Tijd voor verandering

VAR-reeks
149

Tijd voor verandering

Over overgangsrecht

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 11 mei 2012

ter behandeling van de preadviezen van

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

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2013

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

© 2013 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 978-90-8974-780-8
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. van Ettekoven 7

Toelichting door de preadviseurs met interventies (ochtendgedeelte) 15

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd 29

Toelichting door de preadviseurs met interventies (middaggedeelte) 33

Stellingenprocedure 63

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. van Ettekoven

'It Ain't Over 'till It's Over'

Het onderwerp van de jaarvergadering is dit jaar overgangsrecht. De problematiek van overgangsrecht, van oude naar nieuwe rechtsregels, is universeel in die zin dat alle landen met een positief rechtsstelsel, waar wetgever en rechter in staat worden geacht rechtsregels te scheppen, er mee te maken hebben. Verder behoort overgangsrecht tot de algemene leerstukken, omdat het zowel het materiële recht als het procesrecht betreft, en in alle rechtsgebieden speelt.

Het zijn niet alleen juristen die zich voor dit onderwerp interesseren. Ook artiesten putten er inspiratie uit. Zo is het vermoedelijk het overgangsrecht geweest dat de bekende Amerikaanse gitarist/zanger Lenny Kravitz in 1991 heeft gebracht tot zijn hitsong: 'It Ain't Over 'till It's Over'. En hij sloeg daarmee de spijker op zijn kop. Nico Verheij reikte mij op een SSR-cursus eens de volgende tegeltjeswijsheid aan: 'het mooiste van overgangsrecht is dat het over gaat'. Ik vraag me echter steeds vaker af of hij het bij het rechte eind had. In het preadvies van Jacobs valt bijvoorbeeld te lezen dat de wetgever de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wet Wajong) aldus heeft gewijzigd dat tot 2057 twee regelingen naast elkaar blijven bestaan. Nog 45 jaar lang zal een van de eerst te beantwoorden vragen bij de toepassing van de Wajong dus een vraag van overgangsrechtelijke aard zijn. 'It ain't over 'till it's over!'

Met de noodzaak van ingrijpende financiële bezuinigingen is te verwachten dat veel wettelijke regelingen zullen worden aangepast en soberder zullen worden. Dat zal leiden tot veel vragen van overgangsrechtelijke aard voor wetgever en bestuur, maar ook voor de rechter. Een fraai voorbeeld daarvan is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage van 3 januari 2012, die de Staat heeft gelast om de wet tot 'Intrekking van de Wet Werk en Inkomen Kunstenaars' buiten werking te stellen vanwege strijd met artikel 1 EP EVRM, lees: het ontbreken van fatsoenlijk overgangsrecht.[1] Andere wettelijke regelingen die boeiende vragen van overgangsrechtelijke aard hebben opgeroepen zijn de afschaffing van de pc-privéregeling, de verlaging van de overdrachtsbelasting van 6% naar 2%, en de Wet verhoging collegegeld langstudeerders, met de langstudeerdersboete. Denk ook aan de wet ter dichting van het gat in de wettelijke grondslag voor het heffen

1 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 3 januari 2012, LJN BU9921, NJF 2012, 74, USZ 2012, 54, m.nt. M.J.A.C. Driessen.

van rechten door gemeenten bij de aanvraag van een identiteitskaart, met terugwerkende kracht via de methode wetgeven per persbericht, en – naar verwachting – een voorstel tot afschaffing van de hypotheekrenteaftrek. Bij dat voorstel zal het vooral aankomen op de vormgeving van het overgangsrecht. Zal het de wetgever lukken een redelijke balans te vinden tussen rechtszekerheid en vertrouwen enerzijds, die vragen om de huidige situatie ongemoeid te laten of te kiezen voor zeer geleidelijk afbouw, en het algemeen belang anderzijds, dat vraagt om spoedige invoering en gelding van de nieuwe regels? Pauwels is in zijn preadvies op deze kwestie ingegaan.

In de preadviezen wordt het thema bestuursrechtelijk overgangsrecht belicht vanuit het perspectief van de wetgever, het bestuur en de burger – behoorlijk breed. We gaan daarover vandaag nog uitgebreid spreken. Wat in de preadviezen niet, althans summier, wordt behandeld, is overgangsrecht vanuit het perspectief van de rechter. Met de preadviseurs is afgesproken dat ik aan dat onderwerp enkele woorden zal wijden.

Allereerst moeten we onderscheid maken tussen de rol van de rechter bij het toetsen van de rechtmatigheid van (wettelijk) overgangsrecht of juist het ontbreken daarvan, en de rechter die zelf een nieuwe rechtsregel introduceert. In dat laatste geval spreken we over rechterlijk overgangsrecht.

De rechter als toetser van (wettelijk) overgangsrecht

Over de rechter als toetser van wetgeving, waaronder dus ook wettelijk overgangsrecht, is veel geschreven. In paragraaf 2.5 van haar preadvies gaat Jacobs er kort op in. In dit kader is het van belang de positie van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter te onderscheiden. Bij de burgerlijke rechter kan de onrechtmatigheid van een wettelijke maatregel rechtstreeks worden aangekaart, bij de bestuursrechter zal dat moeten gebeuren via exceptieve toetsing in het kader van beroep tegen een besluit genomen op basis van een wettelijk voorschrift. Een buitenpositie neemt het beroep tegen een besluit tot vaststelling of wijziging van een bestemmingsplan in. Hoewel een bestemmingsplan wordt gelijkgesteld met een algemeen verbindend voorschrift is er wel beroep tegen mogelijk. Bijzonder is verder dat bestemmingsplannen bepaalde standaardregels dienen te bevatten, onder andere voor overgangsrecht inzake bouwen en gebruik.[2]

Bij de toetsing van wetten in formele zin, dus ook wat betreft het in die wet al dan niet opgenomen overgangsrecht, is van belang het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en het Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad.[3] Uit dat arrest volgt dat wetten in formele zin evenmin mogen worden getoetst aan ongeschreven rechtsbeginselen. Wel kan de rechter die wetten toetsen aan internationale verdragen, zoals aan artikel 1 EP EVRM en aan het Handvest van de Grondrechten van de EU. Bij wetten in louter materiële zin kan de rechter wel toetsen of het ontbreken van overgangsrecht in strijd is met één of meer ongeschreven rechtsbeginselen, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

---

2 Zie artikel 3.2.1. (bouwen) en 3.2.2 (gebruik) van het Besluit ruimtelijke ordening.

3 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, m.nt. MS, AB 1989, 207.

Rechterlijk overgangsrecht

Bij de temporele werking van het rechterlijk overgangsrecht speelt op de achtergrond de discussie over de rechtsvormende taak van de rechter. Veel is er geschreven over de declaratoire en de constitutieve theorie. Mocht u na vandaag echt gegrepen raken door deze materie, dan raad ik u ter lezing aan het proefschrift van Haazen uit 2001: *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*.[4] Je moet maar durven.

De declaratoire theorie stelt dat nieuwe rechtspraak een interpretatie is van het reeds bestaande recht, dat rechters slechts het recht uitleggen zoals het eigenlijk altijd al had moeten worden verstaan (behalve als sprake is van nieuwe wetgeving). Uit de declaratoire theorie volgt ook de terugwerkende kracht van de uitspraak, omdat de nieuwe opvatting immers wordt geacht reeds voordien te hebben gegolden. Het Straatsburgse Hof hanteert nadrukkelijk als uitgangspunt dat zijn rechtspraak declaratoir van aard is. In de constitutieve theorie is de opvatting dat nieuwe rechtspraak nieuw recht constitueert, met andere woorden dat rechtspraak een rechtsbron is. Deze theorie vormt de basis voor de beperking of uitsluiting van terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken, en voor de toepassing van onmiddellijke werking.

Uitgaande van de notie dat de rechter recht schept, is het belangrijk om te onderkennen dat de (bestuurs)rechter twee functies heeft: (1) het beslechten van een geschil, inclusief de uitleg en interpretatie van rechtsregels (rechtsvinding), en (2) het scheppen van rechtsregels (rechtsschepping). Dat kan door van de wet af te wijken, door te anticiperen op komend recht, of door regels te maken waar die nog ontbreken. Als de rechter zich begeeft op het terrein van rechtsschepping, dan moet hij zich, nog meer dan in zijn geschilbeslechtende taak, rekenschap geven van alle relevante belangen. De nieuwe rechtsregel behoeft argumentatie en legitimatie; de rechter zal belangen moeten inventariseren en afwegen en bewust moeten kiezen uit het palet van overgangsrechtelijke mogelijkheden.[5] En het palet is rijk geschakeerd. In zijn proefschrift komt Haazen tot zeventien verschillende methoden van overgangsrecht, waaronder ook de '*obiter dictum*'-methode en de 'reeds aanhangige gedingen'-regel.[6] Maar de hoofdvormen van overgangsrecht die de rechter kan gebruiken zijn, net zoals voor de wetgever: terugwerkende kracht, onmiddellijke werking, eerbiedigende en uitgestelde werking. Ze zijn in de preadviezen van Jacobs en Pauwels uitvoerig aan bod gekomen. Ik loop ze nu kort langs.

Terugwerkende kracht houdt in dat de nieuwe rechtsregel na de openbaarmaking van de uitspraak van toepassing wordt op al vóór die uitspraak bestaande situaties en rechtsverhoudingen. Bij wetgeving is onmiddellijke werking de hoofdregel en terugwerkende kracht de uitzondering. Bij rechtspraak daarentegen is terugwerkende kracht de hoofdregel. En daarbij geldt dat niet kiezen ook een keuze is. Als de rechter 'omgaat' zonder te regelen per wanneer de nieuwe rechtsregel wordt geacht te gelden, dan heeft de uitspraak terugwerkende kracht. In de civiele literatuur is men kritisch op de Hoge Raad, omdat die in belangwekkende arresten, zoals

---

4 O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

5 Zie F.P. Zwart, 'Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht', NJB 17 januari 1997, p. 108-114.

6 Zie Haazen 2001, p. 627.

Lindenbaum/Cohen,[7] *Kelderluik*,[8] *Wrongful birth*[9] en zaken over verkeersaansprakelijkheid, geen specifieke regel inzake het overgangsrecht heeft gegeven, met ingrijpende gevolgen.[10] Zo kon het gebeuren dat de *Lindenbaum/Cohen*-regel uit 1919 door de Rechtbank Utrecht in 1931 moest worden toegepast op feiten uit 1904, terwijl de Hoge Raad dat bij herhaling had geweigerd in andere zaken waarin het geschil dateerde uit de jaren 1902 tot 1909. Hier komt een andere belang in beeld, dat van de rechtsgelijkheid. Door de (materieel) terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken kan de situatie ontstaan dat vergelijkbare gevallen ongelijk worden behandeld. Daar staat tegenover dat het 'profijtbeginsel' meebrengt dat een partij die in rechte strijdt over de uitleg van een wettelijke spelregel, en die gelijk krijgt, mag verwachten dat de nieuwe interpretatie op hem zal worden toegepast. Anders moet de rechter zeggen: ja, je hebt weliswaar gelijk, alleen jij kan het (nog) niet krijgen. Dat valt ook slecht uit te leggen.

Van **onmiddellijke werking** is sprake als de nieuwe rechtsregel ingaat op de dag waarop hij wordt gegeven. Hij werkt dus per nu en voor de toekomst. Als in een uitspraak van de rechter wordt 'omgegaan', geldt de nieuwe rechtsregel voor de aanhangige zaak en voor komende zaken. Uit oogpunt van kenbaarheid van de nieuwe regel, gewekte verwachtingen, opgewekt vertrouwen en rechtszekerheid kan er aanleiding zijn om het voorliggende geval nog af te doen conform de 'oude' opvatting en de nieuwe regel pas toe te passen op nog voor te leggen rechtszaken. Een voorbeeld daarvan is het *Pikmeer II*-arrest van de Hoge Raad, waarin wordt geoordeeld: '5.11. (....) dat de eisen van een behoorlijke procesorde in verband met het belang van de rechtszekerheid meebrengen dat in de onderhavige zaak de Hoge Raad blijft uitgaan van de oordelen en beslissingen waartoe hij in zijn arrest van 23 april 1996, NJ 1996, 513, is gekomen.'[11]

Van **uitgestelde werking** spreken we als de nieuwe regel al wel geldt, maar pas na enige tijd – doorgaans per een bepaalde datum – effectief wordt. Die wijze van rechtspreken geeft partijen en personen in vergelijkbare posities de tijd zich op de nieuwe rechtsregel in te stellen. Als sprake is van een gewijzigd inzicht dan wordt wel gesproken over '*prospective overruling*'. Als een nieuwe regel wordt gecreëerd waar voorheen geen regel gold, dan spreekt men ook wel van '*prospective ruling*'.

Terugwerkende kracht, onmiddellijke en uitgestelde werking zien op de vraag per wanneer de nieuwe rechtsregel kan worden toegepast; het gaat daarbij dus om de temporele werking van het overgangsrecht. Bij **eerbiedigende werking** hebben we het over een ander fenomeen. Bij eerbiedigende werking worden bestaande rechten blijvend gerespecteerd, al dan niet van bepaalde personen, in bepaalde rechtsverhoudingen. Voor die situaties zal de nieuwe rechtsregel niet van toepassing worden, zodat er ook geen overgangsrechtelijk probleem is. In de rechtspraak komt eerbiedigende werking naar mijn weten niet voor.

---

7 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161.
8 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.
9 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.
10 Zie o.a. J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie', in: *Tijd en onzekerheid (BW-jaarkrant)*, Deventer: Kluwer 2000, p. 11-26.
11 HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 en AB 1998, 45.

Kritiek

In de juridische literatuur is men kritisch ten aanzien van de wijze waarop de rechter zich bedient van overgangsrecht. Meestal wordt ten onrechte geen aandacht geschonken aan het overgangsrecht, en als dat wel gebeurt is het vaak weinig consequent en consistent, zo luidt bijvoorbeeld de kritiek van de civilist Smits.[12] Volgens de strafrechtgeleerde Groenhuijsen biedt de jurisprudentie 'geen berekenbaar stelsel van regels over de temporele werking van ingrijpende rechterlijke beslissingen'.[13] Dat is niet mals.

En hoe brengt de bestuursrechter het er vanaf? Bij wijze van test heb ik enkele belangrijke uitspraken uit de afgelopen jaren de revue laten passeren en die aan een overgangsrecht-check onderworpen.

Ik begin met de uitspraak van de CRvB van 28 juli 1994, waarbij het *zelfstandig schadebesluit* is geïntroduceerd.[14] Een baanbrekende uitspraak. Daarbij is in een 'overweging ten overvloede' aangegeven dat beslissingen over de aanspraak op schadevergoeding, die voorheen niet als voor beroep vatbaar besluit werden aangemerkt, onder voorwaarden wel een Awb-besluit zijn, en daarmee vatbaar zijn voor bezwaar en beroep. We zien in deze uitspraak geen expliciete aandacht voor overgangsrecht. De cruciale overweging maakt geen deel uit van de dragende overwegingen, maar staat in een *obiter dictum*. Dat maakt die overweging echter niet minder belangrijk. Volgens Haazen doet de rechter door middel van de *obiter dictum*-methode uitspraken over de stand van het recht, die geen werking heeft tussen partijen (*inter partes*). Of dat ook de bedoeling was van de CRvB betwijfel ik. De uitspraak heeft materieel terugwerkende kracht in die zin dat na de uitspraak alsnog over in het verleden geleden schade een voor beroep vatbaar besluit kan worden uitgelokt. De rem in de tijd zit hier meer in het materiële recht, namelijk in de verjaringsregels.

Had de CRvB er niet verstandiger aan gedaan te kiezen voor onmiddellijke werking of voor *prospective overruling*, door te bepalen dat met ingang van datum x, een datum gelegen in de toekomst, beslissingen over schadevergoeding als Awb-besluit zullen worden aangemerkt? Dan hadden bestuursorganen zoals het UWV en de SVB zich daarop kunnen instellen. Zij hadden de Awb kunnen gaan toepassen op die beslissingen door rechtsmiddelenclausules op te nemen, bezwaar toe te laten, hoorzittingen te organiseren et cetera. Door dit na te laten kwam de gemeente Groningen in 1995 in een civiele procedure, bekend onder de naam *Groningen/Raatgever*,[15] op de gedachte om een rechtzoekende formele rechtskracht tegen te werpen van een beslissing over schadevergoeding die niet als Awb-besluit herkenbaar was geweest. Om de betrokkene rechtsbescherming te kunnen bieden moest de Hoge Raad een uitzondering op de formele rechtskracht aanvaarden en is de leer van de keuzevrijheid ontstaan. Misschien was dat allemaal anders gelopen en had de burgerlijke rechter een andere keuze gemaakt als de CRvB zijn koerswijziging netjes tevoren

---

12 Zie Smits 2000, paragraaf 4 'Op zoek naar consistentie'.

13 M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en "prospective overruling" in het straf(proces)recht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 185-202.

14 CRvB 28 juli 1994, *AB* 1995, 40, *JB* 1994/221 en *RSV* 1995/19.

15 HR 17 december 1999, *AB* 2000, 89.

had aangekondigd, met een overgangstermijn, zodat de praktijk zich daarop had kunnen instellen.

Interessant is ook de koerswijziging neergelegd in de zogenaamde *Brummen I*-uitspraak van de ABRvS.[16,17] In die uitspraak neemt de Afdeling afstand van de zogenoemde *Amicitia*-lijn en oordeelt – kort door de bocht – dat niet alleen uitspraken gezag van gewijsde kunnen krijgen, maar ook overwegingen van de rechter waarbij uitdrukkelijk en zonder voorbehoud een beroepsgrond is verworpen. Tussen partijen 'staan' die oordelen voor de rest van de procedure bij bestuur en rechter. In deze uitspraak is wel voorzien in overgangsrecht, namelijk voor bijzondere gevallen, een soort hardheidsclausule. Daarbij staan rechtszekerheid en kenbaarheid van het procesrecht voorop. Rechtzoekenden die een procesrechtelijke keuze hebben gemaakt afgaande op de eerdere jurisprudentie, zal de nieuwe regel niet worden tegengeworpen, zo oordeelde de Afdeling. Een beperkte toepassing van *prospective overruling*. Ten aanzien van de betreffende rechtzoekende werd niet onderzocht of hij viel onder de overgangsrechtelijke clausule, omdat dit volgens de Afdeling toch niet tot een ander oordeel kon leiden. De aanpak van de ABRvS lijkt op die van de strafkamer van de Hoge Raad in een arrest uit 2001, waarbij de Hoge Raad tot een gewijzigde rechtsopvatting komt, maar de verdachte de nieuwe regel niet tegenwerpt (en hem ontvangt in zijn beroep) omdat de verdachte met die nieuwe regel niet bekend kon zijn.[18]

Het vermelden waard is ook de *rechtseenheidsjurisprudentie* van de hoogste bestuursrechters, waarbij omwille van de rechtseenheid door één college wordt aangesloten bij de oordelen van de andere hoogste bestuursrechter(s).[19] Het gaat dan om rechtsvinding, waarbij het ene college zich aansluit bij het recht, zoals een ander college dat al heeft gevonden. In dergelijke kwesties brengt het profijtbeginsel mee, dat de gewijzigde rechtsopvatting direct wordt toegepast in de voorliggende casus. Die opvatting geldt dan ook voor alle nog lopende procedures. Maar niet voor onaantastbare besluiten en reeds gewezen uitspraken. Wat dat betreft kent het bestuursrecht 'defensieve' mechanismen. Met de 'formele rechtskracht' en het 'gezag van gewijsde' worden uit oogpunt van rechtszekerheid bestaande, bij besluit of uitspraak geformaliseerde verhoudingen beschermd. De rechtsontwikkeling laten we los op aanhangige zaken en nieuwe besluiten en procedures. Interessant, maar ook ingewikkeld is de vraag hoe de formele rechtskracht van een besluit en de terugwerkende kracht van een uitspraak van de bestuursrechter in een aanverwante kwestie zich tot elkaar verhouden, bijvoorbeeld in 4:6-kwesties.

Boeiend vind ik ook de recente uitspraak van de ABRvS waarin een specifieke invulling is gegeven aan het begrip 'goede procesorde'.[20] De Afdeling komt tot het oordeel dat een nieuwe beroepsgrond, die pas werd aangevoerd nadat een deskundigenbericht van de StAB was uitgebracht, in strijd was met de goede procesorde

---

16 ABRvS 6 augustus 2003, *Gst.* 2003/193, *JB* 2003/216 en *AB* 2003, 355.

17 Voor de volledigheid: de (uit)spreker van deze rede maakte deel uit van de kamer die de uitspraak heeft gewezen.

18 HR 27 februari 2001, NJ 2001, 499.

19 Bijv. ABRvS 21 september 2011, *AB* 2011, 299 en *JB* 2011/236 over de verschoonbaarheid van termijnoverschrijding bij een onjuiste rechtsmiddelenverwijzing.

20 ABRvS 29 februari 2012, *JB* 2012/89.

en dus buiten behandeling moest blijven. Rechtsvinding in het concrete geval. De Afdeling voegde daar aan toe dat zij *voortaan* het indienen van nieuwe beroepsgronden later dan drie weken nadat de Afdeling de StAB heeft verzocht een deskundigenbericht uit te brengen, in strijd met de goede procesorde zal achten. Dit is rechtsschepping, hier wordt een nieuwe rechtsregel geformuleerd. De uitspraak roept tal van vragen op. Voor het overgangsrecht is van belang de toepassing van de onmiddellijke werking. Aangekondigd wordt dat de nieuwe invulling van het containerbegrip goede procesorde zal worden toegepast op alle toekomstige gevallen waarin de StAB wordt ingeschakeld.

Tot slot de Wabo-uitspraken van de ABRvS van 9 maart en 13 april 2011.[21] De Afdeling geeft daarin voorlichting over de toepassing van de Wabo in zaken waarop die wet helemaal niet van toepassing was. Dat gaat ver. Misschien wel te ver? Daar kun je verschillend over denken. De hogerberoepsrechter heeft een tweetal zaken uitgezocht om, nog voordat de rechtbanken zich over bepaalde rechtsvragen hadden kunnen uitlaten, uiteen te zetten hoe zij denkt over die rechtsvragen (het begrip besluitonderdeel bij de omgevingsvergunning en de vraag wie belanghebbende is bij een omgevingsvergunning voor een project met meerdere deeltoestemmingen). Heeft dit nou iets met overgangsrecht te maken? Ik aarzel. Het is een vorm van proactieve *prospective ruling*. Dat de *ruling* terecht is gekomen in een uitspraak is min of meer toevallig. Het had ook kunnen staan in het jaarverslag of op de website van de Raad van State. Met zo'n rechter heb je geen prejudiciële procedure nodig; deze rechter geeft al antwoord vóórdat de rechtbanken een vraag hebben kunnen formuleren. Toch is er weinig kritiek op de uitspraken. De oordelen geven zekerheid op belangrijke procesrechtelijke punten, die ook van openbare orde zijn. Ze raken de toegang tot de rechter en diens bevoegdheid. Daarin moet mijns inziens ook de rechtvaardiging worden gezocht voor de wat onorthodoxe handelwijze van de Afdeling. Mogelijk dat de Afdeling ten aanzien van andere openbareordeaspecten in relatie tot nieuwe wetgeving deze methode nogmaals zal hanteren. Het valt echter niet te verwachten dat de hoogste algemene bestuursrechter op soortgelijke wijze materieelrechtelijke oordelen zal geven.

