De toekomst van de formele rechtskracht

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Verslag van de algemene vergadering gehouden op 24 mei 2019 ter behandeling van de preadviezen van J.E.M. Polak, T.N. Sanders, B.J.P.G. Roozendaal & A.M. Reneman

163

Boomjuridisch

VAR 163

ISBN 978-94-6290-808-6

Boomjuridisch

De toekomst van de formele rechtskracht

VAR-reeks
163

De toekomst van de formele rechtskracht

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 24 mei 2019

ter behandeling van de preadviezen van

J.E.M. Polak
T.N. Sanders
B.J.P.G. Roozendaal
A.M. Reneman

Boom juridisch
Den Haag
2020

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

© 2020 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.stichting-pro.nl).

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 978-94-6290-808-6
ISBN 978-90-5454-474-6 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, Willemien den Ouden 7

Toelichting van de preadviseurs met eerste reactie 12

Gedachtewisseling over de preadviezen 30

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd 40

Nabespreking van de posterpresentaties van promovendi 43

Voortzetting van de gedachtewisseling over de preadviezen 44

Stemmingen over stellingen van de vier preadviseurs 78

Bestuur en ereleden 83

Rede van de voorzitter, Willemien den Ouden

Geachte leden van de Vereniging voor Bestuursrecht, beste VAR-vrienden. Ieder jaar is het vaststellen van een onderwerp voor de jaarvergadering een hele klus, en dat gold zeker voor dit jaar. 2019 is voor bestuursrechtjuristen namelijk best een bijzonder jaar. Het kan u niet zijn ontgaan dat dit jaar het zilveren jubileum van de Algemene wet bestuursrecht [Awb] is gevierd. Ook bijzonder is dat de VAR in 2019 haar tachtigste verjaardag beleeft. Welk onderwerp is voor zo'n memorabel jaar nu goed genoeg? Het moest gaan om een fundamenteel onderwerp dat veel van onze leden bezighoudt en waarmee we vooruit willen. Het VAR-bestuur kwam uit bij de leer van de formele rechtskracht. We voelden wel enige aarzeling. Verleden jaar vond Nico Verheij al dat wij een opmerkelijke keuze hadden gemaakt met het niet erg feestelijke vertrouwensbeginsel voor ons jaarlijkse bestuursrechtelijke dorpsfeest.

En nu dan de formele rechtskracht. Die is weliswaar een steeds belangrijkere rol gaan spelen binnen het Nederlandse bestuursrecht en staat onmiskenbaar onder druk, maar in een feestelijk jaar wil je ook een enigszins toegankelijk onderwerp, en van een toegankelijk karakter kun je de leer van de formele rechtskracht niet beschuldigen. Zouden de VAR-leden dit wel waarderen? Deze zorgen bleken ongegrond. We houden geen cijfers bij, maar met meer dan driehonderd aanmeldingen dreigt dit een van de best bezochte jaarvergaderingen ooit te worden. Dat kan natuurlijk komen doordat we dit jaar voor het eerst hebben gewerkt met een hippe, enthousiasmerende vlog. Dat zal zeker hebben geholpen, maar ik vermoed dat er meer achter deze succescijfers zit. Ik denk dat velen van jullie, net als ik, de ontwikkelingen die zich rond de formele rechtskracht voordoen met belangstelling volgen en zich afvragen wat die zullen betekenen voor het eigen rechtsterrein en het dagelijks werk.

Met de leer van de formele rechtskracht worstel ik zelf al jaren. Mijn vakgebied, het subsidierecht, is een schoolvoorbeeld van een rechtsterrein met veel ketenbesluitvorming. Ketenbesluitvorming is door Thomas Sanders gedefinieerd als 'een keten van opvolgende zelfstandige besluitvorming binnen dezelfde rechtsverhouding, waarbij de latere besluiten afhankelijk zijn van de eerdere besluiten'. Als er aan een eerder besluit iets mankeert maar dit niet wordt aangevochten, kan dat als gevolg van de leer van de formele rechtskracht dus lang doorijlen in latere besluitvorming, met alle vervelende gevolgen van dien.

Ik ben blij met de definitie die Sanders heeft ontwikkeld. Die helpt de theorievorming in ons vakgebied beslist verder, maar ik zou ervoor willen waarschuwen alle ketenbesluitvorming in de formelerechtskrachtdiscussie vanaf nu op één hoop te gooien. De rechtsrelaties waarbinnen ketens van besluitvorming ontstaan, kunnen namelijk sterk van elkaar verschillen. De situatie waarin een last onder

dwangsom wordt opgelegd, die wordt gevolgd door een invorderingsbesluit, is er een waarin de overheid een rechtsrelatie heeft met een vermeende overtreder. Daar hebben wij te maken met een andere context dan bijvoorbeeld in het socialezekerheidsrecht, waarin lange, lange ketens van verlenings-, wijzigings-, correctie- en vaststellingsbesluiten kunnen ontstaan. Daar gaat het vaak om kwetsbare burgers die noodgedwongen aanspraak moeten maken op sociale voorzieningen. Wanneer, ten slotte, in het subsidierecht sprake is van ketenbesluitvorming, zien we besluitvormingsketens over publiek geld dat beschikbaar wordt gesteld voor de uitvoering van wenselijk geachte activiteiten. Overheid en subsidieontvangers zijn in beginsel professionele partners. Die context vind ik een andere dan de context van de relatie tussen overheid en kwetsbare burgers of vermeende overtreders. Toch wordt de leer van de formele rechtskracht in die keten min of meer hetzelfde toegepast als in het handhavingsrecht en het socialezekerheidsrecht. Dat vind ik onbevredigend.

Laat ik vooropstellen dat de formele rechtskracht binnen het subsidierecht vaak een heel nuttige rol speelt. Dat je bij opvolgende besluiten in beginsel niet meer kunt klagen over aspecten die eerder in de subsidieketen aan de orde hadden kunnen worden gesteld en dat andersom ook geldt dat het bestuursorgaan niet, althans niet zonder meer, kan terugkomen in latere subsidiebesluiten op wat in eerdere besluiten is vastgelegd, is een goed uitgangspunt voor beide partijen. Het dient de rechtszekerheid en, niet onbelangrijk maar minder vaak expliciet behandeld, het beperkt de uitvoeringslast voor bestuursorganen. Het is een uiting van een regel die in veel goede relaties geldt: afspraak is afspraak.

Maar in sommige gevallen geldt die goede reden om vast te houden aan wat is vastgelegd in eerder genomen subsidiebesluiten *niet*. Dan leidt de toepassing van de formele rechtskracht tot vervreemdende rechtspraak. Ik geef een voorbeeld om dat te concretiseren. De Gedeputeerde Staten van de provincie Overijssel namen een besluit tot beëindiging per 1 januari 2013 van een jarenlange subsidierelatie met de Stichting William Schrikker, een instelling voor jeugdbescherming.[1] Grond voor de beëindiging was een nieuwe financieringsstructuur in de jeugdzorg. De Schrikker-stichting werd daarover door Gedeputeerde Staten tweemaal geïnformeerd. De eerste brief kwam in maart 2012. Dat was een verleningsbeschikking waarin het budget voor 2012 werd toegekend en verdere afspraken voor dat jaar werden vastgelegd, een begunstigende beschikking dus. In deze verleningsbeschikking werd ook verwezen naar een bijlage. Die bevatte een notitie over de toekomst van de jeugdzorg. Uit die notitie volgde, zo vermeldde de verleningsbeschikking, dat met ingang van 2013 geen sprake meer zou zijn van een rechtstreekse subsidierelatie met de provincie Overijssel. In een tweede brief, verzonden in juni 2012, ging het college weer – en nu expliciet – in op de aanstaande beëindiging van de subsidierelatie en de vormgeving daarvan. Onder deze tweede brief stond, net als onder de verleningsbeschikking, een rechtsmiddelenverwijzing.

Tegen deze tweede brief komt de Schrikker-stichting op. Zowel de rechtbank als de Afdeling vond dat te laat. De verleningsbeschikking, met daarin een opmerking

1 ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1569, *AB* 2014/258, m.nt. W. den Ouden.

over de situatie in het volgende jaar, had immers al formele rechtskracht gekregen. De Afdeling overweegt expliciet dat de tweede brief overbodig was en bij de stichting mogelijk verwarring heeft veroorzaakt, maar dit neemt, aldus de uitspraak, niet weg dat de stichting bezwaar had kunnen maken tegen de eerste brief, de verleningsbeschikking met een passage over beëindiging, en dat ook had móéten doen. Zo komt er een einde aan een jarenlange samenwerking op het gebied van kwetsbare kinderen, zonder dat de voorwaarden waaronder die beëindiging plaatsvindt, kunnen worden aangevochten en inhoudelijk kunnen worden besproken voor de bestuursrechter, doordat het in een verleningsbesluit verstopte beëindigingsbesluit door de subsidieontvanger niet is herkend. Ik vermoed dat de Schrikkerstichting daardoor diep vertwijfeld achterbleef.

Dit is slechts één voorbeeld van gevallen waarin de onverkorte toepassing van de formele rechtskracht leidt tot wat we in subsidieland wel kafkaëske situaties noemen. De subsidieontvanger, de partner van de overheid, mag die overheid zeker niet zomaar vertrouwen of de tijd nemen voor verder overleg. Subsidieontvangers worden geacht belastende elementen in begunstigende besluiten te herkennen en de gevolgen daarvan direct te onderkennen. Begunstigende besluiten moeten direct worden aangevochten; anders kan wat later misschien een geschilpunt zal blijken te worden niet meer inhoudelijk aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Argwaan en niet praten maar procederen moeten dus het uitgangspunt zijn, en dat in een samenwerkingsrelatie!

Gelukkig lijkt het tij te keren. U hebt het in de preadviezen gelezen: er zijn inmiddels verschillende voorbeelden van uitspraken waarin de bestuursrechter niet onverkort aan de leer van de formele rechtskracht vasthoudt. In zijn beoordeling van besluiten, genomen later in een keten, blijkt de rechter via het evenredigheidsbeginsel rekening te houden met de evidente onrechtmatigheid van eerdere besluiten, ook als deze niet zijn aangevochten. Dat gebeurde bijvoorbeeld in 2019, in een subsidiecasus ten aanzien van een besluit tot lagere vaststelling van de subsidie omdat een verplichting over topinkomens niet was nagekomen. Uit eerdere rechtspraak was echter duidelijk geworden dat de regelgeving waarop deze subsidieverplichting berustte onverbindend was. Toen de subsidieverstrekker de betrokken ontvanger toch op deze niet-nagekomen subsidieverplichting afrekende met een beroep op de formele rechtskracht, vond de Afdeling dat in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Op een vergelijkbare wijze oordeelde zij dat het bestuur niet in redelijkheid gebruik kan maken van de bevoegdheid om een invorderingsbesluit te nemen wanneer een dwangsombesluit weliswaar onaantastbaar is geworden, maar uit andere rechtszaken is gebleken dat het onrechtmatig is.

Deze U-bocht via het evenredigheidsbeginsel is een voorbeeld van de relativering van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming, een relativering die ook is bepleit door Widdershoven en Wattel in recente conclusies. Ook Jaap Polak bepleit in zijn preadvies een genuanceerdere rechtspraak. Hij stelt voor dat indien het in een besluit onverkort uitgaan van de rechtmatigheid van een eerder genomen onaantastbaar besluit tot evident onredelijke uitkomsten leidt, het vervolgbesluit voor vernietiging in aanmerking komt. Dat is dan in het bijzonder aan de orde als het eerdere besluit een evident gebrek vertoont. Als Polak, Widdershoven en Wattel voor een relativering van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming pleiten, lijkt het mij niet onwaarschijnlijk dat die ervan kan komen, hoe belangrijk ook de argumenten

zijn die Thomas Sanders geeft om niet te gemakkelijk over zo'n relativering te denken en vast te houden aan het huidige systeem.

Dit brengt mij dan toch bij de vraag: als die relativering niet onwaarschijnlijk is, hoe gaat zij er dan precies uitzien, wat betekent zij straks voor ons in onze dagelijkse rechtspraktijk? De eerste uitspraken die bijdragen aan een antwoord op die vraag stellen mij niet gerust. In een uitspraak betreffende een prejudiciële vraag van de Afdeling van 30 januari 2019[2] las ik dat wij in het kader van de formele rechtskracht al sinds 2004 een evidentiecriterium kennen, althans voor zover het gaat om evident onrechtmatige vergunningsvoorschriften. Gelukkig was dit Jaap Polak tot voor kort ook ontgaan; dit stelde mij gerust! In de bedoelde verwijzingsuitspraak overweegt de Afdeling dat dit criterium inhoudt 'dat er bij voorbaat, zonder dat daartoe nader onderzoek is vereist, dan wel slechts na summier onderzoek, geen twijfel over bestaat dat het desbetreffende vergunningvoorschrift niet gesteld had mogen worden'. Dat vind ik nogal streng klinken, en zo is het ook bedoeld, want even verderop schrijft de Afdeling aan het hof dat dit zich slechts in uitzonderlijke gevallen zal voordoen en wijst zij erop dat er geen uitspraken van de Afdeling zijn waarin zo'n evident onrechtmatig vergunningsvoorschrift werd vastgesteld.

In een uitspraak uit februari van dit jaar overwoog de Afdeling dat een belanghebbende tegen de invorderingsbeschikking in beginsel geen gronden meer naar voren kan brengen die al tegen het dwangsom- of het bestuursdwangbesluit naar voren hadden kunnen worden gebracht. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd of dat de betrokkene geen overtreder is.

Als je deze twee uitspraken op een rij zet, moet je vaststellen dat het voorlopig om een zeer voorzichtige relativering gaat. Het beginsel van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming blijft overeind. Slechts in uitzonderlijke gevallen geldt dit beginsel niet, bijvoorbeeld wanneer het eerdere besluit evident onrechtmatig is. Dat is voorlopig dan ook het enige nieuwe voorbeeld dat we kennen.

Hoewel ik begrijp dat het in deze uitspraken ging over vergunningen en dwangsommen, en dus over situaties waarin ook de belangen van derden spelen, maak ik mij over deze minimalistische invulling van de relativering van de formele rechtskracht wel degelijk zorgen. Het gevaar van een min of meer theoretische uitzondering voor alle vormen van ketenbesluitvorming lijkt me niet denkbeeldig. Hoe voorkomen wij dat de relativering van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming via de evidentielijn die zichtbaar aan het worden is voor appellerende burgers, een dode mus wordt? Ik neem hier een voorschot op de discussie die straks in deze vergadering ongetwijfeld zal worden gevoerd.

Naast de tot nu toe erkende uitzondering van het niet aangevochten maar evident onrechtmatige besluit, moeten er meer situaties worden erkend waarin het onverkort vasthouden aan besluiten, eerder in de keten genomen, leidt tot een evident onredelijk vervolgbesluit. Zo'n situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer het gezien de context heel begrijpelijk is dat een belanghebbende niet direct tegen het eerdere besluit is opgekomen. Dit kan zich voordoen als het belastende deel van de

2 ECLI:NL:RVS:2019:260.

beschikking niet of slecht herkenbaar was, zoals in de Schrikker-zaak, of als het belastende deel van de beschikking niet helder was, dan wel ten tijde van de beschikking helemaal niet relevant leek. Ook in die gevallen mag de formele rechtskracht van een besluit eerder in de keten de burger niet worden tegengeworpen, niet omdat de eerste beschikking evident onrechtmatig zou zijn – dat is zij namelijk niet – maar omdat het onverkort vasthouden aan die rechtskracht zou leiden tot evident onevenredige uitkomsten in het concrete geval in deze concrete context.

Een dappere civiele rechter in Limburg volgde eerder dit jaar deze lijn al in een invorderingsgeschil tussen een zorgkantoor en een ontvanger van een persoonsgebonden budget [pgb]. Het betrof een dame met een dwarslaesie die tienduizenden euro's moest terugbetalen wegens onvoldoende verantwoording van zorgleveringen. De rechtbank wijst alle vorderingen af en overweegt daarbij dat het zorgkantoor geen beroep kan doen op de formele rechtskracht van eerdere beschikkingen, nu van de pgb-ontvanger niet kan worden verwacht dat zij tegen een brij van opeenvolgende onduidelijke toekennings-, intrekkings- en jaarafrekeningsbeschikkingen steeds bezwaar moet maken. In dit geval en onder deze omstandigheden, die in de uitspraak uitgebreid in kaart zijn gebracht, leidt het vasthouden aan eerdere beschikkingen tot een onaanvaardbare uitkomst.

Dit lijkt mij een juiste uitspraak, in een zeker niet uitzonderlijk geval. Het komt althans in mijn rechtsgebied geregeld voor dat het gezien de context zeer begrijpelijk is dat niet tegen een besluit wordt opgekomen. In al die gevallen moet er reële ruimte zijn voor de relativering van de formele rechtskracht bij de beoordeling van latere besluiten in de keten, en dus voor een inhoudelijke toets van de rechter. Kort gezegd is *evident onredelijk* zeker niet uitzonderlijk, althans niet in alle vormen van ketenbesluitvorming. Dat besef is nodig om de evidentielijn meer te laten zijn dan een dode mus.

Ik ben enorm blij dat u met zo velen naar deze vergadering bent gekomen. Wees welkom en discussieer mee over de toekomst van de formele rechtskracht en draag zo bij aan de verbetering van ons bestuursrecht!

Toelichting van de preadviseurs met eerste reactie

Jaap Polak

Willemien heeft weer een prachtige inleiding gehouden. Toen ik gisteren, een paar maanden uit het onderwerp, bedacht dat ik mij even flink moest gaan voorbereiden en alles doorlas, kwamen precies de ontwikkelingen voorbij die jij zojuist hebt geschetst. Ik vind dat je die er heel knap hebt uitgelicht. De verleiding is groot om erop te reageren, maar dat ga ik niet doen, want wij preadviseurs mogen maar vijf minuten praten en in die tijd moeten we ons preadvies samenvatten. Het is altijd weer goed je in de positie van justitiabele te bevinden. Ik heb zelf ooit bij de Afdeling ingevoerd dat je niet langer dan vijf minuten mag pleiten, dus ik kan moeilijk bezwaar maken tegen deze regel. Ook hier geldt dat er straks nog voldoende tijd is om op allerlei punten in te gaan.

Bij vijf minuten passen vijf boodschappen. U zult ze telkens op het scherm getoverd zien, en ik geef een toelichting.

1. *Maak onderscheid tussen formele rechtskracht als beginsel in de verhouding bestuursrechter en burgerlijke rechter en als beginsel binnen het bestuursrecht.*

Hier ziet u allereerst het ene grote deel van het onderwerp dat we vandaag bespreken en vervolgens de puur bestuursrechtelijke benadering, waarbij ik mij concentreer op ketenbesluitvorming en op andere situaties waarin besluiten worden genomen die – meestal later – worden gevolgd door andere besluiten, wat het voor het volgende besluit betekent dat het eerste besluit onaantastbaar is geworden. Het door mij in mijn preadvies bepleite onderscheid onderscheidt mij enigszins van Thomas Sanders en misschien ook van anderen. We zullen het er vandaag over hebben.

2. *Schaf het beginsel in de verhouding bestuursrechter/burgerlijke rechter niet af, maar nuanceer het waar nodig wel. Zoek een meer fundamentele oplossing hier in 5.*

Niet iedereen zal het met mijn oproep tot niet afschaffen eens zijn. Ik heb de gronden voor die oproep in mijn preadvies geprobeerd uiteen te zetten. Een van de punten van overweging is dat je na een eventuele afschaffing onmiddellijk voor de vraag zult komen te staan wat in dit verband de schadebeperkingsleer betekent. Wat dan meteen opvalt, is dat iedereen over die leer anders denkt, althans dat er verschillende modaliteiten zijn. We zouden dus jaren van onzekerheid tegemoet gaan, wat me niet verstandig lijkt. Naar mijn mening moeten we de oplossing voor de problematiek in een andere richting zoeken. Bij de vijfde boodschap kom ik daarop terug.

Eerst nog even iets over de andere belangrijke invalshoek: het gebied binnen het bestuursrecht.

3. *Binnen het bestuursrecht geldt het beginsel beperkter dan vaak gedacht; waar het nu wel geldt: pas het niet toe als dat tot evident onrechtvaardige uitkomsten leidt ('het evidentiecriterium').*

In de verhouding tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter geldt het beginsel van de formele rechtskracht vrij hard, zij het dat er wel wat uitzonderingen zijn. Binnen het bestuursrecht wordt de term vaak gebruikt in situaties waarin het beginsel helemaal niet geldt. Als we het bijvoorbeeld over opvolgende subsidiebesluiten of opvolgende vergunningen hebben, blijkt vaak het volgende te gebeuren. Er wordt subsidie gegeven voor 2019, maar de aanvrager laat die subsidie ongebruikt voorbijgaan. Vervolgens komt er een subsidiebesluit over 2020. In zo'n situatie zien we vaak een bestuursorgaan bij ons verdedigen dat het eerste besluit formele rechtskracht heeft. Dat is wel zo, maar het betekent verder niets voor de beoordeling van het subsidiebesluit over 2020: dat wordt gewoon volledig op rechtmatigheid getoetst. In mijn preadvies behandel ik nog veel meer terreinen waarop de term verwarring wekt. Het beginsel geldt wel nog vrij duidelijk bij de ketenbesluitvorming, het onderwerp van Thomas. Naar mijn mening is het op dat gebied mogelijk de leer van de formele rechtskracht niet toe te passen als die toepassing tot onrechtvaardige uitkomsten leidt. Onderscheid met de verhouding burgerlijke rechter/bestuursrechter maak ik omdat enige van de redenen die voor die verhouding gelden, eenvoudigweg binnen het bestuursrecht niet opgaan. Daarom kunnen we naar mijn gevoel binnen het bestuursrecht op dit punt genuanceerder denken.

4. *Schaf de term formele rechtskracht af voor situaties binnen het bestuursrecht en reserveer hem voor een onaantastbaar appellabel Awb-besluit in een procedure bij de burgerlijke rechter.*

Ik zou de term willen reserveren voor de verhouding tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter en niet langer binnen het bestuursrecht willen gebruiken. Laten we gewoon zeggen dat het eerste besluit onaantastbaar is geworden. Die onaantastbaarheid heeft dan soms betekenis voor een vervolgbesluit, maar soms ook helemaal niet. Zeker als we aan het begin staan van de ontwikkeling van het evidentiecriterium is 'formele rechtskracht' een ongelukkige term.

5. *Maak werk van het onderbrengen van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking bij de bestuursrechter.*

Het is ongelukkig genoegen te nemen met de toch door velen onderkende problemen bij de verhouding burgerlijke rechter/bestuursrechter, zodat enige nuancering gewenst is. Mijn perspectief zou dan zijn nu eindelijk werk te maken van de al door velen bepleite verandering waarbij bijvoorbeeld geschillen over de overheidsaansprakelijkheid onder de competentie van de bestuursrechter worden gebracht. Voorstanders daarvan zijn onder anderen de VAR-commissie rechtsbescherming [2004] en de VAR-preadviseurs in 2013. Voor mij blijft het raar dat de rechtmatigheid

van een besluit bij de bestuursrechter wordt beoordeeld en dat vele geschillen over schadevergoeding bij de burgerlijke rechter komen. Dat roept om problemen. Als je de publiekrechtelijke rechtsbetrekking bij de bestuursrechter onderbrengt, heb je veel – niet alle – problemen opgelost. Het wordt dan mogelijk binnen het bestuursrecht tot een veel genuanceerdere benadering te komen, die je ook zou kunnen toepassen op het probleem van de formele rechtskracht op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid.

Dit zijn mijn vijf hoofdboodschappen, misschien niet wereldschokkend. Ik hoop met mijn preadvies vooral ook een overzicht te hebben gegeven van de ontwikkelingen: een soort nulmeting van waar wij nu staan. Enigszins heb ik de pretentie dat mijn bijdrage ook voor het onderwijs goed bruikbaar is.

Thomas Sanders

Ik ben, gezien de vijf minuten die mij zijn gegund, met de vervaardiging van slides ietwat ambitieus geweest. Als een speer zal ik door mijn twintig slides gaan![1]

Volgens mij zijn we het erover eens dat we een probleem in het bestuursrecht hebben: het kan gebeuren dat een onrechtmatig besluit in rechte onaantastbaar wordt, terwijl we allemaal kunnen zien dat het evident is dat het besluit niet klopt. Zo'n besluit is naar de leer van de formele rechtskracht *rechtsgeldig* maar ook *rechtmatig*. Het probleem is dan met name het uitgangspunt dat een evident *on*rechtmatig besluit *recht*matig is.

Wat moeten we daar nu mee? Dat is volgens mij de kern. In mijn preadvies heb ik geprobeerd drie oplossingen in kaart te brengen.

Oplossing 1
De leer-Tijn Kortmann. Gooi het gewoon de deur uit. We hebben de formele rechtskracht helemaal niet nodig, de rest van Europa heeft het ook niet, weg ermee! Ik zie een reactie bij Tijn in de zaal: we komen er zo nog op terug.

Oplossing 2
Bouw een noodluikje in voor 'evident' onrechtmatige besluiten. Dat is de ontwikkeling die zich nu feitelijk voordoet.

Oplossing 3
De oplossing waarvoor ik pleit: niet ontkennen dat er een probleem is, maar de oplossing op een andere manier zoeken. Het probleem is niet de formele rechtskracht, maar we hebben te maken met een onderliggende problematiek, samenhangende met het bestuursrecht als systeem als geheel. Ik zeg: pak dát aan en laat de rechtsregel *klaar is klaar* met rust.

Waarom kies ik voor oplossing 3? Mijn bezwaar tegen oplossing 1 is dat loslaten niet werkt. Een rechtsgeldig besluit dat onrechtmatig is, zal namelijk niet heel lang blijven voortbestaan. Het bestuursorgaan zal het op een gegeven ogenblik

1 Spreker heeft de tekst van de slides in het woordmateriaal van zijn betoog verwerkt. In de neerslag in deze handelingen is hetzelfde gedaan. [Red.].

willen intrekken, ófwel vanwege de schade die wordt veroorzaakt, ófwel omdat het bestuursorgaan niet met de onrechtmatigheid kan leven.

Het noodluikje van oplossing 2 vervolgens creëert meer problemen dan het oplost. Het staat immers haaks op een aantal fundamentele leerstukken in ons bestuursrecht. Zowel het besluit als rechtsingang als de zeswekentermijn voor bezwaar en beroep en de rechtsgeldigheidsleer wordt door het noodluikje doorkruist. Daarmee raakt het de logica, de begrijpelijkheid en de duidelijkheid van ons systeem. Ik heb daar veel moeite mee. Bovendien vind ik het, al klinkt dat misschien een beetje vreemd, juist *on*rechtvaardig om het noodluikje in te bouwen. Als je spelregels wijzigt omdat je een bepaalde uitkomst wilt, ben je in feite vals aan het spelen. Dat raakt mijn rechtvaardigheidsgevoel. In de derde plaats leidt het inbouwen van het noodluikje tot rechtsonzekerheid. Eerder vandaag kwam de vraag al aan de orde wanneer er van evidentie sprake is. Ik heb op dat punt mijn twijfels, maar dat is meer een praktisch uitvoeringsprobleem.

Ik maak de balans voor het noodluikje op. Volgens mij wordt het recht juist complexer, tijdrovender en duurder, terwijl de winst van deze ontwikkeling heel beperkt is. We bereiken rechtvaardigheid op de vierkante millimeter in een paar individuele gevallen, terwijl het systeem als geheel complexer wordt. Als ik alles op een hoop veeg, vind ik de prijs te hoog.

