóór de inwerkingtreding (artikel 167, tweede lid, Ar). Deze figuur wordt ook wel aangeduid met de term 'formele terugwerkende kracht'.[51]

---

49 Brief staatssecretaris SZW, d.d. 12 januari 2012, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kunst-en-cultuur/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/01/12/reactie-op-uitspraak-rechtbank-wwik.html>.

50 <www.publiekrechtenpolitiek.nl/rechter-paris-schiet-het-eerste-gat-in-rutte-i/>.

51 Zie Pauwels 2009, hoofdstuk 5 en bijvoorbeeld het advies van de Raad van State over de Wijziging van de Wet op de omzetbelasting 1968, de Wet op belastingen van het rechtsverkeer en enkele andere belastingwetten in verband met de bestrijding van constructies met betrekking tot onroerende zaken, *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 1.

Het toekennen van terugwerkende kracht aan een wet of aan bepaalde bepalingen in een wet, is vaak ingrijpend. De rechtszekerheid van degenen wier rechtspositie wordt geraakt door de wet, wordt, bij belastende regelingen althans, aangetast. Op grond van artikel 15 IVBPR, artikel 7 EVRM, artikel 49 Handvest van de Grondrechten van de EU is terugwerkende kracht niet toegestaan bij strafbepalingen. Voor het strafrecht is dit gecodificeerd in artikel 16 van de Grondwet en artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.' Voor bestuursrechtelijke sancties geldt eveneens dat geen sanctie wordt opgelegd dan uit kracht van een daaraan voorafgaande wettelijke bepaling (zie artikel 5:4 Awb).

Bij andere dan strafbepalingen is terugwerkende kracht niet uitgesloten, maar terughoudendheid is wel geboden. Uit het eerste lid van aanwijzing 167 Ar volgt dat aan een regeling slechts terugwerkende kracht wordt verleend, indien daarvoor een bijzondere reden bestaat. Uit een brief uit 1997 van de staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer blijkt dat (althans voor het fiscale recht) bijzondere omstandigheden kunnen worden gevormd door (1) de noodzaak om aanmerkelijke aankondigingseffecten te voorkomen (dat wil zeggen dat het noodzakelijk is om de regels plotseling te laten gelden om te voorkomen dat burgers maatregelen treffen waardoor de regeling het beoogde effect ontbeert of een tegenovergesteld effect sorteert) en (2) de noodzaak om een omvangrijk oneigenlijk gebruik tegen te gaan of misbruik van een wettelijke voorziening te voorkomen.

Aanvankelijk was de staatssecretaris van mening dat er nog meer bijzondere omstandigheden waren.[52] Deze omstandigheden waren neergelegd in de op 8 oktober 1996 aan de Tweede Kamer aangeboden notitie inzake terugwerkende kracht en eerbiedigende werking van fiscale regelgeving.[53] Naar aanleiding van adviezen van de Raad van State over terugwerkende kracht, heeft de staatssecretaris zich echter aangesloten bij de opvattingen van de Raad van State en zijn de twee bovengenoemde omstandigheden overgebleven.[54]

In de toelichting op aanwijzing 167 staat dat de beleidslijn bij het toekennen van terugwerkende kracht aan belastende fiscale maatregelen, zoals omschreven in *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nrs. 1-3, ook kan worden toegepast buiten het fiscale recht. Dit roept vragen op over de status van de Aanwijzingen voor de regelgeving en in de aanwijzingen genoemde Kamerstukken. Ook in de Tweede Kamer zijn hierover (vrij recent nog) vragen gesteld. In een brief aan de voorzitter van de Eerste Kamer schrijft de staatssecretaris van Financiën hierover dat 'Aanwijzingen voor de rijksdienst, zoals de Aanwijzingen voor de regelgeving, zich naar hun aard niet kunnen richten tot niet onder het gezag van ministers en staatssecretarissen werkzame participanten in het proces van regelgeving, zoals bijvoorbeeld de Staten-Generaal

---

52 Terugwerkende kracht werd ook aanvaardbaar geacht als er sprake was van een evidente omissie in een wet, die duidelijk leidde tot onbedoelde gevolgen waardoor bijvoorbeeld aanmerkelijke fiscale claims verloren gingen en indien onmiddellijke werking ingrijpende budgettaire gevolgen en uitvoeringsaspecten met zich mee zou brengen. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 25 677, nr. 5, p. 6-7.

53 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 677, nr. 5.

54 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A en *Kamerstukken II* 1996/97, 24 677, B.

en decentrale overheden. De Aanwijzingen kunnen deze organen niet binden. Wel verdient het aanbeveling dat de Staten-Generaal met de Aanwijzingen rekening houden; de Aanwijzingen worden ook toegezonden aan de Staten-Generaal. Aanwijzing 167, opgenomen in de paragraaf over overgangsrecht, handelt over het verlenen van terugwerkende kracht aan regelingen. De tekst van deze Aanwijzing en de verwijzing in de toelichting daarop naar *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nrs. 1-3, bevatten in zekere zin de codificatie inzake terugwerkende kracht zoals verwoord in de brief van 25 juni 1997 en geven aan dat de daarin vastgelegde beleidslijn ook kan worden toegepast buiten het fiscale terrein.'[55]

De tot nu toe besproken rechtvaardigingsgronden zien op het geval de terugwerkende kracht *nadelig* is voor degenen op wie de nieuwe regels van toepassing worden. Als de nieuwe regels juist in het *voordeel* zijn van justitiabelen hoeft er minder bezwaar te bestaan tegen het toekennen van terugwerkende kracht. In 2011 bracht het kabinet de overdrachtsbelasting tijdelijk terug van 6% tot 2%. In een persbericht van 1 juli 2011 werd aangekondigd dat het tarief van de overdrachtsbelasting bij de verkrijging van woningen tijdelijk (tot 1 juli 2012) zou worden verlaagd. Aangekondigd werd dat de maatregel zou worden opgenomen in het Belastingplan 2012. Als dit wetsvoorstel zou worden aangenomen zou het terugwerken tot en met 15 juni 2011. De Afdeling advisering van de Raad van State merkte niets op over het voorstel om deze maatregel terugwerkende kracht te geven.[56] Overigens is oplettendheid bij het verlenen van terugwerkende kracht ook geboden als het gaat om regels die in het voordeel zijn van justitiabelen. Als de regel namelijk naast voordeel ook nadeel meebrengt voor bepaalde partijen ligt terugwerkende kracht toch weer niet in de rede.

Lengte periode terugwerkende kracht

Indien wordt gekozen voor terugwerkende kracht, moet de vraag worden beantwoord hoe lang de periode van terugwerkende kracht moet duren. De notitie stelt dat de grens van de terugwerkende kracht in beginsel zal moeten samenvallen met de datum waarop van de betrokkenen redelijkerwijs kan worden gevergd dat zij, reeds voorafgaande aan de inwerkingtreding, met de verandering in de regelgeving rekening konden houden. Met andere woorden: het moment waarop de verandering *voorzienbaar* – of in de woorden van de Raad van State: voldoende kenbaar[57] – was. Bij het beantwoorden van de vraag wanneer er sprake is van voorzienbaarheid, hanteert de notitie als uitgangspunt dat een regeling niet verder terugwerkt dan tot het moment waarop het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer werd ingediend; dat is immers het moment waarop eenieder kennis kan nemen van de inhoud van de voorgenomen nieuwe regels. Soms echter wordt een ander tijdstip gehanteerd en wel het tijdstip waarop de bewindspersoon door middel van een persbericht kennis geeft van de voorgenomen nieuwe regels en van het feit dat aan deze regels terugwerkende kracht zal worden toegekend. Als gebruik wordt gemaakt van de methode van

55 *Kamerstukken I* 2009/10, 25 212, A, p. 2.

56 Het Belastingplan 2012 is in werking getreden op 1 januari 2012. Deze maatregel heeft inderdaad terugwerkende kracht gekregen tot 15 juni 2011 (*Stb.* 2011, 636).

57 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 1.

het persbericht, is van belang dat het persbericht voldoende duidelijkheid verschaft omtrent de nieuwe regeling en de implicaties voor degenen die door de nieuwe regeling worden geraakt.[58] In de notitie wordt echter ook gewaarschuwd dat van voorzienbaarheid soms ook sprake kan zijn voordat er een wetsvoorstel is ingediend bij de Tweede Kamer of een aankondiging in een persbericht is geweest. Als voorbeeld wordt gegeven het geval dat iemand een evidente omissie ontdekt in een wet en daarop inspeelt, bijvoorbeeld door een constructie op te zetten. Volgens de staatssecretaris van Financiën handelt zo iemand speculatief en geheel voor eigen risico. Als de wet vervolgens met terugwerkende kracht wordt gerepareerd, kan hij zich niet op het standpunt stellen dat deze reparatie voor hem niet voorzienbaar was.[59]

Tijdstip waarop terugwerkende kracht moet worden aangekondigd
Een laatste aspect met betrekking tot terugwerkende kracht dat (in ieder geval) voor de wetgevingsjurist relevant is, is het tijdstip in het wetgevingstraject waarop duidelijk moet worden gemaakt of aan een wet terugwerkende kracht zal worden toegekend. Bij de behandeling van het Belastingplan 2002 in de Eerste Kamer is uitgebreid gediscussieerd over het toekennen van terugwerkende kracht aan belastingmaatregelen. Uitkomst van de discussie was dat terugwerkende kracht niet (meer) bij nota van wijziging in een wetsvoorstel moet worden opgenomen. De Eerste Kamer vindt het belangrijk dat de Raad van State zich kan uitlaten over het voorstel om terugwerkende kracht te verlenen aan een maatregel. Als de terugwerkende kracht pas door middel van een nota van wijziging wordt opgenomen in het wetsvoorstel, heeft de Raad van State in de meeste gevallen niet de gelegenheid zich over de wenselijkheid hiervan uit te laten omdat nota's van wijziging in de regel niet voor advies aan de Raad worden aangeboden.[60]

2.2.4 *Eerbiedigende en uitgestelde werking*

Uitgestelde werking en eerbiedigende werking worden in aanwijzing 169 tezamen behandeld. Deze aanwijzing luidt als volgt:

> **Aanwijzing 169**
> Een nieuwe regeling kan een daarvoor geldende regeling blijvend (eerbiedigende werking) of voor een bepaalde periode (uitgestelde werking) van toepassing laten op nader aangeduide feiten of verhoudingen.

---

58 *Kamerstukken II* 25 677, nr. 5, p. 7. Zie ook: Pauwels 2009, paragraaf 11.5.
59 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 677, nr. 5, p. 8.
60 *Handelingen I* 2001/02, 11 december 2001, nr. 12, p. 620-628. Desondanks gebeurt het nog steeds wel dat bij nota van wijziging in terugwerkende kracht wordt voorzien. Zie bijvoorbeeld de wijziging van de wet SUWI, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 065, nr. 7 (wijziging artikel X). De plenaire behandeling van dit wetsvoorstel moest ten tijde van het schrijven van dit preadvies nog plaatsvinden. Overigens schrijft het Draaiboek voor de wetgeving voor dat een nota van wijziging voor advies aan de Afdeling advisering van de Raad van State moet worden voorgelegd wanneer daardoor het oorspronkelijke wetsvoorstel ingrijpend wijzigt. Uit deze discussie over het verlenen van terugwerkende kracht bij nota van wijziging, kan worden afgeleid dat het verlenen van terugwerkende kracht bij nota van wijziging een ingrijpende wijziging is die noopt tot het vragen van advies aan de Afdeling advisering over de nota van wijziging.

Bij het toekennen van eerbiedigende of uitgestelde werking gaat het er primair om, om (bepaalde) belangen van (een deel van) degenen op wie de nieuwe regels van toepassing zijn, te beschermen (tenzij er contra-indicaties zijn, bijvoorbeeld omdat de wetswijzing voorzienbaar was). In de toelichting bij aanwijzing 169 staat dan ook dat het toekennen van eerbiedigende of uitgestelde werking wenselijk kan zijn als 'het aan de nieuwe regeling voorafgaande rechtsregime heeft geleid tot het ontstaan van verwachtingen omtrent het voortduren van situaties dan wel het al dan niet intreden van aan bepaalde handelingen verbonden rechtsgevolgen of andere effecten, aan welke verwachtingen de nieuwe regeling afbreuk zal doen'.

> Een voorbeeld. Bij de afschaffing van de spaarloonregeling per 1 januari 2012 is voor eerbiedigende werking gekozen. In de memorie van toelichting staat: 'Het opgebouwde vermogen kan in het jaar 2013 in beginsel zonder fiscale gevolgen worden opgenomen, maar de deelnemers die hun tegoed laten staan en zich aan de voorwaarden van de spaarloonregeling houden, kunnen op grond van de overgangsregeling gebruik blijven maken van de vrijstelling voor spaarloon in box 3. In dat geval wordt het tegoed jaarlijks gedeeltelijk vrijgegeven. Ook blijven de huidige deblokkeringsmogelijkheden bestaan. In 2016 (vier jaar na de invoering van deze overgangsregeling) zal de spaarloonregeling uitgewerkt zijn en zal de overgangsbepaling vervallen.'[61]

Daarnaast kan voor eerbiedigende of uitgestelde werking aanleiding zijn om een heel praktische reden: namelijk omdat de uitvoeringspraktijk de gelegenheid moet hebben zich in te stellen op de nieuwe regels.[62] Dit houdt in ieder geval in dat degenen op wie de nieuwe regels betrekking hebben en degenen die ermee moeten werken, moeten worden voorgelicht over de inhoud en de betekenis ervan. Maar het houdt vaak ook in dat uitvoeringsorganisaties hun werkwijzen moeten veranderen, computersystemen moeten worden ontwikkeld of aangepast, nieuw beleid moet worden ontwikkeld enzovoort.[63]

> Een voorbeeld van eerbiedigende (uitgestelde) werking om praktische redenen biedt de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp). Deze wet trad in werking op 1 september 2001. Op dezelfde datum werd de Wet persoonsregistraties ingetrokken (zie artikel 81 Wbp). Op grond van de Wbp worden (voor zover hier relevant) eisen gesteld aan de wijze van verwerking van persoonsgegevens. Artikel 79 Wbp bevatte een overgangsregeling die erin voorzag dat gegevensverwerkingen die op het tijdstip van inwerkingtreding reeds plaatsvonden, binnen één jaar in overeenstemming moesten worden gebracht met de Wbp. Gegevensverwerkingen van na 1 september 2001 moesten dus direct in overeenstemming zijn met de Wbp, maar voor op die datum al

---

61 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 31.

62 W. Voermans, 'Van oud naar nieuw: overgangsrecht in wettelijke regelingen', *RegelMaat* 2000, p. 9.

63 En omdat de politieke druk om de nieuwe regelgeving snel door te voeren vaak groot is, moet met deze werkzaamheden geregeld worden begonnen tijdens de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel. In die fase ligt echter nog geenszins vast dat het wetsvoorstel ongewijzigd in werking zal treden. Voor de praktijk is dit een lastige complicatie want om tijdig ingesteld te zijn op de nieuwe regelgeving moet vaak al wel geïnvesteerd worden in allerlei aanpassingen.

bestaande gegevensverwerkingen gold een overgangstermijn van een jaar. Op deze manier werd aan instellingen en bedrijven de gelegenheid geboden hun bestaande gegevensverwerkingen aan te passen.

Als gezegd in paragraaf 2.2.1 is het onder wetgevingsjuristen gebruikelijk om uitgestelde werking te beschouwen als een species van eerbiedigende werking; er is sprake van eerbiedigende werking als de nieuwe regel nooit van toepassing wordt op bestaande rechtsposities en -verhoudingen en van uitgestelde werking als de nieuwe regel slechts tijdelijk niet van toepassing is op bestaande rechtsposities en -verhoudingen.[64]

Voor eerbiedigende werking zal niet zo snel worden gekozen indien de nieuwe regels in het voordeel zijn van degenen tot wie ze zich richten. Meestal zal dan voor onmiddellijke werking worden gekozen. Toch worden er bij 'eerbiedigende werking' wel uitzonderingen gemaakt. Een voorbeeld biedt een recente wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven.[65] Op grond van die wet konden bepaalde categorieën personen in bepaalde gevallen aanspraak maken op een uitkering uit het schadefonds geweldsmisdrijven. De wetswijziging leidde tot een uitbreiding van de reikwijdte van de wet: het aantal categorieën personen dat aanspraak kan maken op een uitkering werd uitgebreid en de gevallen waarin een uitkering kan worden aangevraagd werden verruimd. Op grond van het overgangsrecht bij deze wetswijziging zijn de uitbreidingen alleen van toepassing op schade die is veroorzaakt door een geweldsmisdrijf dat na de inwerkingtreding van de wetswijziging (per 1 januari 2012) heeft plaatsgevonden.[66] In de memorie van toelichting staat: 'Hiermee wordt ten aanzien van de uitbreidingen van de reikwijdte van de wet eerbiedigende werking van het bestaand recht op bestaande gevallen voorgesteld.' De Afdeling advisering van de Raad van State had hierover opgemerkt dat eerbiedigende werking niet zonder meer voor de hand liggend was 'in aanmerking genomen dat het voorstel ertoe strekt een einde te maken aan bepaalde, in de toelichting als "schrijnend" omschreven situaties, en het wetsvoorstel past in de beleidslijn van het kabinet om de positie van het slachtoffer verder te versterken'. Daarbij werd erop gewezen dat aanvragen op grond van artikel 7 Wet schadefonds geweldsmisdrijven binnen drie jaar nadat het misdrijf is gepleegd, moeten worden ingediend. Hierdoor zouden, aldus de Afdeling advisering, de gevolgen van het toekennen van onmiddellijke werking in zekere zin beperkt zijn.[67] In het nader rapport is dit advies niet

---

64 Zie aanwijzing 169.

65 Wet van 6 juni 2011 tot aanpassing van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met uitbreiding van de categorieën van personen die recht hebben op een uitkering uit het fonds en verruiming van de gevallen waarin men aanspraak kan maken op een dergelijke uitkering, aanpassing aan de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en enkele andere aanpassingen (*Stb.* 2011, 276).

66 Zie artikel IV van de Wijzigingswet Wet schadefonds geweldsmisdrijven (uitbreiding van personen die recht hebben op een uitkering uit het fonds en verruiming van de gevallen waarin men aanspraak kan maken op een dergelijke uitkering, aanpassing aan de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en enkele andere aanpassingen). Deze overgangsbepaling is dus niet in de Wet schadefonds geweldsmisdrijven zelf opgenomen. Dit komt de toegankelijkheid van het overgangsrecht niet ten goede.

67 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 363, nr. 4, p. 5.

overgenomen omdat het opvolgen ervan 'kan leiden tot hogere kosten, die ik [de staatssecretaris van V&J] in de huidige financiële situatie moeilijk kan opbrengen'.[68]

Het bovenstaande voorbeeld geeft wel te denken over term 'eerbiedigende werking' in deze context. In het normale spraakgebruik wordt het woord eerbiedigen gebruikt om uit te drukken dat iets of iemand wordt ontzien of gespaard. In de Aanwijzingen voor de regelgeving lijkt de term te worden gebruikt met het oog op justitiabelen (er wordt bijvoorbeeld gesproken over 'het ontstaan van verwachtingen omtrent het voortduren van situaties'). Van ontzien of sparen van justitiabelen is in deze overgangsbepaling echter geen sprake. Integendeel, door middel van deze overgangsbepaling wordt juist bewerkstelligd dat het nieuwe gunstigere beleid alleen van toepassing wordt op na de inwerkingtreding voorgevallen geweldsmisdrijven. Hieruit moet worden afgeleid dat de term eerbiedigende werking ook gebruikt wordt voor het geval de Staat zichzelf spaart. Wetgevingstechnisch had het punt overigens kunnen worden omzeild, bijvoorbeeld door in het artikel dat de aanspraak regelt op een uitkering uit het fonds, te bepalen dat het geweldsmisdrijf na 1 januari 2012 moest zijn gepleegd en door in het overgangsrecht te regelen dat voor personen die onder het oude recht aanspraak maakten op een uitkering uit het fonds het oude recht van toepassing bleef. Materieel zou dan hetzelfde zijn bereikt.

Lengte van de periode van uitgestelde werking

Bij uitgestelde werking moet de vraag worden beantwoord hoe lang de overgangstermijn moet zijn. Het is niet mogelijk om algemene uitspraken te doen over de lengte van de termijn.[69] Wel kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat geen termijn of een te korte termijn problematisch kan zijn, bijvoorbeeld vanwege strijdigheid met internationaal recht. Zo speelt bij wijzigingen ten nadele van betrokkenen in het sociale zekerheidsrecht artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol bij het EVRM een belangrijke rol. Dit artikel beschermt het recht op eigendom. Wettelijke sociale zekerheidsaanspraken worden aangemerkt als eigendomsrecht, ongeacht of daar een betaling van premies tegenoverstaat.[70] Het stopzetten van deze aanspraken zonder de justitiabele een geschikte termijn te gunnen zich hierop in te stellen, komt dan ook in strijd met artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol, zo oordeelde de Centrale Raad van Beroep al in een uitspraak van 18 juni 2004.[71] In deze uitspraak overwoog de Raad dat de wetgever 'waar het gaat om uitkeringsgerechtigden die op 1 mei 2000 reeds een uitkering ontvingen en aan wie op die datum reeds hun vrijheid was ontnomen, niet op een toereikende wijze heeft vormgegeven aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De voor deze groep personen gehanteerde overgangstermijn van één maand bood de betreffende uitkeringsgerechtigden immers volstrekt onvoldoende gelegenheid om vanuit een situatie waarin contact met de buitenwereld slechts in beperkte mate mogelijk is, hun zaken op orde te bren-

---

68 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 363, nr. 4, p. 6.

69 De reden hiervoor is dezelfde als waarom het niet mogelijk is om algemene regels van overgangsrecht te geven: de situaties waarvoor nieuwe regels worden gemaakt, lopen vaak te zeer uiteen en de lengte van de termijn is een resultaat van politieke afweging. Zie pararaaf 2.2.1.

70 EHRM 16 september 1996, *AB* 1997, 179, m.nt. F.J.L. Pennings (*Gaygusuz/Oostenrijk*), EHRM 6 juli 2005, *AB* 2005, 376, m.nt. FP (*Stec e.a./Verenigd Koninkrijk*).

71 CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004, 296, m.nt. F.J.L. Pennings.

gen. De door de wetgever gecreëerde overgangstermijn is derhalve ontoereikend om bij belanghebbende de situatie van voorbereid zijn op de voorhandend zijnde verandering te bereiken, die de wetgever zelf noodzakelijk heeft geacht, wil er kunnen worden gesproken van een toereikende mate van proportionaliteit en subsidiariteit.' De Raad liet het niet bij de enkele constatering dat de overgangstermijn van een maand te kort was, maar voegde hieraan toe dat de in dit geval door de wetgever gehanteerde termijn 'in belangrijke mate en ten nadele van de uitkeringsgerechtigden' afwijkt van de overgangstermijn in vergelijkbare andere situaties waarin het recht op uitkering werd beperkt of ingetrokken. Hij verwees naar de Reparatiewet AAW en de invoering van de Anw waarin overgangstermijnen van respectievelijk 26 en 18 maanden waren gehanteerd. Tot slot overwoog de Raad ten overvloede dat de hantering van een overgangstermijn van zes maanden vanaf de inwerkingtreding van de wet wel in overeenstemming zou kunnen worden geacht met artikel 1 Eerste Protocol.

Ging het in de tot nu toe besproken jurisprudentie over een te korte overgangstermijn, ook een te lange termijn kan problematisch zijn. Bij het bepalen van de lengte van de overgangstermijn speelt naast het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel een rol. Waar het rechtzekerheids- en het vertrouwensbeginsel leiden tot het maken van onderscheid tussen verschillende categorieën waarop een nieuwe regeling van toepassing is, stimuleert het gelijkheidsbeginsel juist tot het niet maken van onderscheid of in ieder geval zo kort en zo min mogelijk.[72] Uiteraard hoeft er geen bezwaar te bestaan tegen een verschillende behandeling van verschillende categorieën gevallen. Voorwaarde is wel dat er voor de verschillende behandeling objectieve en rechtvaardige argumenten worden gegeven.

Over de lange duur van de overgangstermijn was de Raad van State kritisch in zijn advies over een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten.[73] Dit wetsvoorstel voorzag erin dat iedereen die bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet reeds een Wajong-uitkering had, onder het oude stelsel bleef vallen. Deze keuze zou ertoe leiden dat tot 2057 (het jaar waarin de 'oude' groep 65 jaar wordt) twee regelingen naast elkaar zouden blijven bestaan. De Raad van State vond het weliswaar in de rede liggen dat ten aanzien van de bestaande groep jonggehandicapten zou worden voorzien in een redelijke overgangstermijn en overgangsmaatregelen, maar had bedenkingen bij 'een zo ruim stelsel, met zo'n lange overgangstermijn'.[74] Het advies is niet overgenomen door het kabinet. Wel is in de memorie van toelichting uitgebreider gemotiveerd waarom deze keuze is gemaakt. Het kabinet vond vooral van belang dat de nieuwe aanpak zich nog moest bewijzen in de praktijk. Om die reden vond het kabinet de overgang van bestaande Wajongers naar de nieuwe regeling niet voor de hand liggend.[75]

---

72 Weggeman 2001, p. 62.
73 Kamerstukken II 2008/09, 31 780, nr. 4, p. 2.
74 Kamerstukken II 2008/09, 31 780, nr. 4, p. 2.
75 Kamerstukken II 2008/09, 31 780, nr. 4, p. 2.

Mij lijkt deze overgangstermijn erg lang en ik kan mij niet goed voorstellen dat er tussen nu en 2057 geen behoefte ontstaat om iets te wijzigen in dit overgangsrecht; bijvoorbeeld omdat de nieuwe aanpak zich inmiddels heeft bewezen. Mocht de wens opkomen om ook iets te veranderen ten aanzien van 'oude Wajongers', dan zal er rekening mee moeten worden gehouden dat de Raad van State eerder adviseerde dat met het wijzigen van bestaande overgangsregels de grootst mogelijke terughoudendheid moet worden betracht.[76] De Raad van State ziet alleen aanleiding voor wijziging van overgangsrecht indien een geldende overgangsbepaling zeer onwenselijke effecten heeft.

Afbakening

Indien voor eerbiedigende werking wordt gekozen, moet uit de overgangsbepaling duidelijk blijken op welke feiten of verhoudingen deze bepaling van toepassing is (aanwijzing 170). Dit betekent dat goed moet worden afgebakend tussen feiten en verhoudingen waar het oude recht op van toepassing blijft en feiten en verhoudingen waar het nieuwe recht op van toepassing wordt.

> Hoewel de Wet verhoging collegegeld langstudeerders onmiddellijke werking heeft verkregen, biedt de discussie in het parlement en daarbuiten een illustratie van de wijze waarop had kunnen worden afgebakend tussen de personen waarop deze wet betrekking heeft, indien wel was gekozen voor eerbiedigende werking. Sommigen bepleitten dat de wet niet zou moeten gelden voor studenten die al ingeschreven stonden aan een instelling voor hoger onderwijs op het tijdstip waarop de nieuwe wet in werking trad omdat reeds ingeschreven studenten de verhoging van het wettelijk collegegeld niet hadden kunnen voorzien toen zij aan hun studie begonnen. Anderen pleitten er juist voor dat de verhoging van het collegegeld niet zou moeten gelden voor studenten die op het tijdstip waarop de nieuwe wet in werking trad al studievertraging hadden opgelopen.[77]

Structurele uitzonderingen

Een enkele keer wordt de figuur van de eerbiedigende werking voorgesteld terwijl de wetgever in wezen geen overgangsmaatregel wil treffen, maar het overgangsrecht gebruikt om een structurele uitzondering op de nieuwe regels weg te moffelen. Dit was bijvoorbeeld het geval bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de behandeling van vreemdelingenzaken en enkele wetstechnische aanpassingen. Beoogd werd om voor de vreemdelingenrechtspraak het bestaande stelsel van nevenlocaties in stand te laten. Dit was vormgegeven als een overgangsbepaling: op beroepen die zijn ingesteld tegen besluiten die zijn genomen op grond van de Vreemdelingenwet 2000, blijft het recht van toepassing zoals het gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Evaluatiewet. De Afdeling advisering van

---

76 Zie bijvoorbeeld het advies over de Reparatiewet gesloten jeugdzorg, *Kamerstukken II* 2008/08, 31 373, nr. 4, p. 1 en het advies over de Wijziging van de Algemene nabestaandenwet in verband met gebleken onbillijkheden, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 900, A, p. 2.

77 Zie bijvoorbeeld *Handelingen EK* 5 juli 2011, *Kamerstukken* 32 618.

de Raad van State adviseerde om deze bepaling niet vorm te geven als een overgangsbepaling, maar – in lijn met de bedoeling van de bepaling – als een structurele uitzondering op het nieuwe stelsel.[78] Het advies is overgenomen. Er is een afzonderlijke bepaling opgenomen in de wet die een uitzondering vormt op de regeling.[79]

2.2.5 *Combinaties*

In het voorgaande zijn de verschillende soorten overgangsregels besproken. Binnen wetsvoorstellen kunnen de verschillende figuren evenwel naast elkaar bestaan. Het kan voorkomen dat een deel van het wetsvoorstel onmiddellijke werking heeft en een ander deel bijvoorbeeld uitgestelde werking. Daarnaast is het niet ongebruikelijk dat onmiddellijke werking, terugwerkende kracht en uitgestelde werking worden gecombineerd met eerbiedigende werking. In het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Awb hadden de bepalingen over attributie bijvoorbeeld onmiddellijke werking, terwijl aan de nieuwe regeling over bestuursrechtelijke geldschulden eerbiedigende werking was gegeven.[80] Ook komt uitgestelde werking voor naast uitgestelde inwerkingtreding.[81]

2.3 Algemeen werkend overgangsrecht

Sommige wetten bevatten zelf algemeen werkend of 'permanent' overgangsrecht. Algemeen werkend overgangsrecht beantwoordt in algemene zin *vanaf welk tijdstip* een (nieuwe of bestaande) norm *van toepassing* is op een rechtspositie of rechtsverhouding. Het voordeel van algemeen werkend overgangsrecht is dat er niet bij elke wetswijziging nieuw overgangsrecht hoeft te worden gemaakt.[82]

Voorbeelden van algemeen werkend overgangsrecht zijn er zowel in het strafrecht (artikel 1 Wetboek van Strafrecht), het privaatrecht (Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek) en het bestuursrecht (artikel 5:46, vierde lid, Awb en artikel 8:5, tweede lid, Awb). Artikel 5:46 Awb bepaalt dat de wet de maximale hoogte van de bestuurlijke boete regelt. In het vierde lid is bepaald dat artikel 1, tweede lid, Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing is. Artikel 1, tweede lid, Wetboek van Strafrecht bepaalt dat bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit is begaan, de voor de verdachte gunstigste bepalingen worden toegepast. Bij een wijziging in de sanctionering tussen het moment waarop de boete is opgelegd en

---

78 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2010/11, 32 562, nr. 4, p. 3-4.

79 Een ander voorbeeld van een wet waarin in het overgangsrecht in wezen een aantal structurele uitzonderingen is opgenomen biedt de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 655).

80 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 165.

81 Zie bijvoorbeeld de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 655). De regering wilde deze wet op 1 januari 2007 in werking laten treden. Omdat de uitvoeringspraktijk zich echter goed op de nieuwe regels moest kunnen instellen, was echter geregeld dat bepaalde artikelen niet op die datum, maar pas een jaar later in werking zouden treden (uitgestelde *inwerkingtreding*). Er waren echter ook artikelen die wel op 1 januari 2007 in werking traden, maar die uitgestelde *werking* hadden.

82 T.C. Borman, 'De plaats van het overgangsrecht: back to basics!', *RegelMaat* 2000, p. 225.

het moment waarop op een beroep daartegen is beslist, moet de bestuursrechter bij de toetsing van het boetebesluit dus bezien welke bepaling voor de overtreder het gunstigst is: de oude of de nieuwe.[83]

In 2011 heeft de Hoge Raad in dit verband een belangrijk arrest gewezen.[84] Dit arrest is gewezen naar aanleiding van de beslissing van het EHRM in de zaak *Scoppola/Italië*, waarin het EHRM had vastgesteld dat artikel 7 EVRM niet alleen het beginsel van non-retroactiviteit van strengere strafbepalingen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) omvat, maar ook het beginsel van retroactiviteit van mildere strafbepalingen (*lex mitior*-beginsel).[85] Naar aanleiding van deze beslissing scherpte de Hoge Raad zijn jurisprudentie over artikel 1, tweede lid, Wetboek van Strafrecht aan. Tot 12 juli 2011 ging de Hoge Raad ervan uit dat dit artikel van toepassing was indien de bewuste wetswijziging was voortgekomen uit een verandering van inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van het vóór de wetswijziging begane strafbare feit. Dit hield in dat de wetgever het begane feit niet langer strafbaar achtte.[86] In het arrest van 12 juli 2011 scherpte de Hoge Raad deze lijn aan door er het volgende aan toe te voegen: 'Voor regels die zowel *het specifieke strafmaximum* als *meer algemene regels met betrekking tot de sanctieoplegging* (curs. RJ) kunnen betreffen heeft voortaan te gelden dat een sedert het plegen van het delict opgetreden verandering door de rechter met onmiddellijke ingang – en dus zonder toetsing aan de maatstaf van het gewijzigd inzicht van de strafwetgever omtrent de strafwaardigheid van de voor de wetswijziging begane strafbare feite – moet worden toegepast, indien en voor zover die verandering in de voorliggende zaak ten gunste van de verdachte werkt. Opmerking verdient in dit verband dat op grond van de onder 3.4 weergegeven ontwikkelingen eventueel door de wetgever geformuleerde bijzondere overgangsbepalingen zullen moeten passen binnen de hierboven weergegeven internationale regelgeving. Indien dat niet het geval is, zal de rechter deze bepalingen buiten toepassing moeten laten.' (r.o. 3.6.1). Met betrekking tot overgangsbepalingen stelde A-G Knigge in zijn conclusie bij dit arrest dat bijzondere overgangsbepalingen dienen te worden getoetst aan het in artikel 15, eerste lid, IVBPR en artikel 7 EVRM vervatte *lex mitior*-beginsel. Overgangsbepalingen die niet te verenigen zijn met deze bepalingen, moeten buiten toepassing worden gelaten. Een verdragsverplichting zou immers niets voorstellen als zij door de nationale rechter opzij kan worden gezet.

Voorts overwoog de Hoge Raad dat hij wel bij zijn bestendige rechtspraak bleef met betrekking tot *veranderingen die verband houden met delictsomschrijvingen, waaronder*

---

83 In de jurisprudentie van de CRvB werd deze regel al aanvaard, zie (o.m.) CRvB 1 maart 2000, *JB* 2000/107.

84 HR 12 juli 2011, *AB* 2011, 312, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

85 EHRM 17 september 2009, *AB* 2010, 102, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

86 Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 1999, *NJ* 2000, 240, m.nt. G. Knigge. In deze zaak was de wet inmiddels gewijzigd en waren feiten die daarvoor strafbaar waren, overgeheveld naar de systematiek van de bestuurlijke boete. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 1, tweede lid, Sr toepassing miste omdat de wetswijziging niet duidde op een gewijzigd inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van de feiten die voor de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving hadden plaatsgevonden. De wetswijziging duidde er juist op dat de wetgever ter wille van een doelmatige handhaving een aantal feiten had overgeheveld vanuit het strafrechtelijke handhavingsstelsel naar de bestuurlijke boete.

begrepen veranderingen in de bestanddelen alsmede het vervallen van strafbaarstellingen, bijvoorbeeld in verband met de invoering van een ander handhavingsregime (r.o. 3.6.2). Deze rechtspraak heeft volgens de Hoge Raad goede grond omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel wordt bepaald door de regelgeving die geldt ten tijde van het plegen van het strafbare feit. Een uitzondering hierop wordt gerechtvaardigd indien er sprake is van een verandering van inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van vóór de wetswijziging begane strafbare feiten.[87] Dit laatste inzicht kan worden vastgelegd in bijzondere overgangsbepalingen. Dit zou de duidelijkheid volgens de Hoge Raad ten goede komen.

Artikel 8:5, tweede lid, Awb voorziet in eerbiedigende werking voor het geval de negatieve lijst (de lijst met besluiten waartegen geen beroep kan worden ingesteld) wordt gewijzigd. Als het vóór de wijziging van de lijst in werking trad wel mogelijk was om beroep in te stellen tegen een besluit dat inmiddels aan de negatieve lijst is toegevoegd, dan blijft het oude recht van toepassing. Een wijziging van de negatieve lijst heeft dus alleen effect voor besluiten die na de inwerkingtreding van de wijziging zijn bekendgemaakt.

2.4 Inwerkingtreding

Op de inwerkingtreding van nieuwe regels zijn de Grondwet, de Bekendmakingswet en paragraaf 4.15 van de Aanwijzingen voor de regelgeving van toepassing. Uit de artikelen 88 en 89 van de Grondwet volgt dat de wet de bekendmaking regelt van wetten, algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en dat de genoemde voorschriften niet inwerking treden voordat zij zijn bekendgemaakt. De bekendmaking is dus cruciaal voor de inwerkingtreding van nieuwe regels. De Bekendmakingswet bevat vervolgens een aantal praktische voorzieningen rondom de bekendmaking. Zo vindt bekendmaking in beginsel plaats in het *Staatsblad* (wetten, algemene maatregelen van bestuur en andere Koninklijke Besluiten waarbij algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld, artikel 3 Bekendmakingswet) of de *Staatscourant* (ministeriële regelingen en overige algemeen verbindende voorschriften van het Rijk, artikel 4 Bekendmakingswet). Volgens Ar 172 dient iedere regeling te voorzien in haar inwerkingtreding. Is dit niet gebeurd, dan geldt op grond van artikel 7 Bekendmakingswet (uitsluitend voor algemeen verbindende voorschriften die afkomstig zijn van de centrale overheid) dat de nieuwe regels in werking treden 'met ingang van de eerste dag van de tweede kalendermaand na de datum van bekendmaking'. In de meeste gevallen wordt in de nieuwe regeling echter wel een inwerkingtredingsbepaling opgenomen.

In aanwijzing 174 is sinds kort[88] bepaald dat een wet of amvb in werking treedt met ingang van 1 januari of 1 juli en een ministeriële regeling met ingang van 1 januari,

87 Ook de Afdeling bestuursrechtspraak hanteert deze lijn. Zie: ABRvS 2 april 2008, *AB* 2009, 110, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 13 augustus 2008, *AB* 2009, 109, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

88 *Stcrt.* 2011, 6602.

1 april, 1 juli of 1 oktober. Voorts geldt er een invoeringstermijn van minimaal twee of drie maanden (drie maanden als een regeling direct relevant is voor medeoverheden). Uitvoeringsorganen en andere betrokkenen kunnen zich zo tijdig instellen op de nieuwe regelgeving. De aanpassing van artikel 174 is een gevolg van het kabinetsbeleid om in beginsel vaste inwerkingtredingsdata te hanteren en een bepaalde minimumtermijn tussen publicatie en inwerkingtreding.[89] De reden voor de invoering van deze vaste verandermomenten was de veelgehoorde klacht van bedrijven en instellingen dat wetten te frequent wijzigden gedurende het jaar en dat de voorbereidingsperiode vaak te kort was. De aanwijzing bevat (uiteraard) echter ook een aantal uitzonderingen op de hoofdregel. In de volgende gevallen mag worden afgeweken van de vaste veranderdata en/of de vaste invoeringstermijn:

1. als dit, gelet op de doelgroep of de jaarindeling, aanmerkelijke ongewenste private of publieke voor- of nadelen voorkomt;
2. als het spoed- of noodregelgeving betreft;
3. als het reparatiewetgeving betreft;
4. als het implementatie van bindende EU-rechtshandelingen, verdragen of andere besluiten van volkenrechtelijke organisaties betreft.

De vaste verandermomenten kunnen gevolgen hebben voor de behoefte aan overgangsrecht. Het zal dan met name gaan om de figuur van de uitgestelde werking. Bij sommige wetten en regels zal de vaste invoeringstermijn in combinatie met de vaste veranderdata ertoe leiden dat de figuur van de uitgestelde werking niet meer of minder lang nodig is. Als heel strikt zou worden omgegaan met de vaste verandermomenten en de vaste invoeringstermijn, zou het denkbaar zijn geweest dat nieuwe regels vaker terugwerkende kracht zouden krijgen. Noch in de toelichting op aanwijzing 174, noch in de toelichting op de wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving of de eraan ten grondslag liggende andere Kamerstukken, is echter ingegaan op het onderwerp terugwerkende kracht in relatie tot de vaste verandermomenten. Het lijkt erop dat de opstellers hiermee geen rekening hebben gehouden.

Zo nu en dan kan uitgestelde inwerkingtreding een goed alternatief zijn voor uitgestelde werking of kan door middel van de uitgestelde inwerkingtreding juist worden voorkomen dat er een overgangsregel moet worden opgenomen die ertoe leidt dat een regel uitgestelde werking heeft.[90] J.M. Polak stelde in een artikel over de beoordeling door de Raad van State van wetsvoorstellen en algemene maatregelen van bestuur, dat problemen van overgangsrecht voor een deel worden veroorzaakt door overhaaste invoering. Hij schreef dat bewindslieden vaak haast hebben: 'Kennelijk is het niet voldoende dat het Staatsblad is gehaald maar moet ook de inwerkingtreding op hun conto kunnen worden geschreven.'[91]

---

89 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 515, nr. 309, p. 1-9.

90 Indien uitgestelde werking wordt gecombineerd met een andere overgangsrechtelijke figuur (een deel van de wet krijgt bijvoorbeeld onmiddellijke werking en een deel uitgestelde werking) kan uiteraard niet worden gekozen voor uitgestelde inwerkingtreding. Zie ook: Eijlander en Voermans 2000, p. 165.

91 J.M. Polak, 'Toetsing in de adviezen', in: *De Raad van State. Een stand van zaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 46.

2.5 Rol van de rechter

Dit preadvies behandelt het thema overgangsrecht vanuit het perspectief van de wetgever en de wetgevingsjurist. Tot nu toe is dan ook vooral ingegaan op de verschillende soorten overgangsrecht die worden onderscheiden, de afwegingen die bij de keuze voor terugwerkende kracht, onmiddellijke werking en eerbiedigende werking worden gemaakt en de relatie tussen overgangsrecht en inwerkingtreding. Degene echter die nadeel ondervindt omdat er niet in overgangsrecht is voorzien of omdat hij het overgangsrecht niet ruimhartig genoeg vindt, zal soms naar de rechter stappen. Daarom hier toch een korte opmerking over de toetsing door de rechter. Artikel 120 Gw beperkt de toetsingsmogelijkheden van wetten in formele zin. In het *Harmonisatiewet*-arrest heeft de Hoge Raad artikel 120 Gw zo uitgelegd dat wetten in formele zin niet mogen worden getoetst aan ongeschreven rechtsbeginselen.[92] Het gevolg hiervan is dat de rechter het bij de toetsing van overgangsrechtelijke bepalingen bij een wet in formele zin moet hebben van internationale verdragen.[93] De uitspraak van de voorzieningenrechter in de zaak over de intrekking van de WWIK illustreert dit. FNV Kiem c.s. hebben aangevoerd dat de Staat onrechtmatig handelt 'met het uitvoeren van de Intrekkingswet'[94] nu de Intrekkingswet strijdig is met artikel 1 Eerste Protocol en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de EU. De voorzieningenrechter is met FNV Kiem c.s. van mening dat hier sprake is van inmenging in het eigendomsrecht omdat de bestaande rechten uit de WWIK die op grond van een WWIK-beschikking zijn toegekend aan een kunstenaar, per 1 januari 2012 volledig zijn ingetrokken. Dat er – zoals de Staat betoogde – sprake was van regulering van eigendom overtuigde de rechter niet, gezien het feit dat de bestaande eigendomsrechten onder de WWIK meer omvatten dan alleen inkomenssteun (ook het recht om tot 125% van het bijstandsniveau te mogen verdienen, cursussen te volgen e.d.).

Bij lagere wetgeving kan de nationale rechter wel toetsen of het ontbreken van overgangsrecht in strijd is met een of meer ongeschreven rechtsbeginselen.[95] Ook artikel 4 Wet AB is van belang voor de rechter; daarin is bepaald dat de wet alleen verbindt voor het toekomende en geen terugwerkende kracht heeft. Dit betekent niet

---

92 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, m.nt. M. Scheltema, AB 1989, 207, m.nt. FHvdB. Zie ook ABRvS 5 maart 2002, AB 2002, 313, m.nt. Sew: 2.9. Ten slotte betoogt appellant dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de wettelijke bepalingen duidelijk zijn en dat appellant met een beroep op het vertrouwensbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel of gelijkheidsbeginsel het bestreden besluit niet kan aantasten. 2.9.1. Deze grief faalt op grond van hetgeen hiervoor overwogen is omtrent grief 5 (de Afdeling bestuursrechtspraak overwoog naar aanleiding van deze grief dat de rechtbank het overgangsrecht goed had uitgelegd, RJ) en omdat de rechter de wet in formele zin niet aan ongeschreven rechtsbeginselen toetst.

93 Vgl. HR 16 november 2001, AB 2002, 25, m.nt. PvB, JB 2002/2, m.nt. AWH (Wet herstructurering varkenshouderij).

94 Het is mij niet helemaal duidelijk wat de Staat uitvoert aan de Intrekkingswet. In de Intrekkingswet was bepaald dat de WWIK werd ingetrokken. Op het moment dat de Intrekkingswet in werking trad, was de WWIK ingetrokken. Daar viel verder voor de Staat niets meer aan uit te voeren.

95 HR 7 oktober 1993, AB 1993, 13 (*Legesverordening Beerta*), CRvB 29 oktober 1984, TAR 1985, 31 (*Studiekosten Groningse ambtenaar*), CRvB 14 oktober 1991, TAR 1991, 239, CRvB 8 april 1999, LJN AA3992, CRvB 27 mei 2010, JB 2010/207.

dat de wetgever aan een wet geen terugwerkende kracht mag verlenen, maar slechts dat indien de wetgever aan een regeling geen terugwerkende kracht heeft verleend, de rechter de regeling evenmin met terugwerkende kracht mag toepassen.[96]

96 Van der Burg 2001, p. 19 en Weggeman 2001, p. 57.

3 Overgangsrecht en de wijziging van Europese regelgeving

3.1 Inleiding

Overgangsrechtelijke vraagstukken spelen ook bij de wijziging van (primair of secundair) Unierecht. Soms bevat Europese regelgeving zelf overgangsrecht, maar soms ook niet.

In het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie zijn geen regels gegeven over de opeenvolging van (Europese) rechtsregels.[97] Wel bestaan er op Europees niveau met de Aanwijzingen voor de regelgeving vergelijkbare documenten. Een daarvan, de Gemeenschappelijke praktische handleiding van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie ten behoeve van eenieder die binnen de Gemeenschapsinstellingen bij de opstelling van wetteksten is betrokken, bevat een zogenoemd richtsnoer over inwerkingtreding, waarin ook aandacht is voor overgangsrecht. Daarnaast is er een grote hoeveelheid jurisprudentie over de temporele werking van Europees recht. Voorts bepaalt Europese regelgeving soms dat lidstaten moeten voorzien in overgangsrecht. Bij nieuwe Europese regelgeving of bij wijziging ervan moet de nationale wetgever rekening houden met de nieuwe of gewijzigde regels en zo nodig ook de nationale regelgeving aanpassen. In dat kader rijzen er geregeld vragen over de betekenis van Europeesrechtelijke overgangsbepalingen en over de ruimte die de lidstaten (nog) hebben voor het vaststellen van eigen overgangsrecht. Ook komt het geregeld voor dat juist het ontbreken van overgangsrecht in Europese regelgeving de nationale wetgever voor problemen stelt; in hoeverre mag de nationale regelgever in dat geval zelf in enig overgangsrecht voorzien? Tot slot is het soms nodig om terugwerkende kracht te verlenen aan nationale regelgeving indien er te laat of onjuist is geïmplementeerd.

Dit hoofdstuk bestaat uit twee delen. In het eerste deel wordt ingegaan op de temporele werking van Europese regelgeving; welke algemene uitgangspunten voor de temporele werking van Europees recht vloeien voort uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de 'Europeesrechtelijke Aanwijzingen voor de regelgeving'. In het tweede deel wordt ingegaan op het thema overgangsrecht bij implementatie van Europese regelgeving.

---

97 Overigens bevat het VWEU wel een aantal overgangsbepalingen. Deze hebben specifiek betrekking op lidstaten ten aanzien waarvan de Raad niet heeft besloten dat zij voldoen aan de nodige voorwaarden voor de invoering van de Euro (zie artikel 139 e.v. VWEU).

3.2 De werking van Europese regelgeving in de tijd

Als gezegd bevat het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie geen regels over de opeenvolging van (Europese) rechtsregels. Wel bestaan er op Europees niveau met de Aanwijzingen voor de regelgeving vergelijkbare documenten. Op 22 december 1998 sloten het Europees Parlement, de Raad en de Commissie een interinstitutioneel akkoord 'betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van communautaire wetgeving'.[98] In dit akkoord stelden zij een aantal algemene richtsnoeren vast over de juridische kwaliteit van communautaire wetgevingsbesluiten (bijv. dat wetgevingsbesluiten duidelijk, eenvoudig en nauwkeurig worden geredigeerd). Ook spraken zij af dat de juridische diensten van de drie instellingen een gemeenschappelijke handleiding zouden opstellen ten behoeve van eenieder die aan de redactie van wetteksten meewerkt. Deze handleiding is in 2000 gereedgekomen en nadien enkele malen bijgewerkt.[99] Deze Gemeenschappelijke praktische handleiding is te beschouwen als een Europese versie van de Aanwijzingen voor de regelgeving. De vraag kan worden gesteld of deze Gemeenschappelijke praktische handleiding ook betekenis heeft of zou moeten hebben voor ambtenaren die op nationaal niveau Europese regelgeving implementeren of toepassen. Naar mijn mening is dat niet het geval. Het zijn slechts afspraken tussen de juridische diensten over hoe ze omgaan met bepaalde wetstechnische kwesties, al kan het voor het begrip van Europese regelgeving wel behulpzaam zijn om kennis te hebben van deze afspraken.

De Gemeenschappelijke praktische handleiding bevat 22 zogenoemde richtsnoeren voor eenieder die zich binnen het EP, de Raad of de Commissie bezighoudt met het opstellen van wetteksten. De richtsnoeren variëren van heel algemeen tot vrij precies. Zo bevatten de eerste zes richtsnoeren 'Algemene beginselen'. Een van de algemene beginselen houdt in dat de redactie van een wetgevingsbesluit duidelijk moet zijn. Richtsnoer 20 luidt als volgt:

> Bepalingen die data, termijnen, uitzonderingen, afwijkingen of verlengingen bevatten, alsmede overgangsbepalingen (met name betreffende de gevolgen van het besluit voor bestaande situaties) en slotbepalingen (inwerkingtreding, uiterste omzettingsdatum en toepassing in de tijd van het besluit) worden nauwgezet geredigeerd.
> De bepalingen betreffende de uiterste termijnen voor de omzetting en de toepassing van de besluiten bevatten een in dag/maand/jaar uitgedrukte datum. Voor richtlijnen

98 PbEU 17 maart 1999, C 73/1.

99 'Gemeenschappelijke praktische handleiding van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie ten behoeve van een ieder die binnen gemeenschapsinstellingen bij de opstelling van wetteksten is betrokken.' Deze handleiding werd opgesteld door de juridische diensten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. In het voorwoord ervan staat dat wordt aanbevolen deze handleiding te gebruiken in combinatie met een aantal andere documenten die eveneens zijn opgesteld met het oog op de verbetering van de wetgevingskwaliteit. Genoemd worden 'Modellen voor de besluiten van de Raad van de Europese Unie', de 'Regels van wetgevingstechniek van de Commissie', de 'Interinstitutionele schrijfwijzer van het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen' en de 'modellen van LegisWrite'. De handleiding is in april 2009 voor het laatst herzien en is te vinden via <http://eur-lex.europa.eu/en/techleg/index.htm#6>.

worden deze termijnen normaal in een aantal maanden uitgedrukt, teneinde een passende periode voor omzetting te garanderen.

Deze tekst wordt vervolgens uitgewerkt in 20 artikelen, genummerd van 20.1 tot 20.20. De artikelen 20.2 tot en met 20.15 hebben betrekking op het onderwerp inwerkingtreding, maar bevatten ook een aantal bepalingen over overgangsrecht. Deze bepalingen geven enig inzicht in hoe opstellers van wetteksten bij het EP, de Raad en de Commissie worden geacht om te gaan met inwerkingtredingsbepalingen en overgangsrechtelijke bepalingen. De volgende bepalingen van richtsnoer 20 zijn van belang:

> 20.2.1 In beginsel moet de belanghebbenden voldoende tijd worden gegund om zich aan te passen.
>
> 20.2.2 Er moet worden onderscheiden tussen de inwerkingtreding en het van toepassing worden van besluiten, die niet noodzakelijk samenvallen. Soms wordt een besluit van toepassing op een latere datum of, in gevallen waarin terugwerkende kracht gerechtvaardigd is, op een eerdere datum dan die van de inwerkingtreding.
>
> 20.3.1 Aan een verordening kan in uitzonderlijke gevallen, voorzover zulks met het rechtszekerheidsbeginsel in overeenstemming is, terugwerkende kracht worden verleend. In dit geval wordt in het laatste artikel de formulering 'Zij (nl. de verordening) is van toepassing met ingang van...' gebruikt.
>
> 20.10 Soms vallen de inwerkingtreding van een verordening en het van toepassing worden van de bij die verordening ingestelde regeling niet samen, maar wordt het van toepassing worden tot een later tijdstip uitgesteld. Dit is onder meer het geval bij de verordeningen waarbij gemeenschappelijke marktordeningen worden ingesteld. Zo wordt het bijvoorbeeld mogelijk de bij de betrokken verordening ingestelde nieuwe organen (zoals beheerscomités) onmiddellijk op te richten, zodat de Commissie de uitvoeringsbesluiten kan vaststellen waarvoor het advies van die organen vereist is.
>
> 20.11 Wanneer het nodig blijkt het van toepassing worden van een gedeelte van de bepalingen van een verordening naar een later tijdstip dan dat van de inwerkingtreding van de verordening te verschuiven, moet in die verordening duidelijk worden aangegeven om welke bepalingen het gaat. [Vervolgens is er een aantal modellen voor teksten van artikelen opgenomen, RJ]

Overgangsrecht is in deze Gemeenschappelijke praktische handleiding verweven met het onderwerp inwerkingtreding. De termen onmiddellijke werking en eerbiedigende werking komen er niet in voor. Wel is aan het begin van richtsnoer 20 bepaald dat belanghebbenden in beginsel voldoende tijd moet worden gegund om zich aan te passen. Van uitstel van het van toepassing worden van een of meer bepalingen van een verordening is sprake in 20.10 en 20.11. Terugwerkende kracht is (in uitzonderlijke gevallen en voor zover dat met het rechtszekerheidsbeginsel in overeenstemming is) alleen mogelijk bij verordeningen. Hoewel dit voor zich lijkt te spreken aangezien richtlijnen altijd moeten worden omgezet, zal hierna nog blijken

dat ook bij richtlijnen soms in terugwerkende kracht wordt voorzien en dat dit ook wordt geaccepteerd door het Hof van Justitie. Over richtlijnen bevat richtsnoer 20 overigens ook nog twee specifieke bepalingen. Deze houden, kort gezegd, in dat er een passende termijn moet worden gegund om de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen na te komen en dat bij richtlijnen die tot doel hebben het vrije verkeer van goederen, personen en diensten te waarborgen in de richtlijn een voor alle lidstaten geldende datum dient te worden vastgesteld vanaf welke de desbetreffende nationale bepalingen moeten worden toegepast.

Het Hof van Justitie heeft veel arresten gewezen waarin de werking van Europese regelgeving in de tijd aan de orde was. Uit deze jurisprudentie volgt dat in het Europese recht het uitgangspunt is dat nieuwe of gewijzigde Europese regelgeving bij ontbreken van overgangsrechtelijke bepalingen in beginsel van toepassing is vanaf de inwerkingtreding van de rechtshandeling waar die regel deel van uitmaakt.[100] Op grond van artikel 297 VWEU treden wetgevingshandelingen in werking op de datum die zij daartoe bepalen of, bij gebreke daarvan, op de twintigste dag volgend op die van hun bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.[101] Evenals in strikt nationaalrechtelijke gevallen geldt voor nieuwe Europese regelgeving dat het feit dat de nieuwe regels voor de toekomst gelden, niet betekent dat zij geen gevolgen kunnen hebben voor wat in de Aanwijzingen voor de regelgeving 'bestaande rechtsposities en verhoudingen' worden genoemd. Het Hof van Justitie noemt dit in zijn jurisprudentie: 'het beginsel, dat wijzigingen van een wettelijke bepaling, behoudens uitzondering, van toepassing zijn op de toekomstige gevolgen van onder de oude regeling ontstane situaties'.[102] Dit is onmiddellijke werking zoals het in aanwijzing 166 van de Aanwijzingen voor de regelgeving is omschreven.

Ook in Europese regelgeving wordt gebruik gemaakt van de figuren terugwerkende kracht en eerbiedigende en uitgestelde werking. Uit de tekst of de doelstellingen van de desbetreffende regeling moet duidelijk blijken dat terugwerkende kracht, eerbiedigende werking of uitgestelde werking wordt toegekend. Als de regelgeving dergelijke duidelijke aanwijzingen ontbeert, heeft deze onmiddellijke werking. Het verbinden van terugwerkende kracht aan nieuwe regelgeving is niet toegestaan als het gaat om (wijziging van) strafbepalingen.[103] Bij andere bepalingen is terugwerkende kracht onder voorwaarden wel toegestaan: 'dat, ofschoon het beginsel van rechtszekerheid zich in het algemeen ertegen verzet dat een gemeenschapsbesluit reeds vóór zijn afkondiging van kracht is, hiervan bij wijze van uitzondering kan worden afgeweken, indien dit voor het te bereiken doel noodzakelijk is en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht is genomen.'[104]

---

100 HvJ EU 6 juli 2010, zaak C-428/08 (*Monsanto Technology LLC*), HvJ EU 16 december 2010, zaak C-266/09 (*Stichting Natuur en Milieu e.a./CTB*), JB 2011/20, m.nt. G. Overkleeft-Verburg. Zie ook de Handleiding Wetgeving en Europa, Den Haag 2009, p. 169 e.v.

101 Zie ook richtsnoer 20 van de Gemeenschappelijke praktische handleiding.

102 HvJ EG 14 april 1970, zaak 68/69 (*Brock*), HvJ EG 4 juli 1973, zaak 1/73 (*Westzucker*), HvJ EG 10 juli 1986, 270/84 (*Licata/ESC*).

103 HvJ EG 10 juli 1984, zaak 63/83 (*Kirk*).

104 HvJ EG 9 januari 1990, zaak C-337/88 (*Società agricola fattoria alimentare*), HvJ EG 14 juli 2009, gevoegde zaken C-4/10 en C-27 (*BNIC*), HvJ EU 22 december 2010, zaak C-120/08 (*Bavaria*).

In de zaak *Fedesa* was een richtlijn wegens een procedurefout nietig verklaard. Daarna werd dezelfde richtlijn (zelfde inhoud, zelfde uitvoeringsdatum) opnieuw vastgesteld. Deze richtlijn kreeg terugwerkende kracht om te verhinderen dat er een tijdelijk rechtsvacuüm zou ontstaan; de nationale bepalingen die inmiddels waren vastgesteld door de lidstaten zouden anders een unierechtelijke grondslag ontberen. Het Hof oordeelde dat terugwerkende kracht in dit geval niet in strijd kwam met het vertrouwensbeginsel.[105] In de zaak *BNIC* was volgens het Hof 'slechts sprake van formeel terugwerkende kracht, omdat het gaat om de toepassing van een regel die voordien al in het gemeenschapsrecht gold'. Materieel was er geen sprake van terugwerkende kracht omdat de nieuwe regel eerder al deel uitmaakte van andere EU-verordeningen en een TRIPs-overeenkomst die in 1994 was gesloten in het kader van de Wereldhandelsorganisatie.

Het hiervoor genoemde beginsel dat wijzigingen van een wettelijke bepaling, behoudens uitzondering, van toepassing zijn op de toekomstige gevolgen van onder de oude regeling ontstane situaties[106] wordt, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, begrensd door het rechtzekerheids- en vertrouwensbeginsel.[107] In relatie tot het onderwerp van dit preadvies zijn er twee soorten vragen te onderscheiden. In de eerste plaats de vraag of een lidstaat nieuwe EU-regelgeving jegens een bepaalde betrokkene met terugwerkende kracht toepast en of dat geoorloofd is en in de tweede plaats of uit de genoemde beginselen voortvloeit dat in de nieuwe Europese regelgeving had moeten worden voorzien in een of meer overgangsmaatregelen.[108] In de volgende paragrafen wordt op deze beide onderwerpen ingegaan.

3.3 'Onder het oude recht ontstane situatie' of 'voor de inwerkingtreding verworven rechtspositie'?

Het toepassen met terugwerkende kracht van een verordening door een lidstaat, is in beginsel niet toegestaan, ongeacht of de gevolgen hiervan voor de betrokkene gunstig of ongunstig zijn.[109] Voor wie uitgaat van de overgangsrechtelijke terminologie van de Aanwijzingen voor de regelgeving, kan de wijze waarop het Hof toetst of het ontbreken van overgangsrecht niet in strijd komt met het vertrouwensbeginsel voor verwarring zorgen. In sommige arresten beziet het Hof namelijk of de nieuwe of gewijzigde verordening reeds voor de inwerkingtreding ervan *van kracht is zonder dat uitdrukkelijk in die regelgeving is bepaald dat er sprake is van terugwerkende kracht*. Het

105 HvJ EG 13 november 1990, zaak C-331/88 (*Fedesa*).

106 In J.S. van den Oosterkamp, 'De werking van gemeenschapsbesluiten in de tijd', *RegelMaat* 2000, p. 24-33, wordt dit het beginsel van onmiddellijke werking van gemeenschapsbesluiten genoemd.

107 Zie HvJ EG 27 januari 1979, gevoegde zaken 98/78 (*Racke*) en 99/78 (*Decker*), HvJ EG 12 november 1981, gevoegde zaken 212 tot 217/80 (*Salumi*), HvJ EG 10 februari 1982, zaak 21/81 (*Bout*). Het Hof maakt niet altijd onderscheid tussen deze twee beginselen. Zie hierover: Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 242.

108 Zie ook: N.A. De Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, paragraaf 4.6.

109 HvJ EG 29 januari 1985, zaak 234/83 (*Gesamthochschule Duisburg*).

Hof gebruikt de term terugwerkende kracht in die gevallen dus op de manier die in paragraaf 2.2.2 'materieel terugwerkende kracht' is genoemd.[110]

> Zie bijvoorbeeld het arrest *Crispoltoni*.[111] In die zaak ging het – voor zover hier van belang – om de wijziging van twee verordeningen over tabak. Een van de wijzigingen was bekendgemaakt op 29 april 1988 en de andere op 26 juli 1988. Het type tabak waarover de zaak ging, werd uitsluitend in Italië geproduceerd en moest al in februari in speciale zaaibedden worden gezaaid en voor eind april in volle grond worden uitgeplant. Met het uitplanten waren de meeste kosten gemoeid. Dit betekende dat de investeringsbeslissingen waren genomen en de meeste investeringen gedaan voordat de wijzigingen bekend werden gemaakt. Het Hof overwoog: 'Verordening nr. 1114/88 is bekendgemaakt op 29 april 1988, dus nadat de tabakstelers hun keuze voor de produktie van het lopende jaar hadden gemaakt, en verordening nr. 2268/88 op 26 juli 1988, toen zij aan hun beslissing reeds uitvoering hadden gegeven. Deze verordeningen hebben dus terugwerkende kracht, voor zover zij bij overschrijding van de gegarandeerde maximumhoeveelheid voor de tabaksoogst van de soort Bright in 1988 tot gevolg hebben dat de interventieprijzen en de premies worden verlaagd. Het is vaste rechtspraak van het Hof (zie onder meer de arresten van 25 januari 1979, zaak 98/78, Racke, Jurispr. 1979, blz. 69, r.o. 20, en zaak 99/78, Decker, Jurispr. 1979, blz. 101, r.o. 8) dat, ofschoon het beginsel van de rechtszekerheid zich er in het algemeen tegen verzet dat een gemeenschapsbesluit reeds vóór afkondiging van kracht is, hiervan bij wijze van uitzondering kan worden afgeweken indien dit voor het te bereiken doel noodzakelijk is en het rechtmatige vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht wordt genomen. Deze rechtspraak geldt ook in het geval waarin de terugwerkende kracht niet uitdrukkelijk in het besluit zelf is voorzien, doch uit de inhoud ervan voortvloeit.'

Indien in nieuwe of gewijzigde Europese regelgeving een overgangsregeling ontbreekt, en het Hof staat voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van het toepassen van EU-regelgeving met terugwerkende kracht, dan onderzoekt het of er sprake is van 'een onder het oude recht ontstane situatie' of van een 'voor de inwerkingtreding verworven rechtspositie'. Indien het oordeelt dat er sprake is van een 'voor de inwerkingtreding verworven rechtspositie' hebben de nieuwe regels – uitzonderingen daargelaten – geen gevolgen voor die verworven rechtsposities omdat er anders naar zijn oordeel sprake zou zijn van terugwerkende kracht.[112] Gaat het om 'een onder het oude recht ontstane situatie' dan is het Hof minder streng, zij het dat gerechtvaardigde verwachtingen ook dan gehonoreerd moeten worden. De jurisprudentie van het Hof is casuïstisch.[113] Hierna volgen enkele voorbeelden:

---

110 In andere zaken gebruikt het Hof de term terugwerkende kracht wel op de wijze zoals omschreven in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 25 januari 1979, zaak C-99/78 (*Decker*).

111 HvJ EG 11 juli 1991, zaak C-368/89.

112 HvJ EG 10 februari 1982, zaak 21/81 (*Bout*), HvJ EG 15 juli 1993, zaak C-34/92 (*GruSa Fleisch*), HvJ EG 29 januari 2002, zaak C-162/00, *AB* 2002, 95, m.nt. F.H. van der Burg.

113 Tridimas (2006, p. 266) merkt hierover op: 'However, no hard and fast rules can be drawn. Sometimes, it may be difficult to establish whether there is immediate application or true retroactivity and the Court does not necessarily distinguish between the two.'

In de zaken C-4/10 en C-27/10 (BNIC) had een Finse onderneming in 2001 verzocht om inschrijving van twee beeldmerken in de vorm van een flesetiket. In 2003 schreef het Finse bureau voor intellectuele eigendomsrechten de beeldmerken in. De twee beeldmerken bevatten de vermelding 'Cognac'. Het Bureau national interprofessionel du Cognac (BNIC) opponeerde daartegen dat er sprake zou zijn van een inbreuk op de geografische aanduiding Cognac, echter zonder succes. Het BNIC wendde zich daarop tot de Finse bestuursrechter en die stelde prejudiciële vragen. De toepasselijke verordening, Verordening (EG) nr. 110/2008 was namelijk pas in 2008 in werking getreden. De vraag was dan ook of deze verordening wel van toepassing was op de beoordeling van de voorwaarden voor inschrijving van een op 19 december 2001 aangevraagd en op 31 januari 2003 ingeschreven merk met een door deze verordening beschermde geografische herkomstaanduiding. Hof oordeelde dat artikel 23, eerste lid, van Verordening (EG) nr. 110/2008 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op merken die vóór de inwerkingtreding van deze verordening werden ingeschreven: '32. Wat de beoordeling van de verenigbaarheid van een dergelijke toepassing ratione temporis met de eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel en van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen betreft, dient te worden opgemerkt dat de bescherming die door verordening nr. 110/2008 aan geografische aanduidingen wordt verleend, in het verlengde ligt van de bescherming die reeds werd gewaarborgd door verordening nr. 3378/94, die met ingang van 1 januari 1996 een artikel 11 bis in de verordening nr. 1576/89 had ingevoerd. 33. Overeenkomstig dit artikel 11 bis, lid 1, dienden lidstaten de nodige maatregelen te nemen om de belanghebbende partijen, overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 23 en 24 van de TRIPs-Overeenkomst in staat te stellen te beletten dat in de Gemeenschap een geografische aanduiding wordt gebruikt voor producten die niet van oorsprong zijn uit de met die aanduiding aangegeven plaats (...).'

In zaak C-107/10 (*Enel Maritsa Iztok*) was het Bulgaarse recht inzake de teruggave van btw gewijzigd. Voor de wijziging verrekende de belastingdienst terug te betalen btw met andere verschuldigde belastingen. Als er geen andere belasting verschuldigd was, kon de belastingplichtige het te restitueren bedrag of het restsaldo aftrekken van te betalen belastingen in de volgende drie tijdvakken en als er dan nog steeds restsaldo was, kon de belastingdienst dit restsaldo verrekenen met weer andere belasting of het bedrag binnen 45 dagen terugbetalen. Indien niet tijdig werd terugbetaald, was wettelijke rente verschuldigd. De wijziging van het nationale recht leidde ertoe dat de teruggavetermijn ingeval van belastingcontrole werd geschorst. In casu had Enel voordat de wetswijziging in werking trad belastingaangifte gedaan. Uit de aangifte bleek dat de Bulgaarse belastingdienst geld moest terugbetalen. Ook de termijn voor teruggave was verstreken voor de inwerkingtreding van de wetswijziging. Enige tijd voor de inwerkingtreding van de wetswijziging werd echter ook belastingcontrole aangekondigd. Deze was enkele maanden na de inwerkingtreding van de wetswijziging afgerond. Enel stelde dat zij recht had op wettelijke rente over het terug te geven restsaldo, maar de autoriteiten stelden dat de teruggavetermijn gedurende de belastingcontrole was geschorst en dat er over die periode ook geen wettelijke rente hoefde te worden betaald. Het Hof ging hier niet in mee en overwoog onder verwijzing naar

het arrest *Marks & Spencer*:[114] 'Het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen verzet zich ertegen dat een belastingplichtige als gevolg van deze wijziging in de nationale regeling het voor deze wijziging verworven recht op vertragingsrente over het terug te geven btw-overschot in de nationale regeling met terugwerkende kracht en op grond van een vroegere regeling verworven recht wordt ontnomen.'

In zaak C-428/08 (*Monsanto Technology LLC*) beriep de houder van een octrooi dat voor de vaststelling van een richtlijn was gegeven zich op de absolute bescherming van het geoctrooieerde voortbrengsel die de voorheen geldende nationale wetgeving hem zou hebben gegeven. Het Hof ging hier niet in mee. Het overwoog dat indien de richtlijn niet ook zou gelden voor eerder afgegeven octrooien, tussen de lidstaten verschillen in bescherming zouden ontstaan die een belemmering zouden vormen voor de nagestreefde harmonisatie.[115]

In zaak C-256/07 (*Mitsui*) was de vraag aan de orde of een nieuwe verordening ook moest worden toegepast op importen waarvoor de douaneaangifte voor de inwerkingtreding van deze verordening door de Duitse douaneautoriteiten was aanvaard. Het Hof oordeelde dat de bewoordingen van de bepalingen of de considerans geen aanduiding bevatten dat artikel 145 van de verordening terugwerkende kracht moest worden toegekend. Ofschoon het artikel beoogde de rechtszekerheid te bevorderen, zou toepassing ervan in dit geval met zich meebrengen dat afbreuk zou worden gedaan aan het gewettigd vertrouwen van Duitse marktdeelnemers omdat de Duitse douaneautoriteiten tot de inwerkingtreding van de nieuwe richtlijn een terugbetalingstermijn van drie jaren toepasten in gevallen waarin de transactiewaarde van goederen voor het bepalen van de douanewaarde ervan werd gewijzigd omdat die gebreken vertoonden. Door de wijziging van de verordening werd de terugbetalingstermijn teruggebracht tot een jaar. Om geen afbreuk te doen aan het gewettigd vertrouwen van de Duitse marktdeelnemers oordeelde het Hof dat artikel 145, tweede en derde lid, van Verordening (EG) nr. 444/2002 niet van toepassing waren op situaties die voor 19 maart 2002 (de inwerkingtredingsdatum van de verordening) reeds waren ontstaan.[116]

In zaak C-162/00 (*Pokrzeptowicz*) onderzocht het Hof of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een situatie was die onder het oude recht was ontstaan of een verkregen recht. Het oordeelde dat er sprake was van een situatie die onder het oude recht was ontstaan zodat de nieuwe regels erop van toepassing waren. Het argument hiervoor was dat het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet ophoudt rechtsgevolgen te hebben op de datum van de ondertekening ervan, maar tijdens de hele duur van de overeenkomst regelmatig rechtsgevolgen heeft. Hoewel de zaak geen betrekking had op arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, kan worden toegevoegd dat deze overweging ook geldt voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.[117]

Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat aan het vertrouwensbeginsel niet een dusdanig ruime draagwijdte mag worden gegeven dat een nieuwe regeling

---

114 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00.
115 HvJ EU 6 juli 2010, zaak C-428/08 (*Monsanto Technology LLC*).
116 HvJ EG 19 maart 2009, zaak C-256/07 (*Mitsui*).
117 HvJ EG 29 januari 2002, zaak C-162/00 (*Pokrzeptowicz*), *AB* 2002, 95, m.nt. F.H. van der Burg.

nooit van toepassing kan zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan.[118] Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat het Hof onderscheid maakt tussen procedurele regels en materiële regels. Procedureregels worden in het algemeen geacht te gelden voor alle bij de inwerkingtreding ervan aanhangige geschillen.[119] Materieelrechtelijke voorschriften zijn in beginsel niet van toepassing op situaties van voor de inwerkingtreding, maar uitzonderingen zijn mogelijk. Zo staan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel er niet aan in de weg dat een materieelrechtelijk voorschrift wordt toegepast op situaties die zijn ontstaan vóór de inwerkingtreding van een wijziging van een artikel in een verordening indien de desbetreffende wijziging strekt ter verduidelijking van begrippen die al in de oorspronkelijke versie van dat artikel voorkwamen en waren gepreciseerd in de rechtspraak van het Hof.[120]

3.4 Overgangsrecht nodig in EU-regelgeving?

Zoals hiervoor al gezegd, staat het vertrouwensbeginsel er niet aan in de weg dat regelgeving van tijd tot tijd wordt gewijzigd; het is ook vaste jurisprudentie van het Hof 'dat handelaren niet mogen vertrouwen op de handhaving van een bestaande situatie die door de gemeenschapsinstellingen handelend krachtens hun discretionaire bevoegdheid, kan worden gewijzigd'.[121] Wel kan het vertrouwensbeginsel er aan in de weg staan dat nieuwe regelgeving plotsklaps wordt ingevoerd zonder dat er overgangsmaatregelen zijn getroffen.[122] Van belang bij de beoordeling of het vertrouwensbeginsel is geschonden, is of de nieuwe regelgeving voorzienbaar was; als de wijziging voorzienbaar was, mag overgangsrecht achterwege blijven.[123] Het Hof toetst of een maatregel voorzienbaar was door te beoordelen of een voorzichtige en goed geïnformeerde marktdeelnemer (soms wordt gesproken van 'bezonnen handelaar') in staat was om de wetswijziging te voorzien.[124] Hierbij zij overigens wel aangetekend dat er op verschillende beleidsterreinen verschillend wordt omgegaan met het onderwerp voorzienbaarheid. Zo moet er op sommige beleidsterreinen (bijv. landbouw) altijd rekening mee worden gehouden dat er veel wetswijzigingen

---

118 HvJ EG 29 juni 1999, zaak C-60/98 (*Butterfly Music*), HvJ EG 29 januari 2002, zaak C-162/00 (*Pokrzeptowicz-Meyer*), HvJ EG 26 mei 2008, zaak C-226/08 (*Stadt Papenburg*), HvJ EG 12 november 2009, zaak C-441/08 (*Elektrowina Patrow II*).

119 HvJ EG 12 november 1981, gevoegde zaken C-212/80 - 217/80 (*Salumi e.a.*), HvJ EG 6 juli 1993, gevoegde zaken C-121/91 en C-122/91 (*CT Control (Rotterdam)* en *JCT Benelux/Commissie*), HvJ EG 7 september 1999, zaak C-61/98 (*De Haan*), HvJ EG 14 november 2002, zaak C-251/00 (*Illumitronica*), HvJ EG 1 juli 2004, gevoegde zaken C-361/02 en C-362/02 (*Tsapalos en Diamantakis*), HvJ EG 8 mei 2008, zaak C-49/05 (*Ferriere Nord/Commissie*), HvJ EG 11 december 2008, zaak C-334/07 (*Commissie/Freistaat Sachsen*), NJ 2009, 162, m.nt. Mok.

120 HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-293/04 (*Beemsterboer*), zie r.o. 21-27.

121 HvJ EG 15 juli 1982, zaak 245/81 (*Edeka*).

122 HvJ EG 11 maart 1982, zaak C-127/80 (*Grogan*).

123 HvJ EG 5 oktober 1993, zaken C-13-16/92 (*Driessen*).

124 HvJ EG 26 juni 1990, zaak C-152/88 (*Sofrimport*), HvJ EG 14 februari 1990, zaak C-350/88 (*Delacre*), GvEA 15 december 1994, zaak T-489/93 (*Uniefruit Hellas*).

zijn. Een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt op dat gebied dan ook niet snel gehonoreerd.[125]

3.5 Implementatie/operationalisering van Europese regelgeving

Voor de mogelijkheid om overgangsrecht te maken en vervolgens de inhoud van het overgangsrecht is het van belang of de nieuwe nationale regelgeving strekt tot implementatie (richtlijnen) of operationalisering (verordeningen) van Europese regelgeving. Indien dit het geval is, is de inhoud van de Europese regelgeving immers leidend; het overgangsrecht mag niet in strijd komen met de Europese regelgeving.

Waar richtlijnen door de lidstaten moeten worden omgezet naar nationaal recht, zijn verordeningen rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten. Omzetting ervan is volgens het Hof van Justitie verboden.[126] Toch is het ook bij verordeningen vaak nodig om de nationale regelgeving te wijzigen om de verordening te 'operationaliseren'. Dit operationaliseren kan verschillende soorten wetswijzigingen met zich meebrengen: intrekken/wijzigen van met de verordening strijdige regelgeving, het nader uitwerken van bepalingen uit de verordening opdat deze bepalingen in de lidstaten kunnen worden toegepast, het in het leven roepen en/of bevoegd maken van nationale instanties om de verordening uit te voeren en het voorzien in nationale regelgeving met het oog op handhaving en sanctionering.[127] Indien bij de voorbereiding van de verordening is voorzien dat de operationalisering enige tijd in beslag zal nemen, wordt in de inwerkingtredingsbepaling niet alleen geregeld wanneer de verordening in werking treedt, maar ook dat bepaalde artikelen van toepassing zijn vanaf een andere – latere – datum.[128] Daarnaast wordt soms voorzien in uitgestelde werking van verordeningen. Dit gebeurt bijvoorbeeld in verordeningen waarbij gemeenschappelijke marktordeningen worden ingesteld. Zo wordt het mogelijk de bij de betrokken verordening ingestelde nieuwe organen (bijv. beheerscomités) onmiddellijk op te richten, zodat de Commissie de uitvoeringsbesluiten kan vaststellen waarvoor het advies van die organen vereist is.[129]

Als een verordening overgangsrecht bevat, kan dit er ook toe leiden dat het nodig is om te voorzien in nationaal overgangsrecht. Zie bijvoorbeeld artikel 130a Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden. Dit artikel bevat overgangsrecht dat

---

125 Tridimas 2006, p. 265-266.

126 HvJ EG 7 februari 1973, zaak C-39/72 (*Slachtpremies I*).

127 Zie S.R. Hendriks-De Lange, 'Europa en Wetgeving', in: G.J. Veerman, *Over wetgeving, principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 301.

128 Zie bijvoorbeeld artikel 108 van Verordening (EG) nr. 1083/2006 (Structuurfondsenverordening) waarin is bepaald dat de verordening in werking treedt op de dag volgend op die van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie. De artikelen 1 tot en met 16, 25 tot en met 28, 32 tot en met 40, 47 tot en met 49, 52 tot en met 54, 56, 58 tot en met 62, 69 tot en met 74, 103 tot en met 105, en 108 zijn van toepassing vanaf de datum van inwerkingtreding van deze verordening, alleen voor de programma's voor de periode 2007-2013. De overige artikelen zijn van toepassing met ingang van 1 januari 2007.

129 Zie nr. 20.10 van de Gemeenschappelijke praktische handleiding van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie voor eenieder die binnen de Gemeenschapsinstellingen bij de opstelling van wetteksten is betrokken.

nodig was omdat Verordening (EG) nr. 1107/2009[130] betreffende het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen en tot intrekking van Richtlijnen 79/117/EG en 91/414/EG uitgebreid overgangsrecht bevatte dat betrekking had op (onder meer) lopende aanvragen tot toelating van een gewasbeschermingsmiddel (volgens de verordening moet op lopende aanvragen het oude recht van toepassing blijven) en op etiketvoorschriften voor reeds op de markt zijnde gewasbeschermingsmiddelen (middelen die nog volgens het oude recht zijn geëtiketteerd mogen volgens de verordening nog tot 14 juni 2015 op de markt worden gebracht).

Bij richtlijnen zit er altijd enige tijd tussen de datum van inwerkingtreding van de richtlijn en de datum waarop de lidstaten de nodige omzettingsmaatregelen moeten hebben getroffen. Deze tussenliggende periode is te beschouwen als een overgangstermijn voor de lidstaten. Zij moeten gedurende deze periode al het nodige doen om de richtlijn tijdig te implementeren. Maar de periode is in zekere zin ook een overgangstermijn voor degenen die worden geraakt door de implementatieregelgeving. Hoewel ze – in ieder geval in het begin van de implementatietermijn – nog niet precies weten hoe de nationale regelgeving komt te luiden, zal een reeds in werking getreden richtlijn zijn schaduw al wel vooruit werpen.[131]

Daarnaast kan het ook zo zijn dat de richtlijn expliciet bepaalt dat de lidstaten de implementatieregelgeving toepassen vanaf de uiterste implementatiedatum. Lidstaten die hun regelgeving voor de datum waarop de richtlijn moet zijn geïmplementeerd, gereed hebben en eventueel in werking hebben laten treden, mogen deze dus nog niet toepassen. Hiervoor wordt gekozen in situaties waarin het wenselijk is dat in alle lidstaten tegelijk dezelfde regels van toepassing worden (ter voorkoming van belemmering van het vrij verkeer van goederen bijv.). Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2010/84/EU tot wijziging, wat de geneesmiddelenbewaking betreft, van Richtlijn 2001/83/EG tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik. Uit artikel 3, eerste lid, volgt dat de lidstaten uiterlijk op 21 juli 2012 de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen moeten vaststellen en bekendmaken om aan deze richtlijn te voldoen. Vervolgens bepaalt het eerste lid: Zij passen die bepalingen toe vanaf 21 juli 2012.

Geregeld bevat een richtlijn zelf overgangsrecht. Bij de zojuist genoemde richtlijn was dit ook het geval. Op grond van de overgangsbepaling moeten de lidstaten – kort gezegd – aan de houders van een voor 21 juli 2011 verleende vergunning voor het in de handel brengen (van geneesmiddelen, RJ) de verplichting opleggen om een zogenoemd basisdossier geneesmiddelenbewakingssysteem bij te houden. Zij moeten dit doen hetzij op de datum waarop de vergunning voor het in de handel brengen wordt verlengd, hetzij vanaf het verstrijken van een termijn van drie jaar vanaf 21 juli 2012, afhankelijk van welk tijdstip eerder is. Een eigen nationale overgangsregeling over dit specifieke onderwerp, die afwijkt van de regeling in de richtlijn, is niet toegestaan.[132]

---

130 Deze verordening werd 18 maanden na de inwerkingtreding van toepassing.

131 In Duitsland wordt dit aangeduid met de term 'Vorwirkung'. J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 80.

132 Van der Burg 2001, p. 26.

Nationaal overgangsrecht na het verstrijken van de omzettingstermijn
Indien de richtlijn geen overgangsrecht bevat, rijst de vraag of lidstaten nationaal overgangsrecht kunnen vaststellen. De mogelijkheden daartoe zijn beperkt.[133] Twee situaties kunnen worden onderscheiden: nationaal overgangsrecht gedurende de implementatietermijn en nationaal overgangsrecht na afloop van de implementatietermijn. Na het verstrijken van de implementatietermijn mag geen nationaal overgangsrecht gelden. Dit volgt bijvoorbeeld uit HvJ EG 29 febuari 1996 (zaak C-307/94, *Commissie/Italië*). In deze zaak had Italië een richtlijn inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde werkzaamheden op farmaceutisch gebied dertien maanden te laat geïmplementeerd. In de regeling waarin de richtlijn was omgezet was voorzien in een overgangstermijn van twee jaren te rekenen vanaf de inwerkingtreding van die regeling, waardoor farmaceutische opleidingen tot ruim drie jaar na afloop van de implementatietermijn hun oude opleidingsprogramma's konden blijven gebruiken. Maar dat was nog niet alles. Studenten die in die drie jaar (dus na de uiterste implementatiedatum) aan hun opleiding waren begonnen, konden het oude studieprogramma voltooien. Het hoeft geen verbazing te wekken dat het Hof van Justitie oordeelde dat Italië de op hem rustende verplichtingen niet was nagekomen.