Afronding

Ik kom tot een afronding. Wat is nu het beeld over de toepassing van rechterlijk overgangsrecht door de bestuursrechter? Ik denk hetzelfde als bij de burgerlijke en de strafrechter. Soms is er enige aandacht voor, maar meestal niet. In de uitspraken waarin overgangsrecht ontbreekt, is dat naar mijn inschatting zelden een bewuste keuze. Als de rechter al overgangsrecht creëert, gebeurt dat niet consequent en niet consistent. Kortom, op dit punt kan winst worden geboekt. Maar dan zou het wel helpen als duidelijk is welke criteria moeten worden gehanteerd. En dat is nu net het probleem. De schrijvers die hebben getracht criteria voor rechterlijk overgangsrecht te maken, komen allemaal tot de conclusie dat het lastige materie is, en dat de vraag of het al dan niet overgangsrecht betreft, en zo ja, volgens welke methode dan, van geval tot geval moet worden beoordeeld.

---

21 ABRvS 9 maart 2011, *AB* 2011, 130 (artikel 6:13 Awb, besluitonderdelen) en ABRvS 13 april 2011, *AB* 2011, 234 (artikel 1:2 Awb, belanghebbende).

Smits noemt als mogelijke criteria: de aard van de rechtsverhouding (gaat het om privaatrecht en partijautonomie of om publiekrecht met algemene belangen?), de aard van de nieuwe rechtsregel (is deze bedoeld om een zwakkere partij te beschermen?) en de aard van de zaak (heeft de regel alleen effect op procespartijen of op een grote groep derden?). Groenhuijsen noemt: de stand van de rechtsontwikkeling, de behoorlijke procesorde, en de vraag of de wijziging voor de belanghebbende voorzienbaar/kenbaar was. Haazen verwerpt in zijn proefschrift een categorische keuze voor de declaratieve of constitutieve theorie, en komt met bouwstenen voor zijn democratische rechtsvindingstheorie. Pauwels benadrukt in zijn proefschrift dat het bij overgangsrecht gaat om een weging van belangen, waarbij in elk geval drie belangen een grote rol spelen, namelijk: het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het belang dat is gediend met de nieuwe of gewijzigde regeling. Hij reikt de praktijk een uit verschillende rechtsbronnen gedestilleerde 'omstandighedencatalogus' aan. Daar zitten als omstandigheden – onder meer – in: de voorzienbaarheid van de wijziging, dispositie van belastingplichtigen, grensverkenning van belastingplichtigen, de reactieve en proactieve zorgplicht van de wetgever, consistentie, bijzonderheden van de oude regel (omissie, onduidelijkheid, beleidsmatige regel, termijn in de regel, uitdrukkelijke standpuntbepaling, regel op terrein waarbij langetermijnplanning van groot belang is), de (on)mogelijkheid tot aanpassing van gedrag of rechtspositie, de hoogte van het nadeel, de aard van dat nadeel (dispositienadeel, *windfall-profit*) en de vraag naar compensatie.[22]

Kortom, het ligt genuanceerd. Een eenvoudig recept voor goed rechterlijk overgangsrecht is niet te geven, net zomin als voor goed wettelijk overgangsrecht. Daarom een pleidooi voor meer aandacht voor de gevolgen van rechterlijke oordelen waarbij nieuwe rechtsregels worden gecreëerd. Maar laat de rechter kleine stapjes zetten en kiezen voor maatwerk en nuance in het voorliggende geval. Zodra er meer ervaring is opgedaan, zodra er meer helderheid is ontstaan over de relevante criteria, dan kan mogelijk worden gedacht aan wettelijke regels voor rechterlijk overgangsrecht. Op dit moment is het daarvoor nog te vroeg.

---

22 Een korte opsomming van de catalogus vindt u in noot 127 op p. 223 van het preadvies van Melvin Pauwels. Zie meer uitgebreid M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen* (diss. Tilburg), Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, hoofdstukken 9 en 11. Het proefschrift van Melvin Pauwels is in 2012 beloond met de J.C. Ruigrok Prijs voor Rechtswetenschappen van de Koninklijke Hollandsche Maatschappij der Wetenschappen.

Toelichting door de preadviseurs met interventies (ochtendgedeelte)

Mr. M.J. Jacobs

Tien minuten is wel erg weinig tijd om vier stellingen te behandelen, maar ik zal het proberen. Ik begin met de vierde stelling, omdat de eerste drie vrij technisch zijn; de vierde is wat algemener.

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

Iedere wetgevingsjurist die werkt aan een nieuwe wet, weet dat er op een gegeven moment moet worden nagedacht over het overgangsrecht. Zo nu en dan wordt hier tijdens het werk aan de wet onderling al wel over gesproken, maar eerst moet duidelijk vaststaan wat er in het lichaam van de wet zal komen te staan; vaak wordt het onderwerp dus vooruit geschoven. Op het moment dat het overgangsrecht ter tafel komt, zijn niet alleen technisch-juridische overwegingen van belang – juist niet, zoals al bleek uit de rede van de voorzitter. Het gaat vaak om heel andere afwegingen: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en allerhande politieke afwegingen zijn minstens zo belangrijk; de technisch-juridische overwegingen moeten daar nog tussen geschoven worden. Vervolgens zijn er, praktisch gesproken, nog talloze manieren om een en ander op te schrijven. Pauwels heeft in zijn preadvies niet alleen de typisch overgangsrechtelijke onderwerpen laten zien, maar ook allerhande overgangsmaatregelen die getroffen kunnen worden, zoals ingroeien, compartimenteren, et cetera.

Praktisch gezien weet iedereen dat er drie smaken zijn: onmiddellijke werking, terugwerkende kracht en eerbiedigende/uitgestelde werking. Met andere woorden: wat gebeurt er na de inwerkingtreding? Zijn de nieuwe regels direct van toepassing op alle rechtsposities, op de nieuwe evenzeer als op de oude, dan hebben we het over onmiddellijke of exclusieve werking. Zijn ze al eerder van toepassing, dan hebben we het over terugwerkende kracht. Worden ze later, of helemaal niet, van toepassing, dan hebben we het over uitgestelde of eerbiedigende werking. Deze figuren zijn iedereen in deze zaal bekend, en ze worden in de Aanwijzingen voor de regelgeving uitgelegd. Daar wordt bovendien verwezen naar voorbeelden in de wetgeving en naar nota's die in aanmerking genomen dienen te worden, bijvoorbeeld op het gebied van financiën en socialezekerheidswetgeving.

Vervolgens kan de wetgevingsjurist aan de slag. In de praktijk wordt er nogal eens kritiek geleverd op de bewoordingen van de Aanwijzingen. Ook ik heb daarover iets opgeschreven, maar van ons vieren legt Pauwels een en ander het duidelijkste uit. Hij gaat in op het feit dat bepaalde zaken preciezer geregeld kunnen worden.

Het komt misschien onverwacht dat iemand die bij het ministerie van Veiligheid en Justitie werkt, niet pal achter de Aanwijzingen staat, maar ik ben het wel met hem eens. We moeten onze energie echter niet alleen daarin steken, maar zouden dit onderwerp bij gelegenheid (als er reden is de Aanwijzingen aan te passen) opnieuw kunnen bekijken. Uiteindelijk gaat het om de afwegingen bij het vormgeven van de bepalingen. Ook bij ons gaat er eens in de zoveel tijd iemand aan de slag om te bezien of we meer handvatten kunnen geven voor het afhandelen van bepaalde zaken. Zelf heb ik het ook wel eens geprobeerd (en ik ben niet de enige hier in de zaal), maar het is ons nog geen van allen gelukt. Inmiddels waag ik te betwijfelen of het ooit zal lukken.

Wat kun je dan wel doen? Zorgen dat de aanwezige kennis gedeeld wordt met de wetgevingscollega's en dat je elkaar opzoekt, ook wanneer daar eigenlijk geen tijd meer voor is. Dat is namelijk ook een thema dat bij het maken van overgangsrecht altijd weer opduikt: op het moment dat je eraan toekomt, is het lichaam van de wet min of meer voltooid. De druk is dan vrij hoog om het wetsvoorstel de procedure in te laten gaan, bijvoorbeeld voor advisering van de Raad van State en kort gezegd uiteindelijk de behandeling in de Tweede Kamer, maar dit is ook precies het moment waarop de aandacht begint te verslappen. Vanuit de politieke optiek en vanuit de beleidsoptiek zijn de nieuwe regels het belangrijkst. Zodra deze klaar zijn, komen sommigen in de verleiding om het overgangsrecht over te laten aan de 'technische' wetgevingsjurist. Het is een lastig moment: de druk is hoog, er is te weinig tijd en de aandacht van velen is al afgedwaald. Dat is precies de reden dat ik mijn vierde stelling heb opgenomen: we moeten het niet zoeken in een verdere verfijning van de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar we moeten zorgen dat anderen die bij het wetgevingsproces betrokken zijn aan deze fase net zoveel waarde hechten als wij.

Daarnaast is het van belang dat er kennis wordt uitgewisseld. Dit gebeurt niet alleen bij de gewone opleiding voor wetgevingsjuristen van de Academie voor Wetgeving, maar er worden zo nu en dan ook workshops georganiseerd voor zittende wetgevingsjuristen. Binnenkort wordt er ook zo'n sessie belegd over overgangsrecht, en daarbij komen allerhande voorbeelden op het gebied van wetgeving aan de orde die ook in de preadviezen staan. 'Hoe had dit beter gekund?' of 'Hoe richten we dat in?' Het uitgangspunt is dat eenzelfde situatie zich niet nog eens zal voordoen, maar dat we er wellicht van kunnen leren voor de toekomst. Tot zover mijn toelichting bij stelling 4.

Stelling 1 luidt: '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.'

Dit heeft met kenbaarheid te maken. Het is belangrijk dat degenen die de regels gaan toepassen, deze ook eenvoudig weten te vinden. Vaak staan overgangsregels aan het eind van de wijzigingswet. Gelukkig staat tegenwoordig in de Aanwijzingen voor de regelgeving dat geprobeerd moet worden het overgangsrecht bij een wetswijziging niet in de wijzigingswet op te nemen, omdat het dan bij alle betrokkenen langzaam van de radar verdwijnt, maar in het lichaam van de 'hoofdwet'. Overigens is dit de uitkomst van een discussie die ruim tien jaar geleden heeft gespeeld. Twee wetgevingsjuristen van het ministerie van OCW hebben indertijd betoogd dat het

overgangsrecht niet in de wijzigingsregelingen moet worden opgenomen, maar in de hoofdwet. In 2001 is dit opgepakt in een preadvies dat door Arnold Weggeman is geschreven voor de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid. Uiteindelijk is het thema vervolgens in de Aanwijzingen voor de regelgeving terechtgekomen.

Niettemin staan de overgangsbepalingen nog steeds aan het eind van de hoofdwet. Degenen die met de hoofdwet werken, kijken primair naar het lichaam van de wet en de kennis over het overgangsrecht neemt in de loop der jaren af. Om ervoor te zorgen dat men zich bewust blijft van de regelingen voor de uitzonderingsgevallen, zou opname in het lichaam van de wet wellicht toch beter zijn. De Wajong is een duidelijke illustratie van dit idee. Toen ik het preadvies net af had, werd er opnieuw een wetsvoorstel bij de Kamer ingediend tot wijziging van de Wajong. Dit voorstel bevat een ingewikkelde overgangsregeling die erop neerkomt dat er straks Wajongers zullen zijn van vóór 2010 (die onder het oude recht vallen), Wajongers van 2010 en 2011, en Wajongers vanaf 2012. Dat zijn dus al drie categorieën!

Overigens zijn er ook technische redenen denkbaar voor langdurig overgangsrecht. Een collega wees me erop dat in het scheepvaartrecht de afschrijvingsduur van een schip van invloed is. In dergelijke gevallen kan langdurig overgangsrecht inderdaad praktisch nut hebben. (Misschien verandert dat stelsel ook minder vaak, maar daar durf ik geen uitspraak over te doen.) Tot zover stelling 1.

Mr. H.E. Bröring

Iedereen die zijn contributie heeft betaald en dus in de gelegenheid is geweest het preadvies te lezen, althans door te bladeren, zal zijn opgevallen dat ik mijn preadvies niet heb beperkt tot het overgangsrecht in enge zin, dat wil zeggen tot de regels over opeenvolging van rechtsregels. In de eerste plaats heb ik dat niet gedaan omdat wat op het punt van dit overgangsrecht geldt, en al uitstekend is beschreven door mijn mede-preadviseurs Jacobs en Pauwels, in overeenkomstige zin voor beleidsregels geldt (ik verwijs naar aanwijzing 3 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). In de tweede plaats heb ik recht willen doen aan de diverse beleidsvormen en hun onderlinge verhouding, júíst in de context van beleidsverandering. Daarbij speelt veel meer dan overgangsrecht in enge zin. In de derde plaats heb ik aandacht willen vragen voor de lastige positie waarin het bestuur zit, ingeklemd tussen een wetgever die wat nieuws wil en de burger, en ingeklemd tussen een vertegenwoordigend lichaam (de gemeenteraad of provinciale staten) en wederom de burger.

Wat mij bij het onderwerp van vandaag vooral boeit, is de relatie tussen beleidswijziging en het vertrouwen in de overheid, alsmede de betekenis van het bestuursrecht in dit verband. Duidelijk is dat de politiek ruim baan heeft en dat het vooral gaat om een belangenafweging, waarbij het bestuursrecht in mijn opvatting een ondergeschikte rol speelt. Zoals een psychiater eens over een luierfetisjist zei: 'Deze man heeft geen psychiatrische aandoening, hij is gewoon gek,' zo denk je als bestuursjurist wel eens: 'Dit is niet onrechtmatig, maar het kan gewoon niet waar zijn!' Die scherpe kantjes afslijpen van de uitkomsten van de politieke belangenafwegingen, is vaak al een heel ding. We zullen vandaag vooral spreken over de bijdragen van het bestuursrecht in dit verband, in het bijzonder uit juridisch oogpunt. Ik heb de indruk dat we, voor wat betreft de empirische kant, nog buitengewoon weinig weten, vooral

als het gaat om het besluitvormingsrecht, verandering van beleid en vertrouwen in overheid en bestuur. Ik wil daar dan ook graag aandacht voor vragen.

Jacobs heeft in haar preadvies, en ook zojuist, helder uiteengezet waarom het overgangsrecht een ondergeschoven kindje is. Dit is reden te meer om aandacht te vragen voor het vertrouwensbeginsel.

Ik kom toe aan mijn eerste stelling: 'In overgangssituaties dient het vertrouwensbeginsel tijdelijk voorrang te hebben boven het gelijkheidsbeginsel.' Eerlijk gezegd vraag ik me af of het wel een echte stelling is, want daarvoor zou er iets tegen in te brengen moeten zijn, maar deze stelling lijkt me volkomen vanzelfsprekend. Het enige dat ertegen in te brengen zou zijn, is dat oude en nieuwe gevallen per definitie ongelijke gevallen vormen.

Dan mijn tweede stelling: '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.' Konijnenbelt heeft zich in het NTB afgevraagd of ik me wel rekenschap heb gegeven 'van de algemeen aanvaarde regel dat normaliter *ex nunc* moet worden beslist, dat wil zeggen naar de stand van het recht, de omstandigheden en het beleid op de dag van de beslissing'. Natuurlijk heb ik mij daar rekenschap van gegeven, maar ik zet me juist af tegen die algemene regel. Ik heb het dan uiteraard niet over wijzigingen ten voordele, maar over wijzigingen ten nadele, die na de indiening van de aanvraag of het maken van bezwaar worden doorgevoerd. Het is zelfs zo dat het beleid soms wordt gewijzigd omdat een bepaalde aanvraag is ingediend of omdat een bepaald bezwaar is ingediend, en ik vind dat niet aanvaardbaar.

In de jurisprudentie is over het *ex tunc* beoordelen van ingediend bezwaar wel het een en ander te vinden. Voor de aanvraagfase weet ik dat zo net niet. Soms hoor je anekdotische informatie dat er aanvragen worden opgespaard en dat er pas op wordt besloten wanneer het nieuwe beleid is vastgesteld, maar de omvang van het probleem ken ik niet.

Als normatief uitgangspunt zou ik dus willen pleiten voor een *ex tunc*-beslissing in de situaties waarop ik zo-even doelde. Weliswaar is beslissen *ex nunc* eveneens mogelijk, maar dan alleen indien en voor zover het bestuursorgaan de mogelijkheid heeft de materiële rechtskracht van de *ex tunc*-beslissing aan te tasten, en deze bevoegdheid rechtmatig wordt toegepast. Dan komen vergoeding van dispositieschade en nadeelcompensatie nadrukkelijk in beeld. Tegen deze achtergrond lijkt de tweede stelling me wel degelijk goed verdedigbaar, en vooralsnog wil ik er, ondanks de mooie opmerkingen van Konijnenbelt, aan vasthouden.

Stelling 3: 'Het bestuur mag geen uitvoeringsmaatregelen vaststellen en bekendmaken en toepassen op basis van wetgeving die nog in werking moet treden.' Deze stelling ziet op de situatie waarin de oude wet geen basis verschaft aan de nieuwe, op de komende wet anticiperende uitvoeringsmaatregelen, terwijl deze uitvoeringsmaatregelen al zijn vastgesteld en bekendgemaakt, en zelfs al worden toegepast. Dat lijkt me eenvoudigweg onrechtmatig te zijn. Mogelijk zou er voor het geval van begunstigende veranderingen nog wel een reddende conversietruc verzonnen kunnen worden, maar het gaat natuurlijk vooral om de wijzigingen ten nadele, en

daarbij lijkt dit me een groot probleem. Het komt regelmatig voor, meer dan wij zo weten. Ik vraag me af of de vaste inwerkingstredingsdata die genoemd worden in aanwijzing 17 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, op dit punt niet averechts werken.

Als vierde stelling heb ik opgenomen: 'Wijziging van bestuursrechtelijke *soft law* anders dan in de hoedanigheid van beleidsregels dient, behoudens in geval van richtlijnen, door middel van beleidsregels te geschieden.' Eigenlijk lijkt ook deze stelling me voor zich te spreken. Het is natuurlijk niet mijn bedoeling uiteindelijk alle beleid in beleidsregels te vervatten, want dan heb je alleen nog maar beleidsregels, maar het gaat me om de kernpunten van het beleid. Ik denk dat je deze moet opschalen naar beleidsregels. Ik hecht er zeer aan dat wijzigingen van algemene beleidslijnen ten eerste op grond van algemene afwegingen tot stand komen, ten tweede algemeen kenbaar zijn, en ten derde ingaan op een kenbaar tijdstip. Hieraan liggen allerlei problemen ten grondslag. Je moet haast beleidsdetective zijn wil je doorgronden wat er binnen (vooral grotere) bestuursorganen gebeurt: ze hebben mooie beleidsregels waarmee ze naar de rechter zwaaien, ze hebben interne instructies en prachtige ICT-modellen, met name voor het primaire besluitvormingsproces. Als er dan plotseling iets moet worden gewijzigd omdat er nieuwe wetgeving aankomt, is het in ieder geval mooi om naar buiten toe kenbaar te maken dat je *up-to-date* opereert. Ze passen vervolgens de beleidsregels aan, maar welke impact heeft dat op de verhouding tot de andere beleidsvormen? Heel veel zaken komen niet voor de rechter, en de beleidsregels komen ook lang niet altijd bij de beschikkingen aan de orde. Daar zou soms wel eens een probleem kunnen liggen. Denk bijvoorbeeld aan ICT-problemen: geautomatiseerde systemen zijn lastig aan te passen en er spelen kostenvraagstukken mee. Als je dit via beleidsregels probeert aan te sturen, kun je er misschien wat meer grip op krijgen.

De laatste stelling luidt: 'Buitenwettelijk begunstigend beleid dient niet alleen te worden beoordeeld op consistente toepassing, maar ten minste ook op willekeur.' Deze stelling heeft een wat ruimere strekking dan speciaal het onderwerp overgangsrecht. Aan de andere kant is het zo dat juist buitenwettelijk begunstigend beleid vaak wordt gehanteerd in het kader van het overgangsrecht om ook harde gevallen te kunnen opvangen. De jurisprudentie op dit punt is zo, dat beleidsregels die tegenwettelijk begunstigend zijn, ofwel onverbindend zijn ofwel buiten toepassing gelaten moeten worden omdat ze in strijd zijn met een algemeen verbindend voorschrift. In dat geval vindt een conversie van beleidsregels tot vaste gedragslijn plaats en blijft de toetsing beperkt tot toetsing op consistente toepassing. Daarbij moet je er wel van uit kunnen gaan dat het beleid inhoudelijk niet willekeurig is, maar er zijn allerlei voorbeelden te bedenken waarin dat wel het geval zal zijn. De rechter zou dan verder moeten kunnen kijken dan de toets op consistentie alleen.

Enkele onderwerpen zijn niet in de stellingen vervat, maar toch wel interessant. Ik heb aan het begin van mijn betoog al gezegd dat ik het thema nogal ruim heb opgevat: ik heb meer in het algemeen naar beleidswijzigingen gekeken. Aan de andere kant is ook een aantal deelonderwerpen blijven liggen. Dat geldt bijvoorbeeld voor het onderscheid tussen beleidsregels over belangenafweging en over de feitenvaststelling enerzijds en beleidsregels over wetsinterpretatie of over de juridische feitenkwalificatie anderzijds. Ik zei eerder al dat wat overgangsrechtelijk voor wetgeving geldt, in principe ook voor beleidsregels opgaat, maar ik zou me kunnen voorstellen

dat er belangrijke verschillen zijn in het licht van het onderscheid tussen belangenafweging, feitenvaststelling en het interpreteren van wettelijke voorschriften. Misschien moet je wat de wetsinterpreterende beleidsregels betreft redeneren analoog aan het verhaal van de voorzitter over het rechterlijk overgangsrecht – misschien ook niet, maar dat is een mogelijk punt van discussie.

Wat ik me ten slotte nog wel eens afvraag, is of we niet allemaal gewoon zeurpieten zijn. Veranderingen van wetgeving en beleid horen bij het leven. Wat is daar bijzonder aan? Soms heb je pech – in crisistijd wat meer dan in betere tijden. Dat 'pech moet weg' vind ik vaak niet sterk. Misschien moeten we een beetje volwassen doen. Maar is dat nu het hele verhaal? Dan zouden we wel heel snel klaar zijn! Toch is het niet helemaal als grap bedoeld, want ik proef soms iets willekeurigs. Zo simpel is het natuurlijk ook niet. Ik sluit maar af door aandacht te vragen voor het minst juridische punt binnen het geheel van de vier preadviezen: het belang van het bestuursrecht voor het vertrouwen in overheid en bestuur; we komen er niet door te zeggen dat we allemaal zeurpieten zijn.

Mr. C.N.J. Kortmann

Ik wil graag reageren op de stellingen van Bröring. Ik heb erg genoten van zijn preadvies, en met name van hoofdstuk 2. Dit hoofdstuk schetste het sociologische perspectief, het riep een glimlach op, bevatte een *eye opener* en sloot af met een wijze les.