Waar moeten we dan wél heen? Volgens mij moeten we de werkelijke problematiek aanpakken, een problematiek die in mijn ogen vierledig is:

1. Het bestuursrecht sluit niet aan op de belevingswereld van de burger.
2. De termijnen zijn vaak onnodig kort, zeker in tweepartijengeschillen waarin het alleen maar om een financiële verhouding gaat.
3. Het bestuursrecht als geheel is te complex geworden. Zelfs wij – ik spreek natuurlijk voor mijzelf – snappen het al bijna niet meer.
4. Het bestuursrecht ziet de mens als *homo iuridicus*, maar heel veel mensen hebben te weinig doenvermogen. Zij kúnnen helemaal niet handelen zoals de Awb van ons verwacht. Ook dat is een groot probleem.

Volgens mij moeten we juist naar deze vier punten gaan kijken. Met name gaat het mij om de zeswekentermijn en het burgerbeeld dat we daarbij hebben. Een oplossing kan worden gevonden in de richting van *een bestuursrecht van twee gestrengheden*. Er zijn heel veel gevallen waarin al die regels die wij hanteren helemaal niet nodig zijn en waarin je de burger op een andere manier tegemoet kunt komen. Het afschaffen van de regel *klaar is klaar* vind ik nu juist ontzettend onduidelijk.

Bart Roozendaal

Mijn voorbereiding was wat minder strak dan ik had gepland. Ik had gistermiddag onverwachts een kort geding in Amsterdam. Nu ik geen slides heb kunnen voorbereiden, maak ik van de nood een deugd: bij presentaties moet men nooit doorgaan in dezelfde sfeer en telkens opnieuw met *power points* komen!

In 1993 heb ik als student-assistent een telefoontje met mijn eerste baas, Ron van Male, gepleegd. Ik zat in Duitsland, waar ik aan het studeren was, ik was 21, ik dacht 'Wat ga ik later doen als ik groot ben? Ik ga promoveren!', ik belde Ron van Male en die zei: 'Ik ga geld zoeken.' Hij belde me terug met de mededeling dat hij voor

twee jaar geld had en toen we het erover eens bleken te zijn dat het in twee jaar niet zou lukken, heeft hij nóg eens gegrabbeld, met als resultaat vier jaar, en als onderzoeksvoorstel, in de lijn van een hobby van hem, een rechtsvergelijkend onderwerp. Ik zat toch al in Duitsland en ik ben dus maar op dat voorstel ingegaan, zodat ik in het rechtsvergelijkende onderzoek terechtkwam. Zesentwintig jaar later is er geen enkele progressie geweest, want ik doe nog steeds hetzelfde: rechtsvergelijking is nog steeds een hobby van mij, en het leuke is dat ik het kan combineren met de praktijk. Als advocaat met 21 jaar ervaring blijk ik ongeveer vijftig formelerechtskrachtzaken per jaar te doen. Elke week druppelt er wel eentje binnen, en er zijn dus ruim duizend zaken over mijn bureau gegaan. Daaruit destilleer je wel een beetje een lijn van hoe het allemaal werkt, ook al kun je niet alle zaken zelf doen.

Gisteren stond ik in kort geding bij de civiele rechter waar om schorsing van een invorderingsbeschikking werd gevraagd in verband met een opgelegde dwangsom die verbeurd was. De hele zitting ging over de verbindendheid van een aanwijzingsbesluit van de burgemeester, behorend bij de Algemene Plaatselijke Verordening [APV] van de betrokken gemeente, dat formele rechtskracht had. Ik probeerde telkens maar terug te keren naar de basis en uit te leggen dat we het hierover niet konden hebben, maar zo'n pleidooi was aan dovemansoren gericht, want de civiele rechter vond het heel interessant en vroeg mij uit te leggen hoe dit alles nu werkt. Ik heb moeten uitleggen dat er verschil is tussen een door de raad vastgestelde APV en de noodverordeningsbevoegdheden van de burgemeester. Dit was weer even een *wake up call*: het zit bij de rechtsmachtsverdeling niet helemaal snor.

Hoe dan ook, ik vraag mij af en toe af of de uitkomsten redelijk zijn. Als je jonger bent – Sanders, mijn buurman op kantoor, is inderdaad jonger – ga je uit van 'regels zijn regels' en spreek je over valluikjes, noodluikjes en dat soort dingen. Ik ben wat ouder en kijk naar de redelijkheid van uitkomsten: voelt dit nu wel goed en kan ik het wel thuis vertellen? Het is misschien daarom dat Kortmann in zijn recensie van de preadviezen[2] over mij heeft geschreven als een 'melancholieke realist-idealist'. Ik werd overigens thuis niet in die omschrijving herkend, terwijl ik anderzijds heb geprobeerd een uitleg te geven. Recht, heb ik gezegd, is niet alleen maar recht, maar het is vloeiend: het gaat mee met de samenleving, met de gevoelens die we hebben, het loopt soms voorop, het hobbelt soms achter de ontwikkelingen aan, maar het staat nooit stil. Dan is het leuk dat we hier vandaag met elkaar stilstaan bij de ontwikkelingen op het gebied van de formele rechtskracht. Ik ben de VAR dankbaar dat hiervoor de gelegenheid is geboden.

Uit mijn rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat in de ons omringende landen het hele leerstuk van de formele rechtskracht niet bestaat. Is het daar dan een warboel? Nee, eigenlijk niet. In Duitsland, waar ik heb gewoond/gestudeerd en waarvan ik het rechtssysteem het meest heb onderzocht, zeggen de mensen met wie ik erover praat: dat systeem van jullie, ik wou dat wij het hadden bedacht! Ze vinden het heel rechtlijnig en helder en ze willen, zonder dat ze aandacht besteden aan mijn opmerkingen over uitzonderingen, óók formele rechtskracht, maar dat mag niet, want

2 C.N.J. Kortmann, 'De toekomst van de formele rechtskracht. Bespreking van de preadviezen van Polak, Reneman, Roozendaal en Sanders voor de VAR-jaarvergadering op 24 mei 2019', NTB 2019/19.

het Bundesgerichtshof [BGH] maakt een heel straks onderscheid tussen enerzijds de rechtmatigheid van een besluit en anderzijds de geldigheid ervan. Als het BGH zoiets heeft gezegd, is het bijna wet.

Ze hebben in hun systeem wel een valluikje – in de wet vastgelegd –, namelijk de medeschuld. In het Duitse recht geldt dat je, als het jouw schuld is dat er schade is ontstaan door het niet instellen van een rechtsmiddel, niks meer krijgt; als je het een beetje had kunnen voorkomen, krijg je een beetje. Toch is en blijft daar het devies dat de onherroepelijkheid van het besluit niet leidt tot de conclusie dat het rechtmatig is. Dat heeft te maken met de grondwettelijke verankering van de rechtmatigheid van bestuur in het Duitse recht, waaraan heel sterk wordt vastgehouden. De overheid dient rechtmatig te handelen en daarmee verhoudt zich niet er überhaupt aan te denken dat de burgerlijke rechter zou moeten zeggen: sorry, het besluit is niet aangevochten, maar het is volstrekt rechtmatig. Een dergelijke redenering zal er in het Duitse recht nooit komen.

De correctiefactor werkt echter wel degelijk, maar in het Duitse recht bestaan heel veel correctiefactoren, zoals op het gebied van causaal verband en relativiteit. Als je de honderden relevante uitspraken doorexerceert – dat heb ik gedaan toen ik mij ter voorbereiding van mijn preadvies in ons huisje in Zeeland had teruggetrokken – kom je tot de conclusie dat we het in Nederland toch maar erg goed hebben geregeld.

Wat zou er nu gebeuren als je in Nederland met een alternatief komt? Denk aan medeschuld als correctiefactor. Volgens mij ontstaat er dan wanorde. De burgerlijke rechter zal moeten gaan beoordelen:

– Was de betrokkene wel belanghebbende?
– Stond er wel beroep open?
– Zo ja, wat had de bestuursrechter dan gezegd?
– Wat was in het licht van de uitspraak van de bestuursrechter het besluit geweest?

In Duitsland stopt het dan meestal al. Geslaagde beroepen op aansprakelijkheid van de overheid zijn heel schaars. In Nederland komt deze aanpak niet voor. De denkwijze in het Duitse recht is moeilijk naar ons recht te transponeren en als we het toch zouden proberen te doen, zou dat volgens mij tot enorm veel onrust en ontevredenheid leiden.

In het overgrote deel van de formelerechtskrachtzaken leiden de formele rechtskracht en eigen schuld tot hetzelfde resultaat. Waarom zouden we dan, zoals in het Duitse, het Franse en het Belgische recht is gebeurd, decennialang onzekerheid moeten hebben en wanorde moeten creëren? Het gaat mij juist om bepaalde soorten casus, die ik in mijn preadvies heb uitgewerkt en die tot ontevredenheid in de buik leiden. Ik pleit voor een aanpassing, een wetswijziging is niet nodig, de denktrant moet veranderen, er moet een knopje om bij de Hoge Raad en dan zijn we weer allemaal tevreden. Over tien jaar kijken we dan weer eens terug.

Hierover gaan we van gedachten wisselen. *Kaveka-* en *Kuijpers/Valkenswaard*-toestanden[3] moeten we niet meer willen. Het verzinsel, waarvoor ik om excuus vraag, komt uit de koker van AKD, maar ik ben er geen voorstander meer van, onder

3 P. 179 en 182 van de preadviezen.

meer omdat ik het bij cursussen niet kan uitleggen. Kortmann spreekt terecht van een geslaagd experiment, maar dat moet alleen gelden voor gevallen waarin de uitkomst niet blijkt te voldoen aan de eisen van realiteit en rechtvaardigheid die we allen zouden moeten delen.

Marcelle Reneman[4]

Ik voel mij vandaag in meerdere opzichten een vreemde eend in de bijt.

In de eerste plaats is dit mijn allereerste jaarvergadering van de VAR als nieuw lid. Bovendien voel ik mij veel minder bestuursrechtjurist dan velen van de aanwezigen. Ik ben namelijk zelf beter thuis in het internationaal en Europees recht, en met name in het heel specialistische gebiedje van het asielrecht. Voor mij was het dan ook een uitdaging in de voorbesprekingen van de preadviezen de discussies tussen mijn heren medepreadviseurs te volgen, en ik heb van hun preadviezen heel veel geleerd.

Mijn preadvies staat ook een beetje los van de andere drie. Het benadert het onderwerp formele rechtskracht vanuit Unierechtelijk perspectief. Het tweede deel van mijn stuk gaat over herhaalde aanvragen, in het bijzonder opvolgende asielaanvragen. Dit onderwerp raakt het beginsel van de formele rechtskracht omdat het idee immers is dat men door het indienen van een nieuwe aanvraag niet kan bereiken dat een onherroepelijk besluit wordt aangetast.

Voor opvolgende asielaanvragen geeft het Unierecht een vrij gedetailleerd kader. In het migratierecht zijn we zo langzamerhand wel gewend dat het Unierecht eigenlijk het vakgebied volledig beheerst. Daardoor heb ik de afgelopen jaren geleerd vanuit Unierechtelijk kader te denken en niet langer Nederlandse procedureregels

4 De afbeeldingen die spreekster tijdens haar bijdrage heeft getoond, zijn in deze handelingen opgenomen [Red.].

als uitgangspunt te nemen. Het Unierecht trekt zich immers vaak weinig aan van nationale systemen en belangen.

Is het dan ook niet gek, vroeg ik me af, het Unierechtelijk kader met betrekking tot formele rechtskracht of onaantastbaarheid van besluiten helemaal los te koppelen van onderwerpen zoals ketenbesluitvorming en overheidsaansprakelijkheid? Ook grote delen van het gewone bestuursrecht vallen toch binnen de reikwijdte van het Unierecht. In de preadviezen worden de drie uitgangspunten besproken waarop de leer van de formele rechtskracht is gebaseerd:

– voorkomen dat de burgerlijke rechter tot een ander oordeel komt dan de bestuursrechter;
– voorkomen dat de burgerlijke rechter uitspraak doet over zaken waarin de bestuursrechter bij uitstek gespecialiseerd is;
– rechtszekerheid waarborgen.

Zijn dit nu uitgangspunten waarom het Unierecht en vooral ook het Hof van Justitie zich bekommert? Uit mijn onderzoek blijkt dat het Hof van Justitie het beginsel van rechtszekerheid hoog in het vaandel heeft staan. De jurisprudentie van het Hof over het beginsel van de formele rechtskracht – of misschien moet ik eerder zeggen: de onaantastbaarheid van besluiten – en vooral het daarmee sterk samenhangende beginsel van gezag van gewijsde staat als een huis.

Doorbreking van deze beginselen wordt in beginsel niet van lidstaten verlangd, ook niet als dit leidt tot een schending van het Unierecht. Wel zijn lidstaten onder sommige omstandigheden verplicht gebruik te maken van bestaande nationale bevoegdheden tot het herbeoordelen of het buiten toepassing laten van een met het Unierecht strijdig besluit dat onaantastbaar is geworden op grond van *Kühne & Heiz*[5] of het gelijkheidsbeginsel. Alleen in bijzondere gevallen vereist het Unierecht doorbreking van de onaantastbaarheid van het besluit c.q. het beginsel van de formele rechtskracht.

5 HvJ EU 13 januari 2004, zaak C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17.

Er is echter wel een probleem: het huis van de formele rechtskracht staat stevig, maar is vrij smal. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het beginsel van formele rechtskracht of onaantastbaarheid van besluiten niet geldt in ketenbesluitvorming en mogelijk ook niet in schadevergoedingsprocedures. Hoewel het niet beperken van schade door het verwijtbaar nalaten van het indienen van rechtsmiddelen tegen een onrechtmatig bestuursrechtelijk besluit wel kan worden tegengeworpen, kan de rechtszekerheid volgens het Hof in ieder geval niet gebieden dat in dergelijke vervolgprocedures van de rechtmatigheid van een besluit dat in strijd is met het Unierecht wordt uitgegaan. Ik vermoed dat het Hof ook niet zo heel gevoelig is voor de wijze waarop in de Nederlandse context de taken tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter zijn verdeeld. Het Hof heeft vooral oog voor de effectiviteit van het Unierecht.

Wat betekent dit alles voor de conclusies van mijn medepreadviseurs, vooral die van Sanders, dat de leer van de formele rechtskracht onverkort moet worden gehandhaafd? Waar het gaat om opvolgende asielaanvragen heeft het Unierecht al heel veel impact gehad. De bepalingen van de procedurerichtlijn leidden uiteindelijk zelfs tot de afschaffing van het *ne bis in idem*-beoordelingskader voor het gehele bestuursrecht. Mij gaan de veranderingen alleen nog niet ver genoeg. Ik vind dat de procedurerichtlijn die van toepassing is op asielprocedures vereist dat de Afdeling Bestuursrechtspraak terugkomt van de strikte jurisprudentie, gevormd onder artikel 4:6 Awb over wat nieuwe feiten en omstandigheden zijn. Hierdoor zou meer discussie mogelijk worden over de bewijswaarde van nieuwe documenten of verklaringen die asielzoekers in een tweede of volgende asielprocedure naar voren brengen.

Waar het gaat om opvolgende aanvragen zijn in de jurisprudentie diverse veiligheidskleppen – of, in de treinmetafoor van Sanders, noodremmen – ontwikkeld: bijzondere omstandigheden zoals in het arrest *Byankov*, onmiskenbare mensenrechtenschendingen zoals in *Bahaddar* en evidente onredelijkheid. Die veiligheidskleppen verplichten het bestuursorgaan om, ondanks het ontbreken van nova, van een besluit met formele rechtskracht terug te komen; ze worden mijns inziens te beperkt uitgelegd en toegepast en bieden daardoor onvoldoende vangnet. Bovendien is het zeer onduidelijk hoe de diverse veiligheidskleppen zich tot elkaar verhouden, iets wat de hoogste bestuursrechters volgens mij zouden moeten ophelderen.

Al met al genoeg voer voor discussie. Ik ben heel benieuwd naar de opmerkingen en vragen.

Tijn Kortmann[6]

Het is u bekend dat de voorzitter van de VAR de spreektijd van interveniënten nog strenger bijhoudt dan de luchtverkeersleiding de slots van de lijnvluchten op Schiphol. Na een korte en aangename onderhandeling is mij een spreektijd gegund van 10 minuten en 48 seconden. Ik had aanvankelijk ingezet op 5 minuten per preadviseur. U ziet welke concessies mij zijn afgedwongen. Daarom heb ik een list verzonnen. Ik spreek de preadviseurs niet afzonderlijk maar gezamenlijk toe. Mijn vragen stel ik ook aan hen gezamenlijk, aan het slot van deze interventie. Dat doe ik in ongeveer zeven minuten, waarmee iedere preadviseur er twee minuten op vooruit gaat ten opzichte van mijn aanvankelijke inzet. Vervolgens houd ik nog een kleine vier minuten over voor repliek. Daar kan de voorzitter geen speld tussen krijgen.

Allereerst mijn lof en complimenten voor dit prachtige boek. Gelukkig kan ik nu verwijzen naar de recensie in het NTB, waar ik heb onderbouwd waarom de preadviseurs die lof toekomt. Polak zou mij ter zitting niet toestaan in herhalingen

6 Heeft de preadviezen besproken in het NTB; zie noot 4.

te vallen, maar ik hoop dat hij het mij vandaag vergeeft dat ik dat toch ga doen. De preadviseurs hebben allen op hun eigen wijze inspirerend en toegankelijk geschreven over een razend ingewikkeld leerstuk dat ons al zo lang hoofdbrekens bezorgt. En ze hebben laten zien dat wij in de laatste drie decennia het leerstuk beter onder de knie hebben gekregen. Wij maken nu duidelijk onderscheid tussen zaken waarin tevergeefs en zaken waarin geheel niet tegen een besluit is opgekomen. Verder hebben wij het onderscheid tussen geldigheid en rechtmatigheid van besluiten scherper op het netvlies. En tot slot hebben de preadviseurs tamelijk eensgezind voorstellen gedaan om afscheid te nemen van rechtspraak waar iedereen ongelukkig van werd, maar die tot nu toe om een of andere reden een onvermijdelijk kwaad leek.

Worden, zoals in de preadviezen bepleit, de scherpe kantjes van de rechtspraak over de formele rechtskracht afgeslepen, dan lopen wij weer iets meer in de pas met de ons omringende landen. Ik zeg 'iets meer', want welk begrip hoort niet in het volgende rijtje thuis?

a. Zwarte Piet;
b. haring uit het vuistje;
c. de Elfstedentocht;
d. formele rechtskracht.

Het goede antwoord is Zwarte Piet, want die geniet ook in Vlaanderen en de Elzas nog wel enige bekendheid.

Wij zijn in Nederland, meer dan waar dan ook, gehecht aan de formele rechtskracht en daarover wil ik de preadviseurs aan de tand voelen. Het gaat dan met name om besluiten waartegen niet binnen zes weken bezwaar of beroep is ingesteld. In ons land brengt de formele rechtskracht mee dat zo'n besluit (1) als rechtmatig wordt beschouwd, en (2) het beoogde rechtsgevolg heeft. De moeilijkheden ontstaan als het besluit eigenlijk onrechtmatig is. Je hebt geen jurist nodig om te bedenken wat er dan moet gebeuren: het bestuursorgaan moet het onrechtmatige besluit vervangen door een rechtmatig besluit. Liefst uit zichzelf en zeker als de geadresseerde van het besluit daarom verzoekt. De Belastingdienst doet het al een beetje zo, en ik heb begrepen dat ook de preadviseurs wel voor die oplossing voelen, althans, in een-op-eenverhoudingen tussen overheid en burger. In meerpartijenverhoudingen wordt het ingewikkelder; daar kom ik zo op.

Van een (financiële) een-op-eenverhouding tussen overheid en burger is ook sprake als een burger vergoeding vraagt van schade als gevolg van een onrechtmatig besluit. Nu betreden we gevoelig terrein, want dat kan in ons land niet als het onrechtmatige besluit formele rechtskracht heeft. Weliswaar doet zich dit probleem niet voor als het bestuursorgaan het onrechtmatige besluit intrekt of repareert, maar soms kan dat niet, bijvoorbeeld als een vergunning door termijnoverschrijding van rechtswege is verleend. De formele rechtskracht blokkeert dan het recht op schadevergoeding. De Hoge Raad vindt dat terecht, en soms zelfs onontbeerlijk. De bestuursrechters volgen de Hoge Raad, want dat zou de wetgever zo gewild hebben. In sommige zaken pakt dat erg onbevredigend uit, bijvoorbeeld als het gebrek in de vergunning pas later aan het licht komt, zoals bij de vuurwerkramp in Enschede.[7]

7 Hierover Polak, preadviezen, p. 25.

In het verleden zijn voor deze 'rechtmatigheidsfictie'[8] allerlei rechtvaardigingen aangevoerd en de preadviseurs komt lof toe dat zij deze tot de essentie hebben teruggebracht: omwille van rechtseenheid en specialisatie moet de burgerlijke rechter zich niet inlaten met de beoordeling van besluiten.

Nu is aan niet-juristen al niet zo eenvoudig uit te leggen waarom onze Hoge Raad geen verstand mag hebben van overheidsbesluiten. Als de Hoge Raad er wel over moet oordelen, gaat dat toch eigenlijk best goed. Nog veel lastiger valt uit te leggen waarom de bestuursrechters die lijn in schadezaken volgen, terwijl zij bij uitstek verstand hebben van besluiten. En is aan juristen zelf nog uit te leggen waarom de Centrale Raad van Beroep en de belastingkamer van de Hoge Raad deze rechtmatigheidsfictie in schadezaken hanteren? Op grond van artikel 8:89, eerste lid, Awb heeft de burgerlijke rechter op hun terrein niets te zoeken en valt er dus ook niets af te stemmen. Klopt het overblijvende argument voor de rechtmatigheidsfictie – rechtseenheid en specialisatie – nog wel?

Formele rechtskracht plaatst ons ook voor dilemma's bij ketenbesluitvorming. Het geijkte voorbeeld is een onrechtmatige last onder dwangsom die wordt gevolgd door een invorderingsbesluit. Pregnanter nog vind ik de situatie waarin bestuursdwang wordt toegepast onder aanzegging van kostenverhaal. Stel dat de overtreden norm onverbindend is wegens strijd met EU-recht, mogen de kosten dan toch worden verhaald met een beroep op de formele rechtskracht van de last onder bestuursdwang? Of mag de dwangsom als het daarom gaat worden ingevorderd? Sanders vindt van wel, Reneman van niet en Polak kiest een middenweg: invordering mag niet als de last evident onrechtmatig is.[9]

Nu kennen wij in ons recht een bijzonder geval van ketenbesluitvorming, waarin de rechter een andere benadering kiest, en dat is bij bestemmingsplannen; Polak noemt dat voorbeeld ook. Als een vergunning of een sanctiebesluit wordt gebaseerd op een bestemmingsplan met formele rechtskracht, dan kan de rechtmatigheid van dat bestemmingsplan alsnog ter discussie gesteld worden door middel van exceptieve toetsing. Dat onderwerp is in de jaarvergadering van twee jaar geleden uitvoerig aan bod gekomen en Widdershoven heeft er een prachtige conclusie over geschreven.[10] Naar mijn indruk leidt die exceptieve toetsing van bestemmingsplannen niet tot grote problemen in de sfeer van de rechtszekerheid, ook al is het bestemmingsplan bij uitstek een ordeningsinstrument dat in meerpartijenverhoudingen rechtszekerheid moet bieden. Dat lijkt mij een steuntje in de rug voor het standpunt van Reneman. Polak noemt de exceptieve toetsing overigens ook als *circumstantial evidence* voor zijn standpunt.[11]

Dit alles brengt mij tot de volgende drie vragen. De eerste betreft de formele rechtskracht in het algemeen, de tweede heeft specifiek op de formele rechtskracht in het besluitenaansprakelijkheidsrecht betrekking en de derde gaat over de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming.

---

8 Sanders, preadviezen, p. 87.

9 Zie inmiddels ook de Afdelingsuitspraken van 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:623, 624 en 466.

10 ECLI:NL:RVS:2017:3557.

11 Preadviezen, p. 55.

Vraag 1
Moet de oplossing voor de problematiek van de formele rechtskracht in het tweepartijenbestuursrecht – met name het geldschuldenrecht zoals belastingrecht, socialezekerheidsrecht en subsidierecht – niet in een heel andere hoek worden gezocht dan in het meerpartijenbestuursrecht, dat veelal ordeningsrecht is, omdat in het tweepartijenbestuursrecht alleen de rechtszekerheid van de overheid in het geding is? Moeten we niet kiezen voor het oprekken van bezwaartermijnen tot bijvoorbeeld een jaar of het aanvaarden van een juridische verplichting om – op verzoek – onrechtmatige besluiten waartegen nog niet is geprocedeerd, te herstellen of in te trekken? Dit vergt een wat andere interpretatie van artikel 4:6 Awb.

Vraag 2
In de praktijk moet de specialisatiegedachte al stevig worden gerelativeerd omdat de burgerlijke rechter regelmatig over overheidsbesluiten moet oordelen en dat ook doet, bijvoorbeeld in het geval van in bezwaar herroepen besluiten. Het omgekeerde gebeurt ook: de bestuursrechter die burgerlijk recht moet toepassen, althans, daarbij aansluiting zoekt. Is het niet tijd om die specialisatiegedachte ook dogmatisch wat te relativeren, zodat er meer ruimte komt om individueel onrecht te herstellen? En moet de eerste stap dan niet door de bestuursrechter in schadezaken worden gezet? Die rechter heeft dat specialisatieprobleem toch al niet.

Vraag 3
Het onverkort vasthouden aan de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming leidt tot onverteerbare resultaten, niet altijd, maar soms. Dat vindt zelfs Sanders. Kunnen wij voor dit probleem niet inspiratie ontlenen aan de exceptieve toetsing van bestemmingsplannen, die immers ook vaak het eerste appellabele besluit zijn in een keten van vervolgbesluiten, zoals vergunningen en handhavingsbesluiten? Ik denk hier aan de invulling van het criterium 'evident onrechtmatig', dat de Afdeling inmiddels gebruikt. In aansluiting op de rede van de voorzitter: we willen toch voorkomen dat deze uitzondering uiteindelijk een dode mus blijkt te zijn.

Ik laat het graag aan de preadviseurs over wie bij de beantwoording van deze drie vragen woordvoerder zullen zijn.

Jaap Polak

Van mijn kant met name een reactie op de tweede en de derde vraag van Tijn Kortmann. De eerste vraag zinspeelt op een wetgevingsproject in de sfeer van wat Leo Damen het bestuursrecht van twee gestrengheden heeft genoemd. In mijn preadvies heb ik kort te kennen gegeven dat het mij wenselijk lijkt daarover goed na te denken. Ik voel me echter vooral aangesproken door het pleidooi van Tijn voor relativering van de specialisatiegedachte, een pleidooi dat het hart van het eerste deel van mijn preadvies raakt.

Van Tijns fraaie boekbespreking in het NTB heb ik genoten: ik beveel de mensen in de zaal aan er kennis van te nemen, niet alleen vanwege de juridische beschouwingen, maar ook omdat Tijn, die behalve jurist ook natuurkundige is, bovendien nog beroepspsycholoog blijkt te zijn. Hij schrijft allemaal dingen over mij waarin ik mezelf heel erg herken, zoals dat ik nooit iets bepleit wat onhaalbaar is. Ik ben

inderdaad typisch iemand van de kleine stapjes. Ook ben ik volgens Tijn niet iemand van de grote vergezichten, wat eveneens waar is. Ik geloof wel dat ik in zekere zin grote vergezichten heb, maar ik heb niet erg de behoefte om ze te delen en richt mij in hoge mate op hard werken aan de kleine stappen vooruit. Naar mijn overtuiging heeft het iets met ons vak van jurist te maken dat we goed aan kleine stappen vooruit kunnen werken. De grote vergezichten zijn toch meer iets voor de politiek en wat dies meer zij. Tegen deze achtergrond vind ik de beschouwing van Tijn zeer leesbaar. Natuurlijk heeft hij kritiek: wij zijn het over fundamentele punten met elkaar oneens en dat zullen we blijven. Ik wist dat al, want Tijn heeft in 2006 een prachtig proefschrift geschreven waarvan een van de kernpunten 'Weg met de formele rechtskracht!' is. Als ik dan schrijf dat deze figuur ons toch voor een belangrijk deel zekerheid biedt, kan ik niet verwachten dat Tijn het met alles eens is.