Een ander voorbeeld is het arrest *Bund Naturschutz Bayern*. In deze zaak ging het om een vergunningsprocedure die werd ingeleid na de uiterste implementatiedatum. De richtlijn was te laat omgezet en de omzettingswet voorzag in een overgangsregeling die er op neerkwam dat vergunningsprocedures werden vrijgesteld van de vereisten van de richtlijn indien het project waarop de vergunning zag, bij de inwerkingtreding van de omzettingswet reeds bekend was gemaakt. Als voor zo'n reeds bekendgemaakt project de vergunningsprocedure werd ingeleid na de inwerkingtreding van de omzettingswet, golden de vereisten van de richtlijn dus niet. Het Hof overwoog:

> 'Los van de vraag of een Lid-Staat uit hoofde van de richtlijn een overgangsregeling in het leven mag roepen voor vóór de uiterste datum 3 juli 1988 ingeleide en reeds aanhangige vergunningsprocedures, staat de richtlijn er dus hoe dan ook aan in de weg, dat voor na die datum ingeleide procedures een regeling als die waarom het gaat in het hoofdgeding, in het leven wordt geroepen door een nationale wet waarbij de richtlijn in strijd met de bepalingen ervan te laat in nationaal recht wordt omgezet. Een dergelijke uitlegging zou ertoe leiden, dat de uiterste datum van 3 juli 1988 werd opgeschoven, en zou in strijd zijn met de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen.'[134]

Bij procedures voor vergunningen (maar ook bij aanhangige rechtzaken) kan het lastig zijn dat procedurele regels worden gewijzigd gedurende de beslistermijn, zeker als de procedure ingewikkelder wordt. Het is dan ook voorstelbaar dat nationale wet- en regelgevers aanhangige procedures graag volgens het oude recht willen afwikkelen. Uit het arrest *Haarlemmerliede en Spaarnwoude* blijkt dat het Hof het soms toelaatbaar acht dat een vergunningsprocedure wordt afgewikkeld volgens het oude

---

133 *Handleiding Wetgeving en Europa*, Den Haag 2009, p. 168 e.v.
134 HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-396/92, r.o. 19.

recht. Het ging in die zaak om vergunningsprocedures die reeds aanhangig waren op de uiterste implementatiedatum. Het Hof bepaalde dat het beginsel van artikel 2 lid 1 van de richtlijn (85/337/EG), dat projecten die een aanzienlijk milieu-effect kunnen hebben, op die effecten worden beoordeeld, niet geldt in gevallen waarin de formele vergunningaanvraag voor een project voor de uiterste implementatiedatum is ingediend:

> De reden voor deze overweging is, dat de richtlijn vooral geldt voor projecten van een zekere omvang, waarvan de uitvoering dikwijls veel tijd vergt. Het gaat niet aan dat procedures die op nationaal niveau reeds gecompliceerd zijn en die formeel zijn ingeleid voor het verstrijken van de termijn tot omzetting van de richtlijn, worden verzwaard en vertraagd ten gevolge van specifieke eisen die door de richtlijn worden voorgeschreven, en dat daardoor reeds ontstane situaties worden geraakt.[135]

Nationaal overgangsrecht voor het verstrijken van de implementatiedatum

Voorts de vraag of lidstaten voor het verstrijken van de implementatiedatum eigen nationaal overgangsrecht mogen laten gelden. In de Handleiding wetgeving en Europa (een document dat is opgesteld om wetgevingsjuristen behulpzaam te zijn; het heeft dus geen formele status) wordt gesteld dat dit mogelijk is 'omdat dan het communautaire regime nog niet van toepassing is'. Dit wordt afgeleid uit het hierboven genoemde arrest *Bund Naturschutz Bayern* en uit ongeschreven rechtsbeginselen die zouden dwingen tot het instellen van een overgangstermijn.[136] Naar mijn mening ligt het echter wat genuanceerder. Het communautaire regime geldt al wel, maar heeft nog niet het beoogde effect zolang de omzettingstermijn nog niet is verstreken. De omzettingstermijn is bedoeld om de lidstaten de tijd te geven om hun wetgeving aan te passen. Gedurende deze termijn kan de lidstaten niet worden verweten dat zij de richtlijn nog niet in nationaal recht hebben omgezet. Niettemin moeten de lidstaten zich gedurende een uit een Europese richtlijn voortvloeiende omzettingsperiode onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig belemmeren.[137] Dit volgt uit artikel 4, derde lid, VEU en geldt mijns inziens voor alle maatregelen, dus ook voor overgangsrechtelijke bepalingen en ook voor andere overgangsmaatregelen. Nu zullen overgangsrechtelijke bepalingen (althans eerbiedigende en uitgestelde werking) en andere overgangsmaatregelen de verwezenlijking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat niet zo snel ernstig belemmeren omdat zij erop gericht zijn de overgang van het oude naar het nieuw recht ordentelijk te laten verlopen, maar helemaal uit te sluiten valt het niet.

---

135 HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-81/96 (*Haarlemmerliede en Spaarnwoude*), AB 1999, 178, m.nt. ChB (r.o. 24). Overigens was er in deze zaak geen sprake van een voor de uiterste inwerkingtredingsdatum ingediende vergunningaanvraag. Zie hierover het preadvies van Backes.

136 Handleiding wetgeving en Europa, p. 171.

137 HvJ EG 18 december 1997, zaak C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*).

Met het Europese recht strijdige maatregelen gedurende de overgangstermijn
Het voorgaande gaat ook op als een richtlijn wel voorziet in overgangsrecht of in overgangsmaatregelen. Ook dan moeten de lidstaten zich gedurende de overgangsperiode onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorschreven resultaat ernstig belemmeren. Dit vloeit voort uit het arrest inzake de Zuid-Hollandse Milieufederatie.[138] In deze zaak ging het om de uitleg van de overgangsbepalingen van Richtlijn 91/414/EG en van Richtlijn 98/8/EG. De eerstgenoemde richtlijn had betrekking op het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen en de tweede richtlijn was de zogenoemde Biocidenrichtlijn. Artikel 8, tweede lid, van de Gewasbeschermingsrichtlijn bepaalde: 'In afwijking van artikel 4 en onverminderd lid 3 en richtlijn 79/117/EEG mag een lidstaat, gedurende een periode van twaalf jaar na de kennisgeving van deze richtlijn, toelaten dat gewasbeschermingsmiddelen die niet in bijlage I opgenomen werkzame stoffen bevatten en die twee jaar na de datum van kennisgeving van de richtlijn reeds op de markt zijn, op zijn grondgebied op de markt worden gebracht.' Artikel 16, eerste lid, van de Biocidenrichtlijn stond toe dat de lidstaten gedurende een langere periode hun 'huidige systeem of praktijk met betrekking tot het op de markt brengen' mochten blijven toepassen. Volgens de Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie betekende dit dat het systeem voor het op de markt brengen moest worden gehandhaafd zoals dat ten tijde van de inwerkingtreding van de richtlijn gold. Wijzigingen zouden slechts zijn toegestaan voor zover zij leidden tot een systeem dat meer in overeenstemming was met de richtlijn. Het Hof overwoog:

> '42. Immers, hoewel op de lidstaten geen verplichting rust om de maatregelen tot uitvoering van een richtlijn vóór het verstrijken van de daarvoor geldende termijn vast te stellen, volgt uit artikel 10, tweede alinea, EG in samenhang met artikel 249, derde alinea, EG en met de richtlijn zelf, dat zij zich gedurende deze termijn dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen (arrest van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punt 45). Dit geldt ook voor een overgangsperiode als in casu voorzien in artikel 16, lid 1, van richtlijn 98/8, tijdens welke de lidstaten hun nationale systemen mogen blijven toepassen ofschoon deze niet in overeenstemming zijn met voornoemde richtlijn.
> 43. Het staat derhalve aan de nationale rechter om te beoordelen of zulks het geval is met de nationale bepalingen waarvan hij de wettigheid heeft te toetsen.
> 44. Op de derde vraag moet derhalve worden geantwoord, dat artikel 16, lid 1, van richtlijn 98/8 aldus moet worden uitgelegd dat het geen standstillverplichting bevat. Ingevolge de artikelen 10, tweede alinea, EG en 249, derde alinea, EG alsmede richtlijn 98/8 dienen de lidstaten zich echter tijdens de in artikel 16, lid 1, van deze richtlijn bepaalde overgangsperiode te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen.'

138 HvJ EG 14 september 2006, zaak C-138/05 (*Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie/LNV*).

Vervolgens moest het CBB beoordelen of artikel 16aa van de Bestrijdingsmiddelenwet, zoals gewijzigd gedurende de overgangstermijn van de richtlijnen, in overeenstemming was met artikel 8, tweede lid, van de Gewasbeschermingsrichtlijn. Het oordeelde dat dit niet het geval was:

> 'Evenvermeld oordeel van het Hof van Justitie betreft de grenzen die moeten worden gesteld aan het wijzigen van de nationale regeling inzake de toelating van gewasbeschermingsmiddelen gedurende de in genoemd artikel 8, lid 2, voorziene overgangsperiode, en houdt in dat een dergelijke nationale regeling gedurende genoemde periode niet zodanig mag worden gewijzigd, dat een binnen de werkingssfeer van artikel 8, lid 2, vallend gewasbeschermingsmiddel zou kunnen worden toegelaten zonder dat naar behoren rekening wordt gehouden met de effecten die het middel kan hebben op de gezondheid van mens en dier, alsmede op het milieu.
> Deze opvatting van het Hof van Justitie leidt het College tot het oordeel dat een vrijstellingsbepaling als artikel 16aa Bmw, die een wijziging inhoudt van het (voordien ter implementatie van de Gewasbeschermingsmiddelenrichtlijn ingevoerde) toelatingsregime van de Bmw met betrekking tot gewasbeschermingsmiddelen, een uitdrukkelijk voorschrift dient te bevatten dat waarborgt dat bij het verlenen van vrijstelling naar behoren rekening wordt gehouden met de hiervoor genoemde effecten.'[139]

Met Europese regelgeving strijdige overgangsmaatregelen

Niettegenstaande het voorgaande oordeelt het Hof soms toch dat bepaalde concrete Unierechtelijke bepalingen in die zin moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen bepaalde met Europese regelgeving strijdige overgangsmaatregelen. Een voorbeeld hiervan vormt het recente arrest *Hennigs*.[140] Op grond van artikel 19 VWEU kan de Raad passende maatregelen nemen tegen bepaalde vormen van discriminatie. Hieraan is uitvoering gegeven bij Richtlijn 2000/78/EG. Kort gezegd moest er een einde komen aan leeftijdsdiscriminatie met betrekking tot werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van beloning. Het Duitse beloningsstelsel voor overheidspersoneel moest worden aangepast. Dit hield in dat de wet moest worden gewijzigd, maar ook dat er een nieuwe c.a.o. voor de publieke dienst moest komen. De wet was binnen de implementatieperiode gewijzigd. De c.a.o. ook, maar deze voorzag in een overgangsregeling ten gevolge waarvan de oude discriminerende regels nog enige tijd doorwerkten. Het Hof overwoog dat de oude c.a.o. onverenigbaar was met artikel 21 van het Handvest en met de artikelen 2 en 6, eerste lid, van Richtlijn 2000/78/EG, en de nieuwe niet. Met betrekking tot de overgangsregeling overwoog het Hof dat 'handhaving van de oude beloningen, en bijgevolg de handhaving van een stelsel dat discrimineert op grond van leeftijd, tot doel had salarisverliezen te vermijden en doorslaggevend was om de sociale partners in staat te stellen de overgang van het bij het BAT ingestelde systeem [= oude systeem,

139 CBB 4 mei 2007, LJN BA4402. CBB 4 mei 2007, LJN BA4400 had betrekking op artikel 25d Bmw. Zie in algemene zin over verplichtingen waaraan lidstaten zich tijdens de omzettingstermijn van richtlijnen moeten houden: R. Ortlep en M. Verhoeven, 'Richtlijnen: communautaire verplichtingen tijdens de omzettingstermijn', NTER 2009/3, p. 113-118.

140 HvJ EU 8 september 2011, NJ 2011, 591, m.nt. Mok.

RJ] naar het systeem van de TVöD [= nieuwe systeem, RJ] te verwezenlijken. De overgangsregeling van het TVÜ Bund moet bijgevolg worden geacht een legitiem doel na te streven in de zin van artikel 6, lid 1, van Richtlijn 2000/78.' Vervolgens onderzocht het Hof of de voor het bereiken van dit doel gebruikte middelen passend en noodzakelijk waren. Het kwam tot de conclusie dat dit inderdaad het geval was. Dat de overgangsregeling beperkt was in de tijd en dat een directe overgang naar het nieuwe systeem ertoe zou hebben geleid dat veel werknemers er in salaris op achteruit zouden zijn gegaan, speelde daarbij een doorslaggevende rol.

Terugwerkende kracht bij niet tijdige implementatie

Bij niet tijdige implementatie (hetgeen tegenwoordig minder vaak voorkomt doordat er allerlei maatregelen zijn getroffen[141]) kan het nodig zijn om terugwerkende kracht te verlenen aan de nationale omzettingsmaatregelen.[142]

Als de implementatietermijn erg kort is, wordt soms – zekerheidshalve – voorzien in de mogelijkheid van inwerkingtreding met terugwerkende kracht. Recent was hier aanvankelijk voor gekozen in het wetsvoorstel tot wijziging van de Metrologiewet in verband met de implementatie van de meeteenhedenrichtlijn (Richtlijn 2009/3/EG). Deze richtlijn was namelijk vastgesteld op 9 maart 2009 en de uiterste implementatiedatum was 1 januari 2010. De Raad van State wees er echter op dat bepaalde gedragingen na de voorgestelde wijziging verboden werden en strafbaar zouden zijn op grond van de Wet economische delicten. De bewuste bepaling bracht dus het risico met zich mee dat met terugwerkende kracht feiten strafbaar zouden worden gesteld, hetgeen in strijd is met artikel 7 EVRM, artikel 16 Gw en artikel 1 Sr. Naar aanleiding van het advies is de bewuste bepaling aangepast: 'Deze wet treedt in werking met ingang van 1 januari 2010. Indien het Staatsblad waarin deze wet wordt geplaatst, wordt uitgegeven na 31 december 2009, treedt zij in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.' Uiteindelijk is de wetswijziging ruim voor de uiterste implementatiedatum in het *Staatsblad* bekendgemaakt (22 oktober 2009, *Stb.* 2009, 420) en op 1 januari 2010 in werking getreden.

---

141 Zie over de getroffen maatregelen Hendriks-De Lange in Veerman 2009, p. 313 e.v.

142 Zie bijvoorbeeld artikel VI van de Wijziging van de Wet milieubeheer en de Wet op de economische delicten ten behoeve van de implementatie van Richtlijn nr. 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden (*PbEU* 2009, L 140) en de uitvoering van Verordening (EU) nr. 1031/2010 van de Commissie van 12 november 2010 inzake de tijdstippen, het beheer en andere aspecten van de veiling van broeikasgasemissierechten overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap (*PbEU* 2010, L 302) en Verordening (EU) nr. 920/2010 van de Commissie van 7 oktober 2010 inzake een gestandaardiseerd en beveiligd registersysteem overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad en Beschikking nr. 280/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2010, L 270) (herziening EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten), *Kamerstukken II* 2010/11, 32 667.

4 Slotbeschouwing

Bij verandering van wetgeving is de belangrijkste vraag of de rechtszekerheid van betrokkenen voldoende in acht is genomen; hebben justitiabelen voldoende tijd (gehad) om zich in te stellen op de nieuwe regels en is het billijk dat de nieuwe regels (direct na de inwerkingtreding of zelfs met terugwerkende kracht) gelden voor bestaande rechtsverhoudingen en posities? De jurisprudentie van het Hof van Justitie over de temporele werking van Europese regelgeving bij het ontbreken van overgangsrecht in de nieuwe of gewijzigde regelgeving, biedt hier mijns inziens een aardig inzicht in. Het Hof onderzoekt in dat geval of er sprake is van 'een onder het oude recht ontstane situatie' (nieuwe regels zijn in beginsel van toepassing) of 'een voor de inwerkingtreding verworven rechtspositie' (nieuwe regels zijn in beginsel niet van toepassing omdat dit zou betekenen dat ze terugwerkende kracht hebben, hetgeen in het Unierecht in beginsel niet is toegestaan). Hoewel het naar Nederlandse maatstaven in deze jurisprudentie niet steeds duidelijk is om welke overgangsrechtelijke figuur het gaat, toont de jurisprudentie wel duidelijk in welke gevallen het Hof meent dat het vertrouwensbeginsel zich ertegen verzet dat de nieuwe regelgeving van toepassing is op een partij. In de literatuur over het nationale overgangsrecht en in de Aanwijzingen voor de regelgeving is echter vooral veel aandacht voor de te onderscheiden soorten overgangsrecht; ik heb hieraan in het voorgaande ook meegedaan. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat de vraag hoe het overgangsrecht bij nieuwe regelgeving in concreto wordt vormgegeven, eerst en vooral een politieke keuze is. De (wetgevings)jurist maakt deze keuze niet zelf, dus rest hem (slechts?) de wetgevingstechniek om over te schrijven. Ook in de notities van de regering over terugwerkende kracht in de fiscale wetgeving en over overgangsrecht in de sociale zekerheid, wordt hoofdzakelijk ingegaan op de wetstechnische kant van het overgangsrecht. Dit bracht Van der Burg er zelfs toe om zich af te vragen of het eigenlijk wel juist is dat de Aanwijzingen voor de regelgeving worden gepresenteerd als gereedschap voor wetgevingsjuristen. De aanwijzingen over overgangsrecht hebben naar zijn mening een dusdanig politieke lading, dat het goed zou zijn als de volksvertegenwoordiging – die niet gebonden is aan de Aanwijzingen – zich daarover zou uitlaten.[143] Dat de Aanwijzingen worden gepresenteerd als gereedschap voor de wetgevingsjurist lijkt mij niet zo problematisch. De Aanwijzingen voor de regelgeving binden alleen de ministers en staatssecretarissen en de onder hen ressorterende dienstonderdelen en personen die bij de voorbereiding en vaststelling van regelingen zijn betrokken. Voor een aantal aanwijzingen geldt dat het efficiënt is dat ze er zijn (bijv. aanwijzingen over de schrijfwijze en de opbouw

143 Van der Burg 2001, p. 39.

van regelingen). Ze voorkomen dat het spreekwoordelijke wiel telkens weer moet worden uitgevonden. Maar lang niet alle aanwijzingen bieden pasklare antwoorden voor problemen waar de wetgevingsjurist mee worstelt tijdens het voorbereiden van een wetsvoorstel. Dit is zeker ook het geval bij de aanwijzingen over overgangsrecht. Voor de vormgeving van het overgangsrecht gaat het er echter vooral om dat er goede afwegingen worden gemaakt. Daarvoor is het nodig dat er ook vanuit beleidsperspectief en politiek perspectief belangstelling is voor de overgang van oud naar nieuw recht,[144] zodat er voldoende gelegenheid is om af te wegen of er in overgangsrecht moet worden voorzien en – als er in overgangsrecht moet worden voorzien – tijd om het overgangsrecht vorm te geven.

144 Zie paragraaf 2.1.

Stellingen

1. Als de overgang naar een nieuw wettelijk stelsel noopt tot het langdurig eerbiedigen van bepaalde bestaande rechtsposities en –verhoudingen (denk aan personen met een Wajong-uitkering), moet dit niet in een overgangsbepaling bij de nieuwe wet geschieden, maar door middel van een structurele (overgangs) regeling in het lichaam van de wet.

2. Het toekennen van terugwerkende kracht bij nota van wijziging is een 'ingrijpende wijziging' als bedoeld in aanwijzing 277 van de Aanwijzingen voor de regelgeving waarover advies moet worden gevraagd aan de Afdeling advisering van de Raad van State.

3. Een strikte toepassing van aanwijzing 174 van de Aanwijzingen voor de regelgeving inzake vaste verandermomenten en een minimuminvoeringstermijn, leidt ertoe dat nieuwe regels vaker terugwerkende kracht zullen krijgen.

4. Een verdere precisering van de overgangsrechtelijke begrippen in de Aanwijzingen voor de regelgeving draagt niet bij aan beter overgangsrecht.

Beleidswijziging: het spel, de regels en het vertrouwen

*Prof. dr. H.E. Bröring**

1	**Inleiding**	**64**
1.1	Een voorbeeld van politieke urgentie en individuele pech	64
1.2	In essentie belangenafweging	65
1.3	Traagheid van het recht en politieke urgentie	67
1.4	Opzet en begrippen	68
2	**Verandering en vertrouwen in de overheid**	**71**
2.1	Over vertrouwen, betrouwbaarheid en de mens als *sense-maker*	71
2.2	Relevantie voor bestuur en verandering van beleid	74
3	**Algemene rechtmatigheidseisen**	**79**
3.1	Beleidsregels	79
3.2	Andersoortig beleid	83
3.3	Schadevergoeding en compensatie	88
4	**Beleidswijziging en tijdsaspecten**	**92**
4.1	Vuistregels	92
4.2	Inherente afwijkingsbevoegdheid als *escape*	95
4.3	Aankondiging en gewenning	97
4.4	Beleidswijziging in het stadium van primaire besluitvorming	99
4.5	Beleidswijziging in de bezwaarfase	101
5	**Ingeklemd bestuur**	**105**
5.1	Eigen verantwoordelijkheid in de keten	105
5.2	Gewijzigde wetgeving	106
5.3	Gewijzigde 'vreemde' beleidsregels en richtlijnen	111
5.4	Wijziging bestuurlijke organisatie	114
6	**Uitleiding**	**118**
Stellingen		**122**

---

* Prof. dr. H.E. Bröring is hoogleraar integrale rechtsbeoefening aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij dankt Albertjan Tollenaar en Kars de Graaf voor hun nuttige opmerkingen bij een eerdere versie.

1 Inleiding

1.1 Een voorbeeld van politieke urgentie en individuele pech

Ofschoon veel over bestuursrechtelijke sloomheid wordt geklaagd, daarom dwangsommen, lussen en relativiteitseisen zijn ingevoerd en het 'Gij zult finaliseren' in artikel 8:41b Awb een wettelijke basis krijgt, schort het op ons rechtsgebied lang niet altijd aan snelheid. Een voorbeeld; in dit geval van de voortvarendheid die de overheid aan de dag legt om wetgeving of beleid te 'versoberen'.[1]

Bij Wet van 4 februari 2010, *Stb.* 2010, 119 (Wet versterking besturing) is een nieuwe regeling getroffen die het mogelijk maakt om ook voor een tweede bachelor- of masteropleiding (instellings)collegegeld te heffen.[2] Bij Besluit van 26 april 2010, *Stb.* 2010, 168, is de inwerkingtreding bepaald op 1 september 2010. Universitaire uitvoeringsregelingen konden eerst omstreeks 1 juli 2010 worden vastgesteld, waarna hun bekendmaking ergens in de loop van de zomervakantie heeft plaatsgevonden. Studenten hadden zich echter in het voorjaar van 2010 op hun studiekeuze georiënteerd, en doorgaans al voor deze bekendmaking hun inschrijf- en collegegeld betaald. Dit betekent dat degenen die voor een tweede opleiding hadden gekozen, in de loop van september met een tweede rekening werden geconfronteerd. Mevrouw Luxwolda, die kaakchirurg wilde worden en daarom zowel de opleiding geneeskunde als de opleiding tandheelkunde moest volgen,[3] werd zelfs geconfronteerd met een extra bedrag ad € 32.000 per jaar voor haar (tweede) studie tandheelkunde.[4]

---

1 De preadviseur is lid van de bezwaarschriftcommissie die over de casus inzake het instellingscollegegeld adviseerde.

2 Wet van 4 februari 2010 tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en enige andere wetten onder meer in verband met de verbetering van het bestuur bij de instellingen voor hoger onderwijs, de collegegeldsystematiek en de rechtspositie van studenten. Het verhoogde collegegeld ('boete') voor langstudeerders betreft een vergelijkbaar voorbeeld (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 618, nr. 2).

3 De verplichting om zowel de opleiding geneeskunde als de opleiding tandheelkunde te halen, is geen wettelijke verplichting, maar een verplichting die berust op eisen van de beroepsorganisatie (zelfregulering). Zie ook de Antwoorden op de schriftelijke vragen van het Kamerlid Jadnanansing (PvdA) van de Tweede Kamer der Staten-Generaal aan de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap over hantering van het instellingscollegegeld voor een tweede studie die een vereiste is voor bepaalde beroepsgroepen (ingezonden 13 december 2010, kenmerk 2010Z19216).

4 Haar naam wordt vermeld, nu mevrouw Luxwolda zelf uitvoerig de publiciteit heeft gezocht. Zie onder meer <www.youtube.com/watch?v=Jdj4AUOlRgI>. Zie voorts Joris Veldkamp, 'Help, ik wil kaakchirurg worden', *NRC* 17-18 december 2011, die de aandacht vestigt op opmerkelijke verschillen tussen instellingstarieven en op het ontbreken van een adequate flankerende leenregeling. Over de kwestie ook het vonnis van de Rb. Amsterdam (sector civiel recht) van 14 december

Met haar procedure tegen dit bedrag boekte zij bij het College van Beroep voor het hoger onderwijs geen succes: 'Uit de stukken en hetgeen ter zitting is verhandeld blijkt dat zo spoedig mogelijk na het bekend worden van de inwerkingtreding per 1 september van [de Wet versterking besturing] de regeling is aangepast en na het doorlopen van de daartoe vastgestelde procedure door het college van bestuur is vastgesteld. De voorzitter is – hoezeer hij ook begrip heeft voor het probleem waarvoor appellante zich gesteld ziet – van oordeel dat appellante had kunnen en moeten weten dat wetgeving kan worden gewijzigd en dat verweerder gehouden is aan [de onderhavige] wettelijke verplichtingen gevolg te geven. Dat geldt eveneens voor wijzigingen in de regeling. Dat de planning van appellante voor de opbouw van haar opleidingen voorafgaand aan de specialistenopleiding kaakchirurgie daarmee wordt bemoeilijkt doet daaraan niet af.'[5]

Zijn de belangen van mevrouw Luxwolda, in het licht van het vertrouwensbeginsel en eisen van een behoorlijke belangenafweging, voldoende gerespecteerd? In hoeverre dienen burgers er rekening mee te houden dat wetgeving en uitvoeringsregels kunnen worden gewijzigd? Was het bestuur in dit geval, ingeklemd als het zat tussen wetgever en burgers, verplicht de regeling zo te wijzigen als het heeft gedaan? Is jegens mevrouw Luxwolda het beginsel van gelijke behandeling niet geschonden, omdat eerdere studenten kaakchirurgie veel goedkoper uit waren? Had de onmiddellijke werking niet vergezeld moeten gaan van eerbiedigende werking voor 'bestaande gevallen', bijvoorbeeld door te kiezen voor een cohortenstelsel, zoals dat in het onderwijsrecht wel vaker is gepraktiseerd?[6] Was de zaak anders afgelopen wanneer de universitaire uitvoeringsregeling de status van beleidsregels in plaats van die van bestuurswetgeving had gehad? Over dit soort vragen gaat dit preadvies.

1.2 In essentie belangenafweging

De verhouding tussen recht en tijd is complex. Dat zet de juridische discipline aan tot enorme creativiteit. Zo kan het recht goed overweg met uiteenlopende beoordelingsmomenten (*ex tunc*, *ex nunc*; peildata). Het kan kiezen uit verschillende momenten van inwerkingtreding. En het kan bevoegdheden, rechten, plichten en statussen met terugwerkende kracht, per heden en vanaf een in de toekomst gelegen moment laten gelden, wijzigen of beëindigen, met een groot scala aan gemengde

---

2011, LJN BU8437. In casu was in het tegen een vereniging en zeven universiteiten aangespannen geding (tijdelijke) schorsing gevorderd van het vastgestelde collegegeld voor een tweede opleiding. Daarbij was erop gewezen dat de berekening van de bedragen onduidelijk is, maar dat de bedragen vergeleken met de marginale kosten in elk geval te hoog zijn. In dit verband trekt aandacht dat de universiteiten op (sterk) uiteenlopende bedragen zijn uitgekomen. De kwestie leende zich niet voor behandeling in het kader van de incidentele vordering, zodat de voorlopige voorziening is afgewezen.

5 College van Beroep voor het hoger onderwijs 14 februari 2011, nr. CBHO 2011/019 en 19.1. In deze zaak is naar aanleiding van een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening onmiddellijk uitspraak in de hoofdzaak gedaan. Voor de Voorzitter was het dus zonneklaar.

6 Over de cohortenbenadering in het onderwijsrecht, meer in het bijzonder de studiefinanciering, R.G.K. Voss en R. Brussee, 'De positie van overgangsrecht in de beleidsvorming bij OCenW', *RegelMaat* 2000/1 (themanummer Overgangsrecht), p. 17-18.

en tussenvormen. Tegenwoordige, verleden en toekomende tijd; onvoltooid en voltooid verleden tijd: het recht kent het allemaal.[7] De verhouding tussen recht en tijd is juridisch-technisch ingewikkeld. Belangrijker is de *principiële* kant: bij overgangsrecht zijn eigenlijk altijd de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in het geding, evenals vaak het eigendomsrecht (in de ruime zin van artikel 1 EP).

Aan een verandering in rechtsregime is een verschil in behandeling van justitiabelen inherent. Waar het nieuwe regime voor hen ongunstiger is dan het oude, wordt al gauw een beroep op verworven rechten gedaan. De opmerking dat mensen er ten onrechte van uit plegen te gaan dat het alleen maar beter wordt of ten minste zo blijft als het is en daarom wegkijken voor de mogelijkheid van pech en teruggang, is tot op zekere hoogte waar, maar tegelijkertijd te simpel en dus misplaatst. Immers, vaak staan wel degelijk gerechtvaardigde belangen, al dan niet tevens in de zin van verkregen rechten, op het spel.

De verschillende soorten overgangsrecht zijn weliswaar als een kwestie van vormgeving en techniek te beschouwen, maar beklemtoond moet worden dat het in essentie ook hier om *afweging van belangen* gaat. Wanneer de Wet versterking besturing alleen had gegolden voor studenten die per 1 september 2010 met hun eerste studie waren begonnen, was sprake geweest van een andere belangenafweging c.q. een andere waardering van het belang van studenten die op die datum met een tweede studie wilden beginnen dan waarvoor met de huidige wet is gekozen. Het gaat steeds om die afweging en waardering van belangen. Dit geldt voor onmiddellijke en uitgestelde werking en eveneens voor terugwerkende kracht. Ook in het laatste geval slaat men de plank mis als men meent met juridische manipulatie of fictie van doen te hebben.[8] Zoals Knigge het in zijn proefschrift zegt: in dat geval fingeert de wet geen feiten, maar waardeert zij anterieure feiten door nieuwe rechtsgevolgen aan oude feiten te verbinden.[9] Ik werk dit niet verder uit; het gaat mij er enkel om mijn stelling te benadrukken dat ook overgangsrecht een zaak is van afweging en waardering van belangen.

Dit moet niet worden misverstaan. Dat iets in essentie een kwestie van belangenafweging is, wil niet zeggen dat het recht volledig moet wijken. Bovendien is de ene belangenafweging de andere niet; in samenhang daarmee verschilt de rol van het recht. Zo is bij overgangssituaties – in verband met gewekt vertrouwen en verkregen rechten – de rol van het recht groter (zo men wil: minder klein) dan bij wetgeving en beleid in het algemeen.

---

7 Het onderwerp overgangsrecht zelf heeft meer het karakter van de conjunctief: het kenmerkt zich vooral door onzekerheden en wenselijkheden.

8 Over terugwerkende kracht en fictie onder anderen W. Duk, *Terugwerkende kracht* (geschriften van de VAR), Haarlem 1965, p. 8-12.

9 G. Knigge, *Verandering van wetgeving* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984; zie vooral het tweede hoofdstuk en de eerste stelling. Knigge zet zich op dit punt af tegen de opvatting van L.J. Hijmans van den Bergh, *Opeenvolging van rechtsregels* (diss. Utrecht), Utrecht: Drukkerij P. den Boer 1928. Zie voorts M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen* (diss. Tilburg), Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, p. 18, die het standpunt van Knigge onderschrijft. Dukkiaans is de opmerking dat een wet met terugwerkende kracht uitsluitend vooruit werkt (Duk 1965, p. 15).

1.3 Traagheid van het recht en politieke urgentie

In het recht draait het om belangenafweging, waardoor rechtsposities kunnen worden gewijzigd en erop achteruit gaan. Met het oog op gerechtvaardigde belangen, met name die als gevolg van gesloten contracten of genomen besluiten, heeft het recht evenwel een *behoudende, remmende* werking.

Zo valt op dat men in het algemeen gemakkelijker een contract kan sluiten dan doorhalen. Het beëindigen van een lidmaatschap of abonnement is gezien daaraan gestelde beperkingen veelal een grotere opgave dan de aanmelding voor dat lidmaatschap of abonnement.[10] Een huwelijk is zo gesloten, maar het opbreken daarvan is vaak een heel ander verhaal. Bij ontbinding van huwelijken ligt het conservatieve karakter van het recht ook voor de hand.[11] Ontbinding van rechtswege van huwelijken na een huwelijksduur van bijvoorbeeld zeven jaar, waarna via een eenvoudige administratieve handeling desgewenst voor opnieuw zeven jaar kan worden bijgetekend, is vanwege eventuele aanwezigheid van kinderen en van vermogensrechtelijke complicaties geen realistische oplossing.

In het bestuursrecht geldt voor besluiten (rechtskracht) hetzelfde als in het privaatrecht voor contracten (*pacta sunt servanda*), ten minste waar het gaat om begunstigende besluiten. In het algemeen stelt het bestuursrecht hogere eisen aan intrekking of wijziging van rechten, bevoegdheden en statussen ten nadele dan aan toekenning of uitbreiding daarvan. Dit kan zelfs betekenen dat die intrekking of wijziging helemaal niet geoorloofd is, of wel geoorloofd, maar dan met inachtneming van een redelijke termijn of onder aanbieding van compensatie.

Tegenover de behoudende, remmende werking van het recht staat de politiek, die niet zelden kortademig en dan niet bij nota, maar per *twitter* beleidswensen en -voornemens ventileert, eventueel vergezeld van een beroep op de *sense of urgency*.[12] Onder uitzonderlijke omstandigheden is inderdaad een zeer snelle wets- of beleidswijziging met inwerkingtreding op zeer korte termijn en onmiddellijke werking aangewezen.[13] Veel vaker kan en moet mensen echter anticipatie- en gewenningstijd worden gegund.[14] De keuzes van wetgever en beleidsmaker op dit punt zijn lang niet altijd aanstonds te begrijpen. Kiezersmacht, maatschappelijk draagvlak, weerbaarheid van belanghebbenden (organisatiegraad), fusies en reorganisaties,

---

10 Bij die lidmaatschappen en abonnementen is die onbalans inmiddels door de wetgever aangepakt. Zie de Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), *Stb.* 2010, 789 (Wet Van Dam). Zie voorts Rb. Haarlem (sector kanton), 12 januari 2012, LJN BV1276, die de wet toepast voor een situatie waarin zij nog niet in werking was getreden. 'Deze wet vormt immers de codificatie van de reeds bestaande maatschappelijke visie over hoe redelijkerwijze bij verlengde contracten dient te worden geoordeeld over opzegtermijnen.'

11 Ik heb gebruik van de adjectieven conservatoir en conserverend overwogen, maar 'conservatief' lijkt mij het meest adequaat.

12 Wat vaak niet overtuigt, alleen al omdat daar zo frequent een beroep op wordt gedaan.

13 Dan moet speciaal worden gedacht aan het noodrecht; een onderwerp dat net zo complex is als het overgangsrecht.

14 Over anticipatie en rationele verwachtingen M. Schuven-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 150-155 en p. 320-322.

uitvoerings- en handhavingsmogelijkheden: het kan in de politieke besluitvorming allemaal een rol spelen.

Wat hierboven over 'traagheid van het recht' en 'politieke urgentie' is gezegd, is niet buiten iedere twijfel verheven. Wat 'waar' is, hangt af van het perspectief (de gebezigde *rationaliteit*). Ook *beeldvorming* gebaseerd op globale indrukken is van invloed. Dientengevolge is het voor dit preadvies nog de vraag in hoeverre het (bestuurs)recht daadwerkelijk een behoudende, remmende werking heeft.

1.4 Opzet en begrippen

In dit preadvies over beleidswijziging vormen rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, belangenafweging, eigendomsbescherming en juridische vormgeving de rode draad, samen met de veronderstelling dat recht een conservatief karakter heeft, terwijl politici en beleidsmakers sterk op verandering zijn gericht. In dit preadvies wil ik nog iets verder kijken en tevens aandacht schenken aan het begrip vertrouwen en, meer specifiek, aan het vertrouwen in de overheid. In de gezamenlijke inleiding van de preadviezen werd al opgemerkt dat met wijziging van rechtsposities het vertrouwen van burgers in de overheid en het recht, en de betrouwbaarheid van de overheid en het recht, op het spel staan. Dit vertrouwen en deze betrouwbaarheid zijn juist gediend met stabiliteit, zoals in de Nota Vertrouwen in wetgeving wordt benadrukt.[15] Maar wat wordt eigenlijk met 'vertrouwen in de overheid' bedoeld? En wat betekent dat voor overgangsrecht en wijziging van beleid? In de volgende paragraaf komen dergelijke vragen nader aan de orde.

Dit preadvies gaat over de positie van het bestuur, veranderingen op beleidsniveau en de gevolgen daarvan op beschikkingenniveau. Na de paragraaf over verandering en vertrouwen in de overheid (paragraaf 2) wordt ingegaan op de algemene rechtmatigheidseisen voor beleidswijziging (paragraaf 3); in dat kader wordt afzonderlijk aandacht besteed aan beleidsregels en andersoortig eigen beleid. Hierna wordt ingegaan op een aantal tijdsaspecten van beleidswijziging (paragraaf 4); onder meer wordt stilgestaan bij de relevantie van een gewenningsperiode en de aanvaardbaarheid van beleidswijziging hangende primaire besluitvorming of bezwaar. Vervolgens komt de positie van bestuursorganen als schakel in de keten wetgever – bestuur – burger aan de orde, waarbij bestuursorganen veranderingen van (formele of bestuurs)wetgeving of extern beleid moeten zien te 'vertalen' naar de burger (paragraaf 5). Dit preadvies eindigt met een uitleiding met conclusies (paragraaf 6).[16]

---

15 Nota Vertrouwen in wetgeving, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1.

16 Een aantal deelonderwerpen blijft buiten beschouwing. Zo wordt in dit preadvies niet specifiek ingegaan op de technische elementen, omdat deze al grondig in het preadvies van Rianne Jacobs behandeld worden en deels in overeenkomstige zin op wijziging van beleid(regels) van toepassing zijn. Verwezen wordt voorts naar: B.C. de Die, 'Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar', *RM Themis* 1979, p. 253-285; P. Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving* (diss. Antwerpen), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1997; P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen: Kluwer 1999; F.H. van der Burg, *Overgangsrecht*, preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001; A. Weggeman, 'Het vormgeven van overgangsrecht, of: de dynamiek tussen heden, verleden en toekomst', in:

In dit preadvies wordt *beleid* opgevat als een of meer niet-wettelijke (algemene) beslisregels over de uitoefening van een bevoegdheid. Dit 'beleid', ook wel aangeduid als een soort bestuursrechtelijke *soft law*, kan verschillende vormen aannemen. Twee categorieën beleid moeten worden onderscheiden: beleid in de vorm van een (op de – in artikel 3:42 Awb – voorgeschreven wijze bekend gemaakt) *besluit* en overig beleid, dat zijn bindende werking ontleent aan de *vaste gedragslijn- of adviesconstructie*.[17] Ook in de context van de inwerkingtreding en temporele werking van nieuw beleid is dit onderscheid van belang, reden waarom beide soorten beleid afzonderlijk ter sprake komen.

In de gezamenlijke inleiding van de preadviezen is al aandacht besteed aan het begrip en de verschillende vormen van *overgangsrecht*. Het gaat om het (objectieve) recht over de toepasselijkheid van nieuwe wetgeving of nieuw beleid op oude, huidige en toekomstige feiten. Dit preadvies ziet speciaal op overgangsrecht en beleidsverandering. Het kan gaan om wijziging van bestaand beleid, maar ook om invoering van beleid dat niet door beleid werd voorafgegaan of juist om de algehele afschaffing van beleid.[18] Beide laatste mogelijkheden zullen vaak gekoppeld zijn aan de invoering of juist afschaffing van een bestuursbevoegdheid (of zelfs een hele wettelijke regeling). Hierbij wordt het begrip feiten ruim opgevat: het ziet op alles – rechtsposities, rechtsbetrekkingen, (publiekrechtelijke of privaatrechtelijke) rechtshandelingen, andere (feitelijke) gedragingen en blote feiten – waaraan een of meer rechtsgevolgen kunnen worden verbonden.

Naast overgangsrecht bestaat ook *overgangsbeleid*. Overgangsbeleid is beleid in de zin van niet-wettelijke beslisregels over de toepasselijkheid van nieuwe wetgeving of nieuw beleid. Denk bijvoorbeeld aan de Aanwijzingen voor de regelgeving voor zover die speciaal over overgangsrecht en inwerkingtreding gaan.[19]

Een ander aspect is de *inwerkingtreding* van nieuw beleid. De inwerkingtreding van nieuw beleid ziet op de vraag vanaf welk moment de rechtsgevolgen van het nieuwe beleid werken. In het algemeen hangt de inwerkingtreding af van de bekendmaking.

J.A. van Schagen (red.), *Overgangsrecht*, Den Haag; Sdu Uitgevers 2001; *RegelMaat* 2000/1 (themanummer Overgangsrecht), met bijdragen van Wim Voermans, R.G.K. Voss en R. Brussee, en J.S. van den Oosterkamp. Het streven om de omvang van dit preadvies binnen acceptabele proporties te houden, heeft ertoe geleid dat is afgezien van externe rechtsvergelijking en bestudering van specifieke Europeesrechtelijke complicaties. Over dit laatste onder andere Ton Heukels, *Intertemporales Gemeinschaftsrecht* (diss. Leiden), Baden-Baden: Nomos 1990. Zie voor constitutionele aspecten en rechtsvergelijking o.a. Bodo Pieroth, *Rückwirkung und Übergangsrecht* (Hab. schr.), Berlin 1981.

17 Zie nader H.E. Bröring, 'Bestuursrechtelijke "soft law". Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel*, Deventer; Kluwer 2012, p. 167-183.

18 'Veel nieuwe wetgeving, ruim 70%, bestaat uit wijziging van bestaande wetgeving', aldus G.J. Veerman, m.m.v. S.R. Hendriks-de Lange, *Over wetgeving: principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag; Sdu Uitgevers 2009, p. 124. Evenzo kan worden aangenomen dat veel nieuw beleid neerkomt op wijziging van bestaand beleid. Er wordt trouwens (veel) vaker nieuw beleid dan nieuwe wetgeving vastgesteld.

19 Aanwijzingen 165-180 Ar. Zie ook <www.leibnizcenter.org/leidraad/typen_overgangsrecht.htm>. Omdat beleidsregels recht in de zin van artikel 79 Wet RO vormen, zou men kunnen zeggen dat overgangsrechtelijke bepalingen neergelegd in beleidsregels als overgangsrecht, en niet als overgangsbeleid, moeten worden aangemerkt.

Voor dit preadvies is het aspect van de inwerkingtreding alleen relevant in relatie tot de temporele werking (i.e. de toepasselijkheid van een norm in de tijd), bijvoorbeeld als ijkpunt voor het vaststellen van de mate van terugwerkende kracht of, in geval van uitgestelde inwerkingtreding, als alternatief voor uitgestelde werking.

2 Verandering en vertrouwen in de overheid

2.1 Over vertrouwen, betrouwbaarheid en de mens als *sense-maker*

Met het onderwerp van de preadviezen is het belangrijke thema van vertrouwen in de overheid in het geding. Vertrouwen en recht, vertrouwen in de overheid en het bestuursrecht, vormen essentiële bindmiddelen in een samenleving.[20] Aantasting van vertrouwen schaadt niet alleen het *aanzien* van de gewantrouwde persoon of institutie, maar tast bovendien de *sociale cohesie* aan van de samenleving als geheel. Ook voor de economie van een land is vertrouwen van groot belang. Immers, *high trust*-samenlevingen vertonen meer economische groei dan *low trust*-samenlevingen, die onder meer vanwege duurdere verzekeringen en meer en langduriger conflicten hogere transactiekosten kennen.[21]

Incidenten die het vertrouwen schaden, zijn in het algemeen niet onoverkomelijk. Echter, om het vertrouwen te behouden of terug te winnen, dienen mensen grosso modo tegenover één negatief informatiedeel (ervaring) tien positieve informatiedelen (ervaringen) te hebben.[22] De garagehouder die wil voorkomen dat zijn klant na een mislukte reparatie naar de concurrent overloopt, staat voor een opgave, maar is niet kansloos. Aanzienlijk problematischer is herstel van vertrouwen na structurele aantasting ervan. Het langdurig seksueel misbruik binnen de katholieke kerk en het ontbreken van een adequate reactie van de kerkleiding zal mensen langdurig of blij-

---

20 'Een belangrijke functie van het recht is het scheppen van zekerheid door het mogelijk maken van vertrouwen', zo citeert N. Verheij zijn allereerste gepubliceerde zin als opening van zijn preadvies Vertrouwen op de overheid, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (preadviezen NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 (zie p. 43).

21 Zie bijvoorbeeld F. Fukuyama, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, New York 1995: The Free Press, en Paul Zak en Stephen Knack, 'Trust and economic growth', *The Economic Journal*, April 2001, vol. 111 (470), p. 295-321. Meer in het bijzonder met het oog op rechtspraak (en concurrentiemogelijkheden) Eddy Bauw, *Rechtspraak in tijden van crisis* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossius Pers 2011, p. 6-13 (met name p. 9).

22 Aldus S.T. Fiske en S.E. Taylor, *Social cognition: From brains to culture*, New York 2008, overeenkomstig de volkswijsheid 'vertrouwen komt te voet en gaat te paard'. L.H.J. Noordegraaf-Eelens, P.H.A. Frissen en M.A. van der Steen (NSOB), *De crisis van het vertrouwen en het vertrouwen van de crisis*, Den Haag, ministerie van BZK, 2010, p. 24, wijzen erop dat vertrouwen en wantrouwen niet lineair in elkaar overlopen. Zij refereren aan het begrip 'sociale epidemie', waarbij sprake is van 'een exponentieel patroon, zowel in groei als afname.' Verder is bekend dat vertrouwen erg incidentgevoelig is. Zie bijvoorbeeld Remieg Aerts, *Het aanzien van de politiek*, Amsterdam: Bert Bakker 2009, p. 30, op basis van gegevens van onder meer het CBS, het SCP, de Eurobarometer en European Values Studies.

vend afstoten. Idem dito de woekerpolissen, waarbij verzekeraars en tussenpersonen als criminele organisaties te werk zijn gegaan, de rommelhypotheken en legale bankencorruptie in de vorm van buitenissige bonussen terwijl de belastingbetaler borg moet staan, de te hoge beloningen in de semipublieke sector, overambitie en taakverwatering en -verwaarlozing door zorginstellingen (Stichting Philadelphia, Meavita), fondsenwerving niet primair voor het goede doel, maar voor de organisatie zelf (Pink Ribbon), enzovoort. Dit soort verschijnselen zijn, gezien hun negatieve uitstraling op maatschappelijke instituties en hun aantasting van sociale cohesie, het *gif* in onze samenleving.[23]

Vooral de overheid staat voor een zware opgave. Hoewel een (klein) deel van de bevolking daar anders over zal denken, kan van de Nederlandse overheid niet worden gezegd dat zij structureel inbreuk op het vertrouwen van de bevolking maakt. Maar het vertrouwen in de overheid is verre van gegarandeerd. Een rechterlijke dwaling laat zich niet snel door tien goede uitspraken compenseren. Als gevolg van steeds nieuwe incidenten staat het vertrouwen in de overheid permanent onder druk, waarbij ongelukkig optreden van de ene overheidsactor afstraalt op andere overheidsactoren (een gebrek aan vertrouwen in de politiek kan het vertrouwen in het bestuur uithollen), wat wordt versterkt door het gegeven dat de gemiddelde burger de verschillende onderdelen van de overheid (een samenstel van gedepersonaliseerde instituties) niet scherp uit elkaar weet te houden.[24] Daarbij draagt de overheid zorg voor aanpassing van wetgeving en beleid aan politieke, sociale, economische, technologische en internationale ontwikkelingen, terwijl juist deze veranderingen, zoals de nota Vertrouwen in wetgeving duidelijk maakt, een bedreiging voor vertrouwen zijn.

Hieronder worden enkele aspecten aangestipt die bijdragen aan meer inzicht in de betekenis van verandering van wetgeving en beleid voor het vertrouwen in de overheid. Volstaan wordt met een beknopte weergave van een aantal elementen uit een tweetal in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verrichte studies: een publicatie van Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen uit 2010 en een in 2011 afgerond essay van de Kees van den Bos, die beiden een uiteenzetting bevatten van wat er achter vraagstukken van rechtvaardigheid en legitimatie en van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid schuil gaat. [25]

---

23 Hoewel dat door voelbare teruggang in individuele (financiële) positie in de loop van 2012 zal kunnen veranderen, blijken mensen de afgelopen jaren optimistisch te zijn over de eigen, persoonlijke situatie. Dit terwijl men zich pessimistisch over de situatie van 'het land' pleegt te uiten: 'Met mij gaat het goed, maar met ons gaat het slecht' (uitdrukking van SCP-directeur Paul Schnabel). Herhaaldelijke berichtgeving in de media over schending van vertrouwen door (collectieve) instituties zal daaraan debet kunnen zijn. Zie nader onder meer het Continu Onderzoek Burgerperspectieven (COB-kwartaalberichten) van het SCP, <www.scp.nl/content.jsp?objectid=default:19015>.

24 Zie ook L.J.A. Damen, *Eén burger. Gefragmenteerd bestuur* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

25 Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen 2010; Kees van den Bos, *Vertrouwen in de overheid: Wanneer hebben burgers het, wanneer hebben ze het niet en wanneer weten ze niet of de overheid te vertrouwen is?*, Den Haag, ministerie van BZK, 2011. De preadviseur heeft dus ondanks de affaire Stapel niet alle vertrouwen in de sociale psychologie verloren, ook al is hij lid van de commissie-Noort, die deze affaire voor wat betreft de Groningse periode onderzoekt.

Het begrip vertrouwen wordt door Van den Bos opgevat als 'de overtuiging dat anderen ons niet met opzet kwaad zullen aandoen, zeker niet als ze dit kunnen vermijden, en dat ze het goede met ons voor hebben en, indien mogelijk, oog zullen hebben voor onze belangen.' Tegenover dit 'vertrouwen' (*trust*) staat de 'betrouwbaarheid' (*trustworthiness*) van de vertrouwde. Bij zowel vertrouwen als betrouwbaarheid draait het om *bekwaamheid, welwillendheid en integriteit*. Gegeven haar hiërarchische karakter is in de verhouding tussen burger en overheid sprake van '*verticaal* vertrouwen', en op het niveau van wetgeving en beleid van '*institutioneel* vertrouwen'. Verticale relaties zijn relaties waarbinnen sprake is van asymmetrie in kennis en macht. Dit klemt te meer in relaties tussen mensen en (gedepersonaliseerde) instituties waar mensen maar moeilijk – cognitief en emotioneel – greep op krijgen.

In het sociaal-psychologische essay van Van den Bos is centraal uitgangspunt dat de mens een *sense-maker* is, dat wil zeggen 'een wezen dat wil begrijpen en dat dus georiënteerd is op informatie die voorhanden is'. Deze mensvisie wordt door hem gecontrasteerd met de opvatting van de mens als rationele *homo economicus* of rationele 'kennisnemer en volger van juridische regels en wetten'. Vanuit het perspectief van de *sense-maker* gaat de mens op zoek naar informatie ten behoeve van de beantwoording van de vraag of de overheid is te vertrouwen.[26]

Communicatie, informatieverstrekking en -verwerking zijn in de opvatting van Van den Bos kernelementen in de sociaal-psychologische werking van vertrouwen. Op die basis vraagt hij meer aandacht voor het gebruik van media, communicatie en *social skills*, en voor de vraag of meer differentiatie binnen 'de burger' en 'de overheid' nodig is. Verder vraag hij meer aandacht voor het vertrouwen van de overheid in de burger.[27] Vanuit het perspectief van de overheid wordt de burger volgens Van den Bos te veel gezien als calculerende burger, als iemand die alleen maar op voordeeltjes uit is en die enkel tevreden is als hij in overeenstemming met juridische principes en regels is behandeld, in plaats van als *sense-maker* die het eerder om correcte bejegening te doen is.

Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen zoeken voor een duiding van het begrip vertrouwen aansluiting bij de theorie van Niklas Luhmann,[28] volgens wie het bij vertrouwen gaat om *reductie van complexiteit* in de zin van de aanwezigheid van meerdere toekomstscenario's waarvan het waarheidsgehalte niet te overzien

---

26 Daarbij onderscheidt Van den Bos tussen mensen die een fundamenteel vertrouwen in de overheid hebben, zij die een fundamenteel wantrouwen in de overheid hebben en zij die niet weten of ze de overheid kunnen vertrouwen. Een lastig onderscheid. Want waarop is vertrouwen precies gebaseerd? Mensen kunnen vanwege hun kennis ergens vertrouwen in hebben, maar ook vanwege hun gebrek aan kennis. Bovendien kan hun kennis beperkt of ondeugdelijk zijn. En wie niet weet of de overheid te vertrouwen is, koestert ten minste enig wantrouwen.

27 Onder verwijzing naar A.F.M. Brenninkmeijer, *Een empathische overheid*, Paper gepresenteerd op het RINO-congres 'Frans de Waal terug in Burger's Zoo: actuele reflecties op zijn werk', Arnhem 2010. Denkt voorts aan toezicht als uitdrukking van (al dan niet constructief) wantrouwen van de overheid in de burger.

28 N. Luhmann, *Trust and Power*, Chichester: Wiley 1979; Niklas Luhmann, 'Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives', in: Diego Gambetta (red.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations* (electronic edition), University of Oxford 2000, p. 94-107.

is.[29] In lijn met het Engelstalige onderscheid tussen *trust* en *confidence*, maken de onderzoekers onderscheid tussen vertrouwen in (de overheid) en vertrouwen op (de overheid).[30] Dit onderscheid betreft de aard van de relatie, die bij *trust* als vrijwillig en bij *confidence* als opgelegd is te karakteriseren. Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen wijzen erop dat de reacties op teleurstelling in geval van *trust* en *confidence* verschillend zijn: beschaming van *trust* leidt tot *spijt*, van *confidence* tot *vervreemding*.[31] Zij gaan in hun essay tevens in op vertrouwen in relaties tussen overheden onderling: het interbestuurlijk vertrouwen. In algemene conclusies wijzen zij er onder andere op dat het begrip vertrouwen ongrijpbaar is, dat herstel van vertrouwen problematisch is, en dat beter op betrouwbaarheid dan op vertrouwen kan worden ingezet.[32]

2.2 Relevantie voor bestuur en verandering van beleid

Het voorgaande geeft een bondige samenvatting van wat buiten de juridische discipline bekend is over vertrouwen in de overheid. Onvermijdelijk is sprake van een aantal gemeenplaatsen, zoals: 'de overheid moet transparant zijn en goed communiceren'. En de gedachte dat het vertrouwen van de burger in de overheid niet alleen afhangt van juridische principes en regels, is ook voor juristen niet nieuw.

De verdienste van de bevindingen 'van buiten' voor het bestuursrecht lijkt mij in de eerste plaats te zijn dat zij bijdragen aan hernieuwd bewustzijn, een opschudden, van de *functie van formele en procedurele normen* van ons rechtsgebied.[33] Horen en motiveren zijn essentieel voor de legitimatie van bestuurlijke beslissingen en het vertrouwen in het bestuur. Er moet voor worden gewaakt dat inspraakprocedures, ook al verlopen ze conform de letter van de wet, niet verworden tot manipulatie van procedurele rechtvaardigheid;[34] of, voor de wat ouderen onder ons, als een kwestie van repressieve tolerantie.

De tweede verdienste is dat nog eens wordt ingescherpt hoezeer de overheid hier een bijzondere positie inneemt. Aan de orde is *verticaal en institutioneel vertrouwen*, in een *relatie tussen mensen en een (primair) gedepersonaliseerde organisatie*, waarbij sprake is van *asymmetrie in kennis en macht, c.q. van (kennis)onzekerheid van de burger*. Het gaat vanwege het publiekrechtelijke karakter van de relaties tussen overheid en burger vooral om vertrouwen in de betekenis van *confidence*. Dit alles onderstreept nog eens de *bijzondere verantwoordelijkheid van de overheid* waar het gaat om zorgvuldige

---

29 Zie hierover in relatie tot het bestuursrecht ook C.J.M. Schuyt, 'Overheid en burger in het digitale tijdperk: een vergelijking met vele onbekenden', in: *De digitale overheid* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 126-127.

30 Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen 2010, p. 14.

31 Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen 2010, p. 20, 25 en 26.

32 Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen 2010, p. 49-57.

33 Met het oog op dit laatste blijft Niklas Luhmann, *Legtimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1983 (eerste druk Berlin 1969) een aanrader.

34 Geestig is de vermelding door Van den Bos (op p. 18) van wetenschappelijke experimenten waarbij gebruik is gemaakt van 'manipulatie van procedurele rechtvaardigheid' door middel van een inspraakprocedure.

procedures, tijdige informatieverstrekking, enzovoort, en het *risico op vervreemding* in geval van beschaming van vertrouwen.

De derde verdienste is dat we er nog eens met de neus op worden gedrukt *hoe weinig we in het bestuursrecht weten* over de burger en diens vertrouwen in de overheid en over de legitimerende kant van bestuurlijke besluitvorming. Over het vertrouwen in de overheid in het algemeen, en over het vertrouwen in de rechtspraak in het algemeen en de strafrechtspraak in het bijzonder, is het een en ander bekend.[35] Maar voor het bestuursrecht ontbreekt de nodige kennis.[36]

In termen van betrouwbaarheid worden aan de overheid de hoogste eisen gesteld. Het valt niet mee om aan die eisen te voldoen. Zo dient de overheid niet alleen normen te stellen die kenbaar, duidelijk en begrijpelijk zijn, maar die normen bovendien daadwerkelijk te handhaven. Dit vergt eenduidige communicatie, waarbij verschillende bestuursorganen, bijvoorbeeld minister en colleges van burgemeester en wethouders, over dezelfde problematiek, bijvoorbeeld de permanente bewoning van recreatiewoningen, dezelfde boodschap verkondigen. Wanneer een minister voor bepaalde beleidsmaatregelen, bijvoorbeeld de opslag van CO_2, het criterium van voldoende draagvlak onder de bevolking hanteert, moet hij dat niet alleen voor Barendrecht, maar ook voor andere gemeenten aanhouden. En niet alleen voor CO_2-opslag, maar ook voor de vestiging van windmolenparken, tenzij hij een overtuigend verhaal heeft dat draagvlak dan niet of van ondergeschikte betekenis is.

> Het valt inderdaad niet mee. Wie als minister geconfronteerd wordt met de financiële onmogelijkheid om een tweede kerncentrale te Borsele van de grond te krijgen, maar wel zijn in het regeerakkoord vastgelegde – vergeleken met andere landen zeer bescheiden, voor ons land echter nog ver weg gelegen – doelstelling van 14% duurzame energie moet zien te bereiken, zal met gebruikmaking van de Crisis- en herstelwet en passering van lagere overheden vermoedelijk met graagte het aanbod van een energiereus en lokale boeren accepteren tot ontwikkeling van megaparken met mammoetwindturbines. Ook al kent Nederland een overschot aan energieproductie, en gaf eerder de minister-president zijn mening dat maar niet geïnvesteerd moet worden 'in gekke windmolens, want die draaien op subsidie'. De sociale cohesie (gesubsidieerde boeren en grondeigenaren vs. overige lokale bevolking) c.q. het horizontaal vertrouwen komt onder druk te staan. Idem dito het vertrouwen in de overheid, die in betrekkelijk korte tijd tegenstrijdige verhalen afsteekt, op het punt van informatieverstrekking en sturing vrijwel onzichtbaar is, m.e.r.-inspraakbijeenkomsten buiten de desbetreffende regio houdt, en nog steeds geen visie heeft over de relatie tot met moeite tot stand gekomen dorpsontwikkelingsplannen en tot in de buurt gelegen natuurprojecten.[37]

---

35 Zie over het vertrouwen in de overheid de reeds aangehaalde studies van Noordegraaf-Eelens, Frissen en Van der Steen en Van den Bos en de daar vermelde literatuur. Zie over het vertrouwen in de rechtspraak onder meer Paul Dekker en Tom van er Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak nader onderzocht* (SCP), Den Haag, juli 2007, en de reeds genoemde COB-kwartaalberichten van het SCP.

36 Uitzonderingen zijn een aantal studies op het terrein van bezwaar en beroep, zoals B.W.N. de Waard (red.), *Ervaringen met bezwaar*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

37 Zie over deze casus, met nadere vindplaatsen, Hans Elerie, 'Mammoetmolens in windarme Veenkoloniën', *Noorderbreedte* 2011/5, p. 8-13.

> De door de Nationale ombudsman gesignaleerde eenzijdige overheidsvoorlichting over windenergie is voor het vertrouwen in de overheid eveneens schadelijk.[38]

Die windmolenparken zullen er wel komen. De risico's schuilen in verkeerde (te veel en te hoog), in onvolledige en ambigue informatie en procedures voor de goede sier (procedurele onrechtvaardigheid), in een oneerlijke verdeling van de lusten en lasten (distributieve onrechtvaardigheid), en in teruggang in vertrouwen.[39]

Het valt voor de overheid dus niet mee qua betrouwbaarheid niet versleten te worden voor een tweedehandsautoverkoper (of, meer van deze tijd, een financieel tussenpersoon).[40] Parten speelt dat politieke besluitvorming een eigen rationaliteit heeft (zo geldt het specialiteitsvereiste niet dwingend voor dit type besluitvorming), terwijl de houvastzoekende burger vooral consistentie verwacht. Als diezelfde overheid haar inconsistente vertogen dan ook nog probeert op te poetsen door veelvuldig gebruik van woorden als transparantie, neemt de twijfel over haar betrouwbaarheid toe.[41]

Die door de burger gezochte en verwachte consistentie staat a fortiori op losse schroeven in geval van (opeenvolgende) wijziging van wetgeving en beleid.[42] Hamvraag is of en hoe het bestuursrecht, en dan doel ik op het algemeen of formeel deel van het bestuursrecht, kan bijdragen aan het vertrouwen van de burger waar (opeenvolgende) wijziging van wetgeving en beleid op de bijzondere terreinen van het bestuursrecht dat vertrouwen bedreigt of aantast.

In dit verband glijdt Van den Bos langs de essentie van het recht waar hij schrijft: 'De klassieke rechtswetenschap gaat (ten onrechte) uit van een koel redenerende burger die op een afgewogen wijze tot beslissingen komt en zich aan juridische regels en wetten houdt'.[43] Beoefenaren van de klassieke (juridisch-dogmatische) rechtswetenschap weten wel beter, maar hebben zich als beoefenaren van een normatieve discipline er rekenschap van te geven dat de burger zich aan die juridische regels en wetten behoort te houden. Sterker nog, het hele rechtssysteem en de hele rechtswetenschap bestaan bij de gratie van (de wetenschap van) burgers die zich niet altijd gedragen als 'kennisnemer en volger van juridische regels en wetten'.

---

38 Nationale ombudsman, Rapport 2011/221, d.d. 1 augustus 2011, naar aanleiding van een klacht over de eenzijdige informatie over windenergie op de website <www.windenergie.nl>, die beheerd wordt door Agentschap NL.

39 Zie ook het artikel van Hans Elerie 2011, p. 9, met voorbeelden van Haags gebrek aan kennis van de regio. Kennisgebrek getuigt van ondeskundigheid en is eveneens schadelijk voor het vertrouwen.

40 Indachtig de door Van den Bos geconstateerde behoefte instituties te 'vermenselijken'.

41 Een willekeurig voorbeeld is de kwalificatie door de minister-president van de procedure van benoeming van de nieuwe vice-president van de Raad van State als 'niet-vooringenomen en transparant'. Het woord transparant doet hier denken aan de kleren van de keizer.

42 Een van de vele voorbeelden is de opeenvolging in betrekkelijk korte termijn van de voor de lange termijn bedoelde spaarloon-, levensloop- en nu vitaliteitsregeling. Deze opeenvolgende veranderingen kunnen de burger alleen maar in verwarring brengen en doen besluiten om maar af te haken.

43 Van den Bos 2011, p. 41, onder verwijzing naar S.B. Sitkin en N.L. Roth, 'Explaining the limited effectiveness of legalistic "remedies" for trust/distrust', *Organizational Psychology* 62, p. 434-446.

Ook en vooral heeft het bestuursrecht een speciaal oog voor de wispelturige kanten van de overheid. Het klassieke bestuursrecht gaat er terecht van uit dat de overheid er lang niet altijd in slaagt te komen tot transparante en afgewogen keuzes. Informatieonzekerheid, permanent debat, uitruil van uiteenlopende belangen, ambigue informatieverstrekking: het is aan het politieke bedrijf inherent.[44] Het is aan het algemene, formele bestuursrecht om, in het verlengde van het politieke bedrijf, meer zekerheid en evenwichtigheid te bieden.

Per saldo heeft het bestuursrecht zowel met *onzekere burgers* als met *onzekere overheden* te maken, met niet alleen als inzet naleving door de burger te bewerkstelligen, maar ook en vooral te voorkomen dat overheidsoptreden ontaardt in willekeur (het bestuursrecht als constructief wantrouwen).[45] De middelen die het bestuursrecht daartoe heeft (verbod van vooringenomenheid, hoorplicht, beslistermijn, bekendmakings- en motiveringseisen, openbaarheidsvereiste, eisen van gelijke behandeling, consistente beleidsvoering, enzovoort), zijn te beschouwen als een tegemoetkoming aan de burger als *sense-maker*. Iets anders is dat het (formele) bestuursrecht voornamelijk randvoorwaarden geeft, en het vertrouwen in de overheid niet kan garanderen. Maar die randvoorwaarden zijn al heel wat. Wie eraan gewend is geraakt, vergeet dat gemakkelijk. Een beter gebruik van media, communicatie en *social skills*, zoals Van de Bos voorstaat, is in elk geval geen alternatief voor het bestuursrecht; wel een aanvulling en inspiratiebron.[46]

'Beloof de burger geen gouden bergen, maar leg ze zo helder mogelijk uit wat het "democratisch tekort" is. Misschien begrijpen ze dan ook wat meer van het menselijk tekort,' aldus Van Rossum.[47] Mensen snappen wel dat politici in verkiezingstijd meer beloven dan ze kunnen waarmaken. Maar zeker bij concrete maatregelen dient de overheid ten minste *eerlijk* te zijn. Zeg als bestuurder dus gewoon dat je schone energie en inkomenssteun aan boeren en grondeigenaren zwaarder laat

---

44 Hiermee is er niets nieuws onder de zon. Zie bijvoorbeeld Aerts 2009, p. 26. Zijn essay in hoofdstukjes leert dat het aanzien van de politiek fragiel is en dat de depreciatie zich uit in een vast repertoire aan klachten (p. 26), maar ook dat het perspectief in de loop van de tijd verschuift zodat dan het ene, dan een ander, en dan weer een ander feilen van de overheid op de voorgrond treedt.

45 Vergelijk Van de Bos 2011, p. 21, en Maarten van Rossum, *Waarom is de burger boos?*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2010. Van den Bos is minder positief over de wantrouwende burger. Over de aard van de relatie tussen burger en overheid – vertrouwen of wantrouwen? – voorts diverse publicaties van Leo Damen (de Maarten van Rossum van het bestuursrecht), zoals een aantal waarin de Awb-mens figureert (basispublicatie: 'Bestaat de Awb-mens?' in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 109-129); van oudere datum het bekende 'pamflet' van A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910, waar hij Loeff ervan beticht een valse tegenstelling tussen bestuur en burger te creëren (onder andere op p. 24-28).

46 Dit sluit niet uit dat bepaalde bestuursrechtelijke normen of voorzieningen geen oplossing, maar onderdeel van het probleem kunnen zijn. Echter, dat geldt ook – en meer nog – voor het gebruik van media en communicatie (bij uitstek geschikt om uiting te geven aan de waan van de dag) en *social skills* (die op correcte, maar even gemakkelijk op misleidende wijze aangewend kunnen worden).

47 Van Rossum 2011, p. 123.

wegen dan het landschapsbelang en individuele belangen van bewoners.[48] Het zou kunnen verbazen hoeveel mensen een oprecht slecht nieuws-gesprek wel begrijpen. Gegeven de onzekerheid (van burgers én politici en bestuurders) en het menselijk tekort (idem), komt het aan op je als overheid houden aan het recht in al zijn vormen, alsook op goed communiceren, dat wil zeggen: op tijd duidelijk en vooral ook eerlijk zijn over je boodschap.[49]

48 In plaats van het verhullende (of zelfs propagandistische) taalgebruik over te nemen van ingehuurde landschapsarchitecten en pr-functionarissen, en wat de meeste mensen nu eenmaal lelijk vinden aan te prijzen in termen van landschappelijke verhaallijnen en choreografieën van windmolens (ook politici, bestuurders en ambtenaren hebben last van cognitieve dissonantie).

49 Dit alles geldt mutatis mutandis eveneens voor interbestuurlijke verhoudingen. Zie nader paragraaf 5.3.

3 Algemene rechtmatigheidseisen

3.1 Beleidsregels

Terwijl het bovenstaande voornamelijk ziet op politiek vertrouwen en vertrouwen in de overheid in het algemeen, ligt hieronder de nadruk op *juridisch-dogmatische* aspecten van beleidsverandering. Vertrekpunt is waar het in de kern steeds om gaat: afweging van belangen. Een inventarisatie, analyse en beoordeling vindt plaats van de juridische eisen die in geval van verandering van beleid aan die belangenafweging worden gesteld.[50] Beleidsregels worden vergeleken met wetgeving, en andersoortig eigen beleid met beleidsregels. Het eerste is interessant omdat een van de redenen om in plaats van voor wetgeving voor beleidsregels te kiezen, is gelegen in de grotere flexibiliteit van laatstgenoemde regels. Is het waar dat door politiek en bestuur gewenste veranderingen gemakkelijker via beleidsregels dan via wetgeving kunnen worden doorgevoerd? En wat betekent dat in relatie tot het overgangsrecht? De verschillen zijn betrekkelijk, maar ze bestaan wel degelijk.

In een vergelijking tussen formele wetgeving c.q. de wet en beleidsregels is aanstonds duidelijk dat de wet meer immuun is voor juridische normen dan beleidsregels. Anders dan beleidsregels, mag de wet immers niet aan de Grondwet worden getoetst (artikel 120 Gw), en evenmin aan algemene rechtsbeginselen (aldus de Hoge Raad, in zijn uitleg van 'grondwettigheid'). Daarbij moet volgens het Harmonisatiewet-arrest verschil worden gemaakt tussen wel en niet in de litigieuze wettelijke bepaling verdisconteerde omstandigheden.[51] Als (toepassing van) deze bepaling zodanig verwachtingen en belangen van burgers schaadt dat zij in strijd komt met een rechtsbeginsel, maar dat door de wetgever is voorzien en verdisconteerd, staat de rechter buiten spel: het politiek-democratische oordeel prevaleert.

---

50 In het onderstaande is de focus gericht op beleid over discretionaire elementen van beschikkingsbevoegdheid (beleid ter invulling van beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid). In het bestek van dit preadvies kan hooguit zijdelings aandacht worden besteed aan beleid over feitenvaststelling (bewijsbeleid) en wetsinterpretatie (met inbegrip van juridisch-kwalificerende (syllogistische) beleidsregels, die aangeven dat bepaalde feiten of omstandigheden (minor) onder een bepaalde norm (major) vallen (zuiver wetsinterpreterende beleidsregels – die een vage wettelijke norm in abstracto uitleggen door op te klimmen naar een hogere denkcategorie en vervolgens aan de hand van bijzondere kenmerken te specificeren, maar in beide redeneerstappen te abstraheren van concrete feiten en omstandigheden – komen nauwelijks voor).

51 Of daaraan wel wordt getoetst, maar dan zonder juridische consequenties. Zie verder HR 14 april 1989, *AB* 1989, 207, m.nt. Van der Burg, *NJ* 1989, 469, m.nt. Scheltema, *Gst.* (1989) 6886.3, m.nt. Damen, *AAe* 1989, p. 578, m.nt. Hirsch Ballin (Harmonisatiewet). Zie ook W. Voermans, 'De bestuursrechter en artikel 120 Gw', *JB plus* 2003, p. 142-151.

Dat is anders wanneer die aantasting van verwachtingen en belangen niet is verdisconteerd. In dat geval tast een rechterlijk oordeel op basis van een rechtsbeginsel echter de verbindendheid van de wettelijke bepaling niet aan. Dit wil niet zeggen dat verdiscontering in de wetswijziging van het nadeel voor de burger die wetswijziging volledig immuun maakt. Immers, wet en wetswijziging moeten in overeenstemming zijn met verdragsbepalingen en op dit punt komt de rechter wel beslismacht toe.[52]

Het verbod van constitutionele toetsing geldt voor bestuurswetgeving noch beleidsregels, ook niet waar het gaat om de beoordeling aan fundamentele rechtsbeginselen van gelijke behandeling en rechtszekerheid. Voor zover er op het punt van de toetsing van de regels zelf verschillen tussen beide categorieën regels zijn, heeft dat te maken met het gegeven dat op beleidsregels de eisen van hoofdstuk 3 Awb ruim van toepassing zijn, terwijl voor bestuurswetgeving de schakelbepaling van artikel 3:1, eerste lid, Awb geldt, waardoor eisen van zorgvuldigheid en belangenafweging (afdeling 3.2 Awb) op dit type regelgeving slechts van toepassing zijn voor zover de aard van dit type regels zich daartegen niet verzet, en eisen van bekendmaking en mededeling (afdeling 3.6 Awb) en van motivering (afdeling 3.7 Awb) helemaal niet van toepassing zijn. Weliswaar berust ook bestuurswetgeving gewoonlijk op een probleemanalyse, enzovoort, en gaat ook bestuurswetgeving gewoonlijk vergezeld van een kenbare motivering van gemaakte keuzes. Dit neemt niet weg dat voor (verandering van) beleidsregels meer Awb-eisen gelden, zodat de rechter daar kritischer naar kan kijken dan naar (verandering van) bestuurswetgeving.

Beleidsregels moeten aan de algemene rechtmatigheidseisen van hoofdstuk 3 Awb voldoen. Dit geldt ook voor wijziging van beleidsregels, waarbij de eisen van zorgvuldigheid en belangenafweging (afdeling 3.2 Awb) en motivering (afdeling 3.7 Awb) bijzondere betekenis toekomt: het bestuur zal duidelijk moeten maken op grond van welke nieuwe gegevens en belangen en waardering daarvan of welke nieuwe waardering van oude gegevens en belangen het tot welke beleidsverandering en welk invoeringstraject is gekomen. Om redenen van transparantie, betrouwbaarheid en integriteit van de overheid, enzovoort (zie paragraaf 2), dient dit serieus genomen te worden. En dat gebeurt in de rechtspraktijk ook. Illustratief is de vernietiging van beschikkingen op de grond dat de nieuwe beleidsregel waarop de beschikking is gebaseerd onvoldoende zorgvuldig is voorbereid of gemotiveerd.[53]

---

52 Een voorbeeld biedt Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 3 januari 2012, LJN BU9921 (intrekking WWIK), waarbij de Staat wegens strijd met het EP het gebod is opgelegd tot het buiten werking stellen van de wet Intrekking van de Wet werk en inkomen kunstenaars (Wet Intrekking WWIK) totdat de Staat heeft voorzien in adequaat overgangsrecht. Het is een opmerkelijk voorbeeld, omdat intrekking van de WWIK niet totaal uit de lucht kwam vallen en de WWIK bovendien geen premieplicht kende, waardoor betwijfeld kan worden of sprake is van aantasting van eigendomsrecht. Een voorbeeld van oudere datum is CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004, 296 m.nt. F.J.L. Pennings, *JB* 2004/303 (Wet socialezekerheidsrechten gedetineerden en WAO- en Wajong-uitkeringen; overgangstermijn van één maand is te kort).

53 Zie uit tal van uitspraken bijvoorbeeld de bekende *Wende*-uitspraak ABRvS 21 april 1998, *AB* 1998, 199, m.nt G.T.J.M. Jurgen, en CBB 10 november 2005, *AB* 2006, 64, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Tariefbeschikking diëtisten), waarover paragraaf 4.2.

Intussen wordt vrijwel nooit de stap gezet dat de beleidsregel zelf als gevolg van de gebrekkige voorbereiding of motivering ervan buiten toepassing wordt gelaten of onverbindend wordt verklaard. Dit is in zoverre begrijpelijk, dat beleidsregels slechts een *hulpmiddel* zijn bij het nemen van beschikkingen (of het verrichten van andere handelingen), en aan beleidsregels klevende gebreken bij het nemen van beschikkingen kunnen worden gerepareerd. Zoals in de volgende paragraaf wordt toegelicht, is echter in geval van beleidswijziging een algemene verantwoording van het nieuwe (algemene) beleid noodzakelijk; een individuele beslissing (beschikking) leent zich daarvoor eigenlijk niet.[54]

Vanuit het perspectief van de mens als *sense-maker* zijn *kenbaarheid*, *duidelijkheid* alsook *begrijpelijkheid* van de beleidswijziging daarbij bijzondere aandachtspunten. Burgers willen tijdig van (aanstaande) beleidswijziging op de hoogte zijn (kenbaarheid), en willen weten wat de wijziging gaat inhouden (duidelijkheid) en waarom (begrijpelijkheid). Onder omstandigheden wijst dit op de *plicht tot tijdige actieve openbaarmaking* van relevante informatie, los van formele – al dan niet uitgebreide – besluitvormingsprocedures. Waar in het voortraject door politieke discussie en ambigue berichtgeving verwarring is gezaaid, doet het bestuur er in het belang van een betrouwbare overheid en begrijpelijkheid voor de burger goed aan dat niet te negeren, maar er juist expliciet aan te refereren.

Bij wijziging van beleidsregels over andere handelingen dan het nemen van besluiten is de toepasselijkheid van de eisen van zorgvuldigheid en belangenafweging (afdeling 3.2 Awb) en die van de afdelingen 3.3 en 3.4 Awb omstreden.[55] Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak zijn beleidsregels over privaatrechtelijk rechtshandelen zelfs onbestaanbaar.[56] In dit preadvies wordt de tegengestelde opvatting van de Awb-wetgever aangehangen.[57] Maar de consequenties zijn onduidelijk. Beleidsregels zijn onderworpen aan alle normen van hoofdstuk 3 Awb, maar privaatrechtelijke rechtshandelingen zelf alleen aan die van afdeling 3.2 Awb (en afdeling 3.3 Awb).[58] Aangenomen moet worden dat een publiekrechtelijk rechtspersoon linksom (beleidsregels) of rechtsom (privaatrechtelijke voorwaarden) geredeneerd aan hogere standaarden gebonden is dan een particuliere burger.[59] Het ligt bijvoorbeeld voor de hand dat een gemeente na instorting van de bouwmarkt, net als een particulier, de verkoopprijs van haar grond mag verlagen, maar dan wel op niet onredelijke

---

54 Het voorgaande is mutatis mutandis van toepassing op wijziging van beleidsregels over de vaststelling en/of juridische kwalificatie van feiten. Dat er verschillen in rechterlijke toetsing zijn, doet daar niet aan af.

55 In het bestek van dit preadvies kan hooguit zijdelings aandacht worden besteed aan beleid over het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen.

56 ABRvS 20 december 2006, *JB* 2007/25, m.nt. R.J.N.S., LJN AZ4792.

57 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 112, *PG Awb III*, MvT, p. 40.

58 Toepasselijkheid van afdeling 3.4 Awb (uniforme uitgebreide voorbereidingsprocedure) ligt niet voor de hand.

59 Naast eventuele formele verschillen in toepasselijke normen is er in elk geval een verschil in rechterlijke toetsing, met name in hoogste instantie (de Hoge Raad beschou-wt beleidsregels wel, maar civielrechtelijke standaardvoorwaarden niet als recht in de zin van artikel 79 Wet RO). Zie voor privaatrecht en beleidswijziging ook HR 10 september 1993, NJ 1993, 596, m.nt. F.H. van der Burg, *AB* 1996, 3, m.nt. M. Scheltema (Den Dulk/Curaçao).

wijze (geen verspilling van belastinggeld) en stelselmatig (gelijke behandeling). De vraag is in hoeverre op dit punt aan de overheid hogere eisen worden gesteld en of het inderdaad niet uitmaakt of men met beleidsregels dan wel met privaatrechtelijke voorwaarden van doen heeft.

Denk bijvoorbeeld aan het geval dat in november 2011 binnen het gemeentebestuur het voornemen vast is komen te staan dat de prijzen voor verkoop van gemeentelijke grond ingaande 1 januari 2012 aanzienlijk worden verlaagd. De overheid mag, net als een particulier, (fors) afboeken op de waarde van bouwgrond. Vanuit het perspectief van transparantie en dienstbaarheid rijst vervolgens de vraag of voor de overheid een verzwaarde mededelingsplicht geldt. Mag een gemeente in december voor de oude, hogere prijs verkopen in de wetenschap dat de prijs ingaande 1 januari 2012 aanzienlijk wordt verlaagd? In afwachting van uitputting van oude voorraden mogen Apple-verkopers erover zwijgen dat binnenkort een nieuwe versie van de MacBook op de markt komt.[60] Moet het gemeentebestuur eerlijker zijn dan particuliere verkopers? Om redenen van algemeen belang hoeft dat in beginsel niet.[61] In beginsel niet, want er zijn grenzen. Zo mag de overheid gelet op het beginsel van *fair play* de onderhandelingen niet bewust vertragen teneinde de *deal* eerst na de jaarwisseling te laten plaatsvinden. Omdat voor beleidsregels meer (Awb-)eisen dan voor privaatrechtelijke voorwaarden gelden, ligt overigens voor de hand dat het bestuur in het gegeven voorbeeld niet voor beleidsregels zal kiezen (dat staat het bestuur ook vrij).[62]

Bijzondere aandacht verdient dat wijziging van regels in principe door *regels van hetzelfde niveau* behoort te geschieden (Aanwijzing 223 Ar). Dit wil zeggen dat beleidsregels via beleidsregels kunnen worden gewijzigd; niet door regels van een hogere orde (wetgeving of hogere beleidsregels).[63] In elk geval staat vast dat een beleidsregel nooit ofte nimmer kan worden gewijzigd door beleid dat de status van beleidsregel mist.

In de praktijk komt voor dat een beleidsregel wordt 'gewijzigd' door deze op een nieuwe manier te *interpreteren*. Een voorbeeld is het bezuinigen op peuterspeelzalen door de desbetreffende subsidiebeleidsregels in die zin hernieuwd te interpreteren, dat voor de in beleidsregels neergelegde ondergrens van 'tien peuters' wordt gelezen: 'tien peuters uit de eigen gemeente'.[64] Zo kan het naar mijn overtuiging niet. In het algemeen voel ik al er al weinig voor veel waarde te hechten aan achteraf door een bestuursorgaan gegeven interpretatie van de eigen beleidsregels.[65] Maar in

---

60 Het voorbeeld gaat in zoverre mank, dat de oude versie op basis van prijsverlaging pleegt te worden aangeboden, zodat sprake is van 'overgangsbeleid'.

61 Vergelijkbaar met hetgeen op het terrein van het belastingrecht geldt: ook daar kan het algemeen belang meebrengen dat wijzigingen op zeer korte termijn worden doorgevoerd zonder dat belanghebbenden daarover tevoren moeten worden ingelicht. Zie verder het preadvies van Melvin Pauwels.

62 De tweewegenleer levert geen belemmering op.

63 Zie nader paragraaf 5.3.

64 Dit treft natuurlijk vooral peuterspeelzalen aan de rand van de gemeente. Het voorbeeld is ontleend aan beleidswijziging door het gemeentebestuur van mijn eigen gemeente: Aa en Hunze.

65 Over dit onderwerp F.R. Groenewegen, 'De rechterlijke toets van de interpretatie van beleidsregels', *NTB* 2010, p. 85-92. Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 18 oktober 2006, *AB* 2007, 31, m.nt.

geval van wijziging is helemaal sprake van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Kortom, er zal een bekendmaking in de zin van artikel 3:42 Awb van de wijziging moeten plaatsvinden.[66]

In het voorbeeld van de beperking van 'tien peuters' tot 'tien peuters uit de eigen gemeente' is de verandering, hoewel impliciet, nog vrij duidelijk. Soms is de beleidswijziging nog minder traceerbaar, namelijk wanneer bepaalde bestaande wettelijke normen, al dan niet *geleidelijk, strenger* worden toegepast. In dergelijke gevallen is sprake van schending van beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, al is dat voor buitenstaanders – en daar moet men in deze context waarschijnlijk ook de rechter onder rekenen – dan moeilijk vast te stellen.

3.2 Andersoortig beleid

Deze beleidscategorie laat zich onderverdelen in *eigen* (expliciet) beleid in de vorm van interne instructies, handboeken, modellen, enzovoort, en (impliciet) in individuele handelingen vervat beleid enerzijds, en beleid van een andere instantie dan het orgaan dat de bevoegdheid heeft waarop het beleid betrekking heeft: de zogenoemde *richtlijnen*. Eigen (expliciet) beleid anders dan in de vorm van beleidsregels moet worden beschouwd als een andere handeling dan een besluit, waarop ingevolge de schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb alleen de afdelingen 3.2 (zorgvuldigheid en belangenafweging) en 3.3 (advisering) Awb van toepassing zijn.[67] De in de schakelbepaling opgenomen clausulering dat dit slechts geldt 'voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet' kan voor de onderhavige beleidscategorie worden vergeten. Immers, de eisen van zorgvuldigheid en belangenafweging zijn relevant voor alle vormen van eigen beleid, dus ook voor eigen beleid niet zijnde beleidsregels.

Belangrijker is dat interne instructies, handboeken, modellen, enzovoort, worden gebruikt bij het nemen van beschikkingen, en dat deze beschikkingen aan de gangbare rechtmatigheidseisen moeten voldoen. Uiteraard geldt dit ook bij beleidswijziging. Het verschil tussen de in de vorige paragraaf besproken gevallen dat nieuwe (bekendgemaakte) beleidsregels van toepassing zijn en de gevallen waarin sprake is van een wijziging van andersoortig beleid komt er daarom op neer dat in deze laatste gevallen meer eisen aan de beschikking zelf worden gesteld. Blijkens de jurisprudentie zijn andere beleidsvormen dan (bekendgemaakte) beleidsregels daarbij niet zonder betekenis.[68] Zo kunnen niet-bekendgemaakte beleidsregels,

---

A. Tollenaar, LJN AZ0345, waar aan een toelichting achteraf doorslaggevende betekenis wordt gehecht.

66 Wijzig dus gewoon de beleidsregels zelf: 'Ingaande datum X wordt "tien peuters" vervangen door: "tien peuters" uit de eigen gemeente'.

67 Toepasselijkheid van afdeling 3.4 Awb (uniforme uitgebreide voorbereidingsprocedure) ligt niet voor de hand.

68 ABRvS 13 december 2006, *Gst.* 2007.122, LJN AZ4321 (verlening opsporingsbevoegdheid aan particuliere parkeercontroleurs). In casu was het beleid neergelegd in een brief van de minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer (brief van 7 mei 2004; *Kamerstukken II* 2003/04, 28 684, nr. 28). Blijkens deze brief is instemming van de lokale driehoek een van de voorwaarden

interne instructies en handboeken dienen als veronderstelling voor het bestaan van een vaste gedragslijn met een bepaalde inhoud (bewijsvermoeden). Echter, de aanvaardbaarheid van dat andersoortige beleid dient in elk afzonderlijk geval te worden aangetoond, aldus de Afdeling.[69]

> Volgens de desbetreffende uitspraak heeft het college van dijkgraaf en hoogheemraden van het hoogheemraadschap van Rijnland vergeleken met versie 3.2 in versie 5.0 van de Nota integrale inrichtingscriteria watergangen en kunstwerken gekozen voor een verdere beperking van de afmetingen van steigers, maar is daaraan dezelfde motivering als die van versie 3.2 ten grondslag gelegd. Het in versie 3.2 neergelegde beleid 'was niet onredelijk te achten', aldus de Afdeling. Hetzelfde zou gezegd kunnen worden van het in versie 5.0 neergelegde beleid. 'Niet is echter aangetoond dat deze verdere beperking met het oog op de waterkwaliteit en de ecologie ter plaatse noodzakelijk was. Bovendien is bij de vraag of voor de steigers ontheffing kon worden verleend, geen aandacht geschonken aan de omstandigheid dat reeds soortgelijke steigers ter plaatse aanwezig waren', aldus nogmaals de Afdeling. Eindresultaat is vernietiging van het bestreden besluit wegens strijd met artikel 3:2 en 7:12, eerste lid, Awb.

Waren de interne nota's (bekendgemaakte) beleidsregels geweest, dan had de beleidswijziging eveneens zorgvuldig voorbereid en gemotiveerd moeten worden. Minder belangrijk was dan geweest dat reeds soortgelijke steigers ter plaatse aanwezig waren, omdat met nieuwe beleidsregels gemakkelijker opnieuw kan worden bepaald wat gelijke en ongelijke gevallen zijn.[70]

De verschillen tussen beleidsregels en ander eigen beleid in toepasselijke eisen en rechterlijke toetsing zijn terug te voeren op het gegeven dat beleidsregels als een *besluit* in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb zijn aan te merken, en ander eigen beleid niet. Bij deze laatste categorie moet worden geredeneerd in termen van een

---

voor inhuur van particuliere functionarissen voor inzet in het publieke domein. Voor besluiten over verlening van opsporingsbevoegdheid kan de inhoud van deze brief relevantie hebben als bijdrage aan de zorgvuldige voorbereiding en motivering van dergelijk besluiten. De Afdeling focust op de redenering van de vaste gedragslijn, door op te merken dat door de minister ook voordien 'al als beleid een zeer zwaarwegend en in beginsel doorslaggevend gewicht [werd] toegekend aan de adviezen van de lokale driehoek.'