De glimlach had betrekking op het verloren gaan van het vertrouwen van de burgers in de overheid; ik verwijs naar de pagina's 71-72, met de *cri de coeur* van Bröring over wat er allemaal misgaat in dit land, en naar voetnoot 48 over het verhullend taalgebruik bij het proberen geaccepteerd te krijgen van projecten die iedereen eigenlijk heel verschrikkelijk vindt, het zogenaamde wegschrijven. Bröring zegt, mijns inziens volkomen terecht, 'dat moeten wij niet doen, we moeten eerlijk zijn'. Zijn wijze les aan het einde van hoofdstuk 2 is dan ook: wees eerlijk. Het zou, zo betoogt hij, kunnen verbazen hoeveel mensen een oprecht slechtnieuwsgesprek wel begrijpen. Daarop kom ik aan het einde van mijn betoog nog even terug.

Stelling 2 van Bröring, waarover ook Konijnenbelt in zijn *NTB*-bespreking al iets heeft opgemerkt, eist als hoofdregel dat de datum van de aanvraag de peildatum is voor het toepasselijk recht en voor het toepasselijk beleid. De motivering is, kort samengevat, dat je de regels tijdens het spel niet hoort te veranderen, omdat zo'n verandering een inbreuk op de rechtszekerheid is.

Wat is de gedachte hierachter? Het bestuur mag niet profiteren van de eigen fouten, door laat te beslissen, dan nog drie vernietigingen over het besluit te laten heenkomen tot het zijn zaakjes op orde heeft, en dan ten slotte het besluit te nemen dat het aanvankelijk wilde nemen, maar nog niet kón nemen. De uitzonderingen en nuances zijn onderkend: wijzigingen in het voordeel van de aanvrager kun je natuurlijk gewoon *ex nunc* meenemen, want wat heeft de aanvrager eraan om een *ex tunc*-beslissing te krijgen als hij met de *ex nunc*-beslissing beter af zou zijn? Dit is allemaal nog bekend terrein.

Nu wordt het interessant, want Bröring zegt op pagina 105 dat zijn stelling ook van toepassing zou moeten zijn op drie partijen. In driepartijenverhoudingen wordt de nuance veel lastiger. Wat is namelijk altijd het probleem in het omgevingsrecht? Wat voor de één een wijziging ten voordele is, is bijna altijd een wijziging ten nadele

voor de ander. Is de uitzondering nu van toepassing of niet? Bröring zelf geeft het voorbeeld van de dwangsom: een bedrijf is in overtreding en omwonenden ageren daartegen. Het hele verhaal duurt zó lang dat de overtreding weliswaar wel degelijk met een handhavingsactie bestraft had moeten worden, maar tegen de tijd dat het helemaal is uitgeprocedeerd, is de zaak gelegaliseerd en staat de klager met lege handen. Ik ken een vergelijkbaar voorbeeld dat ik zelf als jonge advocaat heb meegemaakt, waarbij een bouwvergunning werd aangevochten vanwege het ontbreken van een vrijstelling of een heel slechte motivering – typisch zo'n bouwvergunning die nooit verleend had mogen worden. Daar wordt dan over geprocedeerd en er volgt inderdaad een vernietiging wegens motiveringsgebreken, maar tegen de tijd dat je alles gewonnen hebt bij de Raad van State, ligt er ineens een legaliserend bestemmingsplan en beslist de Afdeling, *ex nunc* beslissend, dat de bouwvergunning inmiddels op basis van het legaliserende bestemmingsplan gewoon verleend kan worden. Daar sta je dan, als cliënt en advocaat, vele declaraties en vele jaren verder, met lege handen. Wat had hier natuurlijk moeten gebeuren? De rechter had moeten schorsen, maar rechters schorsen niet, omdat het best zou kunnen dat iets uiteindelijk gelegaliseerd wordt. Misschien zouden rechters in dit soort gevallen, ook als correctiemaatregel en om het evenwicht te herstellen, wat meer moeten schorsen en wat minder moeten uitgaan van de verwachting dat dat legaliserende bestemmingsplan er wel komt. Indertijd vond ik het heel onrechtvaardig toen ik de uitspraak binnenkreeg, maar iemand zei tegen mij: 'Wat zeur je toch: als de Afdeling je gelijk had gegeven, had de bouwer morgen opnieuw een aanvraag ingediend die gewoon verleend zou zijn.' Eigenlijk had hij daar gelijk in.

Daarna schreef Nico Verheij het lezenswaardige artikel 'Tussen toen en nu' om aan te geven hoe je van geval tot geval de balans moet zoeken tussen *ex nunc* en *ex tunc*, en ik geloof dat dat nog steeds gelding heeft.

Om de discussie levendig te houden, wil ik er een stelling tegenover zetten. Mijn stelling is: 'Er moet nog veel meer *ex nunc* beslist worden.' Zulke beslissingen zien we bijvoorbeeld in het vreemdelingenrecht, en bij de Afdeling loopt al een tijd een heel goed project met het doel geschillen zo veel mogelijk finaal te beslechten. In feite zie je daar veel vormen van verdekte *ex nunc*-beslissingen, met name bij de ongegrondverklaringen. Wat gebeurt er namelijk? Er wordt gezegd dat het besluit destijds eigenlijk niet rechtmatig was, maar dat het inmiddels, gelet op wat er in de procedure naar voren is gebracht, wel rechtmatig is geworden. Vervolgens heeft de rechter de instrumenten om dit ook te belonen, namelijk hetzij door te vernietigen met instandlating van de rechtsgevolgen, hetzij door zelf in de zaak te voorzien. Zo kan de rechter ineens wel *ex nunc* beslissen en alsnog het besluit nemen dat past bij het moment waarop de uitspraak wordt gedaan.

Waarom zou ik dit nu willen bepleiten? Ik denk, en dat baseer ik ook op mijn praktijkervaring, dat burgers de behoefte en de verwachting hebben dat de rechter een toekomstgerichte uitspraak zal doen. Een uitspraak waarvan je weet waar je nu staat en hoe je vanaf nu verder kunt in de toekomst. Burgers zitten vaak niet te wachten op een uitspraak van een rechter die iets zegt over wat er vijf jaar geleden had moeten gebeuren. Eén nuance hierop: voor het schadevergoedingsrecht is het natuurlijk wel belangrijk om te weten wat er vijf jaar geleden had moeten gebeuren. Voor het overige zou ik zeggen: probeer, daar waar het kan, zo veel mogelijk met de blik naar de toekomst te beslissen. Laten we wel wezen, civiele rechters doen dat ook.

Ook hierop kun je natuurlijk weer nuances aanbrengen. Ik hoorde er al één van Bröring. Hij schetste de situatie dat *ex tunc* een rechtmatige beslissing genomen had kunnen worden die voor de bestuursrechter onaantastbaar was geweest. Misschien moet dat inderdaad wel worden gerespecteerd, omdat je burgers anders in feite rechten afneemt die ze eerst hadden.

Tot slot: is het zielig en gemeen spel, om de spelregels te wijzigen en *ex nunc* te beslissen? Ik ben het wel met het slotwoord van Bröring eens: het is ook een consequentie van wat de Grieken *panta rhei, kai ouden menei* noemden, de samenleving staat niet stil en alles verandert. Als er dan wat veranderd is, leg de burger dan goed uit waarom de spelregels zijn veranderd en waarom de spelregels toevallig *tijdens* zijn wedstrijd zijn veranderd, maar niet *vanwege* zijn wedstrijd. Laat de rechter het bestuur tijdens de zittingen ook goed bevragen: hoe komt het dat het beleid is gewijzigd? Zit daar een algemene gedachte achter of is het toegespitst op deze zaak? Als het bestuur dat kan uitleggen, eindigen we met het slechtnieuwsgesprek voor de burger, waarvan Bröring terecht heeft gezegd dat het ons nog zou kunnen verbazen hoeveel mensen een oprecht slechtnieuwsgesprek wel kunnen begrijpen.

Mr. H.E. Bröring

Het is inderdaad een lastig onderwerp, en het ligt ook voor de hand dat het nader aan de orde komt. De interveniënt heeft de verschillende aspecten uitstekend verwoord.

Ik heb primair gekeken naar tweepartijengeschillen zoals uitkeringen, en dan ligt het ook niet zo ingewikkeld. Het ligt wel ingewikkeld wanneer het gaat om derdenbelanghebbenden. Ik denk dat we ons steeds moeten afvragen, zoals zojuist ook werd aangegeven, wat het bestuursorgaan in materiële zin zou mogen doen als het opnieuw zou besluiten. Heeft het, los van alle procedures (dus ook van bezwaar en beroep) en los van de rechtsbescherming, de bevoegdheid om nu *ex nunc* een nieuw besluit te nemen waarmee op de een of andere wijze wordt teruggekomen op een eerder besluit? Dit zou eigenlijk steeds het uitgangspunt moeten zijn! Zoals ik ook in mijn inleiding heb benadrukt, zou de materiële rechtskracht volgens mij de hoofdregel moeten zijn.

Waar het mij om gaat, is dat de bestuurder helderheid verschaft over de reden van de wijziging en het moment daarvan. Het gaat vaak niet om de mooie beleidsregels die prachtig worden bekendgemaakt, maar om de veranderingen die soms sluipenderwijs in besluitvormingsprocessen plaatsvinden. Ik heb voorbeelden gegeven van een nieuwe interpretatie van bestaand beleid of een opschuivende, steeds strenger wordende invulling van een bepaalde rechtsnorm of beleidsnorm. Ik zou dus als uitgangspunt van de beoordeling, om recht te doen aan partijen (hetgeen vaak neerkomt op schadevergoeding), het *ex tunc* willen benadrukken. Ik heb dat ook expres wat aangezet, omdat het 'in' en 'hip' is om *ex nunc* te besluiten, maar soms zie je procedures met een uitkomst waarvan mensen denken: 'Als ik dát had geweten, was ik er nooit aan begonnen; ik ben buitengewoon teleurgesteld.' Het is toch beter om open kaart te spelen en precies aan te geven waar de pijn zit. In het recht gaat het dan vaak om secundaire verbintenissen, om geld; dat ís niet anders. Ik weet niet of we er uiteindelijk heel verschillend over denken, maar het belang van eerlijkheid en zuiverheid heb ik in mijn verhaal toch willen benadrukken.

Voorzitter: Dit is ook het domein van Backes. Heeft u behoefte aan het maken van aanvullende opmerkingen op dit punt?

C.W. Backes: Ik kan me goed indenken wat de motivatie van Bröring is om tot dit iets afwijkende standpunt te komen, maar er dreigt een verdere juridisering. Er bestaat nu een verschil tussen rechtsnormen en beleid. Daar passen we de *ex nunc*- en de *ex tunc*-benadering op toe. Als iemand op een wettelijke bepaling heeft vertrouwd bij het indienen van zijn aanvraag, dan kun je deze wet tijdens de rit van de aanvraag doorgaans niet zo snel veranderen als je beleid kunt veranderen. Dat is een belangrijk verschil en dat is ook niet zonder reden. Als je nu zegt dat ook het beleid niet veranderd kan worden (zonder schadevergoeding) wanneer iemand een aanvraag heeft ingediend, dan leidt dat mijns inziens tot een verdere juridisering van de bestuurlijke beleidsruimte, en ik vraag me af of dat een gewenste ontwikkeling is en of we die kant wel moeten opgaan.

Bröring: Wat Backes daar zegt over wetgeving, zou dan net zo moeten zijn als ik het voor beleid betoog: ook uitgaande van *ex tunc* toen de aanvraag werd ingediend. Ik houd dus vast aan mijn stelling. Het is allemaal wel enigszins te ondervangen door tijdig bekend te maken dat er dingen gaan veranderen en waarom dat zo is. Dan moet je daar maar wat meer tijd voor nemen. Tenslotte hoeven besluitvormingsprocedures niet zo heel lang te duren. Als je een aanvraag indient en kosten maakt, bijvoorbeeld door architecten of ingenieurs in te schakelen, is de aankondiging van nieuwe wetgeving en nieuw beleid buitengewoon belangrijk. Misschien zal dat ook weer tot juridisering leiden vanwege de vragen die worden opgeroepen, maar daaraan kan men tegemoetkomen, in ieder geval door middel van schadevergoedingsplichten.

Mr. C.N.J. Kortmann

Een terrein waar volgens mij nog wel winst te boeken is, en dan kom ik terug bij het onderwerp van vandaag, is het gebied van het overgangsrecht. Bij wetgeving is het vaak een ondergeschoven kindje en bij nieuw beleid wordt er nog minder over nagedacht. Ik denk dat de rechter daarin wel een nuttige rol zou kunnen vervullen, door als zo'n situatie zich in een zaak voordoet, wanneer het beleid bijvoorbeeld hangende de bezwaarprocedure gewijzigd is, het bestuursorgaan kritisch te bevragen over de beleidswijziging. 'Hebt u bij het vaststellen van het beleid rekening gehouden met het feit dat er overgangssituaties zijn? Welke afwegingen hebt u daarbij gemaakt?' Als het bestuur daarop reageert door te zeggen dat er afwegingen zijn gemaakt, maar dat het toch besloten heeft het algemene belang van de onmiddellijke werking van het nieuwe beleid te laten prevaleren boven het individuele belang van de aanvragers, dan zou de rechter de afweging van het bestuur marginaal of terughoudend kunnen toetsen. Als het bestuursorgaan ter zitting verschijnt en er blijk van geeft hier niet over nagedacht te hebben (en dat geldt ook als bepaalde belangen bij toetsing van wetgeving niet verdisconteerd blijken te zijn), dan zou je een wat intensievere toetsing van de rechter kunnen verwachten. Als rechters dit consequent zouden doen, zou dit het bestuur stimuleren zich bij het vaststellen van nieuw beleid zorgvuldig af te vragen wat er gebeurt in overgangssituaties.

Mr. A. Drahmann

Ik werk bij Stibbe en aan de Universiteit Leiden.

Van mijn kant een vraag die direct inspeelt op de *ex tunc-ex nunc*-kwestie die hoort bij stelling 2. Bröring heeft al de nuance gemaakt dat het met name gaat over beleidswijzigingen *ten nadele*. Ik zou willen wijzen op een soort besluiten en een soort beleidsregels waarvoor dit heel specifiek geldt met betrekking tot de aanvraagprocedure, namelijk de schaarse besluiten. Dit zijn besluiten waarbij je een competitie organiseert en een wedstrijd organiseert. Bij wedstrijden is het heel gebruikelijk dat je tijdens het spel de regels niet verandert – je kunt tijdens het WK snooker niet plotseling de waarde van de ballen wijzigen. Is dat wellicht, als we het hebben over stelling 2, ook nog een interessante invalshoek: te zeggen dat het moment van de aanvraag als uitgangspunt moet gelden voor het bepalen van de spelregels?

Bröring: Ik denk dat dit een voorbeeld is van gevallen waarin de *ex tunc*-benadering benadrukt zou moeten worden. Drahmann geeft zelf al aan dat hier ook bepaalde regels of criteria in de loop van de procedure worden veranderd, en dat zou inderdaad niet moeten kunnen. Het is een mooi voorbeeld van een situatie waarin de *ex tunc*-benadering extra belangrijk is. Het verschilt inderdaad per soort besluit en het zou ook nog kunnen afhangen van het type beleidsregel: als het gaat om een verandering van feitenvaststellende beleidsregels ligt het weer anders. Bij wetsinterpreterende beleidsregels zou je, in lijn met wat in de rechtspraak dominant is, ook de *ex tunc*-benadering kunnen kiezen. Er zijn dus allerlei varianten denkbaar en het beeld is niet eenduidig. Mijn hoofdpunt is het voorstel om de *ex tunc*-benadering vaker te kiezen, en het voorbeeld van Drahmann illustreert het belang van die stellingname.

Mr. A. Marius-van Eeghen

Ik ben advocaat in Den Haag, werkzaam bij Wessel Tideman Sassen.

Ik vind deze discussie over *ex tunc* en *ex nunc* heel interessant. Kortmann zei al dat we het eigenlijk over overgangsrecht hebben, maar misschien gaat de VAR hier nog eens een dag aan besteden.

Waar komt de *ex nunc*-toetsing nu toch vandaan? Volgens mij is het intussen de hoofdregel geworden. Bij het besluit in heroverweging wordt gekeken wat de stand is, en daar wordt aan getoetst. Is dat niet ingegeven door de gedachte dat het bestuur een handje moet worden geholpen? Bröring laat merken dat dat wellicht niet de goede filosofie is. De *ex nunc*-toetsing is ontwikkeld in de rechtspraak. Het bestuursorgaan krijgt zo de kans om elementen die mogelijk tot vernietiging zouden kunnen leiden, toch nog te herstellen.

Bröring: Ik wil juist niet zo ver gaan dat ik de *ex nunc*-benadering beschouw als 'het bestuur een handje helpen'. Het bestuur moet altijd *ex nunc* beslissen, beslissen is een *ex nunc*-bezigheid op zichzelf. Waar het nu gaat om verandering van beleid is het lastig om te bepalen wanneer je *ex nunc* moet beslissen op grond van nieuw beleid als je de bevoegdheid hebt om ook materieel de rechtskracht aan te tasten, omdat je anders toch op grond van nieuw beleid zo'n nieuw besluit zou mogen nemen. Als je

dat kunt, en je neemt het in de gewone aanvraag of bezwarenprocedure mee, dan zie ik niet in dat dat 'het bestuur helpen' is, dan is het gewoon procedureel de kortste klap. Daar zie ik het probleem dus niet zozeer, maar wel in de zin van zuiverheid en om goede aanknopingspunten te vinden voor met name schadevergoeding en nadeelcompensatie. Die problemen mogen niet weggemoffeld worden, waarbij de mensen in verbazing achterblijven.

Marius: Ik heb een voorbeeld uit de praktijk, waarover de Raad van State op 29 december 2010 heeft beslist. Het ging om beleid van het ministerie van VROM, althans, er was een folder waaruit bleek (en zo werd het ook door burgers begrepen) dat de afstand van een bovengrondse hoogspanningslijn tot woningen in beginsel niet minder dan 200 meter mocht zijn. Na de aanvraag is er een beleidswijziging gekomen waarin dat is veranderd in een afstand van 50 meter. Bij de burger is dat erg slecht gevallen, want de strook werd plotseling versmald van 200 meter tot 50 meter. Mensen zijn daardoor bijzonder teleurgesteld in de overheid. Hoe ziet Bröring dit voorbeeld in het kader van zijn betoog in het preadvies?

Bröring: Ik zou wel hoge eisen verwachten op het punt van de motivering van de beleidswijziging. Marius had het over een folder, en dan hoop ik dat het gaat om een prachtige beleidsregel met een mooie motivering, kenbaar, enzovoort. De verandering is namelijk nogal fors, van 200 meter naar 50 meter, en dan zou daar bijzondere aandacht aan geschonken moeten worden. Als echter uitstekend is onderbouwd dat 50 meter voldoende is, dan zou ook bij een later besluit de hoogspanningsmast op 50 meter afstand geplaatst kunnen worden. Dat is materieel toch het uitgangspunt.

Dan rijst vervolgens de vraag of er ook schade is geleden doordat er aanvankelijk van de 200 meter-grens is uitgegaan. Heeft dat te maken met het aangaan van onderhandelingen met betrekking tot verkoop? U kunt er zich allerlei casuïstiek bij voorstellen. Het uitgangspunt blijft de vraag of deze beleidswijziging op zichzelf zorgvuldig is en goed gemotiveerd. Daar zou soms in de rechtspraak wel wat preciezer naar gekeken kunnen worden. Dat raakt niet speciaal het onderwerp overgangsrecht.

Voorzitter: We zijn er meesters in om het steeds breder te trekken: uiteindelijk gaat ook deze vergadering weer over het besluitbegrip, dat kan ik u voorspellen!

Mr. I. Sewandono

Ik werk bij de Open Universiteit. Ik ben jaren geleden lid geweest van de werkgroep Aanwijzingen voor de regelgeving, en uit dien hoofde enigszins bevooroordeeld in deze discussie.

Wat ik mis in de *ex tunc*- en *ex nunc*-discussie, is de verwijzing naar artikel 7 EVRM – dat is een stokpaardje van mij. Ik zie in het sociale recht wel eens maatregelen. De jurisprudentie komt erop neer dat het opleggen van een maatregel, kort door de bocht, strafrecht kan zijn onder omstandigheden, en dat levert een probleem op met het overgangsrecht zoals dat wordt voorgeschreven door artikel 7 EVRM. Dat aspect heb ik tot nu toe gemist in de commentaren.

Jacobs: Sewandono plaatst dit in de sleutel van de stelling van Bröring, dus ik vind het lastig hierop te reageren.

Voorzitter: En als we het hebben over wetgeving en wijziging van wetgeving in verband met artikel 7 EVRM?

Jacobs: Bij het vormgeven van overgangsrecht moet je je aan artikel 7 houden.

Sewandono: Laat ik het iets anders zeggen: er is onder omstandigheden ook een internationaalrechtelijke en grondrechtelijke waarborg voor *ex tunc*-overgangsrecht.

Voorzitter: Er wordt door zeker drie van de vier preadviseurs instemmend geknikt!

Mr. W. den Ouden

Ik werk aan de Universiteit van Leiden. Allereerst wil ik zeggen dat ik alle preadviezen met veel plezier heb gelezen. Ik wil graag ingaan op stelling 1 van Bröring. Ik wilde hem vragen om een toelichting daarop, maar ik heb inmiddels van de voorzitter begrepen dat dat niet de bedoeling is. Vervolgens wilde ik de stelling nuanceren of er een klein beetje tegen zijn, maar ik begreep van Bröring dat dat ook geen optie is. Nu stel ik dan maar gewoon een vraag over deze stelling.

In de eerste stelling wordt het vertrouwensbeginsel in overgangssituaties sterk benadrukt; Bröring vindt zelfs dat het vertrouwensbeginsel in overgangssituaties voorrang zou moeten krijgen boven het rechtsgelijkheidsbeginsel. Ik begrijp uit de uitleiding dat hij daarmee vooral bedoelt dat er meer eisen moeten worden gesteld aan de tijdige aankondiging van nieuw beleid door het bestuur, zodat er een gewenningstijd is voor burgers die door het nieuwe beleid worden geraakt, en dat burgers waar nodig een tegemoetkoming in de vorm van compensatie moeten krijgen.

Dat kwam mij heel bekend voor. Het deed me sterk denken aan wat er al in de Algemene wet bestuursrecht is bepaald, niet in het algemeen, maar wel ten aanzien van subsidierelaties. In artikel 4:51 Awb is geregeld dat als je een langdurige subsidierelatie, waarin vertrouwen is ontstaan, wegens gewijzigde inzichten stopzet, er een redelijke termijn in acht genomen moet worden. Als er geen redelijke termijn rest tot aan het einde van het lopende tijdvak, dat wil zeggen: wanneer de periode na bekendmaking van het nieuwe beleid geen fatsoenlijke gewenningsperiode meer geeft, dan moet het bestuur zo nodig doorsubsidiëren, lees: compenseren voor de vrij plotselinge beleidswijziging. Als ik het goed zie, staat daar ongeveer wat Bröring bepleit. In 'gewijzigde inzichten' lees ik: nieuw beleid, bezuinigingen.