De vraag die Tijn opwerpt, is of er niet te veel van de competentieverdeling en de daaruit voortvloeiende specialisatiegedachte afhangt. Voor mij is de specialisatiegedachte nog niet eens het belangrijkste. Ik blijf wel vinden dat het niet wenselijk is dat advocaten, zoals Bart Roozendaal gistermiddag overkwam, bij de burgerlijke rechter uitleg moeten geven over toch veel toegepaste bepalingen van de Gemeentewet, maar dat wordt terecht een organisatievraagstuk genoemd, hoewel men het daarmee – veel problemen bij de overheid *zijn* organisatievraagstukken – niet helemáál wegrelativeert. Voor mij speelt sterker het punt van het systeem als geheel. Ik heb echt de overtuiging dat de procedure bij de bestuursrechter over bijvoorbeeld een bestemmingsplan speciaal ingericht is op een bestemmingsplanprocedure, met alle derden die daarbij een rol kunnen spelen, en dat de rechter die de rechtmatigheid van het bestemmingsplan moet beoordelen daartoe met de procedure die eromheen hangt geëquipeerd is. Dat heeft een belangrijke waarde, hoewel ik bereid ben toe te geven dat er bij een andere opzet nu niet direct ongelukken zullen gebeuren. De publiekrechtelijke procedure die we bij de bestuursrechter hebben, is anders ingericht dan de procedure bij de civiele rechter met zijn een-op-eenverhoudingen. Het hele toetsingsinstrumentarium heeft daarmee te maken: een breed onderwerp waarover ik op mijn beurt een proefschrift heb geschreven. Ik geloof echt dat we hier met een waarde te maken hebben die je min of meer wegzet als je de gedachte verlaat dat de rechtmatigheid van een overheidsbesluit in *die* procedure moet worden beoordeeld. Het zou daarom in mijn ogen onverstandig zijn de formele rechtskracht vaarwel te zeggen, nog afgezien van de argumenten van rechtszekerheid, rechtseenheid en concordantie. Met andere woorden: niet alleen de specialisatie – een organisatievraagstuk – is belangrijk, maar we moeten vooral ook letten op het geheel van het systeem dat door de wetgever is gecreëerd. De Awb-procedure is echt een andere dan de civiele procedure.

Ook ik vind het soms een probleem als de burgerlijke rechter over de rechtmatigheid van bestuursbesluiten moet oordelen. Vandaag worden bijvoorbeeld de pleidooien in de *Urgenda*-zaak gehouden: daar zie je het probleem dat de bedrijven die te veel CO_2 uitstoten en die straks met de gevolgen van de uitspraak te maken krijgen, niet in de procedure betrokken zijn. Overigens kan de civiele rechter zich heus wel op het terrein van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten begeven en is het betrekken van derden in een civiele procedure wel degelijk mogelijk, maar het is in de bestuursrechtelijke procedure veel gemakkelijker.

Tot slot naar aanleiding van de tweede vraag nog een opmerking over het punt van de rechtseenheid. Tijn vindt dat ook dat punt moet worden gerelativeerd: als de bestuursrechter – zoals de Centrale Raad van Beroep en de belastingrechter – exclusief over onrechtmatige besluiten gaat, zouden we naar zijn mening de formele rechtskracht wel kunnen loslaten. Van mijn kant vat ik het begrip rechtseenheid anders op dan Tijn, want naar mijn mening is bij de rechtseenheid ook de coherentie van het rechtssysteem in het geding. De Afdeling Bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven treden tot een bedrag van 25.000 soms op, maar uit het oogpunt van de coherentie van het rechtssysteem moet vooropstaan dat dezelfde lijn wordt getrokken. De burgerlijke rechter is leidend als het gaat om de invulling van het causaliteits- en het relativiteitscriterium en is dat in mijn ogen toch ook min of meer als het gaat om de formele rechtskracht bij overheidsaansprakelijkheidszaken. Ik zie namelijk de formele rechtskracht als een vorm van toepassing van de schadebeperkingsleer in het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

Heel graag zou ik nog iets over de exceptieve toetsing bij bestemmingsplannen zeggen, maar ik begrijp uit de loopbewegingen in de zaal van de voorzitter dat ik daarvoor op dit moment niet meer de gelegenheid heb.

Thomas Sanders

De eerste vraag van Kortmann komt erop neer of we in tweepartijengeschillen niet veeleer de oplossing in langere termijnen zouden moeten zoeken. Dit klinkt mij als muziek in de oren. In tweepartijengeschillen is er ook naar mijn mening inderdaad ruimte om minder streng met termijnen om te gaan. Dat zou mij veel meer aanspreken dan het 'noodluikje' waarvoor nu wordt gekozen. Er is een wiskundige die op het gebied van systeemtheorie heeft gezegd dat een systeem ófwel consistent is ófwel daadwerkelijk recht doet. Een geheel sluitend consistent systeem krijgt altijd te maken met uitzonderingsgevallen die er niet door kunnen worden gevangen, terwijl het maken van een uitzondering niet consistent met het systeem is. Ik heb dan liever een consistent systeem en ik denk dat dit kan worden verwezenlijkt bij een bestuursrecht van twee gestrengheden. We vinden immers de uitkomsten echt onrechtmatig in tweepartijengeschillen, waarin het belang van het waarborgen van de rechtszekerheid met name de overheid ten goede komt. Daar zit volgens mij met name de pijn; in meerpartijenverhoudingen zijn we nog niet echt toe aan nuancering. Een bestuursrecht van twee gestrengheden doet aan deze benadering veel meer recht en spreekt mij als systeem veel meer aan.

Met oog op de tijd zie ik af van het geven van een reactie op de derde vraag.

Bart Roozendaal

In het kort: vraag 1 ja, vraag 2 nee, vraag 3 nee.

Ik voel mij op alles aangesproken. In de recensie wordt mij een deprimerende conclusie van een melancholische, idealistische persoon aangewreven. Ik zag mij al als een of andere kluizenaar op de hei zitten! Dank daarvoor. Toch zal ik nog proberen in alle objectiviteit iets te vertellen.

In tweepartijenverhoudingen is de situatie fundamenteel anders dan wanneer we met drie of meer partijen te maken hebben. Mijn allereerste zitting, 21 jaar geleden,

betrof een faillissement. Het enige wat ik namens ons kantoor moest doen, was zeggen: 'Ik persisteer.' Dat betekende dat je persisteerde in het verzoek tot faillissementsverklaring. Het betrof een bloemist en het ging ook nog over een rode kaart; ik snapte er niet zo heel veel van. De steunvordering betrof achterstallige belasting. Voor de mensen die het helemaal niet weten: voor een faillissement zijn twee vorderingen nodig, een echte en een steunvordering, vaak fiscaal. Ik had de zaak bestudeerd en had bedacht dat de belastingaanslag formele rechtskracht had. Goed voorbereid, met toga, zat ik daar, toen de betrokkene verklaarde dat hij bezwaar tegen de aanslag had gemaakt. Ik zei: 'Dat is te laat, die aanslag heeft formele rechtskracht en staat vast.' Ik vond mezelf een hele peer, en toen zei de rechter: 'Meneer, we zitten hier niet bij de bestuursrechter.' Ik dacht echt dat de belastingrechter een bestuursrechter was, maar dat bleek toch niet zo te zijn: het werkte daar anders. Van de gang van zaken heb ik ook iets geleerd: ik heb me vreemd genoeg nooit meer zo opgesteld.

Als ik nu meer op metaniveau naar tweepartijenverhoudingen kijk, zie ik dat de situatie daarin heel complex kan zijn. In het socialezekerheidsrecht hebben we te maken met opvolgende besluiten en terugvorderingsbesluiten. Elk jaar opnieuw kan er weer iets niet kloppen, zodat er iets moet worden gecorrigeerd. Het is een grote brij. Hoe moeten we nu in dit verband tegenover de formele rechtskracht staan? Ik ga dan terug naar de drie redenen die ooit aan deze rechtsfiguur ten grondslag zijn gelegd, alle drie binnen het bestuursrecht vervat. Heeft het dan zin in tweepartijenverhoudingen heel streng met de formele rechtskracht om te gaan? Ik heb er niet zo veel moeite mee een andere benadering te kiezen, maar ik heb wel wat last van de vraag 'en dan vérder?' Stel dat er langere bezwaartermijnen gelden, wat moet dan het gevolg zijn als die langere termijnen voorbij zijn? Moeten we een termijn van een jaar hanteren en heeft een besluit na die termijn wél formele rechtskracht, of moeten we de formele rechtskracht in tweepartijenverhoudingen helemaal loslaten? En hoe definiëren we in dit verband eigenlijk tweepartijenverhoudingen? Al met al voorzie ik op dit punt heel veel leuke toekomstige discussies, maar de gedachte komt mij sympathiek voor.

Vervolgens iets over de specialisatiegedachte, als een van de grondslagen van de formele rechtskracht. Kortmann vraagt zich af of deze gedachte wel een geheel juist uitgangspunt biedt. Hij heeft mij ook verweten niet naar de artikelen 8:88 en volgende Awb te hebben gekeken. Daar hebben we met een ander soort specialisatie te maken, want over welke ervaring met overheidsaansprakelijkheid beschikken de bestuursrechters nu eigenlijk? Ik zou willen adviseren er een civilist bij te halen. Anders wordt er jarenlang geprocedeerd over de toepassing van het relativiteitsvereiste, causaal verband en objectieve dan wel concrete schadeberekening, met alle gevolgen van dien. Specialisatie kan op heel veel gevallen betrekking hebben. Gaat het om de specialisatie op het punt van de beoordeling van het bestuursrechtelijke besluit, dan lijkt er wat de rechtmatigheid betreft in de bestuursrechtelijke keten geen probleem te bestaan. Met het oog op driepartijenverhoudingen en dergelijke zitten we dan nog wél met de rechtszekerheid: hoe moet daarmee worden omgegaan? Het loslaten van de specialisatiegedachte zie ik in dit verband niet zo zitten. Van mijn kant ben ik ook geen verklaard tegenstander van de formele rechtskracht; ik vind alleen dat de rafeltjes weg moeten. Bij een 'onsje-minder-benadering' levert de specialisatiebenadering volgens mij geen problemen op.

Marcelle Reneman

Van mijn kant heb ik de materie vooral Unierechtelijk benaderd, met een link naar het overheidsaansprakelijkheidsrecht en de ketenbesluitvorming. In het Unierecht wordt aan de specialisatiegedachte niet veel aandacht besteed. Voor het Hof van Justitie staat de vraag voorop hoe de effectiviteit van het Unierecht het beste gehandhaafd wordt. Hoe een en ander in een nationale context onderling wordt geregeld, maakt dan niet zo veel uit. Onder dit perspectief is de specialisatiegedachte voor het Unierecht niet erg relevant.

Wél relevant is het aantal partijen dat in een zaak betrokken is. Het Hof heeft duidelijk erkend dat de rechtszekerheid als er meer dan twee partijen zijn zwaarder mag wegen. Dat neemt echter niet weg dat volgens het Unierecht in ieder geval schadevergoeding alsnog mogelijk zou moeten zijn.

Voorzitter: Tijn Kortmann heeft in overleg met mij van repliek afgezien.

Tegen de achtergrond van het belang van jonge leden voor onze vereniging en hun deelname aan het bestuursrechtelijk debat, stemt het mij bijzonder trots dat ik nu voor een interventie het woord kan geven aan Joyce Esser, masterstudent staats- en bestuursrecht in Leiden.

Gedachtewisseling over de preadviezen

Joyce Esser[1]

Ik heb een vraag aan Polak, die ik natuurlijk in de eerste plaats bedank voor zijn mooie en heldere preadvies. De ontvangende kant van het onderwijs is hem in ieder geval erg dankbaar.

Zijn preadvies beschouwt vooral de situatie in de huidige rechtsmachtsverdeling, maar hij schetst ook de mogelijkheid om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden en de rechtsbetrekking te introduceren. Door de verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding als zelfstandige procedure naast het vernietigingsberoep te plaatsen zouden we een groot deel van de problemen kunnen oplossen die in de huidige rechtsmachtsverdeling nog spelen. Als we uitgaan van de drie standaardredenen voor de leer van de formele rechtskracht, specialisatie, concordantie en rechtszekerheid, lijkt in dit verband inderdaad alleen nog de rechtszekerheid over te blijven, zodat we bijvoorbeeld aan de hand van een schadebeperkingsplicht tot een afweging kunnen komen.

Nu heb ik het afgelopen jaar mijn scriptie geschreven, die de plaats van een dergelijke zelfstandige verzoekschriftprocedure binnen het bestuursprocesrecht tot onderwerp had. De betekenis was moeilijk aan mijn ouders uit te leggen, maar gelukkig zijn er vandaag heel veel mensen speciaal voor dit onderwerp naar de vergadering gekomen! Ik vraag mij naar aanleiding van mijn scriptie af of de verplaatsing naar de bestuursrechter nu echt wel alle problemen zou oplossen. Als we immers ook bij de bestuursrechter de formele rechtskracht zouden relativeren, zouden we in een zelfstandige procedure tussen individuele burger en bestuur moeten vaststellen of jegens die burger onrechtmatig is gehandeld. Kortmann heeft erop gewezen dat we dan met een financiële tweepartijenverhouding te maken hebben, maar volgens mij geldt toch nog steeds dat een objectieve beoordeling in beeld komt. Hoewel we namelijk naar subjectieve onrechtmatigheid zoeken, moet in het geval van discretionaire besluiten die zich materieel op het objectieve algemeen belang richten, altijd de vraag worden gesteld of het schadeveroorzakende besluit bij rechtmatig handelen ook zo zou zijn genomen. Dat vereist naar mijn idee altijd een objectieve beoordeling van het besluit. Ik vraag mij af of in een subjectieve verzoekschriftprocedure, waarin geen vernietigingsberoep in het spel is, een dergelijke beoordeling wel kan plaatsvinden.

Zijn we van mening dat het inslaan van die weg eigenlijk niet zo goed is, dan moeten we ons naar mijn mening afvragen of de leer van de formele rechtskracht

1 Zie de aankondiging van de voorzitter, direct hieraan voorafgaand.

eigenlijk niet meer doelen dient dan het zojuist genoemde standaarddrietal. Ik denk dan, ook in het verlengde van opmerkingen zojuist naar aanleiding van de inbreng van Kortmann, aan het tegemoetkomen aan het materieelrechtelijke objectieve karakter van het besluit en aan het beoordelen van de rechtmatigheid van het besluit in een objectieve procedure waarbij alle belangen betrokken zijn en waarin de constatering van onrechtmatigheid uiteindelijk tot vernieuwde besluitvorming leidt. Het door mij aangeduide vierde doel van de formelerechtskrachtsbenadering zal er naar mijn mening toe leiden dat we in een zelfstandige verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter tegen dezelfde problemen aan blijven lopen. We zullen dan de schadebeperkingsplicht moeten gaan hanteren, die weleens even streng zou kunnen uitpakken. Ook in het preadvies van Polak wordt hierop ingegaan.

Jaap Polak

Daar ga ik even voor zitten!

Ik geloof dat ik de vraag goed begrijp. Joyce Esser gaat uit van een situatie waarin het overheidsaansprakelijkheidsrecht naar de bestuursrechter wordt overgebracht en waarin het via een verzoekschriftenprocedure mogelijk wordt schade te vorderen naast de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit, welke procedure in beginsel die van een vernietigingsberoep blijft. Zijn in die situatie, zo vraagt zij, alle problemen opgelost? Zo meen ik, ook een beetje ten behoeve van de zaal, de in mijn ogen heel goede vraagstelling te mogen herformuleren. Joyce blijkt het met mijn weergave eens te zijn.

Zij heeft er gelijk in dat er vervolgens een vraag rijst waarbij we met meer smaken te maken hebben. Gaat deze benadering ertoe leiden dat geheel van de formele rechtskracht afstand wordt gedaan en dat de bestuursrechter in een verzoekschriftprocedure nadat een besluit onaantastbaar is geworden, de rechtmatigheid ten volle in alle vrijheid moet beoordelen, of zouden we met een andere situatie te maken krijgen? Aan het eind van mijn preadvies heb ik te kennen gegeven dat ik er nog niet helemaal van overtuigd ben dat het overbrengen van het overheidsaansprakelijkheidsrecht naar de bestuursrechter een goede oplossing zou zijn. Van Ommeren en Michiel Scheltema hebben terecht betoogd dat in een dergelijke verzoekschriftprocedure de rechtmatigheid ten volle zou moeten worden beoordeeld. Als een besluit niet is aangevochten en er kan daarbij verwijtbaarheid worden geconstateerd, dan zal de vraag naar de rechtmatigheid toch weer min of meer in de verzoekschriftprocedure terugkomen. Wellicht zouden we met het evidentiecriterium kunnen werken, in mijn optiek contextueel toegepast, want in een tweepartijenverhouding kan veel eerder evidentie worden geconstateerd dan in een driepartijenverhouding waarin bijvoorbeeld de vraag of een vergunning aantastbaar is een rol speelt.

Mijn reactie komt erop neer dat met het overbrengen van het overheidsaansprakelijkheidsrecht naar de bestuursrechter niet alle problemen opgelost zullen zijn, maar dat op deze manier wél tot een veel genuanceerdere benadering kan worden gekomen, zoals we die nu ook al binnen het bestuursrecht bezig zijn te ontwikkelen.

Bart Roozendaal

Een reactie op basis van rechtsvergelijking van mijn kant. Laten we de figuur die nu wordt besproken nu gewoon in Frankrijk tegenkomen! Men spreekt daar van een *décision préalable*. Ik noem in ditzelfde verband het zuiver schadebesluit. Aan het bestuursorgaan kan een verzoek tot schadevergoeding worden gedaan dat, als geen succes wordt geboekt, aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd in het *recours de pleine jurisdiction*, het aansprakelijkheidsberoep dat los staat van het vernietigingsberoep. Ook zonder dat men eerst het vernietigingsberoep heeft doorlopen kan men in het *recours de pleine jurisdiction* een schadeclaim indienen.

De vraag rijst of deze aanpak fantastisch werkt. In mijn dissertatie uit 1998 heb ik een en ander geheel uitgewerkt, en het beeld bleek niet erg verheugend te zijn, zelfs niet in het land waarbij bij wijze van spreken alles naar de bestuursrechter gaat, behalve als het om gevaarlijk rijdende politiewagens en opslag van vuurwapens gaat. In Frankrijk blijken binnen deze vorm van beroep heel grote problemen te ontstaan op het punt van 'en hoe nu vérder?', problemen die ik ook in mijn preadvies signaleer. In een situatie waarin de rechtmatigheid niet door de bestuursrechter is vastgesteld terwijl de termijnen zijn verstreken, moet dan toch een beoordeling van het betrokken besluit worden gegeven. Behalve een besluit kunnen trouwens ook feitelijke handelingen en toezeggingen aan de orde zijn. Ik weet niet welke bevoegdheid van de bestuursrechter we ons in dat verband moeten voorstellen: misschien moet iets als de overheidstaak of het overheidshandelen het aangrijpingspunt zijn. Om me nu tot besluiten te beperken: er zal moeten worden nagegaan of hetzelfde besluit ook had kunnen worden genomen met een verbeterde motivering of een verbeterde formele stap. Het is de vraag of toepassing van de bestuurlijke lus nog mogelijk zal zijn, want een onherroepelijk besluit kan niet worden gerepareerd.

Dit brengt mij op het Duitse recht, waarin de civiele rechter moet nagaan hoe het besluit in kwestie had moeten luiden. Duitse civiele rechters doen dat heel afstandelijk en terughoudend. Eigenlijk alleen maar als op voorhand duidelijk is dat het besluit anders had moeten luiden, durft de burgerlijke rechter het aan om een aanspraak op schadevergoeding te erkennen. Allerlei stapjes leiden tot een dramatisch effect op de uitslag.

Ik voorzie al met al heel veel problemen, hoewel de gedachte dat alles in één hand zou zijn heel aantrekkelijk lijkt.

Voorzitter: Je onderstreept dus de twijfels van Joyce.

Roozendaal: Zeker. En nader onderzoek is nodig.

Polak: Maar je bent er wel voor?

Roozendaal: Met betrekking tot het onderdeel specialisatie heb ik gezegd dat het, áls je alles in één hand wilt leggen, de bestuursrechter is die de rechtmatigheid van een besluit moet gaan beoordelen. Over de vraag of dit zal leiden tot een voor iedereen heel helder, consistent systeem moet ik nog nadenken.

Joyce Esser

Ik denk dat uiteindelijk al die routes – schadebeperking, causaliteit – laten zien dat het nog niet zo gemakkelijk is onderscheid te maken tussen objectieve geldigheid en subjectieve rechtmatigheid. Bij de subjectieve rechtmatigheid ben je immers altijd afhankelijk van de rechtmatigheid van het besluit. Juist de rechtsvergelijking laat dat heel goed zien. Dank voor de voorbeelden uit die sfeer.

Jaap Polak

Zojuist heb ik al aan het adres van Tijn Kortmann gezegd dat de publiekrechtelijke procedure in zekere zin, en in ieder geval meer dan de civiele procedure, de afweging van alle belangen waarborgt. Hierbij sluit de interventie van Joyce Esser aan.

Ymre Schuurmans

Mijn vragen of stellingen adresseer ik aan Roozendaal. De lezer van zijn preadvies zou kunnen denken dat hij een bescheiden man is. Hij maakt inzichtelijk dat het leerstuk van de formele rechtskracht een Nederlands construct is dat in geen van de andere door hem bestudeerde rechtsstelsels als een bestaande doctrine voorkomt. Uiteraard hecht elk rechtsstelsel aan rechtszekerheid en kan in beginsel van de burger worden verwacht dat hij de schade als gevolg van een onrechtmatig besluit zo veel als mogelijk beperkt, bijvoorbeeld door een bestuursrechtelijk rechtsmiddel in te stellen.

Ook laat Roozendaal zien dat het financiële belang van de overheid in de Duitse rechtsleer niet als een beschermingswaardig algemeen belang het overheidsaansprakelijkheidsrecht beheerst. Voor de bescherming van dat financiële belang hebben we een ander juridisch construct, namelijk de verjaringstermijn van vorderingen. Die loopt geen zes weken, maar een aantal jaren. Het zou overigens aardig zijn geweest ook onze beroepstermijnen aan een rechtsvergelijkende analyse te onderwerpen. Zelf heb ik de indruk dat de meeste bestuursrechtelijke systemen op een beroepstermijn van drie tot zes maanden uitkomen.

Roozendaals grote inzichten vertalen zich aan het eind naar aanpassingen aan het rechtsstelsel, maar die zijn vrij bescheiden van aard. Hij concludeert zelfs aan het einde dat de toegevoegde waarde van rechtsvergelijking bij het overheidsaansprakelijkheidsrecht beperkt is en dat een een-op-eenvertaling niet mogelijk is. Mijn vraag luidt nu: is Roozendaal aan het einde niet veel te bescheiden geweest? Ik heb zijn bijdrage met veel plezier gelezen, omdat zij niet alleen kennis ontsluit, maar het inzicht aanzienlijk vergroot. Graag vraag ik de preadviseur of hij zich ook in de volgende, meest ónbescheiden stellingen naar aanleiding van zijn betoog kan vinden.

Stelling 1
De toegevoegde waarde van het preadvies en van rechtsvergelijking in het bestuursrecht in het algemeen is evident. Er blijkt uit wat de achterliggende waarden van juridische leerstukken zijn.

Stelling 2
Of we het leerstuk van de formele rechtskracht willen handhaven, gaat in de kern om de vraag of we geschillen op formele of op materiële gronden willen afdoen. Voor de mate waarin schade moet worden vergoed, lijkt het leerstuk nauwelijks relevant. Met de formele rechtskracht kiezen we voor een formeel, efficiënt, goedkoop en de economie faciliterend systeem. Met de schadebeperkingsplicht kiezen we voor een systeem dat meer aansluit bij de waarden van de rechtsstaat en een responsief bestuursrecht. De hoofdregel wordt hier immers: de overheid houdt zich steeds aan het recht en de burger doet wat in redelijkheid van hem kan worden verlangd.

Stelling 3
Nederlandse bestuursrechtjuristen moeten zich realiseren dat de formele rechtskracht een door hen zelf bedacht construct is. In discussies over het verruimen van de rechtsmacht van de bestuursrechter zou angst voor de formele rechtskracht geen rol moeten spelen. Die angststoornis hebben we zelf ontwikkeld.

Stelling 4
Op het gebied van de bestuursrechtwetenschappen biedt Nederland een hoogst geanimeerd debat, mede dankzij de annotatiecultuur. Alleen Britse auteurs zijn ook leuk om te lezen.

Graag verneem ik Roozendaals reactie.

Bart Roozendaal

En ik maar vrezen voor een gebrek aan vragen over mijn rechtsvergelijkende beschouwingen! Van bescheidenheid word ik overigens niet zo vaak beschuldigd. Ik neem het mee, zeg je dan.

De beroepstermijnen in Duitsland zijn soms wat korter, maar dat hangt van het soort besluit af. De sociale zekerheid kent andere termijnen dan het ruimtelijk bestuursrecht, met zijn acht weken. Sommige termijnen duren drie maanden, maar je hebt er ook van vier weken. Al met al kan op basis van de mij bekende systemen niet worden gezegd dat daar met heel ruime bezwaar- en beroepstermijnen wordt gewerkt. Er zijn ook termijnen van zes maanden. Het is een beetje een bende zonder algemene gedachte, waarbij de historische ontwikkelingen bepalend zijn geweest.

Dit brengt mij op de toegevoegde waarde van rechtsvergelijking. Je wilt een prikkelend stuk schrijven, zodat iedereen die zich met rechtsvergelijking bezighoudt, denkt: die Roozendaal heeft het niet begrepen. De toegevoegde waarde, gegeven mijn opdracht in het kader van overheidsaansprakelijkheid, is gelet op de systematiek beperkt. Kunnen we een-op-een een systeem van een ander land naar ons verplaatsen? In Nederland kijken we eerst vaak naar Duitsland. Het overheidsaansprakelijkheidsrecht is in elk land historisch zó geworteld, dat iemand die een rechtsvergelijkend proefschrift wil schrijven het gedeelte over de historie niet te lang moet maken, omdat hij anders vijf jaar bezig is. Je historisch verdiepen in het Duitse recht is overigens wél erg leuk. Je komt terecht in het Pruisische landrecht, met in oorlogen platgebrande landerijen en daarvoor te claimen schadevergoeding. Daar komt het overheidsaansprakelijkheidsrecht, met zijn eigendomsbasis, vandaan. Zo'n systeem is niet zo zeer te verplaatsen naar Nederland, maar wel leuk is

het de schadebeperkingsleer eruit te plukken en na te gaan hoe die in Nederland zou uitwerken. Toegevoegde waarde is op die manier toch wel enigszins aanwezig, al moet ik onmiddellijk toegeven dat die waarde wellicht beperkt evident is. Tot zover over stelling 1.