69 ABRvS 17 september 2009, JB 2008/235, m.nt. Michiel Heldeweg, LJN BF1018 (steiger Rijnland). Deze uitspraak is ook interessant omdat op het primair besluit (van 3 juli 2006) de oude keur van toepassing was, maar op het besluit op bezwaar (van 6 februari 2007) de op 1 september 2006 van kracht geworden Keur Rijnland 2006 (in welke keur voor besluiten als de onderhavige geen overgangsbepaling is opgenomen). De rechtbank had miskend dat het bestreden besluit op de nieuwe keur gebaseerd had moeten worden. De Afdeling ziet daarin echter geen grond voor vernietiging omdat 'de in dit geschil van belang zijnde bepalingen in [de nieuwe] Keur inhoudelijk vrijwel overeenkomen met die in de voor 1 september 2006 geldende Keur'.

70 Anders gezegd, voor de motivering van beschikkingen kan in beginsel wel worden volstaan met een verwijzing naar beleidsregels (artikel 4:82 Awb), maar niet naar andersoortig beleid. Zie voor dit laatste bijvoorbeeld nog ABRvS 27 juli 2005, AB 2005, 329, m.nt. A. Tollenaar, LJN AU0140 (interne gedragsregels vrijstellingsbevoegdheid Eindhoven), en ABRvS 22 juni 2005, AB 2005, 330, m.nt. A. Tollenaar, LJN AT7970 (interne adviesnota uitwegvergunningen Eindhoven); in beide uitspraken wordt geredeneerd in termen van een vaste gedragslijn.

vaste gedragslijn, dat wil zeggen gelijke behandeling, consistente beleidsvoering en rechtszekerheid.[71]

Weliswaar is voor dit preadvies vooral nieuw benadelend beleid interessant, maar zoals reeds in de gezamenlijke inleiding werd aangegeven, roepen ook (al dan niet tijdelijke) *begunstigende* maatregelen, bijvoorbeeld ter stimulering van de economie in crisistijd, vragen van overgangsrechtelijke aard op. Dan gaat het vaak om buitenwettelijk begunstigend beleid, dat eventueel vooruit loopt op een wetswijziging die de nodige tijd vergt (en te zijner tijd, als een soort bekrachtigingswet, terugwerkende kracht krijgt teneinde het anticiperende beleid te legaliseren). Illustratief is de medio 2011 buitenwettelijk doorgevoerde verlaging van de overdrachtsbelasting van 6% naar 2%.[72] Aan de website van het ministerie van Financiën is het volgende ontleend.[73]

> Het tarief van 2% geldt alleen voor woningen. Tot een woning behoren ook zaken die zich bevinden op de grond waarop de woning staat, zoals een garage. Als een dergelijke zaak los wordt aangekocht, geldt het verlaagde tarief niet. Een garage die deel uitmaakt van hetzelfde gebouwencomplex als de woning, wordt ook tot de woning gerekend. Bijvoorbeeld een flat met onderin een garage. Ligt de garage op een apart perceel? Dan kan het tarief van 2% toch worden toegepast indien woning en garage naast elkaar liggen en als één geheel zijn aan te merken én van dezelfde koper zijn gekocht en tegelijkertijd bij de notaris zijn overdragen.

Zulk beleid is begunstigend en zal degenen die er voordeel van hebben niet tot procederen bewegen. Maar wat te denken van iemand die in maart 2011 een appartement heeft gekocht (6% overdrachtsbelasting) en in september 2011 een garage die niet aan zijn flatgebouw is verbonden, maar een straat verderop ligt, en daarom opnieuw de reguliere 6% heeft moeten betalen? Wat zullen particulieren ervan vinden die, in de periode van het verlaagde tarief voor de overdrachtsbelasting, een (nieuw) huis hebben laten bouwen en het volle BTW-tarief verschuldigd zijn? En hoe zullen ondernemers het beleid ervaren, nu het alleen voor woningen en niet ook voor bedrijfspanden geldt? Dergelijke vragen rezen ook bij deeltijd-WW in relatie tot de positie van zzp'ers.[74]

In de huidige jurisprudentie wordt buitenwettelijk begunstigend beleid als een gegeven geaccepteerd – vanuit de gedachte dat de rechter geen toezichthouder c.q. handhaver van het objectieve recht is – en wordt enkel getoetst of dit beleid op consistente wijze wordt toegepast.[75] Naar mijn mening is deze toetsing in haar algemeenheid te schraal, en zou ten minste ook op *willekeur* getoetst moe-

---

71 Zoals dat vóór de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb op 1 januari 1998 ook voor beleidsregels gold. Zie nader Bröring 2012, p. 168-172.

72 Een voorbeeld van buitenwettelijk beleid met terugwerkende kracht!

73 Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2011, nr. BLKB 2011/1290M.

74 De desbetreffende regeling voorzag in de mogelijkheid van tijdelijke vermindering van contracturen om in crisistijd werknemers in dienst te kunnen houden.

75 Zie, uit tal van uitspraken, CRvB 3 augustus 2004, *AB* 2005, 36, m.nt. H.E. Bröring, *JB* 2004/333, *Gst.* 2005.70, USZ 2004/291, *JWWB* 2004, 365, LJN AQ6598.

ten worden. Wanneer zonder redelijke grond bijvoorbeeld voor de ene straat een overdrachtsbelastingtarief van 3% en in een andere straat van 1 % zou gelden, zou zulk buitenwettelijk beleid, tenzij het van een draagkrachtige motivering is voorzien, als onrechtmatig aan de kant geschoven moeten kunnen worden.

Welke normen op wijziging van beleid in de vorm van *richtlijnen* van toepassing zijn, hangt af van de vraag of de richtlijnen afkomstig zijn van een bestuurlijke instantie (bijvoorbeeld ministeriële circulaires) of van een particuliere instantie. In het eerste geval komt de schakelbepaling van artikel 3:1, tweede lid, Awb weer in beeld. In het tweede geval zijn privaatrechtelijke normen, vooral zorgvuldigheidseisen, van belang. Een en ander geldt eveneens voor wijziging van richtlijnen. Met sommige richtlijnen moet rekening worden gehouden zoals met adviezen rekening moet worden gehouden, hetzij bij het vaststellen van beleidsregels, hetzij bij het nemen van beschikkingen. Dit kan meebrengen dat een nieuwe richtlijn in wijziging van het eigen beleid dient te worden vertaald. Overigens zijn richtlijnen met name in interbestuurlijke verhoudingen aan de orde.[76]

Op deze plaats enkel de opmerking dat in het verleden regelmatig werd geklaagd over de *tsunami* van 'vreemd' beleid, met name in de vorm van ministeriële circulaires.[77] Indertijd heb ik de stelling betrokken dat verzending van enorme hoeveelheden elkaar in hoog tempo opvolgende circulaires en dergelijke als een onrechtmatige daad bestempeld kan worden (veroorzaking rechtsonzekerheid, ondoelmatigheid en kosten).[78] Opmerkelijk is dat genoemde klacht vandaag de dag niet veel meer wordt gehoord. Heeft Aanwijzing 5a Ar haar vruchten afgeworpen?[79] Of is gewenning aan continue (digitale) informatiestromen opgetreden?

Het vaststellen en bekendmaken van beleidsregels behelst het nemen en publiceren van een besluit van algemene strekking. Dit besluitkarakter heeft een aantal voordelen. Wat betreft de inhoud is er het voordeel dat duidelijk is dat het gaat om een algemene beleidslijn, die gebaseerd moet zijn op een overeenkomstige inventarisatie van relevante feiten en omstandigheden, afweging van belangen en motivering van het eindresultaat van die algemene inventarisatie en belangenafweging. Wat betreft de formele aspecten is er het voordeel dat duidelijk is wanneer het beleid in werking treedt en wat de temporele werking van het beleid is. Bij andersoortige vormen van eigen beleid bestaat op deze punten onduidelijkheid. Dergelijk beleid bindt op basis van de vaste of bestendige gedragslijnconstructie, dat wil zeggen op basis van precedenten en, primair, het gelijkheidsbeginsel. Reeds een enkele beschikking heeft precedentwerking,[80] en is uit een oogpunt van gelijke behandeling en consistente beleidsvoering dus in meer algemene zin relevant. Wat betekent dit voor de mogelijkheid van wijziging van beleid anders dan in de vorm van beleidsregels? Kan

---

76 Verwezen wordt daarom naar paragraaf 5.3.

77 En ook toen werd op deregulering gehamerd, juist ook door de ministeries die het land overspoelden met circulaires.

78 Zie mijn proefschrift, *Richtlijnen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993, p. 375-383.

79 Deze aanwijzing luidt: 'Voor het normeren van gedragingen, handelingen of bevoegdheden worden algemeen verbindende voorschriften, interne regelingen of beleidsregels gebruikt.'

80 Tenzij een zeperd (door het bestuur aannemelijk te maken).

een vaste gedragslijn door middel van een (individuele) beschikking in algemene zin worden gewijzigd?

Allereerst is de constatering van belang dat de categorie van andersoortig eigen beleid verschillende subcategorieën omvat, zoals wel vastgestelde, maar niet-bekendgemaakte beleidsregels, interne instructies van het bestuursorgaan, de ambtelijke top of de uitvoerende ambtenaren zelf, digitale beslismodellen en overige (algemene) beslisregels. Ook kan het zijn dat sprake is van beleid dat niet in expliciete beslisregels is terug te vinden, maar enkel de weerspiegeling is van een of meer (individuele) beschikkingen. Deze categorie is uit een oogpunt van beleidswijziging het meest problematisch. Het spreekt voor zich dat elk beleid, in welke vorm ook, gewijzigd kan worden. De vraag is alleen: hoe? 'Wijziging van een regeling geschiedt door een regeling van gelijke orde', aldus Aanwijzing 223 Ar. Dit kan voor beleidsregels van overeenkomstige toepassing worden geacht (vergelijk Aanwijzing 3 Ar, dat de aanwijzingen voor de regelgeving op beleidsregels van toepassing verklaart, 'voor zover de aard van de beleidsregels zich daartegen niet verzet').[81] Maar hoe zit dat in geval van wijziging van andersoortig eigen beleid?

Het is niet onmogelijk door middel van een beslissing in een individueel geval van beleidskoers te veranderen. Een dergelijke manier van beleidswijziging stelt echter hoge eisen aan de individuele beslissing, in termen van zowel voorbereiding, belangenafweging en motivering als rechtszekerheid. Verder hangt het ervan af of sprake is van een vaste gedragslijn die enkel wordt weerspiegeld door een of meer (individuele) beschikkingen, of van een vaste gedragslijn die zijn basis heeft in schriftelijk beleid (niet zijnde beleidsregels). In het eerste geval moet in de motivering van de beschikking worden uiteengezet waarom het beleidsroer wordt omgezet. Uitgelegd zal moeten worden waarom de beschikking, ondanks haar doorbreking van de vaste gedragslijn, geen inbreuk op eisen van gelijke behandeling en consistente beleidsvoering impliceert. Dit zal betekenen dat in de overwegingen ten behoeve van de *individuele* beschikking ook overwegingen van *algemene* strekking meegenomen moeten worden. Wat betreft de formele kant is er de onduidelijkheid dat een *peilmoment* voor (de gelding van) het beleid als geheel ontbreekt.

In geval van beleidswijziging in de vorm van nieuwe expliciete beslisregels, zoals gewijzigde interne instructies, zou de inhoud van de nieuwe beslisregels als het nieuwe beleid kunnen gelden en zou het tijdstip van (expliciete) wijziging van deze regels als peildatum aangehouden kunnen worden. Echter, de nieuwe beslisregels kunnen hooguit het *vermoeden* van het bestaan van een nieuwe gedragslijn weergeven, terwijl hun wijzigingstijdstip hooguit iets zegt over vanaf welk moment dit vermoeden gerechtvaardigd is. In inhoudelijk en temporeel opzicht blijft de gelding van de vaste gedragslijn afhankelijk van de (inhoud en bekendmaking) van nieuwe beschikkingen. De duidelijkheid zou ermee gebaat zijn dat in of bij de nieuwe

---

81 Blijkens CRvB 12 maart 2008, *AB* 2008, 221, m.nt A. Tollenaar, LJN BC6906 (Wijziging verstrekkingenbeleid Emmen), gaat het ook dan niet altijd goed: de gemeenteraad had besloten tot intrekking van de in het Verstrekkingenboek Wvg neergelegde beleidsregels van het college van burgemeester en wethouders. Een onbevoegde intrekking, derhalve. Gevolg was dat de nieuwe lijn als vaste gedragslijn mocht prevaleren boven de nog bestaande beleidsregels, behalve waar deze beleidsregels voor betrokkene gunstiger zijn dan die vaste gedragslijn.

expliciete beslisregels ten minste uitdrukkelijk wordt vermeld ingaande welke datum deze beslisregels geacht worden de grondslag van de vaste gedragslijn weer te geven. Maar ik zou nog een stap verder willen gaan.

Naar mijn mening zou wijziging van een ongeschreven vaste gedragslijn in beginsel moeten plaatsvinden in de vorm van een *schriftelijk, als beleidsregel* vastgesteld en vervolgens ook bekendgemaakt beleidsdocument. Naar analogie van Aanwijzing 223 Ar zou ik de volgende regel willen voorstellen: 'Wijziging van een vaste gedragslijn geschiedt door een beleidsregel.' Dit is ook van betekenis omdat bestuursorganen hun beleid terzake van een en dezelfde bevoegdheid veelal, met het oog op verschillende doelgroepen – belanghebbenden (voorlichtingsmateriaal), medewerkers in het primaire proces (geautomatiseerde beslissystemen), leden van de bezwaarcommissie en vertegenwoordigers in de bezwaarschriftprocedure, alsmede rechters (liefhebbers van echte beleidsregels) – met verschillende beleidsvormen te maken hebben. Om wijziging van al deze beleidsuitingen en -vormen op één lijn te krijgen, dus om innerlijke tegenstrijdigheden in het beleid als geheel te voorkomen, dient de beleidswijziging op het hoogste niveau, dus in de vorm van een beleidsregels te gebeuren: juist bij beleidswijziging is *beleidshiërarchische aansturing* noodzakelijk, en dan komt men bij beleidsregels uit.

Mijn aanbeveling om expliciet te zijn over de temporele werking van andersoortig eigen beleid, lijkt mij amper praktische bezwaren te kunnen ontmoeten. Bij mijn aanbeveling om een vaste gedragslijn door middel van een beleidsregel te wijzigen, moet worden aangetekend dat het er niet om is te doen dat al het nieuwe beleid in beleidsregels wordt neergelegd (zodat er op termijn alleen beleidsregels overblijven). In het belang van gelijke behandeling, consistentie, enzovoort, gaat het erom dat ten minste de hoofdlijnen in beleidsregels staan; voor in- en aanvulling van die hoofdlijnen blijven andere vormen van eigen beleid relevant.

3.3 Schadevergoeding en compensatie

Beleidswijziging kan aanleiding geven tot schadevergoeding of compensatie. Dit is een lastig onderwerp, omdat het onderscheid tussen beide niet scherp is en voor compensatie verschillende grondslagen bestaan. Bovendien zijn beide sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het onderstaande blijft beperkt tot een paar hoofdlijnen.[82]

Bij beleidsregels is er de complicatie dat zij slechts hulpmiddel zijn, met name voor het nemen van beschikkingen. Kan wijziging van beleidsregels wel rechtmatig zijn wanneer toepassing van de nieuwe beleidsregels niet tot toekenning van compensatie leidt, terwijl in het individuele geval, wanneer men de concrete zaak op

82 In het onderstaande wordt vooral gesproken over compensatie; de opmerkingen hebben deels ook betrekking op schadevergoeding. Het onderwerp schadevergoeding en compensatie bij intrekking, wijziging en opzegging van beschikkingen in verband met beleidswijziging leent zich voor een apart preadvies. Zie over dit onderwerp onder anderen W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Schadevergoeding bij de intrekking van begunstigende beschikkingen', *Overheid en aansprakelijkheid* 2010, p. 152-173.

zijn eigen merites beschouwt, wel degelijk aanleiding voor compensatie bestaat? Het antwoord luidt ontkennend wanneer in de nieuwe beleidsregels zelf een compensatieregeling is getroffen en toepassing daarvan (bij afwezigheid van bijzondere omstandigheden) onrechtmatig uitpakt. In dergelijke gevallen impliceert toepassing van de beleidsregels dat het bestuur tevens een beslissing over compensatie heeft genomen, zodat de beschikking zelf aangevochten moet worden.[83] Daarbij is van betekenis op welke grond de in de beleidsregels getroffen compensatievoorziening is gebaseerd. Is dat alleen artikel 3:4, tweede lid, Awb, dan kan in bezwaar of beroep tegen de beschikking strijd (exceptief, van de beleidsregels) met deze Awb-bepaling worden aangevoerd, en kan los daarvan een verzoek tot compensatie op basis van het égalitébeginsel worden gedaan.[84]

In de meeste gevallen zullen de nieuwe beleidsregels over compensatie zwijgen. Moet echter niet reeds in de nieuwe beleidsregels zelf in de mogelijkheid van compensatie worden voorzien, omdat deze regels anders in strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb komen? Naar mijn mening moeten in dit verband geen hoge eisen aan (de wijziging van) beleidsregels worden gesteld. Alleen wanneer gezegd kan worden dat gezien de *ernst* van de aantasting van belangen van burgers het op voorhand in de beleidsregels zelf regelen van (het bij toepassing daarvan toekennen van) compensatie aangewezen is, leidt nalatigheid op dit punt tot het oordeel dat de nieuwe beleidsregels wegens strijd met artikel 3:4, tweede lid, Awb zelf onrechtmatig zijn.[85] Dat beleidsregels meestal over compensatie zwijgen, heeft ook te maken met de voor compensatie gangbare eisen dat sprake is van een abnormale en een speciale last (égalitébeginsel). Aan het laatste vereiste wordt in het licht van de algemene strekking van beleidsregels veelal niet voldaan: beleidsregels plegen soortgelijke burgers in overeenkomstige omstandigheden te treffen. Soms kan er juist met het oog op het vereiste van een speciale last aanleiding zijn om in de beleidsregels zelf te onderscheiden tussen categorieën burgers (soorten omstandigheden). Daarbij valt in het bijzonder te denken aan het onderscheid tussen degenen die wel respectievelijk niet speciaal in verband met de overgang van de ene naar de andere beleidsregels nadeel lijden.[86]

---

83 Uiteraard is van belang dat de beleidsregels op dit punt duidelijk zijn.

84 Dat in de beleidsregels een compensatievoorziening op grondslag van het égalitébeginsel, maar niet op grondslag van artikel 3:4, tweede lid, Awb is getroffen, is ook voorstelbaar, maar dan zal men als men meent ten onrechte geen of te weinig compensatie te hebben gekregen hoe dan ook een rechtsmiddel tegen de met toepassing van die beleidsregels genomen beschikking moeten aanwenden: voor een verzoek tot het nemen van een zelfstandig nadeelcompensatiebesluit is dan geen plaats.

85 Voor beschikkingen idem Den Ouden en Tjepkema 2010, p. 163, die wijzen op de opvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak dat met name bij ernstige schade vooraf duidelijkheid over het recht op nadeelcompensatie moet worden verschaft.

86 Hierover nader paragraaf 4. Gewezen kan nog worden op beleidsregels die nadeelcompensatie als centraal onderwerp hebben. Zie bijvoorbeeld ARRvS 14 mei 1986, *AB* 1986, 586 (metroschade Rotterdam). Zie voorts ABRvS 27 augustus 1998, *AB* 1998, 389, m.nt. AvH, *JB* 1998/206 (waterschap It Marnelân), over de vraag of een beslissing op een verzoek tot het vaststellen van beleidsregels over compensatie appellabel is. Deze zaak is ook interessant met het oog op de vraag of het waterschap verplicht is tot het treffen van een compensatieregeling, althans compensatieplichtig is, terwijl het betrokken nadeel voortvloeit uit (de combinatie van) twee nationale wetten: de Landinrichtingswet en de Waterschapswet. Zie over zulk ingeklemd bestuur paragraaf 5.

Beschikkingen, ook begunstigende beschikkingen, kunnen in verband met nieuwe beleidsinzichten worden gewijzigd of beëindigd en moeten dan eventueel van schadevergoeding of compensatie vergezeld gaan. Het gaat met name om de situatie dat de feiten en omstandigheden reeds in een afweging waren verdisconteerd en dat vervolgens van de op die eerdere afweging gebaseerde beslissing wordt teruggekomen.[87] Dit laatste houdt in dat schadevergoeding en compensatie vooral aan de orde zijn waar sprake is van een bestaande rechtsbetrekking tussen bestuur en burger, hetzij in de vorm van een aflopende beschikking, hetzij in de vorm van een duurbeschikking. Voorwaarden waaronder een bestuursorgaan in die situatie een beschikking mag wijzigen of beëindigen, zijn ten eerste dat het bestuursorgaan (een bevoegdheid met) *beleidsvrijheid* toekomt,[88] en ten tweede een *zwaarwegende reden* voor de koerswijziging heeft, zoals een ingrijpende bezuiniging. Dat veelal compensatie moet worden toegekend, vloeit voort uit het gegeven dat belangen en rechten van de burger worden geschaad, terwijl de oorzaak daarvan zich buiten de invloedssfeer, althans niet primair binnen de *risicosfeer* van de burger bevindt.

De vraag wanneer wijziging van beschikkingen gerechtvaardigd is te achten, hangt af van de aard van de beschikking en de omstandigheden van het geval. In het algemeen acht men het vertrouwen dat een genomen beschikking niet wordt aangetast in geval van *aflopende* beschikkingen eerder gerechtvaardigd dan in geval van *duurbeschikkingen* voor onbepaalde tijd. Geredeneerd wordt dan dat hoe langer een duurbeschikking bestaat, hoe meer men er rekening mee moet houden dat deze kan worden gewijzigd of beëindigd. Dit geldt echter niet voor alle beschikkingen met langdurige rechtsgevolgen. Ik werk dit niet verder uit, maar laat het bij de opmerking dat het bovenstaande uiteraard kan doorwerken bij de beantwoording van de vraag of in geval van wijziging van beleidsregels compensatie aangewezen is en, zo ja, van welke omvang.[89]

Wat betreft de *grondslagen* voor compensatie het volgende. In een beperkt aantal gevallen is sprake van een grondslag in een beleidsregel of een wettelijk voorschrift.[90] Bij dit laatste valt te denken aan artikel 4:50, tweede lid, Awb: 'Bij intrekking of wijziging op grond van [onder meer gewijzigde inzichten] vergoedt het bestuursorgaan de schade die de subsidie-ontvanger lijdt doordat hij in vertrouwen op de subsidie anders heeft gehandeld dan hij zonder subsidie zou hebben gedaan.' Verder kan worden gewezen op het evenredigheidsbeginsel en het égalitébeginsel als grondslag (zie boven). Sommige auteurs, onder wie Den Ouden en Tjepkema, zien daarnaast een rol voor het vertrouwensbeginsel weggelegd.[91] Als een van de

---

87 Idem G.A. van der Veen, 'Overheidscontracten en PPS (GCN-Nieuwegein II)', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 121, en W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema 2010, p. 159. Het gaat dus niet om nieuwe feiten en omstandigheden, want deze vergen gewoon een eigen afweging. In dit licht is onjuist de argumentatie in de bekende St. Bavo Haarlem-uitspraak (ARRvS 23 oktober 1979, *AB* 1980, 198, m.nt. v.d.V.) dat alleen mag worden teruggekomen van een eerdere beslissing wanneer sprake is van 'niet voorzienbare, zwaarwegende omstandigheden'.

88 Zie de reeds genoemde uitspraak ABRvS 27 augustus 1998, *AB* 1998, 389, m.nt. AvH, *JB* 1998/206 (waterschap It Marnelân).

89 Zie verder Den Ouden en Tjepkema 2010, p. 165-166 en 170-171.

90 Zie de reeds genoemde uitspraak ARRvS 14 mei 1986, *AB* 1986, 586 (metroschade Rotterdam).

91 Den Ouden en Tjepkema 2010, p. 160-170 en 172-173.

redenen voeren zij aan dat het evenredigheidsbeginsel en het égalitébeginsel alleen als compensatiegrondslag kunnen fungeren waar 'voor het bestuursorgaan "iets af te wegen valt"'. Daarnaast achten zij het vertrouwensbeginsel geschikter voor de beoordeling van de vraag of dispositieschade moet worden vergoed.[92]

Tot slot kunnen artikel 1 EP en het gelijkluidende artikel 14 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie als grondslag voor compensatie fungeren. Het ruime EP/Handvest-eigendomsbegrip en het gegeven dat EP en Handvest niet alleen betrekking hebben op ontneming van eigendom, maar ook op regulering van eigendom, lijkt burgers veel perspectief te bieden. Daar staat tegenover dat verdragstaten een ruime *margin of appreciation* hebben. Dit is in het bijzonder van belang voor beleidswijziging om politieke en beleidsmatige redenen. Terwijl de *margin of appreciation* ruimte voor beleidswijziging impliceert, wordt aantasting anderzijds beperkt doordat zij volgens EP en Handvest alleen is toegestaan 'onder voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.'

Niet kan worden gezegd dat EP en Handvest de burger, naast het evenredigheidsbeginsel, het égalitébeginsel en eventueel het vertrouwensbeginsel, in substantiële mate extra bescherming verschaffen. Dat komt omdat bij de door EP en Handvest geboden eigendomsbescherming diezelfde beginselen van invloed zijn; voorts speelt genoemde *margin of appreciation* een rol.[93] Wel hebben EP en Handvest, in verband met de doctrine van het Harmonisatiewet-arrest, toegevoegde betekenis waar het gaat om (wijziging van) de wet, al moet het praktische belang daarvan niet worden overschat.[94]

---

92 Beide auteurs uiten zich overigens genuanceerd. Zo wijzen zij erop dat het égalitébeginsel als voordeel heeft dat het goed bij het criterium van het normaal maatschappelijk risico aansluit, en dat het vertrouwensbeginsel als nadeel heeft dat het in een alles-of-niets beslissing pleegt te resulteren.

93 Zie verder T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht', *JB plus* 2003, p. 2-14.

94 De uitkomst van Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 3 januari 2012, LJN BU9921 (intrekking WWIK), is uitzonderlijk.

4 Beleidswijziging en tijdsaspecten

4.1 Vuistregels

Hierboven zijn de eisen voor rechtmatige beleidswijziging in het algemeen besproken, waarbij tevens meer inzicht is verschaft in de overeenkomsten en verschillen tussen beleidsregels en andersoortig eigen beleid. Hieronder volgt een toespitsing op tijdsaspecten.[95] Ingegaan wordt op een aantal vuistregels terzake van de temporele aspecten van beleidsregels. Daarna wordt aandacht besteed aan de ontsnappingsmogelijkheid die de aan beleidsregels inherente afwijkingsbevoegdheid in dit kader biedt (paragraaf 4.2). Vervolgens wordt ingegaan op de aspecten aankondiging van en gewenning aan nieuw beleid (paragraaf 4.3). Een afzonderlijk te bespreken onderwerp is voorts de wijziging van beleidsregels in relatie tot de fase van besluitvorming: primaire besluitvorming (paragraaf 4.4) en bezwaarschriftprocedure (paragraaf 4.5).

Allereerst een korte opmerking over de *vaststelling en inwerkingtreding* van nieuwe beleidsregels. Hierboven, in paragraaf 1.4 en paragraaf 3.1, is al opgemerkt dat het van belang is de begrippen inwerkingtreding en overgangsrecht scherp uiteen te houden, en dat wijziging van regels in principe behoort te geschieden door regels van hetzelfde niveau (Aanwijzing 223 Ar). Illustratief voor beide aspecten is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over beëindiging van categoriaal beschermingsbeleid voor asielzoekers uit Somalië.[96] In deze zaak werden de betrokken beleidsregels gewijzigd door middel van een brief aan respectievelijk instemming van de Tweede Kamer, terwijl ruim twee maanden later het Wijzigingsbesluit Vreemdelingencirculaire (WBV) werd bekendgemaakt.

> De aanvraag van betrokkene dateerde van 2 juni 2009, de afwijzende beschikking van 9 juni 2009. Het besluit tot beëindiging van het categoriale beschermingsbeleid was neergelegd in een brief d.d. 3 april 2009 aan de Tweede Kamer, en op 13 mei 2009 plenair parlementair besproken, waarna de Tweede Kamer op 19 mei 2009 met de beleidswijziging instemde. Volgens de minister van Justitie was het nieuwe beleid daarom uiterlijk op 19 mei 2009 in werking getreden. Weliswaar werd de beleidsregel tot wijziging van de betrokken beleidsregels, het Wijzigingsbesluit Vreemdelingencirculaire (WBV), eerst op 27 juli 2009 gepubliceerd. Maar dit besluit werd terugwerkende

95 Weer met het accent op beleidswijzigingen ten nadele.
96 ABRvS 9 september 2010, LJN BN6760.

kracht gegeven tot 19 mei 2009, onder verwijzing in de WBV naar de instemming van de Tweede Kamer.

Dit voorbeeld leert dat een bekendgemaakte beleidsregel slechts kan worden gewijzigd door beleid met de status van beleidsregel, welke beleidsregel op dezelfde wijze is bekendgemaakt. De Afdelingsuitspraak is bovendien een mooie illustratie van het onderscheid tussen inwerkingtreding en temporele werking van beleidsregels. De Afdeling oordeelt dat ten tijde van het nemen van de beschikking van 9 juni 2009 de nieuwe – eerst op 27 juli 2009 gepubliceerde – beleidsregels nog niet in werking waren getreden. Reeds daarom had de minister bij het nemen van de bestreden beschikking moeten uitgaan van het 'oude' beleid. Aan de vraag naar de rechtmatigheid van de terugwerkende kracht van de nieuwe beleidsregel en de toepassing daarvan op het voorliggende geval komt de Afdeling daarom helemaal niet toe.

Voor de *temporele* werking van (wijziging van) beleidsregels geldt in beginsel hetzelfde als voor wettelijke of algemeen verbindende voorschriften. Zie verder Aanwijzingen 165-171, over overgangsrecht, en 172-180 Ar, over inwerkingtreding (die blijkens Aanwijzing 3 Ar als regel ook voor beleidsregels gelden). In overeenstemming hiermee geldt, net als voor wetgeving, voor beleidsregels de *hoofdregel van onmiddellijke werking*. Evenzo de Hoge Raad, die heeft uitgemaakt dat bij verandering van de beleidsregels de nieuwe beleidsregels behoren te worden toegepast, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald.[97]

Hoofdregel is dus dat nieuwe beleidsregels niet alleen voor feiten die na hun inwerkingtredingsmoment ontstaan rechtsgevolgen kunnen hebben, maar ook voor feiten die op dat moment reeds bestaan. Dit moet wel worden gepreciseerd. Het kan zijn dat de oude regel aan 'feiten die zich vóór aanvang van de werking, dat is bij onmiddellijke werking het inwerkingtredingsmoment, hebben voorgedaan [...] reeds materiële rechtsgevolgen [heeft] verbonden. De nieuwe regel kan daaraan in beginsel geen verandering meer brengen omdat hij vanaf het moment van inwerkingtreden slechts materiële rechtsgevolgen kan verbinden aan feiten die zich op of na het werkingsmoment voordoen.'[98] Dit citaat ziet op wettelijke voorschriften, maar geldt eveneens voor beleidsregels. Wanneer oude, inmiddels gewijzigde beleidsregels reeds hun rechtsgevolgen aan een bepaald feit hebben verbonden, kunnen de nieuwe beleidsregels voor dat feit dus geen rechtsgevolgen meer hebben, tenzij de nieuwe beleidsregels terugwerkende kracht is toegekend.

De hoofdregel van onmiddellijke werking impliceert dat beleidsregels in beginsel *geen terugwerkende kracht* hebben. Omdat het om een uitzondering op de hoofdregel gaat, moet uitdrukkelijk in terugwerkende kracht zijn voorzien. Regeren is vooruitzien, en in de optimale praktijk van dit adagium, en van de ambitie van het voeren van ´proactief' beleid, zal aan terugwerkende kracht amper behoefte zijn. Maar de realiteit gebiedt te erkennen dat besturen vaak een kwestie van aanmodderen is.

---

97 HR 24 juni 2003, NJ 2003, 544. Weliswaar gaat het om een strafrechtelijk arrest, maar er is geen reden om voor beleidsregels in het bestuursrecht anders te oordelen.

98 CRvB 28 november 2011, LJN BU5454. Zie voorts CRvB 23 december 1996, LJN ZB6639, CRvB 1 augustus 2003, LJN AN9752, en CRvB 23 april 2004, LJN AP2917.

Dit betekent dat soms – 'met de kennis van nu' – behoefte aan terugwerkende kracht kan bestaan. Dient echter niet de stelling betrokken te worden dat terugwerkende kracht van beleidsregels geheel uitgesloten moet worden geacht (tenzij – maar hiervan zijn mij geen voorbeelden bekend – voor deze benadelende vorm van temporele werking een basis in een wettelijk voorschrift gevonden kan worden)?[99] Conform Aanwijzing 167 Ar gaat deze stelling te ver.

Behoudens hoge uitzondering is terugwerkende kracht ten nadele van de burger om redenen van rechtszekerheid en afweging van belangen onaanvaardbaar (vergelijk Aanwijzing 167 (3) Ar); voor alle duidelijkheid: rechtens onaanvaardbaar. Voor sommige soorten beleidsregels is terugwerkende kracht ten nadele *absoluut*, dus zonder uitzondering, ongeoorloofd. Dit geldt bijvoorbeeld op het vlak van de handhaving; denk aan beleidsregels die de boetehoogte normeren en die inbreuk maken op het verbod van terugwerkende kracht van zwaardere boetes (vergelijk Aanwijzing 167 (4) Ar),[100] en bepaalde beleidsregels op het vlak van herstelsancties. Dergelijke beleidsregels zullen buiten toepassing moeten worden gelaten, zo niet onverbindend verklaard. In andere gevallen is terugwerkende kracht van wijziging van beleidsregels ten nadele *in relatieve zin* ongeoorloofd, dat wil zeggen ongeoorloofd tenzij een bijzondere reden (Aanwijzing 167 (1) Ar) en/of de afweging van belangen terugwerkende kracht rechtvaardigen.[101]

Wanneer derden-belanghebbenden ontbreken, kan terugwerkende kracht ten voordele van de burger geoorloofd zijn. Dan gaat het gewoonlijk om uitkeringen en subsidies. In dergelijke gevallen pleegt de *wet* terugwerkende kracht echter expliciet uit te sluiten, althans voor zover verder in de tijd wordt teruggegaan dan een wettelijk bepaalde datum (bijvoorbeeld de aanvraagdatum, of de eerste van de maand waarin de aanvraag is ingediend). Dit leidt ertoe dat de desbetreffende beleidsregels, ook al is hun terugwerkende kracht ten gunste van de burger, onwetmatig zijn en zich lenen voor buiten toepassing laten, zo niet onverbindend verklaren. Tegelijkertijd

---

99 Zie voor de wet artikel 4 AB: 'De wet verbindt alleen voor het toekomende en heeft gene terugwerkende kracht.' In het verleden is er discussie geweest over de vraag of deze bepaling zich ook tot lagere wetgevers richt, of alleen tot de rechter. Zie H.J.M. Jeukens, *Terugwerkende kracht* (geschriften van de VAR), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1965, p. 88-93, en Van der Burg 2001, p. 18-19. Ten aanzien van de formele wetgever wordt aangenomen dat deze in een latere wet (*lex posterior*) van artikel 4 Wet AB kan afwijken (wat dan, in die *lex posterior*, wel expliciet dient te geschieden). Verdedigbaar is overigens dat artikel 4 Wet AB als *lex specialis* is aan te merken.

100 Het verbod van terugwerkende kracht bij bestraffing volgt uit artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR (vergelijk voorts artikel 16 Gw, artikel 5:4, tweede lid, Awb en artikel 1, eerste lid, Sr). Als bekend, stuiten wijzigingen die overtreders ten voordele strekken in beginsel niet op bezwaar (*lex mitior*; vergelijk artikel 5:46, tweede lid, Awb, dat verwijst naar artikel 1, tweede lid, Sr). Over verandering van wetgeving en sancties op het terrein van het strafrecht HR 12 juli 2011, *AB* 2011, 312, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JB* 2011/207, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, LJN BP6878, vordering tot cassatie in het belang der wet (van een arrest uit 1994!), in verband met EHRM 17 december 2009, *AB* 2010, 102, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Scoppola/Italië*), met zeer grondige conclusie van A-G G. Knigge.

101 In dit licht kan geredeneerd worden dat beleidsregels terugwerkende kracht mogen hebben wanneer ook de beschikkingen waarvoor deze regels zijn vastgesteld terugwerkende kracht mogen hebben. Gesteld kan bijvoorbeeld worden dat persoonlijke gedoogbeschikkingen geen terugwerkende kracht kan worden verleend en dat dientengevolge voor beleidsregels over gedogen hetzelfde geldt.

zal echter de doctrine van *buitenwettelijk begunstigend beleid* in beeld kunnen komen, met een voor de burger voordelig resultaat.[102]

4.2 Inherente afwijkingsbevoegdheid als *escape*

Een kanttekening bij het bovenstaande is dat de aan beleidsregels inherente afwijkingsbevoegdheid in het algemeen uitkomst kan bieden om *onevenredige gevolgen van de temporele werking* van nieuwe beleidsregels te ondervangen. Toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid vergt blijkens artikel 4:84 Awb ten eerste dat sprake is van bijzondere, dat wil zeggen niet in de (algemene) regels verdisconteerde omstandigheden, en ten tweede dat de toepassing van deze regels voor een of meer belanghebbenden onevenredige gevolgen heeft.

> In gevallen zoals die van mevrouw Luxwolda is er uit een oogpunt van belangenafweging geen wezenlijk verschil of de vastgestelde uitvoeringsregels zijn te kwalificeren als wettelijke of algemeen verbindende voorschriften dan wel als beleidsregels. Het gaat erom of in de uitvoeringsregels tevoren met omstandigheden als die van mevrouw Luxwolda rekening is gehouden, en dat was bij de Groningse regeling inderdaad het geval. In geval van beleidsregels zou de redenering zijn dat de situatie van mevrouw Luxwolda in de beleidsregels is verdisconteerd, zodat er geen reden is om in het kader van de inherente afwijkingsbevoegdheid speciaal met het oog op haar rechtspositie te beslissen tot eerbiedigende werking (ten minste voor het studiejaar 2010-2011).[103]

Omdat lang niet altijd duidelijk is wat precies de wel en de niet verdisconteerde omstandigheden zijn (en de jurisprudentie op dit punt aan de motivering van beleidsregels weinig eisen stelt), pakt de inherente afwijkingsbevoegdheid vaak uit als een *hardheidsclausule* waarbij de aanwezigheid van onevenredige gevolgen voldoende wordt geacht om afwijking van deze regels te rechtvaardigen.[104] Dit gebeurt ook waar duidelijk is dat bijzondere omstandigheden ontbreken. Dogmatisch klopt dit niet. Praktisch komt het erop neer dat de inherente afwijkingsbevoegdheid mede een ontsnappingsmogelijkheid biedt om onaanvaardbare consequenties te ondervangen van de onmiddellijke werking van nieuwe beleidsregels waarbij geen overgangsmaatregelen voor oude gevallen zijn getroffen. Hiermee heeft de rechter een steuntje in de rug om temporele aspecten van nieuw beleid in individuele gevallen kritischer te bezien dan die van nieuwe wetgeving.

De *escape* die de inherente afwijkingsbevoegdheid biedt, komt ook voor bij de – min of meer spiegelbeeldige situatie van – toepassing van verouderde (maar

---

102 Zie daarover paragraaf 3.2.

103 Ook is van belang dat de uitvoeringsregeling gepaard ging met een uitzonderingsmogelijkheid voor studenten die een tweede opleiding doen, maar aansluitend een opleidingsplaats kaakchirurgie te Groningen hebben: deze studenten hoefden voor het studiejaar 2010-2011 niet het instellingstarief te betalen (wel de jaren daarna).

104 Zoals dat ook bij beleidsregels over de hoogte van bestuurlijke boetes opgaat. Zie voorts het Advies van de Raad van State, over de derde tranche van de Awb, *Kamerstukken II* 23 700, A, pt. 7.6, p. 52, *PG Awb III*, p. 297.

nog geen oude) beleidsregels waar nieuwe beleidsregels onderweg zijn. De inherente afwijkingsbevoegdheid wordt dan niet aangewend om onder de vigeur van de nieuwe beleidsregels in een individueel geval een soort overgangsmaatregel te treffen, maar om onder de vigeur van de verouderde beleidsregels in een individueel geval op de nieuwe (komende) beleidsregels te *anticiperen*.

> Een treffend voorbeeld, over verlening van een exploitatievergunning voor een terras aan de Looiersgracht te Amsterdam. Volgens de toepasselijke beleidsregels had (bij het primaire besluit van 26 maart 2002) de aanvraag moeten worden afgewezen, en (bij het besluit van 23 juli 2003) het bezwaar tegen de verlening gegrond moeten worden verklaard. Op 24 mei 2004 werd een wijziging van de beleidsregels ter inzage gelegd, welke wijziging op 13 oktober 2004 werd vastgesteld. Waren deze nieuwe beleidsregels ten tijde van het nemen van het besluit van toepassing geweest, dan had de vergunning verleend moeten worden. De Afdeling bestuursrechtspraak: 'De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat de burgemeester, vooruitlopend op nieuw vast te stellen (voor het horecabedrijf gunstiger) terrassenbeleid, vergunning kon verlenen voor de exploitatie van voormeld terras. De feitelijke situatie na de herprofilering van de Looiersgracht was aldus dat, in overeenstemming met het op handen zijnde beleid, voldoende ruimte bestond voor een terras aan de gevelzijde van het horecabedrijf, in aanmerking genomen de verkeersveiligheid en de publieke functie van de openbare ruimte. [...] De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat niet staande kan worden gehouden dat de burgemeester onder deze omstandigheden geen aanleiding mocht zien gebruik te maken van zijn bevoegdheid zoals neergelegd in artikel 4:84 van de Awb.'[105]

Annotator Tollenaar stelt dat wijziging van het eigen beleid nooit een bijzondere omstandigheid kan zijn: 'Van de binding aan een beleidsregel blijft immers niet veel meer over, wanneer het bestuursorgaan daar onderuit kan komen door zich te beroepen op een op handen zijnde beleidswijziging.' Mij dunkt dat een op handen zijnde beleidswijziging inderdaad moeilijk als een bijzondere omstandigheid kan worden beschouwd. In casu waren de nieuwe beleidsregels eerst hangende het beroep bij de rechtbank vastgesteld. In geval van duurbeschikkingen zou een rechterlijke beoordeling van het bestreden besluit *ex nunc* aan de nieuwe beleidsregels uit een oogpunt van proceseconomie en finale geschilbeslechting acceptabel kunnen zijn (vanaf de datum van de uitspraak, eventueel vanaf de datum van inwerkingtreding van de nieuwe beleidsregels, met toepassing van deze regels zelf in de zaak voorzien door alsnog de gevraagde beschikking te verlenen). In casu ging het om een vergunningaanvraag voor het seizoen 2002. De Afdelingsuitspraak lijkt dan ook neer te komen op anticipatie op komende beleidsregels, en wel met terugwerkende kracht voor een afgelopen tijdvak, ofwel: als het veranderen van de spelregels *na afloop* van het spel. Wel knap, maar niet fraai.

---

105 ABRvS 6 juli 2005, *AB* 2005, 344, m.nt. A. Tollenaar, LJN AU0135 (anticipatie op nieuw terrassenbeleid Amsterdam).

4.3 Aankondiging en gewenning

Terugwerkende kracht van nieuw beleid ten nadele van de burger is uiteraard het meest omstreden, maar tegelijkertijd heel uitzonderlijk. Veel belangrijker is dat ook bij de hoofdregel van onmiddellijke werking, dus bij de toepasselijkheid van nieuwe beleidsregels op bestaande feiten of toestanden, zich moeilijkheden voordoen. Immers, onmiddellijke werking kan burgers overvallen, waardoor problemen in termen van gewekte verwachtingen en gemaakte kosten kunnen ontstaan.[106]

In geval van een bestaande rechtsbetrekking tussen burger en bestuur ligt voor de hand dat het bestuur een dergelijke rechtsbetrekking niet op stel en sprong op basis van nieuwe beleidsregels mag wijzigen of beëindigen: de wijziging of beëindiging dient *tijdig* te worden *aangekondigd*, opdat belanghebbenden zich tijdig op een andere rechtspositie kunnen instellen. In geval van nieuwe, strengere beleidsregels zal vergunninghouders bijvoorbeeld de tijd moeten worden gegund om aan de nieuwe eisen te voldoen; in het algemeen niet in die zin dat meteen een handhavingsbesluit mag worden genomen, maar dan met een langere begunstigingstermijn, maar in die zin dat voorlopig geen besluit ter handhaving van de nieuwe normen mag worden genomen.[107] Waar het bestuur binnen de wettelijke bevoegdheidsbegrenzing ruimte heeft om *zelf* op het punt van temporele werking en overgangsmaatregelen keuzes te maken, volgt uit de jurisprudentie dat het bestuur op grond van eisen van een behoorlijke belangenafweging en rechtszekerheid rekening moet houden met verworven rechtsposities en gevestigde belangen.

Naast uitsluiting van terugwerkende kracht kan dit betekenen dat in een *overgangsregeling* moet zijn voorzien,[108] of dat burgers *vroegtijdig* over de voorgenomen beleidswijziging worden *geïnformeerd*.[109] Zie ook een uitspraak van het CBB over tarieven voor diëtisten.[110] De beleidswijziging was hier, onder invloed van nieuwe

---

106 Ten overvloede wordt opgemerkt dat het onderstaande niet gaat over intrekking, wijziging of beëindiging van beschikkingen in verband met onjuiste gegevensverstrekking of fraude, wijziging in de feitelijke omstandigheden aan de zijde van de burger of beëindiging bij wege van sanctie: deze drie soorten situaties behoren niet tot het onderwerp van dit preadvies. Zie over aantasting van rechtshandelingen vooral R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011. Zie voorts W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 689-715. Van oudere datum onder meer M. Scheltema en W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratieve recht* (geschriften van de VAR), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1975.

107 Hierover Van der Burg 2001, p. 24-25.

108 Aldus bijvoorbeeld Vzngr. ARRvS 31 maart 1977, *AB* 1977, 312. Ook Rb. Amsterdam 8 augustus 2011, LJN BU5246, waar sprake is van verlenging van verleende vergunningen in afwachting van nieuw beleid, kan hier worden genoemd (kramenzet- en verhuurvergunningen Albert Cuyp). Zie in verband met wetswijziging Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 3 januari 2012, LJN BU9921, waar dit mede aan het EP wordt ontleend (intrekking WWIK).

109 Aldus bijvoorbeeld Vzngr. ARRvS 1 december 1987, *AB* 1988, 484, m.nt. I.C. van der Vlies. Soms vindt de aankondiging zeer vroeg plaats, zoals bij de verruiming van de ruimte van 550 cm^2 naar 750 cm^2 per kip (omschakeling van legbatterijkooi naar 'verrijkte' kooi). Het gaat om een Brusselse eis die op 1 januari 2012 is ingegaan, maar er was in verband met afschrijving en investering reeds in 1990 toe besloten en over geïnformeerd.

110 CBB 10 november 2005, *AB* 2006, 64, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Tariefbeschikking diëtisten).

wetgeving, overhaast tot stand gekomen. Het CBB concludeert tot onrechtmatigheid van de nieuwe beleidsregels (strijd met eisen van zorgvuldige voorbereiding en rechtszekerheid): 'Naar het oordeel van het college kan, gelet op de termijn waarop en de omstandigheden waaronder de onderhavige beleidsregels tot stand zijn gekomen, niet worden staande gehouden dat appellanten voldoende gelegenheid hebben gehad zich in te stellen op ingrijpende veranderingen die de beleidsregel voor hen in financieel opzicht teweeg bracht.'

Het tijdig aankondigen van nieuwe beleidsregels biedt belanghebbenden of potentiële belanghebbenden de gelegenheid zich op het nieuwe beleidsregime in te stellen. Zij kunnen bijvoorbeeld tijdig eigen nieuwe financiële afwegingen maken en hun uitgavenpatroon of nieuwe investeringsbeslissingen op dat nieuwe regime afstemmen. Dit is in het bijzonder voor beschikkingen met *onbepaalde* duur van belang. Maar het is ook relevant voor beschikkingen die een bepaald tijdvak betreffen, bijvoorbeeld een academisch of kalenderjaar, waarna een *prolongatiebeschikking* dient te worden genomen. Weliswaar is niet-prolongeren juridisch niet hetzelfde als wijziging of beëindiging,[111] maar het kan daar feitelijk wel op neerkomen. Het tegenargument dat juist een prologatiebeschikking de mogelijkheid van actualisering impliceert, is juist. In het algemeen is de actualiseringsmogelijkheid bij prolongatiebeschikkingen echter primair ingegeven met het oog op feiten en omstandigheden aan de zijde van de burger (gegevenscontrole), en niet primair met het oog op toepassing van nieuw beleid.

Het tijdig aankondigen van nieuwe beleidsregels is niet alleen van belang voor duurbeschikkingen, maar voor *alle* beschikkingen, dus ook voor de zogeheten eenmalige of aflopende beschikkingen. Immers, onverschillig het type beschikking is het voor alle burgers relevant tijdig te weten wat de (on)mogelijkheden zijn. Die tijdige aankondiging is dus ook van belang voor burgers die bijvoorbeeld overwegen een aanvraag in te dienen en vooralsnog helemaal geen rechtsbetrekking met het bestuur hebben. Denk bijvoorbeeld aan een nieuw te vestigen bedrijf waarvoor complexe vergunningen verleend moeten worden en kostbare aanvragen moeten worden voorbereid. In dit verband kan worden verondersteld dat grote bedrijven in verband met investeringsbeslissingen vaak meer gebaat zijn met tijdige informatie over komende beleidswijzigingen, dat wil zeggen met *zekerheid* op termijn, dan met *bekorting* van besluitvormingsprocedures: ook voor het bedrijfsleven is zekerheid vaak relevanter dan snelheid.[112]

De wenselijke duur van de gewenningstermijn is niet voor elke belanghebbende en in elke context dezelfde. Hetzelfde geldt voor de vraag in hoeverre op het punt van de tijdige informatieverstrekking ook enige activiteit van de burger mag worden verlangd. Uiteraard berust de verantwoordelijkheid op dit punt primair bij de overheid. Zij ligt echter niet altijd exclusief bij de overheid. Van bepaalde belanghebbenden mag immers worden verlangd dat zij zelf niet passief blijven. Zo ligt voor de hand

---

111 CBB 23 februari 1994, *AB* 1994, 340, m.nt. JHvdV.

112 Men kan zich nog afvragen of het onder omstandigheden niet het meest aantrekkelijk is om zonder enige termijn nieuwe beleidsregels door te voeren (shocktherapie, *cold turkey*). Deze mogelijkheid blijft hier buiten beschouwing.

dat grote bedrijven in verband met investeringsbeslissingen zelf informeren naar mogelijke beleidswijzigingen.

4.4 Beleidswijziging in het stadium van primaire besluitvorming

Stel dat iemand een aanvraag indient en vervolgens, voordat op de aanvraag wordt beslist, nieuwe beleidsregels worden vastgesteld en bekendgemaakt. Moet het bestuur dan beslissen met toepassing van de nieuwe beleidsregels, ook als de oude voor de aanvrager gunstiger waren? Volgens het huidige recht geldt dat het primaire besluit moet worden genomen op basis van de feiten en omstandigheden en de beleidsregels zoals deze aanwezig zijn op het moment van het nemen van het besluit (*ex nunc*). Toch kunnen er redenen zijn om niet uit te gaan van de ten tijde van het nemen van het primaire besluit geldende beleidsregels, maar van de oude, voor de aanvrager gunstigere beleidsregels (*ex tunc*). Naast het rechtszekerheidsbeginsel kan het minder gangbare beginsel van *fair play* daarvoor pleiten. Verder speelt de casuïstiek hier een grote rol.[113]

Naast de mogelijkheden van *ex nunc* en *ex tunc* beslissen is er de (derde) optie dat weliswaar in het algemeen op grond van de nieuwe beleidsregels moet worden beslist, maar dat onder omstandigheden, op grond van het vertrouwensbeginsel, een primair besluit *contra* de nieuwe beleidsregels moet worden genomen.[114] In deze laatste redenering is het niet toepassen van de nieuwe beleidsregels geen regel, maar uitzondering. Een vierde optie is om de nieuwe beleidsregels toe te passen, maar eventuele *schade* als gevolg van het niet *ex tunc* beslissen voor vergoeding in aanmerking te brengen. Dit alles is niet alleen verdedigbaar wanneer het besluitvormingsproces tot wijziging van de beleidsregels eerst is gestart nadat de aanvraag was ingediend, maar ook wanneer het besluitvormingsproces tot wijziging van de beleidsregels al was gestart voordat de aanvraag was ingediend.

Het meest zuiver lijkt mij te zijn dat de *aanvraagdatum* bepalend is voor het antwoord op de vraag welke beleidsregels van toepassing zijn. Waar het op aankomt, is de vraag of ten tijde van de aanvraag sprake was van zodanig vertrouwen, dat bij het nemen van het primaire besluit uitgegaan moet worden van de oude beleidsregels. Als sprake is van bekendgemaakte beleidsregels, ligt niets meer voor de hand dan dat de burger gewoon van deze beleidsregels mag uitgaan. Onderkend wordt het praktische bezwaar dat het bestuur kort voor de inwerkingtreding van de nieuwe beleidsregels overstelpt zou kunnen worden met aanvragen; echter, dit bezwaar

---

113 Zo komt het voor dat verleende vergunningen worden verlengd in afwachting van nieuw beleid, terwijl nieuwe aanvragen niet meer aan de hand van het oude beleid worden beoordeeld. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 8 augustus 2011, LJN BU5246 (kramenzet- en verhuurvergunningen Albert Cuyp): beoordeling van nieuwe aanvragen aan de hand van het ingetrokken beleid levert strijd op met artikel 7:12, eerste lid, Awb.

114 Waarbij, analoog aan de *contra legem*-jurisprudentie, de oude beleidsregels niet van toepassing worden geacht en evenmin wordt geargumenteerd in termen van de aan beleidsregels inherente afwijkingsbevoegdheid. Deze redenering spreekt mij het meest aan, al zal in de praktijk eerder worden uitgeweken naar de afwijkingsbevoegdheid die immers, ook al is dat oneigenlijk, als algemene ontsnappingsclausule fungeert (zie paragraaf 4.2).

kan bij elke keuze aan de orde zijn. Belangrijker is dat het vertrouwen reële betekenis toekomt. Een andere keuze komt neer op het veranderen van de regels tijdens het spel. Tijdige aankondiging van nieuw beleid leidt tot verfijningen. Zij kan bijvoorbeeld betekenen dat schade als gevolg van het alsnog toepassen van de nieuwe beleidsregels niet volledig voor rekening van het bestuur dient te komen vanwege de *schadebeperkingsplicht* van de burger.

Zou men toch aan de regel willen vasthouden dat uitgegaan moet worden van de op het moment van het nemen van het primaire besluit bestaande, nieuwe beleidsregels, dan is het bestuur naar mijn mening gehouden de aanvrager *zo spoedig als mogelijk* over de aanstaande wijziging van de beleidsregels te informeren. Wanneer het bestuur op dit punt nalatig is en dit kosten aan de zijde van de aanvrager veroorzaakt, zouden deze kosten voor vergoeding in aanmerking moeten komen, en eventueel zelfs tot inwilliging van de aanvraag moeten leiden. Laatstgenoemde mogelijkheid verdient bijzondere aandacht wanneer wijziging van beleidsregels door een ingediende aanvraag is geïnspireerd. Alsdan zou het bestuur kunnen proberen de besluitvorming te vertragen, waarbij ook te denken valt aan manipulatie teneinde indiening van de officiële aanvraag te doen vertragen, zodat de beslistermijn later ingaat. Vaker is sprake van – bijvoorbeeld door snelle invoering van nieuwe wetgeving veroorzaakte – onzekerheid bij het bestuur en daaruit voortvloeiende onduidelijkheid voor de burger.

> Een voorbeeld. Terwijl er op 22 december 2011 in de Tweede Kamer nog een debat aan werd gewijd, geldt per 1 januari 2012 nieuwe wetgeving voor het persoonsgebonden budget (pgb). Het pgb is grotendeels opgeheven en voor de huidige budgethouders zonder verblijfsindicatie stopt het pgb in 2014. Valt men nog onder de oude regeling wanneer men voor 1 januari 2012 een aanvraag heeft ingediend? Complicatie is dat twee beschikkingen nodig zijn, te weten een indicatiebesluit van het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) en een realisatiebesluit van een zorgverzekeraar. Naar mijn mening zou ontvangst van een aanvraag bij CIZ vóór 1 januari 2012 nog tot beschikkingen met toepassing van de oude regels moeten leiden, ook voor wat betreft de realisatiebeschikking van de zorgverzekeraar.

Verder zou ik meer aandacht willen vragen voor het *fair play*-beginsel, dat vergt 'dat een bestuursorgaan de burger zorgvuldig bejegent in die zin dat, voor zover relevant in het voorliggende geval, het bestuursorgaan het verkrijgen van wat een burger als zijn recht ziet niet door het uitstellen of het niet nemen van een beslissing waarbij de burger belang heeft, mag bemoeilijken of frustreren'.[115] Uiteraard mogen aanvragen niet met overschrijding van de beslistermijn worden opgespaard teneinde ze onder het nieuwe regime af te doen. Tijdige informatieverstrekking en vlotte besluitvorming zijn juist het parool.

Uit een oogpunt van formele rechtszekerheid is aan te bevelen dat de (nieuwe) beleidsregels *zelf overgangsbeleid* bevatten. In het licht van het voorgaande zou dan de regel aantrekkelijk zijn dat aanvragen die onder de vigeur van de oude beleidsregels

---

115 ABRvS 30 maart 1999, *AB* 1999, 310, m.nt. G.T.J.M. Jurgens. Zie voorts ABRvS 2 juli 2008, *JB* 2008/182.

zijn ingediend met toepassing van deze beleidsregels worden beoordeeld. Dit komt in de praktijk ook voor, evenals overgangsregels waarbij wordt gewerkt met een peildatum: bijvoorbeeld een vaste datum of een meldingsdatum (aanvragen ingediend voor die datum worden *ex tunc*, aanvragen ingediend na die datum worden *ex nunc* afgedaan).

4.5 Beleidswijziging in de bezwaarfase

Net als bij aanvraagprocedures geldt naar huidig recht bij bezwaarschriftprocedures als hoofdregel dat *ex nunc* wordt beslist.[116] Dit wil zeggen dat bij een heroverweging in bezwaar 'rekening moet worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich op dat moment [van de heroverweging] voordoen en dat het recht moet worden toegepast zoals dat op dat moment geldt'; dit geldt uitdrukkelijk ook voor beleidsregels.[117] Sterker nog: 'De enkele omstandigheid dat een belanghebbende door toepassing van de nieuwe beleidsregels in een ongunstigere positie komt, is onvoldoende om van dit uitgangspunt af te wijken. Wel kan in bijzondere gevallen van dit uitgangspunt worden afgeweken.'[118] Een bijkomend argument ten faveure van deze hoofdregel, zo lijkt het, is dat in de bezwaarschriftprocedure een volledige heroverweging dient plaats te vinden (artikel 7:11, eerste lid, Awb); een heroverweging met inbegrip van een beleidsmatige heroverweging ofwel 'doelmatigheidstoetsing'. In geval van een voor de burger nadelige wijziging van beleidsregels wordt in de jurisprudentie echter al gauw een uitzondering op de hoofdregel aangenomen.[119]

> In de zaak waaraan het laatste citaat is ontleend, had de minister van Justitie bij beschikking van 10 april 2006 een verklaring omtrent het gedrag (VOG) geweigerd en bij beschikking van 4 juni 2007 het daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Als motivering voerde de minister aan dat betrokkene op 17 februari 1998 onherroepelijk tot een gevangenisstraf van acht jaar is veroordeeld ter zake van overtreding van artikel 289 Sr (moord). Dit geschiedde met toepassing van zijn

---

116 In geval van wijziging van een wettelijk voorschrift in de loop van een rechterlijke procedure geldt dit niet. Dat is anders wanneer het nieuwe voorschrift terugwerkende kracht heeft. Zie CBB 26 augustus 2011, LJN BR6586 (PBO-heffingenverordening bloembollen): 'Naar het oordeel van het College dient bij de beoordeling van het bestreden besluit door de rechter in beginsel acht te worden geslagen op een hangende beroep met terugwerkende kracht gewijzigde Verordening. Een uitzondering is op [haar] plaats voor die gevallen waarin de terugwerkende kracht strijdig is met het rechtszekerheidsbeginsel. Dergelijke strijd met het rechtszekerheidsbeginsel doet zich voor als de grondslag voor het opleggen van de heffing eerst met de gewijzigde verordening wordt gecreëerd.'

117 ABRvS 18 november 2009, LJN BK3603 (onttrekkingsvergunning voor kamerverhuur Groningen). Idem ABRvS 3 maart 2010, *AB* 2010, 98, m.nt. Alfred van Hall, *JB* 2010/106, m.nt. N. Verheij, LJN BL6214 (ontheffing clustersteiger IJssel- en Markermeer), ABRvS 15 december 2010, LJN BO7346 (bouwvergunning voor garage/hobbyruimte Vught).

118 ABRvS 9 juni 2010, *JB* 2010/176, LJN BM7099 (VOG locatieleider basisschool).

119 De jurisprudentie over bezwaar. Voor wat betreft de vaststelling van nieuwe beleidsregels tijdens aanvraagprocedures is amper rechtspraak voorhanden.

Beleidsregels VOG NP-RP 2004. Volgens deze beleidsregels werd een VOG afgegeven wanneer de aanvrager vier jaar voorafgaand aan de beoordeling van zijn aanvraag niet in de justitiële documentatie voorkomt, tenzij hij zich schuldig heeft gemaakt aan een zedendelict (artikelen 240b-250 Sr) of in die afgelopen vier jaar enige tijd in de gevangenis heeft doorgebracht. Gezien deze beleidsregels kon de eerdere veroordeling voor een levensdelict niet verhinderen dat de aanvrager in beginsel recht op een VOG had. In samenhang hiermee oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak de beschikking op bezwaar in strijd met het motiveringsvereiste.[120] Daarop nam de minister op 16 april 2009 een nieuwe, maar voor de aanvrager wederom negatieve beschikking op bezwaar, opnieuw onder verwijzing naar de strafrechtelijke veroordeling, maar nu tevens met toepassing van nieuwe beleidsregels. Deze nieuwe beleidsregels kennen (in paragraaf 3.4) onder meer als weigeringsgrond dat toekenning van een VOG gelet op de beoogde functie onverantwoord zou zijn, welke weigeringsgrond slechts kan worden toegepast wanneer de justitiële documentatie over de afgelopen twintig jaar gegevens bevat over misdrijven waarop een gevangenisstraf van twaalf jaar of meer is gesteld, en waarvoor de aanvrager is veroordeeld tot, onder meer, een onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

Is er in dit geval aanleiding voor afwijking van het uitgangspunt van *ex nunc*-beoordeling? 'Van een dergelijk bijzonder geval zal bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien in rechte is vastgesteld dat het eerdere besluit in strijd met de oude beleidsregels een weigering inhoudt en dat besluit is vernietigd teneinde die beleidsregels op de juiste wijze toe te passen', aldus de Afdeling.[121] De Afdeling gaat er vervolgens van uit dat de minister bij het vaststellen van zijn oude beleidsregels, waarbij hij een uitzondering heeft gemaakt voor zedendelicten, moet hebben voorzien – en verdisconteerd – dat plegers van andere soorten delicten, als zij aan de overige voorwaarden voldoen, een VOG krijgen. Veranderde inzichten omtrent het belang van een veilige schoolomgeving, waarop de minister een beroep had gedaan, kunnen er niet toe leiden dat van de toepasselijke (oude) beleidsregels wordt afgeweken, aldus voorts de Afdeling. Mede onder verwijzing naar de rechtszekerheid, aanvaardt zij dat in de onderhavige VOG-zaak een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel van *ex nunc* beslissen op bezwaar.

Het eindresultaat verdient uit juridisch oogpunt instemming. Allereerst is duidelijk dat ter zake van de oude beleidsregels de inherente afwijkingsbevoegdheid geen toepassing kon krijgen, aangezien geen sprake was van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb. Meer specifiek biedt deze bevoegdheid geen ruimte om te anticiperen op nieuwe beleidsregels.[122] Wat, als er wel bijzondere

---

120 ABRvS 4 maart 2009, JB 2009/98, m.nt. M.A. Heldeweg onder JB 2009/94, LJN BH4633.

121 ABRvS 9 juni 2010, JB 2010/176, LJN BM7099 (VOG locatieleider basisschool). Vanwege het gebruik van het woordje 'bijvoorbeeld' impliceert vernietiging van een besluit op een andere grond dan strijd met een oude beleidsregel niet zonder meer dat bij het nemen van het nieuwe besluit op bezwaar toepassing aan de nieuwe beleidsregel mag worden gegeven.

122 Zie ook ABRvS 23 november 2011, nr. 201100085/1/H1, over kamerverhuurbeleid: 'Indien het college [...] meent dat voortschrijdend inzicht heeft uitgewezen dat de in de beleidsregel genoemde maatregelen niet langer volstaan ter voorkoming van overlast, en strikte toepassing van het beleid derhalve leidt tot een resultaat dat niet strookt met het doel van dit beleid, dan kan het

omstandigheden zijn, omdat aangenomen moet worden dat de betrokken omstandigheden niet bij de vaststelling van de beleidsregels zijn verdisconteerd? Kan met het oog op deze nieuwe omstandigheden dan nieuw beleid worden geformuleerd? En kan dat nieuwe beleid dan bovendien met terugwerkende kracht worden toegepast? In haar aangehaalde uitspraak is de Afdeling op dit punt onduidelijk, althans minder stellig dan in haar eerdere jurisprudentie.[123] Mijn eigen opvatting is dat in geval van bijzondere omstandigheden aanvullende besluitvorming noodzakelijk is. Deze valt voor de belanghebbende niet per se voordelig uit, net zo min als dat bij besluitvorming in het algemeen het geval is. Wel zet de rechtszekerheid een rem op afwijking ten nadele, ten eerste omdat lang niet altijd helder is wat de wel en wat de niet verdisconteerde omstandigheden zijn en ten tweede, in samenhang daarmee, omdat een belanghebbende er al vrij snel van uit zal gaan dat de regel ook jegens hem van toepassing is.[124] In dit licht is terugwerkende kracht in het kader van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb ook voor mij een stap te ver.

Voorts is er de vraag of de in de bezwaarschriftprocedure vereiste volledige heroverweging verplicht tot heroverweging van de toepasselijke beleidsregels en dientengevolge in het kader van de bezwaarschriftprocedure tot wijziging van beleidsregels kan leiden. Het antwoord luidt ontkennend. In een bezwaarschriftprocedure is het bestreden besluit voorwerp van heroverweging, niet ook een toepasselijke beleidsregel (evenmin als een door het betrokken bestuursorgaan vastgesteld wettelijk voorschrift). Wel kan blijken dat de beleidsregel (of een dergelijk wettelijk voorschrift) wegens onrechtmatigheid buiten toepassing moet worden gelaten of onverbindend moet worden geoordeeld. In dat geval is er ruimte voor een nieuwe, individuele beleidsafweging in het kader van de bezwaarschriftprocedure. Daarbuiten kan een bezwaarschriftprocedure wel aanleiding geven tot – gelijktijdige of volgtijdige – wijziging van de beleidsregel (of het wettelijk voorschrift). Maar dan gaat het om een wijziging die formeel *los* staat van het beslissen op bezwaar, omdat het om verschillende rechtshandelingen (besluiten) gaat waarbij de algemene eisen voor totstandkoming, belangenafweging, motivering, enzovoort, een verschillende *impact* hebben of zelfs verschillen. Zo moeten voor een wijziging van beleidsregels in het algemeen meer belangen, feiten en omstandigheden in de afweging betrokken worden dan bij een beslissing in een individueel geval en geldt op het punt van de bekendmaking voor beleidsregels artikel 3:42 Awb en voor beslissingen op bezwaar artikel 7:12, eerste lid, Awb. Nogmaals, het gaat om *separate* besluitvorming, en niet alleen in formeel opzicht.

---

niet met toepassing van artikel 4:84 Awb van de beleidsregels afwijken [in anticipatie op nieuwe beleidsregels], maar dient het dit beleid te wijzigen.'

123 Zie vooral ABRvS 10 juli 2001, JB 2002/269, waarin afwijking ten nadele van de burger categorisch wordt uitgesloten op de (naar mijn stellige overtuiging verkeerde) grond dat een bestuursorgaan geen belanghebbende in de zin van artikel 4:84 Awb kan zijn. Via gebruikmaking van de inherente afwijkingsbevoegdheid werd door de minister eigenlijk een wijziging van zijn beleidsregels zelf beoogd. De Afdeling had haar ondeugdelijke redenering buitengewoon gemakkelijk kunnen vermijden, door te overwegen dat een bestuursorgaan gewoon aan zijn eigen beleidsregels gebonden is.

124 In de strafrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot OM-beleid domineert dit rechtszekerheidsargument. Zie onder meer HR 22 oktober 1991, NJ 1992, 282, m.nt. 'tH, HR 22 februari 2000, NJ 2000, 557, m.nt. Sch, en HR 8 oktober 2002, NJ 2003, 65.

Naar huidig recht is hoofdregel dat (*ex nunc*) aan de hand van de nieuwe beleidsregels op bezwaar wordt beslist. Een bekende uitzonderingsregel is dat het bestuur niet ten nadele van een belanghebbende van een eigen fout mag 'profiteren'.[125] Aandacht verdient nog dat een beleidswijziging niet op één lijn is te stellen met het redresseren van een fout. In de VOG-zaak lijkt het bestuur tevoren niet goed te hebben nagedacht. Maar in andere gevallen heeft beleidswijziging te maken met een hernieuwde waardering van belangen, die eventueel is terug te voeren op een gewijzigde (politieke) samenstelling van het betrokken bestuursorgaan. De aangehaalde uitzonderingsregel gaat dan niet op.

Na de vorige paragraaf, waarin ik – in geval van beleidswijziging ten nadele van de burger – mijn voorkeur heb uitgesproken voor de hoofdregel van beslissen *ex tunc*, zal duidelijk zijn dat ik voor het beslissen op bezwaar hetzelfde zou willen verdedigen.

Stel dat op aanvraag bij primair besluit terecht een last onder dwangsom is opgelegd, maar dat – al dan niet mogelijk gemaakt door extra tijdsverloop vanwege uitstel van de zitting in verband met de vakantieperiode, een tussentijdse voorlopige voorziening en verlenging van de begunstigingstermijn – op het moment van het nemen van het besluit op bezwaar een ontwerp-bestemmingsplan ter inzage is gelegd, waardoor opeens sprake is van concreet zicht op legalisatie. Dan zal de gegrondverklaring van het bezwaar van de geadresseerde van de last op weinig begrip kunnen rekenen van degene die om de handhaving had verzocht ('dit is geen eerlijk spel').[126]

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat het verlaten van de huidige hoofdregel van beslissen *ex nunc* niet alleen verdedigbaar is waar een derde-belanghebbende ontbreekt, maar ook waar wel een derde-belanghebbende aanwezig is: de regels tijdens het spel veranderen, spreekt mij als uitgangspunt ook in meer partijen-zaken, dus geschillen met derden-belanghebbenden, niet aan. Wel kan worden gezegd dat de hoofdregel van beslissen *ex tunc a fortiori voor twee partijen-zaken* pleitbaar is.

Voor een uitzondering op de door mij voorgestelde hoofdregel van *ex tunc* beslissen (waar het gaat om de toepasselijke regels, inclusief beleidsregels), kan worden aangesloten bij de uitzondering op het verbod van *reformatio in peius*. Dit wil zeggen dat in het besluit op bezwaar de nieuwe beleidsregels mogen worden toegepast wanneer het bestuur onafhankelijk van het nemen van het besluit op bezwaar bevoegd is tot het nemen van een (primair) besluit dat op de nieuwe beleidsregels is gebaseerd.[127]

---

125 In het algemeen wordt deze lijn eveneens bij wijziging van een bestemmingsplan gevolgd. Zo mag een omgevingsvergunning voor het bouwen die bij primair besluit ten onrechte wegens strijdigheid met het bestemmingsplan was geweigerd niet bij besluit op bezwaar opnieuw worden geweigerd onder verwijzing naar een inmiddels aangepast bestemmingsplan op basis waarvan die weigering op zich zelf, *ex nunc* bezien, wel rechtmatig is. De lijn is wel helder, maar niet algemeen, zo blijkt uit het hieronder te geven voorbeeld inzake de last onder dwangsom.

126 In dit soort casus zou de verzoeker wanneer hij kosten heeft gemaakt, ook al heeft niet hijzelf, maar de overtreder het bezwaar aangetekend en wordt het primaire besluit niet 'herroepen wegens aan het bestuur te wijten onrechtmatigheid' (artikel 7:15, tweede lid, Awb), onder de vigeur van de thans geldende hoofdregel van *ex nunc* beslissen ten minste aanspraak moeten kunnen maken op vergoeding van die kosten.

127 In deze en de vorige paragraaf wordt niet afzonderlijk ingegaan op beleidsregels over feitenvaststelling en wetsinterpretatie (met inbegrip van juridisch-kwalificerende beleidsregels).

5 Ingeklemd bestuur

5.1 Eigen verantwoordelijkheid in de keten

Hierboven is aandacht geschonken aan vertrouwen in de overheid, aan belangenafweging door het bestuur en aan temporele aspecten van beleidswijziging. Het is nu tijd voor meer aandacht voor de positie van het bestuur ten opzichte van zijn veranderende beleidsomgeving (van wetgeving en beleid van andere instanties en van de bestuurlijke organisatie). Uiteraard zijn bestuursorganen altijd ten volle verantwoordelijk voor het beleid ten behoeve van de uitoefening van hun eigen bevoegdheden. Zij kunnen echter sterk afhankelijk zijn van een ander bestuursorgaan van het eigen openbare lichaam (de rechtspersoon) of van een instantie van daarbuiten. In deze gevallen kunnen bestuursorganen onder invloed staan van wijzigingen van wetgeving, beleidsregels of andersoortig beleid (richtlijnen) van andere instanties. Dan zijn zij vaak, noodgedwongen, eerder beleids*volger* dan -initiator. Hieronder komen eerst de betrekkingen aan de orde tussen bestuursorganen en instanties van buiten het eigen openbare lichaam, zoals die tussen decentrale organen of zbo's en de minister. De meermalen aangehaalde casus van het verhoogde collegegeld voor een tweede opleiding is ook hiervan een illustratie. Wat is de positie van het instellingsbestuur in de verhouding tussen wetgever en student? In hoeverre dient het bestuur een eigen afweging te maken? Talrijke andere voorbeelden hebben te maken met bezuinigingen op rijksniveau waardoor provinciale en gemeentelijke besturen worden getroffen, zoals op het terrein van het natuurbeheer,[128] respectievelijk de sociale zekerheid.[129]

De verantwoordelijkheid van bestuursorganen wordt bepaald door de mate van eigen juridische speelruimte. Wanneer wijziging van een wettelijk voorschrift (mede)

Volstaan wordt met de opmerking dat we hier te maken hebben met bewijsrecht respectievelijk de mogelijkheid van volle toetsing. Dit laatste betreft het stadium van een rechterlijke procedure, op zowel het punt van het bewijsrecht als dat van de volle toetsing, met specifieke complicaties in de sfeer van artikel 8:69 Awb. Het zijn deze specifieke complicaties, die ertoe hebben geleid dat in dit preadvies verder geen aandacht wordt besteed aan beleidswijziging hangende een rechterlijke procedure.

128 Voorstel van staatssecretaris Bleker om te komen tot een Natuurwet, waarbij meer verantwoordelijkheid bij particulieren wordt gelegd, in de verwachting dat dit een bezuiniging van een half miljard euro oplevert. Zie <www.internetconsultatie.nl/wetnatuur>. Om de kritiek te sussen, is inmiddels in overweging genomen om de naam van het wetsvoorstel te wijzigen (toevoeging van 'bescherming'). Zie over de samenhang van omgevingselementen en veranderingen daarvan en de dynamiek van het omgevingsrecht het preadvies van Chris Backes.

129 Wijziging op het gebied van onder meer de bijstand (Wet werken naar vermogen), Wajong, WSW en WIJ.

in wijziging van de bevoegdheid van het bestuursorgaan tot uitdrukking komt, met name door verandering van de bevoegdheidsvoorwaarden, kan het bestuursorgaan reeds daarom gehouden zijn het eigen beleid te wijzigen en mist het in zoverre speelruimte.[130] Wanneer een wettelijk voorschrift of beleidsregel wordt gewijzigd en de wijziging onmiddellijke werking heeft, zal het geadresseerde bestuursorgaan die wijziging in overeenstemming met die onmiddellijke werking moeten toepassen. Indien en voor zover het bestuursorgaan daarbij echter over speelruimte beschikt, zal het *zelf* de belangen moeten afwegen, ook met het oog op een aanvaardbare temporele werking van het nieuwe regime.

Vertaald naar de zaak van mevrouw Luxwolda betekent dit het volgende. Als de wetgever in januari de beslissing neemt dat ingaande 1 september hogere collegegelden betaald moeten worden, is het instellingsbestuur dat op basis van de gewijzigde wet een nieuwe regeling moet of wil treffen bij het vaststellen van zijn nieuwe regeling gehouden zelf een afweging te maken ten behoeve van het overgangsrecht en eventuele overgangsmaatregelen die deze nieuwe regeling vergezellen. Onder de uitzonderlijke omstandigheden van een acute financiële crisis zal het bestuur een forse verhoging van het collegegeld zonder enige overgangsmaatregel per 1 september kunnen laten ingaan. Zonder dergelijke omstandigheden zal het wel in een dergelijke maatregel moeten voorzien. In elk geval lijkt mij een periode van ongeveer twee maanden voor belanghebbenden te kort te zijn om nog tot goede keuzes te komen; sterker nog, die keuzes zullen al gemaakt zijn. Hiermee is gezegd dat bestuursorganen het nadeel dat zij door nieuwe wetgeving lijden gezien hun eigen verantwoordelijkheid niet volledig op belanghebbenden kunnen afwentelen.[131]

5.2 Gewijzigde wetgeving

In dit verband rijst de vraag of het bestuur ingevolge het rechtszekerheidsbeginsel – en beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid – onder omstandigheden gehouden kan zijn *contra legem* te gaan, namelijk wanneer duidelijk is dat (de temporele werking van) de wet in strijd is met een rechtsbeginsel. Waar de normschending gelet op artikel 120 Gw en het Harmonisatiewet-arrest in een rechterlijke procedure zonder consequenties moet blijven, ligt voorts gelet op staatsrechtelijke verhoudingen en normenhiërachie een ontkennend antwoord voor de hand. Beleidsregels (of bestuurswetgeving) *contra legem* zijn in strijd met de wet en moeten daarom onverbindend worden verklaard. De aanname van een *verplichting* om *contra legem* te gaan zou daarom een juridische *perversiteit* genoemd kunnen worden. Maar het ligt genuanceerder. Daarbij moet worden onderscheiden tussen de (formele) wet en bestuurswetgeving, en tussen beleidsregels en overig eigen beleid. Beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kunnen een *contra legem*-beslissing rechtvaardigen, ook waar het gaat om strijd met de wet (in formele zin). In dat geval blijft de wet zelf in tact, maar moet een toezegging gestand worden gedaan of (onverplicht)

130 In geval van beleidsregels van bijvoorbeeld de minister voor een zbo is dit niet aan de orde, omdat met beleidsregels bevoegdheden kunnen worden gecreëerd noch gewijzigd.

131 Dientengevolge zou een mogelijkheid van *regres* op de rijksoverheid overweging verdienen.

buitenwettelijk begunstigend beleid consistent worden toegepast. Bij dit laatste gaat het niet om beleidsregels, die immers als zodanig wegens strijd met de wet onverbindend zijn, maar om andersoortig eigen beleid en de constructie van de vaste gedragslijn. Voorgaande redenering geldt *mutatis mutandis* in relatie tot onrechtmatige bestuurswetgeving. Eerst wanneer geoordeeld moet worden dat (wijziging van) bestuurswetgeving onrechtmatig is, kan de verplichting ontstaan tot het vaststellen van beleid dat afwijkt van de onrechtmatige bestuurswetgeving.[132]

Een klassiek voorbeeld van onrechtmatige bestuurswetgeving biedt een uitspraak van de Centrale Raad uit 1935, dus in crisistijd, waarin werd uitgemaakt dat salarisverlaging met terugwerkende kracht (verplichting tot terugbetaling van wat was betaald vóór de totstandkoming van de salariskorting) niet is geoorloofd wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel, te weten het rechtszekerheidsbeginsel.[133] Een recenter voorbeeld is te ontlenen aan een uitspraak van de Centrale Raad uit 2008.[134] Deze zaak betreft het gecombineerd verwijderen van een oude borstprothese en inbrengen van een nieuwe borstprothese, waarbij voor het eerste wel, maar voor het laatste geen vergoeding werd toegekend. Dit was een consequentie van de opvolging van de Ziekenfondswet c.a. door de Zorgverzekeringswet c.a., waarbij het uitdrukkelijk de bedoeling was om, afgezien van de reeds gestarte behandelingen, zonder overgangsregeling een bezuinigingsdoelstelling te realiseren door middel van een beperking van het verstrekkingenpakket. Tegen deze achtergrond oordeelde de Centrale Raad in de eerste plaats dat de minister bevoegd was tot wijziging ten nadele van burgers van zijn ministeriële regeling waarin de aanspraken nader zijn bepaald, en ten tweede dat geen sprake is van een reeds onder het oude regime gestarte behandeling waarvoor de vergoeding derhalve gecontinueerd dient te worden. Dit sluit strijd met ongeschreven recht echter niet uit:

> 'In de rechtspraak van de Raad, bijvoorbeeld in de uitspraak van 21 februari 1995, LJN ZB3287, is tot uitdrukking gebracht dat aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een algemeen verbindend voorschrift zodanig ernstige gebreken kunnen kleven dat dit voorschrift om die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren beslissingen. Dit betekent dat aan de rechter, behoudens het geval dat zulk een toetsing hem uitdrukkelijk is ontzegd, zoals met betrekking tot wetten in formele zin het geval is, de bevoegdheid toekomt te bezien of het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding betrokken besluit. De rechter dient daarbij te beoordelen of het desbetreffende

---

132 Hetzelfde geldt waar een wet in strijd is met een verdragsbepaling: ook dan valt er een gat dat onder omstandigheden met beleid gevuld moet worden.

133 CRvB 31 oktober 1935, ARB 1936, p. 168, NJ 1936, 5488 (Utrechtse gemeentesecretaris). Deze uitspraak is ook en vooral van belang als erkenning van (buitenwettelijke) beginselen van behoorlijk bestuur, na een periode die als sterk legistisch te boek staat. Zie over deze uitspraak verder P. Nicolaï, 'Terugwerkende kracht salarisverlaging. Ontstaan en ontwikkeling algemene beginselen van behoorlijk bestuur', in: *AB Klassiek* 2009, p. 33-47. Zie voorts onder meer CBB 28 augustus 1967, *SEW* 1986, p. 45 (Prijsmaatregel). Nader over dergelijke jurisprudentie R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 403-447, en A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, Deventer: Kluwer 1991, p. 84-114.

134 CRvB 19 mei 2008, LJN BD2436.

voorschrift al dan niet in strijd komt met een of meer regels van geschreven recht of ongeschreven recht, daaronder begrepen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij die beoordeling zal hij gezien zijn staatsrechtelijke positie de nodige terughoudendheid dienen te betrachten.'

Vervolgens komt de Centrale Raad tot het oordeel dat *geen adequate overgangsregeling* is getroffen en dat de minister bij zijn wijziging van de ministeriële regeling 'een besluit heeft genomen dat hij bij afweging van de in aanmerking te nemen belangen, die hem ten tijde van het nemen van het besluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet heeft kunnen nemen.' In dit soort gevallen is er aanleiding tot het vaststellen van beleid dat van een wettelijk voorschrift afwijkt.[135] Het is (niet alleen aan de rechter maar) *ook aan het bestuur* om de rechtmatigheid van toe te passen wettelijke voorschriften te beoordelen. Dientengevolge kan het bestuur (net als de rechter) tot het oordeel komen dat een wettelijk voorschrift onverbindend is of buiten toepassing moet worden gelaten, of althans in de overgangsrechtelijke sfeer beleidsmatig moet worden aangevuld. In dat geval is er ruimte voor het rechtsgeldig vaststellen van (vervangende of aanvullende) beleidsregels of andersoortig eigen beleid.[136]

Gaat de uitspraak van de Centrale Raad niet te ver? Moet niet worden gezegd dat slechts bij zeer hoge uitzondering ruimte voor wetgeving-corrigerend overgangsbeleid bestaat? Ik vind van niet. Wetswijziging mag ook en vooral een kwestie van politieke keuzes zijn, het is net als wijziging van beleid ook en vooral een kwestie van beleidsmatige keuzes. En ook overgangsrecht en overgangsbeleid zijn primair een kwestie van belangenafweging.[137] Dit neemt echter niet weg ten eerste dat het rechtszekerheidsbeginsel, meer in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, voor een transitieperiode *extra gewicht* in de schaal legt en ten tweede, in samenhang daarmee, dat deze overgangsperiode een *relatief klein aantal gevallen* betreft. Waar de rechter de inhoud van wetgeving, beleidsregels en andersoortig beleid zelf in het algemeen enkel kan toetsen op onmiskenbare onrechtmatigheid of het niet in redelijkheid enzovoort, is naar mijn mening dus een grotere rol voor rechter en recht weggelegd bij de beoordeling van het overgangsrecht en -beleid.

Als *expliciet* een overgangsrechtelijke regeling is getroffen die van kennelijk onredelijke belangenafweging getuigt, kan deze regeling buiten toepassing worden gelaten of onverbindend worden geacht. Maar wat, als *geen* bijzondere overgangsrechtelijke regeling is getroffen, zodat de nieuwe wettelijke voorschriften

---

135 De vraag is nog of dit beleid *contra legem* beleid is, of beleid dat het gat opvult dat is ontstaan door het onverbindend achten of buiten toepassing laten van het wettelijk voorschrift in zoverre dat niet van adequaat overgangsrecht vergezeld gaat. In het laatste geval is er, bij afwezigheid van dit voorschrift, geen strijd met dit voorschrift, zodat niet meer van *contra legem* beleid gesproken kan worden.

136 Dat is niet het geval wanneer een wettelijk voorschrift buiten toepassing wordt gelaten, omdat dit tot een individuele zaak beperkt blijft, terwijl beleidsregels een algemene strekking hebben. Even duidelijk is dat in geval van onderbindend verklaren van een wettelijk voorschrift wegens kennelijke onredelijkheid geen conversie van dit voorschrift in een beleidsregel kan worden aangenomen. Immers, aan de beleidsregel zou hetzelfde rechtmatigheidsgebrek kleven.