In de praktijk heeft deze bepaling ertoe geleid dat bestuursorganen zo vroeg mogelijk wijzigingen in hun beleid bekendmaken. Soms weten ze nog niet precies wat er gaat gebeuren of wat het nieuwe beleid zal zijn, en weten ze alleen dat ze iets gaan veranderen (meestal: bezuinigen), en dat kondigen ze dan alvast aan omdat het consequenties zou kunnen hebben voor bestaande subsidieontvangers. Als je zo snel mogelijk meldt dat je beleid gaat veranderen, dan kun je daarmee ook de gewenningsperiode vast starten, zo is de gedachte, en loop je zo weinig mogelijk risico dat je moet compenseren.

Dit artikel bestaat inmiddels al bijna vijftien jaar en heeft tot aanzienlijke jurisprudentie geleid, en het leidt ook op dit moment nog tot aanzienlijke jurisprudentie, nu er ook op langdurige subsidierelaties veel bezuinigd wordt. De vragen waar dat allemaal toe leidt, zijn ingewikkeld, maar een belangrijke vraag is in ieder geval hoe concreet het gewijzigde beleid nu moet zijn. Zonder al te diep op de specifieke jurisprudentie in te zoomen, zou ik wel het volgende aan Bröring willen vragen. Als je pleit voor het snel aankondigen van nieuw beleid, hoe voorkom je dan deze tendensen? Het lijkt zo logisch om ervoor te pleiten, maar als dat uiteindelijk tot resultaat heeft dat het bestuur ieder vaag voornemen over de burger heen gaat storten, dan heeft het allerlei nadelen. Zou het dan niet juist tot meer onrust en meer onzekerheid bij de burgers leiden?

Mr. H.E. Bröring

Dit is een interessante vraag. Ook hier is de casuïstiek van groot belang. Het heeft me altijd verbaasd dat de invoering van een nieuwe regeling steeds weer opeens zo snel moet gebeuren. Waarom zouden we daar nu niet een beetje meer tijd voor nemen? Laten we de organisaties die nadere regelgeving moeten vaststellen de tijd gunnen zich op de nieuwe regeling in te stellen, en laten we de organen die nader beleid moeten formuleren en beschikkingen moeten nemen de gelegenheid geven op hun beurt hun belanghebbenden voor te lichten. Het is nogal een verschil of je een geïsoleerd geval bekijkt met één bestuursorgaan en één burger, of voorbeelden zoals ik heb beschreven op het terrein van het onderwijs, waar colleges van bestuur instellingstarieven moeten vaststellen. Wanneer er wetgeving aankomt die uiteindelijk in het voorjaar wordt vastgesteld, op het moment waarop de studenten zich gaan oriënteren, moeten de instellingsbesturen nog in de zomer hun regels vaststellen. Tegen die tijd is de termijn veel te kort. In dit geval kondigden bestuursorganen dus niet ruim van tevoren in algemene zin op hun prachtige websites aan dat er van alles zou kunnen veranderen, en heeft men nog helemaal niets gedaan. Ik vind dat buitengewoon ongelukkig. In zo'n situatie zou ik me kunnen voorstellen dat een bestuursorgaan de komst van nieuwe wetgeving aankondigt, opdat studenten er rekening mee kunnen houden dat de tarieven van de afgelopen jaren zouden kunnen gaan veranderen. Dan is de waarschuwing in ieder geval vast gegeven. Over het algemeen is dat niet gebeurd, en dat vind ik een slechte zaak. Je moet je eigen verantwoordelijkheid nemen. In zo'n situatie hoef je niet heel concreet aan te kunnen geven wat de tarieven zullen worden, maar je zou wel alert moeten zijn en moeten reageren op de andere actoren in het geheel, door aan te geven dat hún acties mogelijk consequenties zullen hebben.

Verder is natuurlijk van belang of het gaat om een wijziging die van toepassing zal zijn op een volkomen nieuwe rechtsbetrekking of op een bestaande rechtsbetrekking. Ook is nog van belang om welk type rechtsbetrekking het gaat. Je kunt denken aan duurzame rechtsbetrekkingen, maar je kunt ook denken aan tijdvakrechtsbetrekkingen (zoals het jaarlijks betalen bij het onderwijs, al is dat nog weer een ander type) of prolongatiebeschikkingen.

Hierbij wil ik nog concreet aandacht vragen voor wijzigingen die een hele keten doormaken, vanuit wetgeving naar uitvoeringsorgaan, waarna ze in de vorm van beschikkingen de burger raken. Het lijkt me evident dat iedere actor in zo'n geheel

zijn eigen verantwoordelijkheid hoort te nemen. Uitgaande van de situatie dat bestuursorganen een discretionaire bevoegdheid hebben, verbaas ik me over de houding in de rechtspraak: zodra een wetsvoorstel is aanvaard, laat men voor de burger gelden dat hij kon weten dat er veranderingen zaten aan te komen. Daar ben ik het niet mee eens, want het vertrouwensbeginsel moet ook op dat punt precies worden genomen. Daarin heeft Marius wel een punt, want het bestuur wordt in dit soort situaties soms wel erg geholpen. Het bestuur komt hier te gemakkelijk mee weg. Het moet z'n verantwoordelijkheid nemen en waarschuwen. Voor zover het kan concretiseren, moet het dat doen, maar vaak lukt dat niet.

Voorzitter: Is dat dan voldoende? Wanneer je vroeg gewaarschuwd hebt ('Kijk uit, het gaat veranderen!'), mag je dan later, tijdens het spel, de regels nog veranderen?

Bröring: Sommige universiteiten hebben dit netjes opgelost door een jaar uitstel toe te passen. Dan heeft het bestuur pech! Het bestuur of de universiteit zou dan wellicht kunnen proberen het nadeel te verhalen op de centrale overheid wegens onrechtmatige wetgeving. Dat zou ik een belangrijk punt vinden, want je wordt op dat moment wel met schade opgezadeld of er wordt je onfatsoenlijk bestuur opgedrongen.

Voorzitter: Van zeurpieten wordt het nu zwartepieten!

Mr. W. den Ouden

We zijn het er volgens mij grotendeels over eens dat het afhangt van de omstandigheden en dat er zo zorgvuldig mogelijk gehandeld moet worden. Bij Brörings laatste benadrukking van de waarschuwing zou ik zelf ook een waarschuwing willen geven. De waarschuwing is opgenomen in datzelfde stelsel van artikel 4:51 Awb: er moet een aankondiging van beëindiging plaatsvinden en dat is een soort waarschuwing. We mogen het van de voorzitter niet over het besluitbegrip hebben, maar deze bepaling heeft tot een enorm gedoe geleid, want wanneer is zo'n aankondiging nu een besluit en wanneer kun je ertegen opkomen? Dit levert allerlei formelerechtskrachtproblemen op. Voordat we nu een soort rechtsregel maken van de waarschuwing, zou ik willen aanraden om nog eens naar de desbetreffende jurisprudentie te kijken. Er is inmiddels vijftien jaar ervaring.

Bröring: Ik denk bij het soort waarschuwingen waar ik het over heb zeker niet in termen van besluiten.

Den Ouden: Nee, maar dat kunnen het wel wórden.

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

De voorzitter spreekt als volgt

Ik wil u graag vertellen wat er de afgelopen week is gebeurd, en meer in het bijzonder op woensdag 9 mei jl. De VAR was toen te gast bij de Radboud Universiteit in Nijmegen, waar de VAR-pleitwedstrijd werd georganiseerd onder de voortreffelijke leiding van Annette Bots en Arie Jansse Bok, die alles goed hebben laten verlopen.

De locatie was bijzonder sfeervol, spiritueel zelfs: een oud klooster in Ravenstein. Tien teams van tien universiteiten hebben tegen elkaar gestreden, het betrof in totaal zo'n vijftig studenten met ongeveer dertig begeleiders. Na de ochtendronde, waarin een casus is bepleit over Grand Café 't Haantje (de decaan maakte later bekend dat het zijn stamcafé was, dus zo zie je maar weer waar het recht vandaan komt), waren er vier teams over: Rotterdam, Leiden, Utrecht en Maastricht.

's Middags vonden de kleine en de grote finale plaats. In de kleine finale werd een heel aardige casus behandeld over een ligplaatsenverordening. Bij een zekere Jacco in de Bommelerwaard ritselde er wat tussen de rietkragen, want hij wilde verder met zijn LAT-relatie, maar ook zijn woonboot behouden; het was een spannende casus. Er is vurig over gepleit en Leiden is uiteindelijk als winnaar van de kleine finale uit de bus gekomen, en daarmee derde geworden. De Erasmus Universiteit werd vierde.

Toen brak het moment aan: de grote finale in de tweede helft van de middag. De teams van Utrecht en Maastricht streden tegen elkaar over een behoorlijk bizarre casus, zoals ook door de rechters werd opgemerkt. Het speelde zich allemaal af op de jaarmarkt in Groesbeek. De dorpsvereniging van Groesbeek wilde graag een jaarmarkt houden, en werd geconfronteerd met het standpunt van de gemeente dat daar wel voor moest worden gedokt. Uiteindelijk ging de rechtsvraag erover dat de dorpsvereniging dolgraag belasting wilde betalen (op zich vrij uitzonderlijk), en dat de gemeente dat niet wilde accepteren (eveneens vrij uitzonderlijk). Via vragen van de rechters bleek het uiteindelijk te gaan om allerlei problemen met privaatrechtelijke overeenkomsten, evenementenvergunningen en wat dies meer zij. Ook artikel 229, eerste lid, onder a, Gemeentewet kwam nog voorbij.

De rechters, Theo Simons, Eveline Ruinaard en Jan Reinier van Angeren, hebben stevig doorgevraagd, en er werd ook aan nieuwe zaaksbehandeling gedaan, stevig gefinaliseerd, doorgevraagd naar de vernietiging, en wat bleek: de studenten bleven moeiteloos overeind!

Toen kwam het aan op het juryrapport. Theo Simons heeft de studenten toegesproken en de spanning nam enorm toe. U kunt dat ook afleiden uit de eindstand: er

konden 25 punten behaald worden voor het pleiten in de finale, en de eindstand was 24 tegen 25. Een *close call* noem je dat, een nipte overwinning!

Uiteindelijk heeft het team van de Universiteit Utrecht gewonnen met 25 punten. Zij zijn hier, met hun begeleiders, en ik wil ze graag naar voren roepen.

Hier zijn de vier studenten! Het zijn Myrthe Kuiper, Machteld de Vries, Rut Wingens en Anouk Hofman. Dames, geweldig gefeliciteerd, jullie hebben het ongelooflijk goed gedaan met z'n vieren. Anouk heeft het spits afgebeten in de finale, maar ze was natuurlijk onderdeel van het team. Deze vier zouden nooit zo ver zijn gekomen als zij niet waren begeleid door Rolf Ortlep, Titia de Kramer en Rob Widdershoven, en die wil ik ook vragen naar voren te komen.

De beker is vanmorgen door de vorige winnaar naar Utrecht gebracht en mag nu een jaar prijken in de prijzenkast van de Universiteit Utrecht. Ik geef 'm aan jou, Anouk, voor jouw aandeel in de finale, van harte gefeliciteerd. Jullie weten dat bij deze huldiging voor *tout* bestuursrechtelijk Nederland ook een diepte-interview hoort, dus ik begin met de klassieke vraag aan Anouk: wat ging er door je heen toen Theo Simons aangaf dat het 24-25 was, maar nog tien minuten wist te rekken wie de winnaar was?

Anouk Kuiper: Op een gegeven moment ging het over de evenementenvergunning, en dat was voor ons het punt waar we niet zeker over waren. En toen begon mijn hart wel heel hard te bonken, omdat we eigenlijk wel dachten dat we het iets beter hadden gedaan dan Maastricht.

Voorzitter: Ah, er was dus wel enig zelfvertrouwen dat het de goede kant opging! Machteld, kun jij vertellen hoe jullie je op de finale hebben voorbereid?

Machteld de Vries: We hadden iets meer dan een half uur. We hebben ons opgesplitst en per tweetal aan een helft gewerkt. Dat hebben we uiteindelijk samengevoegd, héél hard gebladerd in de wetgeving en nog wat jurisprudentie, en toen hadden we wel een goed verhaal, vonden we, dus we gingen er vol vertrouwen in.

Voorzitter: Vol vertrouwen naar de finale!

Raymond Schlössels heeft even gekeken hoe jullie je hebben voorbereid. Dat hebben jullie niet gemerkt, maar hij zei: 'Er zitten vier dames in complete stress in een klein kamertje, ik hoop dat dat goed gaat komen!', en dat is dus ook gelukt.

Rob Widdershoven, jij was begeleider van het geheel, wat was jouw aandeel in het begeleiden van dit winnende team en hoe is het mogelijk dat Utrecht er in drie jaar tijd voor de tweede keer met de eerste prijs vandoor gaat?

Rob Widdershoven: Mijn aandeel was dit keer zeer beperkt! De inhoudelijke begeleiding wordt langzamerhand overgenomen door Rolf Ortlep. Ook Titia de Kramer moet ik even in het zonnetje zetten, want zij heeft een belangrijke rol gespeeld in de selectie van de mensen, omdat zij de goede studenten kent. Het begint natuurlijk bij de kwaliteit die er al is! Zij heeft ook veel gedaan aan het voorbereiden voor het pleiten: ze zijn bij minstens drie advocatenkantoren, bij de Rechtbank Utrecht en bij Ben Schueler geweest om te oefenen met het pleiten, en die hebben allemaal goede tips gegeven.

Voorzitter: Kun je nagaan: pleitwedstrijden zijn er om te oefenen, en er is dus weer geoefend op het oefenen, en niet zo'n beetje ook! Rolf, jouw aandeel in het geheel betrof voornamelijk het schriftelijk werk?

Rolf Ortlep: Het was voornamelijk het schriftelijke werk, maar dat wees zich eigenlijk vanzelf. Ik heb fantastische studenten, vier prachtige dames die het heel goed hebben gedaan, en ik gloei dan ook van trots, niet alleen omdat ik hier sta, maar ook omdat jullie mijn team zijn, en ik hoop volgend jaar weer op succes!

Voorzitter: Ik wil jullie nogmaals van harte feliciteren, het was een superprestatie. Mogen jullie nog een keer meedoen of zijn jullie volgend jaar allemaal van de universiteit af?

Widdershoven: Nee, dat mag niet van de VAR!

Voorzitter: Ik ken de eigen VAR-regels niet, excuus daarvoor! Nou ja, dan was het een eenmalig hoogtepunt. Wat Theo Simons ter plekke al gezegd heeft, en dat is ook mijn ervaring, is dat we de finalisten en andere mensen uit de VAR-pleitteams kort na de sessie al in de rechtszaal tegenkomen, en het zijn niet de minsten! Ik hoop dat dat voor sommigen van jullie ook gaat gelden. In ieder geval hebben jullie een mooie ervaring opgedaan. Bedankt dat jullie hiernaartoe wilden komen.

(Applaus)

Toelichting door de preadviseurs met interventies (middaggedeelte)

Mr. T. Borman

Ik werk bij het ministerie van Justitie, zoals ik dat na het Lenteakkoord wel weer mag aanduiden.

Ik heb twee vragen aan de twee preadviseurs die vanochtend aan de beurt zijn gekomen. In de eerste plaats aan Jacobs, over de stelling die zij centraal stelde in haar inleiding. Ze stelt: 'Een verdere precisering van de overgangsrechtelijke begrippen in de Aanwijzingen voor de regelgeving draagt niet bij aan beter overgangsrecht' (stelling 4). Ik ben het daar mee eens, dat is niet zo spannend, maar ik heb wel een aanvullende vraag: vindt zij dat dat ook geldt voor het noemen van goede voorbeelden over overgangsrecht? Het treft mij in de Aanwijzingen voor de regelgeving dat er niet zo heel veel voorbeelden worden genoemd. Jacobs zei vanmorgen zelf van wel, maar ik vind het nogal tegenvallen. Er zijn in ieder geval geen modelbepalingen, wat toch de kracht is van Aanwijzingen voor de regelgeving, en er wordt ook een aantal voorbeelden gegeven van wetsartikelen in wetten die niet meer bestaan, zoals de Pachtwet. Nu hoeft dat op zich geen bezwaar te zijn, want oude wetten zijn op te zoeken en het kunnen nog steeds goede overgangsbepalingen zijn, maar het doet niet erg actueel aan. Ik kom dus met een concrete vraag: geldt stelling 4 ook voor de voorbeelden in de Aanwijzingen voor de regelgeving?

Ik stel meteen mijn tweede vraag, aan Bröring, over zijn derde stelling, want die is nog niet aan de orde gekomen. Deze derde stelling luidt: 'Het bestuur mag geen uitvoeringsmaatregelen vaststellen en bekendmaken op basis van wetgeving die nog in werking moet treden.' Het viel mij op dat Bröring vanmorgen de stelling in zijn mondelinge toelichting opeens uitbreidde, hij vulde deze namelijk aan met het woord 'toepassen', dus 'het bestuur mag geen uitvoeringsmaatregelen vaststellen en bekendmaken *en toepassen* op basis van wetgeving die nog in werking moet treden.' Dat vind ik toch wat heel anders, en dat wil ik graag toelichten. Naar mijn idee is het *usance* dat uitvoeringsmaatregelen vaak al worden vastgesteld voordat de funderende wet in werking is getreden, zoals in het geval van een AMvB die uit een nieuwe wet voortvloeit en die tegelijkertijd met de wet in werking moet treden. Ook Konijnenbelt heeft dat al even aangestipt in zijn bespreking van de preadviezen in het NTB.

Het is zo heerlijk dat ik het bij de VAR nu eindelijk eens over de Aanwijzingen voor de regelgeving mag hebben! Sommige mensen kennen deze preoccupatie die ik van Jim Polak heb mogen overnemen. In de Aanwijzingen voor de regelgeving is in 1998 aanwijzing 34a opgenomen. In het preadvies van Bröring is daarover helaas

niets gezegd, maar dat kan hierbij alsnog: 'Een algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder vastgesteld dan nadat de wet waarop deze is gebaseerd is vastgesteld.' Dat is de hoofdregel. Dat betekent dus dat deze mag worden vastgesteld vóór de inwerkingtreding, want die komt pas na de vaststelling. In het tweede lid staat: 'In uitzonderlijke situaties kan een Amvb al worden vastgesteld nadat het wetsvoorstel dat aan de Amvb ten grondslag ligt, door de Tweede Kamer is aanvaard.' Het kan dus nóg eerder. Dat zijn de situaties waarin een wetsvoorstel nog bij de Eerste Kamer ligt, maar het in verband met bijvoorbeeld een voorhangprocedure of een zogeheten 'nahangprocedure' (ik ga er niet verder op in, maar de technici onder u zullen weten wat ik bedoel) noodzakelijk is dat de AMvB er al heel snel komt. 'Komt', maar nog niet in werking treedt. Zelfs de Aanwijzingen voor de regelgeving bepalen al sinds jaar en dag dat het al veel eerder kan dan het moment van inwerkingtreding. Het zou voor de wetgevingspraktijk tot enorme narigheid leiden als dat anders zou zijn. Sterker nog, er zouden strijk-en-zet-AMvB's en andere uitvoeringsbesluiten of lagere regelingen onverbindend worden verklaard als het, zoals Bröring zegt, onrechtmatig zou zijn dat zoiets zou gebeuren. Dat heb ik gelukkig nog nooit hoeven meemaken, en ik zou het publiek bij de VAR ook niet op het idee willen brengen dat bij de rechter te proberen. De concrete vraag is dus: wat vindt Bröring van mijn opvatting, die door de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt gesteund?

Mr. H.E. Bröring

Inderdaad heb ik in mijn toelichting het woord *toepassen* aan de stelling toegevoegd, omdat dat het allerbelangrijkste is. Vervolgens is natuurlijk de vraag vanaf welk moment je een regeling mag toepassen. Wat opvalt, is dat regelingen al worden toegepast terwijl de achterliggende, nieuwe wettelijke bevoegdheid nog in werking moet treden. Er worden rekeningen de deur uit gestuurd op basis van komende bevoegdheden, en dat lijkt mij allemaal te vroeg. Ik heb zo nu en dan het idee dat het regelgevingsproces soms zo snel gaat dat er dingen te vroeg gebeuren, en dat daar in de Tweede Kamer te weinig aandacht voor is. Lange tijd ben ik niet zo'n voorstander van de Eerste Kamer geweest, maar gelukkig is er daar nog wat aandacht voor. Het gaat me dus inderdaad om het toepassen. Als je een bevoegdheid gebruikt op grond van een wet die nog niet in werking is getreden, of zelfs op zo'n basis beleidsregels vaststelt en bekendmaakt (om het nog ingewikkelder te maken), lijkt me dat allemaal een stap te snel te gebeuren. Wat mij betreft is er dan sprake van onverschuldigde betaling. De rechtsgrond voor de verplichting kan later alsnog ontstaan, maar misschien zou je de betaling moeten terugvorderen. Het zit 'm in ieder geval vooral in de toepassing, dat moge duidelijk zijn!

Borman: Ik ben blij dat de stelling is aangevuld, en als we er straks over gaan stemmen, hoop ik dat iedereen ook stemt over het woord *toepassen*. Voor mij zit daar de crux. Bepalend is het moment van inwerkingtreding; pas daarna mag iets toegepast worden. Je kunt een maatregel dus al wel vaststellen, maar je mag er nog niets mee doen. Daarom staat in de AMvB die onder zo'n nieuwe wet hangt een tijdstip van inwerkingtreding dat (als het goed is, en daar geven de Aanwijzingen zelfs nog een hulpmiddeltje voor) rechtstreeks is gekoppeld aan het tijdstip van inwerkingtreding

van de funderende wet. Volgens mij zijn we het dus wel eens, en had ik de stelling iets te juridisch opgevat.

Bröring: Ik denk nog even na of ik de stelling met dit woord wil uitbreiden. Ik vermoed van wel, maar ik moet nog even bedenken hoe het in dit kader zit met het vaststellen en bekendmaken van beleidsregels.

Borman: Daarvoor geldt precies hetzelfde. Als de beleidsregels betrekking hebben op een nieuwe regeling, dan mogen deze beleidsregels ook pas in werking treden op het moment dat de nieuwe regeling in werking treedt. Ook voor beleidsregels geldt dat je daar een inwerkingtredingsbepaling in kunt opnemen, sterker nog, eigenlijk in *moet* opnemen.

Mr. M.J. Jacobs

Ik vind het heel prettig dat er voorbeelden in de Aanwijzingen voor de regelgeving staan, en ook oude voorbeelden vind ik geen probleem, al ziet het er misschien wat gedateerd uit. Ze zouden soms ook wel aangevuld kunnen worden, maar de vraag is of dat dan *per se* in de Aanwijzingen moet gebeuren. We zouden wellicht ook los van de Aanwijzingen iets kunnen opstellen over overgangsrecht waarin alle voorbeelden en *best practices* opgenomen worden, misschien wel aangevuld met de technieken die Pauwels noemt, zodat alle wetgevingsjuristen zich kunnen laten inspireren door wat er op fiscaal gebied blijkbaar al gebeurt. Het hoeft wat mij betreft dus niet in de Aanwijzingen geregeld te worden, maar ik zou er ook niet op tegen zijn.

Borman: Tegenwoordig hebben we voor 'geautoriseerden' (meestal wetgevingsjuristen, maar volgens mij wordt er een ruim beleid toegepast) het Kenniscentrum Wetgeving. Dit heeft een website met een digitale versie van de Aanwijzingen die verrijkt is met allerlei voorbeelden. Dat zou een mooi instrument zijn om allerlei voorbeelden van geslaagd overgangsrecht op te zetten of juist voorbeelden van hoe het niet moet. Zo doen ze het in België met de Aanwijzingen, en dat is altijd erg vermakelijk.

Voorzitter: Weten hoe het niet moet is ook een vorm van verrijking.

Mr. F.C.M.A. Michiels

Ter wille van de duidelijkheid en de stembaarheid van stelling 3 van Bröring, stel ik voor om de stelling te laten luiden: 'Het bestuur mag geen uitvoeringsmaatregelen toepassen op basis van wetgeving die nog in werking moet treden.' Overigens lijkt me dat we deze stelling vervolgens weer kunnen afvoeren, want wie zou het daarmee oneens zijn? Als je hem namelijk aanvult, zoals er nu staat 'vaststellen en bekendmaken en toepassen', dan is hij nog steeds even onwaar als hij nu is. Mijn voorstel zou zijn om, nu we het toch allemaal wel eens zijn, deze stelling maar niet in stemming te brengen.

Voorzitter: Het is de stelling van Bröring, en hij bepaalt hoe deze komt te luiden – alle goede adviezen van Michiels ten spijt.

Mr. J.L. Verbeek

Ik heb ook een vraag aan Bröring, en wel over zijn eerste stelling. In eerste instantie leek het me ingewikkeld om het vertrouwensbeginsel structureel boven het gelijkheidsbeginsel te stellen, maar ik kreeg al vrij snel de gedachte die Bröring in zijn inleiding zelf ook aangaf, namelijk dat het hier waarschijnlijk niet gaat om gelijke gevallen. Daarmee is dat probleem in ieder geval opgelost.

Ik ben een beroepsbestuursrechter (seniorrechter in Den Haag en plaatsvervanger in het CBB), dus de vraag was vervolgens hoe ik dit nu praktisch kan toepassen. Betekent het dat ik het vertrouwensbeginsel moet gebruiken bij de exceptieve toetsing van beleidsregels, of in individuele gevallen? Want als ik het goed begrijp gaat het bijvoorbeeld om de situatie van mevrouw Luxwolda, maar je kunt natuurlijk ook denken aan de Italiaanse tabaksplanters in het preadvies van Jacobs: mensen die in ieder geval vanuit het vertrouwensbeginsel geredeneerd wel voldoen aan het dispositievereiste. Is er iets dat je kunt aanmerken als een 'rechtens te honoreren verwachting of toezegging'? Deze eerste stap is zeker in de hele brede opvatting van vertrouwen in het preadvies van Bröring redelijk ingewikkeld. En dan is daarnaast de vraag nog in welk kader dit gedaan moet worden.

Bij beleidsregels heb je altijd de *escape* van artikel 4:84 Awb, maar dat berust op een ander beginsel van behoorlijk bestuur: je past namelijk uiteindelijk het evenredigheidsbeginsel toe. Mijn vraag aan Bröring is dus of zijn stelling 1 niet beter zou kunnen worden vervangen door de stelling dat het evenredigheidsbeginsel hier een oplossing kan bieden. Dat heeft ten eerste als voordeel dat je geen relatie legt met de rechtmatigheidstoetsing van de beleidsregel als zodanig. Voor zover er al een spanningsveld ligt met het gelijkheidsbeginsel, met alle andere gevallen die sowieso niet hadden voldaan aan het dispositievereiste, ben je daar ook meteen van verlost. Het grote voordeel is dat je altijd in het individuele geval maatwerk kunt bieden. Mijn inspiratie voor deze benadering vond ik langs een omweg in de rechtspraak van dat andere Europese hof. Als dat namelijk moet beoordelen of de invoering van nieuwe wetgeving (of de wijziging van wetgeving) jegens een onder het EVRM klagende burger rechtmatig is, is de eerste toets altijd of de wet formeel in orde is, en vervolgens of de wettelijke regeling wel een legitiem middel is om een legitiem doel te bereiken. Daar hoort een wat abstracte proportionaliteitstoets bij. Het sluitstuk is altijd de zogenaamde '*fair balance*'-toets: ook als een regeling (dit geldt natuurlijk ook voor een beleidsregel) in zijn algemeenheid, *in abstracto*, alle toetsingsstappen kan doorstaan, kan deze voor deze individuele burger onevenredig bezwarend zijn op grond van wat we in termen van artikel 4:84 Awb 'bijzondere feiten en omstandigheden' noemen. Dus zou je die gevallen waarin de invoering van nieuw beleid, of de wijziging van nieuw beleid, leidt tot schrijnende situaties niet via artikel 4:84 Awb kunnen oplossen? Tenslotte zijn we het er inhoudelijk over eens dat we daarvoor een oplossing willen vinden.

Mr. H.E. Bröring

Het is een inspirerende vraag. In de praktijk gebeurt het ook veel dat schrijnende gevallen via de afwijkingsbevoegdheid worden opgelost. Je kunt zeggen dat dat praktisch is en een bevredigende uitkomst heeft, en daarmee klaar. Maar is het dogmatisch zuiver? Dan ga je er ook van uit dat er sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden. Dat weten we vaak helemaal niet; bovendien kan het zijn dat zo'n beleidsregel in meer algemene zin veel nadeel oplevert voor oudere gevallen, en dan zou je bij de exceptieve toetsing uitkomen en moeten vaststellen dat de beleidsregel zelf niet deugt. Dan is de gedachte dat er wel verdisconteerd is, maar dat er in veel gevallen nadeel van ondervonden wordt, en daarmee zou de beleidsregel zelf niet deugen. Je zou die beleidsregel vervolgens onverbindend moeten verklaren of buiten toepassing moeten laten. Daarmee is het nieuwe beleid dan helemaal weg. Er zijn allerlei varianten denkbaar.

Ik denk dat de beleidsregel beoordeeld moet worden zoals deze is, en dat bezien moet worden wat verdisconteerd is en wat niet. De *escape* zou ik willen beperken tot bijzondere gevallen. Het probleem is dat je ook in het algemeen een bepaalde groep raakt, en daarmee gaat het per definitie niet om uitzonderingssituaties. Voor de echte uitzonderingssituaties ben ik het wel met Verbeek eens.

Vaak heb je te maken met een onderdeel van het beleid zelf, en dan zit het probleem vast aan de beleidsregel. Ik vind dus dat je in zulke gevallen de nieuwe beleidsregel nog niet moet toepassen en ik zou de problemen niet willen oplossen op de manier die Verbeek noemt.

Wat de evenredigheid betreft moeten we misschien eerder denken aan *égalité* en aan de nadeelcompensatie, want ik ben er niet voor om de afwijkingsbevoegdheid zo enorm op te rekken. Dat spreekt me niet zo aan. We zien het steeds meer, ook in het boeterecht, waar bezien wordt wat individueel een evenredige uitkomst is. Uiteindelijk blijft er op deze manier van de beleidsregel steeds minder over. Ik vind dat we beter kunnen vasthouden aan de regel, en de *escape* voor echt uitzonderlijke omstandigheden moeten bewaren.

Voorzitter: Verbeek deed u nog de suggestie aan de hand om de stelling te wijzigen, door het woord 'vertrouwensbeginsel' te vervangen door 'evenredigheidsbeginsel', maar ik begrijp uit uw antwoord dat u daar niet voor bent?

Bröring: Dat is ingewikkeld, want er moet natuurlijk wel vertrouwen zijn. Vaak is het nieuwe beleid eenvoudigweg nog niet bekend, en is er dus ook nog geen vertrouwen opgewekt bij de betrokkenen, terwijl het toch zo is dat toepassing van het nieuwe beleid iemand benadeelt. In zulke gevallen gaat het misschien meer om het gelijkheidsbeginsel of het evenredigheidsbeginsel. Laat ik het anders zeggen: de kernbeginselen van behoorlijk bestuur zijn wat mij betreft ook communicerende vaten.

Mr. J.L. Verbeek

Natuurlijk moet de bestuursrechter navragen of iets al dan niet verdisconteerd is: 'Had u met een geval als dat van mevrouw Luxwolda wel of geen rekening gehouden?' Als het antwoord op deze vraag ontkennend is (en ook als het antwoord bevestigend

is, maar je er in het beleid en in de toelichting geen enkel aanknopingspunt voor kunt vinden), dan kun je wel stellen dat er bijzondere feiten en omstandigheden in het spel zijn waarmee geen rekening is gehouden. Ik besef dat je daarmee de toepassing van artikel 4:84 Awb ruim neemt.

Bij een bevestigend antwoord vraag ik me af waar in dit soort gevallen meestal het probleem in zit. Is dat in de inhoud van het beleid, of in het feit dat een overgangsregeling ontbreekt? Misschien kun je wel zeggen, in het verlengde van een van de stellingen van Jacobs, dat men verzuimd heeft in het lichaam van de beleidsregeling met een categorie gevallen rekening te houden. Er zijn situaties waarin je, toegegeven, bij exceptieve toetsing terechtkomt en niet meer tot een oplossing via artikel 4:84 kunt komen. De vraag rijst of je dan niet via je uitspraken het bestuur moet dwingen een soort overgangsregeling in het leven te roepen. Een andere mogelijkheid is dat je in een individueel geval, al dan niet na een bestuurlijke lus, aan de hand van de vraag wat het bestuursorgaan in dit bijzondere geval zou willen doen, zelfvoorzienend een pleister op de individuele wonde plakt.

Mr. H.E. Bröring

Er moet dus sprake zijn van bijzondere omstandigheden. De vraag is natuurlijk altijd wat bijzondere omstandigheden zijn. Dat zijn de niet-verdisconteerde omstandigheden. Hoe kom je erachter wat er wel en niet is verdisconteerd?

Ik heb zelf het idee dat beleidsregels een soort feitenvaststelling en -afweging op voorhand zijn, en een hulpmiddel bij het nemen van beschikkingen, maar ook niet meer dan dat. Vervolgens kunnen zich omstandigheden aandienen die je van tevoren nog niet heb verdisconteerd. In zulke gevallen moet je komen tot aanvullende besluitvorming. Dat heeft niets te maken met afwijking, maar dat is gewoon aanvullende besluitvorming. In dat kader kan het ook zo zijn dat je nog niet hebt nagedacht of nog geen kenbare afwegingen hebt gemaakt op het punt van de oude gevallen onder het nieuwe beleid, dus dat zou je dan in aanvulling moeten doen. Je kunt de beleidsregels daarbij gewoon in stand laten; daarbij heb je de inherente afwijkingsjurisprudentie niet nodig. Zo zit de doctrine echter niet in elkaar. Zelf begrijp ik het ook niet wanneer gevallen zijn vastgesteld en er opeens van wordt afgeweken. Ik denk meer in termen van aanvullende besluitvorming. Daarbij zou dit ook veel beter passen, zoals het ook veel beter past bij de afwegingen voor bestuurlijke boetes.

Zoals wij nu omgaan met de beleidsregels, ligt de nadruk sterk op de algemene regel en de afwijking, en vervalt alles wat daartussenin ligt. In die zin leiden beleidsregels inderdaad tot een verminderde aandacht voor de omstandigheden van het geval, zonder dat je moet spreken van de bijzondere omstandigheden van het geval.

Zo hebben we het opeens over beleidsregels, voorzitter. Daar kunnen we ook nog wel eens een hele dag aan wijden.

Voorzitter: Als het aan u ligt, zeker!

Mr. J. Hoitink

Ik werk bij de gemeente Amsterdam. Ik heb geen vraag over één concrete stelling, maar over een algemene conclusie waar ik naartoe zou willen. Ik denk daarbij in de eerste plaats aan Bröring. Mijn conclusie over de bescherming die overgangsrecht kan bieden is, ondanks wat ik hier vanmorgen gehoord heb, dat er maar weinig situaties zijn waarin je echt beschermd wordt. Overgangsrecht gaat meestal meer over de vraag *hoe* een nieuwe regel ingevoerd gaat worden dan *of* je bestaande rechten mag aantasten. Als ik Bröring beluister, kent hij grote waarde toe aan het vertrouwen. Hij zegt bijvoorbeeld dat wanneer beleidsregels gewijzigd worden, dit in veel gevallen toch met nadeelcompensatie gepaard zou moeten gaan. Naast de vraag of je *überhaupt* beschermd wordt, is mijn vraag ook of je daar in het huidige tijdsgewricht ook niet anders tegenaan zou moeten kijken, nu we zien dat de maatschappelijke noodzaak om dingen snel door te voeren, groter wordt. Misschien kan de bescherming niet groot zijn, als je de belangen vanaf de andere kant bekijkt en je je realiseert hoelang het duurt voordat een wet in werking kan treden. Zo liggen bijvoorbeeld de Aanbestedingswet en onderdelen van de Awb eindeloos stil, worden ze achterhaald door nieuwe ontwikkelingen, en kunnen daardoor alsnog niet ingevoerd worden. Het is misschien niet meer van deze tijd dat het zo lang duurt voordat een regel in werking treedt, laat staan wanneer er ook nog ruimhartig overgangsrecht ingevoerd moet worden en schadevergoeding toegekend moet worden.

Mr. H.E. Bröring

Ik heb mij ook wel eens over deze vraag gebogen, ook in deze bewoordingen. Het komt misschien niet in mijn verhaal terug, maar ik sloot mijn inleiding af met de opmerking over 'pech moet weg'. Het is misschien wel normaal dat er in hoog tempo van alles verandert, zeker in deze crisistijd, en misschien moeten we dat aanvaarden en niet zo de nadruk leggen op de nadeelcompensatie. Op zichzelf spreekt deze gedachte mij wel aan, en eigenlijk vind ik ook dat het onderwerp van vandaag, het overgangsrecht, in die zin helemaal niet bijzonder is. Ik sluit mijn preadvies ook af met de gedachte dat het over niets bijzonders gaat, aangezien er altijd nieuwe wetgeving en nieuw beleid komen: dat is het meest normale dat er is. Ook kun je uiteindelijk niet bij iedere verandering meteen de portemonnee trekken.

Het begrip 'vertrouwen' hanteer ik in meerdere opzichten. In meer sociaalpsychologisch opzicht, maar ook wel in bestuursrechtelijk opzicht. Deze verschillende categorieën heb ik enigszins in elkaars verlengde willen plaatsen, omdat ik het interessant vind om me af te vragen wat het begrip 'vertrouwen' bijvoorbeeld in het vertrouwensbeginsel betekent, en omdat het ook wel goed is om er zo nu en dan even áchter te kijken.

Waar het mij vooral om gaat, is de situatie waarin er iets verandert voor mensen die op basis van een oude regeling iets hebben gedaan: ze hebben bijvoorbeeld een aanvraag ingediend of bezwaar gemaakt, en zijn dapper de procedure ingestapt. Vanzelfsprekend kunnen er best dingen veranderen; ik heb aangegeven dat je steeds als uitgangspunt moet nemen wat je kunt doen aan de materiële rechtskracht van de eerdere beschikking, gebaseerd op het oude beleid of de oude wetgeving. Als je daardoor toch op een bepaalde manier gedisponeerd hebt, mag je wat mij betreft

wel even een stapje zetten. Dat betekent niet meteen dat je alle gevallen financieel hoeft te verzachten, dat lijkt me overdreven, maar er moet wel aandacht aan besteed worden.

Natuurlijk is het normaal dat sommige dingen veranderen, en ik weet nog niet zo net of dat moet leiden tot andere opvattingen over *égalité* en dergelijke. Ik denk dat er precies naar gekeken moet worden en dat recht moet worden gedaan aan alle gevallen waarin mensen te goeder trouw bepaalde procedures zijn ingegaan. Volgens mij schort het daar af en toe wel aan. Maar dan hebben we het alleen over een overgangsperiode, en ook maar voor bepaalde mensen die in dat spoor hebben gedisponeerd. In die zin denk ik dat het probleem te overzien blijft, maar er moet wel aandacht voor zijn.

Hoitink: De conclusie van Bröring is dus dat het meer gaat om de manier waarop je de maatregel invoert dan om het feit dat er situaties zijn waarin je niets mag veranderen? Voor een jurist in de uitvoeringspraktijk is het lastig tegenover het bestuur aan te voeren dat het allemaal maatwerk is en dat er afwegingen gemaakt moeten worden: mag je nu in bestaande situaties ingrijpen of niet? Je zoekt concrete handvatten, en wat mij betreft gaat het er uiteindelijk vooral om of de burger zijn gedrag kan aanpassen aan de verandering of niet. Zo'n aanpassing vergt soms natuurlijk tijd, en als die tijd ontbreekt, kan dat gecompenseerd worden door een schadevergoeding toe te kennen. Het geval van de hypotheekrenteaftrek vind ik een mooi voorbeeld van een situatie waarin het misschien zó lastig is om je gedrag bij te stellen om het nadeel te voorkomen, dat de vraag rijst of wel mag worden ingegrepen in de bestaande situatie. Als je een huis hebt gekocht van anderhalf miljoen en je de hypotheekrente niet meer mag aftrekken, betekent dat toch dat de prijzen van de huizen dalen en dat je hoe dan ook dat nadeel hebt. Veel andere voorbeelden kan ik eigenlijk niet verzinnen.

Bröring: Ik ben mijn verhaal begonnen met de opmerking dat het gaat om de belangenafweging, en dan niet zozeer op het niveau van de beginselen, maar politiek-maatschappelijk. Het bestuursrecht speelt op dat punt een ondergeschikte rol. Het gaat me om het tempo, en of mensen en bedrijven de mogelijkheid krijgen om zich aan te passen. Dit verhaal moet gehoord worden, juist omdat de veranderingen nu zo snel gaan. Mensen willen plannen kunnen maken en zo'n minister zit er nog maar twee jaar, dus het moet ook allemaal heel snel doorgevoerd worden. Politiek is er van alles mogelijk (dat is het probleem niet), maar er moet ook aandacht besteed worden aan wat ik in dit verband ook maar de bijzondere gevallen zal noemen. Dit is een belangrijk punt.

Dr. Ch.W. Backes

Mijn preadvies is getiteld 'Dynamisch omgevingsrecht', en daar wil ik mee beginnen. Ook zal ik bijna al mijn stellingen toelichten: stelling 1, 2, 4 en 5. Stelling 3 niet, omdat deze (a) heel specifiek is en (b) door de wetgever al is opgepakt. We hoeven er wellicht niet meer over te stemmen, want dat wordt in de Tweede Kamer al gedaan.

Waarom denk ik dat het omgevingsrecht een bijzonder dynamisch rechtsgebied is? Dat is het met name in twee opzichten. Ten eerste wijzigen de wetten in rap tempo.

Als u enigszins met de sector bekend bent, weet u dat en hebt u dat ook gevoeld, zou ik haast zeggen. De nieuwe Wro, de Wabo, de nieuwe Natuurwet, alles buitelt binnen een paar jaar over elkaar heen. Nu zijn er voorstellen om tot een Omgevingswet te komen die dertig of zestig wetten integreert ter bestrijding van de regeldruk. Het omgevingsrecht is, kortom, een terrein met veel wetswijzigingen, die op hun beurt veel overgangsrechtelijke vragen oproepen.

Ook in een ander opzicht is het omgevingsrecht bijzonder dynamisch. We leven in een land met een hoge milieudruk, waar veel plaatsvindt op een klein gebied. Om deze milieudruk goed in de gaten te houden en omlaag te brengen, is het noodzakelijk bestaande situaties aan te kunnen passen. De druk wordt steeds groter om anders om te gaan met bestaande situaties die ooit op een bepaalde manier zijn geregeld en om daarin bepaalde aanpassingen te kunnen doen. Ik noem alleen de programmatische aanpak die erg in de mode is, waarbij ook gekeken wordt naar de bestaande vergunningen en anderszins bestaande situaties.

Deze twee vormen van dynamiek brengen ons tot de twee juridische hoofdthema's. Mijn preadvies gaat niet alleen over overgangsrecht in de zin van de stappen die genomen moeten worden bij een nieuwe wet en een nieuwe regeling, en hoe deze in een wet moeten worden vervat, maar in bredere zin (zoals Hoitink zojuist aangaf) over de manier waarop je omgaat met bestaande situaties en de noodzaak om de juridische eisen die daaraan gesteld worden eventueel te veranderen. Nadenkend over deze twee hoofdvragen (overgangsrecht in strikte zin en hoe om te gaan met bestaande situaties), heb ik drie hoofdonderwerpen onderscheiden. Er gelden veel Europeesrechtelijke eisen. Dit is het eerste thema. Er zijn heel snel Europeesrechtelijke randvoorwaarden in acht te nemen. Op sommige beleidsterreinen geldt hetzelfde, op andere minder, maar in het omgevingsrecht valt het erg op. Ten tweede leven er binnen het omgevingsrecht veel verschillende tradities met betrekking tot het omgaan met bestaande situaties. Nu we bezig zijn met een integratie van de verschillende beleidsterreinen en een betere onderlinge afstemming in de Omgevingswet, komt dit duidelijk naar voren. Dit leidt tot de derde constatering, namelijk dat er geen algemene visie bestaat over het omgaan met bestaande situaties. Wellicht is dat niet zo erg en kan het ook niet anders, aangezien situaties nu eenmaal verschillen. Toch heb ik, als ik het beleidsterrein bestudeer, soms de indruk dat er een hoge mate aan willekeur en toeval is in de manier waarop door de wetgever en in het beleid wordt omgegaan met bestaande situaties. Mag dat eigenlijk?

Eerst over de Europeesrechtelijke eisen. In het preadvies som ik zeven of acht situaties op waarin Nederland is veroordeeld of vanwege Europeesrechtelijke redenen in gebreke is gesteld, en de wet moest aanpassen. Het Nederlands recht was op dit punt ('Hoe ga ik om met bestaande situaties?') in strijd met het Europese recht. Op alle deelterreinen van het omgevingsrecht (water, natuur, ruimtelijke ordening, milieu) wordt in belangrijke wetten haast stelselmatig te weinig aandacht besteed aan de Europeesrechtelijke eisen over het omgaan met bestaande situaties (stelling 4). Doorgaans worden in Nederland de bestaande situaties juridisch té verstrekkend beschermd, hetgeen dus niet in overeenstemming is met Europeesrechtelijke eisen, waarin minder belang wordt gehecht aan rechtszekerheid en vertrouwen. Ik heb geprobeerd dit in stelling 2 samen te vatten: in vergelijking gaat Nederland wel erg ver met het beschermen van bestaande situaties. Nu kun je zeggen dat als wij in Nederland vinden dat het vertrouwen van de burger en de rechtszekerheid

belangrijk zijn, het maar goed is dat wij daar meer waarde aan hechten. We laten het er maar op aankomen dat we ooit tegen de lamp lopen of teruggefloten worden. Politiek gezien is het zeker een mogelijk standpunt om het Europese recht bewust terzijde te schuiven en te wachten totdat er over een jaar of tien iemand naar de rechter gaat. Gedurende die tien jaar hebben de burgers dan toch in ieder geval voordeel daarvan gehad. Ik vind dat een gevaarlijk standpunt. In het natuurbeschermingsrecht hebben we kunnen zien dat dit standpunt leidt tot veel frustraties bij de burger en de betrokken bedrijven na die tien jaar, en dat het bijdraagt tot een slechte verstandhouding tussen (in dit geval) vooral agrarische bedrijven en de overheid. Je speelt hoog spel door het zo aan te pakken en vandaar mijn pleidooi om beter te letten op de Europeesrechtelijke eisen en deze ook in acht te nemen. Tot zover het Europese recht, en daarmee stelling 4 en stelling 2.

Een ander onderwerp betreft het feit dat het er haast op lijkt dat het toeval is hoe sterk de bestaande rechten bij bepaalde juridische instrumenten beschermd worden. In de jaren twintig van de vorige eeuw, in de Bauhaus-periode, gold in de designwereld het motto 'inhoud bepaalt vorm'. Ik heb het idee dat het in het omgevingsrecht eerder omgekeerd is: afhankelijk van de vorm die gekozen is, wordt de mate bepaald waarin rekening wordt gehouden met bestaande rechten. Dat kan een rechtvaardiging hebben, maar als je bijvoorbeeld de algemene regels voor milieurelevante activiteiten vergelijkt met de bescherming die vergunninghouders krijgen, en als je die twee weer vergelijkt met de bescherming (buiten het milieurecht) in het natuurbeschermingsrecht, dan valt op dat er in de ene situatie een bijna allesomvattende bescherming geboden wordt, en in de andere situatie helemaal geen. Mijns inziens zou je moeten proberen vergelijkenderwijs na te denken over de mate van bescherming die we bestaande situaties willen geven. Hetgeen materieel geregeld wordt, zou, onafhankelijk van de gekozen vorm, richtinggevend moeten zijn. Een bijzonder vraagstuk in dit opzicht wordt in stelling 5 besproken, namelijk dat het bij de milieuvergunningen in de loop der tijd en sluipenderwijs de gewoonte is geworden een vergunning niet te verlenen voor een activiteit, maar voor een bepaalde emissie of voor een bepaalde depositie. Ik denk dat dit onbewust gebeurd is, al vinden sommigen mij hierin misschien naïef. Het is er in de loop der tijd ingeslopen, en ik vind het geen goede ontwikkeling. Vergunningen moeten niet voor emissieruimtes of deposities verleend worden, omdat je daarmee je sturingsinstrument verliest. Je kunt in het milieurecht sturen via emissies en via deposities, maar daarbij past een instrument van emissiehandel. Daarin kun je zeggen dat iemand emissieruimte krijgt, en kan er na vijf jaar de noodzaak bestaan (vanuit politiek, milieuhygiëne of Europa) om de emissieruimte aan te passen. Dan wordt het recht aangepast, dat zit in het systeem ingebakken. Maar als emissiehoeveelheden vergund worden, dan kan in de vergunning voor een bepaald bedrijf geen rekening meer gehouden worden met eisen die het gevolg zijn van te grote milieudruk, met kwaliteitseisen, emissieplafonds of voortgang in de techniek. Dit systeem vind ik uit het oogpunt van omgang met bestaande rechten en bestaande situaties een verkeerd systeem.

Afsluitend, voorzitter: men is bezig onder grote tijdsdruk een Omgevingswet te maken. Alle verschillende sectoren uit het omgevingsrecht komen daarin bij elkaar. Ik denk niet dat de minister bij deze wetgevingsoperatie vooral oog heeft voor het overgangsrecht, maar ik zou toch willen aanbevelen er goed naar te kijken. Als dat

niet gebeurt, krijg je er na vijftien jaar veel juridische, sociale en maatschappelijke ellende voor terug.

Voorzitter: Dan wil ik nu Melvin Pauwels vragen zijn toelichting te geven. Het doet me deugd u te kunnen zeggen dat Pauwels de J.C. Ruigrok Prijs zal krijgen. Ik zal u eerlijk zeggen dat ik daarmee nog niet bekend was: dit is een prijs voor prestaties op het gebied van de maatschappijwetenschappen die ieder jaar wordt uitgeloofd door de Koninklijke Hollandsche Maatschappij der Wetenschappen. Eens in de vier jaar komt de rechtswetenschap aan de beurt. In 2000 kreeg Frank van Ommeren de prijs voor zijn proefschrift *De verplichting verankerd*, over het legaliteitsbeginsel. Dit jaar is de eer te beurt gevallen aan het proefschrift van Pauwels, dat ik vanmorgen al even noemde. Gefeliciteerd! Mooi dat we bij de VAR kunnen profiteren van het voorwerk dat hij heeft gedaan in zijn proefschrift.

Mr. M.R.T. Pauwels

Ik wil in mijn betoog ook graag ingaan op de stellingen van de andere preadviseurs.

Ik begin met de eerste stelling, en deze raakt aan stelling 4 van Jacobs. In de trein hiernaartoe heb ik de stellingen van de andere preadviseurs gelezen. De preadviezen zelf had ik al wel gelezen, maar de stellingen nog niet. Ik schrok, want Jacobs' stelling leek diametraal tegenover de mijne te staan. Inmiddels ben ik gerustgesteld door haar toelichting dat de overgangsrechtelijke begrippen enige precisering verdienen omdat ze niet helemaal zuiver zijn, maar dat we daar geen prioriteit aan hoeven te geven. Het verbeteren van het overgangsrecht heeft hogere prioriteit.

Waarom zouden we de Aanwijzingen voor de regelgeving moeten veranderen met betrekking tot de overgangsrechtelijke begrippen? Naar mijn idee zijn ze op dit moment niet zuiver. Hijmans van den Bergh, en dan neem ik u mee naar 1928, gebruikte in zijn bekende proefschrift drie overgangsrechtelijke begrippen: terugwerkende kracht, eerbiedigende werking en exclusieve werking. Later is daar in het juridisch discours de term 'uitgestelde werking' aan toegevoegd, gevolgd door het begrip 'onmiddellijke werking', dat op zijn beurt de 'exclusieve werking' heeft verdrongen. Hoe verhouden deze termen zich tot elkaar? Knigge, voormalig hoogleraar strafrecht te Groningen en thans advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, heeft in zijn proefschrift in 1984 deze termen op heel logische wijze gerangschikt. Vreemd genoeg is zijn benadering niet overgenomen in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ik pleit ervoor dat alsnog te doen, en daarop ziet mijn eerste stelling.

Het is in de kern heel simpel: we nemen het inwerkingtredingsmoment als referentiemoment. Als het toepassingsgebied van de regel zich uitstrekt tot vóór dat referentiemoment is er sprake van terugwerkende kracht, valt het samen, dan gaat het om onmiddellijke werking, valt het op een later moment, dan heet het uitgestelde werking. U heeft mij de term 'eerbiedigende werking' hierbij niet horen gebruiken. Dat klopt, aangezien de termen 'terugwerkende kracht', 'onmiddellijke werking' en 'uitgestelde werking' zien op het toepassingsgebied in de tijd. Eerbiedigende werking ziet op een andere vraag: gegeven een bepaald toepassingsgebied in de tijd rijst de vraag of bepaalde rechtsverhoudingen al dan niet uitgezonderd moeten worden, en of de oude regel daarop nog van toepassing moet worden verklaard. Dit is een

andere kwestie, aldus Knigge, wiens benadering helaas niet gevolgd is in de Aanwijzingen.

In de Aanwijzingen wordt de term 'eerbiedigende werking' op één lijn gezet met 'terugwerkende kracht', 'onmiddellijke werking' en 'uitgestelde werking'. Dat is, zoals gezegd, onzuiver, omdat eerstgenoemde term op andere kwesties ziet. Ten tweede wordt de eerbiedigende werking blijkens de toelichting alleen gepositioneerd ten opzichte van de onmiddellijke werking. De vraag naar de wenselijkheid van eerbiedigende werking rijst echter ook bij terugwerkende kracht en uitgestelde werking. Stel dat er op dit moment een regeling in werking treedt met betrekking tot de hypotheekrenteaftrek die uitgestelde werking heeft tot 1 januari 2014. Nog steeds rijst de vraag: wat te doen met de bestaande hypotheken? Bij terugwerkende kracht speelt ook de eerbiedigende-werkingvraag. Ik pleit er dan ook voor de Aanwijzingen op dit punt aan te passen.

Mijn tweede stelling ziet op het fenomeen van 'wetgeving bij persbericht'. Daarmee wordt gedoeld op een situatie waarin het kabinet bij persbericht aankondigt dat een bepaalde wijziging in de regelgeving zal plaatsvinden en dat deze terugwerkende kracht zal krijgen tot het moment van het persbericht. Tegelijkertijd, of enige tijd later, wordt er een wetsvoorstel ingediend dat in die wijziging en in de terugwerkende kracht ervan voorziet. Uiteraard is de terminologie 'wetgeving per persbericht' juridisch onzuiver, maar het is begrijpelijk dat zij wordt gebruikt.

Dit instrument van wetgeving bij persbericht is vooral bekend uit het belastingrecht. Een recent voorbeeld betreft de reparatiewetgeving met betrekking tot de legesheffing voor identiteitskaarten. Enige jaren geleden heeft advocaat-generaal Tizzano van het Hof van Justitie conclusie genomen in een Nederlandse btw-zaak waarmee hij een bom legde onder het gebruik van het instrument. Het Hof van Justitie volgde zijn advocaat-generaal echter niet. Ik was, en ben, daar gelukkig mee. Ik meen dat het instrument van wetgeving bij persbericht in voorkomende gevallen zeer nuttig kan zijn. Denk hierbij vooral aan het voorkomen van grote aankondigingseffecten. Dat ik geenszins een principieel tegenstander ben, betekent echter niet dat ik meen dat het instrument al te gemakkelijk mag worden ingezet. In mijn preadvies heb ik uiteengezet dat er nogal wat bezwaren aan verbonden zijn. Een van de belangrijkste bezwaren is de inherente rechtsonzekerheid. In de periode tussen de publicatie van het persbericht en de aanvaarding in de Tweede en Eerste Kamer kan de burger enerzijds niet meer vertrouwen op de bestaande wetgeving, aangezien al is aangekondigd dat deze gewijzigd zal worden met terugwerkende kracht, en anderzijds evenmin volledig vertrouwen op de regeling die is aangekondigd in het persbericht, omdat het nog maar de vraag is of die ongewijzigd de parlementaire eindstreep haalt. Het is dan ook terecht dat de Raad van State in zijn rol als wetgevingsadviseur ook aan deze vorm van terugwerkende kracht strenge voorwaarden stelt.

De derde stelling ziet op het *pc-privéregeling*-arrest[1] van de Hoge Raad. Ook in dit geval kan een verbinding worden gelegd met een eerdere discussie van vandaag, namelijk die in verband met stelling 3 van Bröring en de opmerking van Borman over

1 HR 2 oktober 2009, LJN BI1892, *BNB* 2011/47.

het tot toepassing overgaan door het bestuursorgaan voordat de desbetreffende wet in werking is getreden. Soms gebeurt zoiets, en ook in het genoemde arrest was dit aan de orde. Het betrof een situatie van wetgeving per persbericht. *In abstracto* ging het om het volgende: het bestuursorgaan (de belastinginspecteur) had bij bestreden besluit een belastingplichtige een bepaalde belastingfaciliteit ontzegd, omdat bij persbericht al was aangekondigd dat de faciliteit zou vervallen met terugwerkende kracht. De afwijzing was op dat moment in strijd met de wet. De faciliteit was op dat moment namelijk nog geldend recht. De belanghebbende ging procederen en in de tussentijd trad de wet in werking, waardoor de faciliteit met terugwerkende kracht was vervallen. Van belang is dat de wet niets expliciet regelde met betrekking tot de besluiten die vooruitgelopen waren op de wetgeving. Wat moest de rechter doen? Toetsen aan het recht dat gold op het moment van het besluit of aan het recht dat gold op het moment waarop de rechter zijn beslissing nam? De Hoge Raad koos, in afwijking van het hof en advocaat-generaal Wattel, voor het tweede.

Mijn derde stelling nu heeft de strekking dat dit arrest niet door de fiscus, en in het algemeen niet door bestuursorganen, aangegrepen dient te worden om in gevallen van wetgeving per persbericht al tot toepassing van de nieuwe regeling over te gaan voordat de wet in werking is getreden. Een dergelijke premature heffing heeft immers *op dat moment* geen rechtsgrond, en is daarmee evident in strijd met het legaliteitsbeginsel en artikel 104 van de Grondwet. Dat gelet op het *pc-privéregeling*-arrest dergelijk illegaal gedrag veelal niet kan worden afgestraft zodra de wet in werking is getreden, doet daaraan niet af.

In sommige gevallen kan een dergelijke anticiperende toepassing zonder rechtsbasis overigens *wel* worden afgestraft. Ik breng in herinnering de recente kwestie over de premature heffing van leges met betrekking tot identiteitskaarten. Ik acht rechtszaken waarin deze heffing wordt aangevochten bepaald niet kansloos. Ik verwijs naar mijn preadvies, waarin ik de kwestie analyseer aan de hand van de rechtsregels, besproken in het *pc-privéregeling*-arrest.

Met betrekking tot de vierde stelling kan ik kort zijn; het is een relatief technische stelling. De Hoge Raad toetst momenteel de terugwerkende kracht van belastingverordeningen vooral aan het voorzienbaarheidsvereiste. Bij andere instanties, zoals het Hof van Justitie, het EHRM, maar ook bij de wetgevingsadvisering van de Raad van State, bestaat de toetsing van terugwerkende kracht uit twee onderdelen. Het eerste betreft de redengeving van de terugwerkende kracht, het doel, het tweede de vraag of gerechtvaardigde verwachtingen van burgers in acht zijn genomen. Bij het tweede aspect speelt de voorzienbaarheid een grote rol. Ik pleit ervoor dat de Hoge Raad, net als de andere instanties, ook de redengeving voor de terugwerkende kracht expliciet in zijn toetsing betrekt.

Mijn vijfde stelling kan in verband gebracht worden met stelling 1 van Bröring: 'In overgangssituaties dient het vertrouwensbeginsel tijdelijk voorrang te hebben boven het gelijkheidsbeginsel.' Ik leid daaruit *a contrario* af dat na enige tijd het gelijkheidsbeginsel voorrang krijgt. In deze zin ondersteunt zijn stelling mijn vijfde stelling. Ook in de inleiding van Jacobs vond ik steun voor mijn stelling: zij het uit bedenkingen tegen het Wajong-overgangsrecht. Wat is de onderbouwing van mijn vijfde stelling? Wanneer eerbiedigende werking wordt verleend, heeft dat twee gevolgen. Ten eerste leidt het verlenen van eerbiedigende werking ertoe dat het doel dat met de desbetreffende regeling wordt nagestreefd in mindere mate wordt behaald.

Ten tweede betekent het dat er sprake is van ongelijke behandeling. Nieuwe gevallen vallen onder de nieuwe regel, oude gevallen vallen, al dan niet tijdelijk, onder de oude regel. Gelet op beide gevolgen dient het verlenen van eerbiedigende werking gerechtvaardigd, althans gemotiveerd te worden. Een dergelijke rechtvaardiging kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de rechtszekerheid, waaronder wordt begrepen het honoreren van gerechtvaardigde verwachtingen. Het gewicht van het rechtszekerheidsargument neemt echter af naarmate een tijdshorizon langer is. Burgers mogen er in beginsel redelijkerwijs niet op vertrouwen dat wettelijke regels onveranderlijk zijn, zeker niet in het belastingrecht. Dit leidt tot de conclusie dat extra motivering vereist is wanneer in een wetsvoorstel is voorzien in een niet in de tijd beperkte eerbiedigende werking. De indiener dient niet alleen duidelijk te maken waarom eerbiedigende werking op haar plaats is, maar ook waarom deze niet wordt beperkt in de tijd.

De zesde stelling, ten slotte, ziet op het verlenen van terugwerkende kracht aan voor burgers gunstige wijzigingen. Hiervoor is in de literatuur betrekkelijk weinig aandacht, wellicht omdat het idee is dat een dergelijke voordelige terugwerkende kracht niet problematisch is. In mijn preadvies hoop ik aan de hand van enige voorbeelden te hebben aangetoond dat dat te kort door de bocht is. Een van mijn argumenten is dat de rechtszekerheid wel degelijk kan worden aangetast. In mijn preadvies geef ik het voorbeeld van de havengelden en het bootje dat komt aan varen. Het gaat niet zozeer om de rechtszekerheid van degenen die de desbetreffende handelingen hebben verricht. Die ondervinden namelijk voordeel van de terugwerkende kracht. Het gaat om de rechtszekerheid van degenen die de handeling *niet* hebben verricht, juist omdat ze op dat moment dachten dat deze een ander rechtsgevolg zou hebben. Zij konden geen rekening houden met de wijziging met terugwerkende kracht, waardoor het rechtsgevolg van de handeling voordeliger is dan ze dachten. Hadden ze het rechtsgevolg gekend, dan hadden ze de handeling wellicht wel verricht.

Een ander argument is dat het parlement soms onder oneigenlijke druk kan komen te staan. Neem het geval van vorig jaar, toen het kabinet bij persbericht aankondigde dat de overdrachtsbelasting per direct werd verlaagd van 6 procent naar 2 procent. In de wet stond op dat moment nog 6 procent. Pas later werd het wetsvoorstel ingediend waarin de verlaging werd neergelegd. In wezen stond het parlement toen het zijn oordeel moest geven over dat wetsvoorstel voor een voldongen feit.

Tot slot is het gelijkheidsbeginsel vanuit een abstract perspectief van belang. De normale werking is de onmiddellijke werking. Wanneer voordelige terugwerkende kracht wordt verleend, rijst de vraag waarom juist in dat geval wel terugwerkende kracht wordt verleend, in afwijking van de normale werking.

Kortom: ook voordelige terugwerkende kracht behoeft een redengeving.

Mr. P.J.J. van Buuren

Ik werk bij de Raad van State, onder andere op het gebied waarop Backes zijn preadvies heeft gericht: het dynamische omgevingsrecht.

Mijn vraag gaat in het bijzonder over wat hij schrijft over de jurisprudentie op het gebied van de toepassing van de Natuurbeschermingswet. Mijn aandacht werd getrokken door wat ik las op pagina 138. Op pagina 138 zegt Backes in een min of

meer concluderende zin: '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.' Dat is natuurlijk heel interessant en misschien ook waar, en daar wil ik graag een vraag over stellen. Het is een buitengewoon technisch verhaal. Mijn excuses daarvoor, maar de vraag zal betrekkelijk kort zijn. De vraag is wat je een agrariër kunt verwijten die in de periode vóór 1994, toen de Vogelrichtlijn al van kracht was maar nog niet was omgezet in het nationale recht, conform het bestemmingsplan handelde en een milieuvergunning had (toentertijd nog een hinderwetvergunning). De analyse van Backes komt erop neer, als ik het goed begrijp, dat een dergelijke agrariër in het licht van de natuurbeschermingswetgeving niet over bestaande rechten kan beschikken, en dat je dat zelfs nog zou kunnen handhaven, maar ik zit met de theoretische vraag wat je zo'n man kunt verwijten. Hij heeft alle vergunningen aangevraagd die je toen nodig had, en die zijn hem ook verleend, dit nog afgezien van het punt dat het wel buitengewoon onpraktisch wordt, zo niet onmogelijk, om in heel veel gevallen nog vijfentwintig of dertig jaar in de tijd terug te gaan om na te gaan hoe het toen precies zat. Dus alleen al om praktische redenen is het wel verstandig om een peilmoment te hebben dat wat minder ver van ons vandaan ligt. Het praktische punt schenk ik Backes nu even, maar hoe zit dit volgens hem juridisch gezien?

Dr. Ch.W. Backes

In praktisch opzicht ben ik het helemaal met Van Buuren eens. Er zijn niet alleen problemen voor de gevallen die vóór 1994 liggen, maar ook voor de gevallen van ná 1994, want 1994 is inmiddels toch ook al zo'n 18 jaar geleden. Juridisch is de situatie niet veel anders voor de gevallen die in 1995 hebben gespeeld dan voor de gevallen uit 1991. Het gaat natuurlijk alleen om de gevallen waarin een bepaald gebied in Nederland al was aangewezen als Vogelrichtlijngebied. Laten we zeggen dat een gebied al in 1991 was aangewezen; dan is het toen ook onder een beschermingsregeling gebracht. Meestal waren dat natuurmonumenten (zo heetten ze toen) op basis van de Natuurbeschermingswet. Toen gold ook een vergunningplicht voor dergelijke activiteiten op grond van de Natuurbeschermingswet, en dat *wist* men ook. 'Men' duidt daarbij ten eerste op het ministerie, maar ook op de provincies. Ik herinner me heel goed dat er bijvoorbeeld in 1993 en in 1995 hele discussies gehouden werden tussen de provincies en het ministerie over de toepassing van de Natuurbeschermingswet op de ammoniakemissies. Men kwam er toen al niet uit, en heeft het trekken van conclusies steeds weer uitgesteld. Juridisch is er, Europeesrechtelijk gezien, geen principieel verschil tussen de toepassing van de Habitatrichtlijn vanaf 1994 en de toepassing van de Vogelrichtlijn (voor zover een gebied daaronder was aangewezen) vanaf 1981. Ik zie daar geen rechtvaardiging voor. Juridisch gezien is het enige verschil dat vanaf 1994 de bepalingen van artikel 6, lid 2, 3 en 4, met de expliciete Europese vergunningsplicht van toepassing zijn geworden. De Europeesrechtelijke, materiële eis geen schade toe te brengen aan deze gebieden, gold voordien al onder de Vogelrichtlijn als een gebied onder die richtlijn was aangewezen. Het is niet zo dat men dat toen niet wist. Men wist het donders goed, maar men heeft

het niet gehandhaafd. Ten tijde van het *Kuunders*-arrest[2] uit 1992 kon niemand meer zeggen dat hij het niet geweten had. Ik zie juridisch dan ook geen ruimte, behalve dat je kunt zeggen dat toen een vergunningsprocedure op grond van Europees recht verplicht moest worden gesteld. De materiële inhoud van het voorschrift, dat je geen schade mag toebrengen en dat ook veehouderijen dat niet mogen, gold al daarvoor. Ik krijg het juridisch niet voor elkaar om te zeggen dat dit pas vanaf 1994 geldt.

Er kunnen om praktische redenen bezwaren tegen bestaan en misschien moet je nadenken over een legaliseringsregeling die je met de Europese Commissie afspreekt (en ik denk dat de Europese Commissie daar wel ontvankelijk voor is) waarbij gevallen als schrijnend aangemerkt kunnen worden wanneer de emissies ter plaatse hoog zijn, en dat deze uitgekocht kunnen worden, terwijl anderen vergunningen krijgen en er aanvullende maatregelen worden genomen. Ik moet daar wel bij zeggen dat ik wetenschapper ben en geen rechter bij de Raad van State, en dat ik dat ook nooit kan worden, zodat ik dit dus gemakkelijk kan opschrijven. Dat heb ik ook gedacht toen ik het opschreef! In die zin heb ik veel begrip voor de tegenwerping.

Voorzitter: Maar ik hoor u niets terugnemen van de woorden *onvolledig, verwarrend, zo niet onjuist*!

Backes: Inderdaad.

Mr. R.J. Koopman

Ik werk bij de Belastingkamer van de Hoge Raad. Ik heb een vraag voor Pauwels, maar voordat ik deze stel, wil ik eerst mijn enorme waardering uitspreken voor alle vier de preadviezen, die voor mij, voor zover ze buiten het belastingrecht vielen, enorm leerzaam waren, niet alleen op het gebied van het overgangsrecht, maar ook op het gebied van het algemeen bestuursrecht.

Mijn vraag richt zich niettemin tot Pauwels, en ziet in het bijzonder op zijn stelling 2. Volgens deze stelling dient de regering terughoudend te zijn met het gebruik van het instrument van de wetgeving per persbericht. Daar kun je het nauwelijks mee oneens zijn: terughoudendheid is altijd goed! Ik vraag me af of dat niet wat verder ingevuld kan worden. De invulling is in het preadvies ook wel te vinden. In de stelling wordt verwezen naar paragraaf 5.3.3 en daar staat dat er diverse nadelen zijn aan wetgeving per persbericht, maar dat de zogenaamde *announcement*-effecten niettemin reden kunnen zijn om wetgeving per persbericht in te voeren: als de wetgever aankondigt een bepaalde maatregel te nemen, beïnvloedt dat het gedrag van de burgers. Dat was een paar jaar geleden goed te zien, toen mensen die in de fiscaliteit werkten *en masse* hun haar lieten groeien in de maanden voordat het btw-tarief op kappersdiensten verlaagd werd. Zodra de verlaging doorgevoerd was, hadden ze allemaal opeens weer een kort koppie. Ze waren overigens wel een illusie armer, want de kappers hadden de verlaging van het btw-tarief in eigen zak gestoken.

---

2 HR 18 december 1992, NJ 1994, 139.

Iets dergelijks kunnen we nu verwachten bij de zonnepanelen. In het Kunduz- of Lenteakkoord is afgesproken dat de btw op zonnepanelen van 19 procent naar 6 procent zal gaan. Ik kan u voorspellen dat de markt voor zonnepanelen de komende maanden zal instorten. Niemand koopt meer zonnepanelen voordat de verlaging van het btw-tarief daadwerkelijk is ingevoerd. Je zou kunnen zeggen dat dat dus een reden is om deze wetswijziging per persbericht in te voeren, maar dat doet de regering niet. Kennelijk vindt men het *announcement*-effect niet zo'n groot probleem. Er zijn andere gevallen waarin het *announcement*-effect ook optreedt, bijvoorbeeld bij de verschuiving van de belasting op het *hebben* van een auto door middel van de BPM (als je een auto koopt, zit daar een bak belasting in) naar een belastingheffing op het *gebruik* van een auto door middel van een kilometerheffing en hogere accijns op brandstoffen. Als je dit in één keer invoert en aankondigt dat mensen over een jaar geen BPM meer hoeven te betalen bij aankoop van een nieuwe auto, weet je dat de markt voor auto's helemaal instort en dat mensen pas over een jaar weer auto's zullen kopen. Dat doet men dus niet, het gaat geleidelijk: het tarief van de BPM wordt geleidelijk afgebouwd en de accijnzen en de mogelijk in te voeren kilometerheffingen worden geleidelijk verhoogd. Zo voorkomt men een schokeffect. Er zijn dus gevallen waarin de overheid het *announcement*-effect helemaal niet zo erg vindt, en andere gevallen waarin men het *announcement*-effect dempt door een geleidelijke invoering. Dus denk ik dat het *announcement*-effect niet altijd een goede reden hoeft te zijn voor wetgeving per persbericht.

Een andere situatie die hierop betrekking heeft, is te zien is het arrest *M.A.* van het Hof in Straatsburg.[3] In dit arrest speelt niet precies de wetgeving per persbericht, maar het lijkt er wel enigszins op. Het Hof in Straatsburg oordeelde dat wetgeving met terugwerkende kracht gerechtvaardigd kan zijn, maar dat er wel een *fair balance* gevonden moet worden tussen wat er voor de individuele burger op het spel staat en de belangen die met de terugwerkende kracht zijn gemoeid. Een van de aspecten die het Hof erg belangrijk vindt, is dat in die zaak de *pure cases* (de gevallen waarin geen misbruik speelt) worden ontzien. Ik zou aan Pauwels willen vragen of hij aanleiding ziet om als element van de terughoudendheid die hij noemt, belang te hechten aan het ontzien van niet-misbruiksituaties.

De terughoudendheid zou je ook kunnen gieten in de vorm van een procedureregel, in die zin dat terugwerkende kracht een democratisch probleem met zich meebrengt: het parlement wordt voor een voldongen feit gesteld. Zou je niet kunnen zoeken naar procedurele waarborgen om dit effect voor een deel te neutraliseren? Dat zou bijvoorbeeld geregeld kunnen worden door eens in de zoveel tijd een evaluatie te laten plaatsvinden in het parlement van gevallen waarin terugwerkende kracht heeft plaatsgevonden. Zo kan het parlement zich uitspreken over de grote lijn die men daarin wenselijk acht. Misschien kan er zelfs gezocht worden naar gevallen waarin, voordat het persbericht naar buiten gebracht wordt, bijvoorbeeld in een vertrouwelijke commissievergadering toch even gepeild kan worden of het parlement er iets in ziet. Tot zover mijn twee vragen.

---

3 EHRM 10 juni 2003, nr. 27793/95, zaak *M.A. en anderen tegen Finland*, *V-N* 2003/52.2.

Koopman heeft in formele zin twee vragen gesteld, maar ik destilleer er meer, dus ik begin met zijn eerdere opmerkingen.

Hij noemde de voorbeelden van de zonnepanelen en de auto's, waarbij aankondigingseffecten optreden. Een geval dat vergelijkbaar is met dat van de zonnepanelen heeft zich vorig jaar voorgedaan met de eerder in mijn inleiding genoemde verlaging van de overdrachtsbelasting. Het schokeffect is toen voorkomen door wetgeving per persbericht in te zetten. Zou niet aangekondigd zijn dat terugwerkende kracht zou worden verleend aan de verlaging, dan zou de huizenmarkt helemaal op slot zijn gegaan. Het middel wordt kennelijk niet consistent ingezet, in ieder geval wordt in de wetsgeschiedenis niet altijd gemotiveerd waarom het in het ene geval wel en in het andere geval niet wordt toegepast.

Dit betreft steeds gevallen waarin een voordelige wijziging tot stand komt. De pagina's waar Koopman naar verwees, gingen vooral over nadelige wijzigingen, maar, zoals uit mijn zesde stelling blijkt, ik denk dat er ook beter moet worden nagedacht over overgangsrecht bij voordelige wijzigingen. De voorbeelden van Koopman zijn heel duidelijk.

Onder verwijzing naar het M.A.-arrest van het EHRM vraagt Koopman verder of er ruimte is om meer op misbruiksituaties in te zetten. Voor een deel gebeurt dit al in de wetgevingspraktijk. De Raad van State neemt in zijn wetgevingsadvisering twee mogelijke rechtvaardigingen aan: aanmerkelijke aankondigingseffecten en aanmerkelijk oneigenlijk gebruik of misbuik van een regeling. Vaak gaan de twee overigens samen. Als reparatie van een gat in de belastingwetgeving wordt aangekondigd, en de reparatie zou pas een paar maanden later ingaan, dan heb je kans dat belastingplichtigen nog snel gebruik zullen maken van het gat. Het aankondigingseffectargument valt dan samen met het misbruikargument. Dit bewustzijn zit er dus al in, ook bij de wetgever.

Zouden de *pure cases* moeten worden ontzien? Dat is lastig. Neem het voorbeeld van de pc-privéregeling: deze faciliteit in de loonbelasting hield kort gezegd in dat je bij aankoop van een pc belastingvoordeel kreeg. Als in september was aangekondigd dat de regeling afgeschaft zou worden per 1 januari, was het gevolg een run geweest op computerzaken in de periode september tot en met december. Belastingwetgeving gaat natuurlijk vaak om geld en om budgettaire belangen, en met zo'n run op de computerzaken zou een deel van de budgettaire opbrengst van afschaffing van de regeling al zijn vervlogen. Zou je in zo'n geval de *pure cases* moeten ontzien? De *pure cases* zouden in dat geval de mensen betreffen die toch al van plan waren om tussen september en 1 januari zo'n computer te kopen. Maar het is onmogelijk te bepalen en juridisch af te bakenen welke mensen dat zouden zijn geweest. In zo'n geval, waarin gevreesd wordt voor een behoorlijke budgettaire derving door een aankondigingseffect, kan ik me voorstellen dat je het instrument van wetgeving per persbericht inzet. De Hoge Raad heeft de desbetreffende terugwerkende kracht ook niet in strijd geacht met artikel 1 EVRM. Ook de Raad van State ging akkoord. Tot zover de eerste vraag.

Over de procedureregels heb ik het vanmorgen toevallig gehad met professor De Lange. Ik ben geen staatsrechtdeskundige, en ik heb hem gevraagd hoe een staatsrechtspecialist aankijkt tegen wetgeving per persbericht. Hij suggereerde dat je

een procedureregel zou kunnen invoeren waardoor het parlement al op de hoogte zou kunnen worden gebracht van het op handen zijnde persbericht. Dat vermindert de spanning die ontstaat tussen het kabinet, dat het persbericht doet uitgaan, en het parlement, dat onder druk gezet wordt en weinig gelegenheid heeft om tot een andere beslissing te komen. Als het parlement vooraf al zijn instemming kan geven, kan het evenwicht dat er zou moeten zijn tussen regering en parlement in stand blijven. Het nadeel is natuurlijk wel dat hoe eerder een bepaalde maatregel wordt bekendgemaakt binnen een grotere groep, hoe eerder deze zal uitlekken, waardoor er alsnog een aankondigingseffect zal optreden.

In mijn preadvies heb ik nog een andere procedureregel voorgesteld. Het uitgangspunt zou volgens mij moeten zijn dat een persbericht pas uitgevaardigd mag worden wanneer het advies van de Raad van State op het wetsvoorstel binnen is. Het wetsvoorstel is dan nog niet openbaar gemaakt, dus in beginsel zou er geen aankondigingseffect kunnen optreden. Het voordeel is dat de wetgevingsprocedure dan al wat verder gevorderd is. De periode van rechtsonzekerheid tussen het persbericht en de inwerkingtreding wordt daarmee verkort. Bovendien is het voordeel dat het advies van de Raad van State er al is voordat tot uitvaardiging van het persbericht wordt overgegaan. De Raad van State kan behoorlijk kritisch zijn over terugwerkende kracht en kan bijvoorbeeld soms oordelen dat er geen sprake is van aanmerkelijke aankondigingseffecten. Als de betrokken bewindspersoon erkent dat de Raad van State daar gelijk in heeft, kan nog besloten worden de maatregel geen terugwerkende kracht te verlenen. Is er wel al eerder een persbericht uitgevaardigd met aankondiging van de terugwerkende kracht, dan is de drempel hoger om daarop terug te komen. Er kan dus een dempingseffect optreden wanneer als uitgangspunt wordt gehanteerd dat een persbericht niet eerder wordt uitgevaardigd dan nadat het advies van de Raad van State binnen is.

Mr. J.L.M. Gribnau

Ik bevind mij in het spanningsveld van twee beginselen. Enerzijds een beginsel dat ik zelf verzonnen heb, namelijk het beginsel dat een promotor in het openbaar zijn promotus niet dient te ondervragen, laat staan op het rooster te leggen. Anderzijds een beginsel dat ik niet zelf verzonnen heb, maar waarop ik van mijn kant een aanmoediging aan promovendi baseer. Ik vertel ze namelijk altijd dat ze na één jaar meer van het onderwerp weten dan hun promotor, en dat ze de hoeveelheid kennis na twee jaar gekwadrateerd hebben. Pauwels is keurig binnen een beperkte tijd gepromoveerd en heeft bovendien de J.C. Ruigrok Prijs gekregen. Als ik de twee beginselen tegen elkaar afweeg, vind ik dat ik hem wel een vraag kan stellen, en daarbij komt als bijzondere omstandigheid dat ik denk dat de vraag een grotere reikwijdte heeft. Ik heb het over een bijzondere omstandigheid omdat in het proefschrift van Pauwels ongeveer 120 pagina's gewijd zijn aan het concept 'omstandighedencatalogus'. Alleen daarom al is het proefschrift de moeite waard om te raadplegen. Konijnenbelt heeft bovendien via het NTB al laten weten dat het omslag erg mooi is.

Terug naar het preadvies. Op pagina 202, als ik zo concreet mag zijn, heeft Pauwels het over het fenomeen van de notitie van de staatssecretaris, en dat zou je een vorm van zelfbinding kunnen noemen. De staatssecretaris geeft daarin zelf wat randvoorwaarden aan waarbinnen hij zal blijven, en je zou kunnen zeggen dat

dit de rechtszekerheid vergroot voor de belastingplichtigen, want zij weten wat zij op het gebied van overgangsrecht kunnen verwachten. Pauwels pluist de diverse onderdelen ervan uit elkaar en zegt vervolgens op pagina 202 dat de staatssecretaris eerder bezig is met het bestrijden van de grensverkenning. Voor de liefhebbers van terminologie: 'grensverkenning' wil zeggen dat je belastingplichtigen hebt die met zeer geavanceerde constructies *the silence of the law* aan het opzoeken zijn: door met interpretaties en constructies naar feitencomplexen op zoek te zijn waarvan je kunt zeggen dat daarmee een bepaalde situatie onbelast is. Hij lijkt daar een bepaalde verschuiving weer te geven en dat roept bij mij de vraag op of je kunt zeggen dat deze vorm van zelfbinding werkt. Of heeft de staatssecretaris in de politieke praktijk (want dat is het wetgevingsproces toch) voldoende armslag en kan hij zich daar omheen bewegen, zodat de zelfbinding eigenlijk toch niet zo heel sterk is?

Voor mijn gevoel is hier een breder onderwerp aan verbonden. De macht van het recht speelt hier. Vanmorgen zagen we dit al bij de interventie van Den Ouden, die zei dat als je de norm aanscherpt, je vervolgens gedrag kunt verwachten van een overheidslichaam dat om tijdig aan te kondigen dat de norm gaat veranderen, alleen maar tijdig aankondigt dat de norm gaat veranderen. *Tout court*. Met andere woorden: men creëert eigenlijk meer onzekerheid. Mijn vraag is dus of dit niet meer lijkt op het bekende voorbeeld van de ballon: je knijpt 'm wat aan, en juridisch gezien heb je dan de norm wat aangescherpt, maar we weten allemaal dat de lucht verderop in de ballon wel weer z'n weg vindt. Zo zou misschien ook aan degenen die vanmorgen nog niet op de interventie van Den Ouden hebben gereageerd, toch de vraag zijn: hoeveel vertrouwen heb je in dat opzicht in het recht, dat de aanscherping van normen gaat werken?

Mr. M.R.T. Pauwels

Ik onderscheid twee vragen: de vraag naar de sterkte van de binding en de vraag of aanscherping van de norm wel effectief is, aangezien deze uiteindelijk toch niet houdbaar zal blijken.

De door Gribnau bedoelde notitie van de staatssecretaris is in 1996 verschenen. Het is een mooie notitie, waarin allerlei omstandigheden worden genoemd ter bepaling van een kader waarbinnen terugwerkende kracht geoorloofd is. De notitie is indertijd besproken in de Tweede Kamer. Er kwam kritiek op, waarop een kort briefje volgde van de toenmalige staatssecretaris dat hij de notitie terugtrok en zich aansloot bij het kader van de Raad van State. Dit laatste wordt in de literatuur – en soms zelfs in parlementaire stukken – heel vaak over het hoofd gezien, want er wordt nog vaak verwezen naar de notitie van de staatssecretaris, die echter formeel vervallen is. Konijnenbelt wees hier ook op in zijn bespreking van de preadviezen in het NTB.

Handelt de staatssecretaris nu ook echt volgens deze lijn? Het kader van de Raad van State is iets strikter dan de notitie van de staatssecretaris. Er worden twee voorwaarden gehanteerd: de terugwerkende kracht moet kenbaar zijn, en er moeten bijzondere omstandigheden zijn, te weten aanmerkelijke aankondigingseffecten of misbruik. Een omissie in de regelgeving wordt niet genoemd, terwijl die omstandigheid wel voorkwam in de notitie van de staatssecretaris. Wat zien we echter nu? De staatssecretaris kiest regelmatig voor terugwerkende kracht om omissies te

repareren. Zoals ik de wetgeving analyseer, is het kader van de Raad van State voor de staatssecretaris te strak, en handelt deze materieel nog steeds volgens zijn eigen notitie. Hij heeft zich gebonden aan de notitie van de Raad van State, maar houdt zich er niet aan.

De tweede vraag van Gribnau ziet als ik het goed begrijp op de situatie waarin de normstelling is aangescherpt, maar dat in de praktijk zich gevallen blijken voor te doen die buiten de aangescherpte normstelling vallen en waarvan men denkt dat die niettemin aangepakt moeten kunnen worden. Materieel zouden dergelijke gevallen eerder binnen de notitie vallen, die immers ruimer is opgezet wat de belangenafweging betreft: er zijn meer gezichtspunten in vertegenwoordigd. Het nadeel van een ruimere opzet is weliswaar minder zekerheid en minder binding, maar wellicht wordt meer recht gedaan – dan bij een scherpe normstelling en binding daaraan – aan het feit dat de gevallen die zich voordoen heel divers kunnen zijn.

Mr. L. Brouwer

Voorzitter, ik had er niet op gerekend hier nog voor u te staan, maar ik heb toch een vraag over het preadvies van Pauwels. Ik werd getriggerd door een opmerking die hij maakte in zijn toelichting op de stellingen. Hij gaf daarbij een aanvulling die niet in het boek staat. In het preadvies schrijft hij dat burgers er niet van mogen uitgaan dat het recht volledig statisch is, en hij voegt daaraan toe: met name in het belastingrecht. Hij zei nu in zijn toelichting dat het gewicht van het rechtszekerheidsbeginsel daarom afneemt naarmate de periode waarop de verwachtingen betrekking hebben, langer is.

Ik heb daar twee opmerkingen over. Mij lijkt juist dat hoe langer de eerbiedigende werking geldt, hoe meer je daar het vertrouwen aan kunt ontlenen dat de eerbiedigende werking zo zal blijven – misschien wel *juist* in het altijd veranderende belastingrecht! Als je buiten het belastingrecht kijkt, zie je bijvoorbeeld de WIA, waarbij de gevallen van vóór 1 januari 2004 nog onder de WAO vallen. Er zijn zelfs nog mensen die onder de Ongevallenwet vallen, en ik neem aan dat deze mensen verwachten dat ze onder de Ongevallenwet zullen *blijven* vallen. Hoe langer de pre-bredeherwaarderingspolissen overeind bleven en hoe meer dat werd bevestigd, hoe meer de bezitters van deze polissen ervan uit mochten gaan dat de eerbiedigende werking in stand zou blijven. Ik ben benieuwd naar Pauwels' reactie op dit punt.

Mijn tweede punt betreft stelling 5, oftewel het vereiste van een dubbele en verzwaarde motiveringsplicht wanneer eerbiedigende werking niet wordt beperkt in de tijd. Mijn concrete vraag is hoe dat geregeld zou moeten worden: aan het eind, via de rechterlijke toetsing (er moet dan eerst over worden geprocedeerd) of het toetsingskader van de Raad van State, dan wel helemaal aan het begin, bijvoorbeeld via de Aanwijzingen voor de regelgeving?

Mr. M.R.T. Pauwels

Als ik de eerste vraag hoor, vrees ik dat ik niet duidelijk geweest ben, want er lopen twee zaken door elkaar: mijn opmerking zag op de vormgeving van de eerbiedigende werking. Mijn stelling ziet op de situatie waarin de wetgever een regel wil

veranderen en eerbiedigende werking wil verlenen. Dan staat hij voor de vraag wat de periode van eerbiedigende werking zou moeten zijn. En in dat kader maakte ik de opmerking dat daarbij van belang is dat burgers er niet van mogen uitgaan dat het recht volledig statisch is. Een langdurige eerbiedigende werking ligt in dat licht niet voor de hand. De stelling van Brouwer betreft het geval waarin de eerbiedigende werking er al is, en er vervolgens een nieuwe verandering aankomt. Hoe moet dan worden omgegaan met de 'oude' eerbiedigende werking? We praatten op dit punt dus even langs elkaar heen. Ik ga eerst in op de situatie waarop Brouwer doelt.

Als de wetgever eenmaal in eerbiedigende werking voorzien heeft bij een eerdere wijziging, is er door de wetgever al een standpunt ingenomen over de periode van de eerbiedigende werking. Wanneer dan bij een volgende wijziging zou worden teruggekomen op dat standpunt, vergt dat een extra motivering. Ik ben het dus in wezen met Brouwer eens.

Maar mijn opmerking zag, zoals gezegd, op de situatie waarin de wetgever voor de eerste keer voor de vraag staat of al dan niet eerbiedigende werking moet worden toegekend. Stel dat deze inderdaad toegekend wordt, dan is de vervolgvraag voor welke periode. Ik vind dat die eerbiedigende werking in beginsel niet onbeperkt in tijd moet zijn, maar voor een kortere periode, juist ook omdat het gewicht van het rechtszekerheidsargument in beginsel afneemt naarmate de tijdshorizon langer wordt en dus om een lange periode van eerbiedigende werking te rechtvaardigen. Zoals Bröring eerder opmerkte, zien we een soort 'communicerende vaten' van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel: naarmate het gewicht van het vertrouwensbeginsel afneemt omdat de periode langer wordt, neemt het gewicht van het gelijkheidsbeginsel toe, omdat de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling ook afneemt. Je ziet dus heel mooi hoe deze twee op elkaar inspelen, en in dezelfde richting wijzen als de periode van de eerbiediging langer wordt.

De tweede vraag betrof de manier waarop het in mijn stelling 5 bedoelde vereiste geregeld zou kunnen worden. Ik weet niet uit mijn hoofd wat er nu exact in de Aanwijzingen voor de regelgeving staat, maar ik kan me voorstellen dat in de toelichting bij de aanwijzing inzake eerbiedigende werking wordt opgenomen dat eerbiedigende werking in beginsel niet onbeperkt in tijd is, maar voor een kortere periode. Als het kabinet in een wetsvoorstel voorstelt om onbeperkt of voor een heel lange periode eerbiedigende werking in te stellen, dient dit naar mijn mening uitdrukkelijk gemotiveerd te worden in de memorie van toelichting. Deze opvatting heb ik in mijn stelling 5 willen neerleggen. Ik zie het leerstuk van het wettelijk overgangsrecht als een belangenafweging, waarbij het aankomt op de argumenten. Het is daarom ook van belang dat het parlement beschikking krijgt over de relevante argumenten, zodat het zelf de afweging kan maken of deze in ieder geval kan toetsen. Maar goed, dat is misschien wat idealistisch!

Mr. M.J. Jacobs

Op het gevaar af dat ik de kwestie veel ingewikkelder maak: Pauwels heeft het over de eerbiedigende werking, terwijl de Aanwijzingen die term juist voor dat fenomeen niet zouden gebruiken. De term 'eerbiedigende werking' wordt gebruikt als een nieuwe regel op een bepaalde rechtspositie *nooit* van toepassing wordt. 'Uitgestelde

werking' betekent dan dat de regel tijdelijk niet van toepassing zal zijn. Volgens mij heeft Pauwels het dus over de uitgestelde werking.

Pauwels: Nee. De eerbiedigende werking wil zeggen dat een bepaalde, bestaande rechtsverhouding nog niet onder de toepassingswerking van de nieuwe regel valt, maar nog onder de oude regel. De eerbiedigende werking kan tijdelijk zijn of kan onbeperkt zijn, maar dat is maatwerk.

Jacobs: Maar als het onbeperkt is, heet dat volgens de Aanwijzingen 'eerbiedigende werking', en als het beperkt is, heet het 'uitgestelde werking'.

Pauwels: Maar ik ben het ook niet eens met de Aanwijzingen!

Jacobs: Daarom zei ik ook dat ik de verwarring misschien alleen maar groter maak.

Mr. A.M.L. Jansen

Ik werk aan de Universiteit Maastricht. Ik moet bekennen dat ook ik gistermiddag nog niet over de preadviezen beschikte: gisteravond in de trein tussen Weert en Eindhoven ben ik erin begonnen. De mensen die enig geografisch benul hebben of die op dat traject wel eens met de trein reizen, weten dat dat ongeveer een kwartier duurt. Nu lezen de preadviezen als een trein, maar een kwartier is ook voor mij te kort. 'Gelukkig' klonk op een gegeven moment de mededeling dat er een aanrijding met een persoon had plaatsgevonden, en de geoefende treinreiziger weet dan hoe laat het is en ook dat hij laat thuis zal komen. Het voordeel was dat ik voldoende tijd had om alsnog een substantieel deel van de preadviezen te lezen, en dat leverde de volgende vraag op. Deze vraag wil ik graag stellen aan Backes en Jacobs, maar als anderen zich er in willen mengen, zijn zij van harte welkom.

Voor mij is het idee achter het overgangsrecht dat het de burger beschermt tegen een nieuw juridisch regime, maar wat wordt er eigenlijk precies beschermd? Een bestaande situatie? Een bestaande activiteit? Een verwachting? Een recht? Een belang? In de diverse stellingen kwam dán weer een recht, dán weer een situatie terug. In de preadviezen van Backes en Jacobs zag ik wel aanknopingspunten om een antwoord te kunnen geven op de vraag waar het nu echt om gaat. Wat is het belangrijkste of gaat het om allemaal? Zit er een bepaalde hiërarchie in? De aanknopingspunten hadden te maken met het Europese recht, maar ook dat was allemaal nog 'in beginsel' en casuïstisch. Het bleef een beetje vaag, of liever gezegd spannend, waardoor ook de inhoud van de preadviezen spannend was en dus niet zoals adjunct-secretaris Batting schreef, een beetje saai en droog. Dat was het ook wel, maar het was ook 'dynamisch', het was 'een spel', 'balanceren', ik dacht nog 'sexy', maar dat staat er niet bij. Ook de inhoud was wel interessant, maar ik heb het antwoord niet gevonden. Ik heb dus de behoefte om in ieder geval van Backes en Jacobs antwoord te krijgen op de vraag of ze iets preciezer kunnen formuleren waar het nu echt om draait: een belang, een recht, een verwachting of een situatie? Of gaat het om allemaal, maar geeft het een wat meer de doorslag dan het ander?

Voordat men denkt dat het hier een Maastrichts onderonsje wordt, wil ik in het verlengde hiervan ook nog een vraag stellen aan Pauwels. Hij heeft het op een gegeven

moment over een legislatieve interpretatie en verwijst daarbij naar de rechtspraak van het Straatsburgse Hof. In beginsel was het ongeoorloofd voor een wetgever om in te grijpen terwijl de procedure nog aanhangig was, kort samengevat, maar later is dat een tikkeltje genuanceerd, als ik het goed heb begrepen. Ofschoon hij er in zijn conclusies wel iets over zegt, blijft hij toch ietwat tastend: wat is nu precies de waarde: moet het wel kunnen of niet kunnen? Hij koppelt zijn bevindingen, typisch fiscaal, aan de tweepartijengeschillen en zegt dan dat een ingreep niet zo'n ramp is als die voor de belanghebbende op een gunstige wijziging neerkomt.

Gunstig of ongunstig is typisch gedacht vanuit een tweepartijengeschil. Maar heeft Pauwels ook nagedacht over de manier waarop dit eventueel te transponeren is naar de rest van het bestuursrecht, waar meer belanghebbenden in beeld komen, met liefst natuurlijk enigszins contraire belangen onderling? Dan is het gunstig-ongunstig niet meer zo gemakkelijk en zwart-wit. Pauwels heeft er vast een mening over en daar ben ik heel benieuwd naar. De andere preadviseurs zijn natuurlijk ook welkom om hun mening te geven, wat mij betreft. Ik weet zelf overigens ook niet precies of de rechtspraak van het EHRM op dit punt meer duiding geeft, en dat weet Pauwels misschien wel. Dit zijn dus ten minste twee vragen aan ten minste drie preadviseurs.

Mr. M.J. Jacobs

Jansen vroeg waar het bij bescherming tegen een nieuw juridisch regime nu eigenlijk om gaat. Ik kan van mijn kant vrij gemakkelijk aanknopen bij wat er in de Aanwijzingen staat, namelijk 'bestaande rechtsposities en verhoudingen'. Verder moet je natuurlijk kijken waar de nieuwe regeling die je aan het maken bent, over gaat, met name met betrekking tot de mensen die er mee te maken hebben, en niet de mensen die er 'ook op tegen' zijn dat er een nieuwe regeling komt. Ik noem het voorbeeld van de langstudeerders: daarbij zijn het de studenten voor wie de nieuwe regeling gaat gelden. Wat zijn 'bestaande rechtsposities' in het geval van de intrekking van de kunstenaarsregelingen? De rechtsposities van de mensen die zo'n uitkering hebben en van wie die komt te vervallen.

Voorzitter: Een in het recht verankerde positie die gaat wijzigen? Het gaat dus niet om feiten of een toestand?

Jacobs: Dat zou misschien op een ander gebied ook nog wel kunnen.

Dr. Ch.W. Backes

In mijn preadvies heb ik het wat ruimer genomen, en misschien heb ik daardoor verwarring gezaaid. Overgangsrecht is een wetstechnisch begrip. Je hebt de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar je kunt ook over de begripsvorming anders denken, zoals Pauwels bijvoorbeeld heeft gedaan, en ten slotte kun je ook het begrip 'overgangsrecht' in niet-technische zin opvatten en besluiten twee vragen in ogenschouw te nemen. De eerste vraag is dan vanaf welk moment de wettelijke regeling van toepassing moet zijn op welke gevallen. De tweede vraag, en nu gebruik ik een onjuridisch begrip, is hoe om te gaan met bestaande *situaties*. Die bestaande

situaties kunnen verwijzen naar rechten, maar ook naar feitelijke situaties. Neem bijvoorbeeld iemand die iets doet waar hij nooit een vergunning voor nodig heeft gehad. Vervolgens wordt er een vergunningenstelsel ingesteld, maar de feitelijke activiteit bestaat al.

Jacobs: Hier ben ik het mee eens. Ik denk hier ook aan het voorbeeld van Konijnenbelt, over iemand die een bepaalde activiteit al jaren uitoefent, maar daar vanaf een bepaalde datum een diploma voor moet hebben.

Backes: Exact. Ook dat zijn vragen die onder het overgangsrecht vallen. Het antwoord kan alleen maar gedifferentieerd zijn: het kan zowel gaan om rechten als om situaties. Van belang is enerzijds de vraag vanaf wanneer een regeling van toepassing kan zijn, en anderzijds de materiële vraag wat er inhoudelijk geregeld kan worden met betrekking tot de bestaande situaties.

Mr. M.R.T. Pauwels

Als ik het goed begrijp, was de tweede vraag van Jansen hoe de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het legislatief ingrijpen in een driepartijengeschil is.

Ik moet eerlijk zeggen dat ik het niet precies uit mijn hoofd weet, maar als ik het me goed herinner is er rechtspraak waarin het gaat om een civiele procedure, dus niet tussen overheid en burger, maar tussen twee partijen, waarin het EHRM overweegt dat de uitslag van de procedure in principe niet door middel van wettelijk ingrijpen beslissend beïnvloed mag worden. Barkhuysen is een groter specialist op het gebied van het EHRM dan ik ben, maar mijn indruk is dat zich in de jurisprudentie vooral een *principe* aftekent. Wanneer je verwikkeld bent in een rechterlijke procedure, moet die procedure in beginsel gevoerd worden op basis van de spelregels die er al waren, en mogen deze spelregels dus in beginsel niet tijdens de procedure worden veranderd. Dat zou dan ook gelden voor driepartijengeschillen.

Mr. T. Barkhuysen

Overgangsrecht kan ook duur zijn. We zien in de afgelopen periode dat er in het kader van de bezuinigingen regels gewijzigd worden, en dat de neiging bestaat om ondanks de Aanwijzingen voor de regelgeving en ondanks de advisering bij de Raad van State, voor heel beperkt overgangsrecht te kiezen. Mijn vraag ziet op deze situatie. Stel dat dat gebeurt, heeft onze Nederlandse rechter dan voldoende mogelijkheden om te toetsen of het overgangsrecht adequaat is? Bij de lagere regelgeving kun je toetsen aan het rechtszekerheidsbeginsel, maar als het om formele wetgeving gaat, moet je terugvallen op internationale verdragsgronden, zoals het al genoemde eigendomsrecht uit het EVRM. Mijn vraag is, aan iedereen die dit aanspreekt: zou toetsing van de adequaatheid van het overgangsrecht aan artikel 1 EP EVRM iets opleveren of zou toetsing aan de rechtszekerheid iets kunnen toevoegen?

Mr. H.E. Bröring

Mijn preadvies gaat vooral over lagere regelgeving en dan met name over het beleid, dus dat is wat gemakkelijker. Als het gaat om EVRM en wetgeving: de intrekking van de WWIK geeft toch wel aan dat er veel mogelijk is, bovendien wordt *possession* heel ruim uitgelegd, zelfs zo ruim dat daar wel weer vraagtekens bij zijn te plaatsen. Wat dat betreft is er wel wat houvast.

Dr. Ch.W. Backes

Ik denk dat de houvast in artikel 1 EP EVRM er niet is, want hoewel het begrip *possession* heel ruim is, is de mogelijkheid van de wetgever om belangen af te wegen minstens even ruim. Als je de jurisprudentie van het Europese Hof bestudeert, vind je heel extreme gevallen die het Hof nog heeft goedgevonden, dus ik denk dat daar niet veel te halen is.

Het rechtszekerheidsbeginsel biedt iets meer mogelijkheden, maar ook niet zo bijster veel, zoals blijkt uit het *Harmonisatiewet*-arrest. Wij zijn allemaal juristen en we kijken naar procedures en regeltjes, maar moeten we niet wat meer nadenken over de uiteindelijk vraag: wat moet kunnen en wat moet niet kunnen? Hoe moeilijk dit in verschillende omstandigheden ook is, toch zouden we hier enig kader voor moeten ontwikkelen. Ik heb dat zelf ook niet gedaan, misschien had ik daar nog langer over moeten nadenken, maar daar ligt nog een taak voor ons!

Mr. F.C.M.A. Michiels

Ik begrijp dat ik in het voorprogramma zit van de slotact: de stemprocedure over de stellingen, die ik zelf altijd ervaar als een vrolijke chaos. Nu heb ik begrepen dat men dit jaar wil proberen de stellingenprocedure minder chaotisch te laten verlopen door het al de hele dag over de stellingen te hebben. Daar maak je je natuurlijk ook wat kwetsbaar mee, want dan moeten de stellingen ook wel heel erg goed, en vooral *stembaar*, zijn. In dat verband wil ik graag iets zeggen over de stellingen van Backes, maar niet dan nadat ik even gereageerd heb op een stelling van Koopman: terughoudendheid is altijd goed. Niet dus! Helemaal tegen! Anders hadden wij hier allemaal niet gezeten. Maar misschien bedoelde Koopman 'binnen het recht'. Dan is het ook niet altijd waar, en het is in ieder geval niets voor mij.

Buitengewoon grote waardering heb ik voor het preadvies van Backes. Eigenlijk zou ik zelf wel een stelling willen lanceren, namelijk de stelling: 'Dit is een heel goed preadvies.' Ik weet niet of dat in stemming gebracht kan worden?

Wat ik nu ga zeggen over zijn stellingen heeft dus ook niet zozeer te maken met de inhoud van het preadvies, maar met het feit dat we dadelijk gaan stemmen, zo is mij door u, mijnheer de voorzitter, verzekerd. Dat moet dan ook wel kúnnen! Om u nu te helpen bij het minder chaotisch maken van de procedure (al heeft u mij daar niet om gevraagd), zou ik samen met Backes willen kijken waar wij straks nu eigenlijk over zouden moeten stemmen. Laten we de eerste stelling nemen: 'In het verleden is niet altijd goed nagedacht over de omgang met verwachtingen en het scheppen van bestaande rechten in het omgevingsrecht.' Dit is een vaststelling van feiten: het is

waar of niet waar, maar daar doet onze mening verder niets aan af. 'Veel onderlinge verschillen zijn niet te rechtvaardigen.' Dit zou op zichzelf een stelling kunnen zijn. 'Herbezinning en deels harmonisatie is noodzakelijk.' Dat zou je ook als stelling kunnen zien, die min of meer in het verlengde ligt van het vorige. Het eindigt, en je verwacht dan de echte stelling, met 'Neem daar in het kader van de Omgevingswet de tijd voor!' Als dat de stelling is, zou ik wel eens willen weten wie dáár nu tegen zou kunnen zijn! Als je daar namelijk tegen bent, koester je blijkbaar de opvatting dat er in het kader van de Omgevingswet *niet* de tijd voor genomen moet worden en dat er geen enkele aandacht aan besteed moet worden. Wie er daar vóór? Niemand? Goed zo, dan kunnen we de stelling gewoon schrappen, net als stelling 3 van Bröring. Ik vermoed dat de tweede of de derde volzin de eigenlijke stelling is.

Backes: Ik weet niet of de minister, bijvoorbeeld, zou instemmen met het idee er in het kader van de Omgevingswet de tijd voor te nemen, maar de minister is hier niet.

Michiels: Wat is dat, de tijd ervoor nemen?

Backes: Neem er rustig de tijd voor, en ga dat goed bekijken. Volgens mij zal de minister zeggen 'Nee, we moeten dóór!', maar natuurlijk moet er bekeken worden of harmonisatie binnen het omgevingsrecht noodzakelijk is en of de onderlinge verschillen, waar deze niet gerechtvaardigd zijn, geharmoniseerd kunnen worden. Daar kun je best tegen zijn, al weet ik niet of ik dat standpunt, tegen mijn eigen stelling, nu moet verdedigen. Je zou kunnen zeggen dat de verschillen een reden hebben, en dat er zóveel differentiatie mogelijk is, dat de invulling aan de bijzondere deelterreinen overgelaten moet worden.

Michiels: Maar wat is dan de stelling? Is de stelling 'Je moet niet harmoniseren' of is de stelling 'Je moet daar de tijd voor nemen'? Dat zou dan wel gepreciseerd moeten worden, want 'er de tijd voor nemen' is te algemeen. Je zou dan bijvoorbeeld moeten zeggen dat zodra de wet voor het overige klaar is, je nog ten minste een half jaar de tijd moet nemen om heel goed na te denken over het overgangsrecht. Dat zou nog eens een stelling zijn! Maar het gaat hier dus om twee heel verschillende dingen: het punt van de tijd en het meer inhoudelijke punt. Waar gaan we nu over stemmen?

Voorzitter: Het is niet uw stelling, dus ik zal dit aan Backes voorleggen: er staan verschillende zinnen in de stelling. Is het de bedoeling per zin te stemmen?

Backes: Eerlijk gezegd was ik me op het moment van het formuleren van de stellingen niet bewust van het feit dat deze zodanig geformuleerd zouden moeten zijn dat er met 'ja' of 'nee' over gestemd zou kunnen worden. Als ik dat alsnog moet doen, dan lijkt me het meest interessante deel om over te stemmen 'Veel onderlinge verschillen zijn niet te rechtvaardigen'. Laten we het daarop maar toespitsen, dan hoeft de minister ook niet aan te geven hoeveel of hoe weinig tijd hij ervoor wil nemen.

Voorzitter: Dus de tweede zin nemen we in stemming.

Michiels: Dat lijkt me heel goed.

De tweede stelling is een voorspelling: '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.' We kunnen ook stemmen over de uitspraak dat het volgende week dinsdag gaat regenen, maar ik weet niet zo goed wat we daarmee opschieten. Het kan waar zijn of niet waar zijn, maar dat weet niemand.

Voorzitter: Blijft de stelling zoals hij er staat?

Backes: Het is eigenlijk een aanvulling op de eerste stelling, dat je er de tijd voor moet nemen. Als je dat niet doet, krijg je later problemen. Omdat we over de laatste zin van de eerste stelling niet gaan stemmen, hoeven we over de tweede stelling ook niet te stemmen.

Michiels: Van de derde stelling heeft Backes zelf gezegd dat we die ook wel buiten beschouwing kunnen laten, omdat de wetgever deze inmiddels heeft opgepikt. Deze stelling lijkt echter wel erg algemeen: '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.' Je kunt natuurlijk zeggen dat het thema van deze dag het overgangsrecht is, en dat deze stelling dus wel zal zien op de jurisprudentie van de *wijziging* van omgevingsvergunningen en de rest. Wat ook bedoeld kan zijn, is de jurisprudentie in gevallen waarin in nieuwe situaties een aanvraag voor de oprichting van een vergunning wordt gedaan, want dan is de jurisprudentie ook dat je niet de grondslag van de aanvraag mag verlaten. Als de stelling ook daarvoor geldt, dan zou ik nog wel eens een stemadvies willen uitbrengen, want dat is toch heel wat anders dan wanneer je in een bestaande situatie op grond van het recht, en dat kan ook het Europese recht zijn, zegt dat er moet worden aangescherpt. Backes houdt een zeer overtuigend betoog in zijn preadvies waarom je in dat soort situaties zou moeten afwijken van die aanvraag, maar of dat ook voor nieuwe situaties geldt, vind ik een heel ander verhaal. Mijn vraag is dus in eerste instantie of de stelling zo ruim bedoeld is als zij er staat, of dat zij alleen op wijzigingen slaat. De wijziging van de wet, waar Backes naar verwijst, heeft volgens mij ook alleen betrekking op de wijzigingssituaties.

Backes: Uiteraard betrekt de oplettende lezer dit, in het kader van het preadvies over overgangsrecht en aanpassing, alleen op de aanpassing van bestaande vergunningen. Dat is mooi te concretiseren: bent u voor of tegen voetnoot 114, pagina 177-178?

Michiels: Zullen we dan gewoon zeggen dat we na 'ten aanzien van' en vóór 'omgevingsverguningen' invoegen: *wijziging van bestaande*?

Backes: Ja.

Michiels: Ook stelling 4 bestaat uit een paar zinnen: '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.' Ik denk dat de stelling de laatste zin is, dat er meer aandacht en lef voor nodig is, dus dan zouden we daar over moeten stemmen.

Backes: Ja, dat klopt.

Michiels: Ook de laatste stelling bestaat uit enkele zinnen: 'De wetgever dient een duidelijke keuze te maken of hij toestemming geeft voor een bepaalde activiteit dan wel een emissie- of depositierecht vergunt. Emissie- en depositierechten mogen altijd slechts tijdelijk worden vergund. Daar is in het verleden niet goed bij stilgestaan, met kwalijke gevolgen.' Ik denk dat de kern van deze tekst de middelste zin is, 'Emissie- en depositierechten mogen altijd slechts tijdelijk worden vergund.' Maar het kan ook zijn dat Backes van mening is dat er eigenlijk meerdere stellingen inzitten, en dat we er een stelling 5a en een stelling 5b van moeten maken.

Backes: Nee, Michiels heeft het helemaal goed begrepen.

Michiels: Goed, dus dadelijk stemmen we over de middelste zin. Dan ben ik een gelukkig man.

Voorzitter: Wij kennen niet de functie van vicevoorzitter, maar u ziet hoe het gaat: ooit voorzitter, altijd een beetje voorzitter. Ik hoop dat het bij mij ook zo zal gaan. Dank voor de aanscherping!

Stellingenprocedure

Stelling 1 van Backes
Veel onderlinge verschillen zijn niet te rechtvaardigen.[1]

Voorzitter: We hebben vanmorgen allemaal de toelichting van Backes hierop gehoord, dus we weten precies waar hij het over heeft.

Oordeel
Grote meerderheid voor, niemand tegen, aardig aantal onthoudingen.

Stelling 2 van Backes
[vervallen]

Stelling 3 van Backes
De jurisprudentie ten aanzien van aanpassing van bestaande 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.

Oordeel
Overgrote meerderheid onthoudingen, van de stemmers stemt een kleine meerderheid voor.

Stelling 4 van Backes
Zo gauw 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. 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.

Oordeel
Grote meerderheid voor, niemand tegen, gering aantal onthoudingen.

---

1 Betreft de omgang met verwachtingen en het scheppen van bestaande rechten in het omgevingsrecht. Red.

Stelling 5 van Backes
Emissie- en depositierechten mogen altijd slechts tijdelijk worden vergund.

Oordeel
Kleine meerderheid voor.

Stelling 1 van Jacobs
Als de overgang naar een nieuw wettelijk stelsel noopt tot het langdurig eerbiedigen van bepaalde 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.

Oordeel
Overgrote meerderheid voor, weinig onthoudingen.

Stelling 2 van Jacobs
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.

Oordeel
Grote meerderheid voor, enkele onthoudingen.

Stelling 3 van Jacobs
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.

Oordeel
Stemmen in evenwicht, met veel onthoudingen.

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

Oordeel
Kleine meerderheid voor, beperkt aantal onthoudingen.

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

Oordeel
Ruime meerderheid voor.

Stelling 2 van Bröring

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.*

Oordeel
Kleine meerderheid tegen.

Stelling 3 van Bröring

Voorzitter: We hebben het er even over gehad of de woorden 'vaststellen' en 'bekendmaken' moeten worden vervangen door het werkwoord 'toepassen'. Is dat de bedoeling of brengen we de stelling in stemming zoals deze er staat?

Bröring: Ik zou de stelling graag zo herformuleren:

Het bestuur mag geen uitvoeringsmaatregelen vaststellen, bekendmaken én toepassen op basis van wetgeving die nog in werking moet treden.

Oordeel
Kleine meerderheid voor, beperkt aantal onthoudingen.

Stelling 4 van Bröring

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

Oordeel
Meerderheid tegen bij een groot aantal onthoudingen.

Stelling 5 van Bröring

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

Oordeel
Grote meerderheid voor.

Stelling 1 van Pauwels
De Aanwijzingen voor de regelgeving behoeven aanpassing met betrekking tot de overgangsrechtelijke begrippen.

Voorzitter: U heeft het zojuist nog even gehoord: de echte deskundigen zijn het niet helemaal met elkaar eens; over de afbakening van deze begrippen kan gediscussieerd blijven worden.

Oordeel
Kleine meerderheid voor, bij veel onthoudingen.

Stelling 2 van Pauwels
Gelet op de bezwaren die eraan verbonden zijn, dient de regering terughoudend te zijn met het gebruik van het instrument 'wetgeven per persbericht'.

Oordeel
Grote meerderheid voor, enkelen tegen, enkele onthoudingen.

Stelling 3 van Pauwels
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.*

Oordeel
Overgrote meerderheid voor.

Stelling 4 van Pauwels
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.

Oordeel
Overgrote meerderheid voor.

Stelling 5 van Pauwels
Een dubbele en verzwaarde motiveringsplicht geldt wanneer eerbiedigende werking niet wordt beperkt in de tijd.

Oordeel
Overgrote meerderheid voor.

Stelling 6 van Pauwels
[Ook] het verlenen van terugwerkende kracht aan voor burgers gunstige wijzigingen behoeft rechtvaardiging.

Oordeel
Overgrote meerderheid voor.