De tweede stelling is wat moeilijker. Moeten we bij de beslechting van geschillen zoeken naar formele of naar materiële gebreken en wat is het verschil daartussen? De stelling van Ymre Schuurmans kan niet goed aan rechtsvergelijking worden gerelateerd en is meer algemeen gericht. Naar mijn mening maakt het niet zo veel uit of we het leerstuk van de formele rechtskracht handhaven of dat we schadebeperking gaan toepassen. Het gaat er immers vooral om wat het juiste besluit zou zijn geweest. Bij formele gebreken is het soms wat eenvoudiger om op de juiste wijze wél een rechtmatig besluit te nemen dan bij materiële gebreken, maar ook die laatste blijken regelmatig wel degelijk te kunnen worden gerepareerd, waardoor de schade wordt beperkt. Ik vraag me af of we hier te maken hebben met een relevante vraag die ons verder helpt, en ik voorzie nieuwe problemen.

Moet de angst voor de formele rechtskracht – ik kom bij de derde stelling – een rol spelen, nu we dit leerstuk zelf hebben bedacht? Ik wijs erop dat de bestuursrechtjuristen onschuldig zijn en dat de Hoge Raad dit leerstuk heeft bedacht.

Schuurmans: Maar we zijn er wel heel bang voor!

Roozendaal: Bang of dankbaar; ik weet het niet. Ik sta met name overheden bij, en toch bepleit ik dat het wat minder kan. Sommige van mijn cliënten zeggen: Roozendaal, wat doe je nu? Ik zie eigenlijk helemaal geen angst, maar soms gefundeerde kritiek omdat de uitwassen van de formele rechtskracht soms zodanig zijn, dat men niet tot een rechtvaardig oordeel kan komen. Nu ik af en toe als raadsheer bij de civiele rechter mag meedenken, merk ik in welke worsteling men bij bepaalde casussen terechtkomt. Het hanteren van de formele rechtskracht voelt soms niet helemaal lekker en werkt dus wat beperkend.

Het klopt dat, zoals in de vierde stelling wordt beweerd, Nederland het meest geanimeerde debat heeft. De annotatiecultuur kennen we in Duitsland helemaal niet en de in Frankrijk geschreven reacties zijn vaak heel kort en – voor Franse begrippen vreemd genoeg – heel gezagsgetrouw. In Frankrijk en Duitsland worden veel minder artikelen over aansprakelijkheidsrecht gepubliceerd dan in Nederland. De uitspraken bepalen hoe het zit en je stuit hooguit hier en daar op een opmerking in de marge. Een debat dat, zoals hier, ten gronde plaatsvindt, kom ik niet tegen. In Duitsland is het al grondig tot zwijgen gekomen toen in 1981 het wetsvoorstel op grondwettelijke beperkingen strandde. Toen is men ook zo'n beetje gestopt en mijn Duitse vrienden kijken weleens met jaloezie naar de gang van zaken bij ons. Vooral een dag als deze draagt daaraan bij!

Uitreiking van de Michiel Scheltemaprijs 2019

Voorzitter: De zeer oplettenden onder de aanwezigen denken wellicht: wat is dat, we waren toch toe aan de Lex Michielsprijs? Dat is een scherpe observatie, maar laat mij uitleggen hoe het zo is gekomen. Wij hebben onlangs de reglementen van deze prijs herzien, omdat het ons wijs leek een prijs echt te reserveren voor jonge auteurs.

Door de herziening is er nu een duidelijke prijs voor auteurs onder de 35 en is er een algemene prijs waarop allen die zich met het bestuursrecht bezighouden aanspraak kunnen maken. Verder hebben we een scriptieprijs ingesteld, want die had de VAR nog niet. Al met al wordt er nu ieder jaar een prijs uitgereikt: om het jaar de scriptieprijs en om de vier jaar de twee prijzen die ik zojuist al noemde.

Om organisatorische redenen kwam het beter uit dit jaar voor het eerst de Michiel Scheltemaprijs uit te reiken. Ik geef het woord aan de voorzitter van de jury, professor Tom Barkhuysen.

Tom Barkhuysen

Onze vereniging kent, afgezien van de scriptieprijs, twee prijzen. De eerste is de VAR Michiel Scheltemaprijs, die vandaag wordt uitgereikt. Daarvoor is een jury samengesteld, met als leden Hanna Sevenster van de Afdeling Bestuursrechtspraak en Herman Bröring van de Rijksuniversiteit Groningen. Mij is gevraagd als lid van het bestuur van de VAR deze jury voor te zitten.

Wij zijn heel veel werken gaan bestuderen en hebben met veel plezier ons werk verricht. De gang van zaken was erg constructief en er zijn heel veel uitstekende kandidaten de revue gepasseerd, maar de uiteindelijke keuze was toch nog relatief eenvoudig. Ik vertel maar meteen dat de Michiel Scheltemaprijs dit jaar naar Leo Damen gaat.

[Applaus]

Dit applaus is eigenlijk al voldoende motivering; het reglement verplicht echter toch nog enige motivering te geven. Leo Damen behoeft nauwelijks nadere introductie. Hij is op het ogenblik, zoals hij dat zelf noemt, *pensionado*, maar zijn inzet voor de ontwikkeling van het bestuursrecht lijkt er daardoor niet minder op te zijn geworden. Eigenlijk is er weinig verschil met de periode waarin hij nog als hoogleraar in Groningen werkzaam was, met daarnaast veel nevenfuncties in de wetenschap en de rechtspraktijk waarover ik nu niet ga uitweiden.

Belangrijker is de vraag waarom de prijs naar Leo Damen gaat. Daarover kan ik namens de jury het volgende zeggen. Hij krijgt de prijs voor het VAR-preadvies dat hij hier verleden jaar verdedigde over het vertrouwensbeginsel. Dit preadvies heeft als titel 'Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij *lost in translation*?'[2] Ik heb begrepen dat Tijn Kortmann mede de inspirator voor de titel is geweest. In dit geschrift van Leo Damen komen al zijn kwaliteiten samen. In die zin is de nu toegekende prijs ook een beetje een oeuvreprijs.

In de toelichting bij het preadvies die Leo een jaar geleden op dit podium zelf gaf, zei hij het volgende: 'Toen ik mijn preadvies herlas, dacht ik: wat heb ik weer veel overhoopgehaald!' En even later, in een poging de kern van het preadvies samen te vatten: 'Al met al: alle deelnemers aan overheidszijde gaan uit van een niet-realistisch burgerbeeld. Natuurlijk zijn er soms ook kwaadwillende burgers, maar

2 In: *Vertrouwen in de overheid*, VAR-reeks 160, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 7-103.

de goedwillende gewone burger die te goeder trouw is, wordt geregeld de pisang: het slachtoffer van niet-realistische verwachtingen. Dat zou anders moeten.'[3] Klare taal!

Naar het oordeel van de jury is dit een prachtig preadvies, waarin uitstekende kennis van het recht wordt gecombineerd met een heel goed inzicht in de werking van het recht in de praktijk en speciaal de uitwerking daarvan op verschillende soorten burgers. Vervolgens worden met de nodige durf ook voorstellen gedaan voor de verbetering van het recht, en worden aan burgers vuistregels gegeven die ze moeten hanteren zolang het recht nog niet voldoende op maat is gesneden. Deze vuistregels, die vele aanwezigen zich nog van verleden jaar zullen herinneren, moeten voorkomen dat burgers in de contacten met de overheid verongelukken; ze leiden overigens tot een dusdanige juridisering, dat ze op zichzelf heel duidelijk de kritiek op het huidige recht versterken. Zo wordt telefonisch met de overheid contact afgeraden, wordt aangeraden nooit uit te gaan van betrouwbaarheid van informatie die aan een overheidsloket wordt verstrekt en wordt aangeraden gesprekken op te nemen. Dat culmineert dan allemaal in de hoofdvuistregel voor burgers dat het openbaar bestuur niet lichtvaardig moet worden vertrouwd, maar dat burgers alert, argwanend en assertief moeten zijn, nu ook de bestuursrechter dat van hen verwacht. Betere kritiek op het huidige recht kan niet worden gegeven.

Het preadvies is bovendien heel mooi geschreven, op een wijze die dwingt na te denken over noodzakelijke veranderingen van het recht. Het verbaast dan ook niet dat de ideeën in het preadvies hun weg naar de praktijk al lijken te hebben gevonden. Vandaag is dat meermalen aan de orde geweest, maar ook in de recente conclusie van advocaat-generaal Wattel van 20 maart jongstleden over het vertrouwensbeginsel[4] zie je al dat die ideeën in de rechtspraktijk worden toegepast. Wattel bepleit, kort gezegd, sneller aan te nemen dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen bij contacten tussen overheid en burger. In deze conclusie en de bijbehorende bijlagen – een omvangrijk geheel – valt op dat niet alleen het preadvies van Leo Damen aan de orde komt, maar dat ook veelvuldig wordt verwezen naar zijn vele *AB*-noten over het vertrouwensbeginsel, die min of meer kunnen worden beschouwd als een soort voorstudie voor het nu bekroonde preadvies. Wij moeten nu afwachten of de hoogste bestuursrechters de lijn van Wattel, die eigenlijk ook wel een beetje de lijn van Damen is, gaan volgen. Dat zou er misschien toe kunnen leiden dat we van die erg draconische vuistregels af kunnen.

Het preadvies van Damen laat zien waar Leo Damen voor staat: een menselijk en, met een modewoord, *responsief* bestuursrecht. Het bijzondere is dat Leo Damen ook in tijden toen dit nog geen gemeengoed was het belang ervan steeds bleef benadrukken. Hij is een onafhankelijk denker met een eigen geluid, die ook niet bang is daarbij op tenen te gaan staan. Dat laatste maakt dat hij bij sommigen nog weleens overkwam als een mopperkont. Zo zei hij zelf eens: 'Als ik ergens in prik, tref ik altijd rot.' Misschien schuilt er ook wel enige kern van waarheid in die typering als mopperkont, maar het gaat dan wel om een milde mopperkont, waarbij de mate van

3 *Vertrouwen in de overheid. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 18 mei 2018*, VAR-reeks 161: Boom juridisch, p. 12 en 15.

4 ECLI:NL:RVS:2019:896.

mildheid met het oplopen van de leeftijd toenam; misschien herkent Leo Damen dat ook zelf. Waar hij in het verleden door een enkeling als cynicus werd gepercipieerd, valt nu velen op dat Leo vooral oog heeft voor het menselijk tekort. Ook het nu bekroonde preadvies getuigt daarvan. Een kritische analyse, maar vervolgens ook constructieve oplossingen. Waar nodig een scherpe toon, die echter door de bevlogenheid niet anders dan als mild kan worden bestempeld. En steeds zijn daarbij de feiten van de individuele casus van groot belang. De grote meerwaarde van de analyse van Leo Damen is dat hij zich niet richt op gemiddelden, maar dat hij juist vaak de aandacht vraagt voor extreme casus. Daarmee is zijn werk complementair aan het werk van veel bestuurskundigen en rechtssociologen die op basis van gemiddelden vaak tot een geruststellend beeld komen.

Natuurlijk is het oeuvre van Leo Damen veel en veel breder dan het vertrouwensbeginsel. Hij heeft zijn sporen verdiend op vele onderdelen van het algemene en het bijzondere bestuursrecht, waarbij zeker een heel belangrijke bijdrage aan het onderwijs niet onvermeld mag blijven: het tweedelige studieboek *Bestuursrecht*, dat hij samen met diverse collega's verzorgde. Ook in zijn andere publicaties wordt vaak Leo's adagium *we need stories* benadrukt. De jury wil echter vandaag vooral benadrukken: *we need Leo*. In die zin hopen we dat de toekenning van de VAR Michiel Scheltemaprijs 2019 jou stimuleert, Leo, ondanks je formele staat van *pensionado* nog jarenlang actief te blijven in het onderwijs en het onderzoek op het terrein van het bestuursrecht.

Bij deze prijs hoort – waarschijnlijk tot jouw grote opluchting – geen lintje maar een oorkonde, die samen met de tekst van mijn toespraak, tevens het juryrapport, het keiharde bewijs vormt dat VAR in 2019 de Michiel Scheltemaprijs aan jou heeft toegekend. Voor het geval dat daarover toch nog een geschil zou kunnen ontstaan – je weet het maar nooit! –: achter de notulistentafel zitten twee mensen voor wie deze hele toespraak wordt opgenomen en die deze zelfs op papier gaan uitwerken. Conform een van jouw vuistregels beschikken we dus over geluidsopnamen, zodat er nooit meer discussie zal ontstaan…

[Volgt aanbieding van de oorkonde aan Leo Damen, nadat deze onder groot applaus naar voren is gekomen.]

Leo Damen

Ben ik er toch weer in gestonken! Willemien stuurde een mailtje met de vraag of ik met een interventie wilde komen, omdat er in de preadviezen allerlei interessante gezichtspunten over 'de twee gestrengheden' zijn ontvouwd. Ik was vandaag al reuzeblij toen Thomas Sanders nog veel enthousiaster dan in zijn preadvies voor die gestrengheden pleitte en ik nam mij voor dit thema vanmiddag nog even wat verder aan te zetten. Natuurlijk had ik geen enkel vermoeden dat ik zo'n prijs zou kunnen krijgen. In het algemeen gelden daarvoor allerlei leeftijdscriteria, die naar ik aanneem nu niet zijn omgekeerd, zodat je de prijs alleen maar boven de 70 kunt krijgen. In dat geval zou ik tegen de meeste aanwezigen willen zeggen: volhouden, dan kom je er wel een keer!

Woorden schieten mij natuurlijk tekort, en daarom sta ik hier toch te praten. In ieder geval heel veel dank! Al die prachtige woorden heb ik nog niet helemaal tot mij kunnen laten doordringen. De aanmoediging om nog even door te gaan zal ik zeker volgen.

Voorzitter: Die interventie, vanmiddag, verwachten wij nog steeds.

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

Voorzitter: Ieder jaar wordt op de woensdag voor de jaarvergadering de studentenpleitwedstrijd gehouden. Dit jaar vond deze plaats in Utrecht. Rob Widdershoven en Titia de Kramer hebben een prachtig programma in elkaar gedraaid, op een zeer mooie locatie: het Academiegebouw, waarvan Rob aan het begin van de dag een uitgebreide ontstaansgeschiedenis heeft geschetst. Dat was tevens het begin van een heel mooie dag.

Maandenlang hadden de deelnemende studenten zich gebogen over een casus die was geschreven door Gerdy Jurgens en die betrekking had op een schaarse vergunning voor een nachtopenstelling voor een horecagelegenheid. Moest de vergunning nu gaan naar een sympathieke shoarmaboer of naar een kwalitatief hoogwaardig *leisure concept*, met zwembad, restaurant en disco? U voelt het al: het was een emotioneel gebeuren. Er is gestudeerd, geschreven en geoefend op het pleiten, men heeft gelachen en misschien ook wel gehuild, maar afgelopen woensdag stond iedereen op scherp, klaar voor de wedstrijd. Ik heb de ochtendzittingen bijgewoond en ik kan uit eigen waarneming zeggen dat de studenten het geweldig deden. Ik heb enorm veel talent en plezier gezien.

Uiteindelijk konden er natuurlijk maar twee partijen naar de finale, waarin werd gepleit in een compleet nieuwe casus, die ter plekke in anderhalf uur moest worden voorbereid. In die anderhalf uur vond de troostfinale plaats, die naar ik heb begrepen hilarisch was. Ik hoorde dat het geschil ging over een massagesalon waar ook *happy endings* werden aangeboden. Er is uitgebreid gepleit over de vraag of dat een massagetechniek is of iets anders.

In de echte finale werd gepleit in een casus over een strandtent waarin aan minderjarigen drank zou zijn geschonken. In die finale streed het team van de Radboud Universiteit van Nijmegen als eiser tegen het team van Utrecht als verweerder. Misschien hebt u het al gezien op LinkedIn: Utrecht ging er met de winst en de beker van door. U ziet nu een foto van dit team: Nina de Boer, Selma Kılıçoğlu, Tycho Mol, Marte Oost, Sofie Oosterhuis, Pim Oremans en Bente Yedema. Zij werden begeleid door Rob Widdershoven en Lukas van den Berge. Ik verzoek alle genoemden naar voren te komen.

[Applaus]

Voorzitter: Was de druk hoog? Ik las op jullie website dat Utrecht al vijf keer had gewonnen, maar dat het team van de Vrije Universiteit nog meer overwinningen had behaald.

Pim Oremans: Ik denk dat onze begeleider Rob wat dit betreft ook heel fanatiek is. Wij zijn in ieder geval heel blij dat de beker weer is waar hij hoort te zijn.

Voorzitter: Ik zag een heel indrukwekkende jury, ik zou bijna zeggen: met allemaal bobo's, staatsraden, raadsheren... Was dat eng of is jullie dat eigenlijk ontgaan?

Sofie Oosterhuis: Het is wel spannend. Je zit ertegenover en dan denk je: nu moet ik wel even echt gaan knallen! Maar in de voorbereidingstijd van anderhalf uur ben je zo erg bezig geweest met die casus, dat je nog in de stress dáárvan zit. Daardoor ben je niet heel erg aan het registreren wat er nu eigenlijk aan het gebeuren is.

Voorzitter: Voor welke vraag was je het bangst?

Nina de Boer: Voor de feitelijke vragen. Ik had me zo verdiept in alle juridische stukken, dat ik, toen de rechter een feitelijke vraag stelde, eigenlijk niet meer wist wat ik moest zeggen.

Voorzitter: Je kon niet zomaar wat verzinnen.

Nina de Boer: Nee, daar moet ik nog even op oefenen.

Voorzitter: En waar komt de beker te staan?

Selma Kılıçoğlu: Volgens mij staat hij nu op het Newton. Op het kantoor van Rob?

[Hilariteit]

Voorzitter: Ik mag toch hopen, Rob, dat daar nog iets beters op verzonnen wordt!

Rob Widdershoven: Ja, hij staat vermoedelijk bij het secretariaat, ik weet eigenlijk niet waar hij staat. Op mijn kamer kan hij zo maar gejat worden! We bewaken hem goed en we hebben vast wel ergens een kastje waarin we hem kunnen neerzetten.

Voorzitter: Heel goed. Waarom moet iedereen eigenlijk af en toe eens een VAR-pleitteam begeleiden?

Rob Widdershoven: Ik doe het eerlijk gezegd bijna altijd, dus ik geef andere mensen bijna geen kans. Eigenlijk zou dat wel moeten. Mijn antwoord luidt: omdat dit het leukste onderdeel van het onderwijs is. Een maand of drie, vier ben je met een kleine groep studenten bezig het beste eruit te halen. Het begint op niks, je gaat dingen uitzoeken, er komen prachtige verhalen etcetera. Ik denk dat een student van de VAR-pleitwedstrijd meer leert dan van elk willekeurig ander vak. Daarom is het ook heel leuk om te begeleiden.

Voorzitter: Beter had ik niet kunnen vertellen waarom dit een van de allerbelangrijkste activiteiten van onze vereniging is. Ik beleef er altijd enorm veel plezier aan, ook dit jaar, mede dankzij jullie, de studenten. Heel veel felicitaties, ook van het VAR-bestuur!

[Groot applaus]

Nabespreking van de posterpresentaties[1] van promovendi

Voorzitter: Hoe is het geven van zo'n posterpresentatie nu bevallen?

Esmée Driessen: Mijn presentatie ging over het *right to challenge* en burgerinitiatieven, in het bijzonder over mijn eerste artikel waarin ik ben ingegaan op de vraag hoe de aansprakelijkheidspositie in dit verband is geregeld. Wat ik ontzettend leuk vond, was dat bijna alle onderwerpen die in mijn proefschrift als geheel aan de orde komen bij de omstanders wel belletjes deden rinkelen. Ik heb met mensen bijvoorbeeld gesproken over het dienstbaarheidsbeginsel en over concurrentiebelangen, en dat terwijl ik echt alleen een poster had over aansprakelijkheidsrecht. Ik maak hieruit op dat dit onderwerp sterk leeft. Tijdens de lunchpauze heb ik heel veel mooie en leuke inzichten opgedaan.

Voorzitter: Het was dus de moeite waard. Jij kunt een posterpresentatie aanbevelen?

Esmée Driessen: Ik beveel het iedereen aan.

Voorzitter: Na deze vaststelling kunnen we dit onderdeel met recht voor het volgend jaar weer op het programma plaatsen.

1 Gehouden tijdens de lunchpauze.

Voortzetting van de gedachtewisseling over de preadviezen

Laura Di Bella

Mijn vraag heeft betrekking op het preadvies van Jaap Polak. Toen jullie mij vroegen of ik wilde interveniëren bij het preadvies van Jaap was ik er bij voorbaat al gelukkig mee dat het juist bij zijn preadvies was. Omdat je mijn promotor bent, Jaap, was ik al gewend met je van gedachten te wisselen. Ook durfde ik het soms al voorzichtig met je oneens te zijn, al was dat dan natuurlijk wel zonder toehoorders.

Mijn opmerkingen gaan alleen over de verhouding tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Je verdedigt de huidige lijn van de Hoge Raad over, kort gezegd, de formele rechtskracht. De argumenten kennen we uit de rechtspraak: concordantie, specialisatie en rechtszekerheid. Deze argumenten zijn overtuigend als de bestuursrechter een oordeel over een besluit heeft gegeven. Als tegen een besluit geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zijn ingesteld, gaan de argumenten niet of in veel mindere mate op. De vraag is dan of de inzet van zo'n zwaar middel als de formele rechtskracht nog gerechtvaardigd is. Ik denk eigenlijk van niet.

Om te beginnen, in het verband van de specialisatiegedachte, een opmerking over de situatie waarin de burgerlijke rechter moet oordelen over iets waarin de bestuursrechter bij uitstek deskundig is. Ook nu gebeurt dat al vaak. Je noemt er in je preadvies een paar voorbeelden van. Omwille van de tijd vermeld ik hier alleen de eiser in de civiele procedure die geen belanghebbende bij het besluit was.

In de tweede plaats het argument, onder de noemer concordantie, dat de burgerlijke rechter tot een ander oordeel zou kunnen komen. Het is zeker dat de bestuursrechter geen oordeel meer zal geven over het betrokken besluit. In dat opzicht bestaat er geen risico op tegenstrijdigheid. Misschien moet hij wél oordelen over dezelfde bestuursrechtelijke normen in een ander besluit, maar dat gebeurt nu ook al. Je noemt in je preadvies de zaak van de Enschedese vuurwerkramp. Ik vind dat juist een schoolvoorbeeld van hoe onredelijk de formele rechtskracht kan uitpakken. De burgerlijke rechter had wel de rechtmatigheid van de vergunning voor de vuurwerkfabriek moeten beoordelen als eisers geen belanghebbenden bij de vergunning waren, bijvoorbeeld doordat ze er toen nog niet woonden. Het enige verschil is dat degenen die destijds belanghebbenden waren tegen de vergunning hadden kunnen opkomen, maar dat niet hebben gedaan. Dit formele argument kan echter nooit genoeg zijn om het verschil in materiële beoordeling te rechtvaardigen.

Ten slotte het rechtszekerheidsargument. Dat vind ik wel een reëel tegenargument. Het is inderdaad onwenselijk als het bestuursorgaan de vergunning intrekt zodra de burgerlijke rechter oordeelt dat een besluit jegens een derde onrechtmatig is, maar dat probleem moet nu ook weer niet worden overdreven. In het overgrote

deel van de gevallen is deze situatie namelijk niet aan de orde, in ieder geval niet als het gaat om besluiten in een een-op-eenverhouding tussen burger en overheid, en als er derden-belanghebbenden bij betrokken zijn ook nog alleen als het gaat om voortdurende schade; bij eenmalige schade is het leed al geleden. Ook dan lijkt het mij niet vanzelfsprekend dat deze derden-belanghebbenden dan maar met de schade moeten blijven zitten.

Nu zul je, Jaap, ongetwijfeld hiertegen aanvoeren dat je als belanghebbende dan gewoon wacht totdat de termijn voorbij is. Dit ontkrachten valt buiten de mij toegewezen drie minuten, dus dat doe ik dan wel in de repliek. Mijn vraag is: ben je het eigenlijk toch niet met me eens dat de burgerlijke rechter in situaties waarin de bestuursrechter geen oordeel over het besluit heeft gegeven, zelf de rechtmatigheid van het overheidshandelen kan beoordelen? Zo nee, waarom niet?

Jaap Polak

Van je vrienden moet je het maar hebben!

Een heel goede vraag, Laura, die de kern raakt van het deel van het preadvies dat op het overheidsaansprakelijkheidsrecht betrekking heeft. Ik moet toegeven dat ik geworsteld heb met de vraag of de burgerlijke rechter zijn lijn niet wat zou moeten versoepelen. Ook naar mijn mening is op een aantal punten versoepeling geboden, maar in de kern blijf ik vinden dat het onwenselijk is de rechtmatigheid van besluiten door de burgerlijke rechter te laten beoordelen. Vanochtend heb ik naar aanleiding van de interventie van Tijn Kortmann – een andere vriend van wie ik het vandaag moet hebben – betoogd dat het specialisatieargument wat breder moet worden getrokken. Het gaat niet alleen maar om de vraag of de burgerlijke rechter wel kán oordelen. Ik denk dat er in het algemeen toch nog wel veel civilisten zijn, onder wie ook rechters, die heel weinig verstand van bestuursrecht hebben, maar dat moet niet het zwaarstwegende argument zijn, omdat het hier een organisatiepunt betreft en het wel degelijk mogelijk is ervoor te zorgen dat er ook in het bestuursrecht ingevoerde juristen op de zaak zitten. Het specialisatieargument verdient dus wel degelijk enige relativering.

Ik hecht zelf daarentegen meer aan wat ik het systeemargument zou kunnen noemen. Volgens mij is het niet wenselijk dat burgers bijvoorbeeld van het bewandelen van de bestemmingsplanprocedure, waarin een veel integralere afweging kan plaatsvinden, zouden kunnen afzien en dan vervolgens bij de burgerlijke rechter toch gewoon de civiele onrechtmatigedaadsactie zouden kunnen instellen. Na de interventie van Joyce Esser van vanochtend, die in dezelfde richting ging, heb ik betoogd, met het bestemmingsplan als voorbeeld, dat de bestuursrechtelijke procedure veel meer waarborgt dat alle belangen aan de orde komen. Naast specialisatie is hier de coherentie van het systeem van belang.

Publiekrechtelijke procedures, ook zo'n *Urgenda*-zaak die ik vanochtend al noemde en waarover vandaag bij de Hoge Raad wordt gepleit, horen in mijn ogen niet bij de burgerlijke rechter thuis. Velen hebben er al op gewezen dat bij die zaak het bedrijfsleven, dat straks als uitvloeisel van een eventuele uitkomst moet gaan betalen, niet betrokken is. Van der Hoeven schreef al in *Drie dimensies van het bestuursrecht* dat civiele procedures niet toegesneden zijn op de publiekrechtelijke verhoudingen. Ik wil mijn systeembenadering toch nog maar blijven volhouden. Het is beter de

oplossing te zoeken in het onderbrengen van het overheidsaansprakelijkheidsrecht bij de bestuursrechter. Zoals ik in mijn preadvies vrij uitvoerig hebt uiteengezet, kunnen er dan veel genuanceerdere en betere uitspraken komen. Er moet wel degelijk systematisch iets aan het probleem worden gedaan, maar het is dan beter niet aan een systeemwijziging van de rechtspraak te denken, zij het dat de rechtspraak op een aantal punten zou kunnen versoepelen.