137 Zie paragraaf 1.2.

onmiddellijke werking hebben, en het resultaat daarvan getuigt van kennelijk onredelijke belangenafweging? De uitspraak van de Centrale Raad uit 2008 leert dat het buiten toepassing laten van nieuwe (materiële) wettelijke voorschriften hier uitkomst biedt. In de keten wetgever - nadere regelgever(s) - beschikkingverlenend bestuur - burger is het dit aspect waarop het beschikkingverlenend bestuur in de praktijk alert moet zijn: het ontbreken van een uitdrukkelijke overgangsregeling kan gepaard gaan met een zodanige hardheid, dat dit bestuur *gehouden* kan zijn de nieuwe (materiële) wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten. Daarnaast kan het bestuur buitenwettelijk begunstigend beleid hanteren (geen beleidsregels, maar andersoortig eigen beleid).[138]

In de keten wetgever - nadere regelgever(s) - beschikkingverlenend bestuur - burger was het vroeger de traditie dat het bestuur niet te veel vooruit liep op komende wetgeving. Sterker nog, het nemen van besluiten op basis van nog niet in het Staatsblad verschenen wetgeving gold als *doodzonde*.[139] De laatste tijd lijkt er anders over te worden gedacht. Illustratief is de benoeming in 2009 van de heer H.G.J. Kamp als commissaris te Bonaire, St. Eustatius en Saba, terwijl de desbetreffende BES-wetgeving nog niet van kracht was geworden. Of de benoeming van politietopfunctionarissen met het oog op nog niet in werking getreden wetgeving inzake de reorganisatie van de politie. Dit soort handelen zal wel verkocht worden onder het mom van daadkracht en proactief beleid.[140] Aan de onwenselijkheid of zelfs onrechtmatigheid van dit handelen doet dat niet af.

Het komt ook voor dat de wetgever zoveel haast maakt, dat andere actoren in de gelede normstelling juist te weinig tijd hebben om te reageren en beleid te formuleren dat kan bogen op een zorgvuldige belangenafweging en vergezeld kan gaan van adequate overgangsmaatregelen. De hierboven genoemde Wet versterking besturing, de regelgeving met betrekking tot tarieven voor diëtisten en die inzake het pgb zijn slechts enkele uit talrijke voorbeelden.[141] Hierboven, met betrekking tot het pgb, vroeg ik voor dit soort gevallen meer aandacht voor het *fair play*-beginsel.[142] In dit verband kan het bestuur ook aanleiding zien tot het *tijdelijk* voeren van *buitenwettelijk* beleid als overgangsmaatregel. In andere gevallen dient het *voorschotten* te verlenen. Later, bijvoorbeeld op basis van een aangepast digitaal beslissysteem, kunnen dan de juiste beschikkingen genomen worden (doorgaans met verrekening). Duidelijk is dat overhaaste invoering van wetgeving op deze wijze extra kosten voor het bestuur meebrengt.

Sinds 2009 worden in beginsel vaste data voor de inwerkingtreding van wetten en bepaalde algemene maatregelen van bestuur gehanteerd, namelijk 1 januari en 1 juli (op het terrein van het onderwijs gaat het om 1 augustus voor middelbaar onderwijs

---

138 In tijden van toenemende bezuinigingen zal de animo voor zulk beleid vermoedelijk afnemen.

139 Ook in de jurisprudentie pleegt anticipatie op komende wetgeving met veel terughoudendheid te worden bezien.

140 Het kan ook gaan om voldongen feit-politiek, maar dat zal men niet hardop zeggen.

141 Denk bijvoorbeeld ook aan de invoering van de Wet werken naar vermogen, waarvoor de meeste gemeenten nog niet klaar zijn.

142 Onder verwijzing naar ABRvS 30 maart 1999, *AB* 1999, 310, m.nt. G.T.J.M. Jurgens, alsmede ABRvS 2 juli 2008, *JB* 2008/182.

en 1 september voor hoger onderwijs);[143] hierbij is voorzien in een minimale invoeringstermijn van drie maanden. De reden voor deze aanpak is dat bedrijven en instellingen zich kunnen voorbereiden op wijzigingen.[144] De praktijk leert echter – zie bijvoorbeeld de collegegeld- en de pgb-casus – dat het bestuur ook met deze aanpak lang niet altijd voldoende aanpassingstijd heeft. Zo mag in de casus van het verhoogde collegegeld voor een tweede opleiding opmerkelijk heten dat universiteitsbesturen een uitvoeringsregeling moesten vaststellen en bekendmaken, terwijl de achterliggende Wet versterking besturing nog niet in werking was getreden. Zulke uitvoeringsregelingen lijken mij in elk geval tot de inwerkingtreding van de achterliggende wet onverbindend te zijn wegens gemis aan een bevoegdheidsgrondslag.[145]

Maakt het uit of de wijziging is aangekondigd? Jazeker, zo bleek reeds hierboven.[146] Het hangt er bovendien vanaf *door wie* de wijziging is aangekondigd. Een college van burgemeester en wethouders, bijvoorbeeld, mag zijn beleid in beginsel niet op korte termijn zonder overgangsmaatregelen omgooien onder verwijzing naar een wetswijziging of een nieuwe ministeriële beleidsregel, terwijl de wijziging wel op rijksniveau is aangekondigd, maar het college over een eventuele wijziging van aanverwant eigen beleid heeft gezwegen. In dit voorbeeld dient het lagere bestuursorgaan dus *zelf* tijdig de informatieverstrekking ter hand te nemen. Een andere opvatting zou erop neer komen dat een bestuursorgaan de burger door een ander orgaan verstrekte informatie zou kunnen tegenwerpen, terwijl het omgekeerde – de burger beroept zich jegens dit bestuursorgaan op door een ander orgaan verstrekte informatie – niet opgaat.[147]

De eis dat het lagere bestuursorgaan zelf tijdig de informatieverstrekking ter hand dient te nemen, moet overigens niet worden overdreven. Voldoende is dat het tijdig *waarschuwt* voor de mogelijkheid van heroverweging (beter: wijziging) van het eigen beleid als gevolg van externe ontwikkelingen, namelijk aanstaande nieuwe wetgeving. Daarbij verdient aanbeveling dat het lagere orgaan de eventuele wijzigingen zowel qua *inhoud* als *tijdpad* zo precies mogelijk aangeeft. Een enkele verwijzing naar een aanstaande wetswijziging lijkt mij beneden de maat; er moet worden gewaarschuwd. Niet zelden wordt een te afwachtende houding ingenomen of zelfs totaal gezwegen; niet altijd zonder eigen belang. Het bestuur behoort juist actief te informeren over risico's, ook waar deze (indirect) het gevolg zijn van wijziging van wetgeving of beleidsregels van een andere instantie.[148]

---

143 Op andere beleidsterreinen kan het nog weer anders zijn.

144 G.J. Veerman m.m.v. S.R. Hendriks-de Lange 2009, p. 113; zie voorts Schuven-Bravenboer 2009, p. 326-328.

145 De op die regelgeving gebaseerde betalingen zijn in zoverre onverschuldigd gedaan.

146 Zie paragraaf 4.3.

147 Als bekend, is de werking va het vertrouwensbeginsel hecht verbonden met de bevoegdheid van het terzake bevoegde bestuursorgaan. Zie ook L.J.A. Damen, 'De auteur van verwachtingen en het vertrouwensbeginsel (Felix/Aruba)', in: *AB Klassiek* 2009, p. 287-305.

148 Zie voor het privaatrecht onder meer J.B.M. Vranken, 'Vertrouwen en overeenkomstenrecht', in: *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Preadviezen NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 13-14.

5.3 Gewijzigde 'vreemde' beleidsregels en richtlijnen

Hetgeen in de vorige paragraaf is gezegd, is *mutatis mutandis* van toepassing waar het gaat om beleidsregels vastgesteld door de superieur voor zijn ondergeschikte met een eigen geattribueerde bevoegdheid, door de mandans voor de mandataris, of door de delegans voor de delegataris; idem waar het gaat om beleidsregels vastgesteld op grond van een specifieke wettelijke bevoegdheid (deze laatste zijn de 'vreemde' beleidsregels waarop het tweede lid van artikel 4:81 Awb ziet). Bovendien geldt ook in deze context dat in plaats van een onrechtmatige beleidsregel buiten toepassing te laten of zelfs onverbindend te verklaren, meestal zal worden uitgeweken naar de inherente afwijkingsbevoegdheid.[149]

Hoe zit het wanneer een nieuwe richtlijn wordt gegeven? Is het beschikkingverlenend bestuur dan gehouden zijn eigen beleid aan te passen? In beginsel niet. Als de richtlijn nieuwe normen gebaseerd op de nieuwste inzichten van (bijvoorbeeld medische of technische) deskundigheid weergeeft, moet echter worden genuanceerd. Is een jaren geleden – of maar een enkel jaar geleden – in werking getreden beleidsregel onrechtmatig omdat de inhoud ervan afwijkt van de nieuwste deskundigeninzichten? Dit kan uiteraard wel worden aangenomen bij kennelijke onredelijkheid van de (verouderde) beleidsregel in het licht van de nieuwste inzichten. Daarbuiten is onrechtmatigheid niet per se aan de orde, al zou ik in beginsel willen uitgaan van een zekere *actualiseringsplicht*. Om problemen in dit kader te voorkomen, zou *dynamische verwijzing* in de beleidsregels of wetgeving verstandig kunnen zijn (al is dat uit een oogpunt van rechtszekerheid niet zonder bezwaren).[150]

Voor beschikkingen gebaseerd op beleid niet zijnde beleidsregels geldt de eis van een kenbare en draagkrachtige motivering op het individuele niveau van de beschikking zelf. Wanneer deze beschikking gebaseerd is op een vaste gedragslijn waarbij toepassing aan een deskundigenrichtlijn is gegeven en deze richtlijn in verband met nieuwe inzichten is gewijzigd, zal niet met een verwijzing naar die vaste gedragslijn kunnen worden volstaan; zeker niet wanneer een belanghebbende zich op die nieuwe richtlijn beroept. Dit geldt ook waar het bestuur zijn vaste gedragslijn niet op een richtlijn heeft gebaseerd: geconfronteerd met een (nieuwe) deskundigenrichtlijn, zal het bestuur niet kunnen volstaan met verwijzing naar die vaste gedragslijn.

Het bovenstaande ziet op de positie van het bestuur ten opzichte van zijn beleidsomgeving, meer specifiek wetgeving, beleidsregels en andersoortig beleid (richtlijnen), en wijziging daarvan, van andere instanties. Als opgemerkt, is het bestuur ten volle verantwoordelijk voor zover het bij de uitoefening van zijn eigen bevoegdheden eigen juridische speelruimte heeft. Keerzijde is dat het onrechtmatig handelt wanneer het met zijn eigen beleid, bijvoorbeeld door dit niet tijdig aan te passen, inbreuk maakt op nieuwe wettelijke voorschriften of nieuwe beleidsregels van een hogere orde. Bij dit laatste kan onder meer worden gedacht aan nieuwe beleidsregels die een minister voor een zbo heeft vastgesteld (ex artikel 4:8, eerste lid, Awb j° artikel 21, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). Wanneer het zbo de

149 Zie paragraaf 4.2.
150 Zoals dat bij NEN-normen het geval is (daar spelen echter weer andere (Knooble-)problemen).

eigen beleidsregels of andersoortig eigen beleid niet aan deze nieuwe ministeriële beleidsregels aanpast, prevaleren in beginsel deze ministeriële beleidsregels, niet omdat ze nieuw zijn, maar omdat ze *hoger* in rang zijn.[151] Idem dito waar het beleid van de delegataris niet in overeenstemming is met beleidsregels van de delegans.[152] Dit alles blijft verder buiten beschouwing (omdat het om vragen van hiërarchie in plaats van om temporele aspecten gaat).

Ook in het kader van het *duaal bestuur* binnen de gedecentraliseerde overheid kunnen spanningen bestaan tussen (wijzigingen van) verschillende beleidslijnen. Denk aan de situatie dat Gedeputeerde Staten (GS), of burgemeester en wethouders, beleid hebben vastgesteld, terwijl Provinciale Staten (PS), of de gemeenteraad, tot een nieuwe, daarvan afwijkende – al dan niet in een richtlijn neergelegde – beleidsopvatting komen.[153]

> Een voorbeeld dat landelijk de aandacht heeft getrokken, betreft het Groninger Forumproject. Bij brief van 3 november 2010 berichtten GS van Groningen aan PS dat zij het principebesluit hebben genomen om de gevraagde subsidie van € 35.000.000 aan de gemeente Groningen toe te kennen, omdat wordt voldaan aan de criteria van het Uitvoeringskader Ruimtelijk Economisch Programma ZZL – regionaal deel Groningen (welke criteria, aldus GS expliciet in het document van 10 november 2009, de status van – eigen – beleidsregels hebben). Weliswaar hadden GS PS toegezegd dat PS bij de subsidieverlening 'betrokken' zou worden (conform de inlichtingenplicht van artikel 167, tweede lid, Provinciewet), maar instemming van PS was voor toekenning geen vereiste.[154] Nadat in verband met aanstaande provinciale verkiezingen het draagvlak in PS voor subsidieverlening kwam te vervallen, deelden GS bij brief van 17 december 2010 burgemeester en wethouders van Groningen mee besloten te hebben de gevraagde subsidie te weigeren. De casus komt erop neer dat de gevraagde subsidie om (gewijzigde) politieke redenen in strijd met artikel 4:84 Awb werd afgewezen.[155]

---

151 Dit conform de rangorde tussen de voorrangsregels, waarbij de *lex superior* boven de *lex specialis* prevaleert. Hogere beleidsregels prevaleren in beginsel; het gelijkheidsbeginsel (soms ook het vertrouwensbeginsel) kan immers meebrengen dat toepassing moet worden gegeven aan een van deze beleidsregels afwijkende gedragslijn.

152 Of waar het beleid van de geattribueerde niet in overeenstemming is met het beleid van het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid de geattribueerde werkzaam is, of het beleid van de mandataris niet in overeenstemming is met de beleidsregels van de mandans. In deze beide gevallen pleegt het te gaan om een betrekking ten opzichte van een orgaan van een hetzelfde lichaam.

153 Vanwege hun deels specifieke positie en taken blijven de commissaris van de Koningin en de burgemeester buiten beschouwing.

154 Dat had gezien het begrotingsrecht van PS wellicht anders gekund. Maar dan hadden PS expliciet op hun strepen moeten staan, in plaats van impliciet te volgen wat uit een landelijk convenant voortvloeide. Zie voorts HR 25 juni 2010, *AB* 2010, 334, m.nt. F.J. van Ommeren, *NJ* 2010, 371 (subsidie voetbalclub Vitesse), voor het geval sprake zou zijn van onbevoegdheid van (een lid van) GS.

155 Na de verkiezingen, bij de bespreking ter formering van een nieuw college van GS, zijn hernieuwde afspraken gemaakt waardoor de subsidie alsnog is verleend. Uit bestuursrechtelijk oogpunt had voor de hand gelegen dat GS najaar 2010 het gevecht met PS waren aangegaan om hun beleidstoepassing in de externe relatie met de gemeente Groningen te verdedigen. Uit politiek oogpunt, om het college overeind te houden, was het verstandig om in de interne relatie met PS toe te geven. Transparant kan de hele gang van zaken niet worden genoemd

In dergelijke gevallen kan een bestuursorgaan ingeklemd komen te zitten tussen een vertegenwoordigend orgaan en burger. Het lijkt mij echter evident dat GS of burgemeester en wethouders in de *externe* rechtsbetrekking met een belanghebbende gewoon aan de eigen beleidsregels (of andersoortig eigen beleid) zijn gebonden. Wanneer het vertegenwoordigende orgaan, GS of de gemeenteraad, ander beleid voorstaat, ontstaat in de *interne* verhouding tussen GS of burgemeester en wethouders en PS of gemeenteraad een (politiek) probleem, dat de belanghebbende niet regardeert. Waar bestuursbevoegdheden van GS of burgemeester en wethouders aan de orde zijn, ondervindt de belanghebbende eerst dan de invloed van gewijzigde politieke inzichten, wanneer GS of burgemeester en wethouders hun eigen beleid aan de opvatting van het vertegenwoordigende orgaan aanpassen.

Dit soort gevallen zijn (niet bestuursrechtelijk maar) vooral gemeente- en provinciërechtelijk gecompliceerd. Dat heeft te maken met onduidelijkheden, in het kader van dualisering, van het hoofdschap (artikel 125 Gemeentewet respectievelijk Provinciewet) en de kaderstellende taak van de gemeenteraad (PS).[156] Het hoofdschap impliceert naar de gangbare opvatting dat het vertegenwoordigende orgaan het laatste woord over de hoofdlijnen van het te voeren beleid heeft. Het veronderstelt echter geen hiërarchische relatie ten opzichte van burgemeester en wethouders (GS) in de zin van artikel 4:81, eerste lid, Awb, en de kaderstellende taak geen bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels in de zin van artikel 4:84, tweede lid, Awb. Dit wil zeggen dat vertegenwoordigende organen voor andere organen slechts richtlijnen kunnen vaststellen.[157] Jurisprudentie over (met name raads)richtlijnen is niet uitzonderlijk.[158] In de desbetreffende zaken is doorgaans geen sprake van botsing van eigen beleid met richtlijnen.

Conflicten (van politieke aard) tussen burgemeester en wethouders (GS) en gemeenteraad (PS), waarbij dit laatste, vertegenwoordigende orgaan nieuw, van dat van burgemeester en wethouders (GS) afwijkend beleid voorstaat, komen regelmatig voor. Klaarblijkelijk functioneert gedualiseerd bestuur echter op zodanige wijze dat deze, behoudens hoge uitzonderingen (zoals de Forum-kwestie), niet rechtstreeks doorwerken in beslissingen die in de externe rechtsbetrekking met de burger worden genomen.[159] Anders gezegd, hier domineert niet het bestuursrechtelijke, maar het *politiek-bestuurlijke* oplossingsvermogen.

(achterkamertjespolitiek na afloop van de verkiezingen, waarbij het oorspronkelijke standpunt weer is ingenomen; twee maal een draai van 180 graden).

156 Hierover ook A.H.M. Dölle, 'Dualisering van het decentrale bestuur: een terugblik', *RM Themis* 2008/3, p. 102-113. Zie over het hoofdschap voorts J.W.L. Broeksteeg, 'Dualisering van het provincie- en gemeentebestuur', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet*, Deventer: Kluwer 2011, p. 105-151. Over de kaderstellende taak onder anderen W. van der Woude, *Financiële controle in het gemeenterecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 52-54, die kaderstelling als 'een niet-juridisch, maar toch normatief klinkend concept' beschouwt.

157 Uiteraard afgezien van wettelijke voorschriften in verordeningen.

158 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 januari 2001, *JB* 2001/46, m.nt. R.J.N.S, CRvB 7 maart 2005, *AB* 2005, 269, m.nt. HBr, en CRvB 12 maart 2008, *AB* 2008, 221, m.n.t A. Tollenaar, LJN BC6906 (Wijziging verstrekkingenbeleid Emmen).

159 Er zijn ook geen aanwijzingen dat het veelvuldig opstappen van wethouders rechtstreeks met de spanning tussen raadsbevoegdheden en bestuursbevoegdheden van burgemeester en wethouders te maken heeft. Eerder lijkt een stapeling van factoren van invloed te zijn.

5.4 Wijziging bestuurlijke organisatie

Tot slot aandacht voor beleidswijziging en bestuur geprangd door organisatorische veranderingen. Hierboven werd geconcludeerd dat juist bij beleidswijziging beleidshiërarchische aansturing noodzakelijk is, in die zin dat bij verandering van beleid opgeschaald moet worden en daarom gekozen moet worden voor beleidsregels in plaats van andersoortig beleid.[160] Dit is ook, en *a fortiori*, van belang bij beleidswijzigingen die samenhangen met ingrijpende organisatorische veranderingen: veranderingen waarbij tevens *veranderingen in de bevoegdhedenstructuur* worden doorgevoerd.

Illustratief is het transformatieproces – in een paar grote slagen (1994, 1997 en 2002) – die de uitvoeringsorganisatie op het terrein van de sociale verzekeringen heeft doorgemaakt: het proces van bedrijfsverenigingen via uitvoeringsinstellingen (uvi's), Tijdelijk instituut voor coördinatie en afstemming (Tica) en Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv) naar Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV).[161] Aanvankelijk was sprake van meerdere bestuursorganen met eigen geattribueerde bevoegdheden, de bedrijfsverenigingen, die eigen beleid mochten voeren. Immers, attributie van soortgelijke bevoegdheden aan verschillende bestuursorganen maakt verschillen in beleid mogelijk en rechtens aanvaardbaar; het gelijkheidsbeginsel werkt slecht binnen de context van een en dezelfde bevoegdheid van een en hetzelfde bestuursorgaan.[162] De overkoepelende organisatie, de Federatie van Bedrijfsverenigingen (FBV), trachtte op onderdelen meer beleidseenheid tussen de bedrijfsverenigingen te bewerkstelligen, maar kon dat slechts via richtlijnen (aanbevelingen) proberen, omdat ze geen regelgevende bevoegdheid bezat. Tica, dat tevens de FBV opvolgde, beschikte wel over regelgevende bevoegdheid.[163] Met Tica en vervolgens Lisv respectievelijk UWV is sprake van één bestuursorgaan in plaatst van meerdere die eigen beleid kunnen voeren. Bij de grootschalige fusie naar één bestuursorgaan rees de vraag hoe de verschillen in beleid tussen de oorspronkelijke organisaties konden worden weggenomen. Dat beleidseenheid vereist was, was evident: omdat na de fusie al het beleid wordt toegerekend aan en geldt als beleid van een en hetzelfde bestuursorgaan, zou voortduring van beleidsdivergentie impliceren dat het beleid als geheel innerlijk tegenstrijdig en inconsistent is en dus als willekeur moet worden gekarakteriseerd, met een *melt down* van beleid en beschikkingverlening als gevolg.

---

160 Zie paragraaf 3.2.

161 Tussen de vele bedrijfsverenigingen waren al opeenvolgende fusies tot stand gekomen, met een handvol organisaties als resultaat (GAK, GUO, Cadans, SFB, USZO). Dit werden de uvi's.

162 Dit is al decennia vaste rechtspraak. Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 februari 1981, AB 1981, 241, m.nt. vdV. Voorts CRvB 24 december 1996, JB 1997/29, m.nt. red., USZ 1997/43, m.nt. MD, RSV 1997/232 (Instituut Vermeeren), en CRvB 24 december 1996, JB 1997/30, m.nt. red., USZ 1997/42, m.nt. MD (Stichting Leergang Bedrijfskunde Zuid-Limburg). Over beide laatste uitspraken H.E. Bröring, 'Van bedrijfsverenigingen naar het Lisv: het gelijkheidsbeginsel beter gewaarborgd?', in: L.J.A. Damen e.a. (red.), *Rechtspraak Bestuursrecht 1996-1997: de annotaties (RBA)*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij 1998, p. 123-151.

163 Net als de vroegere toezichthouder, de Sociale Verzekeringsraad (SVr), die deze bevoegdheid echter amper gebruikte.

Het tot stand brengen van eenheid in het beleid in een fusieproces als het onderhavige is een lastige klus, gelet op verschillen in beleid qua inhoud en vorm (verschillend gebruik van verschillende soorten beleid) en in bedrijfscultuur. In het kader van een dergelijke reorganisatie is het in het algemeen zinvol om een overgangsregeling voor het toepasselijke beleid te treffen, waarbij de vraag wordt beantwoord of, in hoeverre en voor hoe lang het nieuwe bestuursorgaan nog het 'oude' beleid van de rechtsvoorganger(s) mag hanteren. Deze kwestie is onder andere ter sprake gekomen in het kader van de beruchte *bonus/malus*-regeling.[164]

> Deze regeling hield kort gezegd in dat een werkgever werd beloond voor het in dienst nemen van een arbeidsongeschikte, maar werd 'beboet' wanneer zijn werknemer arbeidsongeschikt werd.[165] Met de regeling was van alles mis. Na talloze vernietigingen van *malus*-beschikkingen werd de regeling per 1 januari 1995, door de Wet Amber, afgeschaft.[166] In het overgangsrecht van artikel XIV van deze wet was echter bepaald dat de *malus* verschuldigd bleef wanneer de arbeidsongeschiktheid tussen (de inwerkingtreding van de *bonus/malus*-regeling op) 1 maart 1992 en vóór 1 juli 1993 was ingetreden.[167] Dit, om gelijke behandeling van werkgevers door de bedrijfsverenigingen te realiseren, die op zeer uiteenlopende wijze uitvoering aan de *bonus/malus*-regeling hadden gegeven. Drie bedrijfsverenigingen trokken zich van deze in de overgangsregeling neergelegde, wettelijke plicht echter niets aan.[168] Inmiddels was de Organisatiewet Sociale Verzekeringen 1997 in werking getreden, hetgeen betekende dat het uiteenlopende beleid – conform de wil van de wetgever wel opleggen van een *malus* versus *contra legem* gaan door daarvan af te zien – vanaf dat moment gold als het beleid van één en hetzelfde bestuursorgaan: het Lisv.

Voor het onderwerp van dit preadvies is aan deze casus vooral interessant dat een botsing ontstond tussen het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Enerzijds kan worden betoogd dat het beleid van de rechtsvoorgangers, de oude bedrijfsverenigingen, om redenen van gewekte verwachtingen door het nieuwe bestuursorgaan, het Lisv, gecontinueerd moet worden. Anderzijds vergt het gelijkheidsbeginsel dat alle werkgevers, onverschillig met welke bedrijfsvereniging ze voorheen te maken hadden, door het Lisv op gelijke wijze behandeld behoren te worden. De Rechtbank 's-Gravenhage stelt in dit verband voorop, 'dat in het algemeen aanvaardbaar is dat een bestuursorgaan dat, zoals verweerder, op zeker moment

---

164 *Stb.* 1992, 82. Op 1 maart 1992 is de regeling in werking getreden.

165 Over het *malus*-beleid N. Verheij, 'Opkomst en ondergang van de malus, aflevering 3 (slot)', in: L.J.A. Damen e.a. (red.), *Rechtspraak Bestuursrecht 1997-1998: de annotaties (RBA)*, 's-Gravenhage 1999, p. 201-218. Verheij noemt (op p. 202) de *bonus-malus*-regeling 'het grootste bestuurlijke fiasco van de jaren negentig'. Zie voorts mijn noot onder Rb. Haarlem 11 november 1997, *AB* 1997, 460.

166 Wet afschaffing malus en bevordering reïntegratie, *Stb.* 1995, 560.

167 Artikel XIV: 'Paragraaf 2 van hoofdstuk IIIB van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, zoals deze paragraaf luidde vóór de datum van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel F, van deze wet, blijft van toepassing op geldelijke bijdragen die aan de bedrijfsvereniging verschuldigd zijn op grond van artikel 59 i, tweede lid, van die wet voor personen wier eerste dag van ongeschiktheid tot werken, bedoeld in het eerste lid van dat artikel, is gelegen vóór 1 juli 1993.'

168 Ondanks Tica-richtlijnen, dankzij een zich afzijdig houdende toezichthouder.

een bestuursbevoegdheid verkrijgt op een terrein waarop tevoren verschillende bestuursorganen bevoegd waren, aanvankelijk de verschillende door de voorheen bevoegde bestuursorganen uitgezette beleidslijnen respecteert, ook al brengt dat gedurende een overgangsperiode met zich mee dat van een uniforme uitoefening van de betreffende bestuursbevoegdheid (nog) geen sprake is.'[169]

De door de rechtbank gekozen oplossing, namelijk *dat gedurende een overgangsperiode het vertrouwensbeginsel kan prevaleren boven het gelijkheidsbeginsel*, is aantrekkelijk in die situaties waarin honorering van het vertrouwen ten eerste voor betrokkenen gunstig is en ten tweede de uitzondering op de (dominante) beleidslijn is. Na die overgangsperiode, dus in structureel opzicht, lijkt mij het gelijkheidsbeginsel van het grootste gewicht te zijn. Bij dit alles nog twee opmerkingen. De eerste is dat de overgangsperiode *scherp afgebakend* en voor belanghebbenden *kenbaar* moet zijn. De tweede opmerking betreft de hierboven al aangegeven noodzaak van *beleidshiërarchische aansturing*: vanuit het besef dat de oorspronkelijke bestuursorganen niet alleen met beleidsregels werkten, maar ook en meer nog met interne handboeken en instructies, dient in beleidstype te worden *opgeschaald* naar het hoogste niveau, dus dat van de (bekendgemaakte) beleidsregel. Op deze wijze kan al het beleid van de rechtsvoorgangers *overruled* worden. In gevallen als de onderhavige, waar bevoegdheidsconcentratie plaatsvindt waar voorheen verschillende bestuursorganen bevoegd waren, zou ik zelfs een *verplichting* tot het vaststellen van beleidsregels willen aannemen.

Wat betreft de duur van de overgangsperiode rijst nog de vraag of, naast de belangen van burgers, ook uitvoeringsorganisatorische overwegingen een rol mogen spelen, zoals aanpassing van mandaatregelingen, werkprocessen en het ICT-systeem. In geval van wetswijziging hebben bestuursorganen geen rechtens te respecteren argument als zij aanvoeren om organisatorische redenen nog niet in staat te zijn de nieuwe wetgeving tijdig en correct te implementeren: blijkens vaste jurisprudentie heeft de rechter daar geen boodschap aan.[170] Dit geldt *a fortiori* in geval van wijziging van het eigen beleid. Een bestuursorgaan dat zo onhandig is nieuw eigen beleid – het gaat uiteraard ook op voor nieuwe eigen bestuurswetgeving – te laten ingaan op een tijdstip dat de eigen uitvoeringsorganisatie er nog niet klaar voor is, moet door eigen toedoen op de blaren zitten.

De problematiek van overgangsrecht en organisatieverandering speelt in ruimere zin dan men op het eerste gezicht wellicht zou menen. Zij is bijvoorbeeld eveneens aan de orde bij de vorming van veiligheidsregio's en regionale uitvoeringsdiensten op het gebied van het omgevingsrecht. Denk voorts aan (de paradox van) van voortgaande decentralisatie vergezeld van ministeriële aansturing op samenwerking tussen uitvoeringsorganen in het belang van beleidseenheid. Illustratief zijn de

---

169 Rb. 's-Gravenhage 30 oktober 1997, *AB* 1997, 459, met noot van mij onder *AB* 1997, 460. Blijkens zijn uitspraak van 28 mei 1998, *AB* 1998, 244, met noot van mij, *JB* 1998/150, m.nt. F. Vernimmende Jong, *RSV* 1998/173, waarover uitgebreid Verheij 1999, kiest de Centrale Raad als gezegd, in plaats van speciaal voor het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel, voor het verbod van willekeur als maatstaf: van beleid en beschikkingverlening wordt gehakt gemaakt.

170 Zie bijvoorbeeld CRvB 26 november 2009, LJN 6597BK waarin de Centrale Raad overweegt dat het bestuursorgaan gezien diens organisatorische keuzes van terugwerkende kracht had moeten uitgaan.

werkpleinen op het gebied van de sociale zekerheid.[171] Ook bij de hier genoemde organisatorische veranderingen rijzen vragen van rechtszekerheid en gelijke behandeling, juist ook in de transitiefase.

171 Zie bijvoorbeeld het Handhavingsprogramma 2011-2014, pt. 3.2, van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid: 'Door de introductie van de Werkpleinen is er uit een oogpunt van goede samenwerking tussen de uitvoeringsorganen opnieuw behoefte aan harmonisatie van het sanctiebeleid en daarmee afstemming van het Maatregelenbesluit op de maatregelen die gemeenten in het kader van de WBB kunnen opleggen. Indien modelverordening en maatregelenbesluit lokaal meer op elkaar zouden zijn afgestemd, dan bevordert dat zowel de preventieve werking (eenduidige *do's* en *don't's* voor de klant) als de toepassing van de repressieve handhaving (in gelijke situaties gelijke sancties) en daarmee de rechtsgelijkheid.' Zie nader, ook in verband met het onderwerp vertrouwen in de overheid, mijn noot onder CRvB 14 maart 2011, *AB* 2011, 242.

6 Uitleiding

Dit preadvies gaat over het spel, de regels en het vertrouwen bij beleidswijziging. Het gaat over niets bijzonders. Immers, verandering is het enige onveranderlijke; en dat geldt helemaal voor het politieke spel en voor beleid. Het gaat tegelijkertijd om wat in betrekkingen tussen mensen, en daarom ook voor hun rechtsbetrekkingen, cruciaal is, namelijk *vertrouwen* in elkaar en in de gezamenlijke instituties. Om die reden is eerst, vanuit een extern perspectief, aandacht besteed aan het begrip vertrouwen. Daarna volgden beschouwingen van bestuursrechtelijke en juridisch-technische aard.

Wetgeving en beleid zijn tijdsgebonden. Het juridische betoog onderstreept dat het bestuur bevoegd is onder invloed van gewijzigde omstandigheden of een hernieuwde weging van bestaande omstandigheden zijn beleid te wijzigen. Vaak is verandering van wetgeving daarbij leidend (de wet als bron van verandering), en zijn bestuur en beleid volgend. Mits zij zorgvuldig wordt voorbereid en gemotiveerd en ook overigens aan de toepasselijke rechtmatigheidseisen wordt voldaan, zal de wijziging van beleid rechtens stand houden. De veel gehoorde bewering dat het (bestuurs)recht een conservatief karakter heeft, is in zoverre onjuist.[172] De wetgever heeft zelfs, binnen de grenzen van internationaal en Europees recht, bijna vrij spel. Voor het bestuur gelden weliswaar meer eisen, maar beslist niet in die mate dat geconcludeerd kan worden dat het bestuur aan banden is gelegd. Voor wijziging van beleidsregels bestaat op dit punt in beginsel dezelfde ruimte als voor wijziging van bestuurswetgeving.

Wel kan het bestuursrecht – gezien eisen inzake niet-vooringenomenheid, openbaarheid, horen, motiveren, rechtszekerheid, enzovoort – de scherpe kantjes van beleidswijziging wegnemen. Dit geldt in het bijzonder in de overgangssituatie: daar zijn genoemde eisen extra van betekenis. Echter, dat wordt nog in onvoldoende mate erkend. *Voor overgangssituaties zou met name het vertrouwensbeginsel meer gewicht in de schaal moeten leggen*, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat het gaat om een relatief klein aantal gevallen en/of slechts tijdelijke maatregelen. Dit wil zeggen dat meer eisen moeten worden gesteld aan *tijdige aankondiging* van nieuw beleid, c.q. *gewenningstijd* voor de burger, en dat de burger meer tegemoet gekomen moeten worden met *compensatie*.

---

172 W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 75-76, spreekt van twijfel bij de kwaliteit van wetgeving en juridisch ongemak met de wetgever, die te maken zou kunnen hebben met 'de natuur van Nederlandse juristen'. Twijfel en ongemak: ja. Per saldo blijft dit echter vrijwel zonder (juridische) consequenties.

Onjuist is dat burgers voor de voeten wordt geworpen dat zij behoren te weten dat wetgeving kan worden gewijzigd, dat – blijkens de media – nieuwe wetgeving onderweg was en derhalve op de korte termijn nieuw beleid van toepassing is. Het leven van burgers gaat niet uitsluitend op de bonne fooi (*bonne foi*, goede trouw). Maar verheffing tot standaard van het adagium 'wie te goeder trouw is, is te kwader trouw' verdient evenmin steun. Het gaat erom dat het nieuwe beleid zelf, door het desbetreffende bestuursorgaan zelf, zorgvuldig wordt geïntroduceerd. Het is al merkwaardig dat iedereen wordt geacht de wet te kennen. Maar wordt iedereen daarenboven geacht de toekomstige wet en beleidsmatige invulling daarvan te kennen? Daar komt bij dat het niet zo kan zijn dat een bestuursorgaan de burger door een ander orgaan verstrekte informatie over wets- en beleidswijziging mag tegenwerpen, terwijl het omgekeerde niet opgaat. Juist in de asymmetrische verhouding tussen overheid en burger geeft dat geen pas.

Verder is ongelukkig dat het (ingeklemde) bestuur uitvoeringsmaatregelen vaststelt en bekend maakt op basis van wetgeving die nog in werking moet treden. Niet alleen miskent een dergelijke gang van zaken dat het bestuursorgaan een eigen verantwoordelijkheid heeft; ook leidt hij tot onrechtmatige beslissingen. Evenmin spreekt aan dat de regels tijdens het spel van de besluitvorming worden veranderd, of zelfs na afloop van het spel. Er is reeds sprake van vals spel wanneer hangende de fase van primaire besluitvorming of de bezwaarschriftprocedure het beleid wordt gewijzigd (ten nadele) en vervolgens, bij het nemen van het besluit, wordt toegepast. Gesignaleerd moet intussen worden dat de aan beleidsregels inherente afwijkingsbevoegdheid (ook) in het kader van overgangsrecht en overgangsmaatregelen als *escape* fungeert; theoretisch klopt dat niet.

Dit preadvies is op meer punten kritisch. Zo wordt bepleit dat buitenwettelijk begunstigend beleid, dat eveneens als overgangsmaatregel wordt gehanteerd, niet alleen op consistente toepassing dient te worden beoordeeld, maar ook inhoudelijk, ten minste op willekeur. Voorts is betoogd dat in geval van beleidswijziging vaker een verplichting tot het vaststellen van beleidsregels moet worden aangenomen, namelijk wanneer sprake is van verandering van andersoortig eigen beleid. Ook bij bepaalde organisatorische wijzigingen ligt die verplichting voor de hand.

Sommige zaken zijn minder duidelijk. Zo bestaat weinig inzicht in de betekenis van dualisering van het lokale bestuur voor beleidswijziging in interactie tussen PS en GS, respectievelijk tussen gemeenteraad en burgemeester en wethouders. Juist beleidswijziging vindt in deze interactie plaats. Onduidelijk is echter hoe het bestuursrecht en het recht van de lagere overheid zich hier tot elkaar verhouden, en hoe de onderlinge relatie in de praktijk uitwerkt. Wat is de betekenis van interne (politieke) vertrouwensrelaties voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden in externe rechtsbetrekkingen? Op dit punt is nader staats- en bestuursrechtelijk onderzoek gewenst.

Vanuit het externe (i.e. niet-juridische) perspectief is in dit preadvies aandacht besteed aan de relatie tussen beleidsverandering en vertrouwen in de overheid. In de relatie tussen burger en overheid, een gedepersonaliseerde organisatie, is sprake van verticaal en institutioneel vertrouwen, asymmetrie in kennis en macht en, daarmee, (kennis)onzekerheid van de burger (overigens ook van het bestuur). In deze

relatie gaat het daarom vooral om vertrouwen in de betekenis van *confidence*; beschaming van dit type vertrouwen resulteert in vervreemding.

Gezien deze kenmerken van de vertrouwensrelatie tussen overheid en burger is betrouwbaarheid voor de overheid een hele opgave. Dit geldt in het bijzonder de politiek, en *a fortiori* de huidige, gepolariseerde politiek. Dergelijke politiek kan aan duidelijkheid bijdragen, maar daaraan ook afbreuk doen, doordat de ene duidelijkheid al gauw door een andere wordt opgevolgd. Gebrek aan coherentie, bijvoorbeeld door gemis aan een langetermijnvisie, doet juist afbreuk aan vertrouwen.[173] Het vertrouwen in de overheid staat vooral onder druk door de grote haast van de wetgever. Met die haast zelf is niets mis, maar het ligt anders waar in de haast amper aandacht is voor de invoerings- en overgangssituatie.

Met invoering van nieuwe wetgeving op te korte termijn en afwezigheid of gebrekkigheid van overgangsmaatregelen speelt de wetgever hoog spel. Niet alleen ten opzichte van de burger (zie boven), maar ook ten opzichte van het bestuur. Ook interbestuurlijk vertrouwen staat op het spel. Decentrale organen raken bekneld tussen wetgever (minister) en burger, vanwege bezuinigingen en gebrek aan tijd om nieuw rijksbeleid op fatsoenlijke wijze, met de juiste invoerings- en overgangsmaatregelen, in de eigen rechtsbetrekking met de burger door te voeren. Dit zal zijn weerslag hebben op (het vertrouwen binnen) de rechtsbetrekking van decentrale organen met de centrale overheid. Reductie van rechtsbeschermingsmogelijkheden van decentraal bestuur tegen handelen van de centrale overheid, zoals deze in artikel 1.4 Chw tot uiting komt, zal op het punt van interbestuurlijk vertrouwen averechts uitwerken.

Voor de burger maakt dit minder uit. Voor hem is de overheid eerder een geheel dan een verzameling afzonderlijke organen met scherp gescheiden, eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Een bestuursorgaan dat het vertrouwen van de burger wil versterken, doet er daarom verstandig aan duidelijk te zijn over (de beperkingen van) de eigen rol. Rolduidelijkheid helpt echter niet het vertrouwen in de overheid als eenheid te versterken. Voor verbetering op dit punt verdient de onderlinge verhouding tussen politieke, bestuurlijke en bestuursrechtelijke rationaliteiten nader aandacht.

Vanuit het vertrouwensperspectief is van essentieel belang dat beleidswijzigingen tijdig worden aangekondigd, en duidelijk en begrijpelijk zijn. Met name de begrijpelijkheid verdient meer aandacht dan ze tot dusverre heeft gekregen. Ook rechtens. Het bestuursrecht vergt weliswaar dat beleidswijzigingen van een kenbare en draagkrachtige motivering worden voorzien, maar die begrijpelijkheid raakt nog een andere snaar. Dan gaat het niet om begrijpelijkheid in de zin van duidelijkheid, klaarheid, helderheid, enzovoort, in het algemeen (daar koopt men weinig voor, zie boven, wanneer de ene duidelijkheid, enzovoort, de andere opvolgt).[174] Het gaat om duidelijkheid mede in relatie tot de context, waaronder voorafgaande politieke besluitvorming.

Zoals rechters een besluit tot uitgangspunt nemen, zo nemen bestuursorganen nieuwe wetgeving tot uitgangspunt, zonder aandacht te schenken aan informatie

---

173 Vergelijk Popelier 1999, p. 188-189.
174 Laat staan 'knuffeltaal' als 'dat de boodschap bij de mens moet binnenkomen'.

die in de aanloop van die wetgeving de burger heeft bereikt. Naar mijn veronderstelling zou het aan de betrouwbaarheid van de overheid bijdragen wanneer het bestuur helpt de kloof tussen de verschillende rationaliteiten van wetgeving, beleidsvorming en beschikkingverlening te overbruggen, door in zijn onderbouwing van gemaakte beleidskeuzes tevens aan voorafgaande politieke besluitvorming te refereren, met inbegrip van haar inconsistenties, onzekerheden en verwarring.

Stellingen

1. In overgangssituaties dient het vertrouwensbeginsel tijdelijk voorrang te hebben boven het gelijkheidsbeginsel.

2. Bij het nemen van een primair besluit dient als hoofdregel te worden uitgegaan van het beleid dat geldt ten tijde van de indiening van de aanvraag; *mutatis mutandis* waar het gaat om het nemen van een besluit op bezwaar. De huidige jurisprudentie, die als hoofdregel uitgaat van beslissen *ex nunc*, met inbegrip van toepassing van gewijzigd beleid, miskent dat de regels niet tijdens het spel behoren te worden veranderd, en maakt derhalve inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel.

3. Het bestuur mag geen uitvoeringsmaatregelen vaststellen en bekendmaken op basis van wetgeving die nog in werking moet treden.

4. Wijziging van bestuursrechtelijke *soft law* anders dan in de hoedanigheid van beleidsregels dient, behoudens in geval van richtlijnen, door middel van beleidsregels te geschieden.

5. Buitenwettelijk begunstigend beleid dient niet alleen te worden beoordeeld op consistente toepassing, maar ten minste ook op willekeur.

Dynamisch omgevingsrecht*

*Prof. dr. C.W. Backes***

1	**Het omgevingsrecht: een bijzonder dynamisch rechtsgebied?**	**125**
2	**Europeesrechtelijke randvoorwaarden**	**128**
2.1	Europeesrechtelijk overgangsrecht, algemene uitgangspunten	128
2.2	Specifieke eisen aan het overgangsrecht en de omgang met bestaande rechten in secundair EU-recht	129
2.2.1	Artikel 4 Richtlijn 2006/11/EG	129
2.2.2	IPPC-Richtlijn (Richtlijn 2008/1/EG) en Richtlijn industriële emissies (Richtlijn 2010/75/EU)	130
2.3	Uitwerking van de algemene uitgangspunten op het terrein van het omgevingsrecht in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU	131
2.3.1	Bund Naturschutz Bayern, zaak C-431/92	132
2.3.2	B en W van Haarlemmerliede en Spaarnwoude (Ruigoord 2), zaak C-81/96	132
2.3.3	Commissie/Oostenrijk (S 18), zaak C-209/04	133
2.3.4	Kokkelvisserij, zaak C-127/02	134
2.3.5	Papenburg, zaak C-226/08	134
2.3.6	Consequenties uit de arresten Papenburg en S-18 voor het Nederlandse recht	136
2.3.7	Tussenconclusie	139
2.4	Voorbeelden van conflicten tussen het Nederlandse recht en Europeesrechtelijke eisen voor bestaande activiteiten	140
2.4.1	Overgangsrecht Besluit milieu-effectrapportage	140
2.4.2	Bestaand gebruik in de Natuurbeschermingswet 1998	140
2.4.3	Conclusie	143
3	**Vorm bepaalt inhoud?**	**144**
3.1	Inleiding	144
3.2	Overgangsrecht	145
3.2.1	Bestemmingsplannen	146
3.2.2	Activiteitenbesluit	148
3.2.3	Onttrekking van water: Grondwaterwet en Waterwet	150
3.2.4	Vergunningvereisten oprichten inrichting	151
3.2.5	Vergunningvereiste natuurbeschermingswetten	153
3.2.6	Tijdelijke vergunningen Wm en Wabo	159
3.2.7	Conclusie	161

* Met dank aan Philippe Boijmans en Anette Bolton voor de uitstekende hulp bij het schrijven van dit stuk.

** Prof. dr. C.W. Backes is Hoogleraar Bestuursrecht aan de Maastricht University.

3.3 Wijziging en intrekking van vergunningen 164
3.3.1 Bouwen 165
3.3.2 De exploitatie van inrichtingen 165
3.3.3 Intermezzo: wijziging en intrekking van vergunningen voor inrichtingen naar Duits recht 170
3.3.4 Projecten en plannen 172
3.3.5 Handelingen in watersystemen 173
3.3.6 Conclusie 173

4 Verschillende vormen van de regulering van inrichtingen vergeleken 178

5 Concluderende stellingen 182

Stellingen 185

1 Het omgevingsrecht: een bijzonder dynamisch rechtsgebied?

Nederland blijft Nederland, gronden kunnen niet worden uitgewisseld en Waal en Maas zullen ook over vijftig jaar nog ongeveer daar stromen waar zij dat thans ook doen. De fysische ruimte die onderwerp is van het omgevingsrecht is dus in hoge mate constant of stabiel.[1] Daar staat tegenover dat de wensen om gebruik te maken van de ruimte, de natuurlijke en milieuhygiënische toestand van de ruimte, de technieken om toekomstige schadelijke gevolgen van gewenst ruimtegebruik te voorkomen of historische schade ongedaan te maken alsmede de inzichten over wenselijk en onwenselijk ruimtegebruik in hoog tempo veranderen. Nu de ruimte zelf niet verandert, heeft het recht een belangrijke ordenende functie voor de dynamiek van het ruimtegebruik. Enerzijds stelt het recht beperking aan wensen van grondeigenaren en grondgebruikers om het bestaande ruimtegebruik te veranderen. Dat is bijvoorbeeld de kernfunctie van het bestemmingsplan. Anderzijds is omgevingsrecht ook nodig om door de overheid gewenste wijzigingen in het ruimtegebruik te (laten) realiseren. Als de kwaliteit van natuurgebieden achteruitgaat, moet het beheer daarvan en het gebruik van omliggende gronden worden aangepast om deze ontwikkeling te keren. Als een bedrijf verouderde technieken toepast en daardoor onnodig veel schadelijke stoffen uitstoot die gezondheidsgevaren tot gevolg hebben, moet het bedrijf gedwongen kunnen worden zijn productie aan te passen. Als een landbouwbedrijf geen brood meer ziet in het verbouwen van gewassen, maar de bedrijfsgebouwen wil ombouwen tot een vakantiepark, rijst de vraag of dat met het oog op algemene belangen en belangen van de omwonenden kan worden toegelaten. Het recht moet dus de dynamiek van het ruimtegebruik reguleren en faciliteren. De vraag hoe daarbij met bestaande situaties, gewekte verwachtingen en expliciet of impliciet toegekende rechten dient te worden omgegaan is een centraal vraagstuk in het omgevingsrecht. Zijn algemene regels die een bepaald ruimtegebruik voor de toekomst verbieden zonder meer van toepassing als een terrein al decennia op deze wijze wordt gebruikt? Geldt dat ook als dat gebruik expliciet is vergund? Is het daarbij van belang of het verbod nodig is om aan Europeesrechtelijke vereisten te voldoen? Maakt het een verschil of het gaat om een op grond van de Waterwet

1 In een waterland als Nederland bestaan daar echter belangrijke uitzonderingen op. Zo wordt bijvoorbeeld gediscussieerd over de verhoging van het peil van het IJsselmeer met 1,5 meter. Dat zou een dynamisch omgevingsrecht met mogelijkheden tot herverdeling van waterrechten vereisen; zie H.F.M.W. van Rijswick, 'De verdeling van schaarse waterrechten', in: F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011 p. 150 e.v.

toegestane onttrekking, een voor een Natura 2000-gebied schadelijke handeling of een in een bestemmingsplan gereguleerde vorm van grondgebruik?

Dat het ruimtegebruik dynamisch is en het omgevingsrecht deze dynamiek reguleert, is niets nieuws. Bekijkt men foto's van de ontwikkeling van een bepaald gebied in Nederland in de afgelopen honderd jaar, dan wordt duidelijk hoe snel en intensief het gebruik van de ruimte verandert. Dat de vraag hoe het omgevingsrecht dient om te gaan met bestaand grondgebruik bijzonder relevant is in een klein land als Nederland met een zeer hoge bevolkingsdichtheid en ruimtedruk en met een deels door zijn geografische ligging bepaalde hoge milieudruk,[2] is ook niet nieuw. Toch zijn er enkele redenen waarom het juist thans bijzonder belangrijk lijkt om te reflecteren hoe het omgevingsrecht omgaat met bestaande situaties en bestaande rechten. Om de noodzakelijke milieukwaliteit, bijvoorbeeld met betrekking tot luchtkwaliteit of stikstofdepositie, te kunnen realiseren, is het instrumentarium van vergunningverlening en algemene regels ontoereikend gebleken. Voor een aantal milieuvraagstukken is of wordt daarom een programmatische aanpak ontwikkeld om de doelen van het milieu-, water-, en natuurbeleid op een efficiënte wijze te kunnen halen.[3] Juist bij een programmatische aanpak rijst de vraag hoe met in het verleden verleende vergunningen en bestaand gebruik dient te worden omgegaan. De nodige ontwikkelingsruimte voor activiteiten moet vaak gevonden worden in een verbetering van bestaand gebruik en in het intrekken van verleende, maar niet gebruikte milieugebruiksruimte.[4] Een andere reden om juist nu te analyseren hoe in het omgevingsrecht wordt omgegaan met bestaande situaties, verwachtingen en rechten is de ontwikkeling van een integrale Omgevingswet. Het kabinet beoogt een inhoudelijk integrale wet tot stand te brengen die in de plaats komt van een belangrijk deel van de thans bestaande ruim zestig omgevingsrechtelijke wetten.[5] Dat betreft dus ook de vraag hoe in de te integreren wetten wordt omgegaan met bestaande situaties en bestaande rechten. Wil men tot een inhoudelijk integrale regeling komen, dan rijst de vraag hoe in de bestaande wetten wordt omgegaan met dit vraagstuk. Als bijvoorbeeld de mogelijkheden tot wijziging en intrekking van vergunningen in de verschillende omgevingswetten verschillen en de wetgever niet wil volstaan met een 'paperclip-bepaling' zoals thans bijvoorbeeld voorzien in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), dan rijst de vraag welke oplossing in de Omgevingswet moet prevaleren. Mede daarom wordt in dit stuk,

---

2 Zie over enkele voor Nederland kenmerkende karakteristieken: VROM-Raad, *Brussels lof*, Den Haag 2008, p. 25 e.v.

3 Zie hierover bijvoorbeeld de bijdragen van N.S.J. Koeman, H.F.M.W. van Rijswick en Ch.W. Backes in het liber amicorum voor P.P.J van Buuren, A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 223 e.v. (Backes), p. 391 e.v. (Koeman) en p. 455 e.v. (Van Rijswick).

4 Zie bijvoorbeeld Adviesgroep Huys, Meer dynamiek bij de uitvoering van nationale en Europese natuurwetgeving, Deen Haag 2009, <www.eerstekamer.nl/id/vi6fhx3jqevi/document_extern/w31038hbriefminlnv090630bijl/f=/vi6fhxxsj6vp.pdf>), p. 10 of: staatssecretaris van EL en I, *Voortgang Programmatische Aanpak Stikstof*, Brief aan de Tweede Kamer van 15 december 2011, p. 2.

5 Ministerie van IenM, *Factsheet aanpak en eerste gedachten Omgevingswet*, Den Haag, december 2011, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ruimtelijke-ordening/documenten-en-publicaties/brochures/2011/12/16/factsheet-aanpak-en-eerste-gedachten-omgevingswet.html>, p. 4.

met name in hoofdstuk 3, een vergelijking gemaakt hoe in de verschillende omgevingsrechtelijke wetten wordt omgegaan met het rekening houden met bestaande situaties en het beschermen van bestaande rechten.

2 Europeesrechtelijke randvoorwaarden

Nu een groot deel van het omgevingsrecht dient ter omzetting van EU-rechtelijke verplichtingen, rijst de vraag of het EU-recht randvoorwaarden stelt aan de omgang met bestaande activiteiten en bestaande rechten in Nederland. Het lijkt zinvol eerst deze randvoorwaarden te analyseren voordat over de ontwikkeling van het Nederlandse recht wordt nagedacht.

2.1 Europeesrechtelijk overgangsrecht, algemene uitgangspunten

Net als in het Nederlandse bestuursrecht is er ook in het Europees recht geen generieke, in beginsel op alle EU-verordeningen en –richtlijnen toepasbare regeling van het overgangsrecht. Terwijl Nederlandse wetten doorgaans expliciete overgangsrechtelijke bepalingen bevatten, ontbreken dergelijke regels in de vele verordeningen en richtlijnen op het terrein van het omgevingsrecht die voor het eerst worden vastgesteld. Er zijn echter ook uitzonderingen. Zo bepaalt artikel 13 van Richtlijn strategische milieubeoordeling (2001/42/EG) dat de verplichtingen uit de richtlijn van toepassing zijn voor plannen waarvoor de eerste formele voorbereidende handeling plaatsvindt na 21 juli 2004. Artikel 5 IPPC-Richtlijn bevat een regeling van uitgestelde werking voor installaties die op het moment van het van kracht worden van de richtlijn al bestaan. Voor deze installaties hoefde pas acht jaar na het verstrijken van de omzettingstermijn aan de eisen van de richtlijn te zijn voldaan. Meer aandacht voor het overgangsrecht heeft de Europese wetgever indien bestaande verordeningen of richtlijnen worden herzien. Men zou geneigd kunnen zijn om aan te nemen dat, zolang richtlijnen tijdig in nationaal recht worden omgezet en tijdig voor operationalisering van verordeningen wordt gezorgd, de regeling van het overgangsrecht bij gebreke van EU-rechtelijke eisen, een zaak van nationale autonomie is. Dat is echter niet het geval. Door een ruim overgangsrecht, bijvoorbeeld in een nationale wet ter omzetting van een EU-richtlijn, zou immers de effectieve doorwerking van het EU-recht kunnen worden belemmerd, ook al wordt de desbetreffende richtlijn tijdig in nationaal recht omgezet. Vertrekpunt zijn daarom de algemene, in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontwikkelde, EU-rechtelijke regels over de toepasselijkheid van EU-recht op bij het van kracht worden van een regel bestaande situaties.[6] Enerzijds geldt als vertrekpunt dat 'een nieuwe regeling onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane

6 Zie hierover nader N.A. de Vos, *Europeanisering van het vertrouwensbeginsel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 128 e.v.

situatie.'[7] Anderzijds geldt ook dat het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel tot gevolg hebben dat nieuwe materiële communautaire rechtsregels alleen gelden ten aanzien van vóór de inwerkingtreding ervan verworven rechtsposities voor zover uit de desbetreffende Europeesrechtelijke norm duidelijk blijkt dat deze terugwerkende kracht dienen te hebben.[8] Bepalend is dus het antwoord op de vraag of sprake is van een 'verworven rechtspositie', dan wel slechts van de toekomstige gevolgen van een onder een oud regime ontstane situatie. Deze algemene uitgangspunten hebben enerzijds weerslag gevonden in diverse bepalingen in verordeningen en richtlijnen die expliciet eisen stellen aan de omgang met bestaande activiteiten of de kracht van verworven rechtsposities expliciet regelen (paragraaf 2.2). Voorts werden de algemene uitgangspunten uitgewerkt in jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over de reikwijdte in de tijd van richtlijnbepalingen (paragraaf 2.3).

2.2 Specifieke eisen aan het overgangsrecht en de omgang met bestaande rechten in secundair EU-recht

Naast de in paragraaf 2.3 te behandelen vraag vanaf welk moment eisen uit de EU-regelgeving op het terrein van het omgevingsrecht van toepassing zijn, bevatten EU-verordeningen en richtlijnen ook expliciete bepalingen over de vraag in welke omvang de lidstaten bestaande rechten mogen toekennen of bestaande rechten moeten heroverwegen en eventueel herzien. Enkele voorbeelden daarvan worden hierna besproken.

2.2.1 *Artikel 4 Richtlijn 2006/11/EG*

Richtlijn 2006/11/EG (voorheen Richtlijn 76/464/EEG) bevat eisen omtrent de lozing van gevaarlijke stoffen in het water. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde 'zwarte lijst-stoffen' (lijst I van bijlage I bij de richtlijn) en 'grijze lijst-stoffen' (lijst 2 van bijlage I bij de richtlijn). Zwarte lijst-stoffen zijn dusdanig gevaarlijk voor het (aquatisch) ecosysteem dat hun gebruik op den duur geheel moet worden beëindigd. Artikel 4 Richtlijn 2006/11/EG bepaalt daarom dat dergelijke stoffen alleen mogen worden geloosd als daarvoor een vergunning is verleend en dat een vergunning uitsluitend tijdelijk mag worden verleend. Aan de eisen van de richtlijn moest dus vanaf 5 mei 1976 worden voldaan. Overigens zal de eis van een tijdelijke vergunning eind 2013 komen te vervallen. Dan vervalt Richtlijn 2006/11/EG en komt daarvoor in de plaats de Kaderrichtlijn water (Richtlijn 2000/60/EG) die geen dergelijke eis meer bevat.

De eis dat lozingsvergunningen voor zwarte lijst-stoffen slechts tijdelijk mogen worden verleend, was lange tijd niet in de Nederlandse wetgeving omgezet.

---

7 Vaste rechtspraak, bijvoorbeeld HvJ EG 10 juli 1986, zaak 270/84 (*Licata/Economisch en sociaal comité*), overweging 31 of HvJ EG 29 januari 2002, zaak C-162/00 (*Pokrzeptowicz-Meyer*), overweging 50.

8 Vaste rechtspraak, bijvoorbeeld HvJ EG 10 februari 1982, zaak 21/81 (*Bout*), overweging 13, HvJ EG 15 juli 1993, zaak C-34/92 (*Grusa Fleisch*), overweging 22 of HvJ EG 29 januari 2002, zaak C-162/00 (*Pokrzeptowicz-Meyer*), overweging 49.

Dergelijke lozingen werden toegestaan op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo) dan wel op grond van de Wet milieubeheer (Wm). Voor zover een lozingsvergunning voor onbepaalde tijd werd aangevraagd, was het op grond van de Wvo niet mogelijk de vergunning slechts tijdelijk te verlenen dan wel de aanvraag om die reden af te wijzen. Deze lacune in de wetgeving werd in 2003, dus 27 jaar na het van kracht worden van Richtlijn 76/464/EEG, gerepareerd door de Regeling tijdelijke vergunning voor lozing van zwarte lijst-stoffen.[9]

2.2.2 *IPPC-Richtlijn (Richtlijn 2008/1/EG) en Richtlijn industriële emissies (Richtlijn 2010/75/EU)*

Artikel 5 IPPC-Richtlijn

De IPPC-Richtlijn (Richtlijn 2008/1/EG, voorheen Richtlijn 1996/61/EG) bevat enkele voorschriften die de ruimte van de lidstaten om bestaande rechten van vergunninghouders te erkennen aanzienlijk beperken. Om te beginnen bevat artikel 5 een overgangsrechtelijke regeling. Het artikel schrijft uitgestelde werking van de richtlijn[10] voor, voor installaties die op het tijdstip van het van kracht worden van de richtlijn bestonden. Deze installaties dienden uiterlijk op 30 oktober 2007 feitelijk aan de eisen van de richtlijn te voldoen.[11] Afhankelijk van de noodzaak tot feitelijke aanpassingen, dienden de vergunningen voor deze installaties dus voor die tijd te zijn aangepast. Deze bepaling heeft geleid tot opname van artikel 22.1a in de Wm en artikel 31c in de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. In artikel 22.1a Wm is bepaald dat het bevoegd gezag er zorg voor dient te dragen dat de vergunningen voor onder de IPPC-Richtlijn vallende installaties op genoemde datum in overeenstemming zijn met de eisen die ter uitvoering van de IPPC-Richtlijn zijn gesteld. Deze bepalingen werden echter pas door wet van 16 juli 2005, na ingebrekestelling door de Europese Commissie, in de Wm en de Wvo opgenomen.[12] Opnieuw werd dus onvoldoende, respectievelijk (zes jaar) te laat rekening gehouden met de randvoorwaarden van het Europees recht.[13]

Artikel 81 en 82 Richtlijn industriële emissies

Op 6 januari 2011 is de Richtlijn industriële emissies (Richtlijn 2010/75/EU) in werking getreden. Op 7 januari 2013 dient aan de eisen van deze richtlijn voldaan te zijn. Op 7 januari 2014 zal de IPPC-Richtlijn komen te vervallen (artikel 81 lid 1 Richtlijn 2010/75/EU). Artikel 82 van de Richtlijn industriële emissies bevat uitgebreide overgangsrechtelijke bepalingen waarin is vastgelegd welke (nationale) bepalingen, die dienen ter omzetting van verplichtingen uit de richtlijn, ten aanzien van welke soort van bestaande inrichting vanaf welke datum dienen te worden toegepast. Ook hier gaat het dus om een voorbeeld van (gedeeltelijk) uitgestelde werking, waarbij echter

---

9 *Stcrt.* 2003, 184.
10 Meer exact van de artikelen 3, 7, 9, 10 en 13, artikel 14, onder a en b, en artikel 15 lid 2.
11 Zie nader J.H.G. van den Broek, 'IPPC-proef op 30 oktober 2007', *M en R* 2007, p. 81 e.v.
12 *Stb.* 2005, 432.
13 Kritisch ook S.H.E. Bastiaans, 'IPPC en veehouderijen', *M en R* 2009, p. 73 e.v., die van opvatting is dat de nationale overgangstermijnen voor 'IPPC-stallen', waarop hier niet wordt ingegaan, in strijd met de richtlijn zijn.

de periode van het uitstel met maximaal drie jaar aanzienlijk korter is dan dit op grond van de IPPC-Richtlijn het geval was.

Artikel 13 IPPC-Richtlijn en artikel 21 Richtlijn industriële emissies
Voorts bepaalt artikel 13 lid 1 IPPC-Richtlijn dat de bevoegde autoriteiten de vergunningvoorwaarden 'geregeld' toetsen en zo nodig aanpassen. Dit moet bijvoorbeeld geschieden indien zich belangrijke veranderingen in de beste beschikbare technieken voordoen en daardoor een belangrijke beperking van de emissies zonder 'buitensporige kosten' mogelijk is of indien nieuwe wettelijke eisen in het gemeenschapsrecht of het recht der lidstaten dat noodzakelijk maken.

In de Richtlijn industriële emissies is een vergelijkbare bepaling opgenomen. Ingevolge artikel 21 lid 1 moeten de bevoegde instanties 'geregeld' alle vergunningvoorwaarden toetsen en bijstellen als dat nodig is om de naleving van deze richtlijn te garanderen. Lid 3 van artikel 21 bepaalt nader dat een dergelijke toetsing onder andere, naast de gevallen die al in artikel 13 IPPC-Richtlijn waren genoemd, moet geschieden binnen vier jaar na het verschijnen van een 'besluit over BBT-conclusies' zodat alle installaties binnen die periode aan de BBT-conclusies voldoen. BBT-conclusies zijn, iets vereenvoudigd gezegd, de tussen de lidstaten en de Commissie overeengekomen eisen van de beste beschikbare technieken die op dat moment aan bepaalde typen installaties moeten worden gesteld.

De IPPC-Richtlijn en nog meer de Richtlijn industriële emissies bevatten dus verplichtingen die een regelmatige toetsing en actualisering van de vergunningen voor onder de richtlijn vallende installaties eisen. Daardoor moet verzekerd worden dat de dynamiek van de techniek en nieuwe milieuhygiënische eisen doorwerken in de vergunningvoorschriften en dat bestaande installaties, indien noodzakelijk, binnen de tamelijk korte tijd van maximaal vier jaar, worden aangepast om aan de beste beschikbare technieken te voldoen en de daaruit voortvloeiende emissiemaxima niet te overschrijden. De mogelijkheden van de lidstaten om aan aanvragers bestaande rechten tot het oprichten en in werking hebben van een installatie toe te kennen worden daardoor beperkt.

2.3 Uitwerking van de algemene uitgangspunten op het terrein van het omgevingsrecht in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU

Op het terrein van het omgevingsrecht heeft het Hof van Jusitie in een reeks arresten de eisen aan het overgangsrecht en aan het omgaan met bestaande activiteiten uitgewerkt. Dat gebeurde vooral in arresten met betrekking tot de M.e.r.-richtlijn en de Habitatrichtlijn.

2.3.1 *Bund Naturschutz Bayern, zaak C-431/92*

In een arrest van 9 augustus 1994[14] was de vraag aan de orde of een m.e.r. moest worden opgesteld voor een project dat op het tijdstip van het verstrijken van de verplichting tot omzetting van de M.e.r.-richtlijn (Richtlijn 85/337/EG) nog niet was vergund, maar waarvoor de procedure tot vergunningverlening al voor het verstrijken van de omzettingstermijn was gestart. Het Hof bepaalde dat de verplichtingen uit Richtlijn 85/337/EG niet gelden voor dergelijke 'pijplijnprojecten'. Gezien het feit dat de M.e.r.-richtlijn eisen stelt aan de totstandkomingsprocedure voor vergunningen, is het niet zo verbazend dat deze eisen niet gelden voor projecten waarvan de procedure al gevorderd is op het tijdstip waarop de richtlijneisen ingaan. Nu het moment van het starten van een procedure tot vergunningverlening voldoende duidelijk kan worden vastgesteld, gebiedt het rechtszekerheidsbeginsel hierbij aansluiting te zoeken, aldus het Hof. Dit moment is 'het enige criterium dat in overeenstemming is met het rechtszekerheidsbeginsel en het nuttig effect van de richtlijn kan handhaven.'[15]

2.3.2 *B en W van Haarlemmerliede en Spaarnwoude (Ruigoord 2), zaak C-81/96*

En detail laat de uitspraak *Bund Naturschutz in Bayern* nog een reeks vragen onbeantwoord die in daarop volgende arresten aan de orde kwamen. Zo had de Nederlandse Raad van State vragen of een m.e.r.-plicht ook geldt ten aanzien van een bestemmingsplan dat, wat de m.e.r.-plichtige projecten aangaat, slechts een continuering van het bestaande, vorige bestemmingsplan inhoudt. Het ging daarbij om het bestemmingsplan 'Ruigoord 1992' voor een deel van het (toekomstige) westelijk Amsterdams havengebied. De m.e.r.-plichtige werken waren al voorzien in een bestemmingsplan uit 1968, maar werden vele jaren niet uitgevoerd. In een nieuw plan van 1992 waren wederom mogelijkheden tot uitbreiding van de haven opgenomen. Naar Nederlands recht zou het bestemmingsplan m.e.r.-plichtig zijn geweest, ware het niet dat het toenmalige overgangsrecht (artikel 9.2 Besluit m.e.r.) bepaalde dat het maken van een milieueffectrapport niet verplicht is in de gevallen waarin een 'activiteit' in de zin van het Besluit m.e.r. reeds was opgenomen in een geldend structuur- of bestemmingsplan dan wel in een geldend streekplan.

In zijn antwoorden op de prejudiciële vragen van de Raad van State van 18 juni 1998[16] bepaalt het Hof dat het nieuwe bestemmingsplan dat na verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn in procedure wordt gebracht wel m.e.r.-plichtig is. Het moment van het in procedure brengen van een besluit waarmee een project wordt vergund is, aldus het Hof, 'het enige criterium dat in overeenstemming is met het rechtszekerheidsbeginsel en het nuttig effect van de richtlijn kan handhaven.'[17]

---

14 HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-431/92 (*Bund Naturschutz in Bayern*).
15 HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-431/92 (*Bund Naturschutz in Bayern*).
16 HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-81/96 (*B en W van Haarlemerliede en Spaarnwoude*, ook bekend als '*Ruigoord*-arrest').
17 HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-81/96 (*B en W van Haarlemerliede en Spaarnwoude*, ook bekend als '*Ruigoord*-arrest'), overweging 23.

Uitdrukkelijk merkt het Hof daarbij op dat de richtlijn zelf geen overgangsrechtelijke bepalingen bevat. Zou een uitzondering op dit uitgangspunt moeten gelden voor projecten die ook al eerder in een bestemmingsplan waren voorzien en dus waren 'vergund' in de zin van de richtlijn,[18] dan zou de nuttige werking van de richtlijn worden ondergraven, aldus het Hof.[19] De nationaalrechtelijke overgangsrechtelijke regel, artikel 9.2. Besluit m.e.r., is als gevolg van dit arrest van het Hof uit de Nederlandse wetgeving geschrapt.

2.3.3 Commissie/Oostenrijk (S 18), zaak C-209/04

Hoewel chronologisch van latere datum, verdient het arrest *autoweg S 18*, ofwel *Commissie/Oostenrijk*, van 23 maart 2006[20] hier kort bespreking. In dat arrest was de vraag aan de orde of het vereiste van een passende beoordeling conform artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn gold voor de snelweg S 18. De procedure tot vaststelling van het tracé van de S 18 was in 1992 begonnen. Oostenrijk is op 1 januari 1995 toegetreden tot de EU. Het tracévaststellingbesluit dateerde van 8 april 1997. Vervolgens werd in januari 1999 de procedure tot verlening van de bouwvergunning gestart. Het Hof herhaalde dat de start van de procedure het enige formele criterium is dat als peildatum voor het ingaan van de verplichtingen uit artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn kan worden gehanteerd. De procedure tot verlening van de bouwvergunning is, aldus het Hof, formeel ingeleid in 1992. Derhalve golden de verplichtingen uit de Habitatrichtlijn niet voor dit project.

Een verschil tussen de eisen uit de M.e.r.-richtlijn, waarop de door het Hof aangehaalde uitspraken betrekking hadden, en de Habitatrichtlijn, is dat het bij de Habitatrichtlijn niet slechts om procedurele eisen gaat, maar om een materiële maatstaf voor het beslissen over vergunningaanvragen. Dit verschil is voor het Hof niet relevant. Ook materiële eisen uit het EU-recht gelden dus niet voor projecten waarvan de procedure van vergunningverlening is ingeleid voordat de EU-rechtelijke verplichting van kracht werd. Zeer duidelijk komt dit tot uitdrukking in rechtsoverweging 57: 'Het gaat niet aan dat procedures die op nationaal niveau reeds gecompliceerd zijn en die formeel zijn ingeleid vóór het verstrijken van de termijn tot omzetting van deze richtlijn, worden verzwaard en vertraagd ten gevolge van specifieke eisen die door deze richtlijn worden voorgeschreven, en dat daardoor reeds ontstane situaties worden geraakt.' Opmerkelijk is voorts dat het Hof de procedure tot vaststelling van het tracé en de procedure tot verlening van de bouwvergunning als een geheel lijkt te beschouwen hoewel het formeel twee verschillende procedures met twee verschillende besluiten zijn. Met het oog op de door het Hof in het

---

18 Een gedetailleerd bestemmingsplan geeft het recht tot uitvoering van het project en moet daarom worden gekwalificeerd als een 'vergunning' in de zin van de richtlijn, zie M.A.A. Soppe, Milieueffectrapportage en ruimtelijke ordening, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, p. 172 e.v.

19 HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-81/96 (*B en W van Haarlemerliede en Spaarnwoude*, ook bekend als '*Ruigoord*-arrest'), overweging 27.

20 HvJ EG 23 maart 2006, zaak C-209/04 (*Commissie/Oostenrijk, S 18*).

Ruigoord 2-arrest gevolgde denklijn had men ook een tegengestelde beslissing kunnen begrijpen.

2.3.4 *Kokkelvisserij, zaak C-127/02*

In het *Kokkelvisserij*-arrest ging het, voor zover voor ons relevant, om de vraag of een al sinds vele jaren, ook al ruim voor het van kracht worden van de verplichtingen uit de Habitatrichtlijn, verrichte activiteit die echter jaarlijks opnieuw wordt getoetst, als nieuw project moet worden aangemerkt of als bestaande activiteit moet worden beschouwd. Indien het om een nieuwe activiteit gaat, moet voorafgaande aan de toelating een passende beoordeling worden verricht waarin wordt nagegaan of de visserijactiviteiten significante effecten op het aangewezen beschermingsgebied hebben. Zijn significante effecten mogelijk, dan gelden specifieke criteria voor de vraag of de activiteit toegelaten kan worden. Het Hof was in zijn antwoord vrij kort. Nu elk jaar opnieuw wordt beoordeeld of, en zo ja in welk gebied, de activiteit afhankelijk van de zich op dat moment voordoende ecologische omstandigheden mag worden uitgeoefend, gaat het om een nieuwe activiteit waarvoor een passende beoordeling moet worden verricht. Dat de activiteit feitelijk al vele jaren plaatsvindt, maakt dat niet anders.

De uitspraak van het Hof is op dit punt weinig verrassend, tenminste op het eerste gezicht. Als het immers op grond van nationaal recht vanwege ecologische gronden nodig is om de toelaatbaarheid van een activiteit jaarlijks opnieuw te beoordelen, dan moeten ook de Europeesrechtelijke criteria en eisen gelden die nu juist zijn geschreven om de ecologische toelaatbaarheid van activiteiten te beoordelen. Dat lijkt vrij logisch, maar heeft wel een aantal consequenties. Indien het Europees recht strengere criteria ter beoordeling van dergelijke activiteiten bevat dan op grond van het nationale recht in het verleden golden, dan moeten deze strengere criteria zonder meer worden toegepast. Dat kan tot gevolg hebben (en had feitelijk ook tot gevolg) dat een activiteit opeens niet meer kan worden toegelaten hoewel de ecologische omstandigheden niet veranderd zijn. Het vertrouwen van de marktdeelnemers dat hun activiteit onder bepaalde ecologische condities steeds weer vergund wordt en vergunbaar is, wordt niet beschermd. De spelregels voor de toelaatbaarheid van de activiteit mogen gewijzigd worden.

2.3.5 *Papenburg, zaak C-226/08*

Het arrest *Papenburg* bouwt voort op het *Kokkelvisserij*-arrest, maar gaat duidelijk verder. Ditmaal ging het om onderhoudsbaggerwerkzaamheden die telkenmale moeten worden verricht, maar op grond van nationaal recht niet steeds weer hoeven te worden beoordeeld en vergund. De onderhoudswerkzaamheden zijn, voordat het desbetreffende gebied werd aangewezen als speciale beschermingszone (artikel 4 Habitatrichtlijn), voor onbepaalde tijd vergund.

Al in een arrest tegen Ierland van 13 december 2007 had het Hof beslist dat onderhoudswerkzaamheden aan een bestaand werk dat vóór het van kracht worden van de richtlijnverplichtingen is gebouwd, een nieuw project is dat aan de habitattoets van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn moet worden onderworpen. Dat kan in het uiterste

geval dus ook betekenen dat het onderhoud niet mag worden verricht en dus het werk uiteindelijk moet worden opgegeven. Later ingegane richtlijnverplichtingen kunnen dus wel degelijk gevolgen hebben voor eerder gebouwde werken.[21]

Anders dan in het *Ierland*-arrest waren de onderhoudswerkzaamheden in het *Papenburg*-arrest echter expliciet vergund voordat de richtlijnverplichtingen van kracht werden. Het Hof laat het antwoord op deze vraag in deze casus uiteindelijk open en over aan de nationale rechter. Ook de criteria die deze rechter meekrijgt om de knoop door te hakken zijn niet erg duidelijk. Als ik het goed begrijp, hangt het antwoord ervan af of er telkens een nieuwe beoordeling nodig is en of de omstandigheden en de toelaatbaarheid van de baggerwerkzaamheden veranderen of niet. Gaat het om regelmatige herhaling van dezelfde werkzaamheden onder dezelfde condities zonder dat een herhaalde beoordeling nodig is, dan zijn alle werkzaamheden als één project te beschouwen. Een dergelijke interpretatie van het arrest zou overeenkomen met het in het *Kokkelvisserij*-arrest bepaalde.

Belangrijker dan de uiteindelijke beslissing zijn voor ons thema enkele overwegingen van het Hof. Ten eerste stelt het Hof vast dat het feit dat voor een project op grond van nationaal recht toestemming voor onbepaalde tijd is verleend, 'op zich' nog niet betekent dat hetgeen met deze toestemming wordt ondernomen niet toch als apart project moet worden beschouwd. Anders zou de mogelijkheid bestaan om bepaalde soorten projecten bij voorbaat aan de werking van de Habitatrichtlijn te onttrekken, aldus het Hof. Nog duidelijker wordt deze gedachtegang in de conclusie van advocaat-generaal (A-G) Sharpston in deze zaak. Delen van een reeds eerder vergund project, die 'zonder kunstgrepen' zijn te onderscheiden van andere delen van dat project, moeten toch nog aan verplichtingen uit gemeenschapsrecht onderworpen worden die ingaan nadat al een onherroepelijke vergunning op grond van nationaal recht is verleend, aldus de A-G. Het gaat dus om de vraag of een handeling van EU-recht – in casu een richtlijn – van invloed kan zijn op een rechtssituatie die in het leven is geroepen door een administratief besluit dat krachtens nationaal recht is vastgesteld.[22] A-G en Hof beantwoorden deze vraag bevestigend. Door een nationale toestemming die voor de afloop van de termijn voor omzetting van een richtlijn is verleend kan een lidstaat de Gemeenschap niet zodanig binden 'dat zij haar beleid op het gebied van milieubescherming en haar in artikel 2 EG verankerde opdracht om een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu te bevorderen, niet kan aanvangen of voortzetten.'[23] Het rechtszekerheidsbeginsel verlangt niet dat zich met betrekking tot reeds vergunde handelingen geen wetswijziging voordoet, 'maar veeleer dat de wetgever rekening houdt met de bijzondere situaties van de marktdeelnemers en zo nodig voorziet in aanpassingen aan de toepassing van nieuwe rechtsregels.'[24] Bovendien is het vaste rechtspraak dat 'aan het vertrouwensbeginsel niet een dusdanig ruime draagwijdte mag worden gegeven dat een nieuwe regeling nooit van toepassing zou kunnen zijn op de toekomstige

---

21 HvJ EG 13 december 2007, zaak C-418/04 (*Ierland*), overweging 256 e.v.
22 Conclusie A-G 9 juli 2009, zaak C-226/08 (*Stadt Papenburg*), overweging 60.
23 Conclusie A-G 9 juli 2009, zaak C-226/08 (*Stadt Papenburg*), overweging 63.
24 Conclusie A-G 9 juli 2009, zaak C-226/08 (*Stadt Papenburg*), overweging 63.

gevolgen van situaties die onder de oude regeling zijn ontstaan', aldus de A-G en het Hof.[25]

Deze overwegingen zijn bijzonder interessant omdat artikel 6 Habitatrichtlijn een apart regime voor de regulering van bestaande activiteiten bevat. Het potentiële conflict tussen het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel enerzijds en de noodzaak tot een effectieve bescherming van het Natura 2000-netwerk anderzijds was dus op zich makkelijk oplosbaar geweest door een verwijzing naar de verplichtingen uit artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn, hetgeen ook door de Commissie werd voorgesteld. A-G en Hof benadrukken echter dat het er niet om gaat bestaande rechten te wijzigen, maar om een beperking van de mogelijkheden van het nationaal recht tot toekenning van bestaande rechten. Mijns inziens hebben de arresten *Kokkelvisserij* en *Papenburg* een algemene, veel bredere betekenis dan alleen voor de Habitatrichtlijn of het omgevingsrecht. Het gaat hier principieel om de verhouding tussen een beroep op op grond van nationaal recht verleende toestemmingen van onbegrensde duur en later van kracht geworden Europeesrechtelijke verplichtingen. Op grond van nationaal recht verleende toestemmingen kunnen door later EU-recht worden 'ingehaald' indien dat nodig is om het nuttig effect van de richtlijn te waarborgen. Of anders gezegd, het EU-recht kan de rechtsgevolgen van voor het van kracht worden van het EU-recht verleende nationale toestemmingen beperken. Een nationaalrechtelijke vergunning geeft dus niet zonder meer een bestaand recht om werkzaamheden te verrichten die het met de richtlijn nagestreefde doel in gevaar brengen, ook al is die vergunning voor het van kracht worden van de richtlijnverplichtingen verleend.[26]

2.3.6 Consequenties uit de arresten Papenburg en S-18 voor het Nederlandse recht

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft uit het *Papenburg*-arrest en het *S-18*-arrest afgeleid dat de in artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn vervatte procedure voor voorafgaande beoordeling van de gevolgen van het project niet geldt indien voor een project op grond van de Natuurbeschermingswet toestemming is verleend voor de datum van vaststelling van de lijst van gebieden van communautair belang op 7 december 2004. Hierop bestaat een uitzondering indien het betrokken gebied is aangewezen als speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn.[27] Voor speciale beschermingszones in de zin van de Vogelrichtlijn, die zijn aangewezen voor afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn, gelden de bepalingen van artikel 6, tweede, derde en vierde lid van de Habitatrichtlijn, volgens de Afdeling vanaf 10 juni 1994. Voor speciale beschermingszones in de zin van de Vogelrichtlijn, die zijn aangewezen na afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn, gelden de bepalingen van artikel 6, tweede, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn vanaf het van kracht worden van de aanwijzing.

---

25 Conclusie A-G 9 juli 2009, zaak C-226/08 (*Stadt Papenburg*), overweging 64, letterlijk overgenomen door het Hof, overweging 46.

26 HvJ EG 14 januari 2010, zaak C-226/08 (*Stadt Papenburg*), overweging 41 e.v.

27 ABRvS 16 maart 2011, 200909282/1/R2.

Dat allemaal lijkt mij zonder meer een juiste vertaling van de genoemde arresten van het Hof van Justitie. Het gevolg is bijvoorbeeld dat een project dat is begonnen in 1995 en significante schade kan toebrengen aan een voor 1995 als speciale beschermingszone op grond van de Vogelrichtlijn aangewezen gebied, aan een passende beoordeling had moeten worden onderworpen. Is dat niet geschied, dan is het project in strijd met de Habitatrichtlijn en kan niet worden gesproken van een bestaand recht waarmee rekening zou moeten worden gehouden.

Daarbij wordt echter aan één aspect (nog) onvoldoende aandacht besteed. Voor projecten die al voor afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn (10 juni 1994), maar na afloop van de omzettingstermijn van de Vogelrichtlijn (6 april 1981)[28] zijn gestart, gelden de verplichtingen van artikel 6 lid 3 en 4 Habitatrichtlijn niet. Echter, als deze projecten schadelijke gevolgen hebben voor een eerder op grond van de Vogelrichtlijn als speciale beschermingszone aangewezen gebied, dan zijn deze projecten tot stand gekomen in strijd met artikel 4 lid 4 Vogelrichtlijn, tenzij daarvoor een vergunning is verleend waarbij rekening is gehouden met dat toetsingskader. Doorgaans, bijvoorbeeld bij de oprichting of uitbreiding van veehouderijen, is dat niet het geval. Hetzelfde geldt ook voor het geval dat projecten met schadelijke gevolgen zijn verwezenlijkt in een gebied dat had moeten worden aangewezen als speciale beschermingszone.[29] Van bestaande rechten van dergelijke projecten kan dan ook mijns inziens niet worden uitgegaan. De arresten van het Hof van Justitie inzake *Papenburg* en *S-18*, die de Afdeling bestuursrechtspraak aanhaalt om haar opvatting over de juiste peildatum voor bestaande rechten te onderbouwen, zijn in zoverre ongeschikt. De in die arresten aan de orde zijnde gebieden waren niet als speciale beschermingszone op grond van de Vogelrichtlijn aangewezen en hadden, voor zover bekend, ook niet hoeven te worden aangewezen. De beide arresten bevatten derhalve geen regels die kunnen worden gehanteerd voor projecten in gebieden die wel voor 10 juni 1994 op grond van de Vogelrichtlijn hadden moeten worden of zijn aangewezen.[30] De vraag is hoe met dergelijke projecten thans omgegaan moet worden. Deze vraag kan rijzen indien een belanghebbende vraagt om handhaving omdat bijvoorbeeld een in 1985 opgerichte veehouderij of andere activiteit voortdurend schade toebrengt aan een sinds 1983 aangewezen vogelrichtlijngebied. Deze vraag speelt ook indien een dergelijke veehouderij wil uitbreiden en beroep doet op bestaande rechten zoals deze bijvoorbeeld uit een milieuvergunning die toentertijd is afgegeven zijn af te leiden. Mijns inziens kan dan, zoals gezegd, voor de toepassing van de natuurbeschermingswetgeving niet van bestaande rechten worden uitgegaan.[31] Het laten voortbestaan van een schadelijke situatie die in strijd met de verplichtingen uit artikel 4 lid 4 Vogelrichtlijn is ontstaan, blijft strijdig met het EU-recht.[32] Indien het gebied, zoals in ons voorbeeld, inmiddels wel als speciale

---

28 HvJ EG 13 december 2007, zaak C-418/04 (*Ierland*), overwegingen 31 en 32.
29 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 september 2007, zaak C-388/05 (*Commissie/Italië*).
30 Tot hetzelfde resultaat komt I. Viertelhauzen, 'Zijn de uitzonderingen voor bestaand gebruik in overeenstemming met de Vogel- en Habitatrichtlijn?', BR 2011, p. 16 e.v.
31 Zie in dit verband ABRvS 1 april 2009, 200807857/1/R2.
32 HvJ EG 20 september 2007, zaak C-388/05 (*Commissie/Italië*), overweging 24 e.v.

beschermingszone op grond van de Vogelrichtlijn, dan wel als beschermd gebied op grond van de Habitatrichtlijn is aangewezen, kan artikel 4 lid 4 Vogelrichtlijn niet meer als toetsingskader worden gebruikt, nu deze bepaling conform artikel 7 Habitatrichtlijn is vervangen door artikel 6 lid 2 t/m 4 Habitatrichtlijn. Dat artikel 6 Habitatrichtlijn pas van kracht is geworden nadat het project was gerealiseerd is in dit geval niet in strijd met de rechtszekerheid, nu deze bepaling in de plaats komt van eerdere, bij de realisatie van de activiteit geldende EG-rechtelijke verplichtingen die voor betrokkenen nog restrictiever waren dan de verplichtingen uit artikel 6 Habitatrichtlijn. De procedurele eisen uit artikel 6 Habitatrichtlijn kunnen aan betrokkenen dan niet (direct) worden tegengeworpen. Deze eisen bestonden immers niet toen het project werd gerealiseerd. De materiële eisen uit artikel 6 Habitatrichtlijn, die een versoepeling zijn van de destijds geldende materiële eisen uit artikel 4 lid 4 Vogelrichtlijn, gelden echter wel. Komt de vraag aan de orde in het kader van een vergunningaanvraag, bijvoorbeeld voor een wijziging of uitbreiding van de inrichting, dan moet bij de beoordeling van deze aanvraag het effect van de hele inrichting, en niet alleen het effect van de wijziging of uitbreiding worden bekeken. Feitelijk kan aan deze materiële eisen alleen worden voldaan door een passende beoordeling voor de gehele inrichting te maken en een vergunning slechts te verlenen als zeker is dat geen significante schade optreedt dan wel aan de criteria uit artikel 6 lid 4 Habitatrichtlijn wordt voldaan. Dat kan tot gevolg hebben dat de vergunning geweigerd moet worden. Gaat het om een handhavingsverzoek, dan zal dit verzoek in de regel moeten worden ingewilligd, maar alleen dan, als de met de materiële criteria uit artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn strijdige situatie niet op andere wijze kan worden opgelost. Indien de schadelijke effecten van de inrichting door andere maatregelen ongedaan kunnen worden gemaakt, is de strijd met de voordien uit artikel 4 lid 4 Vogelrichtlijn voortvloeiende, en thans door de materiële criteria uit artikel 6 lid 2 t/m 4 Habitatrichtlijn vervangen verplichtingen immers beëindigd. Het pure feit dat de inrichting geen toereikende vergunning heeft, hoeft geen gevolgen te hebben, nu ten tijde van de oprichting van de inrichting uit artikel 4 lid 4 Vogelrichtlijn geen expliciet vergunningvereiste voortvloeide. Artikel 4 lid 4 Vogelrichtlijn eiste immers dat geen schade aan de aangewezen gebieden wordt toegebracht, maar eiste niet het doorlopen van een vergunningprocedure voor potentieel schadelijke activiteiten.

Al met al acht ik dus de formule van de Afdeling dat de eisen uit artikel 6 lid 3 en 4 Habitatrichtlijn voor op grond van de Vogelrichtlijn voor afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn aangewezen gebieden vanaf 10 juni 1994 gelden onvolledig en daardoor verwarrend, zo niet onjuist. Een andere vraag is echter of het niet in strijd met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel zou zijn om een activiteit, zoals de exploitatie van een veehouderij, thans te verbieden omdat deze, om bij ons voorbeeld te blijven, in 1985, dus ongeveer 27 jaar geleden, in strijd met het Europees recht en zonder toereikende vergunning, is begonnen en sindsdien is voortgezet zonder dat de overheid ooit handhavend is opgetreden. Het lijkt mij niet onwaarschijnlijk dat dan, op financiële of andere wijze, indien mogelijk bijvoorbeeld door het nemen van maatregelen die de schade door de inrichting voorkomen, terdege rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van betrokkene. Een bestaand recht waarop de (materiële) eisen van artikel 6 lid 3 en 4 Habitatrichtlijn niet van toepassing zouden zijn, is dat echter niet.

2.3.7 *Tussenconclusie*

Uit de hiervoor behandelde rechtspraak blijkt duidelijk dat daar waar het nationaal recht dient ter omzetting van EU-recht EU-rechtelijk wordt bepaald of ten minste beïnvloed hoe met bestaande activiteiten dient te worden omgegaan. Op het terrein van het omgevingsrecht, in het bijzonder in het milieu-, water- en natuurbeschermingsrecht is dat zeer vaak het geval.[33] Het blijkt echter ook dat het niet makkelijk is om de ongeschreven EU-rechtelijke eisen juist te begrijpen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie te voorspellen. Het Hof van Justitie heeft in het omgevingsrecht de volgende lijnen ontwikkeld die deels een afgeleide zijn van zijn algemene jurisprudentie over het ingaan van Europeesrechtelijke verplichtingen:

- procedurele en materiële eisen in EU-richtlijnen (zoals het opstellen van een m.e.r. of de eisen aan de toelaatbaarheid van activiteiten) gelden niet voor bij het van kracht worden van het EU-recht reeds opgestarte procedures;
- worden feitelijke activiteiten na het van kracht worden van EU-recht opnieuw beoordeeld of toegelaten, dan gelden de nieuwe eisen dienaangaande echter wel;
- vóór het van kracht worden van nieuwe EU-rechtelijke eisen vergunde onderhoudswerkzaamheden hoeven niet opnieuw te worden beoordeeld als het om regelmatige herhaling van dezelfde werkzaamheden onder dezelfde condities gaat;
- voor het overige zijn onderhoudswerkzaamheden voor bestaande werken echter in beginsel te kwalificeren als nieuwe projecten: EU-rechtelijke eisen aan nieuwe projecten kunnen tot gevolg hebben dat beperkingen gaan gelden voor bestaande werken;
- nieuwe materiële EU-rechtelijke eisen gelden ten aanzien van bestaande activiteiten die niet expliciet vergund zijn; dat kan tot gevolg hebben dat deze activiteiten in de toekomst nog slechts onder beperkingen kunnen worden voortgezet of moeten worden beëindigd;
- het voorgaande geldt in beginsel ook ten aanzien van wel expliciet vergunde activiteiten voor zover dat nodig is om de effectieve werking van de richtlijn te verzekeren; in vergunningen op grond van nationaal recht expliciet toegekende bestaande rechten kunnen de Europese wetgever niet beletten nieuwe eisen voor de toekomstige gevolgen van deze activiteiten te stellen; wel moet de Europese wetgever dan rekening houden met gerechtvaardigde verwachtingen.

---

33 Zie bijvoorbeeld de prejudiciële vragen van het Bundesverwaltungsgericht van 10 januari 2012, 7 C 20.11.

2.4 Voorbeelden van conflicten tussen het Nederlandse recht en Europeesrechtelijke eisen voor bestaande activiteiten

2.4.1 *Overgangsrecht Besluit milieu-effectrapportage*

Bij de bespreking van de rechtspraak over het overgangsrecht van de m.e.r.-richtlijnen is al een voorbeeld aan de orde gekomen van een Nederlandse bepaling die in strijd was met de Europese eisen. Artikel 9 van het Besluit milieueffectrapportage 1994 bepaalde dat er geen m.e.r.-plicht (en geen m.e.r.-beoordelingsplicht) gold als in een nieuw ruimtelijke plan de locatie van een aan de m.e.r.-plicht onderworpen activiteit in hoofdzaak dezelfde blijft als in een eerder ruimtelijk plan waarin deze activiteit was opgenomen. Deze overgangsrechtelijke bepaling (en het hier niet besproken artikel 10 Besluit m.e.r.) zijn daarom na verschijnen van het arrest *Ruigoord 2* van het Hof van Justitie[34] geschrapt.[35]

2.4.2 *Bestaand gebruik in de Natuurbeschermingswet 1998*

Een ander voorbeeld van Nederlands recht dat in strijd was of is met de EU-rechtelijke eisen aan overgangsrecht betreft de rechtsgevolgen voor Natura 2000-gebieden. Volgens de Nederlandse regering werd er voor het verschijnen van het *Kokkelvisserij*-arrest 'in Nederland van uit gegaan' dat bestaand gebruik, zoals gedefinieerd door de Natuurbeschermingswet 1998, niet vergunningplichtig was. Omdat het *Kokkelvisserij*-arrest echter tot een andere interpretatie van het begrip 'bestaand gebruik' noodzaakt, stelde de regering in mei 2007 een wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 voor.[36] Of 'in Nederland' van een bepaalde opvatting omtrent de relatie tussen bestaand gebruik en de uit de Habitatrichtlijn voortvloeiende verplichtingen werd uitgegaan of alleen de regering van deze opvatting uitging, zij hier verder onbesproken. Feit is dat wederom de EU-rechtelijke eisen aan bestaande activiteiten noodzaakten tot een wijziging van de Nederlandse bepalingen hoe bestaand gebruik moet worden gereguleerd.

Thans wordt bij de bescherming van Natura 2000-gebieden op de volgende wijze rekening gehouden met bestaande activiteiten. Ingevolge artikel 1 sub m Natuurbeschermingswet 1998 is iedere handeling die op 1 oktober 2005 werd verricht en sindsdien niet of niet in betekenende mate is gewijzigd 'bestaand gebruik'. De datum van 1 oktober 2005 sluit niet aan bij EU-rechtelijke verplichtingen, maar bij de inwerkingtreding van de Natuurbeschermingswet 1998. Overigens zal de datum voor de definitie van bestaand gebruik ingevolge een inmiddels ook door de Eerste Kamer aanvaard wetsvoorstel nogmaals worden verruimd en verschoven naar

---

34 HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-81/96 (*B en W van Haarlemerliede en Spaarnwoude*, ook bekend als '*Ruigoord*-arrest').

35 Besluit van 7 mei 1999, houdende wijziging van het Besluit milieueffectrapportage 1994, *Stb.* 1999, 224.

36 Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met bestaand gebruik en enkele andere zaken, *Kamerstukken II*, 31 038.

31 maart 2010, hetgeen de datum van inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet is.[37]

Vervolgens bepaalt artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingswet 1998 dat geen vergunning voor een project of andere handeling nodig is voor bestaand gebruik 'behoudens indien dat gebruik (...) een project is' in de zin van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Aanvullend op deze algemene regel van overgangsrecht geldt artikel 19kd Natuurbeschermingswet 1998 voor de gevolgen van stikstofemissies. Artikel 19kd bepaalt dat bij de besluitvorming over op grond van artikel 19d noodzakelijke vergunningen de gevolgen van stikstofemissies buiten beschouwing blijven indien de desbetreffende handeling op de 'referentiedatum' al werd verricht en de stikstofemissie sindsdien niet is toegenomen. Ingevolge artikel 19kd lid 3 Natuurbeschermingswet 1998 is dit de datum van publicatie van de communautaire lijst met aan te wijzen gebieden (7 december 2004, artikel 4 lid 2 Habitatrichtlijn) of een latere datum van aanwijzing van een gebied als speciale beschermingszone op grond van de Vogelrichtlijn dan wel verklaring conform artikel 4 lid 2 Habitatrichtlijn door de Europese Commissie. Deze regeling betekent, zeer kort gezegd, dat stikstofemissies van voor de referentiedatum als bestaand recht moeten worden beschouwd. Bij de vergunningverlening mag daarmee immers geen rekening worden gehouden. De vraag is of bedoelde regelingen met betrekking tot bestaande rechten voldoen aan de hiervoor beschreven Europeesrechtelijke eisen.

Artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingswet 1998

Door in artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingwet 1998 de uitzondering van de vergunningplicht niet van toepassing te laten zijn voor zover sprake is van een project in de zin van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn, wordt, althans volgens de letter van de wet, verzekerd dat aan de eisen van de Habitatrichtlijn wordt voldaan. De vraag is echter of dit ook de bedoeling van de wetgever was. Blijkens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 31 038 beoogde de wetgever hiermee strijd met Europees recht te voorkomen voor situaties zoals aan de orde in het *Kokkelvisserij*-arrest. Dat zijn dus de speciale situaties waarin bestaand gebruik periodiek moet worden herbeoordeeld omdat de toelaatbaarheid van het gebruik van wisselende omstandigheden afhangt.[38] Wat ook de wil van de wetgever geweest moge zijn, thans moet artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingswet 1998 ruim worden geïnterpreteerd. Voor alle handelingen die kunnen worden beschouwd als project met mogelijk significante effecten is derhalve een vergunning nodig en geldt de vrijstelling van de vergunningplicht van bestaand gebruik niet. Alleen deze interpretatie is in overeenstemming met het Europees recht. Dat is thans ook de opvatting van de regering[39] en van de rechter.[40]

---

37 Wijziging Crisis- en herstelwet en enkele andere wetten, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 588, F.

38 Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met bestaand gebruik en enkele andere zaken, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 038, nr. 3, p. 2.

39 Zie bijvoorbeeld Brief van de Staatssecretaris van EL en I van 6 september 2011 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2010/11 32 588, nr. 21.

40 ABRvS 31 maart 2010, 200903784/1/R2, i.h.b. punt 2.5.1. en 2.5.2.en ABRvS 10 december 2010, 200906747/1/R2.

Door de datum voor de definitie van bestaand gebruik in artikel 1 sub m Natuurbeschermingswet 1998 niet aan te laten sluiten bij de EU-rechtelijke eisen, is deze datum uiteindelijk niet bepalend voor de vergunningplicht. De vergunningplicht is veeleer afhankelijk van de vraag of sprake is van een project in de zin van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Deze vraag wordt (mede) bepaald door de EU-rechtelijk in acht te nemen data. Dat is echter niet uit de wetstekst af te leiden. De wettelijke verplichtingen zijn alleen te begrijpen indien men de jurisprudentie van het Hof van Justitie goed kent. Artikel 19d lid 3 Nbw 1998 suggereert dat voor 31 maart 2010 begonnen gebruik vergunningvrij is. Zelfs als men de memorie van toelichting raadpleegt om de hierop te maken uitzondering te begrijpen, wordt men door de wetgever misleid. Deze werkwijze maakt de regeling in de Nederlandse wet tamelijk gecompliceerd, moeilijk toepasbaar en draagt het risico in zich van misverstanden, juridische procedures en frustraties. Zo hoort het niet.

Artikel 19kd Natuurbeschermingswet 1998

Uit het voorgaande wordt al snel duidelijk dat artikel 19kd Natuurbeschermingswet 1998 niet aan de eisen van de Habitatrichtlijn en de jurisprudentie van het Hof van Justitie voldoet. Weliswaar sluit de in lid 3 genoemde referentiedatum duidelijker dan artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingswet 1998 aan bij de Habitatrichtlijn. Door de stikstofemissies van voor de datum van publicatie van de communautaire lijst met te beschermen gebieden (artikel 4 lid 2 Habitatrichtlijn) van 7 december 2004 zonder meer als bestaand recht te beschouwen houdt deze bepaling echter geheel geen rekening met het feit dat artikel 6 lid 3 en 4 Habitatrichtlijn ook gelden voor speciale beschermingszones die op grond van de Vogelrichtlijn voor deze datum zijn aangewezen.[41] Inmiddels heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat artikel 19kd Natuurbeschermingswet in strijd is met de eisen van het Europees recht.[42] Een richtlijnconforme interpretatie is, gezien de grammaticale grenzen van de letter van de wet, niet mogelijk, aldus de Afdeling. Daarom moet artikel 19kd Nbw 1998 in deze gevallen wegens strijd met Europees recht buiten toepassing blijven.Nog één dag voor de uitspraak was de staatssecretaris van EL en I overigens, ondanks het in juni aan hem uitgebrachte advies over deze bepaling, ervan uitgegaan dat artikel 19kd Natuurbeschermingswet 1998 in overeenstemming zou zijn met het Europees recht.[43] Voorts hadden de leden Koopmans en Aptrot op 5 juli 2011 een amendement bij de wet tot wijziging van de Crisis- en herstelwet voorgesteld waardoor de referentiedatum zou worden verruimd naar 31 maart 2010.[44] De staatssecretaris heeft dit afgewezen als zijnde in strijd met het Europees recht.[45]

---

41 Zie Ch.W. Backes, H.F. van Dobben en M.A. Poortinga, *Stikstofdepositie en Natura 2000, een rechtsvergelijkend onderzoek*, Maastricht/Wageningen 6 mei 2011, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/09/13/stikstofdepositie-en-natura-2000.html>, par. 4.4, p. 47 e.v., ook verschenen als bijlage Kamerbrief voortgang PAS van 13 september 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 30 654, nr. 97 en Viertelhauzen 2011, p. 16 e.v.

42 ABRvS 7 september 2011, 201003301/1/R2.

43 Brief van de Staatssecretaris van EL en I van 6 september 2011 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 588, zaak 21.

44 *Handelingen II* 2010/11, zaak 90, item 6.

45 Brief van de Staatssecretaris van EL en I van 6 september 2011 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken*

2.4.3 *Conclusie*

Het voorgaande laat zien dat het Nederlandse milieu- en omgevingsrecht met regelmaat van een te ruime bescherming van bestaande rechten uitgaat die strijdig is met EU-rechtelijke verplichtingen. Het EU-omgevingsrecht lijkt uit te gaan van een grotere noodzaak aan dynamiek en een minder ver gaande bescherming van bestaande 'rechten', of beter gezegd van verwachtingen op grond van eerder verleende vergunningen. Ik vermoed dat de herkomst van de milieuwetgeving, in het bijzonder de Fabriekswet en de Hinderwet, ten minste *een* oorzaak van deze discrepantie is. Het denken van menigeen die aan het wetgevingsproces participeert, lijkt nog door op deze wetten gestoelde verouderde dogma's te worden bepaald. Keer op keer moeten wetten op het terrein van het waterrecht en het milieurecht worden aangepast om een soms al vele jaren met de desbetreffende EU-richtlijnen strijdige situatie te repareren. Doorgaans gebeurt dat pas nadat de Europese Commissie een ingebrekestellingsprocedure heeft opgestart of een arrest van het Hof van Justitie EU is gewezen. Ook het natuurbeschermingsrecht bevat bepalingen die een te ruime bescherming van bestaande activiteiten beogen. Mij lijkt te kunnen worden gesteld dat de Nederlandse wetgever, bewust of onbewust, stelselmatig te weinig aandacht besteedt aan de eisen die het Europese recht aan de dynamiek van de regulering van voor de omgeving schadelijke activiteiten stelt.

II 2010/11, 32 588, zaak 21.

3 Vorm bepaalt inhoud?

3.1 Inleiding

Voor een burger of bedrijf die in het verleden bepaalde werkzaamheden heeft verricht, gebouwen heeft gebruikt of een installatie in werking had, is bepalend of hij die werkzaamheden of het gebruik ook in de toekomst ongestoord en onbeperkt mag voortzetten en tevens verder mag ontwikkelen. Mag een boerderij die door de aanleg van een VINEX-wijk nu niet meer grenst aan weilanden, maar aan een woongebied, worden voortgezet? Moet een veehouderij luchtwassers inbouwen omdat het beleid met betrekking tot een in de buurt gelegen voor verzuring gevoelig gebied is gewijzigd, en moet een afvalverwerkend bedrijf zijn werkprocessen aanpassen omdat de stand der techniek in de afgelopen twintig jaar aanzienlijk vooruit is gegaan, terwijl het bedrijf nog steeds zo werkt als twintig jaar geleden en ook niet van plan is in technische vernieuwing te investeren? Bedrijven of burgers zijn daarentegen, op het eerste gezicht althans, minder geïnteresseerd in de vraag op grond van welke wettelijke regeling en met behulp van welk instrument de overheid tracht nieuwe eisen te stellen of een verandering van een bepaald grondgebruik af te dwingen. Vaak kan de overheid verschillende regelingen op het terrein van het omgevingsrecht gebruiken om soortgelijke doelen te verwezenlijken. Een verbod om gronden rond een waardevol Natura 2000-gebied te draineren dat nodig is om de waterstand in het gebied op peil te houden, kan worden opgenomen in een bestemmingsplan als gebruiksverbod of aanlegvergunningvereiste, maar kan ook worden afgedwongen door toepassing van artikel 19d Natuurbeschermingswet 1998. Is het van belang of de boerderij die opeens naast de VINEX-wijk is komen te liggen via een wijziging van het bestemmingsplan wordt wegbestemd of moet worden beëindigd omdat haar vergunning voor het in werking hebben van een inrichting (artikel 2.1 lid 1 sub e Wabo) wordt ingetrokken? Zijn de mogelijkheden om veranderingen af te dwingen in feitelijk bestaande situaties verschillend, afhankelijk van de vraag welk instrument gekozen wordt? Bepaalt de vorm (van de juridische regulering) de inhoud (van bestaande rechten)?

Ook voor zover niet meerdere instrumenten kunnen worden ingezet om hetzelfde doel te bereiken, dringt zich de vraag op of er in het omgevingsrecht een algemene lijn bestaat of zou moeten bestaan hoe met de belangen en verwachtingen van bestaand gebruik en bestaande situaties wordt omgegaan. In sommige sectoren bestaat een lange traditie van denken over bestaande rechten en een uitgewerkt stelsel, in andere niet. Maakt het verschil of een installatie valt onder het emissiehandelsysteem, en de voorheen gratis toegekende broeikasgasemissierechten vanaf volgend jaar niet meer verstrekt en dus op de markt gekocht moeten worden, of dat

deze niet onder deze regeling valt en voortschrijdende eisen aan energiezuinigheid en -efficiëntie worden afgedwongen via een wijziging van de Wabo-vergunning? Kan een op grond van artikel 19d Natuurbeschermingswet 1998 verleende vergunning makkelijker of juist moeilijker gewijzigd worden dan een vergunning op grond van de Waterwet? Is het voor de mate waarin rekening wordt gehouden met bestaande situaties en van 'bestaande rechten' wordt uitgegaan relevant of een inrichting onder een algemene regeling valt dan wel een vergunning nodig heeft? En zijn zich eventueel voordoende verschillen te rechtvaardigen? Het kan zijn dat er goede redenen zijn om met bestaande bouwwerken anders om te gaan dan met activiteiten die een vervuiling veroorzaken of schadelijke gevolgen hebben. Of is wellicht de traditie op het terrein van de ruimtelijke ordening gewoon een andere dan op het terrein van het milieubeleid, hetgeen voor betrokkenen op willekeur kan neerkomen?

Deze vragen zijn niet alleen vanuit een wetenschappelijk oogpunt relevant. De regering is voornemens een voorstel voor een Omgevingswet in te dienen waarin de gebiedsgerichte delen van vele omgevingsrechtelijke delen zullen worden geïntegreerd.[46] De bedoeling is in deze wet het niet te laten bij de procedurele afstemming en integratie van vergunningen zoals dat in de Wabo heeft plaatsgevonden, maar te komen tot een materiële integratie van de verschillende vergunningenstelsels. Dan rijst niet alleen de vraag wat het beoordelingskader voor de beslissing over een aanvraag voor een dergelijke vergunning is, maar ook op welke wijze en met toepassing van welke criteria een omgevingsvergunning kan worden gewijzigd of ingetrokken. In dit hoofdstuk zal daarom worden bekeken hoe in het waterrecht, het natuurbeschermingsrecht, het ruimtelijk bestuursrecht en het milieurecht wordt omgegaan met bestaande situaties. Het doel om relevante verschillen op te sporen en mogelijk algemene lijnen te ontdekken heeft de omvang van de beschouwing bepaald. Het gaat niet om een allesomvattende analyse van deze vraag voor het hele omgevingsrecht, maar om de bespreking van belangrijke voorbeelden. Enerzijds zullen soortgelijke regelingen en vraagstukken in verschillende beleidsvelden worden vergeleken (bijvoorbeeld de mogelijkheden tot wijziging van een vergunning). Daarbij lijkt het doelmatig om een onderscheid te maken tussen de vraag hoe nieuwe regels op bestaande situaties worden toegepast (overgangsrecht, paragraaf 3.2) en de voorwaarden voor wijziging en intrekking van toestemmingen vanwege gewijzigde omstandigheden of gewijzigd beleid (3.3). Anderzijds zullen ook verschillende reguleringsvormen binnen een beleidsveld worden bekeken (bijvoorbeeld de regulering van energie-efficiëntie door een vergunning voor een inrichting, door emissiehandel of door het Activiteitenbesluit, paragraaf 3.4).

3.2 Overgangsrecht

Het overgangsrecht bepaalt of en onder welke omstandigheden een nieuwe wettelijke regeling van toepassing is op bestaande situaties. Deels bestaat een uitgewerkt

46 Waarom een nieuwe Omgevingswet, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 1, bijlage 1.

en lang beproefd stelsel van overgangsrecht, deels lijkt de wetgever geheel niet dan wel nauwelijks te hebben nagedacht of overgangsrecht op zijn plaats is.

3.2.1 Bestemmingsplannen

Sinds de inwerkingtreding van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (Wro) is het overgangsrecht in bestemmingsplannen grotendeels geharmoniseerd. Voorheen kon iedere gemeente voor haar bestemmingsplannen zelf kiezen hoe zij het overgangsrecht vorm gaf. In de loop der jaren nam de harmonisering via de jurisprudentie van de Raad van State echter gestaag toe. In de artikelen 3.2.1 e.v. van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) is thans voorgeschreven welk overgangsrecht voor bestemmingsplannen dient te gelden. Deze wettelijke bepalingen laten nog maar weinig ruimte voor individuele, afwijkende oplossingen. Er moet een onderscheid worden gemaakt in overgangsrecht voor bebouwing en overgangsrecht voor gebruik. Voor een vergelijking met overgangsrecht in andere omgevingsrechtelijke regelingen is vooral het overgangsrecht met betrekking tot gebruik interessant. Ingevolge artikel 3.2.2 Bro moet met betrekking tot gebruik de volgende regel worden opgenomen in een bestemmingsplan: 'Het gebruik van grond en bouwwerken dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van het bestemmingsplan en hiermee in strijd is, mag worden voortgezet. Het is verboden het met het bestemmingsplan strijdige gebruik, bedoeld in het eerste lid, te veranderen of te laten veranderen in een ander met dat plan strijdig gebruik, tenzij door deze verandering de afwijking naar aard en omvang wordt verkleind. Indien het gebruik, bedoeld in het eerste lid, na het tijdstip van inwerkingtreding van het plan voor een periode langer dan een jaar wordt onderbroken, is het verboden dit gebruik daarna te hervatten of te laten hervatten.' Ingevolge de aanhef van artikel 3.2.2 Bro geldt deze verplichting echter slechts voor zover niet uit de Vogelrichtlijn of de Habitatrichtlijn 'beperkingen voortvloeien ten aanzien van ten tijde van de inwerkingtreding van een bestemmingsplan bestaand gebruik.'

Ingevolge artikel 3.2.1 lid 3 en artikel 3.2.2 lid 4 Bro is het overgangsrecht niet van toepassing op met het vorige plan, inclusief het daarbij horende overgangsrecht, strijdige bebouwing of strijdig gebruik. Het overgangsrecht leidt dus niet tot legalisatie van illegale situaties. Dat was in het verleden vaak anders. Nog in de jaren negentig van de vorige eeuw gold zelfs dat overgangsrecht verplicht illegaal gebruik moest omvatten voor zover B en W daartegen nog niet waren opgetreden.[47] In 1996 besliste de Afdeling bestuursrechtspraak echter dat met het oude plan strijdig gebruik van het overgangsrecht kon worden uitgesloten.[48] Er heeft dus

---

47 KB 6 januari 1992, AB 1992, 407; Zie P.J.J. van Buuren, Ch.W. Backes en A.A.J. de Gier, *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 56. Kritisch hierover J. de Boef, 'Legalisatie door overgangsrecht? Een contaminatie!', BR 1996, p. 198-202 en eerder Ch.W. Backes, *Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 161 e.v.

48 ABRvS 15 april 1996, BR 1996, p. 571, m.nt. H.J. de Vries. Zie over deze ontwikkeling P.J.J. van Buuren, Ch.W. Backes, A.A.J. de Gier en A.G.A. Nijmeijer, *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 62 e.v.

een duidelijke ontwikkeling plaatsgevonden in het denken over de bescherming van bestaand gebruik. De bescherming van bestaande situaties is minder geworden en de slagvaardigheid van het instrumentarium uit de Wro is toegenomen.

Van belang is voorts de doelstelling en strekking van het overgangsrecht in bestemmingsplannen. Overgangsrecht in bestemmingsplannen dient te voorzien in een beperkt uitgestelde werking van het nieuwe plan, indien bestaande (legale) bebouwing of bestaand (legaal) gebruik in strijd komt met nieuw ruimtelijk beleid in een nieuw, respectievelijk gewijzigd bestemmingsplan. De bedoeling is dat binnen een planperiode, dat wil zeggen maximaal tien jaar, de met het plan strijdige situatie wordt opgelost. De bedoeling is dus een uitgestelde werking van de regels van het plan voor bestaande legale situaties voor een doorgaans redelijk ruime, maar beperkte periode. Deze bedoeling is echter niet zonder meer in bindend recht vertaald. Het overgangsrecht dient immers ook van toepassing te zijn op gebruik en bebouwing die slechts legaal was omdat zij reeds onder het overgangsrecht van het vorige plan viel. Zo is het dus mogelijk om met de planvoorschriften strijdig gebruik langer dan een planperiode voort te zetten en strijdige bebouwing langer dan een planperiode te laten voortbestaan. De rechter let er echter wel op dat gebruik of bebouwing niet onder het overgangsrecht mag worden gebracht indien al bij de vaststelling van het bestemmingsplan duidelijk is dat de strijdigheid met het bestemmingsplan niet binnen de planperiode zal (kunnen) worden beëindigd.[49]

Speciale aandacht verdient nog de aanhef van artikel 3.2.2 Bro waarin is voorgeschreven dat overgangsrecht met betrekking tot gebruik niet mag leiden tot strijd met de Vogelrichtlijn of de Habitatrichtlijn. Het is de vraag of deze bepaling niet overbodig is. Gaat men ervan uit dat de verplichtingen uit de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn correct zijn omgezet in de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet, dan is gebruik dat in strijd komt met de genoemde richtlijnen op grond van deze wetten verboden en dient daartegen op grond van deze wetten handhavend te worden opgetreden. Daaraan verandert niets als het gebruik valt onder het overgangsrecht van een bestemmingsplan. Als het gebruik in strijd is met ander nationaal recht of met andere EU-richtlijnen kan geen gebruik worden gemaakt van de uit het overgangsrecht van een bestemmingsplan voortvloeiende rechten. Strikt genomen is deze passage dus overbodig.[50] Blijkbaar vond de wetgever het echter belangrijk om een dergelijke coördinatiebepaling in de wet op te nemen die gemeentebesturen bewust maakt van het feit dat de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn vaak grenzen stellen aan het gebruik van gronden en opstallen. Door in het overgangsrecht van bestemmingsplannen hiermee rekening te houden, worden misverstanden en frustraties bij grondeigenaren en grondgebruikers en het

---

49 Bijvoorbeeld ABRvS 23 juni 2004, 200306824/1of ABRvS 10 november 2004, *AB* 2005, 122, m.nt. J.J. Fokke; zie ook J.J. Scheltens-Fokke en P.J.J. van Buuren, 'Overgangsrecht in bestemmingsplannen volgens het ontwerp-Bro', *BR* 2007, p. 831 e.v.

50 Aldus ook Scheltens-Fokke en Van Buuren 2007, p. 835 en P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, *Van WRO naar Wro*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2008, p. 86.

ontstaan van handhavingssituaties voorkomen. Mijns inziens verdient deze verduidelijking lof.

3.2.2 Activiteitenbesluit

Het Activiteitenbesluit is een sinds 1 januari 2008 van kracht zijnde algemene maatregel van bestuur die algemene eisen aan inrichtingen stelt. Inrichtingen die onder het Activiteitenbesluit vallen, hebben geen milieuvergunning nodig. Deels vervangt het Activiteitenbesluit een voorheen geldend vergunningvereiste, deels komt het Activiteitenbesluit in de plaats voor andere AMvB's die eerder op grond van artikel 8.40 Wm per categorie inrichtingen waren uitgevaardigd. Deze '8.40-AMvB's' hadden al eerder de vergunningplicht van de daaronder vallende inrichtingen vervangen.

Hoofdstuk 6 van het Activiteitenbesluit bevat een groot aantal overgangsrechtelijke voorschriften. Te onderscheiden zijn de algemene overgangsrechtelijke bepalingen en het overgangsrecht met betrekking tot bepaalde soorten activiteiten. Binnen de algemene overgangsrechtelijke bepalingen wordt wederom een verschil gemaakt tussen de situatie waarin het Activiteitenbesluit in de plaats komt van een algemene regel op grond van de Wm en de situatie waarin het Activiteitenbesluit in de plaats komt van een milieuvergunning. Gold voordien een '8.40-AMvB', dan heeft het Activiteitenbesluit de eisen uit deze AMvB doorgaans overgenomen. Op grond van een dergelijke AMvB was het ook mogelijk om voor een individuele inrichting, naast de algemene regels, 'nadere eisen' te stellen. Deze nadere eisen blijven voor een belangrijk deel ingevolge artikel 6.1 lid 2 Activiteitenbesluit als 'maatwerkvoorschriften' in stand, maar kunnen wel door het bevoegd gezag worden gewijzigd of ingetrokken (zie artikel 8.42 lid 4 Wm). Dat geldt echter niet altijd. Het Activiteitenbesluit beoogt met betrekking tot sommige onderwerpen wel en met betrekking tot andere onderwerpen niet een uitputtende regeling te geven. Voor die onderwerpen waarvoor het Activiteitenbesluit uitputtend is bedoeld en dus geen maatwerkvoorschriften mogen worden gesteld, gelden, indien het Activiteitenbesluit strengere regels bevat, de nadere eisen die op grond van de vroegere 8.40-AMvB's waren vastgesteld nog slechts zes maanden (artikel 6.1 lid 3 Activiteitenbesluit). Bedrijven moeten dus, onafhankelijk van de vraag welke technische maatregelen zij daarvoor moeten nemen tegen welke kosten, na de korte periode van zes maanden aan de nieuwe eisen van het Activiteitenbesluit voldoen.

Het overgangsrecht voor bedrijven die voorheen een vergunning hadden is voor een belangrijk deel vergelijkbaar. Voor zover het gaat om onderwerpen waarvoor het Activiteitenbesluit niet uitputtend is bedoeld blijven de voorschriften van een Wm-vergunning als maatwerkvoorschriften op grond van het Activiteitenbesluit van kracht. Dat geldt echter niet voor altijd, maar slechts voor drie jaar, tenzij het bevoegd gezag de maatwerkvoorschriften wijzigt (artikel 6.1 lid 1). Ook hier geldt dat de vergunningvoorschriften, voor zover het Activiteitenbesluit uitputtend is bedoeld en strengere eisen bevat dan de vergunning, slechts zes maanden na het van kracht worden van het Activiteitenbesluit van toepassing blijven en daarna vervallen (artikel 6.1 lid 3). Daarna moet dus zonder meer aan de strengere eisen van

het Activiteitenbesluit worden voldaan. Ook hier speelt het geen rol welke technische maatregelen dat vergt en hoe hoog de kosten voor eventueel te nemen maatregelen zijn. Uiteraard is het ook niet relevant of de noodzakelijke wijziging van de inrichting of de werkwijze van de inrichting past binnen de aanvraag die ooit voor de Wm-vergunning voor die inrichting is ingediend. Hoewel het Activiteitenbesluit deregulering beoogt, kan het dus wel degelijk leiden tot strengere eisen voor inrichtingen en tot een veel minder ver gaande bescherming van bestaande situaties dan zonder het Activiteitenbesluit op grond van de voor inrichting geldende vergunning het geval was.

Artikel 6.4 bevat een overgangsregeling met betrekking tot illegale bedrijven, dus bedrijven die voorheen een vergunning nodig zouden hebben gehad, maar daarover niet beschikten en bedrijven die voorheen noch een vergunning nodig hadden, noch onder een AMvB vielen. Dergelijke inrichtingen moeten binnen vier weken na het van kracht worden van het Activiteitenbesluit worden gemeld (artikel 6.4 lid 1 Activiteitenbesluit). Verder bevat het Activiteitenbesluit geen overgangsrechtelijke bepalingen voor dergelijke inrichtingen. De inhoudelijke eisen en voorschriften uit het Activiteitenbesluit zijn dus voor dergelijke inrichtingen direct van toepassing. Een bescherming van de bestaande situatie vindt niet plaats.

De bijzondere overgangsbepalingen voor bepaalde soorten activiteiten laten zeer verschillende uitkomsten zien van de afweging tussen de noodzaak om het nieuwe recht ook op bestaande activiteiten van toepassing te laten zijn en de eerbiediging van bestaande situaties. Zo blijft bijvoorbeeld op grond van artikel 6.20 Activiteitenbesluit voor bestaande warmtekrachtinstallaties de eis van een rendement van ten minste 60% uit het Besluit voorzieningen en installaties milieubeheer gelden, terwijl het Activiteitenbesluit voor nieuwe installaties hogere minimale rendementen voorschrijft. Een voorbeeld van eerbiedigende werking dus. Hetzelfde geldt voor artikel 6.36, waarbij in de toelichting als reden wordt genoemd dat ook de onder de voormalige AMvB geldende NEN-norm een adequate bescherming verzekert. Een variant daarop is artikel 6.21 Activiteitenbesluit, dat betrekking heeft op gasdrukmeet- en regelstations. Eerbiedigende werking geldt voor dit soort inrichtingen ook, maar slechts als daarvoor voor 1 december 2001 een vergunning was verleend. Daarna vergunde inrichtingen moeten dus wel aan de nieuwe eisen voldoen.

Artikel 6.23 Activiteitenbesluit bevat daarentegen een regeling van uitgestelde werking, een overgangstermijn dus. De amalgaamafscheiders in tandartspraktijken die nog niet een rendement van minstens 95% hadden en dat ingevolge de voorheen op deze afscheiders van toepassing zijnde NEN-EN-ISO-norm ook niet hoefden te hebben, krijgen drie jaar lang na het van kracht worden van het Activiteitenbesluit de tijd om deze eis wel te halen, hetgeen de installatie van een nieuwe afscheider nodig maakt. In de toelichting op het Activiteitenbesluit wordt hierover opgemerkt: 'Dat is ook redelijk gezien de ontwikkeling van BBT.' Iets soortgelijks geldt ingevolge artikel 6.25 voor de veiligheidsafstanden tussen woningen en inrichtingen waarin verpakte gevaarlijke stoffen aanwezig zijn. Na een overgangstermijn van drie jaar gelden de nieuwe eisen van het Activiteitenbesluit onafhankelijk van de vraag of de wijzigingen die noodzakelijk zijn om aan de nieuwe eisen te voldoen een ingrijpende

of minder ingrijpende wijziging van de werkwijze of van technische voorzieningen tot gevolg hebben en in een enkel geval wellicht zelfs kunnen leiden tot het moeten beëindigen van de desbetreffende activiteit. Of de door de overheid opgelegde en afgedwongen wijziging nog valt binnen de ruimte die de aanvraag van de vergunning bood die voor de desbetreffende inrichtingen ooit is verleend, is niet relevant. Weer een andere oplossing is gekozen in artikel 6.33 Activiteitenbesluit. Daarin gaat het om bepaalde waarden voor lozingen in het oppervlaktewater. Indien een bedrijf kan aantonen dat het in zijn specifieke situatie met de beste beschikbare technieken binnen de algemene overgangstermijn van drie jaar (zie artikel 6.2 lid 1 Activiteitenbesluit) niet kan voldoen aan de nieuwe eisen uit het Activiteitenbesluit, kan het bevoegd gezag door middel van een maatwerkvoorschrift een langere overgangstermijn vaststellen. Ook hier is dus niet bepalend of de wijziging van de lozingsnormen technische veranderingen vereist die nog vallen binnen de ruimte die de aanvraag van de oorspronkelijk geldende vergunning biedt, maar of wel een individuele toets van de technische en economische haalbaarheid van de noodzakelijke nieuwe investeringen kan plaatsvinden, hetgeen bijvoorbeeld ingevolge artikel 6.23 en 6.25 Activiteitenbesluit niet kan.

Als laatste voorbeeld voor de grote variatie van de (bijzondere) overgangsregelingen in het Activiteitenbesluit zij hier verwezen naar artikel 6.38 Activiteitenbesluit. Dat artikel gaat over de brandveiligheid van houtopslagen die zijn gelegen naast bijzonder gevoelige locaties, zoals scholen, kampeerterreinen, speeltuinen enzovoort. Voor dergelijke inrichtingen geldt dat geen gevaar mag bestaan dat een 'zich normatief ontwikkelende brand' binnen een uur overslaat op het belendende perceel. Ten aanzien van deze eis zijn ten eerste de hiervoor beschreven algemene overgangsbepalingen van toepassing. In artikel 6.38 wordt dan nog duidelijk gemaakt dat deze eisen ook zonder meer gelden voor bestaande houtopslagen indien later op de belendende percelen, overeenkomstig het geldende bestemmingsplan, een gevoelige bestemming wordt gerealiseerd die er voorheen niet was. Bestaande bedrijven moeten zich in een dergelijke situatie van een voor hen negatieve verandering van bebouwing of gebruik op de buurtpercelen aanpassen. In dat geval 'kan het bedrijf geen rechten ontlenen aan de oude situatie'. De wettelijke norm wordt in dit geval dus niet veranderd, maar feitelijke veranderingen buiten het toedoen van de normadressaat hebben tot gevolg dat de normadressaat zijn inrichting moet aanpassen, bijvoorbeeld door het houtopslag te verplaatsen of extra brandwerende voorzieningen te treffen.

3.2.3 Onttrekking van water: Grondwaterwet en Waterwet

Ook in het waterrecht komt het voor dat bestaande vergunningvereisten en andere publiekrechtelijke beperkingen gaan gelden voor voordien legale zonder een vergunning en zonder beperking uitgeoefende activiteiten zoals lozingen of onttrekkingen van grondwater. Als voorbeeld zij hier ingegaan op de vergunning voor het onttrekken van grondwater die voorheen was geregeld in artikel 14 Grondwaterwet. Artikel 54 Grondwaterwet bepaalde dat voor een onttrekking of infiltratie, voor welke voor het tijdstip van de inwerkingtreding van de Grondwaterwet geen vergunning was vereist en welke voor die datum geregeld heeft plaats gevonden, een

vergunning krachtens de Grondwaterwet werd geacht te zijn verleend mits de onttrekking of infiltratie schriftelijk bij Gedeputeerde Staten was gemeld. Vervolgens bevatten artikel 22 e.v. Grondwaterwet wel een ruime mogelijkheid tot wijziging en intrekking van bestaande vergunningen, bijvoorbeeld ook om positief te kunnen besluiten op andere vergunningaanvragen voor het gebruik van water voor meer hoogwaardigere doeleinden. Werd een dergelijke vergunning gewijzigd of ingetrokken, bijvoorbeeld om een andere, meer hoogwaardige onttrekking toe te staan of om gewijzigd beleid te kunnen verwezenlijken, dan kon betrokkene op grond van artikel 41 Grondwaterwet een schadevergoeding worden toegekend voor zover de schade niet redelijkerwijs ten laste van betrokkene diende te blijven. Bestaande activiteiten worden dus enerzijds beschermd doordat zij bij het van kracht worden als vergund gelden (eerbiedigende werking). Daardoor ontstaat voor betrokkenen rechtszekerheid en hoeven zij niet zonder meer te vrezen dat zij hun activiteiten na inwerkingtreding van de nieuwe wet moeten beëindigen of wijzigen. Anderzijds bevat de wet ruime mogelijkheden om een wijziging of beëindiging, indien noodzakelijk, af te dwingen, tegen betaling van schadevergoeding als dat aangewezen is.

Thans is de vergunningplicht voor het onttrekken en infiltreren van (grond)water voorgeschreven in artikel 6.4 Waterwet. Een met artikel 54 Grondwaterwet overeenkomstige overgangsrechtelijke bepaling die een eerbiedigende werking voor bestaande legale situaties tot gevolg zou hebben ontbreekt echter in de Waterwet.

3.2.4 Vergunningvereisten oprichten inrichting

In het verleden heeft zich wel eens de situatie voorgedaan dat het vergunningvereiste van voorheen artikel 8.1 Wm en thans artikel 2.3 lid 1 sub e Wabo van toepassing werd op bestaande inrichtingen die waren opgericht toen een dergelijk vereiste nog niet gold. Thans zullen zich dergelijke situaties slechts bij wijze van hoge uitzondering voordoen. Immers, de wetgever streeft er al sinds meerdere decennia naar steeds minder inrichtingen onder de vergunningplicht te laten vallen. Van in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw meer dan 400.000 vergunningplichtige inrichtingen moeten uiteindelijk nog maar enkele tienduizenden of zelfs enkele duizenden overblijven. Toch hebben zich dergelijke situaties voorgedaan en kan dat ook nog thans gebeuren. Thans is dat met name het geval als een bedrijf uitbreidt of zijn werkwijze wijzigt en daardoor onder de vergunningplicht komt te vallen. De Wabo bevat daarvoor in artikel 8.1 lid 1 een overgangsrechtelijke regel van zeer beperkte aard. Indien voor een al bestaande activiteit als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder e Wabo met betrekking tot een inrichting een vergunningplicht gaat gelden die voorheen niet gold, kan de activiteit nog twaalf weken worden voortgezet om een aanvraag voor een vergunning in te dienen. Een soortgelijke bepaling was voordien opgenomen in artikel 8.21 lid 1 Wm. Deze overgangstermijn heeft niet zozeer de functie om betrokkenen de kans te geven eventueel hun bedrijfsvoering aan te passen of investeringen te doen, maar om de procedure van vergunningverlening te kunnen starten en ordentelijk af te ronden indien direct na het van kracht worden van de vergunningeis een vergunning wordt aangevraagd. Van een 'materiële overgangstermijn' kan dus eigenlijk niet worden gesproken. De jurisprudentie trekt uit het (nagenoeg) ontbreken van overgangsrecht heldere consequenties. Dergelijke

inrichtingen worden behandeld als nieuwe situaties.[51] Van enig recht op voortzetting van legaal bestaande situaties en bedrijven kan geen sprake zijn. De overheid hoeft met belangen van exploitanten van dergelijke inrichtingen blijkbaar geheel geen rekening te houden, tenminste niet als de normering geen expliciete ruimte voor een afweging biedt.[52] De vraag kan worden gesteld of het zeer beperkte overgangsrecht voor legaal bestaande inrichtingen die op een gegeven moment onder de vergunningplicht vallen in alle gevallen nog wel redelijk kan worden genoemd. Investeringen die betrokkenen hebben gedaan worden in het ergste geval[53] geheel tenietgedaan. Wel voorziet thans de Wabo in artikel 4.2 lid 1 sub c in de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen voor schade als gevolg van het vergunningplichtig worden van een voorheen onder een algemene regel vallende, legaal geëxploiteerde inrichting (voorheen artikel 15.20 lid 1 sub a Wm).

Een bijzondere variant van de groep gevallen waarin de vergunningplicht op een gegeven moment ontstaat voor reeds lange tijd legaal aanwezige inrichtingen, betreft inrichtingen die ooit een vergunning hadden, vervolgens onder het Activiteitenbesluit of een artikel 8.40-AMvB vielen en dan, bijvoorbeeld door een wijziging van de werkwijze of door een uitbreiding, weer vergunningplichtig worden. Juridisch gaat het dan om 'nieuwe situaties' en zouden deze inrichtingen in beginsel op dezelfde wijze moeten worden behandeld als inrichtingen die nog niet zijn opgericht. In het bijzonder voor veehouderijen die, bijvoorbeeld door wijzigingen in het veebestand, eerst wel, dan weer niet en dan weer wel vergunningplichtig zijn, zou dat ingrijpende en onaanvaardbare consequenties hebben. Omdat bij de beoordeling van de milieuhygiënische aanvaardbaarheid van bijvoorbeeld stikstofemissies bij de vergunningverlening doorgaans wordt uitgegaan van de veranderingen die de aanvraag tot gevolg heeft ten opzichte van de reeds vergunde situatie, en dus de vergunning 'stikstofemissierechten' verschaft,[54] zou de wijziging van de aard van het juridisch regime dat op de inrichting van toepassing is, leiden tot het verlies van deze emissierechten die ook economisch van aanzienlijke waarde zijn. Gedeeltelijk, namelijk in artikel 5 van de toenmalige Interimwet Ammoniak en Veehouderij, was zelfs wettelijk uitdrukkelijk bepaald dat uit een verleende milieuvergunning bestaande emissierechten kunnen worden afgeleid. Deze consequentie wilde de Afdeling bestuursrechtspraak niet aanvaarden. Daarom heeft de Afdeling artikel 5 Interimwet Ammoniak een Veehouderij ruimer geïnterpreteerd dan de letter van deze bepaling toelaat en bepaald dat niet alleen uit een op het tijdstip van het van kracht worden van de wet rechtsgeldige milieuvergunning rechten konden worden

---

51 Bijvoorbeeld ABRvS 2 oktober 1995, nr. E03.95.0967/P90; ABRvS 8 september 1995, *ABkort* 1996, 59.

52 Zie uitgebreid Hoitink 1998, p. 132 e.v.

53 Zoals de veehouderij die onder de Hinderwet niet vergunningplichtig was, al meer dan vijftig jaar in een voormalig klein dorp gevestigd was en door nieuwbouw van woonhuizen in de buurt niet aan de afstandnormen kon voldoen en daarom geen vergunning kon krijgen en moest worden gesloten toen zij met de komst van de Wm op 1 januari 1993 opeens vergunningplichtig werd.

54 Hierop wordt in paragraaf 4 nog nader ingegaan. Zie ook Ch.W Backes, 'Recht op onaantastbare milieuvervuilingsruimte?', *M en R* 1998, p. 1.

afgeleid, maar ook bestaande rechten golden voor het veebestand dat werd gehouden onder de werking van de AMvB die de vergunningplicht ophief.[55] Deze zeer ruime interpretatie van artikel 5 Interimwet Ammoniak en Veehouderij motiveerde de rechter ermee dat het doel van deze bepaling zou zijn 'het bieden van bescherming aan gevallen waarin legaal vee is gehouden.'[56] Artikel 8.1 lid 3 Wabo bevat thans een overgangsrechtelijke regel voor inrichtingen die eerst onder een algemene regel en vervolgens onder de vergunningplicht vallen. Daarvoor geldt ingevolge het al aangehaalde artikel 8.1 lid 1 dat de activiteit nog gedurende twaalf weken mag worden voortgezet om een vergunningaanvraag in te dienen. Lid 3 van artikel 8.1 voegt daaraan toe dat tijdens die periode de algemene regels waaronder de inrichting viel blijven gelden. Van een recht op voortzetting van de activiteit of het bij de beslissing op de vergunningaanvraag moeten rekening houden met het feit dat de activiteit legaal werd ondernomen is echter geen sprake.

3.2.5 *Vergunningvereiste natuurbeschermingswetten*

Zoals we in hoofdstuk 2 al hebben gezien, is over de vraag of en hoe het vereiste van een vergunning voor handelingen met schadelijke gevolgen voor beschermde gebieden moet worden toegepast, in de afgelopen jaren het nodige te doen geweest. In hoofdstuk 2 werden de Europeesrechtelijke eisen aan de regulering van dit vraagstuk belicht. De wetgever is met dit probleem in de loop van de bestaansgeschiedenis van de Natuurbeschermingswet en de Natuurbeschermingswet 1998 op zeer verschillende wijze, en, zacht gezegd, niet erg gelukkig, omgegaan.

Natuurbeschermingswet (1967)
In de Natuurbeschermingswet, die oorspronkelijk dateert van 1967, had het in artikel 12 opgenomen vergunningvereiste voor 'handelingen, die schadelijk zijn voor het natuurschoon of voor de natuurwetenschappelijke betekenis van een beschermd natuurmonument' ook betrekking op alle bestaande situaties, zoals de exploitatie van veehouderijen die een stikstofdepositie op het gebied tot gevolg hebben of het gebruik van een gebied voor defensiedoeleinden, recreatie of het opvissen van kokkels, mosselen of vis.[57] De rechtsgevolgen van artikel 12 Natuurbeschermingswet gingen in op het moment dat de aanwijzing van een gebied als beschermd natuurmonument[58] van kracht werd. Van enig overgangsrecht was geen sprake. Met bestaande situaties en daarbij betrokken belangen kon bij de afweging over een vergunningaanvraag of in het kader van een verzoek om schadevergoeding rekening worden gehouden.[59] Een geheel andere vraag is of het vergunningvereiste in de

---

55 ABRvS 12 december 1995, *M en R* 1996, 136, m.nt. Ch.W. Backes.
56 Zie ook Hoitink 1998, p. 136.
57 Zie Ch.W. Backes, *Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 28 e.v. en p. 48 e.v. Zie ook HR 24 februari 1987, NJ 1987, 1018.
58 De wet kende ook nog staatsnatuurmonumenten. Daarvoor golden, voor zover hier relevant, dezelfde rechtsgevolgen, zie Backes 1993, p. 54 e.v. De staatsnatuurmonumenten worden hier verder buiten beschouwing gelaten.
59 Backes 1993, p. 48 e.v. en p. 63.

praktijk ook op bestaand gebruik werd toegepast. Deels gebeurde dat wel,[60] maar zeer vaak ook niet. Juist doordat ook decennia na het van kracht worden van de vergunningplicht zeer vele bestaande schadelijke activiteiten worden verricht zonder vergunning, ontstond later, zoals hierna te zien, een grote druk om de vergunningplicht voor bestaand gebruik op te heffen.

Natuurbeschermingswet 1998, zoals in werking getreden op 1 oktober 2005

In 1998 is een nieuwe Natuurbeschermingswet in het *Staatsblad* verschenen die de wet uit 1967 zou vervangen. Voordat deze wet in werking is getreden, zijn echter nog zeven jaren verstreken en is de al in het *Staatsblad* gepubliceerde wet nog enkele keren gewijzigd. De Natuurbeschermingswet 1998, zoals deze officieel luidt, heeft de Natuurbeschermingswet uit 1967 pas op 1 oktober 2005 opgevolgd. In deze wet werd op de volgende, niet geheel eenvoudige, wijze omgegaan met de vergunningplicht en bestaande situaties.

Voor beschermde natuurmonumenten bleef het bij de hiervoor beschreven regeling uit de Natuurbeschermingswet. De vergunningplicht (nu artikel 16) had en heeft zonder meer betrekking op schadelijke handelingen, ook al gaat het daarbij om bij het van kracht worden aan de vergunningplicht bestaande situaties.[61]

Het grote merendeel van de beschermde gebieden valt echter niet onder het regime van de beschermde natuurmonumenten, maar onder de nieuw in de Natuurbeschermingswet 1998 opgenomen categorie van Natura 2000-gebied. Ook met betrekking tot die gebieden gold de vergunningplicht ingevolge artikel 19d voor alle (kort gezegd) schadelijke handelingen. Vervolgens werd echter bij het beoordelingskader van vergunningaanvragen een verschil gemaakt tussen 'nieuwe projecten of andere handelingen die afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of handelingen significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied' en overige handelingen. Voor de nieuwe projecten en andere handelingen met mogelijk significante gevolgen gold ingevolge artikel 19f e.v. Natuurbeschermingswet 1998, kort gezegd, het beoordelingskader van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn, ook 'de habitattoets' genoemd. Voor andere handelingen gold ingevolge artikel 19e Natuurbeschermingswet 1998 de zogenoemde 'verstorings- en verslechteringstoets', hetgeen nagenoeg overeenkwam met de afweging die op grond van artikel 12 van de oude Natuurbeschermingswet nodig was. Volgens de regering zou bestaand gebruik in de regel ongewijzigd kunnen worden voortgezet omdat het, in de regel, bijdraagt tot het bereiken van de instandhoudingsdoelstelling van het gebied. Bestaand gebruik was in artikel 1 sub m Natuurbeschermingswet gedefinieerd als 'een activiteit, die al dan niet jaarlijks vergunning behoeft, en op het moment van aanwijzing van een gebied als beschermd natuurmonument of ter uitvoering van richtlijn (EEG) nr. 79/409 en richtlijn (EEG) nr. 92/43 bestond en sindsdien onafgebroken heeft plaatsgevonden.' De regering stelde: 'Indien op enig moment mocht blijken dat in een vogel- of habitatrichtlijngebied toch een vorm van gebruik bestaat die significante gevolgen heeft voor de waarden, waarvoor dat gebied als vogel- of habitatrichtlijngebied is aangewezen (...) is het bestuursorgaan dat terzake van dat

60 Voorbeelden zijn te vinden bij Backes 1993, p. 48 e.v.
61 Aldus ook ABRvS 5 maart 2008, nr. 200606949/1.

gebruik beslissingsbevoegd is, gehouden conform het gestelde in artikel 6, eerste en tweede lid, van de habitatrichtlijn passende maatregelen te nemen.'[62] Bestaand gebruik was dus volgens de regering blijkbaar niet vergunningplichtig, zelfs niet als het significante effecten kon hebben. Ook voor dat geval verwijst de regering immers naar de verplichtingen voor de overheid om passende maatregelen te nemen (artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn) en niet naar de 'habitattoets' en het toestemmingsvereiste uit artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Dat is een, ook in die tijd, opmerkelijke (en opmerkelijk onjuiste) opvatting. Uit de wetstekst was dat overigens niet af te leiden, nu artikel 19f betrekking heeft op 'nieuwe projecten', maar ook op 'andere handelingen'. De letter van de wet geeft geen aanleiding voor de aanname dat bestaand gebruik niet onder (andere) 'handelingen' zou vallen. De regeling van het bestaand gebruik in de in 2005 eindelijk in werking getreden Natuurbeschermingswet 1998 was dus niet alleen verwarrend en ongelukkig, maar, als men de interpretatie van de regering volgt, ook in strijd met het EG-recht.

Wijziging door de wet van 29 december 2008

De 'Wet van 29 december 2008, houdende wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met de regulering van bestaand gebruik en enkele andere zaken'[63] moest een eind maken aan de met het EG-recht strijdige situatie en het bestaand gebruik nieuw en beter regelen. Doelstelling daarbij was om het bestaand gebruik van de vergunningplicht vrij te stellen. Deze wet is in werking getreden op 1 februari 2009. Zoals hiervoor in paragraaf 2 al beschreven, werd het begrip 'bestaand gebruik', nu in artikel 1 sub n opgenomen, nieuw gedefinieerd. Kort gezegd is dat het gebruik dat bij inwerkingtreding van de wet op 1 oktober 2005, of, indien een gebied later als Natura 2000-gebied is aangewezen, op het moment van die aanwijzing bestond. Dit bestaand gebruik moest in het beheerplan worden geregeld. Voorts werd in artikel 19f de zinsnede 'voor nieuwe projecten of andere handelingen' vervangen door: 'voor projecten.' De vergunningplicht was volgens de regering een ongeschikt instrument voor de regulering van bestaand gebruik.

De regering reageerde hiermee op de 'maatschappelijke onrust' die de gevolgen van het bestaande stelsel volgens haar teweeg had gebracht.[64] De regering was, naar eigen zeggen, verrast dat voor significant schadelijk bestaand gebruik een habitattoets nodig kon zijn. Volgens haar werd er 'in Nederland (...) tot het Kokkelvisserijarrest vanuit gegaan dat bestaand gebruik in principe voortgezet kon worden zonder vergunning.'[65] Dat is, voor zover het gebruik is gestart na het van kracht worden van de verplichtingen uit de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn, een opmerkelijke stelling. In afwachting van de regulering in de eerste beheerplannen voor elk van de 164 Natura 2000-gebieden, werd het bestaand gebruik ingevolge artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingswet 1998 van de vergunningplicht vrijgesteld. Met het oog op het *Kokkelvisserij*-arrest werd echter, zoals hiervoor al beschreven, bepaald dat de

---

62 Natuurbeschermingswet 1998, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 19 e.v. (MvT).
63 *Stb.* 2009, 18.
64 Wijziging Natuurbeschermingswet 1998, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 038, nr. 3, p. 2 (MvT).
65 Wijziging Natuurbeschermingswet 1998, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 038, nr. 3, p. 3 (MvT).

uitzondering van bestaand gebruik van de vergunningplicht in artikel 19d lid 3 niet van toepassing was op 'een project [...] dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied maar dat afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen significante gevolgen kan hebben voor het desbetreffende Natura 2000-gebied.' Bedoeld lijkt daarmee te zijn geweest, zo is in de memorie van toelichting te lezen, bestaand gebruik met een periodieke toetsing, zoals de kokkelvisserij, in reactie op het arrest van het Hof van Justitie, toch onder de vergunningplicht te laten vallen en in zoverre de met het EG-recht strijdige situatie te doen beëindigen.[66] Zoals in paragraaf 2 al beschreven, is echter ook ander bestaand gebruik een project in de zin van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn waarvoor een habitattoets moet worden verricht indien dat gebruik na de aanwijzing als speciale beschermingszone op grond van de vogelrichtlijn werd begonnen.[67] Helemaal zeker is het echter ook niet dat de regering de richtlijnverplichtingen wederom te beperkt interpreteert. Een passage even later in de memorie van toelichting zou ook aldus kunnen worden gelezen dat ook de regering vindt, dat alle vormen van bestaand gebruik met mogelijk significante gevolgen die zijn begonnen na het van kracht worden van de verplichtingen uit artikel 6 Habitatrichtlijn aan een habitattoets moeten worden onderworpen.[68] Bij deze juiste interpretatie wordt echter het doel van de wetswijziging, namelijk het vrijstellen van bestaand gebruik van de vergunningplicht, nauwelijks bereikt. Hoe dan ook, een richtlijnconforme, met de wetsgeschiedenis mijns inziens strijdige, interpretatie van artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingswet 1998 heeft tot gevolg dat van de uitzondering van de vergunningplicht voor bestaand gebruik nog maar weinig overblijft. Oorzaak voor de wetswijziging van december 2008 was enerzijds de strijdigheid van de tot dan bestaande wet met het EG-recht en anderzijds de voor de regering ongewenste gevolgen van het wettelijk kader voor bestaand gebruik. Er was 'de regering veel aan gelegen om een werkwijze te ontwikkelen die niet verder gaat dan strikt noodzakelijk om te voldoen aan de Europeesrechtelijke verplichtingen.'[69] Blijkbaar was de regering er in 2001 en ook nog in 2006 zoveel aan gelegen de Europeesrechtelijke verplichtingen zo beperkt mogelijk te interpreteren dat dit het zicht op de juridische werkelijkheid deels lijkt te hebben verduisterd. Daardoor is een uitermate moeilijk te lezen en te interpreteren wettelijke regeling ontstaan die het beoogde beleidsdoel, vrijstelling van het bestaand gebruik van de vergunningplicht totdat dit in de beheerplannen zou zijn geregeld, slechts in zeer beperkte mate bereikt.

Wijziging door de Crisis- en herstelwet en wijziging van de Crisis- en herstelwet

Van de Crisis- en herstelwet wordt gebruik gemaakt om wederom aan de mislukte regeling van het bestaand gebruik te sleutelen. In artikel 19d lid 3 werd de beperking van de uitzondering van de vergunningplicht in de tijd tot het onherroepelijk

---

66 Wijziging Natuurbeschermingswet 1998, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 038, nr. 3, p. 3 (MvT).

67 Zie bijvoorbeeld ABRvS 31 maart 2010, nr. 200903784/1/R2. Hier even daargelaten de vraag of dit ook geldt voor gebruik dat voor de inwerkingtreding van de Habitatrichtlijn, maar na aanwijzing als speciale beschermingszone is begonnen. Deze vraag wordt door mij positief, maar door de Afdeling bestuursrechtspraak negatief beantwoord, zie paragraaf 2.3.7.

68 Wijziging Natuurbeschermingswet 1998, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 038, nr. 3, p. 10 (MvT).

69 Wijziging Natuurbeschermingswet 1998, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 038, nr. 3, p. 2 (MvT).

worden van het eerste beheerplan geschrapt. Als reden werd genoemd dat bestaand gebruik geheel niet onder de vergunningplicht zou moeten vallen, ook niet na het vaststellen van het eerste beheerplan.[70] Deze wetwijziging had mijns inziens vooral een symbolisch karakter.

Iets soortgelijks geldt naar mijn mening ook voor de verruiming van de datum voor de definitie van bestaand gebruik in artikel 1 sub n Natuurbeschermingswet 1998, die door de wijziging van de Crisis- en herstelwet van 22 december 2011[71] wordt bewerkstelligd. Bestaand gebruik is door deze wetswijziging niet slechts het gebruik dat tot 1 oktober 2005 was begonnen, maar ook het gebruik dat tot het van kracht worden van de Crisis- en herstelwet, dus tot 31 maart 2010, was begonnen. Gezien de nog steeds, door de EU-rechtsconforme interpretatie, beperkte strekking van de vrijstelling van bestaand gebruik van de vergunningplicht in artikel 19d lid 3 Natuurbeschermingswet 1998, heeft ook deze verruiming van de definitie van bestaand gebruik feitelijk een beperkte betekenis. Gezien de strekking van het, op artikel 19kd Natuurbeschermingswet betrekking hebbende, amendement waarmee deze wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in het wetsvoorstel tot wijziging van de Crisis- en herstelwet is opgenomen, hadden de indieners van het (oorspronkelijke) amendement een veel verder strekkend rechtsgevolg op het oog. Het amendement wilde alle bestaande activiteiten, met name veehouderijen die zonder vergunning schadelijke of significant schadelijke deposities op Natura 2000-gebieden tot gevolg hebben, legaliseren en van de vergunningplicht vrijstellen.[72] De staatssecretaris wijst de Kamerleden, deze keer geheel in overeenstemming met de interpretatie van het EU-recht door de Afdeling bestuursrechtspraak, er echter op dat het amendement niet kan worden aanvaard voor zover dat in strijd is met de Habitatrichtlijn.[73] Hij laat het echter na om daaraan toe te voegen dat de wel EU-rechtsconforme versie van het amendement, zoals die uiteindelijk in de wet is opgenomen, nauwelijks praktische gevolgen zal hebben. Het mag betwijfeld worden of de inhoudelijk meest betrokken Kamerleden, laat staan de meerderheid van de Kamerleden, de strekking van de zeer gecompliceerde bepalingen met betrekking tot bestaand gebruik in de Natuurbeschermingswet 1998 goed hebben begrepen. Zij geven zelf aan dat het om 'een ingewikkelde materie' gaat. Dat is mijns inziens nauwelijks aan hen te wijten, maar wordt op zijn minst mede veroorzaakt door de ingewikkelde en versluierende Nederlandse wetgeving.

Voorontwerp Natuurwet

Heeft men getracht de regulering van het bestaand gebruik in de Natuurbeschermingswet 1998 in zijn verschillende versies goed te begrijpen, dan is de behandeling van dit vraagstuk in het voorontwerp Natuurwet, althans op het eerste gezicht, een verademing. Het voorontwerp bevat geen definitie van bestaand gebruik en ook geen bepalingen met uitzonderingen op vergunningplichten, waarvan wederom

---

70 Crisis- en herstelwet, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, par. 4.3.1 (MvT).

71 Wet van 22 november 2011, *Stb.* 2011, 675, in werking getreden 1 januari 2012.

72 *Handelingen II* 2010/11, nr. 90, item 6.

73 Wijziging Crisis en herstelwet, Brief aan de Tweede Kamer van 6 september 2011 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 588, nr. 21.

EU-rechtsconform te interpreteren uitzonderingen zouden moeten gelden. De regulering van bestaand gebruik oogt simpel. De vergunningplicht geldt ingevolge artikel 2.7 lid 1 voorontwerp Natuurwet, anders dan in de Natuurbeschermingswet en de Natuurbeschermingswet 1998, alleen voor 'projecten en plannen'. Bestaand gebruik lijkt, zo zou men kunnen aannemen, daar niet onder te vallen. Zoals gezien is dat echter niet zonder meer het geval. Het EU-rechtelijk begrip 'project' omvat ook bestaande situaties die zijn begonnen na het van kracht worden van de verplichtingen uit artikel 6 Habitatrichtlijn.[74] In de memorie van toelichting wordt dat ook helder[75] omschreven. De vraag is of ook de lezer en gebruiker van de wet zich realiseert dat bestaand gebruik dat, in cumulatie met andere plannen of projecten, mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied heeft, een 'project' is en dus wel onder de vergunningplicht blijft vallen. De wetstekst is echter op zich helder en sluit volledig aan bij de EU-rechtelijke verplichtingen en terminologie. Voor zover er ook in de toekomst misverstanden over de strekking van de regulering van bestaand gebruik in de Natuurwet zullen blijven bestaan, vinden deze misverstanden hun oorzaak in de niet eenvoudige interpretatie van het EU-recht ter zake. Het is een taak van de minister van EL en I om, ook buiten de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Natuurwet, geen misverstand te laten rijzen met betrekking tot het feit dat het begrip 'project' ook betrekking kan hebben op al vele jaren, en soms zelfs enkele decennia, geleden begonnen handelingen. Gezien de verwarring die daaromtrent in het verleden, mede door toedoen van het ministerie, is ontstaan, is een actief voorlichtende rol op zijn plaats.

Evaluerende samenvatting

Beziet men hoe de wetgever is omgegaan en wilde omgaan met de toepassing van het vergunningvereiste op voor beschermde natuurmonumenten en Natura 2000-gebieden schadelijke bestaande situaties, dan lijkt mij vooral geconcludeerd te kunnen worden dat dit onderwerp minstens drie of vier decennia lang problematisch is geweest. De regeling in de oorspronkelijke Natuurbeschermingswet was op zich duidelijk en eenvoudig. Dat deze regeling op deze wijze lang heeft bestaan is mijns inziens echter slechts te verklaren door het feit dat zij niet of nauwelijks werd toegepast en gehandhaafd. De verantwoordelijkheid voor natuurbescherming lag altijd bij een minister die ook, of wellicht primair, verantwoordelijk was voor de landbouw. Wellicht heeft dat bijgedragen tot het vaak versluieren van de rechtsgevolgen van de natuurbeschermingswetgeving voor bestaand schadelijk gebruik. Een 'mooi', vroeg voorbeeld daarvan is te vinden in HR 24 februari 1987.[76] In dat geval had de Consulent Natuur, Milieu en Fauna aan betrokkenen agrariërs schriftelijk meegedeeld dat 'voortdurend uitgeoefende bedrijfsvoering' ook na aanwijzing van de Ooypolder als natuurmonument kon worden voortgezet. Was het ministerie wel duidelijk geweest over de rechtsgevolgen van de aanwijzing van een gebied als natuurmonument en zou het ministerie deze rechtsgevolgen dan ook hebben gehandhaafd, dan zouden waarschijnlijk duizenden veehouderijen rond

74 Zie voor de nadere invulling van deze tijdstippen hiervoor paragraaf 2.3.6.
75 Zij het in mijn ogen niet helemaal juist, zie hiervoor.
76 NJ 1987, 1018.

natuurgebieden hun werkwijze ten minste ingrijpend hebben moeten aanpassen of had de exploitatie van deze veehouderijen moeten worden beëindigd of een andere oplossing voor het feitelijk conflict tussen stikstofgevoelige natuurgebieden en stikstof emitterende veehouderijen moeten worden gevonden. Het niet toepassen en handhaven heeft nu en dan wel tot schrijnende situaties geleid, indien handhaving door derden werd afgedwongen. Het beroemdste en beruchtste geval betreft waarschijnlijk de varkensstal van veehouder Kuunders. Het niet willen handhaven van de vergunningplicht op grond van artikel 12 Natuurbeschermingswet had in dat geval tot gevolg dat Kuunders zijn gloednieuwe, met bouw- en milieuvergunning opgerichte stal voor meer dan 1000 mestvarkens niet mocht gebruiken,[77] althans niet voor het houden van varkens, en vervolgens weer afgebroken heeft. De kosten hiervoor zijn hem met gemeenschapsgeld vergoed. Ook het zonet aangehaalde geval van de Ooypolder valt in deze categorie. Een boer die zijn gronden, na eigen zeggen in het vertrouwen op de mededeling van de Consulent, omploegde, hetgeen schadelijk was voor het natuurmonument, werd daarvoor strafrechtelijk veroordeeld. Een onaanvaardbaar resultaat van het onzorgvuldig omgaan met overgangsrechtelijke vragen.

Deze pijnlijke gevallen hebben er niet toe geleid bestaand gebruik adequaat te regelen. Uiterlijk sinds beide arresten van de Hoge Raad, dus vanaf eind jaren tachtig of begin jaren negentig van de vorige eeuw, was voor een ieder die dat wilde weten helder dat de regulering van bestaand gebruik in de Natuurbeschermingswet een groot probleem was omdat de strenge regeling die de wet toen bevatte in de praktijk zeer ver strekkende gevolgen zou hebben gehad indien men deze regeling serieus zou hebben toegepast en gehandhaafd. Ook was uiterlijk rond deze tijd bekend dat het niet toepassen en handhaven een voortdurende achteruitgang van de kwaliteit van de meest waardevolle natuurgebieden tot gevolg had. Om dit probleem op te lossen zijn naast de hiervoor geanalyseerde wetsbepalingen nog een reeks andere, hier niet nader beschreven pogingen ondernomen. De regering en de wetgever hadden niet de durf of zagen geen mogelijkheden om met bestaande situaties zo om te gaan dat in hun ogen gerechtvaardigde belangen van eigenaren en gebruikers voldoende in acht werden genomen, de natuur geen verdere schade leed en aan het EG- en later EU-recht werd voldaan. Het probleem werd, bewust of onbewust, naar de toekomst verschoven. Pas kort geleden is, beperkt tot de gevolgen van stikstofemissies, de programmatische aanpak stikstof (PAS) als oplossing aangedragen. Het valt te hopen, maar nog te bezien, of dit instrument het probleem van de regulering van bestaand gebruik eindelijk adequaat oplost.

3.2.6 Tijdelijke vergunningen Wm en Wabo

Op grond van vele wetten in het omgevingsrecht is het mogelijk om (slechts) tijdelijke vergunningen te verlenen. In deze paragraaf over de vraag hoe nieuwe eisen in beleid en recht omgaan met voorheen bestaande situaties is de vraag aan de orde

---

77 HR 18 december 1992, *M en R* 1993, 24, m.nt. P.A. Kottenhagen-Edzes, *AB* 1994, 396, zie over het *Kuunders*-arrest onder meer Th.G. Drupsteen in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307 e.v.

of met de belangen van houders van een tijdelijke vergunning na verloop van de geldigheidstermijn van de vergunning bij een aanvraag om continuering van de vergunning of hernieuwde verlening rekening moet worden gehouden.[78] Ik beperk de analyse tot de voormalige Wm en de Wabo.

Uitgangspunt van alle omgevingsrechtelijke wetten is nog steeds dat vergunningen in beginsel voor onbeperkte tijd worden verleend. Dit uitgangspunt is niet vanzelfsprekend. Zo worden de milieuvergunningen voor inrichtingen in Vlaanderen ingevolge artikel 18 paragraaf 2 Milieuvergunningendecreet en artikel 30 paragraaf 2 Vlarem I principieel slechts voor bepaalde tijd verleend.[79] In het Nederlandse recht is de, behoudens intrekking, 'eeuwigdurende' vergunning echter standaard. De verschillende omgevingswetten kennen echter wel uitzonderingen op dit vertrekpunt, deels, zoals gezien in hoofdstuk 2, genoodzaakt en afgedwongen door het Europees recht. Ingevolge het voormalige artikel 8.17 Wm kon een vergunning slechts voor een bepaalde tijd worden verleend indien de desbetreffende inrichting van slechts tijdelijke aard was, de aanvrager daarom vroeg, dit nodig was in het belang van het ontwikkelen van werkwijzen in de inrichting, die minder nadelige gevolgen voor het milieu veroorzaken of dit nodig was in verband met het ontwikkelen van een beter inzicht in de gevolgen van de inrichting voor het milieu. Vooral de laatste twee redenen zijn interessant. Een vanwege de twee laatstgenoemde redenen in de tijd beperkte vergunning werd ook proefvergunning of experimenteervergunning genoemd.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft geoordeeld dat aan een dergelijke vergunning geen 'rechten kunnen worden ontleend'.[80] Anders dan bij een vergunning voor onbepaalde tijd, geschiedt een beoordeling van een hernieuwde aanvraag na afloop van een tijdelijke vergunning geheel volgens de dan geldende normen en het dan geldend beleid, zonder dat rekening wordt gehouden met de voorheen verleende rechten en de in het vertrouwen op de vergunning gemaakte investeringen. Op zich is dat consequent. Indien immers een vergunning slechts voor bepaalde tijd wordt verleend kan, strikt gezien, de vergunninghouder ook alleen maar verwachtingen voor deze tijd daaraan ontlenen. Toch lijkt deze consequentie niet in alle gevallen geheel gerechtvaardigd. Als bijvoorbeeld de reden voor het verlenen van een slechts tijdelijke vergunning is dat de effectiviteit van een bepaalde installatie moet worden uitgeprobeerd of niet kan worden voorspeld, maar in de praktijk nog moet worden bezien hoe hoog de emissies naar het milieu zijn, dan valt niet in te zien dat geen aanspraak bestaat op een vergunning (voor onbeperkte tijd) als de proef positief is verlopen en de installatie ook in de praktijk alle voorwaarden vervult die daar-

---

78 Zie meer algemeen over de tijdelijke vergunning recent nog M.G.W.M. Peeters, 'De tijdelijke vergunning: tijd voor reflectie', in: I. Larmuseau en P. Bernaert (red.), *De Vlaamse Omgevingsvergunning*, Brugge: Van den Broele 2011, p. 129-144 en M.N. Boeve en R. Uylenburg, *Regulering van milieugevolgen van bedrijven met een tijdelijke vergunning?*, Bijlage *Kamerstukken II* 2010/11, 26 956, nr. 111.

79 Zie hierover I. Larmuseau, 'Omgevingsrecht op z'n Vlaams, Nederlandser kan het niet?', in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 423 e.v

80 Vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld nog recent ABRvS 11 januari 2012, nr. 201101015/1/H4; zie ook Hoitink 1998, p.141 e.v.

aan gesteld werden.[81] De wetstekst en ook de wetsgeschiedenis van de Wabo geven ruimte om deze jurisprudentie te wijzigen. Mijns inziens zou dat ook aanbeveling verdienen om te komen tot een meer uitgebalanceerd resultaat dat rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de houders van een tijdelijke vergunning. Een vergunning voor onbeperkte tijd zou dan moeten worden verleend als de reden voor het verlenen van de slechts tijdelijke vergunning is weggevallen. Uiteraard bestaat dan wel de mogelijkheid om de inhoud van de vergunning te actualiseren en te wijzigen, net als dat bij een vergunning voor onbepaalde tijd ook bestaat. Een dergelijke benadering past mijns inziens beter in een systeem waarin de vergunning voor onbepaalde tijd het uitgangspunt is.

Thans is de tijdelijke vergunning geregeld in artikel 2.23 Wabo. De wetstekst bindt deze bevoegdheid niet meer aan bepaalde redenen. Ingevolge artikel 2.23 lid 1 Wabo kan wel bij AMvB worden bepaald dat in bepaalde categorieën gevallen de vergunning slechts tijdelijk mag worden verleend. De wetsgeschiedenis bevat geen verklaring waarom de voorwaarden van artikel 8.17 Wm thans zijn vervallen en geeft ook overigens weinig toelichting. Geconcludeerd moet worden dat de bevoegdheid tot het beperken van de geldingsduur van de omgevingsvergunning thans ruim is. Een bevoegd gezag zal wel moeten motiveren waarom de vergunning slechts tijdelijk wordt verleend. De rechtspraak dat aan een tijdelijke vergunning geen rechten kunnen worden ontleend, zal waarschijnlijk ook onder de Wabo worden voortgezet. Uitspraken daarover heb ik nog niet kunnen vinden.

In het omgevingsrecht wordt ook nog op andere wijze omgegaan met tijdelijke vergunningen. Zo zijn omgevingsvergunningen voor bouwen, slopen of het kappen van bomen slechts tijdelijk van aard. Zij expireren als het bouwwerk is gebouwd of gesloopt of de boom is gekapt. Dat is overigens niet vanzelfsprekend en heeft bepaalde consequenties. Het expireren van de omgevingsvergunning heeft onder meer tot gevolg dat als een bouwwerk tengevolge van bijvoorbeeld een calamiteit teloor is gegaan, voor de herbouw geen gebruik gemaakt kan worden van een eerder verleende omgevingsvergunning. In een dergelijk geval is een nieuwe omgevingsvergunning nodig.[82] Als het planologisch kader, met name het bestemmingsplan, ondertussen is gewijzigd, is overgangsrecht nodig om te waarborgen dat de huiseigenaar wederom een bouwvergunning krijgt.

3.2.7 Conclusie

In de paragrafen hiervoor is beschreven hoe in verschillende wettelijke kaders in het omgevingsrecht wordt omgegaan met de toepassing van nieuw recht op reeds bestaande situaties. Daarbij vallen een aantal dingen op.

Ontwikkeling in de tijd

Het denken over hoe met de belangen van bestaande situaties zou moeten worden omgegaan indien nieuw recht van toepassing wordt, verandert in de tijd. Een mooi voorbeeld hiervoor is het overgangsrecht in bestemmingsplannen. Gaandeweg is

---

81 Zie ook al mijn noot onder ABRvS 18 maart 1996, *M en R* 1997, 26.

82 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 22 (MvT).

de bescherming van bestaande situaties verminderd ten gunste van een slagvaardiger en effectiever instrumentarium in de ruimtelijke ordening. Werden gemeenten twee decennia geleden door de rechter nog gedwongen om ook illegaal gebruik onder het overgangsrecht te brengen, werd vervolgens aan gemeenten zelf overgelaten of zij dit wilden, thans mag geharmoniseerd overgangsrecht geen betrekking meer hebben op gebruik dat al strijdig was met het vorige plan. Ook in het natuurbeschermingsrecht is de omgang met bestaande situaties in de loop der tijd veranderd, zij het in de tegenovergestelde richting. Tot de inwerkingtreding van de Natuurbeschermingswet 1998 in 2005 gold simpelweg het uitgangspunt van onmiddellijke werking. Sinds ruim tien jaar is de wetgever echter bezig om de vaak, tenminste in de ogen van de wetgever, ongewenste of zelfs onaanvaardbare consequenties van het van toepassing zijn van 'nieuw' recht op bestaande situaties te verzachten. Indien Europees recht daar niet aan in de weg zou staan, zou thans, sinds begin 2012, hoogstwaarschijnlijk zelfs een regeling in de wet zijn opgenomen die al het bestaand gebruik, ook gebruik in strijd met al eerder geldend recht, zou legaliseren.[83] Het is opvallend dat zich juist met betrekking tot de vraag hoe met illegaal gebruik dient te worden omgegaan, een tegengestelde ontwikkeling op de twee beleidsterreinen lijkt te hebben voorgedaan. Een mogelijke verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de oorspronkelijke benadering in de ruimtelijke ordening wellicht tamelijk extreem was. Een verplichting om ook illegaal gebruik zonder meer te beschermen en te legaliseren gaat (te) ver. In het natuurbeschermingsrecht daarentegen is men met het andere extreem begonnen. Overgangsrecht ontbrak in de oorspronkelijke Natuurbeschermingswet geheel zodat de nieuwe verplichtingen zonder meer ook golden voor bestaande situaties. De druk uit bepaalde delen van de maatschappij om bestaande situaties zo veel mogelijk te beschermen is vooral ontstaan, toen dit 'eenzijdig' recht ook toegepast en gehandhaafd werd, hetgeen lange tijd nauwelijks was gebeurd. Interne rechtsvergelijking had in beide gevallen wellicht van begin af aan tot minder extreme regelingen kunnen leiden.

Inhoudelijke verschillen tussen beleidsterreinen en binnen beleidsterreinen

De bijzondere overgangsbepalingen in het Activiteitenbesluit leveren een mooi voorbeeld op van hoe verschillend de afweging tussen de belangen van bestaande situaties en de noodzaak om nieuw recht ook op bestaande situaties van toepassing te laten zijn, kan uitvallen. Van zonder meer eerbiedigende werking tot zonder meer onmiddellijke werking komen hier talrijke varianten voor. Grotendeels zijn die verschillen goed verklaarbaar omdat de afweging tussen een gevaar van een op een school overslaande brand en de situering van een houtopslag anders uit kan vallen dan de afweging tussen de energiebesparing die mogelijk is door een hoger rendement van een warmtekrachtinstallatie en de investeringen die de exploitant van zo een installatie heeft gedaan en zou moeten doen om het rendement verder te verhogen.

---

83 Dat immers was de strekking van het amendement Koopmans/Aptrot, *Handelingen II* 2010/11, nr. 90, item 6; zie Wijziging Crisis en herstelwet, Brief aan de Tweede Kamer van 6 september 2011 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 588, nr. 21.

Toch zijn niet alle verschillen goed verklaarbaar en rijst de vraag of de verschillen alleen te danken zijn aan toeval of bestaande tradities. Zo is het bijvoorbeeld opmerkelijk dat de Grondwaterwet bepaalde dat voor eerder niet vergunningplichtige bestaande onttrekkingen een vergunning wordt geacht te zijn verleend, terwijl de exploitanten van bestaande, eerder niet vergunningplichtige inrichtingen worden behandeld alsof de inrichtingen nieuw zouden worden opgericht. Met de belangen van bestaande inrichtingen wordt slechts, tot op zekere hoogte, rekening gehouden in de vorm van een eventuele aanspraak op schadevergoeding. Dat verschil is des te opmerkelijker nu de investeringen van de exploitant van een inrichting vaak relatief en absoluut groter zullen zijn dan de investeringen die voor een grondwateronttrekking zijn gedaan. Beter uitgebalanceerd lijkt dan de uitgestelde werking door het algemene overgangsrecht van het Activiteitenbesluit waardoor betrokkenen gedurende drie jaar de mogelijkheid hebben zich aan te passen aan de nieuwe regels. Moeilijk verklaarbaar is ook dat bestaande situaties in de ruimtelijke ordening een zeer ver strekkende bescherming genieten. Zij moeten immers ook in een nieuw bestemmingsplan positief bestemd worden indien aannemelijk is dat een met het nieuwe plan niet te verenigen bouwwerk of gebruik niet binnen de planperiode zal worden beëindigd. Is dat wel aannemelijk, dan moeten ze onder het overgangsrecht worden gebracht dat recht geeft op voortzetting van het gebruik en zelfs tot een zekere uitbreiding van bestaande gebouwen. Is het bestaande gebruik het exploiteren van een inrichting en is het opgerichte gebouw als inrichting aan te merken, dan verschaft het 'omgevingsrecht met betrekking tot milieu' daarentegen ten aanzien van dezelfde activiteit geen enkel recht op voortzetting. Een ondernemer die een bedrijfsgebouw heeft opgericht en daarin een voorheen niet vergunningplichtige inrichting heeft geëxploiteerd en ook in de toekomst wil exploiteren wordt dus bij gewijzigd omgevingsbeleid door het ruimtelijk ordeningsrecht in ruime mate beschermd, terwijl het milieurecht deze bescherming frustreert. De wetgever heeft hier een zeer verschillende afweging gehanteerd voor tamelijk vergelijkbare en soms ook in een en hetzelfde feitelijke geval tegelijk optredende juridische situaties. Betrekt men hierbij nog het feit dat ook tijdelijke vergunningen, geheel onafhankelijk van de reden waarom zij slechts tijdelijk zijn verleend, volgens de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak geen enkel recht geven om na expiratie van de vergunning anders te worden behandeld dan iemand die geheel nieuw een vergunning aanvraagt, dan wordt dit verschil nog groter.

Mocht in het kader van een Omgevingswet de vraag aan de orde komen hoe met het van toepassing worden van een toestemmingsvereiste op legaal bestaande situaties dient te worden omgegaan en mocht daarbij de wens bestaan om de materiële beslissingscriteria te integreren, dan is het goed dat de verschillende uitkomsten van de afwegingen die in het omgevingsrecht in het verleden zijn gemaakt en de daarbij gekozen juridische constructies helder voor ogen staan. Hoe die afweging uiteindelijk uitvalt, is een politieke vraag. Binnen eventuele grenzen die het Europees recht stelt, lijkt het nationaal recht weinig grenzen aan die afwegingsruimte van de wetgever te stellen.