De zaak van de Enschedese vuurwerkramp is inderdaad betrekkelijk schrijnend, maar enige relativering is op haar plaats. Hoewel de formele rechtskracht van de aan Fireworks verleende milieuvergunningen een belangrijke rol speelden, gaat het in die zaak uiteindelijk toch veel meer over de vraag of men zich aan die vergunningen had gehouden. Dit voorbeeld wordt veel gebruikt, maar dat is eigenlijk niet helemaal zuiver. Dat de vergunningen onrechtmatig waren, speelde in de zaak niet zo'n grote rol. Het ging er in hoofdzaak om dat er in strijd met de vergunningen allerlei vuurwerk opgeslagen lag. Dat dat niet mag, lijkt mij ook in het systeem van formele rechtskracht heel goed passen.

Laura Di Bella

Mijn verwijzing naar de Enschedese vuurwerkfabriek had wat mij betreft juist betrekking op het systeem. Het is niet zozeer belangrijk waarop die zaak nu uiteindelijk is afgedaan, als wel dat zij laat zien hoe willekeurig de grenzen voor de burgerlijke rechter zijn. De burgerlijke rechter oordeelt nu ook al over dergelijke normen, dus waarom zou dat in deze zaak dan ineens wel bezwaarlijk zijn?

Jaap Polak

De burgerlijke rechter oordeelt zo nu en dan over dit soort normen – ook in de *Urgenda*-zaak –, maar ik geloof dat een systeem waarbij in beginsel de bestuursrechter daarover oordeelt veel beter is. We moeten het oordelen door de burgerlijke rechter dus niet tot systeem gaan verheffen. Dat ga je doen als je een aparte rechtsgang tegen de rechtmatigheid van beschikkingen openstelt. Ik vind het ook nog steeds een anomalie in ons systeem dat de burgerlijke rechter over algemeen verbindende voorschriften oordeelt. Dat is typisch iets waarover de bestuursrechter zou moeten gaan. Een andere anomalie is in mijn ogen dat sommige zaken over bestuurscompensatie bij de burgerlijke rechter komen. Dat gebeurt inderdaad, maar als je zegt dat een onrechtmatigedaadsactie kan worden gevoerd over een bestemmingsplan, over alle vergunningen etcetera, zet je alle sluizen open. Dan houd je niet vast aan het systeem waarin dit soort zaken in beginsel bij de bestuursrechter thuishoren.

Di Bella: Ga eens uit van het hypothetische geval dat het nog een tijdje zal duren voordat de hele rechtsmacht in dit opzicht bij de bestuursrechter ligt. Zou het dan misschien een idee zijn het evidentiebeginsel dat jij voor het bestuursrecht voorstelt, nu alvast bij de Hoge Raad toe te passen?

Polak: Als we het systeem gaan loslaten, krijgen we te maken met het probleem van de schadebeperkingsleer. Wat het evidentiecriterium betreft: in zekere zin zit dat al enigszins in de uitzonderingen die de Hoge Raad toelaat, maar het evidentiecriterium dat mij in de bestuursrechtelijke verhoudingen voor ogen staat, kan veel beter worden ontwikkeld door de bestuursrechter dan door de civiele rechter.

Bert Marseille

Wat is *evident*? Tot het formuleren van deze vraag werd ik getriggerd door een passage op bladzijde 54 van het preadvies van Polak: 'Ik laat het Unierecht aan Reneman, maar constateer dat de gedachte dat de formele rechtskracht van een onaantastbaar besluit vanwege evidente gebreken moet worden doorbroken, steeds duidelijker wordt erkend. Hiervoor gaf ik aan dat er mijns inziens ruimte is om het evidentiecriterium nog wat verder te ontwikkelen.' Buiten de context zou je denken dat het criterium al bijna vervolmaakt is waarbij we nog de laatste puntjes op de i moeten zetten, maar ik heb toch het idee dat het eigenlijk precies andersom ligt. Ik weet eerlijk gezegd totaal niet wat het criterium inhoudt. Bijna zouden we kunnen spreken van het eufemisme van de eeuw. Mij lijkt het heel handig dat er duidelijkheid komt. Zowel bestuursorganen die voor de vraag staan of ze een rechtens onaantastbaar besluit niet toch zouden moeten aantasten, als rechtzoekenden die hopen dat een bestuursorgaan dat doet, zijn blijkens jurisprudentie thans van de invulling van het criterium afhankelijk.

Op twee punten pleit ik voor duidelijkheid. Het gaat mij dan om de vraag waarop het begrip 'evident' nu eigenlijk ziet. Heeft het betrekking op de onrechtmatigheid van het oorspronkelijke besluit, dan kun je alleen als het oorspronkelijke besluit evident onrechtmatig is van het bestuursorgaan vergen dat het dit wijzigt. Onrechtmatigheid zonder meer is dan onvoldoende. Heeft 'evident' daarentegen betrekking op de onredelijkheid van de uitkomst van de heroverweging, dan geldt dat alleen als de uitkomst van de heroverweging van het besluit evident onredelijk is en het besluit toch moet worden gewijzigd.

Zelfs al zouden de preadviseurs hierover duidelijkheid kunnen bieden, dan nog zou ik mij afvragen of het begrip 'evidentie' veel meerwaarde heeft. Voor bestuursorganen moet naar mijn mening bij het nemen van besluiten altijd uitgangspunt zijn dat ze hun bevoegdheden binnen de grenzen van het redelijke uitoefenen. Die grenzen, die ruim of beperkt kunnen zijn, worden naar mijn idee wat opgerekt. Tot mijn vreugde maken twee preadviseurs melding van een artikel van Maurits Ippel over de menselijke maat in het bestuursrecht.[1] Ik heb het idee dat we er een beetje naartoe gaan dat een bestuursorgaan dat een verzoek krijgt zich vooral afvraagt wat mogelijk en redelijk is en niet zo zeer wat evident is. In november/december 2016 is met het begrip 'evident onredelijk' een eerste stap gezet. Zouden we niet kunnen proberen iets verder te gaan en kunnen komen tot een gewone belangenafweging à la artikel 3:4, tweede lid, Awb? Ik ben benieuwd wat de preadviseurs hiervan vinden. De belangenafweging die ik bedoel is, naar ik meen, een kleine moeite voor

1 M.H. Ippel, 'De mens als maatstaf voor de regels van algemeen bestuursrecht', NTB 2018/63.

het bestuursorgaan, maar een groot goed voor de betrokkene. Ik pleit ervoor hetgeen in de preadviezen over beperkingen van de formele rechtskracht wordt gezegd, wat ruimer te zien.

Hopelijk kunnen in ieder geval Jaap Polak en Marcelle Reneman hierop reageren.

Jaap Polak

Ik begrijp heel goed dat de vraag 'wat is *evident*?' wordt gesteld. Het evidentiecriterium zegt op zichzelf nog niet zo veel. Het brengt in essentie in ieder geval tot uiting dat bij de afweging met betrekking tot de verhouding tussen een onaantastbaar besluit en een vervolgbesluit het feit dat het eerdere besluit onaantastbaar is geworden toch wel enige betekenis voor de beoordeling van het volgende besluit heeft. Er moet kennelijk iets bijzonders aan de hand zijn, wil de afweging in het kader van het vervolgbesluit nog de andere kant uit kunnen vallen.

Begrijpelijkerwijs kan worden gezegd dat dit nog heel weinig houvast geeft. De Afdeling heeft tot nu toe ook nog niet zo veel houvast gegeven, maar toch wel iets: er zijn in de jurisprudentie enige voorbeelden ten tonele gekomen. Een voorbeeld is dat bij een last onder dwangsom degene aan wie de last gericht is, niet de overtreder was. Dat moet dan zonder al te veel moeite kunnen worden vastgesteld. In andere situaties was het uitgangspunt dat iemand eigenaar was, terwijl er evidentie over het *niet* zijn van eigenaar bestond. Ook in dergelijke gevallen moet er bij de vervolgbesluitvorming van worden uitgegaan dat bij evidente onjuistheid van zo'n uitgangspunt de invordering niet kan plaatsvinden.

Dit zijn enige voorbeelden. De jurisprudentie zal in de toekomst moeten leren of er nog verdere voorbeelden zijn, wat ongetwijfeld het geval is. Ik herhaal nog eens dat we naar mijn gevoel aan het begin van een ontwikkeling staan. Mijn voorstel op dit punt is ruimer bedoeld dan wat in jurisprudentie van de Afdeling en andere rechters naar voren is gekomen. In uitspraken van de Afdeling uit 2004 en 2007 is, uit mijn hoofd gezegd, geconstateerd dat bij voorbaat voor iedereen duidelijk was dat het betrokken besluit eigenlijk onrechtmatig was. Ik wil verder gaan. Het evidentiecriterium moet ruimte bieden om naar aanleiding van het vervolgbesluit de afweging tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid te doen plaatsvinden.

Ik probeer nog eens een ander voorbeeld te noemen van een situatie waarin bij de beoordeling van een vervolgbesluit vanwege het evidentiecriterium niet moet worden uitgegaan van de onaantastbaarheid van het eerdere besluit. Laten we nog eens aandacht besteden aan het in onze preadviezen al veel voorkomende geval van de recreatiewoning die in strijd met het bestemmingsplan wordt gebruikt. Stel, er wonen op zo'n recreatiepark enige eigenaren in strijd met het bestemmingsplan en alleen mensen met een buitenlandse naam zijn aangeschreven om de met het bestemmingsplan strijdige situatie te beëindigen. Stel vervolgens dat de mensen met een buitenlandse naam toevallig niet in de gelegenheid waren bezwaar te maken. Wat gebeurt er? Er komt een invordering. Mij lijkt het evident dat in zo'n geval het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet met zich brengt dat de last evident onrechtmatig was. De oplegging van de last onder dwangsom zou in de oude lijn formele rechtskracht hebben, maar in dit geval zou naar mijn mening de invordering niet mogen plaatsvinden. Hetzelfde zou gelden als de last alleen bij aan vrouwen in eigendom toebehorende woningen zou zijn opgelegd, en zo kan ik nog

even doorgaan. Als bijvoorbeeld fundamentele rechten in het geding zijn, zou dus het evidentiecriterium moeten worden toegepast.

Moet ik nu heel veel andere gevallen gaan noemen? We staan bij het evidentiecriterium aan het begin van een ontwikkeling die zich in de rechtspraktijk zal moeten gaan uitwijzen. Dat is nu juist het aantrekkelijke. Met deze gedachtewisseling komen we alweer een stapje verder. We hebben het gehad over overtreders, eigenaren en schending van fundamentele rechten. Ik zie een parallel met een hardheidsclausule, waarbij evenmin precies wordt omschreven wanneer die van toepassing zal zijn, ook al kunnen dan enkele categorieën worden aangewezen. Bij de beoordeling van de betekenis van het eerste besluit zou het in mijn optiek in tweepartijenverhoudingen om minder evidente gevallen hoeven te gaan dan als er ook belangen van derden in het spel zijn. Het criterium vergt een contextuele toepassing.

Wetenschappers zijn – terecht! – altijd ongeduldig. De vraag naar de precieze betekenis van het criterium had ik verwacht, maar het is al heel wat als we er rechtspraakbreed mee gaan werken. Als het ons gegeven is hierover over tien jaar nog eens van gedachten te wisselen, zullen we veel beter in staat zijn te zeggen wat in dezen *evident* is. Net als bij hardheidscriteria zal dit zich in de praktijk wel zetten.

Marcelle Reneman

Bij mijn onderzoek heb ik gezien dat er heel veel verschillende veiligheidskleppen/noodremmen zijn, waarvan evidente onredelijkheid er een is. Ook de onmiskenbare schending van fundamentele rechten wil ik hier noemen, want van *onmiskenbaar* kun je je eveneens afvragen wat het precies inhoudt. Als het om herhaalde aanvragen en de toepassing van artikel 4:6 Awb gaat, zijn verschillende soorten uitzonderingsmogelijkheden aan de orde. Uit het internationaal recht kennen we *Bahaddar*, er is zoals gezegd de onmiskenbare schending van fundamentele rechten, er is de evidente onredelijkheid en we kennen de lijn die uit het Unierecht komt, op grond van de uitspraak over *Byankov*. Voor mij is erg onduidelijk hoe al die verschillende uitzonderingsmogelijkheden zich tot elkaar verhouden en ik kan mij de vraag van Bert Marseille dan ook goed voorstellen. Zelf zou ik het veel meer zoeken in een belangenafweging waarbij je rekening houdt met individuele omstandigheden. Ook in het Unierecht kiest men vooral voor die benadering. Aan de ene kant heb je het belang van de rechtszekerheid en aan de andere kant heb je andere belangen. Die weeg je tegen elkaar af en dan kom je tot een uitkomst, maar het draait niet zozeer om evidentie, onmiskenbaarheid, of iets dergelijks.

Bert Marseille

De voorzichtigheid van Jaap Polak begrijp ik, evenals het verlangen van Marcelle naar meer duidelijkheid in de sterk uiteenlopende jurisprudentie. Zelf zou ik het heel mooi vinden als het ons zou lukken ook het perspectief van de rechtzoekende, de gebruiker, te kiezen. Als de rechtzoekende meent aanspraak op een bepaalde voorziening te hebben, moet men niet vluchten in het formele argument 'dat is napraten'. Ik sluit hiermee aan bij de vraag van Ymre Schuurmans. Als het mogelijk is, moet in het kader van een belangenafweging tot een materiële beoordeling worden gekomen. Ik heb veel hoop dat de jurisprudentie zich verder zal ontwikkelen,

maar ik durf niet te voorspellen wanneer het zover zal zijn. Mijn eerste noot over artikel 4:6 heb ik geschreven in 2002, en in 2016 is de Afdeling om gegaan. Ik was daar heel blij om. Ik denk dat we ergens in 2030 weer een heel stuk verder zullen zijn.

Voorzitter: Dan zetten we het onderwerp in 2030 weer op de agenda!

Bart Roozendaal

Marseille heeft ook nog gevraagd of het evidentiecriterium op het oorspronkelijke besluit dan wel op de beslissing na heroverweging gericht is. Mag ik een tegenvraag ter verduidelijking stellen?

Voorzitter: Zeker.

Roozendaal: Is de gedachte daarachter dat bij een heroverweging opnieuw over de zaak is nagedacht en dat er dan dus geen evidentie in de fout kan zitten? Met andere woorden: men heeft twee keer nagedacht en twee keer evident onjuist kan niet.

Bert Marseille

Ik heb geprobeerd heel goed naar Jaap Polak te luisteren. Hij heeft veel dingen gezegd waarvan ik leer. Mijn interventie vond haar oorsprong in mijn onzekerheid omtrent de vraag of de evidentie betrekking zou moeten hebben op de rechtmatigheid van het oorspronkelijke besluit of op de rechtvaardigheid van de uitkomst. Het criterium dat het oorspronkelijke besluit evident onrechtmatig moet zijn, lijkt mij nóg lastiger hanteerbaar dan een criterium dat op de heroverweging betrekking heeft. Als de uitkomst van de heroverweging is dat het besluit blijft zoals het was, dan mag dat niet evident onredelijk zijn. Mijn interventie was meer dáárop gericht dan op het verschil tussen het oorspronkelijke besluit en de heroverweging.

Thomas Sanders

Het antwoord op de vraagstelling van Marseille is volgens mij te vinden in de uitspraken over de recreatieparken die zojuist aan de orde zijn geweest. Volgens mij gaat het om de rechtvaardigheid van de uiteindelijke uitkomst. Die zaken zijn allemaal langs geweest bij de Rechtbank Gelderland, waar een overtreding van het bestemmingsplan werd geconstateerd. Pas in hoger beroep kwam uit de hogehoed dat er helemaal geen overtreding was. Als je ervan uitgaat dat het moment van het besluit maatgevend is, kun je nooit tot een dergelijke ingreep komen. Ik leid daaruit af dat het niet om de rechtmatigheid van het besluit maar om de rechtvaardigheid van de uitkomst gaat.

Ik kijk nu Jaap Polak even aan.

Jaap Polak

Ik zit hier niet om de jurisprudentie van de Afdeling precies uit te leggen. Dat ga ik ook niet doen. Ik spreek hier als wetenschapper en ik ben nog niet zover dat ik

iets zou willen vastleggen. Voor mij is de uitkomst toch eigenlijk wel beslissend. Als de uitkomst evident fout is, is zij niet acceptabel en dan brengt het evenredigheidsbeginsel vernietiging met zich, waarbij een grote rol kan spelen dat het eerste besluit evident onrechtmatig was. Een en ander leidt dan tot een doorbreking van de formele rechtskracht. Bij zorgvuldigheids- en motiveringsgebreken van het eerdere besluit is doorbreking van de formele rechtskracht in mijn ogen niet aan de orde: als met dergelijke gebreken een materieel goed verdedigbaar besluit is genomen dat niet is aangevochten, dan stáát dat besluit gewoon en moet vervolgens bij de invordering van dat eerdere besluit worden uitgegaan. Bij, in ouderwetse termen, doorbreking van de formele rechtskracht moet het gaan om inhoudelijke fouten.

Overigens zie ik niet zo verschrikkelijk veel licht zitten tussen de standpunten van Marcelle Reneman en van mij. Bij het volgende besluit moet het naar haar mening gaan om een belangenafweging tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Daarmee op zichzelf ben ik het wel eens, maar waarom is het evidentiecriterium nu van belang? Omdat het rechtszekerheidsbeginsel met zich brengt dat in beginsel een onaantastbaar besluit doorwerkt in het volgende besluit. Er moet wel degelijk een afweging tot stand komen, maar het evidentiecriterium biedt een handvat. Toepassing van de formele rechtskracht is niet veel meer dan toepassing van een rechtszekerheidsregel, ook al hebben we er dan ook veel meer van gemaakt. Bij de afweging van rechtszekerheid tegen rechtmatigheid kan het evidentiecriterium helpen tot een antwoord te komen op de vraag in welke gevallen we de rechtszekerheid mogen doorbreken. Die doorbreking is gewettigd als het eerste besluit evident fout was. Ik heb al met al niet het gevoel dat ik iets verkeerds zeg als ik het evidentiecriterium wil gebruiken terwijl anderen rechtszekerheid tegen rechtmatigheid willen afwegen.

Bert Marseille

Mijn bezwaar tegen het evidentiecriterium is dat het een vrijbrief geeft om de rechtszekerheid een zwaarder gewicht toe te kennen dan redelijk is. Hier levert nieuwe jurisprudentie van de Afdeling winst op. Ik denk dan aan uitspraken over verzoeken van personen aan wie de sanctie van het alcoholslotprogramma is opgelegd en die om ongedaanmaking verzoeken. De Afdeling gaat nu gewoon na of de uitkomst niet evident onredelijk is en zegt bij wijze van spreken klip en klaar tegen de rechtzoekende: 'Meneer of mevrouw, u hebt nu dat rijbewijs, dus waar zeuren we eigenlijk nog over?' Volgens mij moeten we de rechtszekerheid niet te hoog op het schild hijsen en moeten we bestuursorganen uitnodigen heel *plain* na te gaan wat voor hen mogelijk is en wat in de gegeven situatie – om dat woord toch nog maar een keer te gebruiken – het meest *responsief* is.

Voorzitter: Ik denk dat we met het evidentiecriterium nog niet helemaal klaar zijn. Er zijn meer mensen die er iets over willen opmerken. Zojuist hoorde ik Jaap Polak zeggen dat we naar een rechtspraakbreed gebruik van dit criterium toe zouden kunnen werken. In dit verband geef ik nu graag het woord aan Barbara Bastein van het College van Beroep voor het bedrijfsleven voor haar interventie.

Barbara Bastein

De preadviezen hebben mij bij lezing veel genoegen verschaft. Toen ik het preadvies van Jaap Polak had gelezen, kon ik zijn oplossing voor de ketenbesluitvorming wel begrijpen, maar toch bleef er iets knagen. Wat kan ik als rechter[2] met het evidentiecriterium in de zaken die aan mij worden voorgelegd? Op bladzijde 42 van Jaaps preadvies staat een lange zin, die ik nu helemaal ga voorlezen. Ik heb gedacht dat ik de zin eigenlijk in stukken zou moeten knippen, omdat een mens niet in lange zinnen moet praten, maar omdat het een zin van Jaap is, durfde ik niet zo goed te knippen. Ik zal enige adempauzes nemen, in de hoop dat de zaal het nog kan volgen: 'Volgens mij zien de voorbeelden die Widdershoven geeft en die ontleend zijn aan de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep waarbij de regel geldt dat de feiten en juridische oordelen die ten grondslag liggen aan het eerdere besluit ten volle kunnen worden betwist, toch vooral op situaties waarbij het vervolgbesluit daarvan wat losser staat dan bij ketenbesluitvorming waarbij het vervolgbesluit afhankelijk is van het eerdere besluit in de keten.'

Dit lijkt rechtspraak te betreffen over bestuurlijke boetes die samenlopen met een reparatoir handhavingstraject zoals een intrekking of een herziening, mogelijk gevolgd door een terugvordering. Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven [CBb] hanteert deze benadering. Dat wil zeggen dat als een reparatoir handhavingsbesluit formele rechtskracht krijgt, deze formele rechtskracht *niet* doorwerkt in een beoordeling van een bestuurlijke boete die voor hetzelfde feitencomplex is opgelegd. Het CBb hanteert deze benadering ook als beboeting van een rechtspersoon samenloopt met beboeting van een feitelijk leidinggevende voor dezelfde overtreding.

Deze rechtspraak lijkt inderdaad niet te zien op ketenbesluiten. Het gaat immers niet om eerdere besluiten die toepassingsvoorwaarden zijn voor het vervolgbesluit, en dat vervolgbesluit is er dus niet van afhankelijk. De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft in de uitspraak van 2 mei 2018 ten aanzien van een waarschuwing die voorwaarde is om een boete te kunnen opleggen geoordeeld dat aan de enkele omstandigheid dat de waarschuwing in rechte onaantastbaar is geworden niet de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de feiten en omstandigheden die aan de waarschuwing ten grondslag zijn gelegd als vaststaand moeten worden aangenomen bij de beoordeling van het boetebesluit. Is hier niet toch ook sprake van ketenbesluitvorming, zoals bijvoorbeeld door annotator Ortlep is betoogd, en is hier dan niet dezelfde lijn toegepast als in de zaken waarvan Jaap Polak zegt dat het vervolgbesluit wat losser staat van het eerdere besluit?

Ook subsidiebesluiten zijn voorbeelden van ketenbesluiten. Zoals Willemien den Ouden vanochtend al zei, hebben we te maken met een ander soort keten dan bijvoorbeeld de handhavingsketen, onder meer omdat de subsidierelatie positief begint. Biedt in dat soort zaken de lijn dat tegen het vervolgbesluit feiten en juridische oordelen kunnen worden aangevoerd niet meer rechtszekerheid dan het door Jaap Polak voorgestelde evidentiecriterium? De toepassing van dit criterium is, als

2 Barbara Bastein is raadsheer in het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

ik het goed begrijp, immers per definitie casuïstisch, en uit de prejudiciële verwijzingsuitspraak van de Afdeling zou kunnen worden afgeleid dat het criterium zeer terughoudend moet worden toegepast. Bieden we de rechtzoekenden dan niet meer rechtsbescherming als we de lijn van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling doortrekken naar ketenbesluitvorming?

Voorzitter: Het lijkt bijna een promotie, Jaap. Zo op de pagina precies!

Jaap Polak

Dit is wel de problematiek waarmee ik bij het schrijven van het preadvies, zo rond Kerst, het meest heb geworsteld: in hoeverre is er sprake van doorwerking bij het vervolgbesluit in het geval van feiten en juridische oordelen die tegen het eerste, niet aangevochten besluit hadden kunnen worden aangevoerd? Mijn constatering was dat de Centrale Raad van Beroep wat vaker dan de Afdeling de regel hanteert dat feiten en juridische oordelen niet doorwerken bij het vervolgbesluit. Mij bleek verder dat de Afdeling die regel ook hanteert bij boetes, terwijl als het gaat om de verhouding dwangsom/invordering de feiten en de juridische oordelen bij de dwangsomlast wel degelijk doorwerken bij de invordering. Ik heb toen de conclusie getrokken dat er bij zulke met elkaar samenhangende besluiten als het besluit betreffende de dwangsom en het besluit betreffende de invordering kennelijk iets anders aan de hand is dan bij de boetes. Bij boetes moet, ook met het oog op artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, een intensievere toetsing plaatsvinden, en ook anderszins staat het boetebesluit wat losser van het initiële besluit. Een en ander heeft mij aanleiding geven het volgende standpunt in te nemen. Als bij de dwangsom en de invordering de feiten en de juridische oordelen er niet toe doen, wordt de toetsing geheel overgedaan en wordt het beginsel van de rechtszekerheid met betrekking tot het onaantastbare eerdere besluit helemaal losgelaten. Ik pleit er daarom voor in dat verband meer te eisen en met het evidentiecriterium te werken.

Barbara Bastein heeft er gelijk in dat de rechtsbescherming van justitiabelen meer wordt beschermd als feiten en juridische oordelen altijd ten volle weer bij het vervolgbesluit aan de orde kunnen komen, maar eerlijk gezegd vrees ik dat de rechtszekerheid, verbonden aan het eerste besluit, op deze manier helemaal wordt losgelaten. Dat geldt voor de ketenbesluitvorming en voor datgene waarover Sanders heeft geschreven, en het geldt zéker als ook de juridische oordelen erbij worden betrokken. Meer dan feiten en juridische oordelen is er bijna niet, dus de rechtszekerheid zou geheel worden losgelaten. Dat is naar mijn gevoel in ieder geval in verhoudingen waarbij ook derden betrokken zijn, niet wenselijk. Om die reden is waarschijnlijk de Centrale Raad van Beroep verder gegaan dan de Afdeling. Ik pleit voor een contextuele toepassing van het evidentiecriterium: het zou in tweepartijenverhoudingen makkelijker moeten kunnen worden toegepast dan in meerpartijenverhoudingen. Voor de typische ketenbesluitvorming vind ik dat een zuiverder benadering.

Zo ver was ik rond Kerst in mijn preadvies gekomen.

Thomas Sanders

Jaap en ik hebben elkaar rond Kerst gebeld, en zijn toen tot de conclusie gekomen dat we er allebei niet echt uitkwamen. Als voorbeeld gebruikten we uit de Afdelingsjurisprudentie het vakantiehuisje waarvan degene aan wie de last onder dwangsom was opgelegd geen eigenaar was en ook nooit eigenaar was geweest. De betrokkene voerde dat aan toen hij tegen de invorderingsbeschikking opkwam. Strekt de formele rechtskracht in zo'n geval tot het vastleggen dat iemand eigenaar is? Het overtrederschap is immers zeer nauw verweven met iemands juridische status als eigenaar. We kwamen trouwens ook niet echt uit de vraag of het gekwalificeerd kunnen worden als eigenaar een feit of een rechtsfeit is.

In een dergelijk geval wordt de last onder dwangsom in het geheel niet door de formele rechtskracht beschermd. Er is dan geen enkele rechtszekerheid: het andere uiterste. Er kan dan maar beter, zoals de Afdeling heeft gedaan, een uitzondering worden gemaakt. De formele rechtskracht is in het spel, maar we hebben te maken met een evident geval waarin de regel van de formele rechtskracht niet van toepassing is.

Polak: Hoor ik nu dat wij het eens worden?

Sanders: Ook ik ben een realist met een idealistische inborst. Van het begin af aan weet ik al dat dit een achterhoedegevecht is. Ervan uitgaande dat dit de lijn is, kan ik maar beter meepraten over de vraag waar het ongeveer heen gaat en wat er wél onder de formele rechtskracht valt.

Voorzitter: We hebben al een paar keer gehoord dat de Centrale Raad van Beroep misschien verder is met dit vraagstuk. Tegen die achtergrond geef ik nu Herman Rottier het woord.

Herman Rottier[3]

Ik moet eerst even wat recht zetten. Zojuist hoorde ik Jaap Polak weer over meerpartijengedingen spreken die bij de Centrale Raad van Beroep [CRvB] niet zouden voorkomen. Het tegendeel is waar. De Centrale Raad bedient op dit moment ook meerdere partijen, met name werkgevers die in arbeidsongeschiktheidszaken derden-belanghebbenden zijn en ook categoraal als zodanig worden beschouwd. In het kader van de WW zijn ook alle overheidswerkgevers derden-belanghebbenden. Wij hebben een tijdje geleden van Widdershoven een advies gekregen dat is uitgewerkt in een uitspraak van de grote kamer van de Raad waarbij ook nog anderen als derden-belanghebbenden worden aangemerkt. Een tijdje geleden heb ik een zaak gedaan waarbij vier belanghebbenden betrokken waren. Al met al kun je bij het maken van onderscheid tussen verschillende manieren waarop de formele rechtskracht wordt benaderd niet zonder meer zeggen dat alle CRvB-zaken in een apart

3 Herman Rottier is senior raadsheer in de Centrale Raad van Beroep.

circuit komen waarin je de hoofdregel van het tweepartijengeding bepalend laat zijn.

Of Jaap Polak en ik vrienden zijn weet ik niet, maar van mij moet hij het nu wel hebben! Hij heeft een mooi preadvies geschreven waarin hij ook uit jurisprudentie van de Centrale Raad heeft geciteerd. Daarover wil ik het een en ander zeggen voordat ik aan mijn vraag toe kom. Uit een uitspraak uit 2018 leidt Jaap af dat de CRvB wat rekkelijker zou zijn. Ik weet niet of dat zo is, ik laat dat aan de vergadering ter beoordeling, maar ik kan wel breder schetsen hoe wij de problematiek die hier aan de orde is, benaderen. Daarbij zal ik ook wat verder in de tijd teruggaan.

Al in 2006 hebben wij geoordeeld dat onherroepelijke besluiten weliswaar vaststaan als het over de rechtsgevolgen gaat, maar dat dit niets zegt over de feiten en de omstandigheden die aan de orde zijn. Feiten en omstandigheden kunnen altijd weer ter discussie worden gesteld. Het maakt voor ons bij ketenbesluitvorming ook niet uit of het om boetes, herzieningen of terugvorderingen gaat: over feiten kun je altijd twisten.

Verder hebben we in onze rechtspraak een oplossing gevonden voor bepaalde gevallen waarin de toepassing van de formele rechtskracht nogal onrechtvaardig uitpakt. Wij spreken dan over verwevenheid of samenhang tussen afzonderlijk besluiten. Een heel bekend voorstel stamt uit het ambtenarenrecht. Een ambtenaar heeft plichtsverzuim gepleegd en reageert niet op het desbetreffende besluit, maar als een tijdje later het strafontslag komt, vecht hij dat aan. Of het strafontslag in de gegeven casus evenredig is, hangt af van de misdraging, die bij het vaststellen van het plichtsverzuim is vastgelegd. Ik zei al dat je over feiten en omstandigheden altijd kunt twisten, maar ook de kwalificatie als plichtsverzuim is vaak nog aan de orde. Wij nemen die dan in onze beoordeling gewoon mee.

Ik noem ook de rechtspraak over de vraag of er een concreet belang is op het moment waarop een besluit wordt aangevochten. Ook hier kan ik een eenvoudig voorbeeld geven. Stel, u krijgt een uitkering voor een periode van twee jaar en u denkt zelf: die twee jaar zit ik wel uit, maar eigenlijk had ik recht op een uitkering voor drie jaar. De Centrale Raad vindt het goed als u dat aanvecht op het moment waarop u het besluit ontvangt, maar u mag het ook aanvechten op het moment waarop het uitvoeringsorgaan een beslissing over de beëindiging van de uitkering neemt.

Jammer vind ik het dat in de beschrijvingen niet wordt ingegaan op onze jurisprudentie over de duuraanspraken. Onze regelgeving is van toepassing op situaties waarin jaren en jaren uitkeringen kunnen worden verstrekt. Wajong-uitkeringen lopen voor een periode van meer dan veertig jaar en ook de AOW-uitkering kan zomaar dertig jaar duren. Het is wel erg onrechtvaardig dan te worden opgehangen aan het feit dat je aan het begin van die periode geen of niet tijdig bezwaar hebt gemaakt en voor de volledige looptijd van de uitkering met die ongelukkige keuze te worden geconfronteerd. Onze zogenoemde duuraanspraakjurisprudentie dwingt bestuursorganen vanaf het moment van een hernieuwde aanvraag te bezien of inderdaad een echte aanspraak bestaat.

Ik noem tot slot de ommezwaai in de jurisprudentie over artikel 4:6 Awb waarmee onder meer de rechtsvrije ruimte van Bert Marseille is opgevuld. We kunnen nu besluiten van bestuursorganen die formele rechtskracht hebben gekregen toch inhoudelijk gaan beoordelen. Dat geeft bestuursorganen zelf eigenlijk op dit

moment al de gelegenheid om de hele formele rechtskracht te negeren. Een heel bijzondere situatie, waarover ik nog heel weinig heb gelezen.

De oplossing van Jaap Polak is dat het moet gaan om evidente onrechtmatigheid; Bert Marseille heeft daarover prikkelende vragen gesteld. Bij de 4:6-jurisprudentie van najaar 2016 van alle hoogste colleges is sprake van evidente onevenredigheid. Is dat nu dezelfde evidentie als Jaap Polak bij de evidente onrechtmatigheid voor ogen heeft? De uitspraken waarin een beroep op de evidente onevenredigheid als geslaagd wordt aangemerkt, zijn overigens nogal dun gezaaid. Ik heb er in het afgelopen jaar zelf bij de Centrale Raad op één gezeten, ik weet niet hoe vaak de Afdeling een dergelijk beroep heeft gehonoreerd.

Als evidente onrechtmatigheid wordt verondersteld te bestaan, zijn er blijkbaar ook gevallen van gewone onrechtmatigheid. Hier kan vanuit burgerperspectief een onbevredigende situatie worden gesignaleerd. Ik herinner mij nog een discussie uit de beginjaren van de Awb: als een besluit evident onrechtmatig is, is er toch alle reden om bezwaar te maken? Waarom worden degenen die dat niet hebben gedaan beloond met een honorering van hun beroep?

Jaap Polak

Heb ik bij 'evidente onrechtmatigheid' hetzelfde op het oog als bij de 4:6-jurisprudentie? Ik denk eigenlijk van niet, want de situaties zijn niet helemaal gelijk. Er bestaat een grote parallellie, maar ik zou me er niet op willen vastleggen dat de jurisprudentie zich precies op dezelfde manier zou moeten ontwikkelen. Ik heb nogal wat moeite gedaan om uiteen te zetten dat het evidentiecriterium bij de doorbreking van de formele rechtskracht contextueel moet worden toegepast, waarbij de positie van derden een punt van overweging vormt. Eerlijk gezegd ben ik mij er zeer wel van bewust dat de Centrale Raad van Beroep ook geschillen behandelt waarbij derden betrokken zijn. Naar aanleiding van de conclusie van Widdershoven heb ik voorbeelden gevonden waarbij het om tweepartijengeschillen ging. Daarom heb ik mij uitgelaten zoals ik heb gedaan. Heel veel verschil met de 4:6-jurisprudentie zal er trouwens waarschijnlijk nu ook weer niet optreden.

Ik word een beetje moe van al die mensen die roepen 'wat is dat evidentiecriterium nu eigenlijk precies?'! Ik zou de vraag willen omdraaien. Tot nu toe hebben we in een wereld geleefd waarin de formele rechtskracht bijna niet te doorbreken was. Nu breekt het inzicht door dat de formele rechtskracht een groot goed blijft, maar dat er situaties kunnen zijn waarin zij moet worden doorbroken. Het is dan toch niet zo gek dat de rechtszekerheid het uitgangspunt is. Of je nu het woord *evident* of het woord *onmiskenbaar* wilt gebruiken, maakt dan niet zo veel uit: ik vind dit aan het begin van zo'n rechtsontwikkeling eigenlijk een nogal flauwe terminologische discussie. Voorop staat dat er iets bijzonders aan de hand moet zijn om de rechtszekerheid te doorbreken. Daarvoor is de term 'evidentiecriterium' gebruikt. Als iemand met iets nieuws komt, is het erg makkelijk de vraag te stellen wat er nu allemaal precies onder valt. Ik heb geprobeerd iets van een antwoord te geven en ik zou willen zeggen: tel je zegeningen! Het zou overdreven zijn te zeggen dat we nu een nieuw tijdperk ingaan, en ik denk dat het goed is dat de rechtspraak niet uitstraalt dat iedereen nu voortaan een beroep op dat evidentiecriterium zal kunnen doen. Dat zou betekenen dat de rechtszekerheid helemaal niets meer voorstelt. De

rechtszekerheid moet uitgangspunt zijn; dat lijkt mij in allerlei opzichten buitengewoon verstandig en begrijpelijk. Ik kom dus tot een omdraaiing van de vraagstelling. Het is goed dat de rechtspraak erkent dat de rechter – wat toch typisch zijn taak is – in individuele, kafkaiaanse gevallen die zich niet in termen van algemene regels laten beschrijven, maatwerk moet kunnen leveren. Deze erkenning lijkt mij een heel belangrijke stap voorwaarts. Hiermee hoop ik weer wat duidelijker te hebben gemaakt waaraan ik bij het evidentiecriterium heb gedacht.

De tweede vraag van Herman Rottier betreft wat hij de gewone onrechtmatigheid heeft genoemd. Uitgangspunt in het systeem moet naar mijn mening zijn dat mensen een beschikking op het geëigende moment aanvechten. Ik zou daarom niet voelen voor de benadering dat iedere onrechtmatigheid voldoende is om ook bij de vervolgbeschikking aanvechting mogelijk te maken als een geëigende procedure bij het eerdere besluit mogelijk zou zijn geweest. Boetebesluiten en ook wel andere besluiten vallen daar niet onder. Het kan heel goed zijn dat je iets accepteert maar ertegen wilt opkomen op het moment dat je een boete krijgt. Dan moet alles nog openliggen, maar het is bij bijvoorbeeld een last onder dwangsom en de invordering toch echt een slagje anders.

Bart Roozendaal

Om de gedachtewisseling weer wat meer naar het civiele recht te trekken: ik heb drie voorbeeldjes die betrekking hebben op de vraag waar de grenzen nu eigenlijk liggen.

In de eerste plaats iets over de huishoudelijkehulpjurisprudentie bij de toepassing van de Wet maatschappelijke ondersteuning. Toen veel mensen in bezwaar en beroep gingen, leidde dit tot uitspraken van de Centrale Raad van Beroep. De periode van drie uur ging toen naar zes uur en zo waren er nog andere wijzigingen. Heel veel andere mensen daarentegen hebben geen rechtsmiddelen aangewend. Na het bekend worden van de jurisprudentie van de Centrale Raad kwamen er tientallen mensen die claims indienden bij mijn cliënten, de overheden, en die ook hun geld terug wilden hebben. Alle betrokken besluiten hadden formele rechtskracht.

Een ander voorbeeld neem ik uit de sfeer van de baatbelasting. Drie gaan in bezwaar en krijgen tot bij de Hoge Raad hun geld terug. Honderd hebben betaald, maar die drie winnen. Die honderd zeggen tegen het bestuur: geef ook ons dat geld terug.

Het laatste voorbeeld betreft grondgeluid vanuit Schiphol, een zaak van eind verleden jaar. 102 appellanten hebben wat geld erbij gekregen, één heeft het in bezwaar erbij laten zitten. Die ging niet in beroep, met als gevolg formele rechtskracht, en meldt zich deze week met een claim.

Drie situaties waarin alle rechtsmiddelen open staan en men het erbij heeft laten zitten. Het afschaffen van de formele rechtskracht zou inhouden dat het debat weer openligt en dat ook de civiele rechter over de rechtmatigheid zou kunnen gaan oordelen. Dat vind ik twee bruggen te ver. Als we met onderscheidingscriteria als ‘evidentie’, ‘tegen beter weten in’, ‘kennelijkheid’ of ‘zonder nader onderzoek’ grenzen aan het zoeken zijn, zullen er wel degelijk grenzen moeten worden getrokken. Deze grenzen zijn wat mij betreft onder meer in de zojuist door mij gegeven voorbeelden te vinden.

Jacobine van den Brink

De formele rechtskracht is voor mij niet het meest favoriete leerstuk binnen het bestuursrecht. Toen ik verleden jaar aan de Universiteit van Amsterdam begon en het vak Overheidsaansprakelijkheid moest gaan geven, moest ik eerlijk gezegd even een meloen doorslikken. De leer van de formele rechtskracht uitleggen op masterniveau aan studenten zonder dat zij in slaap zouden vallen – of, erger: zonder dat je eerste evaluatie aan een nieuwe universiteit meteen al desastreus uitpakt – leek mij best een uitdaging. Gelukkig kwam ik omstreeks de tijd dat ik het desbetreffende college moest geven Jaap Polak tegen, in de trein, op weg naar ook al zo'n leuk feestje, het congres '25 jaar Awb'. Hij had voor mij een goede tip: neem als voorbeeld de vuurwerkramp in Enschede, dan begrijpen de studenten het meteen. Ik begrijp nu dat ik er ben ingeluisd, want dit was helemaal niet het goede voorbeeld.

Polak: Je moet het contextueel toepassen!

Van den Brink: Die in de trein gegeven raad nam ik natuurlijk heel dankbaar aan – het is tenslotte Jaap! – en het pakte goed uit. Het college heb ik met veel plezier gegeven, ook de evaluatie heb ik overleefd en er is nu zelfs een student die bij mij haar scriptie wil schrijven over de formele rechtskracht in Unierechtelijk perspectief. Dus Jaap, bij dezen heel veel dank voor jouw goede raad!

Ook dit jaar heb ik met veel plezier de preadviezen gelezen. Mijn vragen richt ik tot Marcelle Reneman, die een mooi preadvies over 'Unierechtelijke grenzen aan formele rechtskracht' heeft geschreven. Zij concludeert tot mijn vreugde uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat met het Unierecht strijdige besluiten in vervolgprocedures alsnog met succes ter discussie moeten kunnen worden gesteld. Er is immers jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State die daar diametraal tegenover staat.

Als voorbeeld noem ik de zaak *Edufax* van 17 augustus 2011.[4] Dat was een subsidiezaak met drie partijen; op zich is het wel even goed te constateren dat het ook in subsidiezaken om drie partijen kan gaan. In deze zaak kwam Edufax op tegen een besluit tot subsidievaststelling dat was gericht tot haar concurrent. Edufax klaagde er onder meer over dat dit besluit in strijd was met de Unierechtelijke staatssteunregel. Voor dit betoog viel best wat te zeggen. De Afdeling oordeelde echter dat Edufax dit niet in deze procedure tegen het subsidievaststellingsbesluit aan de orde kon stellen omdat zij het besluit tot subsidie*verlening*, dat een aantal jaren voordien was genomen, had kunnen aanvechten maar daarvan had afgezien. Daar had het staatssteunargument volgens de Afdeling aan de orde moeten komen. Edufax wordt dus geconfronteerd met de formele rechtskracht van het subsidieverleningsbesluit. De Afdeling toetst deze uitkomst nog wel aan de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming, maar dat leidt niet tot een ander oordeel. Het evidentiecriterium, dat kennelijk al sinds 2004 bestaat, ben ik overigens in deze uitspraak helemaal niet tegengekomen.

4 ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195, *AB* 2011/316.

Deze jurisprudentie heeft tot gevolg dat subsidievaststellingsbesluiten die in strijd zijn met de Unierechtelijke staatssteunregels op dat punt niet meer ter discussie kunnen worden gesteld en in zoverre voor rechtmatig moeten worden gehouden. Strijd met de staatssteunregels dient in het kader van de subsidie*verlening* aan de orde te komen. Als ik het preadvies van Marcelle goed lees, is deze jurisprudentie in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie zeer discutabel en had hierover op z'n minst een prejudiciële vraag moeten worden gesteld. Dit werd overigens destijds ook al opgemerkt door Willemien den Ouden in haar annotatie bij deze uitspraak.

Marcelle beschrijft in haar preadvies heel mooi dat de Afdeling inmiddels ook twijfels heeft over de vraag of de formele rechtskracht van een met het Unierecht strijdig besluit mag doorwerken in een vervolgprocedure en dat de Afdeling om die reden prejudiciële vragen heeft gesteld in de *LPG*-zaak.[5] Twee vragen blijven in het preadvies onbeantwoord; vandaar dat ik deze vragen nu graag aan Marcelle voorleg.

1. Hoe past het Nederlandse evidentiecriterium – of dat nu nog moet worden ontwikkeld, of er al is – dat de Afdeling in de prejudiciële verwijzing aanhaalt in de jusprudentie van het Hof van Justitie die in het preadvies wordt geanalyseerd? Uiteraard noemt de Afdeling in de verwijzingsuitspraak een aantal arresten waarnaar ook Marcelle heeft verwezen, maar ik ben toch wel benieuwd hoe zij dit ziet.
2. Welk antwoord verwacht Marcelle in de *LPG*-zaak van het Hof?

Marcelle Reneman

Dank voor deze mooie vragen. Inderdaad heb ik uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie geconcludeerd dat de omvang van het beginsel van de onaantastbaarheid van het besluit niet lijkt door te werken in vervolgprocedures. Ik noem als voorbeeld het arrest *Ciola*,[6] een uitspraak die ook door de Afdeling in de prejudiciële verwijzingsuitspraak wordt aangehaald. In die zaak blijkt dat in eerste instantie een verbod wordt uitgevaardigd – het ging, naar ik meen, over ligplaatsen van boten –, welk verbod definitief wordt, maar op een gegeven ogenblik in strijd blijkt te zijn met het vrij verkeer van diensten. Vervolgens houdt de booteigenaar zich niet aan het opgelegde verbod en wordt een sanctie opgelegd. Het Hof zegt dat het in dat geval mogelijk moet zijn alsnog aan het Unierecht te toetsen. In dit geval was er strijd met het Unierecht, zodat de sanctie niet kon worden opgelegd. De rechtszekerheid werkt dus in de vervolgprocedure niet door. Het lijkt zo te zijn dat de omvang van het beginsel van formele rechtskracht niet zo ver mag strekken, dat de rechtmatigheid van een besluit niet alsnog in een vervolgprocedure ter discussie kan worden gesteld. Als er strijd met het Unierecht is, moet dat, denk ik, op dat moment alsnog worden rechtgezet.

Dit brengt mij op de evidente onrechtmatigheid. We lijken hier te maken hebben met een zaak die helemaal buiten de omvang van het beginsel van de formele rechtskracht valt. Bij een vervolgprocedure met een ander object, een andere vraag, kan volgens mijn interpretatie van de jurisprudentie van het Hof van Justitie geen beroep

5 ECLI:NL:RVS:2019:260.
6 HvJ EG 29 april 1999, zaak C-223/97, ECLI:EU:C:1999:212 (*Ciola*).

worden gedaan op het beginsel dat beslissingen finaal zijn geworden en volgt niet uit het rechtszekerheidsbeginsel dat er niet op een eerdere beslissing mag worden teruggekomen. Op de eerste vraag van Jacobine van den Brink moet ik dan ook antwoorden dat ik überhaupt niet weet of je het evidentiecriterium kunt tegenwerpen. Ik denk eigenlijk dat de formele rechtskracht zich niet zo ver mag uitstrekken, dat je in een vervolgprocedure een schending van het Unierecht niet kunt rechtzetten. De geldigheid van het oorspronkelijke besluit blijft staan, maar het uitgangspunt dat in vervolgprocedures van de rechtmatigheid moet worden uitgegaan is iets waartegen het Unierecht zich naar mijn mening verzet.

Voorzitter: En de LPG-zaak?

Reneman: Ja, de te verwachten uitslag. Aan de orde is gesteld hoe hoog de lat bij het evidentiecriterium moet worden gelegd. Ik vraag mij van mijn kant af of je die lat überhaupt wel mag leggen. Mag het beginsel van formele rechtskracht zich überhaupt uitstrekken tot het vervolgbesluit? Op die manier kom je volgens mij niet toe aan de vraag of er sprake is van evidente onrechtmatigheid.

Voorzitter: Dat zou dan voor velen van de hier aanwezigen wel een schokkend antwoord zijn.

Rob Widdershoven

Ciola dateert van 1999, vijf jaar voor *Kühne en Heiz*, en ook voor *Byankov* etcetera. Heel die jurisprudentielijn bestond nog niet en was er ook niet al een béétje. Is het niet denkbaar dat die lijn toch langzamerhand enigszins gaat doorwerken? Ik weet dat net zomin, maar ik werp de vraag maar op. Het definitieve karakter van het ligverbod in *Ciola* was niet zozeer door de Duitse rechter, als wel door een Oostenrijkse interveniënt opgeworpen, en het is ook niet heel zwaar bediscussieerd. Zou het niet raar zijn dat het Hof enerzijds heel hard vasthoudt aan de regel dat geen enkel besluit hoeft te worden herzien behalve in extreme situaties zoals in *Kühne en Heiz* en *Byankov*, en vervolgens te kennen geeft dat die besluiten niet kunnen worden gehandhaafd? Kan Marcelle Reneman mij uitleggen waarom dat logisch is? De heer Byankov had zich dat hele circus kunnen besparen. Hij had gewoon moeten stellen dat handhaving onmogelijk was; herziening is dan niet nodig. Verwacht Marcelle niet dat er, gelet op de jurisprudentie die later is gekomen, wat nuances zouden kunnen komen? Wélke nuances weet ik ook niet.

Marcelle Reneman

Ik vind dat een lastige vraag. Uiteraard heb ik ook het gezag van gewijsde onder de loep genomen waaraan eveneens het beginsel van rechtszekerheid ten grondslag ligt. Met dat gezag van gewijsde lijkt in sommige gevallen toch wel wat soepeler te worden omgegaan, bijvoorbeeld op het gebied van het consumentenrecht. Als er in eerste instantie niet aan het Unierecht is getoetst terwijl dat wél had moeten gebeuren, kan die toetsing in een volgende procedure alsnog plaatsvinden. Daarbij wordt sterk onderscheid gemaakt naar gelang van het voorwerp van de procedure. Als

het om een ander voorwerp van de procedure gaat, neemt het Hof van Justitie geen doorwerking aan. Bij *Kühne en Heiz* daarentegen gaat het over de herroeping van een besluit zelf, dus ook over de geldigheid; daar is de situatie anders.

Nu spreek ik over het gezag van gewijsde, waarbij geen uitzonderingsmogelijkheid bestaat. Als het gezag van gewijsde eenmaal van toepassing is, worden er geen uitzonderingen op geformuleerd. Bij *Kühne en Heiz*, waar het gaat om de formele rechtskracht en de onaantastbaarheid van het besluit, ligt het anders. Je zou kunnen zeggen: omdat met het oog op *Kühne en Heiz* onder heel strikte voorwaarden de mogelijkheid tot herziening bestaat, zou je strenger moeten zijn in de vervolgprocedures. Je zou wat dit betreft twee kanten op kunnen.

Ik weet niet of dit een beetje antwoord geeft op de vraag.

Widdershoven: Nuanceringen zijn denkbaar.

Reneman: Ja.

Polak: Speelt de procedurele autonomie hier ook nog niet een beetje een rol? Dit vraag ik aan de geleerden van het Europees recht.

Widdershoven: Niet als het Hof het aanvliegt als een *Ciola*-geval. Het voorrangsbeginsel staat buiten de procedurele autonomie, of gaat er eigenlijk aan vooraf, en sluit het ligplaatsverbod uit, zal men redeneren, zodat het niet kan worden gehandhaafd. Ik denk alleen dat we, gelet op alle ontwikkelingen aan de andere kant, nog iets subtiels gaan krijgen. Ik mis de logica van een systeem waarin je geen enkel besluit hoeft te herzien maar waarin je besluiten nooit mag handhaven. Dat zou raar zijn.

Polak: Maar in de *Maple Tree*-lijn is toch....

Widdershoven: Dat is schadevergoeding.

Polak: Oké.

Reneman: Ik denk dat je onderscheid moet maken tussen de geldigheid van het besluit zelf en de rechtmatigheid ervan zoals die doorwerkt in volgende procedures. Daar ligt volgens mij het verschil met *Kühne en Heiz*. Als je kijkt naar jurisprudentie over de formele rechtskracht en de onaantastbaarheid van een besluit en over het gezag van gewijsde, zie je een verschil.

Voorzitter: We wachten het af en zien met spanning uit naar de LPG-jurisprudentie.

Nu we toch buiten de grenzen aan het kijken zijn, wil ik Jurgen Goossens vragen te interveniëren. Ik verwacht van hem een rechtsvergelijkend perspectief.

Jurgen Goossens

Nu ik Belg ben, verwacht de organisatie kennelijk dat ik iets rechtsvergelijkends ga zeggen. In deze gedachtewisseling lijkt me dat vrij evident. De voorbije drie jaar ben

ik al twee dagen per week verankerd in Rotterdam, en vanaf 1 februari ben ik fulltime in Tilburg te vinden. Voordat ik mijn vraag begin in te leiden wil ik zeggen dat jullie trots mogen zijn op wat jullie doen met de VAR en met de Staatsrechtkring. Dat zijn twee prachtige organisaties, die altijd met heel mooie eindproducten komen. De voorbije twee dagen heb ik met heel veel plezier en aandacht de preadviezen gelezen.

De vraag die ik heb voorbereid is eigenlijk al semi-achterhaald. Ik heb bedacht dat de eerste die zou reageren waarschijnlijk Jaap Polak zou zijn. We hebben daarom in de middag afgesproken dat hij in principe niet zal antwoorden. Ik kom met een vrij inventieve oplossing om straks toch een nieuw antwoord te horen.

Wat zou ik graag aankaarten? Vooral in het preadvies van Jaap Polak zag ik minimaal twee keer de disclaimer 'als de huidige rechtsmachtsverdeling blijft zoals deze is'. Voor mij werkt dat als een rode lap op een stier. De systeembenadering ten aanzien van de rechtsmachtsverdeling is een van mijn passies. Jaap Polaks interessante zesde stelling komt erop neer dat we ons vergezicht moeten laten evolueren naar het onderbrengen van de volledige publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen de burger en de overheid bij de bestuursrechter. Het rechtsvergelijkende preadvies van Bart Roozendaal bevat naast allerlei bijzonder interessante inzichten, zeker ten aanzien van Duitsland, daarentegen een stelling 3, inhoudende dat het aanbeveling verdient bij de burgerlijke rechter naar Duits voorbeeld kamers voor overheidsaansprakelijkheid in te stellen. Ik zie hier een zekere spanning tussen een vergezicht enerzijds en een tussenoplossing of een ánder vergezicht anderzijds.

Waarom hebben we vandaag eigenlijk deze discussie? Als we aan rechtsvergelijking doen, moeten we ook met een rechtshistorische invalshoek kijken. In het Frankrijk van de achttiende eeuw was het bestuur de rechter, want het bestuur was natuurlijk als beste geplaatst om geschillen met zichzelf te beoordelen. Soms is dat nog altijd het geval, maar na verloop van tijd is de bestuursrechter, met de nodige waarborgen, onafhankelijk geworden. Parallel daaraan hebben we gezien dat de burgerlijke rechter in toenemende mate zijn schroom voor het beoordelen van onrechtmatig overheidshandelen heeft verlaten en ook schadevergoeding is gaan toekennen. Op die manier is het, zeker in België, tot een volledig parallelle rechtsbescherming gekomen: zowel de rechtmatigheid als de schadevergoeding kunnen daar zowel door bestuursrechter als door de civiele rechter worden behandeld. Op dat vlak is het hier nog net iets beter geregeld.