Verschillende mate van aandacht
Overgangsrecht heeft in de ruimtelijke ordening een lange traditie en heeft daar geleid tot een verfijnd uitgewerkt stelsel. Ook in de Grondwaterwet lijkt heel bewust te zijn gekozen voor eerbiedigende werking met de mogelijkheid van een wijziging van vergunningen achteraf. Naar mijn stellige indruk is bijvoorbeeld in het natuurbeschermingsrecht veel minder bewust vele decennia lang 'gekozen' voor onmiddellijke werking en werd over de consequenties van deze minder bewuste keuze (te) weinig nagedacht. Dat heeft geleid tot het massaal niet toepassen en, bewust of onbewust, gedogen van illegale situaties, hetgeen wederom tot schrijnende situaties en 'veel onrust' heeft geleid. Juist het natuurbeschermingsrecht toont aan dat veronachtzaming van het overgangsrecht en van de Europese randvoorwaarden daarvoor (zie hierna) veel problemen tot gevolg kunnen hebben. Mijns inziens is hierin een van de belangrijkste oorzaken te vinden voor de scherpe belangentegenstellingen en het wederzijdse onbegrip die thans tussen natuurbeschermers en vele grondgebruikers heersen. Het is te hopen dat bij de ontwikkeling van een integrale omgevingswet die thans onder grote tijdsdruk plaatsvindt, toch grondig nagedacht wordt over hoe met de consequenties van de toepassing van nieuw recht op bestaande situaties dient te worden omgegaan.

Invloed Europees recht
De invloed van het Europees recht op het overgangsrecht in het omgevingsrecht is zeer verschillend. Deels, bijvoorbeeld in de ruimtelijke ordening, lijkt deze invloed afwezig. In het natuurbeschermingsrecht daarentegen wordt het overgangsrecht voor een belangrijk deel Europeesrechtelijk bepaald. Daar waar het Europees recht van belang is, dient daarmee zorgvuldig te worden omgegaan. Dat lijkt een open deur. Helaas zijn in de afgelopen decennia juist vele problemen ontstaan door het feit dat onvoldoende rekening werd gehouden met de randvoorwaarden uit het Europees recht of de consequenties daarvan werden versluierd.

3.3 Wijziging en intrekking[84] van vergunningen

Tot het thema hoe het omgevingsrecht met bestaande situaties en bestaande rechten omgaat, hoort niet alleen de vraag hoe nieuw recht op bestaande situaties toegepast wordt, maar ook de vraag welke mogelijkheden tot wijziging en intrekking van verleende vergunningen om redenen van wijziging van omstandigheden en beleidsinzichten bestaan. In wezen is het wijzigen en intrekken om die redenen – anders dan het wijzigen of intrekken vanwege een vergissing, vanwege een onjuist gebleken grondslag van de vergunning of als sanctie – te beschouwen als een bijzondere subcategorie van de toepassing van nieuw recht en beleid op bestaande situaties. Immers, ook bij deze gevallen van wijziging en intrekking leiden nieuwe beleidsinzichten tot de behoefte van nieuwe juridische regelingen die op bestaande

84 De wetgever zou niet van intrekking, maar van opzegging moeten spreken om duidelijker te maken dat de hier bedoelde vorm van intrekking geen terugwerkende kracht heeft. Zo ook al Hoitink 1998, p. 82.

situaties moeten worden toegepast. Het bijzondere aan het wijzigen en intrekken van vergunningen is echter dat de vergunninghouder een bijzondere vertrouwens- en wellicht rechtspositie heeft, omdat hem een bepaald recht expliciet is toegekend, zonder expliciete beperking in de tijd. Voorts is bijzonder dat eigen juridische regels bestaan voor het wijzigen en intrekken van vergunningen, expliciet of impliciet, die los staan van overgangsrechtelijke bepalingen. In deze paragraaf zullen de verschillende regelingen voor de wijziging en intrekking van omgevingsvergunningen voor bouwen, de exploitatie van een inrichting, op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 vergunde plannen en projecten en 'handelingen in watersystemen' worden vergeleken.[85] Wederom is dus het onderzoek niet uitputtend. Er zijn immers nog andere soorten vergunningen in het omgevingsrecht.

3.3.1 Bouwen

Ingevolge artikel 2.29 lid 2 Wabo kunnen Gedeputeerde Staten, indien provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening nodig maken, het bevoegd gezag verzoeken voorschriften van de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk of het uitvoeren van werkzaamheden te wijzigen of de omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk in te trekken.[86] Is een omgevingsvergunning voor bouwen van rechtswege verleend, dan kunnen de daaraan verbonden voorschriften ingevolge artikel 2.31 lid 1 sub c Wabo worden gewijzigd 'voor zover dit nodig is om ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving te voorkomen, of, voor zover zodanige gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken.' Voorts kan een omgevingsvergunning voor bouwen ingevolge artikel 2.33 lid 2 Wabo worden ingetrokken indien deze gedurende 26 weken of een andere in de vergunning genoemde termijn niet is gebruikt.

3.3.2 De exploitatie van inrichtingen

De EU-rechtelijke eisen aan de mogelijkheden tot actualisering, wijziging en intrekking van vergunningen voor inrichtingen die onder de IPPC-Richtlijn, respectievelijk onder de Richtlijn industriële emissies vallen, werden hiervoor al in paragraaf 2.2.2 beschreven. Hier volgt nu de analyse van het Nederlandse recht. Enerzijds dient dit ter beantwoording van de vraag of het Nederlands recht voldoet aan de eisen van het Europees recht. Anderzijds kan de Nederlandse regeling met betrekking tot de wijziging en intrekking van omgevingsvergunningen voor de exploitatie van inrichtingen worden vergeleken met de overeenkomstige mogelijkheden van een aantal andere omgevingsrechtelijke vergunningen.

Het Nederlandse omgevingsrecht, in het bijzonder het milieurecht, gaat, zoals gezegd, uit van vergunningen van in beginsel onbeperkte duur.[87] De wettelijke

---

85 Zie ook E.M. van Bommel, 'De intrekking van de omgevingsvergunning', TBR 2010, p. 1043-1050.
86 De mogelijkheden om een van rechtswege verleende bouwvergunning te wijzigen (artikel 2.31 lid 1 sub c Wabo) worden hier buiten beschouwing gelaten.
87 Aldus bijvoorbeeld uitdrukkelijk ABRvS 31 oktober 2002, nr. 200100860.

mogelijkheden om vergunningen te wijzigen en te actualiseren werden, althans oorspronkelijk, beschouwd als eng te interpreteren uitzonderingen op het uitgangspunt dat een vergunning (oorspronkelijk op grond van de Fabriekswet en later op grond van de Hinderwet) moest worden beschouwd als een verkregen recht dat in beginsel niet kan worden aangetast.[88] Zoals hierna zal blijken, moest de wet herhaaldelijk worden aangepast om aan de eisen uit EU-richtlijnen te voldoen die het dynamisch karakter van milieuvergunningen meer benadrukken en ruimere mogelijkheden eisen om vergunningen aan te passen en te beperken als dat op grond van veranderende omstandigheden of technieken nodig is om een hoog niveau van milieubescherming te bereiken. De vraag is of de thans in de Wabo opgenomen regeling voldoende rekening houdt met het dynamische karakter van milieuvergunningen en de EU-rechtelijke eisen daaromtrent.

Actualiseringsplicht, artikel 2.30 Wabo, voorheen artikel 8.22 Wm

Artikel 2.30 Wabo bevat de verplichting voor het bevoegd gezag om regelmatig te bezien 'of de voorschriften die aan een omgevingsvergunning zijn verbonden, nog toereikend zijn gezien de ontwikkelingen op het gebied van de technische mogelijkheden tot bescherming van het milieu en de ontwikkelingen met betrekking tot de kwaliteit van het milieu.' De voorheen in artikel 8.22 Wm opgenomen actualiseringsplicht maakte een eind aan de toentertijd met Richtlijn 84/360/EEG inzake luchtverontreiniging strijdige situatie. Deze richtlijn diende te zijn omgezet op 30 juni 1987 (zie artikel 16 van de richtlijn). De op 24 juni 1990 bij nota van wijziging in het wetsvoorstel Wet vergunningen en algemene regels ingebrachte actualiseringsplicht is in werking getreden op 1 maart 1993 (als onderdeel van de Wm).[89] De met het EU-recht strijdige situatie waarin aan bestaande rechten in Nederland te veel waarde werd gehecht en te ruime bescherming werd geboden heeft dus bijna zes jaar voortbestaan. Met artikel 2.30 Wabo wordt thans voldaan aan artikel 13 IPPC-Richtlijn en straks aan artikel 21 Richtlijn industriële emissies. Het gaat bij artikel 2.30 Wabo echter niet om een bevoegdheid vergunningen te wijzigen of in te trekken, maar slechts om een verplichting te bezien of een wijziging óf intrekking nodig is.

Een verbijzondering van de actualiseringsplicht is opgenomen in het hiervoor al in paragraaf 2.2 besproken artikel 5 IPPC-Richtlijn. Het artikel schrijft, zoals gezegd, voor dat installaties die bij het van kracht worden van de richtlijn al in werking waren uiterlijk op 30 oktober 2007 feitelijk aan eisen van de richtlijn moeten voldoen.[90] Afhankelijk van de noodzaak tot feitelijke aanpassingen, dienden de vergunningen voor deze installaties dus voor die tijd te zijn aangepast. Deze bepaling heeft geleid tot opname van artikel 22.1a in de Wm en artikel 31c in de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. In artikel 22.1a Wm is bepaald dat het bevoegd gezag er zorg voor dient te dragen dat de vergunningen voor onder de IPPC-Richtlijn

88 Zie nader over de oorsprong en latere ontwikkeling van deze opvatting Hoitink 1998, p. 119 e.v. en over de geschiedenis van de Hinderwet: M.V.C. Aalders, *Industrie, milieu en wetgeving* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 1984.

89 Zie ook Hoitink 1998, p. 51 e.v.

90 Zie nader Van den Broek 2007, p. 84 e.v.

vallende installaties op genoemde datum in overeenstemming zijn met de eisen die ter uitvoering van de IPPC-Richtlijn zijn gesteld. In de Wabo is een vergelijkbare bepaling niet meer opgenomen omdat de datum van 30 oktober 2007 is verstreken en men ervan uitgaat dat inmiddels alle bestaande inrichtingen die onder de werking van de IPPC-Richtlijn en straks de Richtlijn industriële emissies vallen aan de eisen van de richtlijnen voldoen.

Beperkte strekking wijzigingsbevoegdheid uit artikel 2.31 lid 1 sub b en lid 2 sub b Wabo, voorheen artikel 8.23 Wm

Weliswaar bevatte artikel 8.22 Wm de verplichting om vergunningen geregeld op hun actualiteit te bezien, maar als uit deze toetsing bleek dat de vergunning inderdaad diende te worden aangepast, dan was dat niet zonder meer, en vaak geheel niet mogelijk. De bevoegdheid tot wijziging van een vergunning in artikel 8.23 Wm had een zeer beperkte strekking. De rechtspraak leidde uit het systeem van de Wm en uit het feit dat een verleende vergunning in beginsel als bestaand recht moest worden beschouwd, af dat ambtshalve wijzigingen op grond van artikel 8.23 Wm niet zo ver mochten strekken dat wezenlijk zou worden afgeweken van de (oorspronkelijke) aanvraag van de vergunninghouder. Andere technieken, andere filters, de verplaatsing van ventilatoren[91] of andere aan- en afvoerroutes konden niet als ambtshalve wijziging op grond van artikel 8.23 Wm worden afgedwongen.[92] Het was echter ook niet mogelijk om de vergunning in te trekken, indien de vergunninghouder niet vrijwillig de noodzakelijke wijziging doorvoerde (en een wijziging van de vergunning aanvroeg). Het toenmalige artikel 8.25 Wm bood daar doorgaans niet de mogelijkheden voor. Dit wettelijk stelsel en vooral ook de jurisprudentie omtrent het 'niet mogen verlaten van de grondslag van de aanvraag' is regelmatig bekritiseerd.[93] De beperking dat een ambtshalve wijziging van de voorschriften en beperkingen van een vergunning voor een inrichting alleen mogelijk is binnen de grenzen van de oorspronkelijke aanvraag van de vergunning geldt waarschijnlijk ook thans met betrekking tot artikel 2.31 lid 1 sub b en lid 2 sub b Wabo. Artikel 2.31 lid 1 sub b bepaalt dat het bevoegd gezag verplicht is om de voorschriften van de omgevingsvergunning te wijzigen, indien 'blijkt dat de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu veroorzaakt, gezien de ontwikkeling van de technische mogelijkheden tot bescherming van het milieu, verder kunnen, of, gezien de ontwikkeling van de kwaliteit van het milieu, verder moeten worden beperkt.' Artikel 2.31 lid 2 sub b Wabo bevat de,

---

91 ABRvS 20 juli 2001, nr. 200100953/1, *M en R* 2001/9, nr. 178K.

92 Zie bijvoorbeeld KB 25 april 1988, nr. 4, *BR* 1988, p. 859; ABRvS 4 februari 2004, nr. 200302964/1, *M en R* 2004/5, nr. 45, m.nt. Van Gestel; ABRvS 22 maart 2006, nr. 200506513/1, r.o. 2.3.3.

93 Zie bijvoorbeeld Hoitink 1998, p. 49; Th.G. Drupsteen, *Een brug te ver?* Afscheidsrede Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 2002, p. 19 e.v.; Ch.W. Backes en M.A. Poortinga, *Implementatie en afdwingbaarheid NEC-plafonds*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid 2008, <www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/centrumvooromgevingsrechtenbeleid/publicaties/Documents/necvervolgonderzoekunimaas1.pdf>, p. 41 e.v. en recent ook M.N. Boeve, M.G.W.M. Peeters en M.A. Poortinga, 'Een nieuwe regeling voor de ambtshalve wijziging van de milieuvergunning in het licht van het richtlijnvoorstel industriële emissies', *M en R* 2010, p. 82 alsmede M.N. Boeve en R. Uylenburg, *Regulering van milieugevolgen van bedrijven met een tijdelijke vergunning?*, Bijlage *Kamerstukken II* 2010/11, 26 956, nr. 111, p. 18 e.v.

op zich ruim ogende, bevoegdheid de omgevingsvergunning te wijzigen, 'voor zover dit in het belang van de bescherming van het milieu is.' Uit de wetsgeschiedenis van de Wabo blijkt niet dat deze bevoegdheden ruimer zijn dan de overeenkomstige bevoegdheden uit de Wm waren.[94] De grens van de ruimte die de oorspronkelijke aanvraag biedt, lijkt dus nog steeds te gelden. Jurisprudentie omtrent de strekking van artikel 2.31 lid 1 sub b Wabo heeft zich nog niet voorgedaan.

Artikel 8.25 lid 2 Wm, thans artikel 2.33 lid 1 Wabo

In 2005 werd de Wm wederom aangepast om een met het EU-recht strijdige situatie te beëindigen en deze te ruime bescherming van bestaande rechten in overeenstemming te brengen met de EU-rechtelijke eisen van een dynamischer milieurecht. Toen is artikel 8.25 van de Wm aangevuld met de in lid 2 opgenomen bepaling dat in het geval niet door wijziging van de vergunning kan worden bewerkstelligd dat in de betrokken inrichting (op termijn) weer ten minste de beste beschikbare technieken zullen worden toegepast, de voor die inrichting verleende vergunning moest worden ingetrokken.[95] Deze bepaling is in werking getreden op 1 december 2005, dus ruim zes jaar nadat de verplichting uit artikel 13 IPPC-Richtlijn had moeten zijn omgezet. De verplichting om een vergunning in te trekken indien door een wijziging van de vergunning niet kan worden verzekerd dat aan de toepasselijke eisen van de beste beschikbare technieken wordt voldaan, is thans opgenomen in artikel 2.33 lid 1 Wabo.

Men kan stellen dat op dit ogenblik het Nederlandse omgevingsrecht voldoende mogelijkheden biedt om 'milieuvergunningen' aan te passen als dat nodig is bijvoorbeeld omdat de milieusituatie is gewijzigd of nieuwe technieken ter beschikking staan zoals de IPPC-Richtlijn dat eist. Dat is tenminste theoretisch zo. Door vast te houden aan het uitgangspunt dat een ambtshalve wijziging van een vergunning niet mogelijk is als daarmee 'wordt getreden buiten de aan de vergunning ten grondslag liggende aanvraag' voldoet de Nederlandse wetgeving echter alleen aan de Europese eisen door in plaats van de daarin voorziene wijzigingsplicht een intrekkingsplicht in de wet op te nemen. Intrekking van een vergunning is echter een veel zwaarder middel waarvan in de praktijk zeer zelden gebruik wordt gemaakt.[96] Ook al houdt men er rekening mee dat de intrekkingsbevoegdheid vaak als stok achter de deur zal worden gebruikt om de vergunninghouder te bewegen toch zelf een aanvraag voor de noodzakelijke wijzigingen in te dienen, dan nog bevordert deze, mijns inziens onnodig gecompliceerde en krampachtig oude dogma's bevestigende, constructie een voortvarend beleid om de noodzakelijke aanpassingen van milieuvergunningen te realiseren niet. Daar komt bij dat het voor de vraag of de betrokkene mogelijk een aanspraak op schadevergoeding heeft, althans volgens de begin 2012 nog steeds geldende Circulaire schadevergoedingen milieubeheer, een wezenlijk verschil uit-

---

94 Wabo, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 22 (MvT).

95 *Kamerstukken II* 2003/03, 29 711, nr. 3, p. 35.

96 Zie ook Van den Broek 2007, p. 85, die de intrekkingsbevoegdheid in dit verband als 'paardenmiddel' kwalificeert en eveneens pleit voor een verruiming van de wijzigingsbevoegdheid en een betere aansluiting bij de richtlijn.

maakt of een vergunning slechts wordt gewijzigd of wordt ingetrokken. Volgens paragraaf 5 van de (uiteraard niet wettelijk bindende) circulaire kan bijvoorbeeld bij wijziging slechts structurele bedrijfsschade voor vergoeding in aanmerking komen, terwijl bij intrekking naast structurele ook incidentele bedrijfsschade vergoed kan worden.[97] Het is dan ook niet zeer verrassend dat in de praktijk onvoldoende lijkt te worden toegezien op de actualisering van milieuvergunningen. Volgens de toenmalige minister van VROM had op 30 oktober 2007, op welke datum de uitgestelde werking van artikel 5 IPPC-Richtlijn eindigde en alle bestaande installaties die onder de richtlijn vallen aan de uit de richtlijn voortvloeiende technische eisen moesten voldoen, ondanks een 'inhaalslag', 20% van de installaties nog geen nieuwe of geactualiseerde vergunning en voldeed een minstens even groot aantal installaties ook feitelijk niet aan de eisen van de richtlijn.[98]

Artikel 21 lid 3 Richtlijn industriële emissies correct omgezet in de Wabo?
Zoals gezegd is inmiddels de Richtlijn industriële emissies van kracht geworden die de IPPC-Richtlijn zal vervangen. Op 7 januari 2013 dient aan deze richtlijn te zijn voldaan. De vraag is of de nieuwe bepalingen voor de actualisering van milieuvergunningen in de Wabo voldoen aan de eisen van deze richtlijn. Zoals hiervoor al gezegd, komt artikel 21 Richtlijn industriële emissies in belangrijke mate overeen met artikel 13 IPPC-Richtlijn, maar gaat hier en daar ook verder. Het mijns inziens belangrijkste verschil is dat artikel 21 lid 3 Richtlijn industriële emissies eist dat binnen vier jaar na het verschijnen van een 'besluit over BBT-conclusies' de bestaande vergunningen van de desbetreffende installaties moeten worden getoetst en zo nodig herzien zodat alle installaties binnen die periode aan de BBT-conclusies voldoen. Deze verplichting is zo concreet en onvoorwaardelijk dat een omzetting in nationaal recht mijns inziens nodig is. De Wabo bevat thans echter geen overeenkomstige verplichting.

Boeve c.s. hebben in een onderzoeksrapport al in maart 2009 gewezen op de noodzaak de Nederlandse wetgeving aan de eisen van het EU-recht aan te passen, toen nog refererend aan het voorstel voor de Richtlijn industriële emissies.[99] Zij hebben hun pleidooi begin 2010 herhaald, inmiddels op basis van het gemeenschappelijk standpunt over de richtlijn.[100] Daarbij hebben zij onder andere voorgesteld de bepalingen over actualisering en wijziging van milieuvergunningen samen te voegen. Een dergelijk voorstel had Hoitink al in 1998 gedaan. Voorts stellen zij voor de noodzaak van hernieuwde beoordeling en desnoods herziening van vergunningen naar aanleiding van nieuwe BREF-documenten expliciet in de wet te verankeren. In het wetgevingstraject van de Wabo hebben al deze aanbevelingen, die zijn gedaan in het kader van de structurele evaluatie milieuwetgeving,[101] blijkbaar geen gehoor

97 Circulaire schadevergoedingen milieubeheer, *Stcrt.* 1997, 246.
98 Brief van de minister van VROM aan de Tweede Kamer van 24 september 2008, *Kamerstukken II* 2008/09, 22 343, nr. 207.
99 M.N. Boeve, M.G.W.M. Peeters, M.A. Poortinga en R. Uylenburg, *Ambtshalve wijziging van de milieuvergunning*, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving, 2008/3, maart 2009, p. 54 e.v.
100 Boeve, Peeters en Poortinga 2010, p. 81 e.v.
101 Dat zijn de zogenoemde 'STEM-onderzoeken'.

of discussie gevonden. Ook is geen voorstel tot wijziging van de Wabo aanhangig waarmee verzekerd zou kunnen worden dat de Nederlandse wetgeving, maar vooral ook de praktijk van vergunningverlening en de feitelijke exploitatie van de installaties, op tijd voldoet aan de eisen van de Richtlijn industriële emissies. Het is dus niet onwaarschijnlijk dat het Nederlandse recht als de omzettingstermijn voor de Richtlijn industriële emissies verstrijkt wederom niet zal voldoen aan de Europeesrechtelijke eisen tot dynamisering van milieuvergunningen.

Vervallen van de milieuvergunning, voorheen artikel 8.18 Wm

Ingevolge het voormalige artikel 8.18 Wm verviel een vergunning voor een inrichting automatisch indien de inrichting niet binnen drie jaar was voltooid en in werking gebracht. In de vergunning kon een andere termijn worden opgenomen indien voorzienbaar was dat de inrichting niet binnen drie jaar voltooid kon zijn. Deze bepaling is in de Wabo niet meer teruggekomen. Volstaan werd met de bevoegdheid in artikel 2.33 lid 2 sub a Wabo een omgevingsvergunning voor een inrichting geheel of gedeeltelijk in te trekken. Deze bevoegdheid bestaat voor zover 'gedurende drie jaar, dan wel indien de vergunning betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a onderscheidenlijk b of g, gedurende 26 weken onderscheidenlijk de in de vergunning bepaalde termijn, geen handelingen zijn verricht met gebruikmaking van de vergunning.' De regeling in de Wabo verschilt inhoudelijk dus van de voormalige regeling in de Wm. Ten eerste gaat het om een intrekkingsbevoegdheid en niet meer om een automatisch vervallen van de vergunning. Dat is een wezenlijke wijziging waarmee een veel grotere bescherming wordt toegekend dan onder de Wm het geval was aan exploitanten van een inrichting die latente vergunningruimte jarenlang niet gebruiken. Ten tweede valt op dat de termijn waarbinnen een bouwvergunning moet zijn gebruikt met een factor zes korter is dan de termijn waarbinnen een vergunning voor een inrichting moet worden gebruikt. Dat is opmerkelijk omdat de memorie van toelichting als reden voor het wegvallen van het voormalige artikel 8.18 Wm de noodzaak tot harmonisatie tussen de verschillende delen van een omgevingsvergunning noemt.[102] Nu ook binnen artikel 2.33 lid 2 Wabo verschil wordt gemaakt voor verschillende delen van een omgevingsvergunning, is niet goed in te zien waarom niet ook in de Wabo een regeling overeenkomstig artikel 8.18 Wm had kunnen worden opgenomen. Het is opmerkelijk dat de bescherming van een vergunninghouder met betrekking tot 'latente vergunningruimte' wordt verruimd juist op een tijdstip waarop het nodig lijkt om latente vergunningruimte makkelijker te kunnen onttrekken, bijvoorbeeld om met een programmatische werkwijze manifeste milieuproblemen te kunnen oplossen.

3.3.3 Intermezzo: wijziging en intrekking van vergunningen voor inrichtingen naar Duits recht

Als men bedenkt dat de jurisprudentiële eis van het niet mogen verlaten van de grondslag van de aanvraag al velen jaren wordt bekritiseerd, dat deze eis niet expliciet

102 Wabo, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 22 (MvT).

uit enige wettelijke bepaling of uit de wetsgeschiedenis blijkt, maar 'slechts' wordt afgeleid uit het 'systeem van de wet' en als men constateert dat deze eis tot gevolg heeft dat het Nederlandse recht met betrekking tot de actualisering van vergunningen voor inrichtingen afwijkt van de structuur van het EU-recht, rijst de vraag of het niet ook anders zou kunnen. Een vergelijking met buitenlandse stelsels die moeten voldoen aan dezelfde EU-rechtelijke randvoorwaarden en tevens ook aan rechtsstatelijke eisen, dringt zich op. Ik zal mij hier beperken tot een korte herinnering aan de actualiseringsbepalingen in het Duitse recht. Dat is geenszins nieuw. Ook Hoitink heeft in haar proefschrift over bestaande rechten gekeken naar het Duitse recht. Dat is meer dan twaalf jaar geleden, maar belangrijke veranderingen heeft paragraaf 17 Bundesimmissionsschutzgesetz (hierna BimSchG) niet ondergaan en de titel van paragraaf 7.6 van Hoitinks proefschrift: 'De toekomst: het Umweltgesetzbuch' klopt ook nog steeds. Het Umweltgesetzbuch is, anders dan verwacht, nog steeds toekomst. Daarom zal deze paragraaf slechts kort de voor het doeleinde van deze verhandeling belangrijkste kenmerken van het Duitse recht in herinnering roepen en, voor zover nodig, de analyse van Hoitink actualiseren.

Een belangrijk kenmerk van het Duitse Immissionsschutzrecht is het vertrekpunt dat de exploitant van een inrichting een voortdurende verplichting heeft om de belasting van het milieu door zijn inrichting te minimaliseren en de techniek van zijn inrichting te actualiseren. Wijzigingen van de plaatselijke situatie, bijvoorbeeld een verslechtering van de luchtkwaliteit, maar ook woonbebouwing die dichter bij de inrichting is ontstaan, ontwikkelingen in de milieutechniek of nieuwe inzichten in de milieueffecten van bepaalde emissies eisen een reactie van de exploitant van de inrichting die zijn werkwijze daarop moet aanpassen.[103] Deze, in paragraaf 5 BImSchG verwoorde verplichting[104] geldt onafhankelijk van een bemoeienis van het bestuur. De aan de houder van een inrichting verleende vergunning heeft dus, anders dan in het Nederlandse recht, bij voorbaat al een dynamisch karakter en verleent geen 'eeuwigdurende' rechten. Het Duitse recht gaat, althans in theorie, dus van een veel dynamischer karakter van de milieuvergunning uit dan het Nederlandse en is daarmee al veel meer in overeenstemming met de structuur van de IPPC-Richtlijn en de Richtlijn industriële emissies. De bevoegdheid in paragraaf 17 BImSchG om de voorschriften van een vergunning voor een inrichting te wijzigen en aan te vullen, in het Duitse recht 'nachträgliche Anordnungen' genoemd, dienen ter concretisering van de toch al op grond van paragraaf 5 BImSchG bestaande voortdurende autonome actualiseringsverplichting van de exploitant van de inrichting. De mogelijkheid tot een nachträgliche Anordnung is ingevolge paragraaf 17 BImSchG slechts beperkt door het 'Verhältnismäßigkeitsgebot'.[105] Wijzigingen

---

103 Zie bijvoorbeeld H. Wöckel, *Grundzüge des Immissionsschutzrechts*, Freiburg 2008, <www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers.php>, p. 15 en p. 35 of H.D. Jarass, *BImSchG, Kommentar*, 9. Aufl., Beck München 2012, paragraaf 17, Anmerkung 15.

104 105 Meer in detail voorziet paragraaf 5 BImSchG in vijf verschillende (groepen) 'Betreiberpflichten', waaronder het voorkomen van een gevaar voor het milieu, voorzorg, het zoveel mogelijk voorkomen van het ontstaan van afvalstoffen, zuinig energieverbruik en een 'nazorgverplichting'.

105 Zie nader Jarass 2012, Aantekening 44 e.v.

van een milieuvergunning moeten dus proportioneel zijn. Zoals bekend omvat het Duitse proportionaliteitsvereiste, dat op overeenkomstige wijze ook door het Hof van Justitie EU als algemeen beginsel van Europees recht wordt gehanteerd,[106] drie eisen. Een maatregel is slechts dan proportioneel indien zij geschikt is het daarmee beoogde doel te bereiken ('Geeignetheit'), de maatregel noodzakelijk is ('Notwendigkeit') en de maatregel proportioneel is in enge zin ('Angemessenheit'). Voorts kunnen algemene regels worden uitgevaardigd die de eisen, maar ook de mogelijkheden van een actualisering van vergunningen voor bepaalde categorieën van inrichtingen concretiseren en daardoor ook beperken. Uit de jurisprudentie is ten slotte nog de beperking af te leiden dat de wijzigingen de exploitatie van de inrichting niet onmogelijk mogen maken.[107] Zou een wijziging van de vergunning noodzakelijk zijn ter nakoming van de 'Betreiberpflichten', maar wordt de exploitatie daardoor onmogelijk of is de wijziging niet proportioneel, dan dient de vergunning te worden ingetrokken (paragraaf 17 lid 2 tweede volzin BImSchG). De exploitant van een inrichting kan, indien een wijziging van de vergunning voldoet aan deze eisen van proportionaliteit, geen beroep doen op bestaande rechten, op de strekking of inhoud van zijn vergunning of op eigendomsrechten.[108] Op grond van paragraaf 17 BImSchG kunnen bijvoorbeeld veranderingen in het productieproces, in de tijdstippen waarop de inrichting in werking mag zijn, nieuwe zuiveringstechnieken of het gebruik van andere brandstoffen worden voorgeschreven. Hebben de 'nachträgliche Anordnungen' tot gevolg dat de inrichting wezenlijk moet worden veranderd ten opzichte van de oorspronkelijk verleende vergunning, dan kan het bevoegd gezag de inrichtinghouder ingevolge paragraaf 17 lid 4 BImSchG dwingen om een wijzigingsvergunning aan te vragen. In Duitsland wordt niet bediscussieerd dat de bevoegdheden uit paragraaf 17 BImSchG tot gevolg zouden kunnen hebben dat door ambtshalve wijzigingen van de milieuvergunning een andere inrichting ontstaat dan is aangevraagd of het kader van de oorspronkelijke aanvraag wordt verlaten.[109] Met paragraaf 17 (en paragraaf 52) BImSchG alsmede het vertrekpunt van de autonome dynamische verplichtingen van de exploitant om zijn inrichting voortdurend aan te passen aan de actuele milieusituatie en de ontwikkeling van de techniek, sluit het Duitse recht vrij goed aan bij de structuur van de Europeesrechtelijke eisen uit de IPPC-Richtlijn en de Richtlijn industriële emissies.[110]

3.3.4 Projecten en plannen

De voor ons thema van belang zijnde mogelijkheden tot wijziging of intrekking van een vergunning zijn opgenomen in artikel 43 lid 2 sub d, artikel 46 c en artikel 47c Natuurbeschermingswet 1998. Artikel 43 lid 2 sub d Natuurbeschermingswet 1998 biedt de mogelijkheid om vergunningen die voor projecten of plannen zijn verleend

---

106 Zie bijvoorbeeld J.H. Jans e.a., *Europeanization of Administrative Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 144 e.v.

107 Jarass 2012, Aantekening 37.

108 Wöckel 2008, p. 37.

109 Zie ook Hoitink 1998, p. 217.

110 Wellicht is dit ook deels omgekeerd en sluit de structuur van het EU-recht terzake mede aan bij het Duitse BImSchG.

te wijzigen of in te trekken indien 'de omstandigheden sedert het tijdstip waarop de vergunning is verleend zodanig zijn gewijzigd, dat deze niet, niet zonder beperkingen of voorwaarden of slechts onder andere beperkingen of voorwaarden zou zijn verleend indien deze omstandigheden op het tijdstip waarop de vergunning is verleend zouden hebben bestaan.' Kort gezegd kan een vergunning dus worden gewijzigd of ingetrokken als deze thans niet of anders zou worden verleend. Dezelfde formule is te vinden in de artikelen 46c en 47c die betrekking hebben op gevallen waarin de vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 is 'aangehaakt' bij de Wabo-vergunning. Artikel 46c en 47c Natuurbeschermingswet 1998 kennen deze mogelijkheid toe, 'onverminderd de artikelen 2.31 en 2.33 van de Wabo'. Dat zou erop kunnen duiden dat de criteria van de wijzigings- en intrekkingsmogelijkheden die op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 mogelijk zijn, aanvullend en ruimer zijn dan die uit de Wabo. Dat is echter niet het geval omdat de artikelen 2.31 en 2.33 Wabo geen mogelijkheden bieden om om redenen die iets te maken hebben met het natuurbeschermingsdeel van een omgevingsvergunning deze vergunning te wijzigen of in te trekken.

Ook het wetsvoorstel Natuurwet bevat in artikel 5.4 een soortgelijke mogelijkheid tot wijziging of intrekking van een op grond van die wet te verlenen vergunning. Daaraan wordt toegevoegd een wijzigings- of intrekkingsverplichting 'als dat nodig is ter uitvoering van artikel 6, tweede lid van de Habitatrichtlijn'.

3.3.5 Handelingen in watersystemen

Artikel 6.22 lid 1 Waterwet bevat een geheel ongeclausuleerde bevoegdheid tot wijziging van een vergunning voor een 'handeling in een watersysteem', zoals een lozing of onttrekking van grondwater.[111] Verder kan een vergunning ingevolge artikel 6.22 lid 2 Waterwet worden ingetrokken als deze gedurende drie achtereenvolgende jaren niet is gebruikt. Voorts geeft artikel 6.22 lid 3 Waterwet de verplichting een vergunning in te trekken indien zich (b) omstandigheden of feiten voordoen waardoor de handeling of handelingen waarvoor de vergunning is verleend, niet langer toelaatbaar worden geacht met het oog op de in de artikelen 2.1 en 6.11 bedoelde doelstellingen en belangen of indien (c) een voor Nederland verbindend verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie, dan wel een wettelijk voorschrift ter uitvoering daarvan, daartoe verplicht (voorheen bijvoorbeeld artikel 24 lid 1 Grondwaterwet).

3.3.6 Conclusie

Vergelijking van de verschillende bepalingen
Vergelijkt men de hiervoor weergegeven bepalingen over wijziging en intrekkingsbevoegdheden in de Wabo, de natuurbeschermingswetten en de Waterwet, dan valt op dat de wetgever blijkbaar uiterst creatief is. Elke omgevingswet formuleert de

111 Anders Van Rijswick 2011, p. 152, die stelt dat wijziging slechts om een limitatief aantal redenen mogelijk is. Dat is volgens de tekst van artikel 6.22 lid 1 Waterwet echter niet zo.

bevoegdheden tot het actualiseren van vergunningen net weer anders. De vraag is of voor al deze verschillen een goede reden of ten minste een rechtvaardiging te vinden is. Uit de toelichtingen op de desbetreffende wetsvoorstellen blijkt niet waarom juist voor deze formulering is gekozen. De vraag is bijvoorbeeld waarom in de natuurbeschermingswetten niet, zoals in de Waterwet, gewoon een algemene, verder niet geclausuleerde bevoegdheid tot wijziging van de verleende toestemmingen is opgenomen. Andersom kan de vraag worden gesteld of de ongeclausuleerde wijzigingsbevoegdheid in de Waterwet werkelijk ruimer is dan die in de natuurbeschermingswetten. Indien een verleende toestemming ambtshalve gewijzigd wordt, dient gemotiveerd te worden waarom dat geschiedt. Daarbij zal gerefereerd moeten worden aan het toetsingskader voor de beslissing over aanvragen voor nieuwe activiteiten. Het lijkt nauwelijks denkbaar dat een ongeclausuleerde bevoegdheid tot wijziging van een vergunning, zoals deze is opgenomen in de Waterwet, gebruikt zou kunnen worden om een voorschrift of beperking in de bestaande vergunning op te nemen indien hetzelfde voorschrift of dezelfde beperking niet ook mogelijk en zelfs noodzakelijk zou zijn in een besluit omtrent een op dat moment ingediende aanvraag. In zoverre schijnt materieel uiteindelijk weinig verschil te bestaan tussen de ongeclausuleerde bevoegdheid in de Waterwet en de nadrukkelijk wel geclausuleerde bevoegdheid in de natuurbeschermingswetten.[112]

Toch zijn niet alle verschillen in de letter van de wijzigings- en intrekkingsbepalingen irrelevant. Een vergunning op grond van de natuurbeschermingswetgeving kan mijns inziens bijvoorbeeld niet worden ingetrokken omdat daarvan lange tijd geen gebruik werd gemaakt. Juist in het kader van een gewenste programmatische aanpak van de bronnen die een verslechterend effect op een bepaald Natura 2000-gebied hebben, zou een dergelijke bevoegdheid wenselijk zijn. Ze is opgenomen in de Wabo met betrekking tot onder meer het bouwen en exploiteren van een inrichting en ook in de Waterwet voor alle handelingen in watersystemen, maar ontbreekt uitgerekend ten aanzien van de bescherming van de meest waardevolle natuurgebieden in het land. Dat is een gemis dat in het voorstel voor een Natuurwet hersteld zou moeten worden.

Ook is bijvoorbeeld opmerkelijk dat het niet gebruik maken van een bouwvergunning al na 26 weken de intrekking van een omgevingsvergunning voor bouwen tot gevolg kan hebben, terwijl andere omgevingsrechtelijke vergunningen pas kunnen worden ingetrokken als daar drie jaar geen gebruik van is gemaakt. Wellicht is dit verschil te rechtvaardigen. Voor de hand ligt een dergelijk onderscheid echter niet.

Overwogen zou kunnen worden om, in het kader van de stroomlijning en integratie van omgevingsrechtelijke wetten, te komen tot een eensluidende formulering van de mogelijkheden tot wijziging en intrekking van verleende toestemmingen, voor zover niet een bijzondere, te expliciteren, reden bestaat om van deze algemene bevoegdheid af te wijken.

---

112 Zo ook al Hoitink 1998, p. 85.

Invloed Europees (en internationaal) recht
Hier en daar zijn wijzigings- of intrekkingsbevoegdheden, of zelfs -verplichtingen in de omgevingswetten opgenomen om te voldoen aan Europeesrechtelijke eisen. Dat er met betrekking tot sommige deelterreinen van het omgevingsrecht internationaalrechtelijke verplichtingen bestaan die dienen te worden omgezet in een verplichting tot wijziging of intrekking van toestemmingen in bepaalde gevallen, maar op andere deelterreinen dergelijke verplichtingen (vooralsnog) ontbreken, rechtvaardigt uiteraard verschillen in het nationaal recht. Voor zover internationaal recht aanleiding voor specifieke wijzigings- of intrekkingsbevoegdheden of -verplichtingen is, worden verschillende formuleringen gekozen. Zo verwijst het voorstel voor een Natuurwet concreet naar artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn, terwijl bijvoorbeeld artikel 6.22 lid 3 sub c Waterwet en artikel 2.33 lid 1 sub a Wabo een verplichting bevatten voor zover dat nodig is om te kunnen voldoen aan een 'voor Nederland verbindend verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie' (artikel 6.22 lid 3 sub c Waterwet), respectievelijk om te kunnen voldoen aan een 'voor Nederland verbindend verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie dan wel een wettelijk voorschrift ter uitvoering daarvan'. Het voordeel van dergelijke bepalingen zou kunnen worden gezien in haar toekomstbestendigheid. De wet hoeft niet gewijzigd te worden indien een internationaalrechtelijke of EU-rechtelijke norm van kracht wordt die omzetting in het nationaal recht verdient, zo zou men kunnen argumenteren. De vraag is echter of door middel van een dergelijke algemene verwijzing naar internationaalrechtelijke verplichtingen wordt voldaan aan de eisen tot omzetting van verplichtingen uit EU-richtlijnen. Zou de strijd met artikel 21 lid 3 Richtlijn industriële emissies bijvoorbeeld zijn voorkomen indien niet alleen in artikel 2.33 lid 1 Wabo met betrekking tot de intrekking van de Wabo-vergunning, maar ook in artikel 2.31 Wabo met betrekking tot de verplichting tot wijziging van een Wabo-vergunning naar internationaalrechtelijke voorschriften zou worden verwezen? Mijns inziens is het antwoord negatief. Hoewel de rechtspraak van het Hof van Justitie EU dienaangaande niet makkelijk te interpreteren is, lijkt mij bijvoorbeeld uit het arrest HvJ EG 20 oktober 2005[113] voort te vloeien dat een algemene verplichting bepaalde nationale bevoegdheden uit te oefenen in overeenstemming met Europeesrechtelijke eisen in de hier aan de orde zijnde gevallen onvoldoende concreet is. Ik neig er dan ook naar te concluderen dat bijvoorbeeld artikel 21 lid 3 Richtlijn industriële emissies een specifiekere omzetting in de Wabo vereist die voorschrijft dat binnen vier jaar na het verschijnen van een 'besluit over BBT-conclusies' de bestaande vergunningen van de desbetreffende installaties moeten worden getoetst en zo nodig herzien zodat alle installaties binnen die periode aan de BBT-conclusies voldoen. Wel verdient het overweging om in alle omgevingsrechtelijke wetten een algemene bepaling over een verplichte wijziging en een verplichte intrekking om internationaalrechtelijke redenen als vangnet op te nemen. Daarbij zouden inhoudelijk niet te rechtvaardigen verschillen in de formulering, zoals thans bijvoorbeeld het geval tussen artikel 6.22 lid 3 sub c Waterwet en artikel 2.33 lid 1 sub a Wabo moeten

113 HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-6/04 (*Commissie/Groot Brittannië*), m.n. rechtsoverweging 24 e.v.

worden weggenomen. De in ontwikkeling zijnde Omgevingswet biedt de gelegenheid voor een dergelijke harmonisatie.

Het niet mogen verlaten van de grondslag van de aanvraag vergelijkend beschouwd
Laten wij het volgende aannemen. Een agrarisch bedrijf in de buurt van een voor verzuring gevoelig hoogveengebied waarin een hoge grondwaterstand moet worden gewaarborgd valt niet onder het Activiteitenbesluit, maar heeft vergunning nodig op grond van artikel 2.1 lid 1 sub e Wabo. Het bedrijf heeft voorts nog een vergunning op grond van de Waterwet nodig voor het draineren van landerijen waarop gewassen verbouwd worden en is ten slotte tevens vergunningplichtig op grond van artikel 19d Natuurbeschermingswet omdat zijn werkwijze (stikstofemissies, drainage) mogelijk significant negatieve gevolgen heeft voor het hoogveengebied. Alle vergunningen worden verleend en het bedrijf is een aantal jaren in werking. Na zekere tijd wordt duidelijk dat de verleende vergunningen zouden moeten worden gewijzigd. De stikstofemissies kunnen door nieuwe filtertechnieken makkelijk en zonder hoge kosten worden gereduceerd. Dat is zeer wenselijk, omdat de kritische depositiewaarde in het hoogveengebied wordt overschreden en de kwaliteit van het hoogveen voortdurend achteruit gaat. Voorts dreigt het hoogveen door externe omstandigheden te verdrogen en moeten daarom alle drainages binnen een straal van een kilometer rond het gebied worden aangepast. Van toepassing zijn derhalve artikel 6.22 lid 1 Waterwet, artikel 2.31 lid 2 sub b en wellicht lid 1 sub b Wabo en artikel 43 lid 2 sub d Natuurbeschermingswet 1998. Terwijl alle wijzigingen tot gevolg hebben dat de vergunninghouder de exploitatie van zijn bedrijf moet aanpassen, moet alleen in het kader van de wijziging van de inrichtingvergunning op grond van artikel 2.31 Wabo worden nagegaan of door de wijziging niet de grondslag van de oorspronkelijke milieuvergunning zou worden verlaten. Dat blijkt, nu nieuwe filters moeten worden ingebouwd, volgens de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak het geval te zijn. Omdat de exploitant van de inrichting niet vrijwillig wil meewerken zou de noodzakelijke wijziging, die blijft binnen de beste beschikbare technieken en ook in dit concrete geval economisch zonder meer verantwoord is, alleen kunnen worden afgedwongen door de vergunning voor het in werking hebben van de inrichting op grond van artikel 2.33 lid 1 sub b Wabo in te trekken en het bedrijf te sluiten. Dat vindt het gemeentebestuur twee bruggen te ver. Bovendien vreest men een schadevergoedingsplicht indien de vergunning om redenen van milieubeleid wordt ingetrokken.

Het is moeilijk verklaarbaar dat de grondslag van de aanvraag een beslissende rol moet spelen bij de wijziging van de Wabo-vergunning voor de exploitatie van een inrichting, maar geheel geen rol speelt bij de wijziging van de vergunning op grond van de Waterwet en van de Natuurbeschermingswet 1998. Het gaat deels om dezelfde handelingen en dezelfde wijzigingen die van de vergunninghouder worden geëist (bijvoorbeeld het aanbrengen van nieuwe filters waardoor de stikstofemissie afneemt). Ook overigens lijkt mij geen reden aanwezig waarom de exploitant van een agrarische inrichting in het kader van zijn Wabo-vergunning een verdergaande bescherming behoeft dan in het kader van de vergunningen op grond van de Waterwet en de Natuurbeschermingswet 1998, tegen wijzigingen die noodzakelijk zijn om redenen van technische vooruitgang of veranderende milieuomstandigheden. Een

vergelijking van de verschillende bevoegdheden tot wijziging van eerder vergunde situaties maakt dus duidelijk dat de 'uit het systeem van de milieuwetgeving' afgeleide jurisprudentie over het niet mogen verlaten van de grondslag van de aanvraag een extra rechtvaardiging behoeft. Vooralsnog zie ik een dergelijke rechtvaardiging niet. Als reden wordt doorgaans genoemd dat de houder van de vergunning hierdoor wordt beschermd tegen een al te actieve overheid die zijn vergunning wel eens dusdanig ver strekkend zou kunnen wijzigen dat een inrichting ontstaat die de vergunninghouder helemaal niet heeft gewild. Mijns inziens is deze zorg onterecht en zonder reden. De bevoegdheid tot wijziging van een vergunning voor een inrichting is beperkt tot hetgeen nodig is in het belang van de bescherming van het milieu. Het is moeilijk voorstelbaar dat het belang van de bescherming van het milieu zou noodzaken om het karakter van een inrichting te wijzigen. Het is voorts opvallend dat een dergelijke zorg en beperking van de wijzigingsbevoegdheid slechts geldt voor inrichtingen die een vergunning op grond van de Wabo nodig hebben. Dezelfde zorg zou dan ook moeten gelden voor inrichtingen die onder het Activiteitenbesluit vallen. Blijkbaar kunnen de voorschriften voor een bepaalde soort activiteit in het Activiteitenbesluit gewijzigd worden zonder dat moet worden gevreesd dat exploitanten van inrichtingen tot te ver strekkende wijzigingen van hun werkwijze gedwongen worden. Door, als gevolg van het streven naar deregulering en naar een vermindering van de publiekrechtelijke lasten, niet langer vergunningplichtig te zijn maar onder het Activiteitenbesluit te vallen, wordt dus de bescherming van de exploitant van een inrichting aanzienlijk verminderd, zonder dat dat blijkbaar als problematisch wordt ondervonden. Ook op andere terreinen van het omgevingsrecht bestaat een dergelijke zorg blijkbaar niet. Waarom de exploitant van een inrichting wat dat betreft met betrekking tot de Wabo-vergunning dusdanig sterk moet worden beschermd, terwijl dezelfde exploitant met dezelfde inrichting geen soortgelijke bescherming geniet wat een mogelijke wijziging van zijn vergunning voor een significant schadelijke handeling als bedoeld in artikel 19d Natuurbeschermingswet 1998 betreft, is niet goed in te zien. Ten slotte valt op dat een soortgelijke vraag in bijvoorbeeld het Duitse recht in het geheel niet speelt. Ook zonder een beperking van de wijzigingsbevoegdheid door het verbod de 'grondslag van de oorspronkelijke aanvraag' te verlaten kan worden verzekerd dat de algemene belangen van milieubescherming en de belangen van de exploitant van een inrichting adequaat worden afgewogen. Ten slotte pleit het EU-recht nog steeds voor het verlaten van de jurisprudentie over het niet mogen verlaten van de grondslag van de aanvraag. Hoewel thans waarschijnlijk formeel wordt voldaan aan artikel 13 IPPC-Richtlijn en artikel 21 lid 1 Richtlijn industriële emissies sinds een intrekking van een vergunning ingevolge artikel 2.33 lid 1 sub b verplicht is indien door het gebruik van de (te beperkte) wijzigingsbevoegdheid niet kan worden verzekerd dat de inrichting de beste beschikbare technieken toepast, wijkt deze bevoegdheidstoedeling onnodig en ongelukkig af van de structuur van zowel de IPPC-Richtlijn als de Richtlijn industriële emissies.[114]

---

114 Inmiddels is op 4 januari 2012 in het wetsvoorstel tot permanent maken van de Crisis- en herstelwet (*Kamerstukken II* 33135 nr. 2) aan het hier nogmaals onderbouwde pleidooi tegemoet gekomen. Hierin wordt voorgesteld een nieuw artikel 2.31a in de Wabo op te nemen. Deze bepaling moet ingevolge het wetsvoorstel als volgt komen te luiden: 'Indien toepassing wordt gegeven

4 Verschillende vormen van de regulering van inrichtingen vergeleken

Voordat kan worden geprobeerd enkele conclusies te trekken uit het voorenstaande, moet nog kort, wederom vergelijkenderwijs, de aandacht worden gevestigd op de vraag wat het voorwerp van bestaande rechten bij de regulering van inrichtingen is. De regulering van inrichtingen is in de loop der jaren, zoals hiervoor ook al ter sprake gekomen, aan aanzienlijke veranderingen onderhevig geweest.

Regelingsobject bij vergunningverlening

Stond oorspronkelijk, vooral onder de vigeur van de Hinderwet, de vergunningplicht voorop, in de afgelopen twee decennia zijn steeds meer aspecten geregeld door algemene regels, deels, en in de loop der jaren steeds meer, ter vervanging van de vergunningplicht. Daar is voor de regulering van de uitstoot van CO_2 en daarmee verbonden voorschriften ter regulering van het energieverbruik, in 2005 het emissiehandelssysteem bijgekomen. Dat heeft tot gevolg gehad dat de CO_2-emissies niet meer vallen onder de milieuvergunning en de algemene regels voor inrichtingen. In de milieurechtelijke terminologie wordt dat 'uithoeken' genoemd. Vertrekpunt bij de milieurechtelijke regulering van inrichtingen is de 'activiteit'. Voorwerp van de uit een vergunning op grond van de Hinderwet, later de Wm en thans artikel 2.1 lid 1 sub e Wabo voortvloeiende 'rechten' is dan ook de activiteit zoals deze uit de aanvraag blijkt. Duidelijk te zien is dat ook aan de titel en de structuur van het Activiteitenbesluit Wm. Indien een activiteit wordt vergund, lijkt het gewoon en gerechtvaardigd dat de milieuhygiënische eisen ten aanzien van het verrichten van de activiteit in de loop der jaren, door veranderende inzichten, de ontwikkeling van het milieu zelf en door de ontwikkeling van de techniek, kunnen wijzigen en dat de exploitant van een inrichting de manier waarop hij de activiteit uitoefent hierop moet aanpassen. Het vergunde recht is immers het mogen ondernemen van een bepaalde activiteit, niet een bepaalde werkwijze of een bepaalde hoeveelheid emissies. Dit principe komt zeer duidelijk tot uitdrukking in artikel 13 IPPC-Richtlijn, artikel 21 lid 1 Richtlijn industriële emissies en ook zeer helder in de 'Betreiberpflichten' zoals voorzien in paragraaf 5 BImSchG.

---

aan artikel 2.31, eerste lid, aanhef en onder b, verbindt het bevoegd gezag voor zover nodig voorschriften aan de omgevingsvergunning die strekken tot toepassing van andere technieken dan die waaromtrent ingevolge artikel 2.8, eerste lid, tweede volzin, in of bij de aanvraag om de vergunning gegevens of bescheiden zijn verstrekt.'

Regelingsobject bij emissiehandelssystemen
Een emissiehandelssysteem kiest voor een andere benadering. Het reguleert niet bepaalde activiteiten, maar hoeveelheden emissies. Wordt een emissiehandelssysteem als reguleringsinstrument gebruikt, dan wordt de werkwijze van inrichtingen niet meer gereguleerd. Hoe de exploitant verzekert dat hij niet méér emissies veroorzaakt dan overeenkomt met de emissierechten die hij bezit is aan hem overgelaten. Een exploitant mag kiezen om steeds in de meest efficiënte technieken te investeren en zo wellicht emissierechten te kunnen verkopen, of verouderde technieken toe te passen en op een gegeven moment emissierechten te moeten bijkopen. Een belangrijk vertrekpunt van een emissiehandelssysteem is dat emissierechten altijd slechts tijdelijk worden verleend. Na verloop van tijd worden de emissierechten opnieuw verdeeld, bijvoorbeeld omdat het totale plafond omlaag moet gaan of een herverdeling moet plaatsvinden. Emissierechten zijn eigendomsrechten, maar ze zijn van meet af aan beperkt in de tijd. Nadat ze zijn verlopen bestaat geen aanspraak meer daarop, ook geen aanspraak op hernieuwde verlening van soortgelijke rechten. Een mooi voorbeeld hiervoor is het Europese emissiehandelssysteem voor broeikasgasemissierechten, ETS. De emissierechten worden slechts voor een handelsperiode verleend. In de eerste handelsperiode (2005-2007) was de verlening voor 95% gratis, in de tweede handelsperiode (2008-2012) nog slechts voor 90% en in de komende handelsperiodes (2013-2020 en vervolgens verder) worden steeds meer rechten geveild. In 2020 krijgen de meeste bedrijven bijvoorbeeld nog slechts 30% van hun emissierechten gratis. Ook is het gehele plafond en de verdeling gewijzigd. De bedoeling is om uiteindelijk voor de meeste categorieën inrichtingen geheel geen gratis rechten meer te verlenen, maar alle rechten slechts te koop aan te bieden.[115] Veranderende milieuomstandigheden, gewijzigde inzichten en een voortschrijdende techniek worden in een emissiehandelssysteem vertaald in de periodieke wijziging van het plafond van het systeem als geheel en de periodieke wijziging van de verdeling van de, in de tijd beperkte, emissierechten.

Regelingsobject van vergunningen voor veehouderijen: een bastaard
Hoewel bij de vergunningverlening voor inrichtingen, zoals gezegd, op zich een bepaalde activiteit gereguleerd wordt en voorwerp van de uit de vergunning voortvloeiende rechten is, wordt dit vertrekpunt in Nederland niet altijd (zuiver) toegepast. Soms is feitelijk uiteindelijk niet een bepaalde activiteit, maar een emissierecht onderwerp van de milieuvergunning. Het duidelijkst doet zich dat voor bij milieuvergunningen voor al dan niet intensieve veehouderijen. Oorspronkelijk gold ook voor dergelijke inrichtingen dat een bepaalde activiteit werd aangevraagd, bijvoorbeeld het houden van 1000 mestvarkens. Al onder de vigeur van de Hinderwet, nog veel sterker echter sinds het van kracht worden van de voormalige Interimwet Ammoniak en Veehouderij, werd berekend hoeveel emissies de ooit vergunde activiteit in het vergunde stalsysteem zou veroorzaken en welke depositie van stikstof dat op de

115 Zie hierover bijvoorbeeld M.G.W.M. Peeters, 'De verdeling over en uitvoering door lidstaten', alsmede J.R. van Angeren, 'Emissiehandel en schaarse rechten', beide in: F.J. van Ommeren e.a. (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 71 e.v., respectievelijk p. 95 e.v.

aangrenzende stikstofgevoelige gronden tot gevolg zou hebben.[116] Vervolgens werd deze emissieruimte als in de milieuvergunning gereguleerd onderwerp en bestaand recht beschouwd. Duidelijk wordt dit bijvoorbeeld uit het toenmalige artikel 3 lid 2 jo. (onder andere) artikel 5 Interimwet Ammoniak en Veehouderij. Artikel 3 lid 2 luidde: 'Een vergunning voor een veehouderij wordt niet geweigerd om redenen die verband houden met ammoniakdepositie, voor zover de ammoniakdepositie... niet meer bedraagt dan de ingevolge de artikelen 4 tot en met 8... geldende waarde'. Artikel 5 luidde: 'Voor een veehouderij waarvoor op het tijdstip waarop deze wet in werking treedt, een onherroepelijke vergunning gold, geldt...als waarde voor de ammoniakdepositie: de waarde van de depositie die op die datum ingevolge die vergunning ten hoogste was toegestaan.'[117] Anders dan bij een emissiehandelssysteem zoals het ETS zijn de emissierechten van veehouderijen in beginsel niet in de tijd beperkt. Ook bestaat (tot nu toe) geen beleid of recht dat tot gevolg heeft dat het emissieplafond na een zekere periode wordt verlaagd of dat leidt tot de mogelijkheid de verleende emissierechten na een bepaalde periode opnieuw en anders te verdelen. De regulering van bepaalde vormen van inrichtingen, in het bijzonder veehouderijen, is derhalve een hybride mengvorm. Enerzijds is onderwerp van een vergunningaanvraag een bepaalde activiteit, anderzijds worden uiteindelijk in de tijd onbeperkte emissierechten verleend. Kenmerkend voor deze mengvorm is dat de voordelen van voortschrijdende technische mogelijkheden tot reductie van schadelijke emissies, anders dan gewoonlijk bij het vergunnen van een bepaalde activiteit en ook anders dan in een emissiehandelssysteem, ten gunste komen van de vergunninghouder.[118] Investeert de vergunninghouder in een nieuwe techniek, dan mag hij de ontstane emissieruimte weer opvullen door een uitbreiding of verkopen aan anderen. Anders dan ten aanzien van 'gewone' inrichtingen komt de winst van verbeterde technieken niet ten gunste van het milieu, maar blijft deze in beginsel bij de vergunninghouder. Deels werd, indien emissieruimte werd verhandeld, onder de Interimwet Ammoniak en Veehouderij de winst door de overheid afgeroomd voor zover voor bepaalde gebieden een ammoniakreductieplan gold. Dat zijn echter uitzonderingen. Over het algemeen worden de eenmaal door middel van een omrekening van een activiteit in hoeveelheden emissies toegekende emissierechten van veehouderijen in Nederland blijkbaar impliciet als bestaande rechten beschouwd. Een periodieke aanscherping van de aan veehouderijen te stellen technische eisen door toepassing van artikel 43 lid 2 sub d Natuurbeschermingswet 1998 of artikel 8.23 Wm en thans artikel 2.31 Wabo met als gevolg een reductie van de emissies van dergelijke inrichtingen vindt bij mijn weten niet plaats.

De ontwikkeling van vergunde activiteit naar vergund emissierecht gebeurde, door milieubeleidsdocumenten en door de rechtspraak, geleidelijk en werd vervolgens door wetgeving, met name door de Interimwet Ammoniak en Veehouderij, geformaliseerd. Dat heeft ook doorgewerkt in het natuurbeschermingsrecht en -beleid.

---

116 Hierover bijvoorbeeld Backes 1998, p. 1.

117 *Stb.* 1994, 634.

118 Bastiaans acht daarom ook de mogelijkheid van interne saldering, waarbij voor een deel van de stallen geen BBT wordt toegepast, in strijd met de IPPC-Richtlijn: Bastiaans 2009, p. 73.

Veehouderijen worden hierdoor structureel anders behandeld dan andere soorten inrichtingen. Daar kan een goede reden voor zijn. Door een deel van de milieuwinst door de toepassing van nieuwe technieken toe te laten komen aan de houder van een inrichting, kunnen dergelijke investeringen worden uitgelokt en kan de dynamiek in een sector worden bevorderd. Zo hebben de ammoniakreductieplannen op grond van de Interimwet Ammoniak en Veehouderij nieuwe investeringen in verbeterde stallen bevorderd, maar tegelijk een deel van de winst afgeroomd en gebruikt om de dringend noodzakelijke vermindering van de milieudruk te realiseren. Er bestaat echter thans geen helder beleid hoe en wanneer de emissies van vergunde veehouderijen gereduceerd moeten worden en of en welk deel van de milieuwinst door voortschrijdende techniek aan de ondernemer en welk deel aan het milieu ten goede komt. Het uitgangspunt dat exploitanten van inrichtingen verplicht zijn om de hun toegestane activiteiten zo uit te voeren dat zo min mogelijk milieuvervuiling ontstaat en zij dus nieuwe technieken moeten toepassen (zonder daarvoor extra beloond te worden) lijkt bij de regulering van veehouderijen verlaten. De meeste betrokkenen lijken te veronderstellen dat zij, in de tijd in beginsel onbeperkte, emissierechten bezitten die zij kunnen gebruiken voor uitbreidingen of die zij kunnen verkopen. Dat is een ongelukkige situatie als gevolg van een onduidelijke keuze en in de tijd veranderende opvatting omtrent het onderwerp van de milieurechtelijke vergunning voor bepaalde soorten inrichtingen, in het bijzonder veehouderijen.

5 Concluderende stellingen

Deels te weinig aandacht voor de omgang met bestaande situaties
In de omgevingswetten wordt zeer verschillend omgegaan met de toepassing van nieuwe wettelijke verplichtingen op bestaande situaties. De verschillen lijken niet altijd bewust te worden gemaakt en deels vooral te zijn bepaald door tradities op het terrein van de desbetreffende wetgeving. In het bijzonder in de natuurbeschermingswetgeving is de omgang met bestaande situaties stelselmatig veronachtzaamd. Dat heeft geleid tot onduidelijke, verwarrende en versluierende wetgeving die bovendien deels in strijd was en is met het EU-recht. De negatieve gevolgen hiervan zijn groot. Herbezinning lijkt noodzakelijk. Wat dat betreft stemt het voorontwerp Natuurwet echter matig hoopvol.

Veschillen in het overgangsrecht voor inrichtingen
Voor de mate waarin nieuwe eisen aan bestaande inrichtingen kunnen worden gesteld maakt het nogal verschil of een inrichting valt onder een algemene regel of onder de vergunningplicht. Ook het feit dat een inrichting valt onder de emissiehandelsregeling maakt een wezenlijk verschil met betrekking tot de voorschriften over energieverbruik en energie-efficiëntie. Deze verschillen liggen inhoudelijk voor een belangrijk deel niet voor de hand. De vorm van de regulering bepaalt hier de inhoud van de bestaande rechten. Dat wil echter niet zeggen dat voor alle inrichtingen en activiteiten met milieugevolgen op dezelfde wijze met bestaande situaties zou moeten worden omgegaan. Inhoudelijke verschillen kunnen gerechtvaardigde verschillen tot gevolg hebben in de mate hoe sterk rekening wordt gehouden met bestaande situaties en gemaakte investeringen. Het bijzonder overgangsrecht van het Activiteitenbesluit bevat daar plausibele voorbeelden voor.

Ongerechtvaardigde verschillen in omgang met illegale situaties
Het milieurecht behandelt bedrijven die in het verleden ten onrechte geen vergunning hadden en die dus illegaal in werking zijn, zeer veel strenger dan het natuurbeschermingsrecht. In het milieurecht worden bijvoorbeeld geen uitzonderingen op de toepasselijkheid van algemene regels geaccepteerd en ook geen overgangstermijnen gegund. In het natuurbeschermingsrecht tracht een meerderheid in het parlement het illegaal gebruik dat in het verleden is begonnen zoveel mogelijk te legaliseren. Het Europees recht beperkt deze pogingen. De verschillen in benadering zijn enorm en lijken niet zonder meer terecht. Dat bestaande schadelijke activiteiten op grond van het Nederlandse natuurbeschermingsrecht, ook al voor het van kracht worden van de Europeesrechtelijke verplichtingen, vergunningplichtig waren en deels zouden moeten worden gesaneerd, was bekend. Met het feit dat de regering lange tijd veelvuldig niet handhavend is opgetreden dient in individuele gevallen rekening te worden gehouden. Dat rechtvaardigt echter geen generaal pardon, zeker

niet indien men dit vergelijkt met de benadering in het milieurecht en ook met de benadering die inmiddels in het ruimtelijk ordeningsrecht wordt gevolgd.

Tijdelijke vergunning
Het instrument van de tijdelijke vergunning lijkt, ook bij de totstandkoming van de Omgevingswet, nog onderbelicht. Aan de houders van tijdelijke vergunningen zou in sommige situaties meer bescherming moeten toekomen dan thans het geval is. De rechtspraak over artikel 8.17 Wm (thans artikel 2.23 Wabo) is niet gedifferentieerd genoeg.

Harominsatie en integratie in het kader van de Omgevingswet
Wil men bestaande regels op het terrein van het omgevingsrecht werkelijk integreren en verminderen en niet slechts met een paperclip samenvatten, dan dient in het kader van de ontwikkeling van de Omgevingswet grondig te worden nagedacht of en hoe de thans verschillende overgangsrechtelijke bepalingen uit de bestaande omgevingswetten dienen te worden geharmoniseerd en geïntegreerd. Een one fits all-oplossing hoeft niet het doel te zijn, maar verschillen zouden alleen maar mogen worden gehandhaafd indien daar inhoudelijk belangrijke redenen voor zijn.

Ook de bevoegdheden tot wijziging en intrekking van vergunningen verschillen onderling zonder dat daar altijd een valide reden voor lijkt te bestaan. Hoewel creativiteit, ook van de wetgever, op zichzelf te prijzen valt is wat meer eenheidsworst dienaangaande mogelijk en gewenst, en lijkt met de beoogde harmonisatie in de Omgevingswet noodzakelijk.

Vervallen verklaren van vergunningen op grond van de Natuurbeschermingswet
Opvallend is dat in de Natuurbeschermingswet geen mogelijkheid is voorzien tot intrekking van een vergunning indien van de vergunning een zekere periode geen gebruik is gemaakt, overeenkomstig hetgeen in andere omgevingsrechtelijke wetten is geregeld. Een goede reden om dit gebrek te handhaven lijkt mij niet te bestaan. In het voorstel voor een Natuurwet kan deze omissie hersteld worden.

Europeesrechtelijke randvoorwaarden werden en worden veronachtzaamd
Zodra nationaal recht dient ter omzetting van EU-recht wordt EU-rechtelijk bepaald of ten minste sterk beïnvloed, hoe met bestaande activiteiten dient te worden omgegaan. Ook al bevat de desbetreffende verordening of richtlijn geen expliciete eisen van overgangsrechtelijke aard, algemene EU-rechtelijke beginselen zijn in acht te nemen. Het is niet altijd makkelijk om de ongeschreven EU-rechtelijke eisen juist te begrijpen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie te voorspellen.

Op grond van nationaal recht verleende toestemmingen kunnen door later EU-recht worden 'ingehaald' indien dat nodig is om het nuttig effect van een richtlijn te waarborgen. Of, anders gezegd, het EU-recht kan de rechtsgevolgen van voor het van kracht worden van het EU-recht verleende nationale toestemmingen beperken.

Dat heeft dus ook tot consequentie, dat werkzaamheden die vóór het van kracht worden van een EU-richtlijn waren toegestaan, voortaan mogelijk alsnog kunnen worden verboden of aan beperkingen kunnen worden onderworpen. Een nationaalrechtelijke vergunning geeft dus niet zonder meer een bestaand recht om

werkzaamheden te verrichten die het met de richtlijn nagestreefde doel in gevaar brengen, ook al is die vergunning voor het van kracht worden van de richtlijnverplichtingen verleend.[119]

De Nederlandse wetgever voldoet vaak, zo niet stelselmatig, bewust of onbewust, niet aan de overgangsrechtelijke eisen uit EU-richtlijnen op het terrein van het omgevingsrecht. Bij de omzetting van richtlijnen en de operationalisering van verordeningen wordt duidelijk te weinig aandacht geschonken aan deze problematiek of worden de EU-rechtelijke eisen terzake genegeerd.

Anders dan de Afdeling bestuursrechtspraak aanneemt moeten ook activiteiten waarmee na de aanwijzing van een gebied als speciale beschermingszone op grond van de Vogelrichtlijn, maar vóór het van kracht worden van de Habitatrichtlijn is begonnen, materieel aan de eisen van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn voldoen. Dat heeft onder andere tot gevolg dat artikel 19kd Natuurbeschermingswet 1998 ook voor dergelijk gebruik buiten toepassing moet blijven.

Artikel 21 lid 3 Richtlijn industriële emissies is thans onvoldoende in het nationaal recht omgezet.

In vergunningen mag geen emissieruimte worden toegestaan
De regulering van veehouderijen heeft een onduidelijk aangrijpingspunt. Door enerzijds een bepaalde activiteit toe te staan, maar vervolgens de daarmee verbonden emissie en depositie tot bestaand recht te verheffen, is een hybride mengvorm ontstaan. Ook in andere vergunningen komt dit fenomeen wel eens voor, bijvoorbeeld met betrekking tot stank of geluid. Over de overgangsrechtelijke consequenties daarvan is niet voldoende nagedacht. De wetgever ontneemt zich door de toekenning van emissierechten in vergunningen op grond van de Wabo te veel mogelijkheden om van diegenen die voor natuur en milieu schadelijke activiteiten verrichten te eisen dat zij hun bedrijfsvoering aan de eisen van de tijd aanpassen. Dat leidt ook tot met het Europees recht strijdige situaties.

Deze conclusies leiden tot de stellingen op de volgende pagina.

119 HvJ EG 14 januari 2010, zaak C-226/08 (*Stadt Papenburg*), overweging 41 e.v.

Stellingen

1. In het verleden is niet altijd goed nagedacht over de omgang met verwachtingen en het scheppen van bestaande rechten in het omgevingsrecht. Veel onderlinge verschillen zijn niet te rechtvaardigen. Herbezinning en deels harmonisatie is noodzakelijk. Neem daar in het kader van de Omgevingswet de tijd voor!

2. Mocht het tempo van de totstandkoming van de Omgevingswet tot gevolg hebben dat het overgangsrecht veronachtzaamd wordt, zal dit zeer negatieve gevolgen hebben, zoals blijkt uit de geschiedenis van de Natuurbeschermingswet.

3. De jurisprudentie ten aanzien van omgevingsvergunningen voor inrichtingen over het niet mogen verlaten van de grondslag van de aanvraag is geheel overbodig, staat op gespannen voet met EU-recht en dient zo snel mogelijk te worden gecorrigeerd, al dan niet door de wetgever.

4. Zo gauw nationaal recht dient ter omzetting van EU-recht wordt EU-rechtelijk bepaald of tenminste sterk beïnvloed hoe met bestaande activiteiten dient te worden omgegaan. De Nederlandse wetgever voldoet vaak, zo niet stelselmatig niet aan de EU-rechtelijke eisen voor overgangsrecht. Hier is veel meer aandacht (en soms ook lef) voor nodig.

5. De wetgever dient een duidelijke keuze te maken of hij toestemming geeft voor een bepaalde activiteit danwel een emissie- of depositierecht vergund. Emissie- en depositierechten mogen altijd slechts tijdelijk worden vergund. Daar is in het verleden niet goed bij stilgestaan, met kwalijke gevolgen.

Fiscaal overgangsrecht: balanceren tussen verandering en rechtszekerheid*

*Mr. dr. M.R.T. Pauwels***

1	**Inleiding**	**189**
2	**Overgangsrechtelijke begrippen en technieken**	**191**
2.1	Inleiding	191
2.2	Overgangsrechtelijke begrippen	191
2.3	Materieel terugwerkende kracht	193
2.4	Enige fiscale overgangswetgevingstechnieken	195
3	**Fiscale overgangswetgeving: kaders en wetgevingspraktijk**	**198**
3.1	Inleiding	198
3.2	Kader(s) voor formeel terugwerkende kracht	199
3.2.1	Notitie Staatssecretaris	199
3.2.2	Kader van de Raad van State	201
3.2.3	Situatietypen in de overgangswetgevingspraktijk	201
3.2.3.1	'Wetgeven per persbericht'	202
3.2.3.2	Terugwerkende kracht naar een moment gelegen vóór het moment van aankondiging	204
3.3	Onmiddellijke werking vs. eerbiedigende werking	206
3.3.1	Notitie Staatssecretaris	206
3.3.2	Raad van State	207
4	**Toetsing wettelijk overgangsrecht door de rechter**	**209**
4.1	Inleiding	209
4.2	'Nationaal' rechtszekerheidsbeginsel	210
4.3	Artikel 1 EP EVRM	212
4.3.1	Inleiding	212
4.3.2	Toetsing fiscaal overgangsrecht	213
4.3.3	Het bijzondere geval van legislatieve interventie	215

---

* De bijdrage is afgesloten op 1 februari 2012.

** Mr. dr. M.R.T. Pauwels is verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van de Tilburg University en werkzaam als gerechtsauditeur bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.
In verband met de laatstgenoemde betrekking verdient uit oogpunt van transparantie het volgende opmerking: de auteur is bij geen van de in deze bijdrage vermelde arresten betrokken geweest als medewerker van de Raad; wel was hij als medewerker van advocaat-generaal Wattel betrokken bij de totstandkoming van de conclusies voor het *Zalmsnip*-arrest (HR 24 april 2009, BNB 2009/158) en het *pc-privéregeling*-arrest (HR 2 oktober 2009, BNB 2011/48).

4.4 Toetsing aan het unierechtelijke rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel 216
4.4.1 Inleiding 216
4.4.2 Toetsing fiscaal overgangsrecht: twee Nederlandse zaken 217

5 Capita selecta – evaluatie 222
5.1 Inleiding 222
5.2 Terminologie 223
5.2.1 Voorstel aanpassing Aanwijzing voor de regelgeving 223
5.2.2 (On)zuiver gebruik van overgangsrechtelijke termen 224
5.3 'Wetgeven per persbericht' 226
5.3.1 Inleiding 226
5.3.2 Eigen opvatting over 'wetgeven per persbericht' 227
5.3.3 Bezwaren 228
5.3.4 Randvoorwaarden en uitgangspunten 230
5.4 Premature heffing gesauveerd door terugwerkende kracht? 233
5.4.1 Inleiding; de kwestie betreffende premature heffing van rechten inzake identiteitskaarten 233
5.4.2 De 'kracht van terugwerkende kracht'; het pc-privéregelingarrest 233
5.4.3 Hoe behoort het bestuur te handelen? 236
5.5 Toetsing terugwerkende kracht aan het 'nationale' rechtszekerheidsbeginsel; de rol van voorzienbaarheid gerelativeerd 237
5.6 Eerbiedigende werking behoeft rechtvaardiging en motivering 238
5.7 Voordelige terugwerkende kracht: niet bezwaarlijk? 241

Stellingen 244

1 Inleiding

Het komt niet vaak voor dat een fiscaal arrest van de Hoge Raad de bovenste regel van teletekstpagina 101 haalt. Dat was wel het geval op 9 september 2011. Op die dag oordeelde de Hoge Raad dat een wettelijke grondslag ontbreekt voor de heffing van rechten door gemeenten inzake de aanvraag van een identiteitskaart.[1] In het kader van deze bijdrage is vooral de reactie enige dagen nadien van het kabinet interessant. Bij persbericht van 21 september 2011 werd aangekondigd dat een wetsvoorstel was ingediend waarin een wettelijke grondslag wordt gecreëerd voor de heffing van rechten voor een identiteitskaart en dat voorziet in terugwerkende kracht tot en met 22 september 2011.[2] Het persbericht meldde ook 'Dit betekent dat burgers met ingang van donderdag 22 september 2011 weer gevraagd zal worden om leges te betalen voor de identiteitskaart.' Verschillende vragen rijzen: mag zomaar terugwerkende kracht aan nadelige belastingwetgeving worden verleend?; mag een bestuursorgaan anticiperend op een nog niet aangenomen wetsvoorstel al overgaan tot heffing?; wat zijn eigenlijk de grenzen die de rechter in dezen kan trekken? Dergelijke kwestie komen aan de orde in deze bijdrage. Deze bijdrage gaat evenwel niet alleen over (formeel) terugwerkende kracht. Zij ziet ook op andere vormen van wettelijk overgangsrecht in het belastingrecht, zoals eerbiedigende werking. Omdat enerzijds Jacobs in haar bijdrage uitgebreid op eerbiedigende werking en dergelijke ingaat en in mindere mate op terugwerkende kracht, en anderzijds juist in het belastingrecht terugwerkende kracht niet ongebruikelijk is, ligt de nadruk in deze bijdrage wel wat meer op terugwerkende kracht. Verder gaat in het bijzonder de aandacht uit naar overgangsrecht bij wijzigingen in de regelgeving die *nadelig* zijn voor belastingplichtigen.[3] Tot slot ziet deze bijdrage alleen op (toetsing van) *wettelijk* overgangsrecht.[4]

Deze bijdrage beoogt de problematiek van fiscaal overgangsrecht voor een breder, niet-fiscaal, publiek inzichtelijk te maken. Enerzijds wordt daartoe een overzicht op hoofdlijnen gegeven van de stand van zaken, zowel wat betreft de overgangswetgevingspraktijk als wat betreft de jurisprudentie waarin overgangsrecht wordt

---

1 HR 9 september 2011, BNB 2011/257.

2 <www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/09/21/identiteitskaart-gaat-weer-geld-kosten.html>.

3 Zie echter nog wel paragraaf 5.7 inzake 'voordelige' terugwerkende kracht.

4 Rechterlijk overgangsrecht komt derhalve niet aan de orde Zie daarover het fenomenale proefschrift O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer* (diss. Tilburg), 2001, en voor het belastingrecht bijvoorbeeld J.W. van den Berge, 'Fiscaal overgangsbeleid van de rechter', in: A.O. Lubbers e.a. (red.), *Opstellen fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 35-46 en A.O. Lubbers en R.W.J. van der Struijk, 'Fiscaal overgangsbeleid van de belastingrechter', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht* 2009, p. 170-176.

getoetst. In zoverre heeft de bijdrage een inventariserend en systematiserend karakter.[5] Anderzijds wordt de diepte ingegaan door enige *special topics* aan een nadere analyse te onderwerpen. In zoverre heeft de bijdrage een evaluatief karakter. Bij die evaluatie maak ik gebruik van de inzichten en resultaten van het onderzoek voor mijn proefschrift, waarin de nadruk lag op theorievorming op basis van een 'rechtsbeginselenbenadering'.[6]

---

5 De bijdrage kent op dit punt overlap met eerdere publicaties van mijn hand, met name M.R.T. Pauwels, 'Fiscaal wettelijk overgangsrecht in Nederland: Een overzicht', in: P. Popelier e.a. (red.), *Regelgeving & Tijd: Het belang van het tijdsperspectief in de levenscyclus van regelgeving*, Brugge: Die Keure 2009, p. 163-203 en M.R.T. Pauwels, 'Retroactivity of Tax Legislation: Constitutional, Judicial and Self-regulatory Limitations in Netherlands Law', in: Billur Yalti (ed.), *Non-Retroactivity in Tax Law*, Koç University International Tax Law Conference Series: 1, Istanbul: Beta Publications 2011, p. 87-112.

6 M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen* (diss. Tilburg), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2009. Mijn proefschrift is besproken bij de Vereniging voor Belastingwetenschap; zie voor het verslag daarvan Vereniging voor belastingwetenschap, Geschrift nr. 246, Deventer: Kluwer 2012 (ter perse) (hierna: VBW 2012).

2 Overgangsrechtelijke begrippen en technieken

2.1 Inleiding

Omdat de bijdrage van Jacobs al ingaat op overgangsrechtelijke begrippen, houd ik het hier kort. De reden dat (niettemin) ook hier daaraan aandacht wordt besteed, is dat enige aspecten daarvan nog aan de orde komen bij de evaluatie (zie paragraaf 5.2.1). Bovendien verdient het begrip 'materieel terugwerkende kracht' aandacht en toelichting, omdat dat begrip juist in het fiscale discours vaak wordt gebruikt. Verder ga ik in op enige fiscale overgangswetgevingstechnieken.

2.2 Overgangsrechtelijke begrippen[7]

De *inwerkingtreding* van een wet markeert het moment waarop de wet *gelding* verkrijgt. Het moment van inwerkingtreding zegt nog niets over het *toepassing*sbereik in de tijd van de desbetreffende wet. Dat toepassingsbereik wordt bepaald door het *overgangsrecht*. Anders dan wel eens lijkt te worden gedacht, gaat elke invoering of wijziging van een wet gepaard met overgangsrecht.

Bij het onderscheiden van de verschillende 'werkingen' is het moment van inwerkingtreding het referentiemoment. De overgangsrechtelijke regels die bepalen of een wet terugwerkende kracht, onmiddellijke werking, of uitgestelde werking heeft, worden wel *werkingsregels* genoemd.[8] Eerbiedigende werking hoort mijns inziens niet in dit rijtje thuis (zie hierna en paragraaf 5.2.1). Een geschikte term om het aanvangsmoment van het temporele toepassingsbereik aan te duiden is mijns inziens de term *effectief ingangstijdstip*.[9] De temporele werking kan dan bepaald worden door het effectieve ingangstijdstip te vergelijken met voornoemd referentiemoment.

---

7 Zie uitgebreider Pauwels 2009 (diss.), hoofdstuk 2 en Pauwels in: P. Popelier e.a. (red.) 2009, paragraaf 1, waarin is aangesloten bij vooral het werk van G. Knigge, *Verandering van wetgeving: beschouwingen over de artt. 4 A.B. en 1 Sr*, Arnhem: Gouda Quint 1984, P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, Brussel: Story-Scientia 1999 en Haazen 2001. Zie ik het goed, dan gebruikt M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2009 – ook een proefschrift over fiscaal overgangsrecht – de overgangsrechtelijke begrippen in hoofdlijnen op dezelfde wijze als ik.

8 Zie voor deze term M. Bravenboer, 'Onmiddellijke werking', *Weekblad fiscaal recht* 2005, p. 465-471.

9 Vgl. HR 11 april 2008, *BNB* 2008/188, waarin de term 'ingangstijdstip van de werking' wordt gebruikt. In Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 2.2.5 stelde ik nog de term 'feitelijk ingangstijdstip'

Indien het effectieve ingangstijdstip is gelegen vóór het moment van inwerkingtreding – dus indien het toepassingsbereik in de tijd van een wet zich uitstrekt tot vóór dat moment – is sprake van terugwerkende kracht. Men spreekt in de belastingrechtliteratuur veelal over *formeel* terugwerkende kracht, dit ter onderscheiding van *materieel* terugwerkende kracht (zie paragraaf 2.3 hierna). Uit het voorgaande volgt ook dat onjuist is de opvatting dat wanneer (formeel) terugwerkende kracht aan een wet wordt verleend, dit betekent dat de inwerkingtreding in het verleden ligt (zie ook paragraaf 5.2.2).

Ingeval het effectieve ingangstijdstip van een wet gelijk is aan het moment van haar inwerkingtreding, dan is er sprake van *onmiddellijke werking*. Ingeval het effectieve ingangstijdstip gelegen is ná de inwerkingtreding, dan is er sprake van *uitgestelde werking*. Een exact zelfde toepassingbereik van een wet kan de wetgever trouwens bereiken door de inwerkingtreding uit te stellen (*uitgestelde inwerkingtreding*) tot het gewenste effectieve ingangstijdstip en daarbij in onmiddellijke werking te voorzien.

Met betrekking tot (formeel) terugwerkende kracht dient nog een kanttekening van rechtsvergelijkende aard te worden gemaakt. Zij ziet op het geval dat een wet op het terrein van de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting wordt gewijzigd op enig moment in het lopende belastingjaar en die wijziging van toepassing is met ingang van het begin van dat belastingjaar. Volgens mij bestaat er in Nederland nauwelijks verschil van mening over dat dan sprake is van (formeel) terugwerkende kracht. Interessant is dat in een niet gering aantal andere landen, waaronder België en Duitsland, *niet* zou worden gesproken van terugwerkende kracht.[10] Gedachte is veelal dat bij belastingen als de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting de belastingschuld pas aan het eind van het jaar ontstaat en daarom in het zojuist beschreven geval geen sprake is van terugwerkende kracht.[11]

---

voor, maar bij nader inzien vind ik de term 'effectief ingangstijdstip' geschikter; vgl. de term '*effective date*' die soms in de Amerikaanse literatuur wordt gebruikt.

10 Hans Gribnau en Melvin Pauwels, 'General report', in: Hans Gribnau en Melvin Pauwels (red.), *Retroactivity of tax legislation*, Annual Congress Leuven 2010, EATLP International Tax Series no 10, Amsterdam: IBFD 2012 (ter perse) (hierna: Gribnau/Pauwels-EATLP 2012), paragraaf 1.5. Op het verschil in dezen tussen Nederland en België heeft eerder de Belgische hoogleraar Peeters gewezen (B. Peeters, 'Beschouwingen bij de temporele werking van wetten in de inkomstenbelastingen', in: B. Peeters (red.), *Recht zonder omwegen*, Gent: Larcier 1999, p. 84 en 87-88), naar aanleiding van een door Verheij gegeven voorbeeld (N. Verheij, 'Vertrouwen op de overheid. Het vertrouwensbeginsel in het Nederlandse staats- en bestuursrecht', in: *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 47 en 50).

11 Zie voor België bijvoorbeeld Arbitragehof 23 juni 2004, nr. 109/2004, punt B.11: dat 'de belastingschuld definitief [ontstaat] op de datum van afsluiting van de periode waarin de inkomsten die de belastingbasis uitmaken, verworven zijn. [Er bestaat], uit het oogpunt van de fiscale wet, geen onherroepelijk vastgelegde toestand (...) vóór de afsluiting van het belastbaar tijdperk. (...) Een wet die vóór dat tijdstip nieuwe belastbare feiten of grondslagen invoert, heeft geen terugwerkende kracht.'

In de Aanwijzingen voor de regelgeving – maar veelal ook in de (wetgevings)literatuur – wordt *eerbiedigende werking* gepositioneerd ten opzichte van, en als een afwijking van, onmiddellijke werking. Voorts wordt *exclusieve werking* vaak gezien als een equivalent van, een andere benaming voor, onmiddellijke werking. Ik meen – geïnspireerd door Knigge[12] – dat dit niet zuiver is (zie ook paragraaf 5.2.1). Een conceptueel onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de vraag naar het toepassingsbereik in de tijd en anderzijds de vraag naar eerbiedigende of exclusieve werking. De hiervoor reeds beschreven werkingsregels bepalen de aanvang van het temporele toepassingsbereik van een wet. Vervolgens rijst de vraag of de wet *binnen* haar – door de desbetreffende werkingsregel bepaalde – temporele toepassingsbereik ook van toepassing is op 'bestaande gevallen'; zo ja dan is sprake van exclusieve werking; zo nee en de oude wet wordt daarop van toepassing verklaard, dan is in zoverre sprake van eerbiedigende werking. Gelet hierop is het bijvoorbeeld mogelijk dat terugwerkende kracht gepaard gaat met eerbiedigende werking.[13] Niettegenstaande het voorgaande zal ik hierna – tenzij anders aangegeven – om niet af te wijken van het gangbare juridische taalgebruik de term 'eerbiedigende werking' gebruiken voor hetgeen 'onmiddellijke werking met eerbiedigende werking' is, en de term 'onmiddellijke werking' hanteren voor hetgeen 'onmiddellijke werking met exclusieve werking' is.

2.3 Materieel terugwerkende kracht

Ingeval een wet onmiddellijke werking (met exclusieve werking) heeft, spreekt de fiscale literatuur – voor zover de wet van toepassing is op 'bestaande gevallen' – wel van *materieel terugwerkende kracht*.[14] Ik licht deze term nader toe, omdat – als ik het goed zie – hij niet vaak buiten het fiscale discours wordt gebruikt.[15] Ook in het buitenland wordt veelal gebruikgemaakt van twee begrippen om werkingen aan te

12 Knigge 1984, p. 87-88.

13 Een voorbeeld is te zien bij de eerder genoemde reparatiewetgeving inzake de heffing van rechten voor een identiteitskaart: geen rechten worden geheven indien de aanvraag is ingediend vóór de datum tot welke de reparatiewet terugwerkt; artikel 2 lid 3 van de Wet van 13 oktober 2011, *Stb.* 2011, 440.

14 Zie uitgebreider Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 2.3 en hoofdstuk 5.

15 Daarmee is niet gezegd dat de term daarbuiten niet wordt gebruikt; zie bijvoorbeeld C.J.H. Brunner, 'Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 1991, p. 342.

geven die grofweg overeenkomen met hetgeen hier wordt aangeduid met formeel terugwerkende kracht[16] en materieel terugwerkende kracht.[17, 18]

Er bestaat niet veel duidelijkheid in de literatuur over wanneer wel en wanneer niet over materieel terugwerkende kracht kan worden gesproken. Over sommige situatietypen bestaat overeenstemming. Een voorbeeld: stel dat de wetgever regelt dat de winst behaald bij de verkoop van een 'eigen woning' (thans onbelast) met ingang van 1 januari 2013 wordt belast in de inkomstenbelasting. Als deze wet onmiddellijke werking (met exclusieve werking) zou krijgen, zou ingeval een woning die in 2001 is gekocht voor 100 en die op 1 januari 2013 een waarde had van 160, wordt verkocht op 1 december 2014 voor een bedrag van 180, de gehele verkoopwinst van (180-100 is) 80 worden belast. Omdat derhalve ook belasting wordt geheven over de waardestijging opgetreden in de ('belastingvrije') periode vóór de inwerkingtreding (namelijk 160-100 is 60), wordt van materieel terugwerkende kracht gesproken. Daarentegen verschillen de meningen erover of bijvoorbeeld in het geval dat een wetswijziging meebrengt dat de rente op een bepaalde type lening niet langer aftrekbaar is en waarbij bestaande leningen niet worden geëerbiedigd, sprake is van materieel terugwerkende kracht. In bijvoorbeeld de opvatting van Schuver-Bravenboer[19] zou geen sprake zijn van materieel terugwerkende kracht (maar van wat deze auteur noemt 'maatschappelijk terugwerkende kracht'), maar in de ruimere definitie van veel andere auteurs[20] zou dat wel het geval zijn. Ook de staatssecretaris van Financiën (hierna: Staatssecretaris) sprak recentelijk over materieel terugwerkende kracht in verband met een dergelijk geval.[21] Verder hanteert ook de Raad van State een ruimere definitie van het begrip (zie paragraaf 3.3.2). Overigens heeft de Staatssecretaris in het verleden het gebruik van de term 'materieel terugwerkende kracht' meermalen afgewezen.[22] Die terughoudendheid valt op zichzelf te begrijpen – de

---

16 In de literatuur komt men overigens ook veel andere termen tegen die min of meer overeenkomen met wat hier formeel terugwerkende kracht wordt genoemd; bijvoorbeeld 'terugwerkende kracht in enge zin', 'werking ex tunc', 'echte terugwerkende kracht', 'terugwerkende kracht in de eigenlijke zin des woords', 'juridische retroactiviteit', 'eigenlijke terugwerkende kracht' en in Engelstalige literatuur 'nominally retroactive', 'retroactive effect in the proper sense of the expression', 'full retroactivity', 'strict retroactivity', 'retroactivity stricto sensu', 'strongly retroactive', 'primary retroactivity', 'explicitly retroactive', 'retrospective in the full sense of the term', 'true retroactivity' en 'actual retroactivity'; zie Pauwels 2009, paragraaf 2.3 met literatuurverwijzingen.

17 Wat in de vorige voetnoot is opgemerkt geldt ook ter zake van het begrip materieel terugwerkende kracht; bijvoorbeeld 'geïmpliceerde terugwerkende kracht', 'terugwerkende kracht in maatschappelijke zin', 'terugwerking ex nunc', 'onechte terugwerking', 'onmiddellijke werking met terugwerkende kracht', 'stille terugwerkende kracht', en in de Engelstalige literatuur 'false retroactivity', 'indirect nominal retroactivity', 'weakly retroactive', 'impliedly retroactive', 'secondary retroactivity', 'quasi-retroactivity' en 'apparent retroactivity'; zie Pauwels 2009, paragraaf 2.3 met literatuurverwijzingen.

18 Gribnau en Pauwels 2012, paragraaf 1.2.

19 Schuver-Bravenboer 2009, paragraaf 2.9.3 en 2.9.4.

20 Zie voor verwijzingen Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 5.4.2.

21 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 132 (MvT).

22 Zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 5.2.1, met verwijzingen. Zo toonde de toenmalige staatssecretaris Van Amelsvoort zich tijdens een parlementaire discussie ongelukkig dat men de term 'materieel terugwerkende kracht' is gaan hanteren: 'Ongetwijfeld is dit geschied om aan te geven dat het alsnog verbinden van een rechtsgevolg aan een feit uit het verleden een teruggrijpen op

term past niet goed in het gebruikelijke, hiervoor beschreven (formeel-technische) palet aan overgangsrechtelijke termen. Niettemin heeft de term naar mijn mening toegevoegde waarde.[23]

Opmerking verdient dat soms sprake kan zijn van een vorm van 'dubbele' terugwerkende kracht: tegelijk formeel én materieel terugwerkende kracht. Dat doet zich voor indien terugwerkende kracht wordt verleend aan een wet, en daarbij geen eerbiedigende werking wordt verleend voor gevallen die op het effectieve ingangstijdstip reeds bestaan. Een dergelijke 'dubbele' terugwerkende kracht doet zich soms voor in de wetgevingspraktijk; een bekend fiscaal voorbeeld betreft de inperking van de landbouwvrijstelling in 2000.[24]

2.4 Enige fiscale overgangswetgevingstechnieken

De hiervoor besproken werkingsregels enerzijds en eerbiedigende werking en exclusieve werking anderzijds betreffen de grondvormen van overgangsrecht. Er zijn echter allerlei tussenvormen, vooral tussen eerbiedigende werking en exclusieve werking. De grote verscheidenheid in overgangswetgevingstechnieken stelt de wetgever in staat om te voorzien in een op de specifieke omstandigheden van het wetgevingsgeval toegespitste overgangsregeling. Wellicht is de gereedschapskist op het terrein van het belastingrecht (nog) groter dan op veel andere terreinen, omdat het veelal om geld gaat. Daardoor zijn overgangstechnieken mogelijk zoals compartimentering, ingroei- en afbouwregels, die minder gemakkelijk aangegrepen kunnen worden op terreinen waarin geld niet de primaire uitdrukkingseenheid is. In deze paragraaf komen enige overgangswetgevingstechnieken aan bod, zonder naar volledigheid te streven.[25]

De meest vergaande vorm van eerbiedigende werking is dat geregeld wordt dat de gewijzigde regelgeving niet van toepassing is op bepaalde 'bestaande gevallen' zonder dat een beperking in de tijd wordt aangebracht. Vaak wordt ingeval de wetgever eerbiedigende werking verleent, wel een beperking in de tijd aangebracht. De omschrijving die de Aanwijzingen voor de regelgeving van uitgestelde werking geven, betreft overigens in wezen deze *tijdelijke eerbiedigende werking*.[26]

---

het verleden betekent, maar het is verwarrend daarvoor de technische term "terugwerkende kracht" te gebruiken als het rechtsgevolg dat daaraan wordt verbonden, zich pas over de toekomst, en niet over dat verleden zelf, uitstrekt.' (*Kamerstukken I* 1989/90, 21 152, nr. 153b, p. 5).

23 Zie voor de motivering Pauwels 2009 (diss.), hoofdstuk 5.

24 Wet van 14 december 2000, *Stb.* 2000, 567, artikel XII lid 6. Zie over deze materieel terugwerkende kracht de conclusie van A-G Overgaauw voor HR 19 november 2004, *BNB* 2005/77, waarin de A-G pleitte voor 'compartimentering'. De Hoge Raad volgde de A-G daarin echter niet, en achtte evenmin (zie HR 1 april 2005, *BNB* 2005/227) artikel 1 EP EVRM geschonden.

25 Zie verder de bijdrage van Jacobs voor andere technieken. Zie over de verschillende technieken in het Nederlandse belastingrecht ook – uitgebreid – Schuver-Bravenboer 2009, hoofdstuk 3.

26 Op dit punt zijn de Aanwijzingen naar mijn mening derhalve onzuiver; zie paragraaf 5.2.1.

Een geleidelijke overgang van een oud naar een nieuw regime kan worden bewerkstelligd door *ingroeiregels* en *afbouwregels*. Deze regels zorgen er in feite voor dat gedurende een bepaalde periode materieel een 'mix' van het oude recht en het nieuwe recht van toepassing is. De samenstelling van deze mix verandert in de loop van de tijd: eerst heeft in de mix het oude recht de overhand, maar naarmate de tijd vordert wint het nieuwe recht aan terrein. Mocht ooit de hypotheekrenteaftrek in de inkomstenbelasting worden afschaft, dan zal een afbouw- of ingroeiregeling ongetwijfeld een optie zijn die wordt overwogen voor het overgangsrecht (bijvoorbeeld in jaar 1 is de rente nog voor 95% aftrekbaar, in jaar 2 nog 90%, enzovoort).

Een variant van een afbouw- of ingroeiregel is de *bevriezingsmethode*. Deze methode wordt soms gebruikt indien een bepaalde waarderingsregel ten nadele van belastingplichtigen wordt veranderd. Zonder overgangsregel zou dan opeens (fiscaal) winst dienen te worden genomen met betrekking tot bestaande vermogensbestanddelen die volgens de oude waarderingsregel werden gewaardeerd. Een bevriezingsregel voorkomt een dergelijke directe winstneming en belastingheffing door voor te schrijven dat het desbetreffende vermogensbestanddeel gewaardeerd mag blijven worden voor het bedrag waarvoor het – volgens de oude waarderingsregel – werd gewaardeerd net vóór de wijziging, tot het moment dat de waardering volgens de nieuwe waarderingsregel op een gunstiger bedrag uitkomt (hetgeen veelal eerst na een aantal jaar zal zijn).[27]

Een bekende wetgevingstechniek in het belastingrecht die het midden zoekt tussen exclusieve werking en eerbiedigende werking, betreft de methode van *compartimentering*. De methode kan het best worden geïllustreerd aan de hand van de hiervoor (in paragraaf 2.3) geschetste fictieve situatie, waarin een wijziging in de inkomstenbelasting wordt doorgevoerd per 1 januari 2013 als gevolg waarvan een verkoopwinst op een eigen woning voortaan belast is. Zoals aangegeven zou exclusieve werking voor het aldaar gegeven voorbeeld (woning is in 2001 gekocht voor 100, heeft een waarde van 160 op 1 januari 2013, en wordt verkocht voor 180 op 1 december 2014) meebrengen dat de gehele verkoopwinst (van 80), dus inclusief de waardeaangroei opgetreden in de belastingvrije periode vóór de inwerkingtreding (van 60), zou worden belast. Compartimentering houdt in dat de belastinggrondslag wordt opgedeeld in compartimenten en dat die compartimenten worden belast volgens de regels die van toepassing waren op het moment dat het desbetreffende compartiment aangroeide. In het gegeven voorbeeld zou compartimentering meebrengen dat 60 niet zou worden belast (in zoverre is er dus sprake van eerbiedigende werking) en dat 20 wel wordt belast (in zoverre is er sprake van exclusieve werking; bestaande eigen woningen worden dus niet volledig geëerbiedigd).

De wetgever kan er voorts voor kiezen om ingeval de overgang naar een nieuw regime naar zijn oordeel tot te grote nadelige gevolgen zou leiden, te voorzien in een *verzachtende overgangsregel*. Verzachting kan zich in verschillende vormen voordoen.

---

27 Een voorbeeld is te vinden in artikel 31d lid 1 Wet Vpb.

Een voorbeeld is dat een fiscale afrekening – die het (indirecte) gevolg is van de desbetreffende wijziging – plaatsvindt tegen een lager tarief dan het gebruikelijke.[28]

Een interessante techniek is om (tijdelijk) in een *keuzeregeling* te voorzien. In zekere zin legt een keuzeregeling de keuze voor eerbiedigende werking of exclusieve werking bij de individuele belastingplichtige. Een voorbeeld is de herziening in 2003 van het fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting. Daarbij werd erin voorzien dat, kort gezegd, een bestaande fiscale eenheid kon verzoeken om nog twee jaar het oude fiscale-eenheidsregime toe te passen.[29] Recent is deze techniek ook toegepast bij het nieuwe belastingverdrag met Japan: belastingplichtigen kunnen ervoor opteren om nog een jaar het oude belastingverdrag toe te passen.[30]

Hoe groot de overgangsrechtelijke gereedschapskist is en hoe creatief de overgangswetgever daarom kan zijn, laat zich illustreren aan de hand van twee voorbeelden. Het eerste betreft het wetgevingsgeval waarin de aftrekbaarheid van rente op een bepaald type lening verkregen van een verbonden lichaam werd beperkt. Waar dus de *debiteur* te maken kreeg met de nadelige gevolgen (geen renteaftrek meer), voorzag de wetgever interessant genoeg in een tegemoetkomende overgangsregeling voor de *crediteur* (de rente-inkomsten bleven tijdelijk onbelast).[31] Het tweede betreft een *fiscale* wetswijziging waarbij een overgangsbepaling werd opgenomen die op het *civiele* recht zag: expliciet werd bepaald dat artikel 6:258 BW (dat ziet op het wijzigen van de gevolgen van een overeenkomst of het geheel of gedeeltelijk ontbinden daarvan op grond van onvoorziene omstandigheden) van toepassing is op – kort gezegd – de overeenkomsten waarvan de fiscale rechtsgevolgen wijzigden.[32]

---

28 Zie bijvoorbeeld Wet van 13 december 1996, *Stb.* 1996, 652, artikel XII: 'Ten aanzien van een lichaam dat met ingang van de datum van inwerkingtreding van deze wet niet langer als een beleggingsinstelling wenst te worden aangemerkt, (...) bedraagt de belasting, voor zover in het belastbare bedrag van het jaar is begrepen de herbeleggingsreserve en de afrondingsreserve (...), in afwijking in zoverre van artikel 22 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, 15 percent.'

29 Wet van 11 december 2002, *Stb.* 2002, 618, artikel IV lid 2.

30 Artikel 30 lid 4 Belastingverdrag met Japan, *Trb.* 2010, 249.

31 Wet van 13 december 1996, *Stb.* 651, artikel II lid 1.

32 Wet van 18 december 1995, *Stb.* 659, artikel VI.

3 Fiscale overgangswetgeving: kaders en wetgevingspraktijk

3.1 Inleiding

Zoals te lezen is in de bijdrage van Jacobs schrijven de Aanwijzingen voor de regelgeving onder meer voor dat (1) onmiddellijke werking de hoofdregel is (Aanwijzing 166) en dat (2) terugwerkende kracht slechts wordt verleend indien daarvoor een bijzondere reden bestaat, en bij belastende regelingen bovendien slechts in 'uitzonderlijke gevallen' (Aanwijzing 167). De toelichting op Aanwijzing 167 verwijst onder meer naar de kamerstukken waarin een notitie van de Staatssecretaris opgenomen is. Deze notitie (verder ook: de notitie Staatssecretaris) is in 1996 aan de Tweede Kamer aangeboden.[33] Het enkele feit dat de Staatssecretaris zijn visie op fiscaal overgangsrecht in een notitie heeft neergelegd is op zichzelf al toe te juichen uit het oogpunt van rechtszekerheid. Rechtsvergelijkend onderzoek leert dat Nederland op dit punt betrekkelijk uniek is; in geen van de andere onderzochte landen kent men een dergelijk gepubliceerd beleidsdocument.[34] Ook de Raad van State heeft met betrekking tot fiscaal overgangsrecht een algemeen kader gegeven op basis waarvan hij fiscale wetsvoorstellen beoordeelt wat betreft het overgangsrecht (hierna ook: het RvS-advies).[35]

Hierna geef ik de belangrijkste punten uit de notitie Staatssecretaris en uit het RvS-advies weer.[36] Daarbij maak ik – in navolging van de notitie en het advies – een onderscheid tussen het vraagstuk van formeel terugwerkende kracht enerzijds en het vraagstuk van onmiddellijke werking en eerbiedigende werking anderzijds. Zowel de notitie als het RvS-advies ziet (nagenoeg) alleen op overgangsrecht in geval van wijzigingen *ten nadele* van belastingplichtigen.

De status van de notitie Staatssecretaris is trouwens onduidelijk. De Staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling van zijn notitie uiteindelijk

---

33 Opgenomen in *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nr. 1 (en eerder in *Kamerstukken II* 1995/96, 24 677, nr. 5, p. 5-9).

34 Gribnau en Pauwels 2012, paragraaf 2.2.

35 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 1-4. Voormalig staatsraad Bartel heeft in VBW 2012, p. 25 toegelicht dat het advies in zekere zin een reactie vormde op de door de toenmalige staatssecretaris Vermeend publiek uitgedragen opvatting dat terugwerkende kracht zo ruim mogelijk diende te zijn in de strijd tegen grensverkennend gedrag.

36 Voor een uitgebreidere uiteenzetting en analyse zie Pauwels 2009 (diss.), hoofdstuk 12 en bijlage A.

toegezegd zich aan te sluiten bij het RvS-advies.[37] Later heeft hij bovendien meermalen expliciet bevestigd dat met die toezegging de notitie is vervallen.[38] De notitie is evenwel materieel nog steeds van belang. Zo heeft zij nog immer argumentatief gewicht in het juridische discours (al sluit ik niet uit dat sommige auteurs die de notitie aanhalen, niet bekend zijn met de intrekking ervan). Belangrijker is echter nog dat ook bewindslieden, waaronder zelfs de Staatssecretaris, zo nu en dan nog steeds expliciet naar de notitie verwijzen dan wel feitelijk de normen van de notitie tot uitgangspunt nemen.[39] Het behoeft geen betoog dat het onwenselijk is dat formeel wordt beleden dat de notitie niet meer van toepassing is, terwijl materieel de notitie (soms) nog wel als leidraad wordt gehanteerd.

3.2 Kader(s) voor formeel terugwerkende kracht

3.2.1 Notitie Staatssecretaris

De notitie Staatssecretaris vermeldt dat slechts in uitzonderlijke gevallen terugwerkende kracht kan worden verleend aan belastende regelgeving. Terugwerkende kracht wordt niet geheel uitgesloten. Het vraagstuk of terugwerkende kracht geoorloofd is, plaatst de notitie nadrukkelijk – en naar mijn mening terecht (zie paragraaf 5.1 hierna) – in het kader van een belangenafweging. Het gaat volgens de notitie om een afweging van het belang van rechtszekerheid van burgers tegen de betrokken belangen van de samenleving als geheel. Hoewel de afweging steeds van geval tot geval moet plaatsvinden, formuleert de notitie wel uitgangspunten die daarbij een rol spelen. Zij onderscheidt twee elementen, een 'inhoudelijk element' en een 'tijdselement'. Dat onderscheid is mijns inziens instructief.

Het inhoudelijke element betreft de vraag of er een voldoende rechtvaardiging bestaat voor het toekennen van terugwerkende kracht. Uit de notitie valt af te leiden dat de volgende factoren van belang zijn voor de bepaling of het verlenen van terugwerkende kracht gerechtvaardigd is:

- of er is sprake van misbruik of oneigenlijk gebruik;
- of er is sprake van een evidente omissie in de bestaande wetgeving;
- of zogenoemde aankondigingseffecten dreigen;
- of ingrijpende budgettaire gevolgen voor de overheid dreigen;
- uitvoeringsaspecten.

---

37 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nr. 2.

38 Brief van 26 september 1997, V-N 1997/3505, punt 5. Zie ook Brief van 2 juli 2003, V-N 2003/33.2. Vgl. tevens *Kamerstukken II* 1997/98, 24 610, nr. 9, p. 1 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 821, nr. 3, p. 4. Meest recente bevestiging: brief van 7 december 2009 (*Kamerstukken I* 2009/10, 25 212, A).

39 Zie voor de onderbouwing met verwijzingen Pauwels 2009 (diss.), bijlage A.3.3. Daaraan kan worden toegevoegd bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2008/09, 31 990, nr. 5 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33 011, nr. 3, p. 4-5 en C, p. 6-7. Ook leden van de Eerste Kamer namen bij de behandeling van het recente wetsvoorstel betreffende de heffing van rechten inzake identiteitskaarten de notitie Staatssecretaris tot uitgangspunt voor de beoordeling van de aan de orde zijnde terugwerkende kracht; zie *Handelingen I* 2011/12, 11 oktober 2011, nr. 3, item 4, p. 9-22 en item 6, p. 33-45.

Enigszins verwarrend is dat de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van de notitie heeft vermeld dat een 'evidente omissie' op zichzelf geen zelfstandig criterium is voor het verlenen van terugwerkende kracht.[40] Dit is verwarrend omdat in concrete wetgevingsgevallen – expliciet dan wel feitelijk – de omstandigheid dat er een evidente omissie is, soms wel als een zelfstandige, althans als een dragende, rechtvaardigingsgrond wordt aangevoerd voor het verlenen van terugwerkende kracht.[41] Opmerking verdient verder dat wanneer terugwerkende kracht wordt verleend veelal een combinatie van de factoren wordt aangevoerd ter rechtvaardiging (zie ook paragraaf 3.2.3.1). Tot slot merk ik op dat voornoemde lijst in die zin incompleet is dat de notitie bij de behandeling van het tijdselement (zie hierna) een factor noemt die een 'inhoudelijke element' betreft maar niet in de lijst voorkomt, te weten het 'voorkomen van onbedoeld en ongerechtvaardigd voordeel voor een beperkte groep van belastingplichtigen'.[42]

Het tijdselement ziet op de periode van terugwerking. Samengevat geldt volgens de notitie Staatssecretaris het volgende met betrekking tot de periode van terugwerking. *Indien* terugwerkende kracht wordt verleend is:

1. de hoofdregel: terugwerkende kracht tot het moment waarop de wetgeving met terugwerkende kracht voorzienbaar was. Varianten zijn daarbij:
   a. terugwerkende kracht tot het moment waarop de regering de belastingplichtigen heeft geïnformeerd over het voornemen tot het vaststellen van wetgeving met terugwerkende kracht; dan wel
   b. terugwerkende kracht tot het moment waarop de belastingplichtigen anderszins de wetgeving met terugwerkende kracht hadden kunnen voorzien, bijvoorbeeld in geval van een kenbare evidente omissie in de wetgeving of in geval het kabinet of de Staten-Generaal reeds heeft aangegeven reparatiewetgeving wenselijk te achten;
2. de uitzondering: een terugwerking tot een moment gelegen vóór het moment dat de wetgeving met terugwerkende kracht voorzienbaar was, is alleen geoorloofd indien daarvoor zeer zwaarwegende argumenten zijn, zoals zeer grote budgettaire belangen dan wel het voorkomen van onbedoeld en ongerechtvaardigd voordeel voor een beperkte groep van belastingplichtigen.

In de fiscale volksmond wordt met betrekking tot variant 1)-a wel gesproken over '*wetgeven per persbericht*' (of 'regeren per persbericht'). Op dit fenomeen kom ik terug in paragraaf 3.2.3.1 en 5.3.

Opmerking verdient dat in dit deel van de notitie, dat over terugwerkende kracht gaat, geen aandacht is voor de vraag of al dan niet in eerbiedigende werking dient te worden voorzien. Zoals eerder opgemerkt speelt die vraag echter ook bij terugwerkende kracht.

---

40 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nr. 3, p. 8 en 14.
41 Zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 11.11.6 met verwijzingen.
42 Deze factor wordt bovendien soms ook daadwerkelijk in concrete wetsvoorstellen aangevoerd door de Staatssecretaris ter rechtvaardiging van terugwerkende kracht; zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 11.17.4.

3.2.2 *Kader van de Raad van State*

De Raad van State heeft zijn uitgangspunten met betrekking tot het verlenen van terugwerkende kracht aan nadelige belastingregelgeving geformuleerd in een advies over een concreet fiscaal wetsvoorstel.[43] In dat advies wordt een onderscheid gemaakt dat vergelijkbaar is met het in de notitie Staatssecretaris gemaakte onderscheid tussen het inhoudelijke element en het tijdselement.[44]

Het RvS-advies stelt voorop dat geen formeel terugwerkende kracht mag worden gegeven tenzij *bijzondere omstandigheden* een afwijking van die regel rechtvaardigen. De bijzondere omstandigheden kunnen worden gevormd door aanmerkelijke aankondigingseffecten of een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening. De 'bijzondere omstandigheden' vertonen derhalve verwantschap met de omstandigheden genoemd bij het 'inhoudelijke element' in de notitie Staatssecretaris. Het RvS-advies biedt echter minder ruimte voor het verlenen van terugwerkende kracht dan de notitie, gelet op enerzijds het gebruik van de adjectieven 'aanmerkelijk' en 'omvangrijk' en anderzijds bijvoorbeeld het niet noemen van de omstandigheid 'evidente omissie'.

Het RvS-advies stelt verder als voorwaarde dat in elk geval geen terugwerkende kracht kan worden verleend aan maatregelen die voor de belastingplichtigen niet voldoende *kenbaar* zijn vóór het tijdstip waarop het regime van toepassing zal zijn. Deze voorwaarde is te vergelijken met het in de notitie genoemde 'tijdselement'. Het RvS-advies laat derhalve ook ruimte voor het gebruik van het instrument van het 'wetgeven per persbericht'. Ook hier is echter het kader van de Raad strikter dan de notitie. Ten eerste laat het RvS-advies niet expliciet de mogelijkheid open dat terugwerkende kracht wordt verleend tot een moment gelegen vóór het moment van kenbaarheid. Ten tweede is de eis van kenbaarheid zwaarder dan de eis van voorzienbaarheid. Zoals de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van zijn notitie aangaf: 'voorzienbaarheid houdt alleen in dát duidelijk is dat een reparatie gaat plaatsvinden, terwijl kenbaarheid inhoudt dat ook duidelijk moet zijn wat de inhoud van de reparatiewetgeving zal zijn.'[45] Bovendien verschilt de Raad van State regelmatig van mening met de Staatssecretaris over de kenbaarheid van een in een persbericht genoemde maatregel.[46]

3.2.3 *Situatietypen in de overgangswetgevingspraktijk*

Het verlenen van terugwerkende kracht aan belastingwetgeving is zeker geen schering en inslag, maar anderzijds is het evenmin een ongebruikelijk fenomeen. In dat

---

43 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 1-4.

44 De Raad van State heeft overigens later zijn uitgangpunten bijgesteld (versoepeld) voor een bijzondere situatie, namelijk voor reparatiewetgeving (met terugwerkende kracht) die nodig bleek te zijn ter herstel van fouten die waren opgetreden bij de grote herziening van de inkomstenbelasting per 1 januari 2001; zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 015, A, p. 3 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 487, A, p. 3. Ik laat dat hier verder onbesproken.

45 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nr. 3, p. 9.

46 Zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 11.5.4 voor voorbeelden, waaraan toegevoegd kan worden *Kamerstukken II* 2008/09, 31 990, nr. 4, p. 9-11 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 818, nr. 4, p. 6-7.

opzicht sporen de in de Aanwijzingen voor de regelgeving en in de notitie Staatssecretaris gebruikte bewoordingen dat alleen 'in uitzonderlijke gevallen' terugwerkende kracht wordt verleend aan regelingen die nadelig zijn voor burgers, niet geheel met de werkelijkheid van de fiscale wetgevingspraktijk. Die praktijk laat naar mijn mening zien dat de belastingwetgever het verlenen van terugwerkende kracht – in het bijzonder de techniek van het 'wetgeven per persbericht' – als 'instrument' ziet dat tot zijn standaard overgangsrechtelijke gereedschapskist behoort en beschikbaar is om in voorkomende gevallen te gebruiken. Dat het instrument wellicht in kwantitatieve zin niet bijzonder vaak wordt gebruikt, doet daaraan niet af.

Nog relatief kort geleden heb ik in een publicatie geschreven dat – naar mijn indruk – het gebruik van die techniek was verminderd de laatste jaren.[47] Daarvan was volgens mij de oorzaak niet een andere visie van de Staatssecretaris op terugwerkende kracht, maar enerzijds dat in het verleden de grootste 'gaten' in de belastingwetgeving door middel van specifieke reparatiewetgeving zijn gedicht en anderzijds dat de inkomstenbelastingwetgeving aanmerkelijk 'constructie-bestendiger' is geworden.[48] Dat geldt nog steeds. Maar de laatste tijd is toch weer een aantal voorbeelden van belastingwetgeving met terugwerkende kracht te zien. Daarbij is een trend te zien wat betreft de (directe) aanleiding. Waar in het verleden vooral de aanleiding was het tegengaan van 'grensverkenning' door belastingplichtigen, is de aanleiding de laatste tijd regelmatig jurisprudentie waarvan de wetgever de gevolgen ongewenst acht.[49] Een recent voorbeeld betreft zelfs nog (?) niet gewezen jurisprudentie waarop de wetgever reeds anticipeert.[50]

Hieronder ga ik in op een aantal situatietypen waarin de wetgever terugwerkende kracht verleent aan zijn wetgeving. Ik maak een onderscheid tussen de situatie waarin terugwerkende kracht zich beperkt tot de datum van de eerdere aankondiging van het voorstel tot wetswijziging ('wetgeven per persbericht'), en de situatie waarin de terugwerkende kracht zich verder naar het verleden uitstrekt.

3.2.3.1 'Wetgeven per persbericht'

Analyse van wetgeving en parlementaire geschiedenis leert dat het instrument van het 'wetgeven per persbericht' vooral wordt ingezet in geval van reparatiewetgeving gericht tegen misbruik of oneigenlijk gebruik.[51] De Staatssecretaris is dan veelal beducht voor zogenoemde aankondigingseffecten. De vrees bestaat dat ingeval geen terugwerkende kracht wordt verleend tot het moment van aankondiging van de desbetreffende reparatiewetgeving, belastingplichtigen nog snel gebruik zouden

---

47 Pauwels in: P. Popelier e.a. (red.) 2009.

48 Ik doel hier op de principiële herziening in 1997 van het aanmerkelijkbelangregime en de ingrijpende wijziging in 2001 met betrekking tot belastingheffing over inkomsten uit vermogen.

49 Bijvoorbeeld de reparatiewetgeving naar aanleiding van jurisprudentie van de Hoge Raad over conserverende aanslagen bij emigratie met betrekking tot pensioenen en lijfrenten (Wet van 8 juli 2009, *Stb.* 2009, 304), de eerdergenoemde reparatiewetgeving naar aanleiding van het arrest over legesheffing betreffende identiteitskaarten (Wet van 13 oktober 2011, *Stb.* 2011, 440) en de regeling betreffende de btw-heffing privégebruik auto van de zaak (Wet uitwerking autobrief, *Stb.* 2011, 642, artikel XIII jo. artikel XXXII lid 2).

50 De wet Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen (*Stb.* 2011, 585).

51 Zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 11.5.5 met vele verwijzingen.

maken van de mogelijkheden die de oude wetgeving biedt tot belastingbesparing. In de parlementaire geschiedenis van dergelijke reparatiewetgeving is dan ook veelal een mix van de hierboven genoemde, in de notitie Staatssecretaris opgenomen, factoren terug te vinden ter rechtvaardiging van de desbetreffende terugwerkende kracht: tegengaan van misbruik of oneigenlijk gebruik, voorkomen van aankondigingseffecten en van de daarmee samenhangende negatieve budgettaire gevolgen.

Een bekend fiscaal voorbeeld uit het verleden waarin het instrument is ingezet, is de reparatiewetgeving gericht op het tegengaan van constructies met onroerend goed in verband met de overdrachtsbelasting en omzetbelasting.[52] Vooral in verband met de wijzigingen in de overdrachtsbelasting is destijds op het gebruik van het instrument 'wetgeven per persbericht' veel kritiek gekomen. De kritiek betrof in het bijzonder dat de wijziging de invoering van een nieuw belastbaar feit inhield, namelijk de verkrijging van *economisch* eigendom, terwijl dat begrip 'economisch eigendom', aldus de Raad van State, 'niet een zodanig vastomlijnde betekenis [heeft], dat met vermelding van die term [in het persbericht; MP] een voldoende omschrijving van de te belasten transacties is gegeven.'[53] Overigens heeft de Hoge Raad deze (belastingheffing gebaseerd op deze wet met) terugwerkende kracht niet in strijd geacht met artikel 1 EP EVRM zonder trouwens woorden te wijden aan het aspect van kenbaarheid.[54]

Het verlenen van terugwerkende kracht aan reparatiewetgeving ter voorkoming van misbruik of oneigenlijk gebruik, hoeft niet altijd gericht te zijn op reeds *bestaand* misbruik of oneigenlijk gebruik. Het kan ook zijn dat eerst uit een arrest van de Hoge Raad duidelijk blijkt dat de vigerende wetgeving – naar het oordeel van de Staatssecretaris – niet geheel sluitend is, en de Staatssecretaris vreest dat zonder de inzet van het instrument 'wetgeven per persbericht' belastingplichtigen nog snel gebruik zullen maken van de lacune.[55]

Een tweede situatietype waarin de regering het instrument 'wetgeven per persbericht' soms inzet, betreft de situatie waarin een fiscale stimuleringsregel wordt gewijzigd en gevreesd wordt voor aankondigingseffecten. Een bekend voorbeeld is de afschaffing van de zogenoemde pc-privéregeling. Bevreesd voor (de budgettaire gevolgen van) aankondigingseffecten (namelijk dat belastingplichtigen nog snel

---

52 Wet van 18 december 1995, *Stb.* 1995, 659, artikel V lid 1; *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, nr. 3, p. 2-3, 28-29 en 39-40 en nr. 20b, p. 14-15.

53 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 2.

54 HR 8 februari 2002, *BNB* 2002/137. Interessant is hoe het oordeel thans zou uitvallen althans gemotiveerd zou worden, gelet het *Stichting Goed Wonen II*-arrest van het Hof van Justitie. In dat arrest stelt het Hof namelijk een soort kenbaarheidseis (zie paragraaf 4.4.2). Weliswaar betreft dit een arrest van het Hof van Justitie met betrekking tot het unierechtelijke vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, maar een kruisbestuiving wat betreft normstelling ligt in de rede in aanmerking genomen dat eerbiediging van rechtszekerheid een factor is die meeweegt bij toetsing aan artikel 1 EP EVRM.

55 Zie bijvoorbeeld de wet van 22 december 1999, *Stb.* 1999, 579, artikel XXVIII lid 7 (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 820, nr. 15, p. 3-4), de wet van 12 december 2002, *Stb.* 2002, 617, artikel XXXV lid 1 onderdeel c (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 608, nr. 3, p. 10 en 32) en wet van 8 juli 2009, *Stb.* 2009, 304 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 990, nr. 4, p. 9-11, en nr. 3, p. 4-5 en 8).

een pc zouden aanschaffen om van de regeling gebruik te maken), werd het instrument van het 'wetgeven per persbericht' ingezet bij die afschaffing.[56] Ook deze terugwerkende kracht heeft overigens de rechterlijke toets aan artikel 1 EP EVRM doorstaan.[57]

3.2.3.2 Terugwerkende kracht naar een moment gelegen vóór het moment van aankondiging
Een enkele keer verleent de belastingwetgever terugwerkende kracht tot een moment gelegen vóór het moment van aankondiging van het wetsvoorstel. Er zijn grofweg drie situatietypen te onderscheiden waarin dit wel eens gebeurt.

Het eerste situatietype is dat als gevolg van een wijziging in de wetgeving wetstechnische fouten zijn ontstaan in de wetgeving, zoals foutieve verwijzingen en gebruik van verouderde terminologie. Aan reparatiewetgeving ter herstel van dergelijke fouten, wordt regelmatig terugwerkende kracht verleend.[58]

Een tweede situatietype ligt in het verlengde van het eerste, en is er feitelijk niet steeds goed van te onderscheiden. Het kan namelijk soms gaan om het herstel van een fout die een zuiver wettechnische fout te boven gaat, namelijk om een inhoudelijke omissie. Zo achtte de wetgever een terugwerkende kracht van bijna vier jaar ter herstel van een 'onbedoelde afwijking' in de Wet IB 2001 – ten opzichte van de Wet IB 1964 en de gecontinueerde uitvoeringspraktijk – gerechtvaardigd met betrekking tot de belastingheffing over pensioenuitkeringen van internationale organisaties.[59]

Zeer recent heeft de belastingwetgever nog aan een wetswijziging terugwerkende kracht verleend van bijna elf jaar(!), namelijk tot en met 1 januari 2001.[60] Daarbij stond nog niet vast dat sprake was van een inhoudelijke omissie, maar wilde de Staatssecretaris het zekere voor het onzekere nemen. De terugwerkende kracht werd niet expliciet gemotiveerd, maar uit de toelichting op het voorstel is op te maken dat zij gerechtvaardigd werd geacht omdat beoogd werd een 'kennelijke onduidelijkheid op te heffen' en het ging om een 'verduidelijking', waarbij nog werd opgemerkt dat 'met de voorgestelde maatregelen (...) geen inhoudelijke wijziging [is] beoogd'.[61] De Raad van State heeft eens op een scherpe wijze een dergelijke motivering doorgeprikt in een advies voor een (niet-fiscaal) wetsvoorstel; hij adviseerde van de desbetreffende terugwerkende kracht af te zien, daartoe onder meer overwegende:

---

56 Wet van 16 december 2004, *Stb.* 2004, 653, artikel XXXIII lid 3; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 3, p. 51 en nr. 4, p. 10.
57 HR 2 oktober 2009, *BNB* 2011/48.
58 Bijvoorbeeld Wet herstel enige onjuistheden (wet van 18 oktober 2001, *Stb.* 2001, 491, artikel XIII), Technische herstelwet 2003 (wet van 18 december 2003, *Stb.* 2003, 528, artikel XVII), en Fiscale onderhoudswet 2004 (wet van 18 oktober 2001, *Stb.* 2001, 491, artikel IX).
59 Wet van 16 december 2004, *Stb.* 2004, 657, artikel I, onderdeel A en D jo. artikel X lid 2 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 678, nr. 3, p. 4-5). De (belastingheffing gebaseerd op deze wet met) terugwerkende kracht werd niet in strijd geacht met artikel 1 EP EVRM door HR 16 januari 2009, *BNB* 2009/113.
60 Overige fiscale maatregelen 2012, *Stb.* 2011, 640, artikel XXIII, lid 2.
61 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 004, nr. 11, p. 2 en 4.

> 'Indien de tekst van een wettelijke bepaling wordt gewijzigd om deze te verduidelijken, maar niet om de inhoud daarvan te wijzigen, heeft het verlenen van terugwerkende kracht hieraan geen zelfstandige juridische betekenis.'[62]

Mij spreekt deze kritische benadering wel aan. Let wel, de Staatssecretaris kan best op goede gronden – en zelfs achteraf bezien (na een rechterlijk uitspraak) terecht – van mening zijn dat geen sprake is van een inhoudelijke wijziging, maar als terugwerkende kracht wordt verleend is daarvoor kennelijk een aanleiding.[63] Bovendien: als de bedoeling van de wetgever duidelijk is, waarom dan niet erop vertrouwen dat de rechter de bepaling conform de bedoeling uitlegt? Verder, het pijnpunt van de terugwerkende kracht bij 'verduidelijkingswetten' zit niet zozeer – althans niet alleen – in een aantasting van rechtszekerheid van burgers (bij onduidelijke wetgeving is de rechtszekerheid-claim over gewekt vertrouwen door het bestaande recht niet bijzonder sterk[64]), maar vooral in het met rechtsbescherming samenhangende belang van de scheiding van machten.[65] Burgers worden door de terugwerkende kracht van een 'verduidelijkingswet' de facto belemmerd een andersluidende interpretatie van de regeling ter toets aan de rechter voor te leggen. Zeker in het belastingrecht speelt dit, aangezien de Staatssecretaris niet alleen mede-wetgever maar ook hoofd van de uitvoerende macht en ook nog direct belanghebbende als ontvanger van de belastinggelden is.[66] Met het voorgaande is geenszins gezegd dat bij 'verduidelijkingswetten' terugwerkende kracht ongeoorloofd is,[67] maar slechts dat ook dan terugwerkende kracht deugdelijk gemotiveerd dient te worden.

Een derde situatietype betreft de situatie waarin de Hoge Raad een arrest wijst waaruit blijkt dat het recht op een bepaald punt anders is dan over het algemeen werd gedacht in de rechtspraktijk, en de wetgever vervolgens reparatiewetgeving geboden acht die zorgt voor bestendiging van de rechtspraktijk. Vooral ingeval het arrest anders grote nadelige budgettaire of onrechtvaardige gevolgen zou hebben, wordt soms terugwerkende kracht verleend tot een moment gelegen vóór het moment van aankondiging van de reparatiewetgeving. Een pregnant voorbeeld is de

---

62 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 353, nr. 4, p. 2.

63 Het hiervoor aangehaalde recente voorbeeld vormt daarvan een illustratie: afgaande op publicaties over het desbetreffende onderwerp (zie bijvoorbeeld J.T. Gommer en G.M.C.M. Staats, Lijfrente in de uitkeringsfase: De toepassing van art. 69. Wet IB 1964, *Weekblad fiscaal recht* 2011, p. 1702, e.v.) had nota bene de Belastingdienst aanvankelijk een andere zienswijze dan die van de Staatssecretaris die nu in de wet is vastgelegd met terugwerkende kracht.

64 Vgl. Poplier 1999, p. 191.

65 Vgl. Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 11.11.7.

66 Vgl. P.J. Wattel, *De fiscale behandeling van het wederrechtelijke*, Deventer: Kluwer 1992, p. 5: 'Een tamelijk fundamenteel gegeven waar naar mijn mening weinig aandacht aan gegeven wordt bij de bestudering van het (...) belastingrecht (...), is de omstandigheid dat het in het belastingrecht altijd een belanghebbende is die de regels stelt. De belastingwetgever is intrinsiek niet-onpartijdig, want hij is direct belanghebbende.'

67 Voor een mooie, genuanceerde beschouwing over het – in België als zodanig bekende – fenomeen 'interpretatieve wetgeving' (met terugwerkende kracht) zie Bruno Peeters en Patricia Popelier, 'Retroactive interpretative statutes and validation statutes in tax law: an assessment in the light of legal certainty, separation of powers and the right to a fair trial', in: Gribnau/Pauwels-EATLP 2012.

Wet verduidelijking verzekerings- en premieplicht, ingevoerd in 1998 na een arrest van de Hoge Raad op 8 juli 1997. Aan bepalingen van deze wet werd terugwerkende kracht verleend, aan sommige zelfs tot en met 1 januari 1989.[68] De motivering hield in dat er sprake was van 'een situatie waarin in de visie van de Hoge Raad de premieplicht niet bestaat, maar waarin de regering van mening is dat premieplicht wel aanwezig behoort te zijn, en waarin ook de verzekerden er op grond van bestendige gedragslijnen van konden uitgaan dat zij premieplichtig waren. In de praktijk hebben betrokkenen ook altijd premie betaald.'[69]

Soms is van een lacune in de wetgeving althans een daadwerkelijke 'onrechtvaardigheid' geen sprake, maar is het budgettaire belang in wezen het belangrijkste motief voor het verlenen van een vergaande terugwerkende kracht aan reparatiewetgeving. Een voorbeeld hiervan is reparatiewetgeving naar aanleiding van een arrest waarin de Hoge Raad expliciet 'omging' – ten gunste van belastingplichtigen – ter zake van (het moment van) de aftrekbaarheid van aankoopkosten voor deelnemingen.[70] Soms wordt in een dergelijk wetgevinggeval ook een *windfall profit*-argument gebezigd, zo ook in dit wetgevingsgeval: 'voorkomen [wordt] dat een relatief beperkte groep belastingplichtigen door het omgaan van de Hoge Raad alsnog onverwacht een groot voordeel zou genieten.'[71]

3.3 Onmiddellijke werking vs. eerbiedigende werking

3.3.1 Notitie Staatssecretaris

Het tweede deel van de notitie Staatssecretaris ziet op de vraag wanneer, in afwijking van de hoofdregel van onmiddellijke werking, eerbiedigende werking (dan wel uitgestelde werking) op haar plaats is.[72] Dit deel van de notitie is naar mijn mening minder systematisch van opzet dan het hiervoor (in paragraaf 3.2.1) besproken eerste deel, waarin enerzijds het onderscheid tussen het inhoudelijke element en het tijdselement en anderzijds de uitwerking van beide elementen de nodige houvast geven.

De notitie stelt dat het toekennen van eerbiedigende werking (of uitgestelde werking) wenselijk kan zijn ingeval de nieuwe regeling afbreuk zou doen aan door het oude regime gewekte gerechtvaardigde verwachtingen. Of gerechtvaardigde verwachtingen ook worden gehonoreerd, hangt er, aldus de notitie, echter van af of daarvoor ruimte is gelet de overwegingen om de nieuwe regeling in te voeren. De notitie wijst er – op zichzelf terecht (zie paragraaf 5.1) – op dat de beslissing of eerbiedigende werking wordt verleend, een beleidsmatige afweging en een belangenafweging

68 Wet van 29 april 1998, *Stb.* 1998, 267.
69 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 873, nr. 3, p. 3-5.
70 Wet van 4 november 2004, *Stb.* 2004, 581.
71 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 381, nr. 3, p. 8 en nr. 9, p. 7.
72 Notitie Staatssecretaris 1996, p. 5-6.

kent. Voorts wordt er – ook terecht (zie paragraaf 5.1 en 5.6) – op gewezen dat eerbiedigende werking een bepaalde ongelijke behandeling meebrengt.

Ondanks dat het al dan niet aanwezig zijn van 'gerechtvaardigde verwachtingen' van grote betekenis is voor het al dan niet verlenen van eerbiedigende werking, stelt de notitie niet expliciet de kwestie aan de orde hoe bepaald moet worden of verwachtingen gerechtvaardigd zijn. Wel wordt opgemerkt dat 'voorts (...) het realiteitsgehalte van de verwachtingen en de daarbij betrokken belangen een rol [spelen]', maar dat voegt nauwelijks iets toe. Ook de opmerking dat 'eerbiedigende of uitgestelde werking (...) met name [zal] worden verleend als de wetgever meent dat de breuk van de nieuwe regeling met het oude recht te groot is en de toepassing van de nieuwe regeling gerechtvaardigde belangen zou schenden, welke zijn ontstaan door onder de oude regeling ingenomen posities die niet of nauwelijks meer kunnen worden veranderd' biedt weinig extra houvast, al blijkt er wél uit dat relevant wordt geacht of aanpassing mogelijk is. Dat het concept 'gerechtvaardigde verwachtingen' beperkt wordt uitgewerkt is spijtig, juist omdat het een zo lastig te hanteren concept is, dat bovendien naar mijn mening soms te gemakkelijk – zonder nadere motivering – wordt gebruikt en te weinig wordt geproblematiseerd.[73] Donner spreekt toepasselijk over een 'nul-antwoord': 'U heeft *recht* op bescherming van *gerechtvaardigd* vertrouwen' (originele cursivering).[74]

Juist omdat eerbiedigende werking een afwijking van de hoofdregel van onmiddellijke werking betekent, zou men – naar ik meen – verwachten dat in de notitie vooral uiteengezet wordt in welke gevallen wél aanleiding is voor eerbiedigende werking (net zoals het eerste deel van de notitie vooral ingaat op de kwestie wanneer er aanleiding is om af te wijken van de hoofdregel van geen terugwerkende kracht). Dit is echter niet het geval. Zo betreffen nagenoeg alle gegeven voorbeelden gevallen waarin – volgens de notitie – *geen* aanleiding is voor het verlenen van eerbiedigende werking. Dergelijke voorbeelden hebben in die zin minder toegevoegde waarde dat ze vooral een illustratie vormen van wanneer de hoofdregel van toepassing is.

3.3.2 Raad van State

De Raad van State ziet in het algemeen (ook buiten het belastingrecht) onmiddellijke werking als overgangsrechtelijke hoofdregel.[75] De Raad heeft met betrekking tot een specifiek situatietype – lopende contracten – het volgende gesteld over 'materieel terugwerkende kracht':

---

73 Het analyseren van het concept, waaronder het operationaliseren ervan op het terrein van fiscaal overgangsrecht, is een van de hoofdthema's van mijn proefschrift; zie Pauwels 2009 (diss.), hoofdstuk 8, 9 en 11.

74 A.M. Donner, Inleiding, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1984, p. 459. Vgl. algemener J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Kluwer: Deventer 1992, p. 53-54: 'tussengeschakelde woorden als gerechtvaardigdheid (...) buigen mee met iedere gewenste uitkomst voor alle casusposities.'

75 Zie bijvoorbeeld zijn jaarverslagen (bijvoorbeeld Jaarverslag 2002, p. 58 en Jaarverslag 2005, p. 72).

> ‘Indien een belastingmaatregel, die een verzwaring van de belastingheffing voor de belastingplichtige betekent, materieel terugwerkende kracht krijgt, dient een belangenafweging te worden gemaakt tussen eerbiediging van lopende contracten ten tijde van de invoering van de nieuwe maatregel en het belang van de schatkist. Bij deze belangenafweging speelt onder meer de omstandigheid een rol in hoeverre de belastingplichtige erop mocht vertrouwen dat de in geding zijnde transacties binnen doel en strekking van de wet vallen en ook overigens niet als ongewenst behoeven te worden aangemerkt. Hierbij is – naast gevallen waarin uitdrukkelijke toezeggingen door de inspecteur zijn gedaan – de rechtspraak inzake die transacties van betekenis. (...)’[76]

Uit de passage volgt dat (ook) de Raad de vraag of materieel terugwerkende kracht geoorloofd is, uitdrukkelijk plaatst in het kader van een belangenafweging. Daarnaast benoemt de Raad een relevante omstandigheid bij de belangenafweging: in hoeverre mocht de belastingplichtige erop vertrouwen dat de transacties binnen doel en strekking van de wet vallen en ook overigens niet als ongewenst behoeven te worden aangemerkt. Aangenomen kan worden dat de Raad materieel terugwerkende kracht op een meer marginale wijze toetst dan formeel terugwerkende kracht.[77] Bij formeel terugwerkende kracht stelt de Raad immers bepaalde eisen (kenbaarheid en bijzondere omstandigheden; zie paragraaf 3.2.2), terwijl het kader van de belangenafweging voor materieel terugwerkende kracht impliceert dat er meer ruimte aan de wetgever wordt gelaten, nu een dergelijk belangenafweging niet op de laatste plaats ook een (rechts)politieke afweging is.

---

76 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 5. Aangezien de Raad in een ander advies weer naar deze passage verwijst (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 16), kan aangenomen worden dat deze passage het toetsingskader van de Raad bevat voor de beoordeling van ‘materieel terugwerkende kracht’. Dit vindt bevestiging in de bijdrage van voormalig staatsraad Bartel in VBW 2012, p. 26-27.

77 Dit vindt bevestiging in de bijdrage van voormalig staatsraad Bartel in VBW 2012, p. 27.

4 Toetsing wettelijk overgangsrecht door de rechter

4.1 Inleiding

Voor beantwoording van de vraag welke mogelijkheden een burger heeft om – via een besluit – wettelijk overgangsrecht door de rechter te laten toetsen, is het nuttig een onderscheid te maken tussen wetgeving in formele zin en wetgeving in materiële zin (niet zijnde wetgeving in formele zin). De toetsingsmogelijkheden ter zake van de eerste categorie wetgeving worden beperkt door het grondwettelijke toetsingsverbod van artikel 120 Gw en de uitleg die de Hoge Raad aan dat artikel heeft gegeven in het bekende *Harmonisatiewet*-arrest,[78] dat overigens een overgangsrechtelijke kwestie betrof (NB *waarom* was daar eigenlijk sprake van strijd met gerechtvaardigde verwachtingen? De Hoge Raad motiveerde dat niet). Voor toetsing van (overgangs)wetgeving in formele zin is de rechter aangewezen op internationale verdragen. Voor toetsing van fiscaal overgangsrecht zijn vooral van belang het unierechtelijke rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en artikel 1 EP EVRM. Omdat ten aanzien van wetgeving in materiële zin het grondwettelijk toetsingsverbod niet geldt, kan overgangsrecht van dergelijke wetgeving wél getoetst worden aan ongeschreven rechtsbeginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel. Opmerking verdient dat artikel 4 Wet algemene bepalingen ('De wet verbindt alleen voor het toekomende en heeft geen terugwerkende kracht') op zichzelf voor toetsing geen betekenis heeft. Naar het oordeel van de Hoge Raad richt die bepaling zich namelijk slechts tot de rechter en niet tot de wetgever.[79]

In de volgende paragrafen geef ik de hoofdlijnen van de fiscale jurisprudentie weer. Dit gebeurt aan de hand van de 'toetsingsbron'. De nadruk ligt op de gehanteerde toetsingsmaatstaven en criteria. Er wordt geen volledig overzicht van de jurisprudentie gegeven.[80] Verder komt de vraag naar de 'kracht van terugwerkende kracht' niet hier, maar eerst in paragraaf 5.4 aan de orde.

---

78 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469. Zie meer recentelijk nog HR 20 maart 2009, NJ 2009, 233, r.o. 3.5.2.

79 Bijv. HR 13 januari 1971, BNB 1971/44. De Centrale Raad van Beroep lijkt echter een ander standpunt te hebben; zie hierover, en uitgebreider over artikel 4 Wet algemene bepalingen, Pauwels 2009 (diss.), bijlage B.3.1.

80 Een uitgebreide analyse van de jurisprudentie is te vinden in de bijlagen B tot en met E bij Pauwels 2009 (diss.).

4.2 'Nationaal' rechtszekerheidsbeginsel

Belastingwetgeving in materiële zin – zoals gemeentelijke belastingverordeningen – kan de rechter toetsen aan 'ongeschreven' algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel. Voor zover daarover nog onduidelijkheid bestond, werd die onduidelijkheid weggenomen in het *Beerta*-arrest van de Hoge Raad.[81] Dat arrest betrof trouwens een overgangsrechtelijke kwestie (zie hierna).

Wat betreft voor burgers nadelige formeel terugwerkende kracht hanteert de Hoge Raad als uitgangspunt dat een dergelijke terugwerkende kracht in beginsel niet door de beugel kan. Onder omstandigheden is zij evenwel toch aanvaardbaar. De Hoge Raad hanteert daarbij als toetsingsmaatstaf of er 'sprake is van een bijzondere omstandigheid die rechtvaardigde af te wijken van het op de eisen der rechtszekerheid berustende rechtsbeginsel dat wetgevende maatregelen alleen voor de toekomst behoren te gelden.'[82]

Welke die bijzondere omstandigheden kunnen zijn, is nog niet volledig uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad is duidelijk dat in elk geval de 'voorzienbaarheid' een dergelijke bijzondere omstandigheid kan vormen.[83] Zoals nogmaals uit het *Zalmsnip*-arrest blijkt gaat het er daarbij niet zozeer om of de terugwerkende kracht zelf voorzienbaar was maar of de desbetreffende belastingheffing voldoende voorzienbaar was.[84] In paragraaf 5.5 kom ik trouwens erop terug dat de Hoge Raad (kennelijk) de voorzienbaarheid alleen voldoende acht om terugwerkende kracht te accepteren. Een nog niet duidelijk in de jurisprudentie beantwoorde vraag is in hoeverre de rechter ruimte laat aan de materiële wetgever bij de beoordeling of sprake is van bijzondere omstandigheden die terugwerkende kracht rechtvaardigen. Een volledig integrale toets lijkt mij overigens niet in de rede te liggen, aangezien het om een afweging gaat.

Toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel gebeurt niet alleen ingeval formeel terugwerkende kracht aan de orde is. Ook ingeval een wijziging in de wetgeving onmiddellijke werking heeft, kan de rechter aan het rechtszekerheidsbeginsel toetsen aangezien het, aldus de Hoge Raad in het eerdergenoemde *Beerta*-arrest, '[b]ij het rechtszekerheidsbeginsel (...) ook [gaat] om eerbiediging van gerechtvaardigde verwachtingen.'[85] Die toets betreft dan veelal in feite de toets of het gerechtvaardigd is dat een, in (een vorm van) eerbiedigende werking voorziende, overgangsregel achterwege is gelaten. Het *Beerta*-arrest is hier een voorbeeld van. In dat geval oordeelde de Hoge Raad zelfs dat er sprake was van een schending van het rechtszekerheidsbeginsel. De kernoverwegingen zijn de volgende:

---

81 HR 7 oktober 1992, BNB 1993/4: 'Dit roept de vraag op of de Legesverordening 1987 als algemeen verbindend voorschrift (wet in materiële zin) kan worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen. Die vraag moet bevestigend worden beantwoord.'

82 HR 24 oktober 1984, BNB 1985/59, r.o. 5.3; vergelijk ook HR 24 april 2009, BNB 2009/158.

83 In de feitenrechtspraak zijn (wel) nog andere omstandigheden te vinden; zie Pauwels 2009 (diss.), bijlage C.3.1.

84 HR 24 april 2009, BNB 2009/158.

85 HR 7 oktober 1992, nr. 26.974, BNB 1993/4.

> 'Indien (...) in een legesverordening voor de afgifte van een bouwvergunning een vrijstelling geldt, schendt de wetgever gerechtvaardigde verwachtingen indien hij reeds ingediende, doch bij de inwerkingtreding van de gewijzigde verordening nog niet afgedane aanvragen ongeacht het tijdstip waarop aan het voornemen tot afschaffing bekendheid is gegeven in de heffing betrekt. Het afschaffen van een vrijstelling verschilt in dit opzicht van bij voorbeeld het tot stand brengen van een tariefsverhoging dan wel het invoeren van een nieuwe heffing: bij de invoering van de vrijstelling heeft de wetgever een uitdrukkelijk standpunt ingenomen ten aanzien waarvan degenen voor wie de vrijstelling geldt niet doorlopend erop bedacht behoeven te zijn dat het zou kunnen worden gewijzigd. In verband hiermede verdienen bescherming de aanvragers van wie de aanvragen zijn ingediend voordat het voornemen tot afschaffing van de vrijstelling op behoorlijke wijze algemeen is bekend gemaakt.'

Het verschil dat de Hoge Raad maakt tussen enerzijds het vervallen van een vrijstelling en anderzijds het invoeren van een nieuwe heffing, overtuigt mij overigens niet.[86] Met evenveel kracht kan worden betoogd dat beide gebeurtenissen juist vergelijkbaar kunnen zijn. Niet alleen kan het eerder niet heffen worden gezien als een uitdrukkelijke standpuntbepaling, ook verwachtingen lijken mij met een vergelijkbare intensiteit te worden geschonden, ingeval eerst ter zake in het geheel geen leges wordt geheven, en vervolgens opeens een in legesheffing voorzienende regeling wordt ingevoerd zonder eerbiedigende werking voor reeds ingediende aanvragen.

In de geciteerde overweging van het *Beerta*-arrest klinkt door dat in het geval van een tariefswijziging met onmiddellijke werking normaliter geen sprake zal zijn van schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Dit uitgangspunt komt in latere jurisprudentie terug. Zo oordeelde de Hoge Raad in een geval waarin de wijziging van een verordening meebracht dat het grafrecht werd verhoogd met – in het geval van de belanghebbende – 150%, dat:

> 'de enkele omstandigheid dat in een duurzame rechtsbetrekking, die door de rechthebbende feitelijk niet kan worden beëindigd, een tariefsverhoging wordt doorgevoerd onvoldoende [is] om die conclusie [dat er een schending van het rechtszekerheidsbeginsel is; MP] te dragen, omdat behoudens hier niet gebleken bijzondere omstandigheden de verwachting dat tarieven als deze ongewijzigd zullen blijven niet gerechtvaardigd is.'[87]

86 Ook op het onderscheid tussen een tariefswijziging en het vervallen van een vrijstelling is overigens kritiek mogelijk, vooral indien de tariefswijziging substantieel is; vgl. Scheltema in onderdeel 6 van zijn annotatie in NJ 1994, 44 en Ilsink in onderdeel 3 van zijn annotatie in *Belastingblad* 1993/37.

87 HR 7 mei 1997, nr. 31 920, BNB 1997/211, r.o. 4.4.

4.3 Artikel 1 EP EVRM

4.3.1 *Inleiding*

Zoals hiervoor opgemerkt kan de Nederlandse rechter (belasting)wetgeving in formele zin niet aan ongeschreven rechtsbeginselen of de Grondwet, maar wel – via artikel 94 Gw – aan het EVRM toetsen. Via artikel 1 EP EVRM, waarin de bescherming van het eigendomsrecht is neergelegd,[88] kan de rechter overgangsrecht indirect toch aan het rechtszekerheidsbeginsel toetsen. In de volgende paragraaf komt toetsing van overgangsrecht aan deze bepaling aan bod. Tevens komt – in een afzonderlijke paragraaf – aan de orde jurisprudentie over het fenomeen van 'legislatieve interventie'.

De rechter kan overgangsrecht ook aan het in het EVRM neergelegde gelijkheidsbeginsel toetsen (artikel 14 EVRM jo. artikel 1 EP EVRM; thans ook artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM), maar daar ga ik hier verder niet op in.[89] Reden is dat de betekenis van het gelijkheidsbeginsel[90] voor toetsing van fiscaal overgangsrecht in de praktijk beperkt lijkt te zijn, in aanmerking genomen dat het EHRM bijvoorbeeld onderkent dat het gebruik van een *cut-off-date*, hoe arbitrair een dergelijke datum ook kan zijn, veelal onvermijdelijk is bij de invoering van een nieuwe regeling,[91] al zal naar mij voorkomt de keuze voor een bepaalde datum wel enigszins rationeel moeten zijn.[92] Voor de wetgever is vooral van belang dat indien hij voorziet in (een vorm van) eerbiedigende werking, hij daarbij geen ongeoorloofd verschil in behandeling maakt binnen de groep 'bestaande gevallen'. Slechts bij uitzondering gaat de fiscale wetgever op dat punt over de schreef.[93]

---

88 Zie voor de tekst van deze bepaling de introductie (p. 10).

89 Zie uitgebreider Schuver-Bravenboer 2009, paragraaf 6.3.

90 In een aantal landen – zoals België en Oostenrijk – wordt terugwerkende kracht weliswaar getoetst aan het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, maar het komt mij voor dat die toetsing materieel vooral een toets aan het rechtszekerheidsbeginsel behelst.

91 Vgl. EHRM 20 mei 2008, *EHRC* 2008/90 (*Twizell*).

92 Zo roept de recente – in paragraaf 5.7 aan de orde komende – verlaging van de overdrachtsbelasting met terugwerkende kracht vragen op met betrekking tot het effectieve ingangsmoment van 15 juni 2011, nu dat een datum betreft nog gelegen vóór het persbericht met de aankondiging van de verlaging. Het door de Staatssecretaris aangevoerde argument van het voorkomen van 'uitstelgedrag' kan alleen een verklaring vormen voor terugwerkende kracht tot de datum van het persbericht. En de aangevoerde reden dat '15 juni (...) verband [houdt] met uitlatingen van het kabinet over de woningmarkt met de bedoeling het vertrouwen in de woning-markt te versterken' (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 63-64), is bijzonder vaag en overtuigt daarom evenmin; elk moment gekozen vóór het moment van het persbericht, roept de vraag op: waarom die dag en niet een dag eerder of later? Er zullen ongetwijfeld procedures volgen waarin belastingplichtigen bij wie de verkrijging bijvoorbeeld plaatsvond op 14 juni 2011, met een beroep op het gelijkheidsbeginsel toepassing van het verlaagde tarief eisen.

93 In het *grootwagenpark*-arrest (HR 17 augustus 1998, nr. 33 078, *BNB* 1999/122) achtte de Hoge Raad het gelijkheidsbeginsel geschonden bij de desbetreffende overgangsregeling die voor een beperkte groep – die met een omvangrijk wagenpark – was gecreëerd; er was sprake van: 'een willekeurige bevoordeling van die groep belastingplichtigen.'

4.3.2 *Toetsing fiscaal overgangsrecht*

De EHRM-zaak die door de Hoge Raad tot nu toe als richtinggevend wordt beschouwd voor toetsing van fiscaal overgangsrecht aan artikel 1 EP EVRM, is de zaak M.A.[94] In die zaak was kort samengevat aan de orde dat anticiperend op een aangekondigde wijziging in de Finse belastingwetgeving die zou leiden tot een hogere heffing over voordelen behaald met werknemersopties, sommige belastingplichtigen, waaronder de klagers, hun opties vervroegd uitoefenden (nadat de optiecontracten waren aangepast om dat mogelijk te maken) teneinde toepassing van de nieuwe wetgeving te ontlopen. Naar aanleiding van geruchten over aanpassing van optiecontracten en vervroegde uitoefening werd uiteindelijk door de Finse wetgever besloten om aan de wijziging terugwerkende kracht te verlenen tot de datum van het indienen van het wetsvoorstel, waarbij een uitzondering werd gemaakt voor de '*pure cases*' (de gevallen waarin de opties ook waren uitgeoefend vóór de inwerkingtreding maar waarin de optieovereenkomsten niet waren aangepast). De klagers vielen daarmee toch onder de gewijzigde wetgeving. Niettegenstaande dat het EHRM de klacht van deze klagers (als '*manifestly ill-founded*') niet-ontvankelijk verklaarde, is de motivering van de beslissing interessant gelet op de uitgangspunten ter zake van terugwerkende kracht en de wijze van toetsing van terugwerkende kracht.[95]

Van belang is allereerst dat het EHRM overwoog dat 'retrospective tax legislation is not as such prohibited by' artikel 1 EP EVRM. Vervolgens blijkt wat de toetsingmaatstaf is: de vraag die moet worden beantwoord is 'whether, in the applicants' specific circumstances, the retrospective application of the law imposed an unreasonable burden on them and thereby failed to strike a fair balance between the various interests involved.' Of aan het proportionaliteitsvereiste wordt voldaan 'depends, first, on the reasons for the retroactivity and, secondly, on the impact of the retroactive law on the position of the applicants.' Bij de beoordeling van de proportionaliteit is van belang dat 'a Contracting State, not least when framing and implementing policies in the area of taxation, enjoys a wide margin of appreciation and the Court will respect the legislature's assessment in such matters unless it is devoid of reasonable foundation.'[96]

De beoordeling die de Finse wetgever had gemaakt was naar het oordeel van het EHRM niet 'unreasonable'. Het woog daarbij in het bijzonder mee dat 'the main aim of the retrospective implementing provision was to prevent stock option arrangements, which were originally planned to fall under the amended provision, from escaping it.' Dat ingeval terugwerkende kracht gericht is op het tegengaan van belastingontwijking, niet snel sprake zal zijn van een schending van artikel 1 EP EVRM, komt ook in andere zaken terug.[97]

---

94 EHRM 10 juni 2003, nr. 27793/95, *FED* 2003/604 (*M.A.*).

95 Overigens lijkt ook het EHRM de M.A.-zaak vooralsnog te zien als leidend voor toetsing van terugwerkende kracht in belastingzaken gelet op zijn verwijzingen naar deze zaak in andere zaken; zie bijvoorbeeld EHRM 16 maart 2010, nr. 72638/01 (*Di Belmonte*), alsmede de niet-belastingzaak EHRM 18 mei 2010, nr. 16021/02 (*Plalam S.P.A.*), *AB* 2010, 189.

96 Zie ook EHRM 23 oktober 1997, nrs. 21319/93, 21449/93 en 21675/93 (*National & Provincial Building Society c.s.*), r.o. 80.

97 Vgl. ECRM 10 maart 1981, nr. 8531/79 (*A.B.C. en D.*) en EHRM 23 oktober 1997, nrs. 21319/93, 21449/93 en 21675/93 (*National & Provincial Building Society c.s.*).

Hoewel de zaak *M.A.* erop duidt dat de nationale wetgever inderdaad een ruime beoordelingsruimte wordt gelaten, klinkt in de uitspraak wél door dat terugwerkende kracht van belastingwetgeving onder omstandigheden wel degelijk in strijd kan zijn met artikel 1 EP EVRM. Het EHRM overweegt namelijk dat het niet uitsluit dat de situatie anders was beoordeeld indien de bestreden wet ook van toepassing was geweest op kort gezegd de eerdergenoemde '*pure cases*': 'in such a situation (...) taxation at a considerably higher tax rate than that in force on the date of the exercise of the stock options could arguably be regarded as an unreasonable interference with expectations protected by Article 1 of Protocol No. 1.'

Als gezegd neemt de Hoge Raad de zaak *M.A.* tot uitgangspunt bij de toetsing van terugwerkende kracht; een voorbeeld hiervan en van de nadere invulling is te vinden in het *pc-privéregeling*-arrest.[98]

Behalve voor toetsing van formeel terugwerkende kracht is de zaak *M.A.* ook van belang voor toetsing van materieel terugwerkende kracht c.q. van de afwezigheid van een vorm van eerbiedigende werking. Als gezegd was aan de orde dat de wijziging ook van toepassing was op bestaande optiecontracten. De zaak *M.A.* lijkt in te houden dat materieel terugwerkende kracht niet snel onverenigbaar zal zijn met artikel 1 EP EVRM. Het EHRM stelde namelijk voorop dat de desbetreffende wijziging 'as such certainly fall within this margin [of appreciation; MP] despite the fact that they applied (...) even to existing stock option arrangements' en gaf bovendien daarna nog eens aan 'that the applicants did not have an expectation protected by Article 1 of Protocol No. 1 that the tax rate would, at the time when they would have been able to draw benefits from the stock option programme according to the original terms of the programme (...) be the same as it was (...) when the applicants subscribed the bonds.' De Hoge Raad ontleent aan een en ander zijn uitgangspunt dat het enkele doorkruisen van een bepaalde verwachting die is gebaseerd op het ongewijzigd blijven van de belastingwet, op zichzelf nog geen schending van artikel 1 EP EVRM inhoudt.[99]

De zaak *M.A.* duidt er mijn inziens op dat fiscaal overgangsrecht onder omstandigheden in strijd kan zijn met artikel 1 EP EVRM, maar dat dat niet snel het geval zal zijn omdat aan de nationale wetgever een 'wide margin of apprecation' toekomt en, samenhangend, het niet snel zal voorkomen dat een beoordeling van de wetgever 'devoid of reasonable foundation' is. De opening die artikel 1 EP EVRM biedt aan de rechter om een formeel of materieel terugwerkende kracht van een belastingwet (gedeeltelijk) buiten toepassing te verklaren, is al met al daarom klein. Dit blijkt ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Hoewel belastingplichtigen met regelmaat ageren tegen (formeel of materieel) terugwerkende kracht van belastingwetgeving met een beroep op artikel 1 EP EVRM, heeft de Hoge Raad[100] nog nimmer

98 HR 2 oktober 2009, *BNB* 2011/48.

99 Vgl. HR 1 april 2005, *BNB* 2005/227, HR 10 juli 2009, *BNB* 2009/238 en HR 15 april 2011, V-N 2011/20.7.

100 Zie voor een overzicht Pauwels 2009 (diss.), bijlage D.6, en meer recent M.R.T. Pauwels, 'Belastingen en mensenrechtenverdragen: kroniek 2007-2011', *NJCM-Bulletin* 2011, p. 698-724, paragraaf 3.6.

een dergelijk beroep gehonoreerd.[101] Ook het EHRM toont zich terughoudend bij toetsing van overgangsrecht van een belastingwet aan artikel 1 EP EVRM. De twee (mij bekende) keren dat het EHRM een schending aannam, betrof bijzondere gevallen, waarin naar mij voorkomt niet zozeer de terugwerkende kracht op zichzelf het knelpunt was maar de bijkomende omstandigheden.[102]

4.3.3 Het bijzondere geval van legislatieve interventie

In de rechtspraak van het EHRM heeft zich een bijzondere lijn ontwikkeld ter zake van zogenoemde legislatieve interventie, dat wil zeggen de invoering van een wet die invloed heeft op de uitkomst van een reeds lopende rechterlijke procedure. Deze lijn is in eerste instantie ontwikkeld in het kader van toetsing aan artikel 6 EVRM. Aanvankelijk leek de lijn te zijn dat een dergelijke legislatieve interventie zonder meer ongeoorloofd is. Zo overwoog het EHRM in de Stran Greek Refineries-zaak: 'The principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 (...) preclude any interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of the dispute.'[103] Het heeft er alle schijn van dat de *Building Society c.s.*-zaak[104] – een quasi-belastingzaak[105] – het EHRM heeft doen realiseren dat een dergelijk ogenschijnlijk absoluut verbod te stringent is.[106] Die zaak betrof de reparatie met terugwerkende kracht van een 'gat' in de belastingwetgeving, welke reparatie ook van invloed was op lopende rechterlijke procedures, hetgeen het EHRM sauveerde. Thans is de mogelijkheid van een uitzondering in het toetsingskader gebracht door de toevoeging '– other than on compelling grounds of the general interest –' tussen '(...) the legislature' en 'with the administration of justice [etc]'.[107] Deze nuancering lijkt mij een verbetering, omdat het toetsingskader daarmee meer recht doet aan het beginsel-karakter van de betrokken rechtsnormen. De woorden 'compelling grounds' brengen mee dat ruimte is voor een (belangen)afweging.

Op geschillen inzake belastingheffing is artikel 6 EVRM niet van toepassing.[108] Dat neemt niet weg dat het zojuist geschetste toetsingskader ook voor belastingzaken geldt. Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt namelijk dat dat toetsingskader

---

101 Eén keer is een beroep van een belastingplichtige in een rechterlijke procedure uiteindelijk wel gehonoreerd, zij het niet door de Hoge Raad maar door Hof 's-Gravenhage 21 juli 2006, nr. 04/03463, *NTFR* 2006/1477; zie over die zaak (kritisch) Pauwels 2009 (diss.), bijlage D.6.1.

102 Het betreft de zaak EHRM 23 juli 2009, nr. 30345/05 (*Joubert*) (zie daarover paragraaf 4.3.3 hierna) en de zaak EHRM 16 maart 2010, nr. 72638/01 (*Di Belmonte*); zie daarover Pauwels 2011, paragraaf 3.6.

103 EHRM 9 december 1994, *NJ* 1996, 592 (*Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis*), r.o. 49.

104 EHRM 23 oktober 1997, nrs. 21319/93, 21449/93 and 21675/93 (*National & Provincial Building Society c.s.*). Bij deze uitspraak zocht CBB 4 juni 2008, *AB* 2008, 345, inzake een productschapsheffing, aansluiting.

105 Materieel was een belastingkwestie aan de orde, maar de zaak werd niet als een zuiver belastinggeschil door het EHRM behandeld aangezien artikel 6 EVRM wel van toepassing werd geacht.

106 Vgl. ook annotator AWH in *JB* 1998/1 en P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 592.

107 Bijv. EHRM 28 oktober 1999, *NJ* 2000, 514 (*Zielinski c.s.*), r.o. 57 en EHRM 29 maart 2006, *EHRC* 2006/61 (*Scordino*), r.o. 126.

108 EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98, *BNB* 2005/222 (*Ferrazzini*).

is getransponeerd naar toetsing onder artikel 1 EP EVRM.[109] Dit heeft er kort geleden in de belastingzaak *Joubert* toe geleid dat het EHRM artikel 1 EP EVRM geschonden achtte.[110] Aan de orde was dat een navorderingsaanslag was opgelegd door een onderdeel van de Franse fiscus, dat daartoe in het desbetreffende geval niet bevoegd was. Bij wetswijziging met terugwerkende kracht werd dit bevoegdheidsgebrek – dat zich ook in andere gevallen had voorgedaan – hersteld. Belanghebbenden waren inmiddels echter een rechterlijke procedure gestart, zodat ten aanzien van hen sprake was van een legislatieve interventie in een lopende procedure. Het EHRM achtte geen legitiem doel in het algemeen belang aanwezig acht. Het betrokken belang van FF 1.1 miljard was dat volgens het EHRM niet. Relevant daarvoor was enerzijds de – uit jurisprudentie over artikel 6 EVRM bekende – vooropstelling 'qu'en principe ce seul intérêt financier ne permet pas de justifier l'intervention rétroactive d'une loi de validation' en anderzijds dat de overheid niet had aangevoerd dat dit bedrag een dusdanige invloed op de begroting heeft dat het algemeen belang wordt getroffen. Ik heb overigens twijfels bij deze wijze van toetsing.[111]

Zoals in paragraaf 3.2.3.2 vermeld heeft de belastingwetgever zeer recent een wetswijziging doorgevoerd met een terugwerkende kracht van bijna elf jaar. In het licht van het voorgaande is het opmerkelijk dat in de parlementaire geschiedenis geen aandacht is geschonken aan de vraag of er inmiddels rechterlijke procedures liepen, en evenmin aan de vraag of, zo dat het geval is, hoe de terugwerkende kracht zich verhoudt tot de hiervoor besproken jurisprudentie.

4.4 Toetsing aan het unierechtelijke rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

4.4.1 *Inleiding*

Het Hof van Justitie EU beschouwt het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel als – communautaire en thans – unierechtelijke rechtsbeginselen.[112] Het rechtszekerheidsbeginsel verlangt volgens het Hof van Justitie EU 'dat een regeling waarbij aan de belastingplichtige lasten worden opgelegd, duidelijk en nauwkeurig omschreven is, opdat de belastingplichtige ondubbelzinnig zijn rechten en verplichtingen kan kennen en dienovereenkomstig zijn voorzieningen kan

109 Zie Pauwels 2009 (diss.), bijlage D.5.3.

110 EHRM 23 juli 2009, nr. 30345/05 (*Joubert*).

111 Zoals in Pauwels 2011 opgemerkt, vind ik het, in aanmerking genomen de ruime beoordelingsvrijheid die ter zake geldt en dat het hier om belastingheffing gaat, moeilijk te verklaren dat een budgettair belang niet wordt aangemerkt als een legitiem doel in het algemeen belang. Het zou mijns inziens zuiverder zijn geweest om dat belang wel als zodanig aan te merken en vervolgens het (kennelijk) onvoldoende gewicht ervan pas tot uitdrukking te laten komen bij de evenredigheidstoets.

112 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 22 maart 1961, gevoegde zaken C-42/59 en 49/59 (SNUPAT), HvJ EG 25 januari 1979, zaak C-98/78 (*Racke*), r.o. 20 en HvJ EG 3 mei 1978, zaak C-112/77 (*Töpfer*), r.o. 19. Zie uitgebreid J. Raitio, *The principle of legal certainty in EC law*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers 2003.

treffen.'[113] Het rechtszekerheidsbeginsel moet niet alleen worden geëerbiedigd door de gemeenschapsinstellingen, maar tevens door de lidstaten in de uitoefening van de hun door het gemeenschapsrecht verleende bevoegdheden.[114] Daarmee komt in elk geval de Nederlandse omzetbelastingwetgeving onder het toepassingsbereik van het unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel, nu die wetgeving een implementatie betreft van unieregelgeving. Overgangsrecht bij wijzigingen in de omzetbelastingwetgeving kan daarom worden getoetst aan dat beginsel. In dat kader zijn twee arresten van het Hof van Justitie in het bijzonder van belang, beide betreffende een Nederlandse zaak. Aan de hand van deze twee zaken geef ik de hoofdlijnen van de jurisprudentie weer.[115]

4.4.2 *Toetsing fiscaal overgangsrecht: twee Nederlandse zaken*

Het Hof van Justitie heeft zijn kader voor toetsing van (formeel) terugwerkende kracht van regelgeving uiteengezet in 1979: 'Ofschoon het beginsel van de rechtszekerheid zich in het algemeen ertegen verzet dat een gemeenschapsbesluit reeds voor afkondiging van kracht is, kan hiervan bij wijze van uitzondering worden afgeweken indien dit voor het te bereiken doel noodzakelijk is en het rechtmatige vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht is genomen.'[116]

Uitgangspunt is derhalve dat er geen terugwerkende kracht dient te worden verleend. Terugwerkende kracht kan echter onder voorwaarden toch gerechtvaardigd zijn. Deze voorwaarden zijn dat (a) de terugwerkende kracht noodzakelijk dient te zijn voor het te bereiken doel, en (b) er geen sprake mag zijn van aantasting van gerechtvaardigd vertrouwen van de betrokkenen. Deze voorwaarden gelden ook voor terugwerkende kracht van nationale wetgeving ter uitvoering van unieregels.[117] Overigens is de wijze van afbakening door het Hof van Justitie van het concept terugwerkende kracht niet altijd even duidelijk. In sommige zaken lijkt het een ruime invulling te geven aan het begrip,[118] maar gelet op de zaak Gemeente Leusden lijkt in belastingzaken een meer formeel-technische invulling te worden gehanteerd (zie hierna).

---

113 Bijvoorbeeld HvJ EG 13 februari 1996, zaak C-143/93 (*Van Es*), r.o. 27.

114 Bijv. HvJ EG april 2004, gevoegde zaken C-487/01 en C-7/02, BNB 2004/260 (*Gemeente Leusden/Holin Groep*), r.o. 57.

115 Ik geef de hoofdlijnen weer voor toetsing van overgangsrecht van wijzigingen van *materiële* (belasting)regelgeving. Er is ook jurisprudentie over wijzigingen van (nationale) *procedurele* regelgeving met betrekking tot de situatie waarin de wijziging meebrengt dat een bepaald materieel recht (bijvoorbeeld het recht van aftrek van inkoop-omzetbelasting of het recht op teruggave van in strijd met de regelgeving geïnde belastingen) opeens niet meer kan worden geëffectueerd, bijvoorbeeld als gevolg van inkorting van termijnen. Dergelijke jurisprudentie laat ik onbesproken; zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 2002, FED 2002/608 (*Marks & Spencer*) en HvJ EU 30 juni 2011, zaak C-262/09, V-N 2011/36.13 (*Meilicke (II)*).

116 HvJ EG 25 januari 1979, zaak C-98/78 (*Racke*), r.o. 20 en HvJ EG 25 januari 1979, zaak C-99/78, NJ 1980, 2 (*Decker*), r.o. 8.

117 Bijv. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-459/02 (*Gerekens*), r.o. 23-24.

118 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 1991, C-386/89 (*Crispoltoni*), r.o. 17 (maar in HvJ EG 17 september 1998, C-372/96 (*Pontillo*), r.o. 25-29 weer beperkter in een op het oog vergelijkbare situatie). Zie over de onduidelijkheid ook T. Tridimas, *The general principles of EC law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 266.

De zaak *Stichting Goed Wonen II* betrof een geval van 'wetgeven per persbericht'. Het Hof van Justitie start in zijn arrest met het schetsen van het evenvermelde kader voor terugwerkende kracht. Vervolgens blijkt dat het Hof van Justitie het tegengaan van 'aankondigingseffecten' accepteert als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor het verlenen van terugwerkende kracht:

> 'Deze vrees [MP: dat financiële constructies op grote schaal in het leven zouden worden geroepen tussen het tijdstip waarop tot een wetswijziging was besloten en het tijdstip waarop die wijziging in werking zou treden] lijkt niet ongefundeerd en de voorkoming van dergelijke constructies kan een algemeen belang vormen dat er een rechtvaardiging voor vormt dat een lidstaat uitzonderlijkerwijs de techniek van de terugwerkende kracht van een wet hanteert mits het gewettigd vertrouwen van de belastingplichtigen naar behoren in acht wordt genomen.' (r.o. 39).

Het Hof geeft daarbij echter wel aan dat het risico dat in de tussentijd financiële constructies worden opgezet, voldoende groot dient te zijn; het is aan de nationale rechter om dat te beoordelen. In de nationale procedure heeft de Hoge Raad[119] relatief uitgebreide vragen gesteld aan de Staatssecretaris – als procespartij – over de kwesties of met betrekking tot de bestreden constructies van een dergelijk risico sprake was, en of, indien dit het geval is, dit risico voldoende groot was. Ofschoon de reactie van de Staatssecretaris naar mij voorkomt weinig additionele onderbouwing bevatte (ten opzichte van hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van het desbetreffende wetsvoorstel was opgemerkt), achtte de Hoge Raad het aangevoerde 'steekhoudend'. Dit valt mijns inziens te billijken enerzijds omdat het voor zowel de wetgever (vooraf) als de rechter (achteraf) moeilijk is een inschatting te maken over de hypothetische situatie waarin de wetswijziging wel zou worden respectievelijk zijn aangekondigd maar dan zonder de aankondiging van de terugwerkende kracht ervan. Veelal zal het dan ook moeilijk zijn om met harde cijfers aankondigingseffecten te onderbouwen. Het komt dan aan op 'gezondverstandredeneringen'.

Het belang van zaak *Stichting Goed Wonen II* is naar mijn mening in het bijzonder gelegen in het oordeel van het Hof van Justitie over de vraag of het 'rechtmatige vertrouwen in acht is genomen'. De A-G Tizzano had namelijk die vraag ontkennend beantwoord, en wel met een motivering waarin in feite het instrument 'wetgeven per persbericht' ten principale ter discussie wordt gesteld en wordt afgewezen. De A-G stelde onder meer:

> '38. (...) enkele lidstaten [hebben] de gewoonte om op wettelijke bepalingen vooruit te lopen via persberichten die bedoeld zijn om degenen tot wie de wet is gericht, tijdig te waarschuwen. Mij dunkt echter (...) dat de strekking van een dergelijke praktijk niet kan worden veralgemeend in de context van een gemeenschappelijke markt waarop alle Europese marktdeelnemers optreden en waarop de normalerwijze gevolgde praktijk zich veeleer laat leiden door het beginsel dat de gedragingen van de burgers zich richten naar en worden bepaald door wetten in plaats van persberichten. Kortom, (...)

119 HR 14 december 2007, BNB 2008/37.

bijzondere praktijken van enkele lidstaten [kunnen] in het gemeenschapskader niet de zienswijze rechtvaardigen dat particulieren in het algemeen, en belastingplichtigen in het bijzonder, meer geloof hechten aan persberichten dan aan het geldende recht.
39. Daarbij komt nog dat, zoals in het onderhavige geval nu juist is gebeurd, de in algemene termen in een persbericht aangekondigde regels, nadien met hun concrete inhoud en met hun daadwerkelijke strekking pas gekend worden nadat het desbetreffende wetsontwerp bij het Parlement is ingediend, en dat hoe dan ook in de loop van de parlementaire behandeling (...) vele wijzigingen op de regels kunnen worden aangebracht.'[120]

Het Hof van Justitie volgde de A-G echter niet, maar toonde zich wel gevoelig voor het kenbaarheidsargument:

'43. Daar het in casu om een nationale regeling gaat, moet voor de concrete beoordeling of het gewettigd vertrouwen van de met deze regeling beoogde marktdeelnemers naar behoren in acht is genomen, rekening worden gehouden met de informatiemethoden die normaliter worden gebruikt in de lidstaat die deze regeling heeft vastgesteld, en met de omstandigheden van het concrete geval.
44. Blijkens het verwijzingsarrest heeft de Staatssecretaris van Financiën bij de perscommuniqués van 31 maart en 3 april 1995 officieel aangekondigd dat de ministerraad het voornemen had om (...) een voorstel tot wijziging van de Wet OB 1968 (...) in te dienen, en om de wijzigingswet op 31 maart 1995, om 18.00 uur in werking te laten treden. Het staat echter aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze teksten voldoende duidelijk waren om een marktdeelnemer die economische handelingen verricht zoals die waarop de wet doelt, in staat te stellen te begrijpen wat de gevolgen van de voorgenomen wetswijziging zouden zijn voor zijn handelingen.'