In de Europese Unie hebben zestien van de 28 lidstaten een aparte kolom van bestuursrechtspraak. Een kleine meerderheid van de lidstaten heeft dus nog steeds die erfenis van de Fransen. Maar hoe gaat het met een erfenis? Op een bepaald moment begin je je eigen ding met die erfenis te doen. Allerlei lidstaten hebben dat gedaan, waardoor een vrij complex geheel ontstaat. Tegen deze achtergrond vind ik het goed dat we vandaag voldoende tijd hebben voor het komen tot een vergezicht. Alles wat er wordt gezegd wordt genotuleerd; ik vind dat perfect.

Dit brengt mij op de vraag die ik ga stellen. Als we de bestuursrechtelijke kolom willen behouden, wordt het dan geen tijd de volledige publiekrechtelijke rechtsbetrekking bij de bestuursrechter onder te brengen? Dat is misschien een standpunt dat niet alleen door Jaap Polak wordt ingenomen, en er zou kunnen worden voortgebouwd op de VAR-preadviezen van 2013, *Het besluit voorbij*. Het is denkbaar preadviezen te gaan schrijven over demarcatiecriteria, maar ik denk dat we een lang verhaal vrij kort kunnen houden. Ik weet dat zich nuanceringen en uitzonderingen

zullen manifesteren. Hoofdlijn zou in ieder geval kunnen zijn dat een geschil tussen een burger en een overheid – of, zoals men in Nederland zegt, een bestuursorgaan – ongeacht de aard van het overheidshandelen door de gespecialiseerde bestuursrechter moet worden behandeld. Ik denk aan geschillen over besluiten, geschillen over feitelijke handelingen en schadevergoedingsgeschillen. Een dergelijke rechtsbescherming lijkt me heel concreet en evident voor de burger.

Aan de leer van de formele rechtskracht liggen drie argumenten ten grondslag: rechtseenheid, rechtszekerheid en specialisatie. Het lijkt mij dat die drie argumenten *a fortiori* perfect kunnen worden gebruikt om voor een dergelijk vergezicht te pleiten. Ik richt mijn vraag zoals gezegd niet tot Jaap Polak, maar tot de drie andere preadviseurs. Ik heb gehoord dat zij de voorbije maanden met de leer van de formele rechtskracht hebben geworsteld. Ook ik heb ermee geworsteld om het de studenten hier te kunnen uitleggen. Laten de preadviseurs zich nu eens voorstellen dat hun over tien jaar wordt gevraagd opnieuw een preadvies te schrijven, zal dat dan een analyse zijn van de leer van het evidentiecriterium en wat dies meer zij, of denken dan wel *hopen* zij dat tegen die tijd de politieke bewindvoerders het heft in handen hebben genomen en de stap hebben gezet de gehele publiekrechtelijke rechtsbetrekking bij de bestuursrechter te plaatsen? Mijn vraag, waarop een kort antwoord van de drie andere preadviseurs mag komen, luidt: wat is jullie vergezicht met betrekking tot het demarcatiecriterium en de rechtsmachtsverdeling eigenlijk?

Thomas Sanders

Ik denk dat Tijn Kortmann aan het einde van de rit gelijk gaat krijgen en dat dit dus in feite het begin van het einde is.

Voorzitter: Dat klinkt wel héél dramatisch!

Sanders: Het is niet negatief bedoeld. Toen ik het onderzoek aan het doen was, begon ik met het betoog van Tijn volledig te onderschrijven. Ik was echt overtuigd van de juistheid van zijn standpunt, maar gaandeweg kwam ik daarvan terug en verdween mijn voorkeur voor de door hem bepleite oplossing, omdat in mijn ogen door de inconsistentie daarvan het systeem als geheel niet zal gaan werken, zodat het beter is een heel nieuw systeem te bedenken. Het – met een neutrale term – *X-criterium* dat nu wordt gehanteerd, komt volgens mij neer op de erkenning dat het systeem rammelt. Ik weet dat dit inzicht niet door de Afdeling zal worden gedragen, maar ik ben ervan overtuigd dat we iets moeten doen met de rare uitwassen waartoe het systeem leidt. Als je dan doorredeneert en naar de ratio van het systeem kijkt, kun je er in mijn ogen beter voor kiezen gewoon die hele rechtsregel los te laten en te erkennen dat er in het individuele geval een afweging tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid moet worden gemaakt. Het is niet goed nog in naam aan formele rechtskracht vast te houden als daarvan niet meer echt sprake is.

Nu is mijn reactie niet meer zo kort! Zij is trouwens niet per se negatief. Voor het door Kortmann bepleite systeem is op zich heel veel te zeggen. Mijn probleem zit met name in de inconsistentie ervan. Ik vind dat we dan maar voor een heel ander systeem moeten kiezen waarin consistentie bestaat en waarin rechtvaardige uitkomsten kunnen worden bewerkstelligd.

Met wat Thomas Sanders zegt ben ik het volstrekt niet eens. Goossens interventie, waarvoor ik zeer erkentelijk ben, had overigens onder meer betrekking op het Belgische recht en ik vreesde al iets in mijn preadvies te hebben gemist, maar gelukkig ging het daar niet over. Hij is ingegaan op altijd interessante rechtshistorische aspecten en op de onafhankelijkheid van de bestuursrechter en zijn betoog mondde uit in een concrete vraag over de publiekrechtelijke rechtsbetrekking.

Nu is het leuke dat ik mijn proefschrift[7] indertijd heb geschreven in het kader van een project. In het kader van de financiering moest mijn onderzoek onder het project *de publiekrechtelijke rechtsbetrekking* vallen. Men bracht trouwens alles daarin onder; dat maakte destijds bij de Erasmus Universiteit niet uit. Tegen deze achtergrond wijs ik erop dat de termijn van tien jaar voor het schetsen van een vergezicht veel te kort is. Tien jaar is natuurlijk helemaal niets! Als ik naar de snelheid van de ontwikkelingen kijk, denk ik meer aan vergezichten ruim na mijn pensioen, zo over een jaar of vijfentwintig.

Aanvankelijk wilde ik mijn preadvies beginnen met een *fake news*-persbericht over een arrest van de Hoge Raad uit het jaar 2050. Daarvan heb ik afgezien met als voornaamste reden dat ze tot mijn teleurstelling bij de VAR geen plaatjes in de publicatie wilden hebben. Aan het geheel onderbrengen van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking bij de bestuursrechter zou de gedachte ten grondslag liggen dat we met een zó'n grote warboel te maken hebben, dat een grondige herziening op haar plaats is. Dat is echter niet het geval. In de vele honderden zaken die ik op mijn bureau heb gehad, zaken die ik voor een deel weer heb doorgeschoven maar die ik allemaal heb gelezen, is het probleem helemaal niet zo groot. Het wordt groter gemaakt door heel mooie artikelen, inhoudende dat het allemaal fout uitpakt en niet rechtvaardig is. In verreweg de meeste gevallen echter leidt de uitslag helemaal niet tot gefronste wenkbrauwen. Ik heb niet zitten turven, maar ik heb zomaar eens van duizend het getal 871 gepakt. Het zijn vooral de grenzen die tot gefronste wenkbrauwen leiden en die tot het onderbuikgevoel 'hier klopt iets niet' en 'daar moet iets aan gebeuren' leiden.

Hier in de zaal zitten voornamelijk bestuursrechters, maar we hebben ook een ander slag rechters, namelijk de civiele rechters. Laten we niet vergeten dat zij een enorme expertise hebben opgebouwd op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid bij aan de overheid gerelateerde feitelijke handelingen, besluiten en overeenkomsten. Zou je besluiten alle publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen naar één kolom te brengen, dan krijg je te maken met een heel ándere afgrenzingsproblematiek. In Duitsland kent men wat de bevoegdheid betreft een andere, ruimere verdeling dan bij ons, evenals in Frankrijk. Die verdeling blijkt tot heel andere problemen te leiden. Dan zitten we hier over vijfentwintig jaar weer en zeggen we: hoe hebben we dit kunnen doen, wat we hadden was helemaal niet zo slecht, maar we hadden een beetje moeten bijschaven.

7 *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland*, Deventer 1998.

Ik handhaaf mijn stelling, of, zoals ik toen bij de belastingrechter zei: ik persisteer.[8] Bijschaven is prima, het kan hier en daar wat minder, maar ik zie niets in het op dit moment volledig overdragen van de publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen naar de bestuursrechters. Misschien over heel veel jaren, met veel bijscholingscursussen over onder meer bewijsrechtsleertechniek. Op dat punt moet men nog heel veel bij leren om te komen tot hetzelfde niveau van overheidsaansprakelijkheid als wat nu bij de civiele rechter bestaat.

Voorzitter: En dan de toekomstvisie van Marcelle Reneman.

Marcelle Reneman

Ik moet zeggen dat ik over de verdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter niet heel veel heb nagedacht. Het klinkt wel logisch als men zegt dat alles bij de bestuursrechter moet worden ondergebracht, maar ik kan daar weinig over zeggen. Er is, zoals we eerder in de vergadering aan de hand van prejudiciële vragen hebben gezien, een risico dat er vanuit het Unierechtelijk perspectief gaten in de formele rechtskracht worden geschoten. Je moet dan onder ogen zien wat de consequenties zijn: ga je met oplossingen komen, of kies je ervoor de leer van de formele rechtskracht maar helemaal te verlaten. Het zou niet de eerste keer zijn dat zoiets gebeurt. Bij het *ne bis in idem*-leerstuk hebben we hetzelfde gezien. Er kwamen op een heel specifiek Unierechtelijk gebied nieuwe regels en vervolgens is het leerstuk geheel verlaten. Een dergelijke ontwikkeling bij de formele rechtskracht is niet uitgesloten.

Voorzitter: Ja. Het is niet uitgesloten dat het Unierecht de bijl aan de wortel van dit leerstuk zal leggen. Ik zie dat Jaap Polak toch iets wil zeggen!

Jaap Polak

Heel kort! Op dit punt ben ik het niet met Bart Roozendaal eens en wel met onze Belgische vriend uit Gent, wiens promotie ik aldaar heb bijgewoond. We zijn nu jaren bezig met de ontwikkeling van het bestuursrecht en ik vind nog altijd dat het echt een systeemfout is om op te houden bij de geldigheid van een besluit en de vraag of datzelfde besluit tot schadevergoeding moet leiden naar een andere rechter te brengen. Dat is vragen om moeilijkheden.

In ieder geval dit deel van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking hoort bij de bestuursrechter thuis. Er staan ook nog wel andere delen van die rechtsbetrekking op mijn wensenlijstje, maar daarover hebben we het vandaag niet specifiek. Ik vind het echt van de gekke, door te gaan met een systeem van verdeling over soorten rechters. Ik ben het eens met de oplossing die Thomas en Goossens bepleiten. Ben ik er optimistisch over dat het die kant op zal gaan? Nee, ik ben daar zeer pessimistisch over. Ik heb in mijn bijdrage in *25 jaar Awb* geschreven dat de tijdgeest helaas zo is dat overal waar de rechtsbescherming zou kunnen worden vergroot, de regering op

8 Zie sprekers reactie op de interventie ter vergadering van Kortmann als recensent.

de rem staat. De Awb heeft heel veel goeds gebracht, maar juist de laatste tien jaar zie je verschuivingen in de richting van minder rechtsbescherming.

Maar er is altijd door de VAR weer licht aan het einde van de tunnel. De VAR-werkgroep onder leiding van Ben Schueler is aan het werk, juist als ik het goed begrijp op het thema 'vergroting van de rechtsmacht van de bestuursrechter'. Als het rapport van die werkgroep er is, ben ik misschien weer optimistisch.

Jurgen Goossens

Een conclusie en een kleine aanvulling. Ik concludeer dat drie van de vier preadviseurs ongeveer hetzelfde vergezicht hebben, of zich daar wel bij kunnen vinden. Dit wordt hopelijk genotuleerd!

De aanvulling is de volgende. In de ons omringende landen zijn heel veel evoluties gaande. Sinds 2014 kan bijvoorbeeld de Belgische Raad van State schadevergoeding toekennen. Ook in België is de jurisprudentie zich nu aan het ontwikkelen. Daarnaast wijs ik op Frankrijk. Daar heeft men een heel dogmatisch rechtssysteem: *séparation des autorités* zonder uitzonderingen, maar het Unierecht schiet wel degelijk gaten in de strikte rechtsmachtsverdeling. In Frankrijk zien we enerzijds het *recours pour excès de pouvoir*, het objectieve vernietigingsberoep, en anderzijds het subjectieve *recours de plein contentieux*. Er is echter in het voorbije decennium een ontwikkeling gaande waarover enige proefschriften zijn geschreven en waarbij in toenemende mate bij de Franse Conseil d'État tegelijkertijd het vernietigingsberoep en subjectieve rechtsmiddelen als injunctie en schadevergoedingsclaims worden behandeld. Als we naar het Zuiden kijken, zie we dus al heel mooie voorbeelden van de manier waarop we toch wellicht de komende tien jaar verdere stappen kunnen zetten.

Voorzitter: Dank voor deze hoopvolle afsluiting, nadat het 'begin van het einde' was aangekondigd!

Jan Reinier van Angeren

Met heel veel plezier heb ik de preadviezen gelezen en met evenveel plezier heb ik zojuist de discussie naar aanleiding van de vraag van Jacobine van den Brink gevolgd. De toekomst van de formele rechtskracht is natuurlijk voor bestuursrechtjuristen heerlijke kost, want enerzijds is dit onderwerp erg formeel, maar anderzijds laat het de worsteling zien waarmee we als bestuursrechtjuristen zitten: formeel klopt het, maar is het niet té formeel? Thomas Sanders laat die worsteling heel duidelijk blijken. Eigenlijk is hij het niet eens met zijn eigen opvattingen maar een beter systeem is er volgens hem niet. Hij is, blijkens bladzijde 126 van zijn preadvies, op zoek naar de paracetamol die de hoofdpijn kan wegnemen die zijn oplossing opwekt. Laat ik nu proberen van mijn kant een oplossing aan te reiken, waarbij ik benieuwd ben wat hij ervan vindt.

Sanders schrijft op bladzijde 74 van zijn preadvies dat na zes weken iedereen ervan moet uitgaan dat het besluit geldig en rechtmatig is. Volgens mij ontbreekt hier een belangrijke nuancering: deze fictie geldt niet voor eeuwig. Een besluit kan bijvoorbeeld spontaan worden vernietigd, of, nog belangrijker, worden ingetrokken. Dat bedoelt Sanders misschien ook wel als hij op bladzijde 82 schrijft: 'Het

leerstuk houdt in dat een bestuursrechtelijk besluit onaantastbaar wordt als er geen *normale* rechtsmiddelen meer tegen open staan.' [cursivering JRvA] In dit verband heeft Sanders bezwaar tegen de term *onherroepelijk*, namelijk omdat een besluit altijd kan worden herroepen.

Na lezing van de preadviezen zijn er voor mij zes typen gevallen waarbij is aangenomen dat de onaantastbaarheid van een besluit niet langer kan worden tegengeworpen.

1. De wet kan in bepaalde gevallen tot intrekking verplichten. Polak beschrijft dit op bladzijde 38 van zijn preadvies.
2. Een voldoende maatschappelijk belang kan tot intrekking verplichten. Polak beschrijft de uitspraak van de Afdeling over de grafrechten te Bodegraven. Daar werd overigens die maatschappelijke verplichting niet aangenomen, maar zij kan onder omstandigheden wel degelijk bestaan.
3. Aan de orde is zojuist al geweest dat het Europees recht kan dwingen tot intrekking (1) als aan de vier voorwaarden van het arrest *Kühne en Heiz* wordt voldaan en (2) op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel ingevolge het *Accor*-arrest.
4. Een besluit kan kennelijk iedere grondslag missen dan wel evident onrechtmatig zijn, zodat het evident onredelijk is er niet op terug te komen. In de eerder hier genoemde verwijzingsuitspraak heeft de Afdeling aangenomen dat dit geval zich kan voordoen. We kunnen er nog over discussiëren onder welke omstandigheden, maar de Afdeling zegt zelf dat het evidentiecriterium er is. De voorbeelden die Polak in zijn preadvies noemt, zijn overigens niet de voorbeelden waarop de Afdeling kennelijk heeft gedoeld. Zij zegt immers zelf in de verwijzingsuitspraak dat er nog nooit aan het evidentiecriterium is voldaan.
5. De aard van de verplichting kan tot intrekking leiden. Polak beschrijft op bladzijde 43 een uitspraak in deze zin. Het moet dan gaan om een verplichting die een ingrijpende en onaanvaardbare inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer. In casu was aan een ambtenaar de verplichting opgelegd om sportlessen te volgen en te stoppen met roken.
6. Van de bevoegdheid in kwestie kan in redelijkheid geen gebruik meer worden gemaakt.

Zouden we nu niet naar een model toe kunnen waarin de bestuursrechter, in het bijzonder in het kader van ketenbesluitvorming, aanneemt dat een vervolgbesluit niet in stand kan blijven als het besluit waarop het voortbouwt door het bestuursorgaan had moeten worden ingetrokken wegens een van de zes hiervoor geschetste omstandigheden? Het systeem blijft dan volgens mij bestaan, aangezien voor het bestuursorgaan ook los van een rechtsmiddel de verplichting tot intrekking had bestaan terwijl het bestuursorgaan ten onrechte aan die verplichting niet heeft voldaan. Ik herinner aan de metafoor van Sanders over de rijdende trein die in een ravijn stort. De machinist kan natuurlijk ook zelf aan de noodrem trekken en in sommige gevallen *moet* hij dat doen. In het bestuursrecht spreken we dan van een verplichting tot intrekking. Zou de rechter in dergelijke gevallen niet kunnen zeggen: ik trek nu zelf aan de noodrem omdat de machinist dat had moeten doen, maar het ten onrechte heeft nagelaten? Ik kom tot de volgende stelling: indien het bestuursorgaan gehouden is een besluit in te trekken maar dat niet doet, houdt een vervolgbesluit geen stand. Mijn vraag aan Sanders luidt: kan deze stelling hem uit zijn worsteling verlossen?

Thomas Sanders

Nee, dit is geen verlossing uit mijn worsteling, want onderaan de streep komen een verzoek om intrekking van een besluit, een verzoek om herziening en een herhaalde aanvraag op hetzelfde neer. Men vraagt namelijk een besluit te wijzigen omdat het inhoudelijk niet klopt. Eigenlijk zou je daar alleen in moeten meegaan als er andere omstandigheden zijn ten opzichte van het moment waarop het eerste besluit werd genomen. Daarin voorziet ons systeem al, zeker nu de gewijzigde rechtspraak ten aanzien van artikel 4:6 Awb er ligt. Als het bestuursorgaan zelf tot een nieuwe inhoudelijke beoordeling komt, is volledige toetsing mogelijk.

Stel, een last onder dwangsom wordt onaantastbaar en vervolgens blijkt bij de invordering dat betrokkene nooit eigenaar van het bewuste huisje is geweest. We signaleren dan evidente onredelijkheid. Als je nu de formele rechtskracht toepast zoals die tot zes maanden geleden bestond, moet de conclusie zijn dat, nu het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom rechtens vaststaat, niet kan worden geoordeeld dat invordering achterwege moet blijven. Verzoek je in die situatie het bestuursorgaan de invorderingsbeschikking in te trekken, dan kom je volgens mij op exact hetzelfde uit, alleen met een extra stap ertussen.

Jan Reinier van Angeren

Nee, je komt niet helemaal op hetzelfde uit. Je voert aan dat het bestuursorgaan tot intrekking had moeten overgaan maar dat niet heeft gedaan, zodat het vervolgbesluit rechtens niet kan worden genomen. In het preadvies wordt de hoop uitgesproken dat een bestuursorgaan een evident onrechtmatig besluit niet zelf gaat handhaven. In het verlengde daarvan luidt bij de door mij veronderstelde omstandigheden het verweer dat het bestuursorgaan zelf tot intrekking had moeten overgaan, maar dat niet heeft gedaan – op zich ligt dat niet ter toetsing voor –, hetgeen inhoudt dat het vervolgbesluit niet had mogen worden genomen. Ik noem nog eens het voorbeeld van gevallen waarin de wet er zelf in voorziet dat een bestuursorgaan een besluit moet intrekken; zie onder meer artikel 2.33 Wabo. De rechtszekerheid speelt dan geen rol, want het bestuursorgaan kon in de wet zien dat het het besluit had moeten intrekken. Nu het dat niet heeft gedaan, kan het het vervolgbesluit niet nemen.

Op deze manier houd je het systeem goed en heb je geen stap erbij.

Thomas Sanders

Deze zelfde vraag heb ik mij gesteld bij de uitspraak over de eigendom van een vakantiehuisje. Je kunt in dat verband een discussie over rechtsfeiten voeren. In de kern komt het er volgens mij op neer dat men eigenlijk maar één keer een onderwerp ter discussie moet kunnen stellen. Als je er eenmaal een uitspraak over hebt, als er een oordeel over is geveld, is het niet de bedoeling via een herhaalde aanvraag of een verzoek tot intrekking exact dezelfde discussie te gaan voeren. Vergelijkbaar is de figuur van het gezag van gewijsde. Volgens mij komt de door Van Angeren voorgestelde oplossing erop neer dat exact dezelfde discussie wordt gevoerd, maar dan over de band van de redenering ‘u had het besluit moeten intrekken, want het is

onrechtmatig'. Hoe je het ook wendt of keert, onderaan de streep kom je terug bij de rechtmatigheid van het oorspronkelijke besluit. De redenering van Van Angeren klinkt beter, maar...

Jan Reinier van Angeren

Dat is in ieder geval al winst!

Ik heb mij laten inspireren door de uitspraak van de Hoge Raad in *ARS/Staat*[9] die op bladzijde 83 van het preadvies wordt genoemd. De Raad gaat uit van de rechtmatigheidsfictie en voegt daaraan toe: 'terwijl de vraag of er [...] reden is de beschikking in te trekken, te wijzigen of te herzien, slechts ter beoordeling staat aan de bestuursrechter.' De beantwoording van die vraag is trouwens in eerste instantie aan het bestuursorgaan, maar in ieder geval zou hieruit de lijn kunnen worden gedestilleerd dat er geen fictie bestaat, inhoudende dat alles altijd maar eeuwig onaantastbaar is. Er kunnen gevallen zijn – welke dat zijn, staat nog ter discussie – waarin een bestuursorgaan gehouden is een besluit in te trekken. Daartoe hoeft geen verzoek te worden gedaan. In het vervolg van de ketenbesluitvorming kan worden gezegd: het had gemoeten, het is niet gebeurd, maar daarom kunt u het vervolgbesluit niet nemen.

Sanders: Een wettelijke grond tot intrekking heeft op zich geen retroactieve werking.

Van Angeren: Dat is waar.

Sanders: Neem als voorbeeld de last onder dwangsom, opgelegd aan de mevrouw die helemaal geen eigenaar van het vakantiehuisje was. Ze heeft wél al die dwangsommen verbeurd.

Van Angeren: Ze heeft ze verbeurd, maar ze zijn nog niet ingevorderd. Er is nog geen geld overgemaakt.

Sanders: Als er wordt gezegd dat ik het besluit moet intrekken, zal ik dat doen. Dat is een situatie à la artikel 5:34 Awb. Maar dan heb je nog steeds die zwervende dwangsommen, die formeel nog bestaan.

Van Angeren: Ja, en dan is de redenering: die kunt u niet invorderen, want nu u het besluit dat u had moeten intrekken inmiddels ook hébt ingetrokken, bestaat er geen recht op invordering.

Sanders: Volgens mij komt het op exact hetzelfde neer. Er ontstaan op zich dezelfde bezwaren, maar het klinkt in mijn oren wel beter.

9 HR 17 december 2010, *AB* 2011/25, m.nt. G.A. van der Veen, *NJ* 2011/89, m.nt. M.R. Mok.

Sandra van Heukelom

Tegen het einde van de vergadering komen we in een fase waarin we naar oplossingen gaan zoeken. Ik leg daarom aan Thomas Sanders de volgende vraag voor. Als we nu eens gezamenlijk aan een iets andere knop willen gaan draaien dan de knop van de formele rechtskracht of de knop van het evidentieprincipe, ligt het dan niet in de lijn ons af te vragen wat er aan rechtvaardigheid extra nodig is om de formele rechtskracht te kunnen blijven omarmen? Wat moeten we aan de andere kant van het spectrum doen om dit leerstuk te behouden? Thomas beschrijft in zijn preadvies een prachtige reis langs twijfels, die eindigt in het voorkamp, wat als zodanig al een voorspellende waarde voor de uitkomst van de discussie van vandaag heeft. Hij stelt de rechtvaardigheid tegenover de formele rechtskracht. Het is de vraag of we niet wat meer synergie kunnen aanbrengen. Kunnen we, met andere woorden, niet aan die andere knop gaan draaien?

Als startpunt neem ik de vraag: wie profiteert er nu uiteindelijk optimaal van de formele rechtskracht? Dat is het bestuursorgaan, dat als het ware na zes weken wordt beloond met een besluit dat geldt en rechtmatig wordt geacht, terwijl bovendien het risico om schade te moeten vergoeden grotendeels is afgewend. Wat moet het bestuursorgaan op dit moment doen om in die profiterende positie te komen verkeren? Het moet een rechtsmiddelenclausule onder het besluit zetten, waarin als het ware degene om wie het gaat wordt voorgelicht over de mogelijkheid om rechtsmiddelen aan te wenden. Door te knippen en te plakken neemt men dan iets op als: als u bezwaar wilt maken kunt u uw brief naar het volgende postbusnummer sturen. Daarbij wordt verwezen naar de eisen van artikel 6:5 Awb.

Is dit nu niet een te beperkte inspanning om beloond te worden met formele rechtskracht? Zouden we niet veel meer maatwerk in de rechtsmiddelenclausule moeten aanbrengen om ervoor te zorgen dat de burger snapt wat er in zijn situatie uiteindelijk gebeurt? Zouden we niet toe moeten naar een rechtsmiddelenclausule 2.0: maatwerk in de rechtsmiddelenvoorlichting? Dat maatwerk is dan natuurlijk afhankelijk van de procespartij en de consequenties van het besluit, en het houdt in ieder geval in wat het besluit nu precies behelst, niet voor *een* burger, maar voor *de* burger om wie het gaat. Ik denk aan het aangeven van de onderdelen van het besluit, met vermelding van de consequenties van niet opkomen tegen bepaalde besluitonderdelen voor de geketende besluitvorming die gaat volgen. Ik pleit, kortom, voor veel meer maatwerk in de manier waarop de burger wordt aangesproken. Dat ik zo vaak het woord *maatwerk* gebruik, is om de aanwezigen te stimuleren het volgend jaar ook naar de jaarvergadering te komen!

Op die manier hebben we meteen te maken met een burger die weet wat hij moet doen. Het rapport *Weten is nog geen doen*, waarover we hier al eerder hebben gesproken, moet iedereen gaan lezen. In dit rapport staat dat de burger handelingsperspectief geboden moet krijgen om te weten in welke situatie hij verkeert.

Ik kom tot een samenvatting van mijn vraag aan Thomas Sanders. Als het bestuursorgaan zo van die formele rechtskracht mag profiteren, moet het dan niet iets meer doen om die beloning uiteindelijk gepresenteerd te krijgen?