Het Hof van Justitie wijst het 'wetgeven per persbericht' derhalve – mijns inziens terecht (vgl. paragraaf 5.3.2) – niet in zijn algemeenheid af, maar hecht wel veel belang aan de duidelijkheid van het persbericht (zie over dat aspect paragraaf 5.3.4 hierna). In de nationale procedure kwam de Hoge Raad uiteindelijk ook op dit punt tot een gunstig oordeel voor de fiscus, waarbij hij relevant achtte dat belanghebbende had gebruikgemaakt van een professionele belastingadviseur.[121]

Het Hof van Justitie toetst niet alleen (formeel) terugwerkende kracht van regelgeving aan de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. Ingeval regelgeving onmiddellijke werking heeft, kan ook die onmiddellijke werking, althans het ontbreken van een overgangsregel, worden getoetst aan het vertrouwensbeginsel.[122]

---

120 In zijn conclusie voor de eerdere zaak HvJ EG 29 april 2004, gevoegde zaken C-487/01 en C-7/02, BNB 2004/260 (*Gemeente Leusden/Holin Groep*) had de A-G zich ook reeds kritisch getoond over de betekenis van persberichten bij de beoordeling of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen; zie onderdeel 89 en onderdelen 128-129 van de conclusie.

121 HR 14 december 2007, BNB 2008/37.

122 Bijv. HvJ EG 5 oktober 1993, zaak C-13-16/92 (*Driessen c.s.*), r.o. 30-35, HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-183/95 (*Affish BV*), r.o. 57 en HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-37-38/02 (*Di Lenardo en Dilexport*), r.o. 67-72. Vgl. ook Raitio 2003, p. 187-190 en Tridimas 2006, p. 266-267.

Omdat daarbij soms ook wordt getoetst of er een rechtvaardiging in het algemeen belang is voor het achterwege laten van een overgangsregel,[123] kan de toetsing van onmiddellijke werking gelijkenissen vertonen met die van terugwerkende kracht.[124]

De zaak *Gemeente Leusden*[125] betrof materieel terugwerkende kracht van bepalingen uit dezelfde reparatiewetgeving die in de zaak *Stichting Goed Wonen II* aan de orde was. Zeer kort en fiscaal onzuiver gezegd bracht de reparatiewetgeving voor de belanghebbende mee dat een eerder genoten belastingvoordeel (aftrek van BTW) de facto werd teruggenomen ('herzien') als gevolg van de onmiddellijke werking van de reparatiewetgeving zonder overgangsregel. Het Hof van Justitie constateert dat er geen sprake is van terugwerkende kracht. Dit duidt op een meer formele dan materiële opvatting van terugwerkende kracht en betekent een afwijking van de opvatting van A-G Tizzano, die had gesteld dat er sprake is van terugwerkende kracht. Het Hof overweegt vervolgens eerst in het algemeen dat een wetswijziging die in overeenstemming met de desbetreffende richtlijn is vastgesteld, niet als onvoorzienbaar kan worden aangemerkt; in zoverre wordt er daarom geen gerechtvaardigd vertrouwen geschonden. Vervolgens toetst het Hof van Justitie nogmaals aan het vertrouwensbeginsel, maar dan specifiek met betrekking tot het ontbreken van een overgangsmaatregel voor belastingplichtigen die waren gebonden aan reeds lopende overeenkomsten:

> '70. (...) niet uitgesloten [is echter] dat de nationale wetgever deze heeft geschonden waar hij zonder rekening te houden met een *bescherming verdienend gewettigd vertrouwen* bij de belastingplichtige, *terwijl het te bereiken doel dit niet vereiste* het recht om voor belastingheffing over de verhuur van onroerende goederen te kiezen, plotseling en op niet voorzienbare wijze heeft afgeschaft zonder de belastingplichtigen die op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet door reeds lopende overeenkomsten waren gebonden, de nodige tijd te geven om zich aan de nieuwe wetgeving aan te passen. (cursivering MP)'

Hoewel het Hof van Justitie constateerde dat er geen sprake was van terugwerkende kracht, vertoont de in deze passage opgenomen toets enige verwantschap met die voor terugwerkende kracht. Het Hof concludeert uiteindelijk dat niet gebleken is dat de reparatiewetgeving moet worden aangemerkt als een maatregel die verder gaat dan hetgeen het doel ervan vereiste, en evenmin als een maatregel waarmee het gewettigd vertrouwen van de belastingplichtigen is geschonden. Uit de daaraan voorafgaande motivering blijkt dat het Hof voor beide oordelen een belangrijke

---

123 Vgl. HvJ EG 26 juni 1990, zaak C-152/88 (*Sofrimport*), r.o. 18 en GvEA 21 februari 1995, zaak T-472/93 (*Campo Ebro*), r.o. 52.

124 Vgl. Tridimas 2006, p. 266-267, alsmede Raitio 2003, p. 190: 'it seems that there are no longer any real differences between material en true retroactivity from the point of view of the conditions justifying retroactivity.'

125 HvJ EG 29 april 2004, gevoegde zaken C-487/01 en C-7/02, BNB 2004/260 (*Gemeente Leusden/Holin Groep*).

factor was dat de wijziging gericht was op het tegengaan van 'belastingontwijking-constructies'.[126] Het Hof overwoog onder meer:

> '79. Wat belastingontwijking betreft, ook al kan een belastingplichtige volgens het recht van een lidstaat niet worden verweten dat hij heeft geprofiteerd van een bepaling of een leemte in de wet waardoor hij minder belasting heeft moeten betalen zonder dat er echter sprake is van misbruik, toch kan de afschaffing van de regeling waarvan de BTW-plichtige heeft geprofiteerd, als zodanig geen schending van een op het gemeenschapsrecht gebaseerd gewettigd vertrouwen vormen.'

126 Het Hof woog ook mee dat per persbericht van 31 maart 1995 de voorgenomen wetswijziging was aangekondigd; de partijen bij een overeenkomst hadden derhalve een termijn om overleg te plegen over de consequenties van de wetswijziging.

5 Capita selecta – evaluatie

5.1 Inleiding

In dit onderdeel van deze bijdrage onderwerp ik enige overgangsrechtelijke onderwerpen aan een evaluatie. Gekozen is voor betrekkelijk algemene – niet fiscaal-technische – onderwerpen, waarvan het belang zich uitstrekt tot buiten het belastingrecht. Verder zijn sommige onderwerpen gekozen wegens hun actuele relevantie, zoals de gang van zaken bij de rechten inzake identiteitskaarten (paragraaf 5.4) en de terugwerkende kracht van de (tijdelijke) verlaging van de overdrachtsbelasting (paragraaf 5.7). Voor de evaluatie maak ik gebruik van resultaten en inzichten die het onderzoek voor mijn proefschrift hebben opgeleverd. Mede omwille van de omvang van deze bijdrage bespreek ik die resultaten en inzichten hier niet afzonderlijk, maar maak ik er gebruik van bij de behandeling van de onderwerpen. Het is echter wel goed om in het kort de rode draad van mijn onderzoek te vermelden.

Kernpunt van mijn onderzoek is dat het bij fiscale overgangsrechtsvorming en bij toetsing van overgangsrecht steeds om (de toetsing van) een belangenafweging gaat. Dat geldt ook ter zake van terugwerkende kracht. Het standpunt dat in het fiscale recht een absoluut verbod van terugwerkende kracht zou moeten gelden, dient te worden verworpen, omdat het geen recht doet aan het beginsel-karakter van het rechtszekerheidsbeginsel. Niettegenstaande dat er in een concreet wetgevingsgeval meer belangen betrokken zijn, spelen bij overgangsrechtsvorming in elk geval drie belangen een grote rol: het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het belang dat met de nieuwe regeling c.q. wijziging is gediend. Deze belangen wijzen *prima facie* niet in dezelfde richting. De rechtszekerheid pleit tegen terugwerkende kracht en vóór het verlenen van eerbiedigende werking. Het belang dat met de nieuwe regeling is gediend, is juist gebaat bij een zo groot mogelijk toepassingsbereik van de nieuwe regeling. Dat belang pleit derhalve tegen eerbiedigende werking en onder omstandigheden vóór terugwerkende kracht. Het gelijkheidsbeginsel pleit voor een gelijke behandeling van gelijke rechtsfeiten die zich op een zelfde moment voordoen. Dit impliceert dat van het gelijkheidsbeginsel een argument uitgaat tegen eerbiedigende werking, nu die immers juist tot een ongelijke behandeling leidt. Het perspectief van deze drie belangen laat zien dat sprake is van een spanningsveld. Vanuit dat spanningsveld bezien, zijn de algemeen aanvaarde overgangsrechtelijke uitgangspunten van onmiddellijke werking (zonder eerbiedigende werking) en geen terugwerkende kracht te beschouwen als resultaten van de voorlopige afweging van de voornoemde belangen. Deze uitgangspunten zijn te conceptualiseren als *voorrangsbeginselen*. Het element 'voorrang' betreft dat in het desbetreffende uitgangspunt besloten ligt dat het ene belang voorrang verleent aan het andere; bij het uitgangspunt van geen terugwerkende kracht heeft het

rechtszekerheidsbeginsel voorrang, terwijl bij het uitgangspunt van onmiddellijke werking het rechtszekerheidsbeginsel voorrang verleent aan het gelijkheidsbeginsel en het belang dat met de nieuwe regeling is gediend. Het element 'beginsel' ziet erop dat geen sprake is van harde regels maar dat de uitgangspunten *prima facie* afwegingsresultaten zijn; in een concreet wetgevinggeval kunnen de omstandigheden zodanig zijn dat de afweging anders uitvalt. De vraag onder welke omstandigheden dat aan de orde is, valt moeilijk in abstracto te beantwoorden. In aanmerking genomen de diverse rechtsbronnen is duidelijk dat het concept 'gerechtvaardigde verwachtingen' daarbij een belangrijke rol speelt: (1) wanneer dat niet tot schending van gerechtvaardigde verwachtingen leidt, kan terugwerkende kracht gerechtvaardigd zijn, en (2) wanneer onmiddellijke werking zou leiden tot schending van gerechtvaardigde verwachtingen, is in beginsel (een vorm van) eerbiedigende werking op haar plaats. Echter, het concept gerechtvaardigde verwachtingen is een bijzonder lastig te hanteren concept (zie kort paragraaf 3.3.1). Uitgebreide analyse van concrete overgangswetgeving, parlementaire geschiedenis, wetgevingsadvisering door de Raad van State, jurisprudentie van de Hoge Raad, het Hof van Justitie en het EHRM, en literatuur leert evenwel dat er omstandigheden zijn aan te wijzen die algemeen als relevant worden gevonden voor fiscale overgangsrechtsvorming. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in een *omstandighedencatalogus*, die gebruikt kan worden bij vorming en toetsing van (fiscaal) overgangsrecht.[127]

5.2 Terminologie

5.2.1 *Voorstel aanpassing Aanwijzing voor de regelgeving*

Uit paragraaf 2.2 volgt dat de overgangsrechtelijke begrippen aan zuiverheid winnen door een scherper onderscheid te maken tussen enerzijds begrippen die betrekking hebben op het toepassingsbereik in de tijd (terugwerkende kracht, onmiddellijke werking en uitgestelde werking) en anderzijds de begrippen eerbiedigende werking en exclusieve werking. De Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) maken dat onderscheid onvoldoende scherp, waardoor de begrippen op zichzelf niet voldoende zuiver zijn omschreven. Hoewel dat ook geldt voor de begrippen onmiddellijke werking en exclusieve werking,[128] behoeven vooral de begrippen eerbiedigende werking en uitgestelde werking naar mijn mening – die is beïnvloed door het werk van Knigge[129] – herpositionering in de Ar:

127 In deze catalogus zijn onder meer de volgende omstandigheden opgenomen: voorzienbaarheid wijziging, dispositie belastingplichtigen, grensverkenning belastingplichtigen, reactieve en proactieve zorgplicht wetgever, consistentie, bijzonderheden oude regel (omissie, onduidelijkheid, beleidsmatige regel, termijn in de regel, uitdrukkelijke standpuntbepaling, regel op terrein waarbij langetermijnplanning van groot belang is), mogelijkheid tot aanpassing, hoogte nadeel, aard nadeel (dispositienadeel; '*windfall profit*'), en compensatie.

128 Zo worden deze begrippen ten onrechte als synoniemen gezien (vgl. toelichting op Aanwijzing 166: 'Onmiddellijke werking (ook wel genoemd: exclusieve werking) (...)').

129 Knigge 1984, p. 87-88.

– *Eerbiedigende werking*. In de Ar wordt dit begrip vooral gepositioneerd als tegenhanger voor onmiddellijke werking.[130] Dat is om twee redenen onzuiver. Ten eerste is onmiddellijke werking een werkingsregel die ziet op het temporele toepassingsbereik, terwijl eerbiedigende werking meebrengt dat bepaalde feiten die op zichzelf *binnen* het – door een werkingsregel bepaalde – temporele toepassingsbereik vallen, nochtans (gedeeltelijk) van de werking van de nieuwe regel worden uitgezonderd. Ten tweede is de koppeling van eerbiedigende werking aan onmiddellijke werking in die zin misleidend dat de vraag of er aanleiding is om eerbiedigende werking te verlenen zich ook voordoet wanneer een wet terugwerkende kracht (of uitgestelde werking) heeft.
– *Uitgestelde werking*. Aanwijzing 169 handelt onder meer over uitgestelde werking: 'Een nieuwe regeling kan een daarvoor geldende regeling blijvend (eerbiedigende werking) of voor een bepaalde periode (uitgestelde werking) van toepassing laten op nader aangeduide feiten of verhoudingen.' Deze omschrijving van uitgestelde werking betreft echter in wezen de *tijdelijke eerbiedigende werking*. De grondvorm van uitgestelde werking is daarentegen dat het aanvangsmoment van het toepassingsbereik in het geheel gelegen is ná de inwerkingtreding van de wet waarin de desbetreffende regel is opgenomen, waardoor ook 'nieuwe gevallen' in de periode tussen de inwerkingtreding en dat aanvangsmoment nog niet onder het toepassingsbereik vallen.

Tot slot merk ik in verband met terugwerkende kracht op dat de in de Ar gebruikte bewoordingen dat alleen 'in uitzonderlijke gevallen' terugwerkende kracht wordt verleend aan belastende regelingen, naar mij voorkomt niet volledig recht doet aan de werkelijkheid van de fiscale wetgevingspraktijk (zie paragraaf 3.2.3).

5.2.2 *(On)zuiver gebruik van overgangsrechtelijke termen*

Overgangsrecht wordt vaak als een complex onderdeel van het recht gezien. Dat komt niet in de laatste plaats doordat een grote variëteit aan overgangsrechtelijke termen bestaat en dat sommige van deze termen niet zelden op verschillende manieren worden gebruikt.[131] Juist omdat overgangsrecht een lastige aangelegenheid is, is zuiverheid en consistentie bij het gebruik van overgangsrechtelijke termen een 'must'. Voor wetgevingsjuristen houdt dat in dat zij moeten uitgaan van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Veelal gebeurt dat ook, maar soms doen zich ongelukjes voor. Van zo'n ongelukje was recentelijk sprake bij een situatie waarin het instrument van 'wetgeving per persbericht' werd ingezet. Juist in zo'n geval is van belang dat het persbericht zo duidelijk mogelijk is (zie paragraaf 5.3.4). Het desbetreffende

130 Vgl. (de toelichting op) Aanwijzing 166 en 169. Vgl. ook de Notitie Staatssecretaris 1996.
131 Berucht is ook de wijze van het gebruik van de termen '*retrospective*' en '*retroactive*' in Engelstalige landen en instituten. Sommigen gebruiken de term '*retroactive*' voor wat hier 'formeel terugwerkende kracht' wordt genoemd en de term '*retrospective*' voor wat hier 'materieel terugwerkende kracht' wordt genoemd; anderen gebruiken de termen precies andersom en niet zelden worden de termen door elkaar gebruikt.

persbericht was evenwel onzuiver, aangezien de eerste en derde zin van de volgende passage uit dat persbericht strikt genomen tegenstrijdig zijn:

> 'Het gaat om de valutawinsten *die opkomen na het tijdstip van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel*. De zogeheten compartimenteringsarresten zullen dan ook niet van toepassing zijn. Hierdoor zullen eveneens de valutawinsten die zijn toe te rekenen aan de periode voorafgaand aan het uitbrengen van dit persbericht maar die daarna opkomen in de heffing worden betrokken.'[132]

Uitgaande van een juiste opvatting over de termen houdt de eerste zin, gelet op de door mij gecursiveerde passage in dat de bedoelde valutawinsten die opkomen na de *inwerkingtreding* van de wet, in de heffing worden betrokken. Gelet op de derde zin en de strekking van het gehele citaat is het echter de bedoeling dat (na de inwerkingtreding) ook reeds de valutawinsten die zijn gerealiseerd *ná het moment van het persbericht* – het moment waarnaar de voorgestelde wet terugwerkt – in de heffing worden betrokken. Uitgaande van dit laatste getuigt de gecursiveerde passage dus van een onjuiste opvatting over de betekenis van terugwerkende kracht voor de inwerkingtreding. De passage gaat er immers kennelijk van uit dat de terugwerkende kracht de inwerkingtreding beïnvloedt en wel in die zin dat deze wordt verschoven naar het verleden, te weten – in dit geval – het moment van het persbericht. Dat is echter onjuist: de inwerkingtreding wordt niet beïnvloed door en staat los van de terugwerkende kracht (zie paragraaf 2.2), hetgeen toch ook voldoende blijkt uit de AvdR.[133] Vergelijk in dit verband ook artikel 88 Grondwet: '[wetten] treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt', alsmede de parlementaire geschiedenis van de Bekendmakingswet.[134] Overigens gaf het persbericht inzake de recente reparatiewetgeving met betrekking tot heffing van rechten voor identiteitskaarten ook blijk van dezelfde onjuiste rechtsopvatting over de verhouding tussen terugwerkende kracht en de inwerkingtreding.[135]

---

132 <www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/04/08/wijziging-van-de-behandeling-van-valutaresultaten-op-deelnemingen-in-de-vennootschapsbelasting.html>. Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 IXB, nr. 18.

133 Vgl. Aanwijzing 167, onderdeel 2: 'Door het verlenen van terugwerkende kracht aan een regeling worden de in die regeling voorziene rechtsgevolgen gerekend te zijn ingetreden vanaf een nader aangeduid *tijdstip voorafgaande aan de inwerkingtreding* van die regeling' (curs. MP). Vgl. ook Aanwijzing 168.

134 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 583, nr. 3, p. 2 en 6: 'Het enige dwingende aspect in dezen ligt in de Grondwet: daarin is bepaald dat de inwerkingtreding niet kan plaatsvinden voor de bekendmaking. Daarvan moet wel worden onderscheiden de mogelijkheid om aan een regeling terugwerkende kracht te geven; (...).(...)
De bepaling dat een regeling pas in werking kan treden nadat zij is bekendgemaakt, betekent dat de rechtsgevolgen van de regeling pas na de bekendmaking kunnen intreden. (...) wanneer nu aan de regeling terugwerkende kracht wordt gegeven tot een bepaalde datum, leidt dat ertoe dat de rechtsgevolgen van de regeling tevens kunnen worden verbonden aan de feiten die hebben plaatsgevonden tussen die bepaalde datum en de datum van bekendmaking.'

135 <www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/09/21/identiteitskaart-gaat-weer-geld-kosten.html>: 'Indien de wet door het parlement wordt aanvaard, zal deze *met terugwerkende kracht in werking treden met ingang* van 22 september 2011' (curs. MP). De tekst van het wetsvoorstel zelf (alsmede de uiteindelijke wet) was overigens wél zuiver op dit punt; Wet van 13 oktober 2011, *Stb.* 2011, 440.

Een dergelijke onjuiste rechtsopvatting ziet men soms ook in de rechtspraak terugkomen.[136] Een andere fout die soms door rechters wordt gemaakt, is dat indien aan een wet terugwerkende kracht wordt verleend tot de datum van indiening van het wetsvoorstel of de datum van het persbericht waarbij de wetswijziging met terugwerkende kracht wordt aangekondigd, dit – ten onrechte – niet aangemerkt wordt als terugwerkende kracht. Zo overwoog Hof 's-Hertogenbosch:

> 'Wat het tijdselement betreft, is bij de regeling zoals die met ingang van 27 juni 2000 kwam te luiden, eveneens geen sprake van terugwerkende kracht. In dit verband merkt het Hof op dat de wetgever heeft besloten de wijziging te laten ingaan per 27 juni 2000, de datum van indiening van het betreffende wetsvoorstel bij de Tweede Kamer.' [137]

De wet waarbij de desbetreffende wijziging had plaatsgevonden (*Stb.* 2000, 567) liet nochtans niets aan duidelijkheid te wensen over op dit punt: 'Artikel XII werkt terug tot en met 27 juni 2000'. Een dergelijke onjuiste rechtsopvatting over het concept terugwerkende kracht zou tot gevolg kunnen hebben dat de rechter ten onrechte een zich voordoende terugwerkende kracht niet of aan de onjuiste maatstaf toetst. Daarmee is tegelijk een belang van het zuiver gebruik van overgangsrechtelijke termen genoemd.

5.3 'Wetgeven per persbericht'

5.3.1 *Inleiding*

Zoals hiervoor (paragraaf 3.2.1 en 3.2.3.1) gezien, maakt de Staatssecretaris regelmatig gebruik van het instrument van 'wetgeven per persbericht'. Hoewel dat instrument ook op andere rechtsgebieden wel eens wordt ingezet,[138] lijkt het vooral een fiscaal fenomeen. Het fenomeen is niet beperkt tot Nederland; ook in veel andere

---

136 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2007, nr. 06/0070, betreffende een wet waaraan terugwerkende kracht was verleend: '4.6. Het hof stelt voorop, dat het in beginsel is toegestaan dat een wet in formele zin haar datum van inwerkingtreding kan bepalen op een tijdstip gelegen vóór dat van haar bekendmaking. (...)', en Hof Leeuwarden 17 juni 2003, nr. 1668/02, *V-N* 2003/48.11, r.o. 5.8 en 5.13.

137 Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2003, nr. 02/02658, *V-N* 2004/21.12. Ter zake van diezelfde wet ging Hof Leeuwarden 17 juni 2003, nr. 1668/02, *V-N* 2003/48.11, van dezelfde onjuiste rechtsopvatting uit.

138 Bijvoorbeeld in het sociale zekerheidsrecht (zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 862, A, p. 6 en de wetgeving aan de orde in CRvB 11 september 2007, *JB* 2007/213) en agrarisch recht (zie bijvoorbeeld de wetgeving aan de orde in ABRvS 20 november 2002, *AB* 2003, 59 en daarover de annotatie van JV).

landen wordt (een vorm van) het instrument in het belastingrecht gebruikt,[139] zij het dat de mate lijkt te verschillen (lees: relatief vaker in Angelsaksische landen[140]).

Met de term 'wetgeven per persbericht'[141] wordt gedoeld op de situatie waarin eerst per persbericht door de regering wordt aangekondigd dat een wetsvoorstel is (of zal worden) ingediend dat voorziet in terugwerkende kracht tot de datum van dat persbericht, waarna uiteindelijk – na de parlementaire behandeling en aanvaarding – aan de wet terugwerkende kracht wordt verleend tot die datum.[142] De term 'wetgeven per persbericht' is uiteraard juridisch gezien onzuiver; er wordt immers niet daadwerkelijk wetgegeven per persbericht. Het wetgeven zelf gebeurt pas daarna. Toch is het begrijpelijk dat term wordt gebruikt: burgers worden in wezen geacht af te gaan op het persbericht om de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorspellen.

Er zijn grofweg twee varianten van het 'wetgeven per persbericht' te onderscheiden. Bij de eerste wordt een persbericht uitgevaardigd *voordat* het wetsvoorstel is ingediend of openbaar is gemaakt, in welk geval burgers derhalve voor de inhoud van de aangekondigde wijziging aangewezen zijn op de inhoud van het persbericht. Bij de tweede variant gebeurt het uitvaardigen van het persbericht tegelijk met de indiening van het wetsvoorstel (of bijvoorbeeld een nota van wijziging) bij de Tweede Kamer, in welk geval burgers voor de inhoud van de aangekondigde wijziging derhalve ook het wetsvoorstel zelf kunnen raadplegen. Ik kom op deze varianten terug in paragraaf 5.3.4.

5.3.2 *Eigen opvatting over 'wetgeven per persbericht'*

Toen destijds het gebruik van het instrument van 'wetgeven per persbericht' in opkomst was, heeft in de Nederlandse belastingrechtliteratuur met name Geppaart (felle) kritiek geuit op dit instrument.[143] Geppaart stelde onder meer 'het gaat er

---

139 Zie voor Europese landen, de VS en Canada het *general report* van Gribnau en Pauwels 2012 en de daarbij behorende landenrapporten. Daarnaast ook bijvoorbeeld Nieuw-Zeeland (zie P. Quirke, 'Taxing by proclamation: legislating by media release and the rule of law', *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy* 2006, p. 271-29). In Zweden is er zelfs een grondwettelijke basis voor, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Het betreft artikel 10 van hoofdstuk 2 van the Instrument of Government (*Regeringsformen* (1974:152)); zie over die bepaling het *national report* over Zweden van Peter Melz, Anders Hultqvist en Katarina Fast in Gribnau/Pauwels-EATLP 2012,

140 Vgl. A. Harper, 'Tax post facto', *British tax review* 2006, p. 395 voor Groot-Brittanië, die erop wijst dat het verlenen van terugwerkende kracht tot en met de dag voor de 'Budget speech' (of een andere aankondiging) een gebruik in belastingwetgeving is sinds ten minste 1915, en T.E. McDonnel, 'Retroactivity: policiy and practise', in: *Report of proceedings of the fifty-eighth tax conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation 2007, p. 2:2 voor Canada, die over een 'tradition' spreekt.

141 Vgl. '*government by media release*' (J.E. Fisch, 'Retroactivity and legal change: an equilibrium approach', *Harvard Law Review* 1997, p. 1079) en '*legislation by press release*' (C. Sampford, *Retrospectivity and the rule of law*, Oxford: Oxford university press 2006, p. 156).

142 Opmerking verdient dat het soms ook voorkomt dat van een persbericht wordt gebruik gemaakt om de reikwijdte van eerbiedigende werking te beperken. Alleen de gevallen die voor het moment van uitvaardigen van het persbericht reeds bestonden, vallen dan onder de eerbiedigende werking. Zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 11.5.7.

143 Ch.P.A. Geppaart, 'De rol van de wetgever in belastingzaken', in: Ch.P.A. Geppaart (red.), *Macht en onmacht van de wetgever*, Deventer: Kluwer 1978, p. 110-111. Kritisch voorts bijvoorbeeld

niet om of men met een dergelijke aankondiging rekening kan houden, maar of men dat behoort te doen.'[144] Dit ligt dicht aan tegen de hiervoor in paragraaf 4.4.2 weergegeven visie van A-G Tizzano ruim twintig jaar later in de zaak *Stichting Goed Wonen II*. Zoals gezien volgde het Hof van Justitie zijn A-G niet. Ik kan me daarin vinden. Niettegenstaande dat het instrument niet te gemakkelijk dient te worden ingezet omdat er inderdaad bezwaren aan zijn verbonden (zie paragraaf 5.3.3), meen ik dat het instrument niet ten principale afgewezen dient te worden omdat het kan zorgen voor een evenwichtige balans tussen het algemeen belang en de rechtszekerheid van burgers. Wanneer bijvoorbeeld het risico op aanmerkelijke aankondigingseffecten aanwezig is, zorgt inzet van het instrument ervoor enerzijds dat aankondigingseffecten worden voorkomen althans geen eroderend gevolg hebben voor de werking van de nieuwe regel en anderzijds dat de rechtszekerheid in die zin niet te zeer wordt aangetast dat de burger zowel gewaarschuwd is dat de bestaande regeling wordt gewijzigd als geïnformeerd is over de inhoud van de vermoedelijk nieuwe regeling.

5.3.3 Bezwaren

Ofschoon ik meen dat het instrument van 'wetgeven per persbericht' niet ten principale dient te worden afgewezen, dient de regering c.q. Staatssecretaris naar mijn mening wel terughoudendheid te betrachten met de inzet ervan. Er zijn namelijk verschillende bezwaren aan verbonden.[145]

Een eerste bezwaar dat wel wordt aangevoerd is dat de techniek van het 'wetgeven per persbericht' geen (grond)wettelijke status heeft.[146] Ofschoon dat niet ontkend kan worden, lijkt mij dit bezwaar niet het meest zwaarwegende, nu de techniek evenmin in strijd komt met een (grond)wettelijke bepaling. Uiteindelijk kan pas daadwerkelijk worden geheven indien het wetsvoorstel de parlementaire eindstreep heeft gehaald en de terugwerkende kracht in dat geval dus parlementaire instemming heeft. In dat opzicht is er geen sprake van strijd met bijvoorbeeld artikel 104 Gw, waarin het fiscale legaliteitsbeginsel is neergelegd.[147]

H. Prast, *Terugwerkende kracht op het gebied van belastingwetgeving*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 150, Deventer: Kluwer 1978, p. 12 en 18-20.

144 Geppaart 1978, p. 111. Vgl. ook H. Prast, 'Terugwerkende kracht en belastingen', *Weekblad voor fiscaal recht* 1979, p. 1189. Vergelijk ook de Belgische rechter die spreekt over 'het louter informatie karakter en het gebrek aan bindende kracht' van een aankondiging van een wetswijziging in het Belgische Staatsblad (Arbitragehof 23 juni 2004, nr. 109/2004, r.o. B.18).

145 Ik behandel niet alle bezwaren; zie uitgebreider Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 11.5.3. Zie voorts Johanna Hey, 'Legislation by press release. The role of announcements in the debate about retroactive tax legislation,' in: Gribnau/Pauwels-EATLP 2012.

146 Vgl. Geppaart 1978, p. 110-111 en Prast 1979, p. 1189. Zie bijvoorbeeld ook de Raad van State in een concreet wetgevingsgeval: 'Er is derhalve niet alleen sprake van terugwerkende kracht, maar bovendien is deze gekoppeld aan een in het wetgevingsproces zoals dat door de grondwetgever is vastgesteld niet relevante zaak, te weten een persbericht na afloop van een kabinetsvergadering' (*Kamerstukken II* 1987/88, 20 648, A, p. 1).

147 Let wel, indien de voorgestelde wet al wordt toegepast voordat zij in werking is getreden, is wel sprake van strijd met het legaliteitsbeginsel; zie paragraaf 5.4.

Een tweede, zwaarwegender, bezwaar is dat de rechtszekerheid inherent in het geding is. Het persbericht kan immers niet wegnemen dat er (een periode van) rechtsonzekerheid is.[148] Enerzijds kunnen burgers niet vertrouwen op de desbetreffende bestaande regel, omdat aangekondigd is dat die zal worden gewijzigd. Anderzijds hebben burgers – nog daargelaten of het persbericht voldoende duidelijk is – ook geen volledige zekerheid over wat het toe te passen recht wél zal zijn. Aangezien ook het parlement meebeslist over wetgeving, bestaat de kans dat de voorgestelde wetgeving niet wordt ingevoerd of inhoudelijk nog wordt aangepast gedurende de parlementaire behandeling. De techniek van het 'wetgeven per persbericht' creëert 'een soort verdachte periode (...), waarin het rechtssubject als het ware enkel zekerheid over de rechtsonzekerheid verkrijgt.'[149] Deze rechtsonzekerheid klemt te meer naarmate de periode tussen het moment van het persbericht en de inwerkingtreding van de wet langer wordt.

Een ander rechtszekerheid-bezwaar is dat het 'wetgeven per persbericht' inherent als zwakke plek kent dat de mogelijkheid bestaat dat (1) een belastingplichtige nog niet heeft kennisgenomen van het persbericht op het moment dat hij een transactie uitvoert die vervolgens andere rechtsgevolgen dan verwacht blijkt te hebben als gevolg van de terugwerkende kracht, of (2) een belastingplichtige op grond van de – soms beperkte – informatie in het desbetreffende persbericht tot de conclusie komt dat een zekere transactie niet onder de aangekondigde regel valt, terwijl dat vervolgens wel zo blijkt te zijn op grond van de uiteindelijke wet (en omgekeerd).

Ook vanuit constitutioneel c.q. democratisch oogpunt kunnen bezwaren worden aangevoerd. Ten eerste, in de periode na de uitvaardiging van het persbericht mag de burger in wezen niet meer vertrouwen op de bestaande – dus eerder ook door het parlement aanvaarde – wetgeving waarvan is aangekondigd dat die wordt gewijzigd, maar moet hij afgaan op een persbericht dat eenzijdig door de regering is uitgevaardigd en waarover het parlement niet heeft meebeslist. Ten tweede kan het effect optreden dat het parlement onder druk komt te staan door het door de regering uitgevaardigde persbericht. Om Popelier aan te halen: door de eerdere aankondiging wordt 'de beslissingsvrijheid van de regelgever in hogere mate gehypothekeerd.'[150] Van veel oog voor de benodigde instemming van het parlement getuigen persberichten overigens niet steeds (vgl. paragraaf 5.7). Dit tweede bezwaar speelt overigens

---

148 Vergelijk ook de kritische houding van het Belgische Arbitragehof 23 juni 2004, nr. 109/2004, r.o. B.18: 'Een bericht in het Belgisch Staatsblad waarin een wijziging van de fiscale wet wordt aangekondigd, komt weliswaar in zekere mate tegemoet aan het bezwaar van de onvoorzienbaarheid van een retroactieve maatregel, maar een dergelijk bericht kan uit zijn aard zelf, met name wegens het louter informatieve karakter en het gebrek aan bindende kracht ervan, niet de rechtsonzekerheid wegnemen die de terugwerkende kracht doet ontstaan.'

149 Peeters 1999, p. 93. In gelijke zin P. Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen: Intersentia 1997, p. 585-586 die opmerkt dat een aankondiging eerder leidt tot een 'immobilisme' omdat noch op de rechtsgevolgen die de bestaande wet voorschrijft noch op de door de aankondiging voorspelde rechtsgevolgen kan worden vertrouwd. McDonnell 2007, p. 2:23 stelt 'taxpayers en the tax administration are in limbo with respect to the state of the tax laws.'

150 Popelier 1997, p. 590. Zie voorts Sampford 2006, p. 158 en Quirke 2006, p. 274. McDonnell 2007, p. 2:4 spreekt over 'showing a profound disrespect for Parliament.'

(nog) sterk(er) bij terugwerkende kracht die voor burgers voordelig is (zie paragraaf 5.7).

Een bezwaar is voorts dat een burger in een situatie kan worden gebracht waarin de overheid hem redelijkerwijs niet moet willen brengen. Bij het 'wetgeven per persbericht' is in wezen steeds aan de orde dat burgers worden geacht rekening te houden met de wijziging die in het persbericht is aangekondigd. Een stap verder – te ver – betreft de situatie waarin de inzet van het instrument 'wetgeven per persbericht' tot gevolg heeft dat een burger zich min of meer gedwongen voelt om nog voordat de wijziging in werking is getreden reeds tot *daadwerkelijke* toepassing van de aangekondigde bepaling over te gaan, zeker wanneer dat gebeurt in een rechtsverhouding met een derde. Te denken valt aan een geval zoals dat van de afschaffing van de pc-privéregeling, waarbij werkgevers zich waarschijnlijk door het desbetreffende persbericht gedrongen voelden om bij de inhouding van loonbelasting hun werknemers de toepassing van de pc-privéregeling te weigeren op een moment dat die regeling nog steeds geldend recht was.

5.3.4 *Randvoorwaarden en uitgangspunten*

Mede gelet op de voorgaande bezwaren zou ter zake van het 'wetgeven per persbericht' het volgende in acht moeten worden genomen.[151]

Ten eerste zijn er eisen aan het persbericht zelf. Ik kan me vinden in de eisen van de Raad van State dat (a) in het persbericht elke voorgestelde wettelijke regel waaraan terugwerkende kracht wordt verleend, wordt genoemd, en dat (b) de inhoud van de aangekondigde wettelijke regel duidelijk is.[152] Deze eisen zijn van belang omdat het persbericht dient te zorgen niet alleen dat voorzienbaar is dat de bestaande regeling zal worden gewijzigd, maar ook dat de inhoud van de voorgestelde nieuwe/gewijzigde regeling voldoende duidelijk is. Is dat niet het geval, dan ontstaat een periode waarin het recht geen houvast biedt, een 'fiscaal vacuüm'. Vereiste (a) houdt in zowel dat de voorgestelde wettelijke regel moet zijn genoemd in het persbericht als dat duidelijk moet zijn dat aan die voorgestelde wettelijke regel terugwerkende kracht wordt verleend.[153] Vereiste (b) houdt in wezen in dat enige van de gebruikelijke kwalitatieve eisen die aan wetgeving worden gesteld, mutatis mutandis gesteld dienen te worden aan het persbericht. Het gaat daarbij vooral om de eis van duidelijkheid. In verband daarmee is onder meer van belang dat geen begrippen worden gebruikt die geen voldoende vastomlijnde betekenis hebben. Zo heeft de Raad van State kritiek gehad op het gebruik van destijds 'nieuwe' begrippen als 'economisch

---

151 Uiteraard moet er een goede reden zijn om het instrument in te zetten. Daarop wordt hier niet ingegaan. Veelal is de reden gelegen in het voorkomen van aankondigingseffecten; zie paragraaf 3.2.3.1.

152 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 1-2 (en vergelijk buiten het belastingrecht bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2002/03, 28 862, A, p. 6). Zie ook onderdeel 6.15 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 8 februari 2002, BNB 2002/137.

153 Hieraan werd volgens de Raad van State onlangs niet voldaan (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 990, nr. 4, p. 10); de Staatssecretaris ging daarin mee en verschoof het effectieve ingangstijdstip naar het tijdstip van indiening van het desbetreffende wetsvoorstel bij de Tweede Kamer.

eigendom'[154] en 'dividendstripping'.[155] Bij vereiste (b) is een kruisbestuiving te zien tussen normstellers. Zoals hiervoor (paragraaf 4.4.2) gezien achtte het Hof van Justitie in de belastingzaak *Stichting Goed Wonen II* ter zake van het desbetreffende persbericht van groot belang: 'of deze teksten voldoende duidelijk waren om een marktdeelnemer die economische handelingen verricht zoals die waarop de wet doelt, in staat te stellen te begrijpen wat de gevolgen van de voorgenomen wetswijziging zouden zijn voor zijn handelingen.' Deze maatstaf is onlangs expliciet door de Raad van State bij zijn wetgevingsadvisering overgenomen voor toetsing aan het kenbaarheidsvereiste.[156]

Verder zouden mijns inziens de volgende uitgangspunten in acht moeten worden genomen met betrekking tot de inzet van het instrument 'wetgeven per persbericht'. Een eerste uitgangspunt – dat samenhangt met de eis van duidelijkheid – is dat naarmate de in te voeren wetgeving complexer is, er minder ruimte is voor het instrument 'wetgeven per persbericht'. Zo is het instrument 'wetgeven per persbericht' in beginsel meer geschikt voor de afschaffing van een bepaalde regeling (bijvoorbeeld van een vrijstelling of een aftrekpost) dan voor de invoering van een nieuwe regel, zeker wanneer daarin nieuwe of meerduidige begrippen als bestanddelen worden opgenomen. Een tweede uitgangspunt is dat het instrument 'wetgeven per persbericht' niet wordt ingezet in een situatie waarin burgers daardoor min of meer zich ertoe gedwongen zouden voelen reeds tot *daadwerkelijke* toepassing van de aangekondigde wet over te gaan voordat deze in werking is getreden, zeker wanneer die – van het geldende recht afwijkende – toepassing zou gebeuren in een rechtsverhouding met een andere burger.[157] Dit betekent dat het instrument 'wetgeven per persbericht' in beginsel niet zou mogen worden ingezet bij zogenoemde afdrachtbelastingen (waarbij kort gezegd een derde – de inhoudingsplichtige – op een betaling aan de belastingplichtige belasting inhoudt en afdraagt). Een derde uitgangspunt is dat, gegeven de inherente rechtsonzekerheid die het instrument 'wetgeven van persbericht' meebrengt, het instrument niet wordt gebruikt wanneer het gaat om wetsvoorstellen die inhoudelijk – dus nog afgezien van de terugwerkende kracht ervan – controversieel zijn of wanneer de verwachting is dat de terugwerkende kracht niet zal worden geaccepteerd. Degene die het persbericht uitvaardigt (veelal de Staatssecretaris), zal als uitgangspunt moeten hanteren dat de kans gering is dat de inhoud van het wetsvoorstel of de terugwerkende kracht niet zal worden aanvaard door het parlement.[158] Een vierde uitgangspunt zou moeten zijn dat voorkomen dient te worden dat een belastingplichtige nog geen kennis heeft genomen van het persbericht op het moment dat hij een handeling verricht waaraan later – als gevolg van de terugwerkende kracht – (andere) rechtsgevolgen worden verbonden. Het inzetten van het instrument 'wetgeven per persbericht' dient

---

154 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 172, A, p. 2.
155 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 896, B, p. 5.
156 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 818, nr. 4, p. 6.
157 De Belgische rechter benadrukt zelfs dat burgers niet tot toepassing mogen overgaan: 'De vennootschappen (...) zouden zonder wettelijke grondslag handelen indien zij louter op grond van dergelijk bericht een roerende voorheffing zouden inhouden op de vereffenings- en verkrijgingsuitkeringen die zij verrichten' (Arbitragehof 23 juni 2004, nr. 109/2004, r.o. B.19).
158 Vgl. Popelier 1997, p. 588.

daarom te worden afgestemd op de soort adressaten. Zo is de techniek in beginsel eerder geschikt wanneer de adressaten belastingplichtigen zijn die over fiscale adviseurs beschikken, nu daaraan over het algemeen hogere eisen worden gesteld dan aan 'gewone' burgers.[159]

Een ander uitgangspunt betreft de in paragraaf 5.3.2 genoemde twee varianten van het 'wetgeven per persbericht', te weten de variant waarbij een persbericht wordt uitgevaardigd voordat het wetsvoorstel is ingediend en de variant waarbij het persbericht wordt uitgevaardigd tegelijk met de indiening van het wetsvoorstel. Naar mijn mening zou toepassing van de laatste variant het uitgangspunt dienen te zijn, om de hierna te noemen redenen. Wanneer de Staatssecretaris in een voorkomend geval toch voor de eerste variant kiest, behoeft dat mijns inziens dan ook motivering, hetgeen evenwel zelden gebeurt. Het belangrijkste voordeel van de genoemde laatste variant is dat er meer duidelijkheid is dan bij de eerste variant, omdat belastingplichtigen kunnen kennisnemen van de voorgestelde wettekst en de memorie van toelichting. Een ander voordeel is dat het wetsvoorstel al een aantal stadia in het wetgevingsproces heeft doorlopen. Twee aspecten zijn daarbij van belang. Het eerste houdt verband met het eerder genoemde bezwaar over de inherent rechtsonzekere periode tussen het moment van aankondiging en het moment van inwerkingtreding. Deze periode zou zo kort mogelijk dienen te zijn (uiteraard rekening houdend met de begrenzingen daarbij in verband met het doel van voorkomen van aankondigingseffecten).[160] Voor de lengte van de periode tussen het moment van indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer en het moment van inwerkingtreding, geldt weliswaar dat zij moeilijk te reguleren kan zijn en dat de eis van zorgvuldigheid kan meebrengen dat voldoende tijd wordt genomen voor de parlementaire behandeling. De lengte van de periode tussen het moment van aankondiging en het moment van indiening van het wetsvoorstel kan evenwel worden geminimaliseerd door die momenten te laten samenvallen. Het tweede aspect is dat de Raad van State al heeft geadviseerd over het wetsvoorstel voordat het persbericht uitgaat. Eventuele onduidelijkheden in het concept wetsvoorstel kunnen dan al opgehelderd zijn als gevolg van de wetgevingsadvisering. Het kan bovendien voorkomen dat de Raad van State negatief adviseert over de inhoudelijke wijziging *an sich* of over de terugwerkende kracht, en de Staatssecretaris vervolgens alsnog afziet van het wetsvoorstel of de terugwerkende kracht.

---

159 Vgl. HR 14 december 2007, *BNB* 2008/37, waarin de Hoge Raad bij de bevestigende beantwoording van de vraag of het desbetreffende persbericht voldoende duidelijk was expliciet in aanmerking nam dat de belanghebbende had gebruikgemaakt van een belastingadviseur.

160 Vgl. de Raad van State, zij het met betrekking tot een niet-fiscaal wetsvoorstel, in *Kamerstukken II* 2002/03, 28 862, A, p. 6. De Australische senaat heeft kennelijk in verband met het fenomeen 'wetgeven per persbericht' een procedureregel geïntroduceerd, waarin is neergelegd dat een wetsvoorstel moet zijn ingediend binnen zes maanden na de aankondiging ervan; anders laat de senaat de wet alleen zonder terugwerkende kracht passeren; zie G.T. Loomer, 'Taxing out of time: parliamentary supremacy and retroactive tax legislation', *British Tax Review* 2006, p. 64-90, p. 68, voetnoot 28.

5.4 Premature heffing gesauveerd door terugwerkende kracht?

5.4.1 *Inleiding; de kwestie betreffende premature heffing van rechten inzake identiteitskaarten*

In de inleiding is het recente geval genoemd waarin de regering het instrument van 'wetgeven per persbericht' inzette voor de reparatiewetgeving waarin een wettelijke grondslag is gecreëerd voor de heffing van rechten voor een identiteitskaart. Opvallend daarbij is dat in het desbetreffende persbericht is aangegeven 'dat burgers met ingang van donderdag 22 september 2011 [de dag ná het persbericht; MP] weer gevraagd zal worden om leges te betalen voor de identiteitskaart.' Hierop is de nodige kritiek gekomen. In een interview in *de Volkskrant* (gepubliceerd 23 september 2011) wees de Amsterdamse hoogleraar Schilder erop dat 'iedereen vanaf 22 september al [moet] betalen, op grond van een voorstel dat nog geen enkele juridische status heeft', hetgeen hij als 'onbehoorlijk' aanmerkte. Hij achtte echter, als de wet uiteindelijk wordt ingevoerd, 'juridische procedures betrekkelijk kansloos. Rechters moeten gewoon de wet uitvoeren.' In zijn annotatie in BNB 2011/257 stelde Snoijink dat '[g]emeenteambtenaren die vooruitlopen door voor aanvragen vanaf 22 september 2011 wederom leges te heffen alsof het (...) arrest al door de wet achterhaald is, het risico [lopen] zich schuldig te maken aan het misdrijf van art. 366 Sr.' In een recent artikel in *Weekblad fiscaal recht* (2012, p. 74-79) toonde ook Goes, raadsheer bij Hof Amsterdam, zich zeer kritisch. Verder liet de Nationale ombudsman zich niet onbetuigd: 'de onderzochte gedraging van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is niet behoorlijk wegens schending van het vereiste van rechtszekerheid.'[161] Deze kwestie doet twee meer algemene vragen rijzen. De eerste vraag is een normatieve: Hoe dient het bestuur te handelen indien een wetsvoorstel met terugwerkende kracht aanhangig is? De tweede vraag is een positiefrechtelijke vraag: Wat is 'de kracht van terugwerkende kracht'? Heeft terugwerkende kracht een zodanige 'kracht' dat zij (alsnog) een rechtsgrond kan bieden voor besluiten die genomen zijn vóór de inwerkingtreding van de desbetreffende wet en die destijds geen geldige rechtsgrond hadden? Op het geval van de identiteitkaarten betrokken: zijn juridische procedures kansloos, zoals Schilder stelt? Ik start met de positiefrechtelijke vraag.

5.4.2 *De 'kracht van terugwerkende kracht'; het pc-privéregelingarrest*

Schilder heeft uiteraard gelijk – buiten beschouwing gelaten het buiten-toepassing laten van een wet op grond van EU-recht of artikel 94 Gw – waar hij opmerkt '[r]echters moeten gewoon de wet uitvoeren'. Als nieuwe wetgeving inhoudt dat zij (ook) van toepassing is op lopende rechterlijke procedures, dan moet de rechter die

161 Rapport van 10 november 2011, nr. 2011/337. De bedoelde gedraging betreft het aan gemeenten voorstellen van (onder meer) de werkwijze dat vanaf 22 september 2011 een aanvrager van een identiteitskaart wordt gevraagd te betalen bij het doen van de aanvraag, waarbij tevens het rekeningnummer wordt gevraagd zodat het bedrag kan worden terugbetaald mocht het wetsvoorstel niet worden aanvaard door het parlement.

wetgeving gegeven zijn staatsrechtelijke positie aldus toepassen. Daar kan een door (sommige) rechters gehanteerd uitgangspunt zoals *ex tunc*-toetsing dan ook niet aan in de weg staan. Bijvoorbeeld de Afdeling bestuursrechtspraak miskende dit in een – terecht – veel bekritiseerde uitspraak betreffende de Wet Rietkerk-uitkering.[162] Maar het voorgaande betekent nog niet dat het enkele feit dat een wet terugwerkende kracht heeft, tot gevolg heeft dat die wet meebrengt dat alsnog een (volledige) rechtsgrond wordt gecreëerd voor besluiten die genomen zijn vóór de inwerkingtreding van die wet en die destijds geen (volledige) wettelijke basis hadden. De 'normale' situatie is immers dat het bestuur eerst *na* de inwerkingtreding van een wet waaraan terugwerkende kracht wordt verleend, tot toepassing van die wet overgaat. Het is daarom een interpretatievraag of ook dergelijke premature besluiten worden 'gedekt' door de terugwerkende kracht. Nadat zijn eerdere jurisprudentie een wisselend beeld opriep,[163] heeft de Hoge Raad in het *pc-privéregeling*-arrest[164] die vraag als volgt beantwoord:

> '3.3.1. Indien een wettelijk voorschrift met terugwerkende kracht is ingevoerd of gewijzigd na de datum van de bestreden beslissing (besluit of uitspraak) van het bestuursorgaan of de lagere rechter, en het nieuwe voorschrift – mede gelet op de daaraan gegeven terugwerkende kracht – in aanmerking komt voor toepassing op het te berechten geval, brengt de taak van de (hogere) rechter in belastingzaken mee dat hij bij de toetsing van die beslissing uitgaat van het nieuwe voorschrift (...).
> 3.3.3. Het onder 3.3.1 vermelde uitgangspunt moet worden genuanceerd, in die zin dat heffing van een belasting niet is toegestaan in het – zich hier niet voordoende – geval dat de regeling die in heffing van deze belasting voorziet (bijvoorbeeld een gemeentelijke belastingverordening) nog niet in werking is getreden op het tijdstip waarop die heffing plaatsvindt, waardoor voor heffing van deze belasting op dat moment nog geen juridische grondslag bestaat (...). Dat geldt ook indien de desbetreffende regeling nadien met terugwerkende kracht wordt ingevoerd, tenzij uit een wet in formele zin[165] volgt dat ook met terugwerkende kracht een juridische basis wordt verleend aan voorheen tot stand gekomen aanslagen en andere heffingshandelingen.'

Uit dit arrest blijkt dat het uitgangspunt is dat terugwerkende kracht een zodanige 'kracht' heeft dat een wet waaraan terugwerkende kracht is verleend, ook bij de beoordeling moet worden betrokken van een besluit dat genomen is vóór de inwerkingtreding van die wet. Er geldt evenwel een uitzondering. Die uitzondering houdt

---

162 ABRvS 2 januari 1989, *AB* 1989, 392. Zie voor de bedoelde kritiek *AB*-annotator HJdR en N. Verheij, 'Tussen toen en nu; het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBplus* 2003, p. 26-47.

163 Zie het overzicht dat A-G Wattel geeft in de bijlage bij zijn conclusie voor het arrest.

164 HR 2 oktober 2009, *BNB* 2011/48.

165 Het ontgaat mij waarom hier (kennelijk) de beperking tot een wet in formele zin wordt aangelegd. Gegeven de staatsrechtelijke verhoudingen zou naar mijn mening hetzelfde dienen te gelden voor een wet in materiële zin. Een andere kwestie is dat bij een wet in materiële zin getoetst kan worden of 'het verlenen van een juridische basis aan voorheen tot stand gekomen aanslagen en andere heffingshandelingen' niet in strijd komt met het rechtszekerheidsbeginsel. Maar dat is een toetsingsvraag, die moet worden onderscheiden van de interpretatievraag of de materiële wetgever een dergelijke juridische basis heeft verleend.

in dat terugwerkende kracht niet een zodanige kracht heeft dat zij meebrengt dat een heffing van belasting wordt gesauveerd in het geval voor die heffing op het tijdstip waarop zij plaatsvond nog geen juridische grondslag bestond.[166] De opvatting van de Hoge Raad komt grosso modo overeen met die van de vermaarde fiscalist Hofstra over deze materie.[167] Ik begrijp de verhouding tussen het uitgangspunt en de uitzondering als volgt. Gaat het om een wet(swijziging) met terugwerkende kracht betreffende een *bestaande* belasting – bijvoorbeeld de inkomstenbelasting – dan geldt het uitgangspunt. Gaat het evenwel om een wet met terugwerkende kracht die in een *nieuwe* belasting voorziet ('nieuw' in de zin dat daarvóór nog geen (geldige) juridische grondslag bestond voor heffing van die belasting), dan geldt de uitzondering. Op de uitzondering maakt de Hoge Raad – terecht (zie het begin van deze paragraaf) – weer een uitzondering voor het geval dat uit een wet volgt dat 'ook met terugwerkende kracht een juridische basis wordt verleend aan voorheen tot stand gekomen aanslagen en andere heffingshandelingen.' Let wel, voor het van toepassing zijn van deze uitzondering op de uitzondering is het enkele feit dat terugwerkende kracht wordt verleend nog niet voldoende; duidelijk moet zijn dat de wetgever ook de desbetreffende 'voorheen tot stand gekomen aanslagen' van alsnog een juridische grondslag heeft willen voorzien.

Dit toetsingskader betekent het volgende voor de gevallen waarin daadwerkelijk rechten inzake de identiteitskaart zijn geheven tussen 22 september 2011 en de datum van de inwerkingtreding van de reparatiewet. De rechter zal moeten beoordelen (1) of in die tussenperiode voor heffing van rechten inzake identiteitskaarten een 'juridische grondslag' bestond (anders gezegd: vormen rechten inzake identiteitskaarten samen met andere rechten één 'grote' belasting, zodat in dat opzicht de reparatiewet met betrekking tot identiteitskaarten slechts meebrengt dat een reeds *bestaande* belasting wordt *uitgebreid* met een nieuw belastbaar feit <u>of</u> moeten de rechten inzake identiteitskaarten als een zelfstandige belasting worden gezien, zodat de reparatiewet meebrengt dat een *nieuwe* heffing mogelijk wordt gemaakt) , en zo neen (2) of uit de Wet van 13 oktober 2011, *Stb.* 2011, 440 volgt dat met terugwerkende kracht een juridische basis is verleend aan in de voornoemde periode geheven rechten inzake identiteitskaarten. Nu hierover ongetwijfeld procedures volgen, laat ik het hierbij, zij het met de opmerking dat met betrekking tot vraag (2) geconstateerd moet worden dat (a) in elk geval op basis van de wet*tekst* niet tot een bevestigend antwoord kan worden geconcludeerd en dat (b) de kwestie van premature heffing pas voor het eerst duidelijk tijdens de behandeling in de Eerste Kamer aan de orde

---

166 Tot een vergelijkbare uitkomst – maar dan expliciet via de band van het rechtszekerheidsbeginsel – kwam onlangs CBB 26 augustus 2011, nr. AWB 09/385, LJN BR6592, betreffende een productschapsheffing.

167 Aangehaald in de conclusie van A-G Wattel; Hofstra schreef in zijn noot in *BNB* 1981/261: 'Opmerking daarbij verdient (...) dat het Hof (...) zijn stelling zowel voor nieuw ingevoerde belastingen als voor wijzigingen van bestaande verordeningen deed gelden. (...) Ik ben echter van oordeel dat tussen beide figuren moet worden onderscheiden. Zolang een bindende rechtsregeling ontbreekt lijkt mij het opleggen van aanslagen ongeoorloofd. Bestaat er daarentegen een eerdere, rechtsgeldige zij het te wijzigen, regeling, dan kan de bevoegdheid tot het opleggen van aanslagen op grond van die regeling niet worden betwijfeld, en kan de enige vraag zijn of de opgelegde aanslag, bij de definitieve beslissing mede rekening te houden met de wijzigingen die eventueel met terugwerkende kracht in de wettelijke regeling werden aangebracht, al dan niet juist was.'

kwam zodat niet duidelijk is of de Tweede Kamer heeft willen instemmen met het valideren van illegale heffingen in de tussenperiode.

Over de wenselijkheid van de door de Hoge Raad uitgezette lijn kan men overigens van mening verschillen. Gelet op het legaliteitsbeginsel, het belang dat de grondwetgever daaraan hecht voor het belastingrecht blijkens artikel 104 Gw, en de rechtsbescherming, zou het mijns inziens niet vreemd zijn geweest om ten aanzien van terugwerkende kracht van wetten betreffende 'bestaande belastingen' ook dezelfde (strengere) uitgangspunten te hanteren als die welke de Hoge Raad nu alleen heeft geformuleerd ten aanzien van terugwerkende kracht van wetten die voorzien in een 'nieuwe belasting'. De Hoge Raad heeft echter anders beslist.

5.4.3 *Hoe behoort het bestuur te handelen?*

Het zojuist besproken *pc-privéregeling*-arrest brengt mee dat indien het instrument van 'wetgeving per persbericht' is ingezet op het terrein van een bestaande belasting, en een heffingsambtenaar preludeert op de aanvaarding van het desbetreffende wetsvoorstel in die zin dat hij reeds tot toepassing van de voorgestelde regeling overgaat, de rechter een dergelijke op zichzelf bezien illegale handeling niet kan 'afstraffen' indien de desbetreffende wet (met terugwerkende kracht) inmiddels in werking is getreden op het moment dat hij een beslissing dient te nemen. In zijn noot in BNB 2011/48 merkt Happé op dat het hem 'verstandig [lijkt] dat inspecteurs deze rechtspraak niet als een vrijbrief opvatten om in de sfeer van de aanslagbelastingen aanslagen op te leggen die gebaseerd zijn op nog niet in werking getreden wetgeving. (...) Afwachten van het moment van inwerkingtreding behoort de koninklijke weg te blijven.' Ik ben het daarmee eens, al zou ik het nog stelliger en normatiever willen formuleren: de fiscus behoort niet tot toepassing over te gaan voordat de desbetreffende wet(swijziging) in werking is getreden.[168] Hoewel ook het door de Nationale ombudsman aangehaalde rechtszekerheidsbeginsel daarbij een rol speelt, is dat mijns inziens niet het sterkste argument. Twee sterk samenhangende aspecten van de rechtsstaat spelen een rol, te weten de staatsrechtelijke positie van het bestuur[169] en het legaliteitsbeginsel. Hoe men het ook wendt of keert en ook al wordt later alsnog een rechtsbasis gecreëerd voor de handeling, de anticipatieve toepassing door de fiscus van een nog niet in werking getreden wet is *op dat moment* evident in strijd met het legaliteitsbeginsel. Dat is juist in het belastingrecht bezwaarlijk, nu voor belastingheffing de grondwetgever expliciet het legaliteitsbeginsel in artikel 104 Gw heeft neergelegd. Soms wordt het legaliteitsbeginsel onbewust geschonden: bijvoorbeeld indien de regeling die de grondslag vormt voor een besluit, onverbindend blijkt te zijn – dat zulke schendingen voorkomen, is onvermijdelijk. Echter, bijvoorbeeld in het geval van de rechten inzake identiteitskaarten zijn er direct na het persbericht rechten geheven, terwijl men er zich bewust van was dat daarvoor op dat moment geen rechtsgrondslag bestond. Juist die bewustheid maakt de gang van zaken mijns inziens zo bezwaarlijk. Ik kan me dan ook vinden in de strekking van de in paragraaf 5.4.1 weergegeven kritiek.

---

168 Zie ook reeds – nog vóór *het pc-privéregeling*-arrest – Pauwels 2009 (diss.), p. 234-235 en 384-385.
169 Vgl. Popelier 1997, p. 593.

5.5 Toetsing terugwerkende kracht aan het 'nationale' rechtszekerheidsbeginsel; de rol van voorzienbaarheid gerelativeerd

In paragraaf 4.2 heb ik de toetsingmaatstaf vermeld die de Hoge Raad hanteert voor de toetsing van (nadelige) terugwerkende kracht aan het 'nationale' rechtszekerheidsbeginsel. Hier ga ik in op de rol van voorzienbaarheid bij het hanteren van die maatstaf.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad tot nu toe volgt dat wanneer de belastingheffing waarvoor de desbetreffende terugwerkende kracht een rechtsgrond geeft, voldoende voorzienbaar was, dat wordt aangemerkt als een bijzondere omstandigheid die de terugwerkende kracht rechtvaardigt. Ik pleit voor aanpassing van het toetsingsschema van de Hoge Raad omdat mijns inziens voorzienbaarheid alleen onvoldoende is om terugwerkende kracht te rechtvaardigen. De Hoge Raad zou ook (expliciet) de reden voor de terugwerkende kracht dienen te toetsen. Ik heb daarvoor de volgende argumenten. Ten eerste, hoe voorzienbaar de desbetreffende belastingheffing ook is, terugwerkende kracht staat – bijzonder gevallen daargelaten – inherent in zekere mate op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. Er moet daarom ook een rechtvaardiging zijn voor de terugwerkende kracht. Ten tweede, het gaat als gezegd (zie paragraaf 5.1) bij de beoordeling van terugwerkende kracht om een belangenafweging: het rechtszekerheidsbeginsel en eventuele andere belangen die pleiten tegen terugwerkende kracht tegen de beginselen en belangen die pleiten voor het verlenen van terugwerkende kracht. In dat kader moet worden vastgesteld dat 'voorzienbaarheid' op zichzelf *geen belang* is – voorzienbaarheid kan dan ook geen inhoudelijke rechtvaardigingsgrond zijn voor het verlenen van terugwerkende kracht. Wat voorzienbaarheid wél meebrengt is dat het gewicht van het argument van rechtszekerheid wordt verminderd. Maar dan nog altijd is er een – respectabel – belang nodig dat pleit vóór het verlenen van terugwerkende kracht. Het derde argument betreft een rechtsvergelijkend argument: bij alle andere vormen van toetsing van terugwerkende kracht wordt steeds – naast veelal de toets of sprake is van schending van gerechtvaardigde verwachtingen – getoetst of er, kort gezegd, een goede inhoudelijke reden is voor de terugwerkende kracht. Ik wijs in dat verband naar de notitie van de Staatssecretaris, het toetsingkader van de Raad van State en de jurisprudentie met betrekking tot het unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel en artikel 1 EP EVRM. In verband met dit laatste is er nog een vierde argument: omdat uiteraard ook belastingheffing op grond van lagere regelgeving de toets aan artikel 1 EP EVRM moet kunnen doorstaan, ligt het voor de hand het nationale rechtszekerheidsbeginsel in die zin 'artikel 1 EP EVRM'-conform toe te passen dat ook de 'reasons for the retroactivity' worden beoordeeld bij toetsing van terugwerkende kracht (net zoals de Hoge Raad zelf ook doet bij toetsing van terugwerkende kracht van wetgeving in formele zin aan artikel 1 EP EVRM[170]).

170 Zie bijvoorbeeld het *pc-privéregeling*-arrest HR 2 oktober 2009, BNB 2011/48.

5.6 Eerbiedigende werking behoeft rechtvaardiging en motivering

Recent is in de vennootschapsbelasting een renteaftrekbeperkingsregeling voor overnameholdings ingevoerd. Doel ervan is het tegengaan van 'excessieve renteaftrek na overnames van Nederlandse ondernemingen.' De regeling gaat gepaard met een niet-tijdelijke eerbiedigende werking voor, kort gezegd, bestaande schulden.[171] Dit werd in de memorie van toelichting als volgt gemotiveerd:

> 'Bij de vormgeving van de maatregel is rekening gehouden met het belang van bestendige wetgeving voor het vestigingsklimaat. Daarom kent deze renteaftrekbeperking een eerbiedigende werking voor bestaande situaties. De overnamerente wordt in aftrek beperkt indien het overnames betreft die op of na 1 januari 2012[172] plaatsvinden. Hierdoor worden bedrijven niet geraakt voor overnameschulden die in het verleden zijn aangegaan. (...) Ingevolge [de overgangsregeling; MP] krijgen de (...) bepalingen met betrekking tot overnameschulden geen materieel terugwerkende kracht.'[173]

Ook de Nota naar aanleiding van het verslag geeft als reden(en) de 'bestendigheid en betrouwbaarheid van de fiscale wetgeving' en het belang daarvan voor 'het fiscale vestigingsklimaat'.[174] En in het wetgevingsoverleg met de vaste commissie voor Financiën merkte de Staatssecretaris op 'dat het niet goed is voor het vestigingsklimaat als je bedrijven met materieel terugwerkende kracht confronteert.'

Men kan zich afvragen of deze motivering overtuigt. De algemene vraag die echter aan die vraag voorafgaat is waarom eerbiedigende werking eigenlijk gemotiveerd zou moeten worden. Het antwoord daarop is dat – wellicht enigszins tegen het rechtsgevoel in – eerbiedigende werking mijns inziens een rechtvaardiging behoeft, en wel om de volgende redenen. Ten eerste speelt het gelijkheidsbeginsel in abstractere zin een rol: gegeven het uitgangspunt van onmiddellijke werking – welk uitgangspunt impliceert dat in beginsel niet in eerbiedigende werking wordt voorzien –, behoeft redengeving waarom juist in het aan de orde zijnde wetgevingsgeval wél in eerbiedigende werking wordt voorzien en dus van dat uitgangspunt wordt afgeweken. Ook bij de tweede reden is het gelijkheidsbeginsel aan de orde: zoals in paragraaf 5.1 opgemerkt leidt eerbiedigende werking namelijk tot een ongelijke behandeling van gelijke rechtsfeiten die in dezelfde periode optreden, naar gelang het rechtsfeit voorvloeit uit een 'bestaand geval' of uit een 'nieuw geval'.[175] Daarmee

---

171 Belastingplan 2012, *Stb.* 2011, 639, artikel XXXVIII lid 1 aanhef en letter d en e.

172 Tijdens de parlementaire behandeling is deze datum overigens nog gewijzigd in 15 november 2011 naar aanleiding van een amendement.

173 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 13 resp. p. 132; vgl. ook nr. 4, p. 12.

174 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 19-20.

175 Vergelijk over de spanning tussen het verlenen van eerbiedigende werking en het gelijkheidsbeginsel ook bijvoorbeeld Prast 1979, p. 1190, Popelier 1999, p. 5, F.H. van der Burg, 'Overgangsrecht', in: *Overgangsrecht*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2000, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p. 34-35, A. Weggeman, 'Het vormgeven van overgangsrecht, of: de dynamiek tussen heden, verleden en toekomst', in: *Overgangsrecht*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2000, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p. 62-63, Notitie Staatssecretaris 1996, p. 5-6 en Notitie overgangsrecht in de sociale zekerheid (*Kamerstukken I* 1999/2000, 25 900, nr. 87), p. 2 en 6.

is niet gezegd dat eerbiedigende werking niet geoorloofd is, maar wel dat zij gelet op die ongelijke behandeling een rechtvaardiging behoeft. Ten derde brengt – zoals ook in paragraaf 5.1 is opgemerkt – eerbiedigende werking mee dat het toepassingsbereik van de nieuwe regeling wordt beperkt. Bezien vanuit het belang dat met die nieuwe regeling wordt gediend, is voor een dergelijke inperking een rechtvaardiging nodig.[176] Verder zijn er ook aspecten van rechtszekerheid die *tegen* eerbiedigende werking pleiten. Onmiddellijke werking heeft als voordeel dat met betrekking tot hetzelfde tijdsgebied maar een regel van toepassing is. Bij eerbiedigende werking zijn meer regels van toepassing, te weten behalve de nieuwe regel ook de oude regel of een inhoudelijke overgangsregel. Het recht kan daardoor complexer, minder transparant en moeilijker uitvoerbaar worden, hetgeen op gespannen voet staat met bijvoorbeeld het rechtszekerheidsaspect van duidelijkheid.[177] Hieraan zit ook een economische component: hogere uitvoeringskosten bij de fiscus en hogere (*compliance*- en advies)kosten bij belastingplichtigen.[178]

Terug naar het hiervoor aangehaalde wetgevingsgeval. Als de gegeven motivering wordt geanalyseerd blijft *één* argument over. Dat materieel terugwerkende kracht wordt voorkomen, kan immers niet als zelfstandig argument dienen (en is veeleer een verwoording van het gevolg van het verlenen van eerbiedigende werking), omdat het uitgangspunt immers onmiddellijke werking (en dus materieel terugwerkende kracht) is, terwijl de vraag is waarom juist hier wél van dat uitgangspunt wordt afgeweken. Voor het argument van 'bestendigheid en betrouwbaarheid' geldt iets vergelijkbaars. Dat argument is een algemeen argument in de zin dat het vrijwel steeds een argument is voor het verlenen van eerbiedigende werking, en is dus normaliter van onvoldoende gewicht om het pleit in het voordeel van het verlenen van eerbiedigende werking te beslechten. Het enige aangevoerde argument wat dan resteert, is het belang van het 'fiscale vestigingsklimaat'. De gewichtstoekenning aan dat belang en de afweging ervan tezamen met het argument van 'bestendigheid in betrouwbaarheid' tegen het belang om ook bij de bestaande gevallen een einde te maken aan 'de excessieve renteaftrek', lijkt mij een politieke aangelegenheid (waarover de opvattingen kunnen verschillen). In zoverre kan de motivering dan toch door de beugel, al vind ik haar niet bijzonder overtuigend (ook het 'fiscale vestigingsklimaat'-argument is een betrekkelijk 'algemeen' argument dat in veel meer wetgevingsgevallen speelt; dus de vraag rijst dan nog steeds waarom in dit geval (wel) eerbiedigende werking?).

Er is echter nog een ander aspect: het gaat hier om een eerbiedigende werking die *niet in de tijd beperkt* is. Zie ik het goed, dan is dat tijdsaspect door de Staatssecretaris

---

176 Dit raakt een belangrijk element in de rechtseconomische visie op overgangsrecht. (Sommige) rechtseconomen hanteren in dat kader een 'legal progress assumption'; gedachte is kort gezegd dat het in de rede ligt om voor het overgangsrecht uit te gaan van de veronderstelling dat de desbetreffende nieuwe regeling 'beter' (bijvoorbeeld welvaartsverhogend) is, omdat zij immers anders niet zou zijn ingevoerd. Van die veronderstelling uitgaande heeft het verlenen van eerbiedigende werking een negatief effect op de welvaartsverhoging; eerbiedigende werking moet daarom zoveel mogelijk worden vermeden. Zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 7.2.3.

177 Zie voor dit argument van eenvoud ten faveure van onmiddellijke werking bijvoorbeeld Knigge 1984, p. 146.

178 Vgl. M.J. Graetz, 'Legal transitions: the case of retroactivity in income tax revision', *University of Pennsylvania Law Review* 1977, p. 71.

niet toegelicht. In zoverre schiet de motivering dan toch te kort. Naar mijn mening geldt namelijk in het geval van een niet-tijdelijke eerbiedigende werking niet alleen een *dubbele* motiveringsplicht (te weten zowel motiveren waarom eerbiedigende werking op haar plaats is als waarom die niet tijdelijk is) maar ook een *verzwaarde* motivering wat betreft de niet-tijdelijkheid. Ik meen namelijk dat uitgangspunt dient te zijn dat uiteindelijk de nieuwe regel volledig van toepassing is; oftewel uitgangspunt is dat burgers zich uiteindelijk aanpassen aan de nieuwe regel.[179] De belangrijkste argumenten daarvoor zijn hiervoor reeds aan de orde gekomen: het gelijkheidsbeginsel en het belang dat met de nieuwe regel is gediend.[180] De crux is echter vooral dat de ten faveure van eerbiedigende werking pleitende argumenten aan gewicht verliezen naarmate de tijdshorizon langer is. Zo is met betrekking tot het rechtszekerheidsbeginsel van belang dat burgers er niet van mogen uitgaan dat het recht volledig statisch is. Het gewicht van het rechtszekerheidsbeginsel neemt daarom af naarmate de periode waarop de verwachtingen betrekking hebben, langer is.[181] In het verlengde daarvan: indien men in een concreet wetgevingsgeval eerbiedigende werking aangewezen acht, zal de daarmee gepaard gaande ongelijke behandeling van gelijke rechtsfeiten veelal gerechtvaardigd worden bevonden onder meer omdat men het verschil in rechtszekerheid-uitgangspunt tussen de oude gevallen (oude recht gold op het beslissingsmoment) en nieuwe gevallen (nieuwe recht gold op het beslissingsmoment) voldoende groot acht, maar dat argument verliest dus aan kracht naarmate de periode van eerbiediging langer is.[182] Het legt naarmate de tijd vordert steeds minder gewicht in de schaal om een blijvende ongelijke behandeling te rechtvaardigen.[183] Kortom, hoe langer de periode van eerbiedigende werking, hoe groter de rechtvaardiging daarvoor moet zijn.[184] Voorts kan het eerdergenoemde complexiteitsargument (inclusief het economische argument van hogere kosten) aan gewicht winnen naarmate de periode langer is.[185] Dit is in het bijzonder het geval wanneer er in de loop der jaren verschillende wijzigingen zijn; indien elke keer wordt voorzien in langdurige eerbiedigende werking, zou er een veelheid aan nog van toepassing zijnde regels zijn. Dit kan leiden tot een hoge complexiteit, en daarmee samenhangend hoge uitvoerings- en *compliance*-kosten en hoge regelgevingskosten.

---

179 Zie Pauwels 2009 (diss.), paragraaf 6.4.4. over het 'aanpassingsbeginsel'. Zie ook A.O. Lubbers, *Fiscaal overgangsbeleid* (oratie Leiden), 2004, p. 22 e.v. die de 'aanpassingsgedachte' centraal stelt.

180 Vgl. r.o. 28 van de niet-fiscale zaak HvJ EG 29 juni 1999, zaak C-60/98 (*Butterfly*), waarin de gerechtvaardigdheid van de tijdelijkheid van een overgangsregel wordt benadrukt met verwijzing naar het doel van de nieuwe regel.

181 In vergelijkbare zin Verheij 1997, p. 57.

182 In vergelijkbare zin Weggeman 2001, p. 62.

183 Vgl. Van den Berge 2005, p. 38, alsmede de kritiek van M. Schuver-Bravenboer, 'Overgangsmaatregelen Wet IB 2001', in: A.C. Rijkers e.a. (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, p. 80 op de ruime overgangsregeling ter zake van koophuurwoningen bij de invoering van de Wet IB 2001.

184 Vgl. *Kamerstukken I* 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202c, p. 60: 'Naarmate een in gunstige zin afwijkende positie van een belastingplichtige – omdat hij over een «oud» contract beschikt – langer duurt, is hiervoor een zwaardere argumentatie nodig.'

185 Vgl. Schuver-Bravenboer 2006, p. 80 en 85 over het belang van uitvoerbaarheid dat overgangsregels niet te langlopend zijn.

5.7 Voordelige terugwerkende kracht: niet bezwaarlijk?

Voor terugwerkende kracht van fiscale regelgeving die voor burgers *voordelig* is, is veelal weinig aandacht. Zo gaat de notitie Staatssecretaris daarop niet in. Ook de (Nederlandse) literatuur besteedt weinig aandacht aan het onderwerp.[186] Wellicht speelt op de achtergrond de gedachte dat voordelige terugwerkende kracht zonder meer niet problematisch is.[187] In deze paragraaf hoop ik aan de hand van drie voorbeelden aan te tonen dat die gedachte nuancering verdient.[188] Het betreft hier overigens een eerste verkenning; er spelen meer aspecten een rol en, meer in het algemeen, het onderwerp verdient nadere doordenking en onderzoek.

Het eerste voorbeeld betreft een gestileerde weergave van de situatie die aan de orde was in de uitspraak van Hof Amsterdam van 21 augustus 1998, *Belastingblad* 2000/986. Een persoon X komt met een boot aangevaren in een haven en heeft voor de ligplaats de keuze tussen kade A en kade B. Zowel voor een ligplaats aan kade A als voor een aan kade B is op dat moment havengeld verschuldigd. X kiest voor kade A. Enige tijd later wordt de desbetreffende verordening gewijzigd in die zin dat een vrijstelling van havengeld wordt ingevoerd voor een ligplaats aan kade B. Die wijziging krijgt bovendien terugwerkende kracht.

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat ook voordelige terugwerkende kracht in zeker opzicht op gespannen voet staat met het rechtszekerheidsbeginsel. Weliswaar gaat die spanning niet zozeer degenen aan die de handeling hebben verricht waaraan met terugwerkende kracht gunstigere rechtsgevolgen worden verbonden, maar zij gaat wel/vooral degenen aan die de desbetreffende handeling *niet* hebben verricht juist rekening houdend met de rechtsgevolgen die aan zijn diverse handelingsalternatieven waren verbonden volgens het recht dat van toepassing was op het beslissingsmoment. Toegepast op het voorbeeld en in de woorden van Hof Amsterdam: 'Zou [X; MP] (...) hebben geweten dat hij de keuze had tussen een vrijgestelde en een niet vrijgestelde ligplaats, dan zou hij zijn keuze in veel gevallen hebben uitgebracht op een vrijgestelde plaats.' Kortom, (ook) voordelige terugwerkende kracht staat op gespannen voet met de rechtszekerheid omdat zij meebrengt dat het beslissingskader voor de burger achteraf bezien onjuist blijkt te zijn.

Het tweede en derde voorbeeld laten zien dat constitutionele c.q. democratische aspecten in het geding kunnen zijn bij voordelige terugwerkende kracht. Het tweede voorbeeld betreft de afschaffing van artikel 12 Wet Vpb enige jaren geleden. Wat de

---

186 Positieve uitzondering in de Nederlandse belastingrechtliteratuur is vooral het artikel van M. Bravenboer en A.O. Lubbers, 'Tijd voor uitbreiding van de Notitie terugwerkende kracht en eerbiedigende werking', *Weekblad fiscaal recht* 2005, p. 964-970.

187 Vgl. G.J. van Leijenhorst, 'Belastingbeleid', *Weekblad voor fiscaal recht* 1999, paragraaf 3.2.1: 'Omdat het rechtszekerheidsbeginsel strekt tot bescherming van de belastingplichtige geldt het daarop gebaseerde verbod van terugwerkende kracht niet als de terugwerkende kracht in het voordeel van de belastingplichtige is.'

188 Vgl. rechtseconomische literatuur over overgangsrecht waarin wordt opgemerkt dat traditionele overgangsrechtelijke literatuur in die zin onevenwichtig (of zelfs inconsequent) is dat veelal alleen de aandacht uitgaat naar '*transition losses*' en niet naar '*transition gains*'.

in dat artikel vervatte regeling inhield doet er hier niet veel toe, voldoende is om te weten dat die regeling (vrijwel) alom als een gedrocht werd gezien. Tijdens de parlementaire behandeling werd dan ook gediscussieerd over de vraag of de afschaffing geen terugwerkende kracht zou moeten krijgen tot en met het moment van de oorspronkelijke invoering. Senator – en Tilburge hoogleraar belastingrecht – Essers stond een ontkennend antwoord voor op basis van onder meer de volgende argumentatie:

> 'Tijdens de parlementaire behandeling van het (...) gedane voorstel om artikel 12 in te voeren, waren alle bezwaren die aan dit artikel zijn verbonden, bekend. Ze zijn uitgebreid in de toenmalige literatuur gesignaleerd en ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel besproken. (...) Ondanks deze destijds uitgebreid aan de orde gekomen bezwaren heeft een meerderheid in de Tweede en Eerste Kamer zich uitgesproken voor de invoering van artikel 12. Dat deze bezwaren ook daadwerkelijk door een aantal bedrijven als zodanig zijn ervaren (...) valt te betreuren, maar vormt naar onze mening geen reden om artikel 12 met terugwerkende kracht af te schaffen. Wel is er alle reden om artikel 12 zo spoedig mogelijk voor de toekomst af te schaffen.'[189]

Deze argumentatie spreekt mij aan. Er is niets mis mee wanneer een nieuwe regering en een nieuw parlement tot afschaffing van een regeling overgaan op basis van (een andere weging van) argumenten waarin hun voorgangers geen aanleiding zagen om van invoering van die regeling af te zien. Wanneer evenwel in zo'n geval aan die afschaffing terugwerkende kracht wordt verleend, dan wordt in wezen een inbreuk gemaakt op een beslissing van hun voorgangers voor de periode waarin zij nog aan de macht waren. Dát lijkt mij wel bezwaarlijk; wil een representatief democratisch systeem behoorlijk kunnen functioneren dan lijkt mij een zekere eerbied voor hetgeen voorgangers hebben besloten onontbeerlijk. Ook hier speelt de rechtszekerheid overigens een rol: zou een dergelijke *overruling* usance worden, dan is de stabiliteit van het recht en daarmee de rechtszekerheid ver te zoeken.

Het derde voorbeeld betreft de recente tijdelijke verlaging van de overdrachtsbelasting van 6% naar 2%.[190] Bij deze verlaging is het instrument van 'wetgeven per persbericht' ingezet met dien verstande dat de terugwerkende zich zelfs uitstrekt naar een moment gelegen vóór dat persbericht. Wat van dit laatste ook zij,[191] het gaat mij hier om het 'wetgeven per persbericht'. Het desbetreffende persbericht van 1 juli 2011 vermeldde onder meer het volgende:

> 'Het kabinet wil een impuls aan de woningmarkt geven en verlaagt daarom tijdelijk de overdrachtsbelasting van 6% naar 2%. De maatregel maakt onderdeel uit van de woonvisie van het kabinet. Staatssecretaris Weekers van Financiën regelt per beleidsbesluit dat de verlaging met terugwerkende kracht ingaat op 15 juni 2011. (...)

---

189 *Handelingen I* 2005/06, d.d. 29 november 2005, nr. 8, p. 357-358.
190 Belastingplan 2012, *Stb.* 2011, 639, artikel XVI jo. artikel XXXVIII lid 2. *Kamerstukken* 33 003.
191 Vgl. voetnoot 94.

(...) De kosten van deze maatregel bedragen € 1,2 miljard en worden gefinancierd uit de invoering van een nieuwe bankenbelasting (€ 300 miljoen), een constructiebestrijdingsmaatregel in de Vennootschapsbelasting (reparatie van het Bosal-gat € 340 miljoen), het gefaseerd invoeren van de vitaliteitsregeling (500 miljoen) en de eerder in het Regeerakkoord door verhoging van de Assurantiebelasting vrijgemaakte "envelop" (€ 60 miljoen).'[192]

Dit voorbeeld laat zien dat vooral bij voordelige terugwerkende kracht de beslissingsvrijheid van het parlement in hoge mate wordt 'gehypothekeerd' (vgl. paragraaf 5.3.3). Daarbij spelen minstens twee aspecten een rol. Ten eerste, burgers vertrouwen op de mededeling dat de overdrachtsbelasting is verlaagd. Daaraan doet zeker de tekst van het persbericht niet af, nu daarin geen enkel voorbehoud wordt gemaakt met betrekking tot de parlementaire goedkeuring.[193] In wezen stond het parlement voor een *fait accompli* toen het wetsvoorstel werd ingediend dat voorzag in de verlaging van de overdrachtsbelasting met terugwerkende kracht. Gegeven het vertrouwen dat was gewekt kon de maatregel de facto niet meer worden afgewezen, althans niet voor het verleden. Ten tweede, er is ook een mogelijke reflexwerking. In het persbericht worden de bronnen voor de financiering van de verlaging al genoemd. Ook de desbetreffende wetsvoorstellen hebben echter parlementaire goedkeuring nodig, maar ook hier is de beslissingsvrijheid voor het parlement in zekere zin 'gehypothekeerd' juist door de terugwerkende kracht van de maatregel die financiering behoeft: het geld dat de beoogde nieuwe regelingen moet opleveren, is immers reeds 'uitgegeven' aan de verlaging van de overdrachtsbelasting. Kortom, gelet op beide aspecten wordt het evenwicht dat bestaat tussen regering en parlement als organen die samen op gelijke voet de wetgevende macht vormen, verstoord bij een dergelijk geval van 'wetgeven per persbericht'.

Het een en ander heeft – hoop ik – voldoende aangetoond dat ook aan voordelige terugwerkende kracht de nodige haken en ogen kunnen zitten. Daar komt nog iets bij: het gelijkheidsbeginsel in een wat abstractere zin. Immers, aangezien onmiddellijke werking het overgangsrechtelijke uitgangspunt is, impliceert voordelige terugwerkende kracht een afwijkende en voordeligere behandeling. Een dergelijke voordeligere behandeling behoeft een verklaring: waarom is juist in dit wetgevingsgeval terugwerkende kracht aangewezen?

Met het voorgaande is niet gezegd dat voordelige terugwerkende kracht nimmer geoorloofd is. Wel leidt het tot de conclusie dat (ook) voordelige terugwerkende kracht een rechtvaardiging behoeft.

---

192 <www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/07/01/impuls-woningmarkt-overdrachtsbelasting-tijdelijk-naar-2.html>.

193 Het door het persbericht genoemde beleidsbesluit (Besluit van 1 juli 2011, nr. BLKB 2011/1290M) is in die zin zuiverder dat daarin naar voren komt dat het wetsvoorstel nog moet worden ingediend en nog moet worden aangenomen. Niettemin is er ook in dat besluit in die zin geen voorbehoud dat erin te lezen valt dat de Staatssecretaris 'vooruitlopend op wetswijziging [goedkeurt] (...) dat een tarief overdrachtsbelasting van 2 procent wordt toegepast voor de verkrijging op of na 15 juni 2011 van een woning.'

Stellingen

1. De Aanwijzingen voor de regelgeving behoeven aanpassing met betrekking tot de overgangsrechtelijke begrippen (paragraaf 2.1 en 5.2.1).

2. Gelet op de bezwaren die eraan verbonden zijn, dient de regering terughoudend te zijn met het gebruik van het instrument 'wetgeven per persbericht' (paragraaf 5.3.3).

3. Ook al wordt zij (wellicht) uiteindelijk met de sauverende mantel van het *pc-privéregeling*-arrest bedekt, een bewuste premature heffing is op het moment van die heffing evident in strijd met het legaliteitsbeginsel (paragraaf 5.4.3).

4. Bij rechterlijke toetsing van terugwerkende kracht aan het 'nationale' rechtszekerheidsbeginsel zou niet volstaan mogen worden met de beoordeling van de voorzienbaarheid van de heffing maar zouden ook de redenen voor het verlenen van terugwerkende kracht moeten worden beoordeeld (paragraaf 5.5).

5. Een dubbele en verzwaarde motiveringplicht geldt wanneer eerbiedigende werking niet wordt beperkt in de tijd (paragraaf 5.5).

6. Het verlenen van terugwerkende kracht aan voor burgers gunstige wijzigingen, behoeft rechtvaardiging (paragraaf 5.6).

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. B.J. van Ettekoven (voorzitter)
Mr. dr. D. Brugman (secretaris)
Mr. R. Prins (waarnemend secretaris)
Prof. mr. W. den Ouden (penningmeester)
Mr. M.L. Batting (adjunct-secretaris)
Mr. M.G. Hordijk
Prof. mr. M.J. Jacobs
Mr. dr. R.J. Koopman
Mr. H.G. Lubberdink
Prof. mr. dr. A.T. Marseille
Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt
Mr. drs. Th.G.M. Simons
Mr. W.G.B. van de Ven
Mr. dr. J.H. Verweij
Mr. W.J. Wensink
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Ereleden

Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Prof. mr. M. Scheltema

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)

LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)

XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)

118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)
138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof. mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)

142	prof. mr. R.J.N. Schlössels mr. dr. Y.E. Schuurmans mr. dr. R.J. Koopman mr. drs. D.A. Verburg	Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?	(2009)
146	mr. dr. M.M. Groothuis prof. mr. J.E.J. Pring dr. mr. C.J.M. Schuyt	De digitale overheid	(2011)