Thomas Sanders

Ik vind dit een hartstikke mooi idee. Een heel groot gedeelte van het onrechtgevoel dat je bij de ketenbesluitvorming hebt, komt voort uit het besef dat de burger helemaal geen reële kans had om te overzien wat de gevolgen van het eerste besluit waren. Door de burger helemaal aan het begin voor te houden dat hij uiteindelijk een bepaald bedrag moet betalen als hij niets doet, bewerkstelligt men, denk ik, dat bij de uitvoering de afweging heel anders uitvalt. Ik zoek weer de analogie met een trein. Stel dat je in een trein zit en er komt een conducteur op je af die zegt: deze trein gaat naar het ravijn, maar als u aan die handgreep trekt, komt het helemaal goed. Als iemand dan toch nog blijft zitten, is de mate van sympathie een stuk minder groot.

Eerder vandaag hebben we in de discussie over de demarcatie van *evident* gezien dat nog steeds veel burgers in precies hetzelfde schuitje zitten, maar nét niet aan het evidentiecriterium voldoen. Met betere voorlichting helemaal vooraan kan men veel rechtvaardiger uitkomsten bewerkstelligen dan met het noodluikje helemaal achteraan.

Van Heukelom: Nu wend ik mij tot Jaap Polak. Hoe gaan we dat dan doen? Stel dat we vinden dat het qua voorlichting niet goed is gegaan en dat er sprake is van onzorgvuldigheid bij de besluitvorming omdat de rechtsmiddelenclausule integraal onderdeel uitmaakt van het besluit. Hoe zou een rechter daarmee dan moeten omgaan?

Jaap Polak

Het is een aantrekkelijk idee, meer aan voorlichting in de door Sandra van Heukelom aangegeven zin te doen. Ook uit het oogpunt van de effectiviteit van het systeem bezien is het beter de problemen aan de voorkant op te lossen.

Van Heukelom: Het is ook zo responsief!

Polak: Jammer dat je het zegt; ik had het hier opgeschreven! Het bestuur zelf kan op deze manier responsiever worden. Als de bepaling in de Awb over de rechtsmiddelenclausule met meer eisen aan de voorlichting wordt uitgebreid, zal de rechter daar meer consequenties aan verbinden.

Voorzitter: We dreigen hier zomaar een oplossing te vinden!

Polak: Ik zeg erbij: reken je niet rijk. Het is een verbetering aan de voorkant, maar je houdt de problematiek aan de achterkant bij de rechter. Het noodluikje voor de kafkaiaanse situaties, waar Thomas Sanders in het geheel niet aan wil en ik wel, zullen we echt nodig hebben.

Kortmann: Uit het rapport *Weten is nog geen doen* weten we ook dat er mensen zijn die om allerlei redenen of wegens moeilijkheden in hun leven gewoon zes weken lang een envelop niet open maken. Ook met dit feit wil ik even dit feestje van eensgezindheid over oplossingen bederven!

Bart Roozendaal

Door de vraag 'wie profiteert van de formele rechtskracht?' ben ik enigszins getriggerd. De vraag is makkelijk beantwoord met: de overheid. Maar is de vraag wel juist? Ik heb niet begrepen dat de Hoge Raad ergens de bescherming van de schatkist als redenering voor de formele rechtskracht heeft gehanteerd. De vraag stellen wie ervan profiteert, getuigt naar mijn mening van een beetje een negatieve benadering. Er staat geen overheid over de formele rechtskracht te juichen. Zo werkt het niet.

Van Heukelom: Wij zijn allebei wel erg gediend van een verweer dat neerkomt op de formele rechtskracht.

Roozendaal: Ik ontken ook niet dat ik de rechtspraak ten volle toepas. Het zou een beroepsfout zijn als ik die niet zou hanteren, maar er is in mijn ogen geen sprake van dat iemand profiteur is.

Overigens ben ik er sterk voor de burger verdergaand te informeren. Toevallig heb ik gisteren over een betere rechtsmiddelenclausule zitten praten. Over wat daarin zou moeten staan, had ik een heel vreemde discussie. De suggestie van Sandra van Heukelom vind ik heel mooi.

Sanders: Maar onderaan de streep is natuurlijk wel de overheid degene die voordeel heeft.

Roozendaal: De verzekeraar heeft ook nog een rol hierin. Ook verzekeraars hebben belang bij duidelijkheid voor het reserveren van hun middelen. De afschaffing van de formele rechtskracht zou wellicht voor de verzekeraars een heel groot probleem opleveren.

Polak: Er zijn ook heel veel vergunninghouders die van de formele rechtskracht profiteren. Dat dreigt even te worden vergeten. Als iemand zijn huis wil verbouwen, is het heel prettig als zijn vergunninkje formele rechtskracht krijgt.

Roel Becker

Ik ben masterstudent aan de Universiteit Leiden. De formele rechtskracht wordt vaak uitgelegd aan de hand van de proceseconomie, wat ik me goed kan voorstellen. Ik kan me echter ook voorstellen dat het leerstuk tot onnodig procederen leidt. Vaak wordt bijvoorbeeld een last onder dwangsom opgelegd terwijl daarna geen overtreding meer plaatsvindt, met als gevolg dat de dwangsom verstrijkt. De formele rechtskracht echter vergt dat je al voordat überhaupt de vraag naar de opeisbaarheid van de dwangsom actueel wordt – met andere woorden: voordat je er last van krijgt – in bezwaar en in beroep moet gaan. Herkennen de preadviseurs dit en zien zij remedies?

Thomas Sanders

De procedeerdwang is denk ik voor ons allen heel herkenbaar. Je moet *voor het geval dat* gaan procederen. Een last onder dwangsom vormt hier niet eens het beste voorbeeld van. Ik denk, in het verlengde van het betoog van Willemien den Ouden aan het begin van de vergadering, eerder aan subsidieverplichtingen die pas over bijvoorbeeld zes jaar een probleem gaan vormen. Een last onder dwangsom is echt een belastend besluit, waarbij je veel eerder van de burger kunt verwachten dat hij te kennen geeft het er niet mee eens te zijn dan bij een begunstigend besluit.

Tijn Kortmann

Ik vind de last onder dwangsom juist een heel goed voorbeeld. In de praktijk komt het heel veel voor dat mensen het eigenlijk met een opgelegde last niet eens zijn, maar procederen veel meer gedoe vinden dan maar gewoon aan de last voldoen. Als later, nadat ze het besluit hebben laten lopen, iets blijkt tegen te vallen of de termijn niet wordt gehaald, willen ze dan vaak opwerpen dat de last niet goed was, maar dan mag het niet meer. Wil je dat voorkomen met goede rechtsmiddelenverwijzingen, dan zou het weleens kunnen gebeuren dat veel overtreders die eigenlijk willen voldoen zekerheidshalve gaan procederen, om die fuik te vermijden.

Thomas Sanders

Anderzijds wordt in negen van de tien gevallen van last onder dwangsom gevraagd dat iemand iets aanpast aan wat hij aan het doen is. De last vergt linksom of rechtsom actie. Ofwel je bent het oneens en gaat procederen, ofwel je bent het ermee eens en je gaat tot uitvoering over. De categorie gevallen 'ik doe het toch maar' zie ik heel weinig.

Als iemand bij uitvoering van de last de termijn dreigt te overschrijden, zijn er ándere oplossingen. De welwillende overtreder die de last werkelijk aan het uitvoeren is, krijgt heel gauw een verlenging. Het zijn de gevallen waarin iemand tot het laatst heeft gewacht, dan pas gaat uitvoeren en dán de discussie start, waarin mensen tegen de rechtspraak aan lopen die inhoudt dat men eerder in actie moet komen. Ik vind dat op zich helemaal niet onredelijk.

Paulien Willemsen

Ik neem een heel simpel voorbeeld in Amsterdam. Je mag 60 dagen verhuren, je hebt in werkelijkheid 80 dagen verhuurd en je krijgt een last onder dwangsom opgelegd. Dan denk je: ik ga niet meer verhuren, ik houd me er wel aan en ik onderneem voor de rest niets. Ik ben het op dit punt helemaal met Tijn eens. Als op een dag blijkt dat je iets anders fout doet, kun je alsnog de dwangsom verbeuren. Veel mensen denken: ik houd me aan de last onder dwangsom en dan gebeurt me voor de rest niets.

Sanders: Als je je aan de last onder dwangsom houdt, gebeurt er als het goed is inderdaad voor de rest niets.

Willemsen: Dat ben ik helemaal met u eens, maar we gaan te veel uit van burgers die helemaal hun situatie overzien.

De rechtsmiddelenclausule is ook weleens besproken in het kader van de *Brummen*-jurisprudentie. Men heeft uitgemaakt dat rechters die clausule niet onder hun uitspraak hoeven te zetten. Als ze dat wél zouden doen, zou het volgens mij helemaal niets uitmaken, omdat mensen het nog steeds niet begrijpen. Toch ben ik een voorstander van de *Brummen*-jurisprudentie. Het voorstel 'verbeter de rechtsmiddelenclausule' klinkt heel sympathiek, maar ik denk dat het een soort lapje is.

Sanders: Ik denk dat we het er het volgend jaar uitgebreid over gaan hebben!

Voorzitter: Dames en heren.

Ik begon vandaag met een opmerking over het worstelen met de formele rechtskracht dat ik zelf de afgelopen jaren heb meegemaakt. Vandaag heb ik de deelnemers aan deze gedachtewisseling zien en horen worstelen. Verscheidene sprekers hebben voor een oplossingsrichting naar het werk van Leo Damen verwezen, in het bijzonder naar de verschillende gestrengheden in het bestuursrecht die hij heeft bepleit. Het lijkt mij goed deze discussie af te sluiten met de laatste, naar ik hoop en verwacht wijze opmerkingen van Leo, voordat we overgaan naar de stellingen.

Leo Damen

Willemien had mij een mail gestuurd: er komt een vergadering met preadviezen over de formele rechtskracht, en jouw werk wordt genoemd. Als ik genoemd word, ga ik altijd meteen kijken, want dat kan je niet vaak genoeg overkomen! Ik bleek zowel door Jaap Polak als door Thomas Sanders te worden genoemd omdat ik een aantal keren over de *twee gestrengheden* heb geschreven. Terugredenerend om na te gaan of ik dit idee weleens had uitgewerkt, merkte ik dat ik dat eigenlijk nog niet zozeer heb gedaan. Toen besloot ik hier enthousiast naar Jaap en Thomas te gaan roepen: goed idee, daar moeten we mee verder gaan!

Aan de andere kant had ik vanochtend toen ik hier naartoe kwam ook al een beetje lood in de schoenen. Ik dacht: dat wordt weer een hele dag juridische mandarijnenwetenschap over alle finesses van de formele rechtskracht! Als ik zeg dat er in Nederland vijftig mensen verstand van hebben, beledig ik ongetwijfeld mensen die hier toch nog in groteren getale dan vijftig zitten. Ik houd het op honderd, oftewel iedereen die hier vandaag aanwezig is, maar ook niet veel meer dan dat.

Toen ik echter eerder in deze vergadering die prachtige prijs kreeg, kon de dag niet meer stuk, en ik wil nu dan ook iets over de twee gestrengheden zeggen. In dit verband heb ik inmiddels allerlei prachtige trefwoorden opgedaan: *contextueel* is, naast *evident*, toch wel het woord van de dag, en in de jaarvergadering van het volgend jaar zullen we het over *maatwerk* hebben. Ik ga nu niet meer pleiten voor een meer realistisch burgerbeeld, en ik ga ook niet in op het dienstbaarheidsbeginsel. Belangrijk is, hoe we met de twee gestrengheden verder kunnen komen.

De vraag naar de afbakening is hier opgeworpen. Nico Verheij heeft in zijn Maastrichtse oratie al gezegd dat financiële beschikkingen eenvoudig af te bakenen zijn via artikel 4:12, eerste lid, Awb, waarin ze eigenlijk al omschreven staan. Inmiddels weten we dat het daar niet altijd per se om tweepartijenverhoudingen gaat, maar al

die miljoenen beschikkingen over belastingen en toeslagen betreffen toch allemaal heel mooie tweepartijenrelaties.

Wat zouden we nu in die relaties kunnen doen om een aantal problemen op te lossen? In welke opzichten zouden we minder streng kunnen zijn? Het antwoord is voor een deel in handen van de wetgever. Als we de termijn op zes maanden of op 26 weken zouden zetten, blijven aan het eind nog randgevallen over, maar zal voor de grote bulk van de gevallen een oplossing zijn gevonden. Mensen die ziek waren, met vakantie waren of gedetineerd waren, zullen dan allemaal nog makkelijk op tijd zijn. Vroeger heb ik weleens gehoord dat men er bij de Afdeling over had gediscussieerd wat er zou gebeuren als alle beroepschriften die één dag te laat waren zouden worden gepardonneerd. Dat zou een enorm verschil uitmaken. Natuurlijk gaat, als je die verruiming toepast, iedereen daarvan dan weer gebruikmaken. Overigens ben ik wat een wettelijke verruiming van de termijn betreft evenmin als Jaap Polak optimistisch over de bereidheid van 'Den Haag' om de rechtsbescherming uit te breiden. Als 'lokaas' zouden we kunnen zeggen: zes maanden, maar dan geen pro-formaberoep meer. Dat laatste als kleine concessie.

Oplossingen hoeven trouwens niet alleen van de wetgever te komen. Ik heb gezien dat hier ook veel bestuursrechters aanwezig zijn. Je kunt als rechter veel meer aan contextualisering doen, bijvoorbeeld door artikel 6:11 Awb veel meer contextueel toe te passen. Laten we als er maar twee partijen zijn niet zo moeilijk doen over gevalletjes waarin iemand wel een excuus heeft maar volgens de jurisprudentie net niet het goede excuus. Je ziet ook gebeuren dat een bestuursorgaan in de procedure soepel is geweest en zich net even een dag te veel heeft gepermitteerd, met als resultaat dat de betrokken ambtenaar aan zijn baas moet gaan uitleggen waarom het bestuursorgaan een verloren zaak heeft, proceskosten moet betalen en griffierechten moet vergoeden nadat de rechter ambtshalve heeft ingegrepen. Waarom moet een dag overschrijding nu per se *van openbare orde* zijn? Een ander voorbeeld vind ik bij de Brummen-leer, die voor bijna geen enkele niet-jurist te begrijpen en ook voor veel juristen niet goed toepasbaar is.

Er zijn allerlei mogelijkheden. Tweepartijengeschillen zijn best aardig af te bakenen. Je kunt op allerlei manieren rekening houden met het feit dat de consequenties zich beperken tot het bestuursorgaan en één burger. Recent is, met een noot van Rolf Ortlep, een uitspraak over schadevergoedingen gepubliceerd,[10] waarin de Afdeling in aanmerking neemt dat het om een tweepartijengeschil over planschadevergoeding gaat en dat het bestuursorgaan daarom niet telkens met een nieuwe weigeringsgrond had kunnen komen. De weigeringsgronden had men moeten concentreren. Zo kan het ook. Ook de artikel 4:6-jurisprudentie is een ontwikkeling in de goede richting, en daarnaast zou men het vertrouwensbeginsel contextueel kunnen toepassen; in tweepartijenverhoudingen zou men veel eerder een beroep daarop kunnen honoreren. Ik ben erg benieuwd wat de Afdeling binnenkort op dit punt gaat beslissen.

Zo zou ik nog wel even kunnen doorgaan, maar ik moet er misschien maar eens een artikel over schrijven. Ik eindig met een opmerking over de één-loket-gedachte,

10 ECLI:NL:RVS:2018:3901, *AB* 2019/234, m.nt. R. Ortlep.

die Jaap Polak even heeft aangeroerd. Waarom kunnen we niet veel problemen vermijden door te zeggen dat de burger zijn punt van meningsverschil kan deponeren bij één loket van de rechtbank in zijn omgeving? Bij dat loket zou dan vervolgens kunnen worden nagegaan in welke kolom het meningsverschil het beste kan worden behandeld: terugsturen naar de ombudsman, verwijzen naar de bezwaarprocedure enzovoort. Kortom, een dienende rechtspraak die de burger helpt zijn recht te halen. Jaap heeft wat praktische bezwaren op het punt van verschillende griffierechten en al dan niet verplichte rechtsbijstand genoemd, maar aangezien deze bezwaren niet principieel zijn, zal hij niet volhouden dat ze ernstig van aard zijn. Er kan een oplossing worden gevonden.

Kortom: uitgaan van een realistisch burgerbeeld, bestuursprocesrecht met twee gestrengheden invoeren zonder te wachten op de wetgever en één loket bij de rechtbanken. Ik neem aan dat Thomas hierop heel enthousiast gaat reageren.

Thomas Sanders

Ja, ik word hier best enthousiast van. Waar ik moeite met inconsistentie heb, is namelijk ook een omgekeerde redenering mogelijk. De 4:6-jurisprudentie komt in feite neer op: als het bestuursorgaan tóch inhoudelijk beslist, gaan we het toetsen ook! Die redenering zou je natuurlijk ook kunnen toepassen in een geval waarin een dag te laat bezwaar is gemaakt maar waarin het bestuursorgaan toch inhoudelijk heeft willen beslissen. Het is een beetje gek, aan de ene kant termijnen strikt te handhaven en aan de andere kant hetzelfde resultaat te bereiken als de burger zijn vraag nóg een keer stelt en het bestuursorgaan alsnog inhoudelijk heeft beslist. Een efficiëntere, soepelere aanpak lijkt mij in een tweepartijengeschil wel degelijk mogelijk

Ik had Leo Damen nog gemaild met de vraag waar hij zijn voorstel heeft uitgewerkt, en ook toen al heeft hij te kennen gegeven dat een uitwerking er eigenlijk nog niet is. Er rijzen heel veel praktische vragen. Is het überhaupt praktisch realiseerbaar om met twee termijnen te werken? Bij veel tweepartijengeschillen zit ergens stiekem nog een derde partij verstopt. Hoe haal je die er dan uit en hoe zorg je dat die niet wordt benadeeld?

Ik ben enthousiast, maar vooral over het idee om de praktische werkbaarheid eens diepgravend te onderzoeken. Als deze oplossing praktisch uitvoerbaar is, lijkt zij mij interessanter dan spelen met de regel ‘klaar is klaar’.

Damen: Ja, dat luikje wil je niet, hè?

Marcelle Reneman

Ik vind het een goed voorbeeld dat men na een inhoudelijke toetsing in een eerder stadium ook een inhoudelijke toetsing in een volgend stadium moet laten volgen en niet een overschrijding van een dag als van openbare orde moet bestempelen. Ik ben het met het betoog van Leo Damen eens.

Bart Roozendaal

Een enorm vergezicht waarmee iedereen blij naar huis gaat? Neen! Mijn overweging bij het betoog van Leo Damen is: dan ben je afhankelijk van het bestuursorgaan dat een goede dag heeft. Je kunt te maken hebben met mensen die strikt vasthouden aan de 4:6-gedachte en die zeggen 'geen zin in, scheert u weg!', of met mensen die anders in de wedstrijd zitten. Leidt dat niet tot een groot verschil als je ziet hoeveel decentrale overheden we in Nederland hebben? Ik heb op dit punt wat twijfels bij de eerlijkheid en de redelijkheid, maar dat is eigenlijk mijn enige, niet zo diepgravende gedachte.

Jaap Polak

Leo Damen komt met een op zich heel goede en sympathieke gedachte. Overigens zijn we natuurlijk met de Awb begonnen vanuit de lijn dat toepassing in beginsel in het gehele bestuursrecht dezelfde zou moeten zijn. Dit idee breekt daarmee eigenlijk vrij radicaal. Je kunt van contextuele toepassing spreken, waarvan ik op zich altijd een voorstander ben, maar ik denk dat hier in ieder geval ook de wetgever in beeld moet komen. De rechter kan wel iets doen en wij rechters doen dat ook hier en daar wel, ook al gaat dat voor Leo ongetwijfeld niet ver genoeg. Een radicalere breuk zie ik meer op de weg van de wetgever liggen.

Leo heeft ook even over het vertrouwensbeginsel gesproken. Verleden jaar gingen de fraaie preadviezen daarover. Er ligt een mooie conclusie van Wattel, in verband waarmee mensen zich hier al hebben afgevraagd wat de Afdeling nu gaat doen. Ik mag namens de voorzitter van de Afdeling, hier aanwezig, zeggen dat wij woensdag aanstaande uitspraak zullen doen.

Damen: Maar we weten nog niet of die contextueel zal zijn!

Stemmingen over stellingen van de vier preadviseurs

Stelling 1 van Polak

De term formele rechtskracht moet wel worden gebruikt bij overheidsaansprakelijkheid, maar niet bij (keten)besluitvorming binnen het bestuursrecht.

Kortmann: Alleen de *term* is de bedoeling?

Voorzitter: Het gaat toch alleen om de term, Jaap?

Polak: Dat staat er, ja.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 69% vóór de stelling uitgesproken en 21% daartegen, terwijl 6% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 96 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Wat is jouw reactie op deze uitslag, Jaap?

Polak: Nou, het is bijna genoeg voor een grondwetswijziging!

Stelling 2 van Polak

Als de bestuursrechter gaat over de hele publiekrechtelijke rechtsbetrekking, kan de problematiek van formele rechtskracht beter worden opgelost.

Polak: Bij het uitslagdiagram staat achter 'Eens': *alles wordt dan beter.* Die woorden zijn niet van mij. Dat is gemeen! Ik heb gezegd: dan gaat het beter.

Voorzitter: Ik geef meteen toe dat hier enige creativiteit van Kars de Graaf, die vandaag niet aanwezig kon zijn, zichtbaar wordt. Als ik het mij goed herinner, zijn de slides wel vooraf voorgelegd aan de preadviseurs.

Polak: Nee, nee, deze slide heeft beslist geen formele rechtskracht gekregen!

Voorzitter: Ik zie inmiddels de stemmingspercentages verschijnen. Anders dan in de discussie zojuist leek, zijn er heel veel voorstanders bij deze stelling.

Polak: Er zijn toch ook vrijwel alleen maar bestuursrechters in de zaal!

Voorzitter: Ah, hier wordt de samenstelling van de zaal bediscussieerd!

Polak: Nee, dit is een duidelijk signaal naar 'Den Haag'.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 64% vóór de stelling uitgesproken en 26% daartegen, terwijl 6% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 96 stemmen uitgebracht.

Stelling 1 van Sanders

Er moet wel een uitzondering komen op de leer van de formele rechtskracht voor evident onrechtmatige besluiten bij ketenbesluitvorming.

Sanders: De stelling is misschien een beetje contra-intuïtief, gezien de andere lijn die inmiddels zichtbaar is in de jurisprudentie. Toen ik de stelling formuleerde, was deze lijn er nog niet. Als je betoogt dat er iets moet veranderen, past daarbij een positieve stelling beter, heb ik gedacht. Het is toch leuk voor de Afdeling om eens een positieve boodschap te krijgen.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 86% vóór de stelling uitgesproken en 6% daartegen, terwijl 4% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 96 stemmen uitgebracht.

Stelling 2 van Sanders

De bestuursrechter moet de burger geen procedurele regels tegenwerpen als het besluit waar de burger mee wordt geconfronteerd evident onrechtmatig is.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 62% vóór de stelling uitgesproken en 30% daartegen, terwijl 2% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 94 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Gezien de vorige uitslag is deze uitslag misschien geen verrassing.

Sanders: Ik ben blij dat heel veel mensen consistent zijn. Volgens mij is de kern dat je zegt: de formele rechtskracht als procedurele regel kan niet aan de weg staan aan het voorkomen van een evident onrechtmatige uitkomst. Ik vind eigenlijk dat je dit dan ook breder moet trekken: als een besluit evident onrechtmatig is en iemand is één dag te laat met zijn beroepschrift, waarom zou dat dan wél moeten worden tegengeworpen? Er is een groot verschil tussen de mensen die zeggen 'evident onrechtmatig, oké' en de mensen die vinden dat sommige procedurele regels wél moeten worden tegengeworpen.

Polak: Naar mijn mening is er verschil tussen procedurele termijnregels enerzijds en het door de rechter verzonnen leerstuk van de formele rechtskracht anderzijds. Dat laatste kan de rechter ook weer wijzigen.

Stelling 1 van Roozendaal

Bij een aantal rechtbanken dient naar Duits voorbeeld een Kamer Overheidsaansprakelijkheid te worden ingesteld.

Voorzitter: Het gaat om de civiele sector.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 47% vóór de stelling uitgesproken en 39% daartegen, terwijl 10% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 96 stemmen uitgebracht.

Sanders: Maar hoe verhoudt deze uitslag zich tot het inzicht dat het beter zal gaan als de bestuursrechter over de gehele publiekrechtelijke rechtsbetrekking gaat? Er zit wel enige inconsistentie in!

Voorzitter: Vraag mij niet enige consistentie aan te brengen in dit stemgedrag!

Roozendaal: Dit is een pragmatische stelling en het gaat om een tussenoplossing. Als het niet lukt het ideaalplaatje te verwezenlijken, wat dan?

Voorzitter: Dan is de uitslag ineens heel logisch.

Sanders: Het Awb-beeld van de mens klopt dus niet. Rationeel handelen zit er nog niet helemaal in.

Stelling 2 van Roozendaal

Medeschuld (6:101 BW) in de vorm van schadebeperking biedt bij de huidige rechtsmachtverdeling geen goed alternatief voor de formele rechtskracht.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 45% vóór de stelling uitgesproken en 28% daartegen, terwijl 21% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 94 stemmen uitgebracht.

Roozendaal: De eerste vier stellingen waren te makkelijk. Een stelling moet natuurlijk lastig zijn. De uitslag is bij de laatste twee stellingen meer in evenwicht. Het zijn dus betere stellingen.

Voorzitter: Ik weet niet of de uitslag dáárover iets zegt. Maar de variatie is groter. De voorstanders vormen het grootste aandeel van het totaal.

Stelling 1 van Reneman

Doorwerking van een met het Unierecht strijdig definitief besluit in ketenbesluitvorming levert een schending van het Unierecht op.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 55% vóór de stelling uitgesproken en 23% daartegen, terwijl 16% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 94 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Daarmee wordt de uitslag van de prejudiciële procedure alleen maar spannender.

André Verburg: Ik volg de stelling dat dit een schending van het Unierecht is, maar dat wil nog niet zeggen dat je dat in de nationale procedure moet redresseren.

Voorzitter: Ik denk dat Marcelle het zo niet heeft bedoeld.

Reneman: Nee.

Voorzitter: En ik denk dat de meeste stemmers het ook niet zo hebben geïnterpreteerd.

Stelling 2 van Reneman

De Afdeling interpreteert de term 'nieuwe elementen en bevindingen' en de verwijtbaarheidstoets van artikel 40 Procedurerichtlijn te restrictief.

Voorzitter: Dit is voor dit publiek een moeilijke stelling, waarover we het vandaag ook niet uitgebreid hebben gehad.

Oordeel
Bij de digitale stemming heeft zich 14% vóór de stelling uitgesproken en 7% daartegen, terwijl 70% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 91 stemmen uitgebracht.

Wordcloud

Wat is uw oordeel over de VAR-jaarvergadering in één woord?

Beeld
Meest in het oog springende woorden: EVIDENT – Rechtskrachtig – Interessant – Hoogtepunt - Responsief

Bestuur en ereleden

Mw. prof. mr. drs. W. den Ouden (voorzitter)
Mr. L.H. von Meijenfeldt (secretaris)
Mw.mr. N.N. Bontje (penningmeester)
Mr. dr. R.J. Koopman
Prof. mr. T. Barkhuysen
Mw. mr. N.H. van den Biggelaar
Mr. T.C. Borman
Mw. mr. S.A. van der Does
Prof. mr. dr. K.J. de Graaf
Mw. mr. dr. B.J. van de Griend
Mw. mr. J. van der Jagt
Prof. mr. dr. R. Ortlep
Mr. R. Osterwald
Mw. mr. dr. H.G. Sevenster
Mr. R.C. Stam

De ereleden van de vereniging zijn:
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema