Terecht, maar te laat: de werking in de tijd van verandering van bestuursrechtspraak

Citation for published version (APA):

Bakker, R. (2004). *Terecht, maar te laat: de werking in de tijd van verandering van bestuursrechtspraak*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Datawyse / Universitaire Pers Maastricht.
<https://doi.org/10.26481/dis.20040930rb>

Document status and date:

Published: 01/01/2004

DOI:

[10.26481/dis.20040930rb](https://doi.org/10.26481/dis.20040930rb)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Terecht, maar te laat: de werking in de tijd van verandering van bestuursrechtspraak

Terecht, maar te laat: de werking in de tijd van verandering van bestuursrechtspraak

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, prof.mr. G.P.M.F. Mols,
volgens het besluit van het College van Decanen, in het openbaar te verdedigen op
donderdag 30 september 2004 om 16.00 uur

door

Robert Erik Bakker

Promotoren:

Prof.mr. F.A.M. Stroink

Prof.mr. C. Flinterman (Universiteit Utrecht)

Beoordelingscommissie:

Prof.mr. A.W. Heringa (voorzitter)

Prof.mr. L.F.M. Verhey

Prof.mr. B.W.N. de Waard (Universiteit van Tilburg)

ISBN 90 5278 420 5

Druk: Datawyse boekproducties, Maastricht

Woord vooraf

Dit boek heeft lang kunnen rijpen. Dat heeft zo z'n voordelen. Toen ik er aan begon, in 1993, stond ik vooral open voor de constitutionele aspecten die samenhangen met het onderwerp waarover ik schrijf. Voor de bestuurlijke complicaties van de door mij beschreven jurisprudentie had ik aanvankelijk minder oog. Dat veranderde toen ik later in mijn werk voor de rechtbank vooral met dit laatste aspect werd geconfronteerd. Ook kreeg ik daar veel meer inzicht in de weerbarstige sociale zekerheidswetgeving die in dit boek een belangrijke rol speelt.

Maar het had ook z'n nadelen: mijn promotoren en alle anderen, aan de faculteit en in de rechtbank, die me uit pure hartelijkheid immer hebben aangespoord tot het voltooiën van dit boek, moet ik soms tot wanhoop hebben gedreven. Jaren lang heeft het onderzoek stil gelegen, terwijl ik me concentreerde op al het andere dat het leven binnen en buiten het werk te bieden heeft. Maar iets bleef knagen en voorzover ik dat zelf mocht vergeten werd ik daar ieder universitair feestje wel weer aan herinnerd.

Het is uiteindelijk bovenal aan Frits Stroink te danken dat het er toch nog van is gekomen. Het is dankzij zijn onvoorwaardelijke steun en vertrouwen dat ik de draad in 2001 weer heb opgepakt en met financiële ondersteuning van het faculteitsbestuur een drietal maanden aan de faculteit gedetacheerd ben geweest om voluit aan mijn boek te kunnen werken. Toen was het 'point of no return' bereikt, al heeft het ook sindsdien nog lang geduurd eer ik een punt onder het werk heb gezet.

En hier ligt het dan, met een door Caroline ontworpen omslag die in één beeld samenvat waarover het in dit boek gaat: om traagheid, van het besef dat mensen rechten hebben gekregen waarop ze niet meer verdacht waren, traagheid van gerechtelijke procedures om deze alsnog verkregen rechten geldend te kunnen maken, maar ook vastberadenheid van sommigen die van geen wijken wisten en procesrechtelijke barrières wisten te slechten. Het is aan zeer weinigen gegeven zowel in woord als beeld uiting te kunnen geven aan ideeën en gevoelens. Caroline, mijn vrouw, is één van hen. Wat zal het heerlijk zijn met haar en onze kinderen Luke en Anouk de vakanties, zonder de last van een onaf werk, door te brengen!

Het boek zou evenmin gereed zijn gekomen zonder de al even onvoorwaardelijke steun die ik door alle jaren heen heb gekregen van Nettie Litjens, die aan het einde van de rit ook nog eens de lay-out heeft verzorgd. Veel dank ben ook verschuldigd aan Cristina Tobias die, toen ik uitgeteld aan Britse stranden lag, met grote precisie de registers heeft samengesteld. Dank heb ik ook voor Appie Luermans die het aantrekken van Cristina als student-assistente mogelijk maakte, na zich eerder al garant te hebben gesteld voor mijn detachering aan de faculteit.

Ik draag het boek op aan mijn ouders. Het doet mij verdriet – en weet dat mijn moeder, mijn zus Renée en mijn broer Paul dit ook zo zullen voelen – dat mijn vader de plichtigheid niet meer kan mee beleven. Juist in de laatste maanden, toen zijn geest in

opperste verwarring leek te verkeren, sprak hij met mij over het verglijden van de tijd, vergankelijkheid en voortleven op een wijze die peilloos dieper ging dan wat in dit boek ook maar wordt besproken.

Inhoud

Lijst van gebruikte afkortingen	xi
---------------------------------	----

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.	Schets van de problematiek	1
2.	Terminologie	3
3.	Concreet versus abstract	4
4.	Hoger recht	5
5.	Gemeenschapsrecht	5
6.	Rechterlijke rechtsvorming	6
7.	Daadwerkelijk rechtsherstel	8
8.	Opzet van het boek	9

Hoofdstuk 2

Aantastbaarheid van besluiten

1.	Inleiding	11
2.	Rechtskracht algemeen	11
2.1	Formele rechtskracht	13
2.2	De strekking van de formele rechtskracht	15
2.3	Doorbreking van de formele rechtskracht	19
2.4	Verschoonbare termijnoverschrijding	22
2.5	Overige aspecten	23
3.	Herziening van bestuurlijke besluiten	24
3.1	Inleiding	24
3.2	Herziening van besluiten	26
3.2.1	Ontvankelijkheid van het verzoek om herziening	27
3.3	Discretionaire bevoegdheid	30
3.4	Toepassing discretionaire bevoegdheid	32
3.5	Verandering van rechtspraak als grond voor herziening	37
3.6	Tussenbalans	40
3.7	Werking in de tijd	42
3.7.1	De dagloonzak	42
3.7.2	De kinderbijslagzaak	44
3.7.3	Vz. ARRS 26 oktober 1984	44
3.7.4	CRvB 24 september 1987	45
3.7.5	CRvB 21 april 1994	48
3.7.6	CRvB 10 april 1991	49
4.	Werking in de tijd van een rechterlijke onverbindendverklaring	50
4.1	Inleiding	50
4.2	De uitwegvergunningszaken	50
4.3	De aanvullende rol van de burgerlijke rechter	52
5.	Conclusies	58

Hoofdstuk 3

Rechtsverkrijging door rechtstreekse toepassing van het internationale recht, inleiding

1.	Inleiding	61
1.1	CRvB 26 november 1970	61
1.2	Opzet van behandeling	67
2.	De doorwerking van het internationale recht	68
2.1	Begrippen	68
2.2	Beginsel van gelijke behandeling	70
2.3	Het verbod van discriminatie	72
2.4	Artikel 26 IVBPR	74
2.5	Artikel 141 EEG	78
2.6	Richtlijn 79/7 EEG	79
2.6.1	De werking van richtlijnen in het algemeen	79
2.6.2	Richtlijn 79/7 EEG	83
2.6.3	Artikel 14 EVRM	88

Hoofdstuk 4

Rechtsverkrijging door rechtstreekse toepassing van het internationale recht, uitwerking

1.	De WWV en het kostwinnersbeginsel	91
1.1	Voorgeschiedenis	91
1.2	Het arrest <i>Dik</i>	92
1.3	CRvB 10 mei 1989	94
1.4	De Wet van 6 juni 1991 (Stb. 318)	97
1.5	Daadwerkelijk rechtsherstel	98
1.6	Conclusie	102
2.	De AAW en de uitsluiting van gehuwde vrouwen	103
2.1	Inleiding	103
2.2	CRvB 5 januari 1988	104
2.3	De werking in de tijd van CRvB 5 januari 1988	106
2.3.1	Inleiding	106
2.3.2	Formele werking in de tijd	108
2.3.2.1	Artikel 25, lid 2, AAW	108
2.3.2.2	CRvB 30 januari 1991	109
2.3.2.3	Het TOTO-model	114
2.3.2.4	Het arrest <i>Steenhorst-Neerings</i>	115
2.3.2.5	De materiële en formele werking in de tijd van CRvB 5 januari 1998: tussenbalans	121
2.3.3	De wet van 3 mei 1989	121
2.4	Conclusie	130
3.	De wisselwerking tussen de AAW en de AWW	131
3.1	CRvB 7 december 1988	131
3.2	CRvB 23 mei 1991	135
3.3	Het arrest <i>Van Gemert-Derks</i>	138
3.4	CRvB 5 juli 1995	141
3.5	Conclusie	143

4.	De AOW en de niet-verzekerde tijdvakken	144
4.1	Inleiding	144
4.2	Het arrest <i>Verholen</i>	145
4.3	CRvB versus Hoge Raad	147
4.4	Het arrest <i>Wessels-Bergervoet</i>	151
4.5	CRvB 5 maart 1997	152
4.6	EHRM 4 juni 2002 (<i>Wessels-Bergervoet</i>)	154
4.7	Conclusie	155
5.	De Bopa-affaire	156
5.1	Inleiding	156
5.2	Voorgeschiedenis	156
5.3	CRvB 22 mei 1990	157
5.4	ARRS 5 september 1991	159
5.5	HR 29 november 1991	160
5.6	Conclusie A-G Koopmans bij HR 29 november 1991	160

Hoofdstuk 5

Formele werking, nader beschouwd

1.	Inleiding	165
2.	Verenigbaarheid formele rechtskracht met EG-recht	167
2.1	Het gemeenschapsrecht	167
2.2	HR 24 januari 2003 (<i>Maple</i>)	169
2.3	Breuken in het bastion	173
2.3.1	Inleiding	173
2.3.2	CBB 1 november 2000 (<i>Kühne en Heitz</i>)	174
2.3.3	EHRM 16 april 2002 (<i>Dangeville</i>)	186
2.3.4	HR 27 september 2002 (<i>Pearl</i>)	191
2.3.5	HR 11 oktober 1996 (<i>Leenders</i>)	194

Hoofdstuk 6

Conclusie	203
Summary	207
Jurisprudentie	211
Literatuurlijst	223
Curriculum vitae	231

Lijst van gebruikte afkortingen

AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABP	Algemene burgerlijke pensioenwet
ABRS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AG	Advocaat-Generaal
AgvB	Afdeling voor geschillen van bestuur van de Raad van State
AOW	Algemene ouderdomswet
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
ARB	Administratieve en Rechterlijke Beslissingen
ARAR	Algemeen Rijks Ambtenarenreglement
Arob	Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
ARRS	Afdeling rechtspraak van de Raad van state
a.w.	aangehaald werk
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene wet bijzondere ziektekosten
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
B&W	Burgermeester en Wethouders
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse belastingrechtspraak
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DETAM	Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens

EVRM	Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gst.	Gemeentestern
HBA	Hoofdbedrijfschap Ambachten
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
Jur.	Jurisprudentie van het HvJ EG
JSV	Jurisprudentie sociale voorzieningen
KB	Koninklijk Besluit
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NV	Naamloze Vennootschap
Rawb	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RvdW	Rechtspraak van de Week
RWW	Rijksgroepsregeling werkloze werknemers
SCOSZ	Stichting Centrum voor Onderzoek van het Sociaal Zekerheidsrecht
SEW	Sociaal-economische wetgeving
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SoZaWe	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Stb	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SVB	Sociale verzekeringsbank

TAR	Tijdschrift voor ambtenarenrecht
tB/S	ten Berge/Stroink, (Administratieve rechtspraak overheids- beschikkingen)
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
USZ	Uitspraken sociale zekerheid
Vz.	Voorzitter
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WSW	Wet sociale werkvoorziening
WUBO	Wet Uitkering Burger Oorlogslachtoffers
WUV	Wet uitkering vervolgingsslachtoffers
WW	Werkloosheidswet
WWV	Wet werkloosheidsvoorzieningen
ZW	Ziektewet
ZFW	Ziekenfondswet

Hoofdstuk 1

Inleiding

1. Schets van de problematiek

De afgelopen decennia hebben een ontwikkeling te zien gegeven, waarbij in toenemende mate het recht niet slechts gevormd is door de wetgever, maar tevens door de rechter.¹ Vooral de uitspraken van de hogere colleges zijn mede bepalend voor de rechtsontwikkeling. Met de toename van de rechtsvormende rol van de rechter wordt de bestudering van een aantal vraagstukken die voorheen slechts in verband met wetgeving aan de orde werden gesteld, ook voor rechtspraak relevant. Een van die vraagstukken betreft het overgangsrecht: de rechtsregels die aangeven welke werking in de tijd moet worden gegeven aan nieuwe rechtsregels. Toegespitst op rechtspraak gaat het daarbij om de vraag in hoeverre het voor personen die geen partij waren bij een bepaalde rechtszaak mogelijk is om achteraf, dat wil zeggen nadat een rechterlijke uitspraak gewezen is, aan deze uitspraak rechten te ontleen in verband met feitelijke omstandigheden die zich (soms lang) vóór de desbetreffende uitspraak hebben voorgedaan. Het betreft hier een soort 'precedentwerking naar het verleden', die in de literatuur ook wel wordt aangeduid als de 'terugwerkende kracht' van rechterlijke uitspraken.²

Een voorbeeld moge een en ander verduidelijken. Op 5 januari 1988 deed de Centrale Raad van Beroep uitspraak over het recht op AAW-uitkering voor gehuwde vrouwen. In deze uitspraak sprak de Centrale Raad van Beroep uit dat aan artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), voor wat de AAW betreft, directe werking moest worden toegekend vanaf 1 januari 1980. De Raad sprak als zijn oordeel uit dat vanaf die datum de uitsluiting van de AAW-uitkering voor de genoemde groep vrouwen in strijd moest worden geacht met het in artikel 26 IVBPR gewaarborgde beginsel van gelijke behandeling. Zoals bekend is, was de uitspraak aanleiding tot opschudding bij de regering vanwege de vrees voor een stortvloed van aanvragen 'met terugwerkende kracht' van vrouwen, die in dezelfde positie verkeerden als de eiseressen in deze zaak.

- 1 Zie o.a. T. Koopmans, *De Polsstok van de rechter* (1979), in: *Juridisch Stippelwerk*, Deventer 1991, p. 253 e.v.; zie voorts: M.V. Polak, *Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht*, RM Themis 1984/3, p. 228-260 volgens wie 'de fictie van de rechter die in de wet het recht vindt en wiens oordeel altijd geacht wordt al in de wet besloten gelegen te hebben, achterhaald is en vervangen is door de idee (of, zo men wil, de fictie) dat de rechter recht vormt met de wet als richtsnoer'. Zie met name ook J.B.M. Vranken, mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zwolle 1995, p. 120-121. Zie voor rol van artikel 12 Wet algemene bepalingen in dit verband: J. Drion, *Stare decisis*, Het gezag van precedentes, in: *Verzamelde Geschriften van J. Drion*, Deventer 1968, p. 142-170 i.h.b. p. 155-157; Jessurun d'Oliveira, *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken Arrêts de règlements en precedentes*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, geschrift nr. 10, Deventer 1973 en Heringa in zijn noot onder HR 12 oktober 1984, NJCM-Bulletin 10-1 (1985), 32 e.v.
- 2 Zie voor een vroeg voorbeeld: J. Drion, a.w. (noot 1), p. 167.

Met dit voorbeeld moge tevens aangegeven zijn dat een deel van de verklaring voor de vraag waarom de in dit boek aan de orde gestelde problematiek zo actueel is geworden, is te vinden in de veranderende rol van de rechter in verband met de toenemende betekenis van het internationale en het Europese recht.³ Wordt de rechter tot de toepassing hiervan geroepen, dan is hij gedwongen zijn terughoudende opstelling jegens de wetgever te laten varen. In dit verband valt bij voorbeeld te wijzen op een opvallende overweging in, wat men zou kunnen noemen het 'Landbouwwliemers-arrest' van de Afdeling Rechtspraak. In deze uitspraak geeft deze rechter weliswaar blijk van terughoudendheid ten aanzien van de rechterlijke toetsing van lagere wetgeving door te overwegen dat 'de Afdeling niet kan treden in de vraag of zij zich een rechtvaardiger of billijker regeling kan voorstellen, doch zich ertoe dient te beperken te toetsen of verweerder, in aanmerking genomen de belangen die hem ten tijde van de totstandkoming van de aangevochten regeling bekend waren of behoorden te zijn, bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot de Regeling is kunnen komen'; maar de Afdeling geeft tevens aan dat zij deze terughoudendheid laat varen, indien de wetgever buiten de door het internationale recht gestelde marges treedt, door de zojuist geciteerde overweging te laten voorafgaan door de woorden 'voorzover het geschreven hogere recht de nationale regelgever beleidsvrijheid laat'.⁴

Zo wijst Alkema erop dat de rechter de rechtstreeks werkende bepalingen van het EVRM op een voor de wetgever onaantastbare wijze kan uitleggen⁵ en merkt Van der Velde de rechter ter zake van de naleving van EVRM-verplichtingen aan als het 'voorsteven van staat'.⁶ Toepassing door de rechter van internationaalrechtelijke bepalingen leidt dus noodzakelijkerwijs tot een verschuiving in de rechtsvorming in de richting van de rechter.

Maar ook op puur nationaal vlak vinden we de problematiek van de terugwerkende kracht van rechtspraak terug. Toen de Hoge Raad zich in het arrest *Heesch-Van de Akker*⁷ aansloot bij de rechtspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State door het 'uitwegvergunningstelsel' in strijd met de Wegenwet te verklaren, deed ook dát de vraag rijzen in hoeverre personen die eerder de met dit stelsel samenhangende heffing al hadden betaald en die hiertegen geen beroep bij de AROB-rechter hadden ingesteld, alsnog op grond van de uitspraak van de Hoge Raad op restitutie aanspraak konden maken.

Het voorgaande toont tevens aan dat de problematiek van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken nauw samenhangt met de desbetreffende procesrechtelijke regelingen. Zo was in de AAW-zaak van belang dat de aanvraag van de AAW-uitkering niet aan een termijn gebonden was. In *Heesch-Van de Akker* moest de Hoge Raad, om tot een uitspraak ten gronde te kunnen komen, allereerst de procesrechtelijke barrière gelegd in de

3 Vgl. in dit verband: S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, afl. 14, p. 747-758.

4 ARRS 4 december 1990, AB 1991, 687, m.nt. Sewandono; zie tevens ARRS 4 december 1990, AB 1991, 597, m.nt. H.J. Simon.

5 E.A. Alkema, De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse Constitutie, preadvies Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1991, p. 26.

6 J. van der Velde, Het 'vrije spel der rechtelijke krachten', Over het tweetrapskarakter van de Europese mensenrechtenbescherming en de beoordelingsmarges van artikel 5 en 6 EVRM, preadvies Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1991, p. 17.

7 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. Scheltema; AB 1986, 573 m.nt. FHvdB.

formele rechtskracht van beschikkingen uit de weg ruimen; ook de lange verjaringstermijn van de vordering uit onverschuldigde betaling was in deze zaak niet zonder betekenis.

Het onderzoek waarop dit boek ziet zal geschieden aan de hand van de begrippen 'materiële en formele werking'. De materiële werking ziet op de vraag in hoeverre, op grond van verandering van rechtspraak, alsnog, met terugwerkende kracht, materiële rechten ontstaan; de formele werking op de vraag of en in hoeverre deze rechten ook daadwerkelijk geldend kunnen worden gemaakt. Het is met name deze laatste vraag die in dit boek centraal staat. Dit boek heeft dan ook een andere invalshoek dan de dissertatie van Haazen,⁸ die zich, op het terrein van het privaatrecht, toespitst op, wat in dit boek wordt aangemerkt als, de materiële werking van verandering van rechtspraak. Waar laatstgenoemd onderzoek zich voorts kenmerkt door een sterk rechtstheoretische inslag, treden in mijn onderzoek de procedurele aspecten van de werking in de tijd van rechtspraak meer op de voorgrond.⁹

2. Terminologie

Men kan zich afvragen of de term 'terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken' wel zo gelukkig gekozen is. Afgaande op het 'Algemeen Deel' van Scholten hebben rechterlijke uitspraken immers altijd terugwerkende kracht:¹⁰ zij stellen vast wat rechtens *was* ten tijde van het voordoen van de feiten waarover de rechter moet oordelen. Deze rechtsvaststelling is bindend voor de desbetreffende partijen en – zeker als het een uitspraak van een hoger college betreft – richtinggevend voor het oordeel in toekomstige gelijksoortige gevallen. Dit laatste aspect ziet op de precedentwerking van rechterlijke uitspraken. Het object van deze precedentwerking zijn de rechtsoverwegingen die tot het uiteindelijke dictum leiden.

Nu is het paradoxale gevolg van deze opvatting over rechtspraak, dat een eenmaal gegeven rechterlijke interpretatie de altijd gegolden hebbende heet te zijn. Voor wat de partijen in het geding betreft levert dit geen problemen op. Hierboven is echter gewezen op een aantal gevallen waarin het toeschrijven van de rechterlijke interpretatie aan het verleden, een precedent schept ten aanzien van zich in het verleden voorgedaan hebbende feiten; een precedent dat de rechtsorde – en in de AAW-zaak de financiële huishouding van de staat – voor problemen kan stellen. Voor sommige rechterlijke colleges is dit aanleiding geweest beperkingen aan te brengen op de terugwerkende kracht van hun uitspraak om de kring van gerechtigden te verengen. Verband hiermee houdt de techniek van het zogenaamde

8 O.A. Haazen, *Algemeen Deel van het rechterlijk overgangsrecht, Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer*, diss. KUB, 2001.

9 Door Haazen kort aan de orde gesteld onder het kopje 'Lites finiri oportet', zie a.w. (noot 8) p. 479-480. Naar zijn oordeel gaat het bij gezag van gewijsde niet om een rechtsbeginsel, maar uiteindelijk om niet meer dan een beleidsmatige invulling van het gelijkheidsbeginsel. Ten gevolge van de korte beroepstermijnen in het bestuursrecht krijgt de bestuursrechtelijke tegenhanger van het gezag van gewijsde, de in hoofdstuk 2 te behandelen formele rechtskracht, echter een bijzondere lading en leidt deze bij verandering van rechtspraak voor betrokkenen vaak tot vergaande consequenties.

10 Paul Scholten, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel* (met aanvullingen van mr G.J. Scholten), Zwolle 1974, p. 137.

prospective overruling,¹¹ waarbij de rechter de voorliggende zaak nog volgens het 'oude' recht beslist, maar daarbij tevens aankondigt dat hij in de nabije toekomst bij de interpretatie¹² van de desbetreffende rechtsregels 'om zal gaan'.

3. Concreet versus abstract

De precedentwerking van rechterlijke uitspraken wint aan kracht naarmate de rechter zich meer in abstracto – dat wil zeggen los van de feiten in de voorliggende zaak – uitspreekt over de gelding van een rechtsregel. Deze abstracte toetsing kan op twee manieren gestalte krijgen. Enerzijds kan het gaan om situaties waarin rechter 'omgaat' ten aanzien van de gevestigde interpretatie van de toe te passen rechtsregel; anderzijds om situaties waarin de rechter een algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaart. Van dit laatste gaat zelfs zo'n sterke precedentwerking uit dat een onverbindendverklaring in veel gevallen feitelijk tot gevolg heeft dat de desbetreffende bepaling in de toekomst niet meer wordt toegepast en de desbetreffende wetgever overgaat tot wijziging van de bepaling.

Dit (feitelijke) gevolg beperkt zich niet tot uitspraken van de nationale rechtelijke instanties. Zeer illustratief in dit verband is de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Weliswaar gaat deze Europese rechter uit van de stelregel dat 'the court's task is not to review the relevant law and practice in abstracto'.¹³ Maar tevens achtte het Hof het in het *Marckx*-arrest 'inevitable that the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case, especially since the violations found stem directly from the contested provisions and not from individual measures of implementation'.¹⁴ En hoewel het Hof hieraan nog uitdrukkelijk toevoegt dat zijn 'decision cannot of itself annul or repeal these provisions', merkt Heringa op dat in de praktijk met de uitspraken van het Hof een resultaat kan worden bereikt dat vergelijkbaar is met het nietig-verklaren van wetgeving, indien de uitspraken van het Hof een verder reikende werking hebben dan de concreet voorgelegde zaak.¹⁵

Vooraf bij deze rechterlijke onverbindendverklaring treedt de vraag in hoeverre door derden rechten ontleend kunnen worden aan rechterlijk uitspraken, sterk op de voorgrond. Zoals zojuist werd aangegeven komt aan de precedentwerking in deze zaken een bijzondere betekenis toe. Aan dit precedent komt een vrij algemene gelding toe, juist vanwege het feit dat de onverbindendverklaring een oordeel in abstracto, dus los van de feiten in het geding, inhoudt.

11 Zie onder meer F.P. Zwart, Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht, NJB 1997, afl. 3, p. 108-114 en de aldaar vermelde literatuur.

12 Zie A-G Franx in zijn conclusie voor HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (*Heesch-Van de Akker*) en Polak, a.w. (noot 1) p. 228 e.v.

13 Zie EHRM 24 mei 1989, *Hauschildt*, Series A, vol. 154, par. 45; NJ 1990, 627 m.nt PvD.

14 EHRM 13 juni 1979, *Marckx*, Series A, vol. 31, par. 58; NJ 1986, 462 m.nt. E.A. Alkema.

15 A.W. Heringa, Van Europese Conventie tot Nederlandse constitutie voor de Rechten van de Mens, in: 40 jaar Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens, Leiden 1990, p. 320.

4. Hoger recht

Een onverbindendverklaring door de rechter impliceert tevens het oordeel dat de toepassing van de desbetreffende wettelijke bepaling onrechtmatig is geschied, omdat deze bepaling in strijd is met hoger recht. De precedentwerking die van een dergelijke uitspraak uitgaat wordt als het ware versterkt door de toepassing van regels van 'hoger' recht: waar het 'lagere' recht ondeugdelijk is moet aan het 'hogere' recht door de rechter voorrang worden gegeven. De mate waarin het precedent, dat is gelegen in de onverbindendverklaring, bindend is ten aanzien van feiten die eerder onder de gewraakte regeling hebben plaatsgevonden, staat dus niet geheel meer ter vrije beoordeling van de rechter; zij wordt mede beheerst door de 'hogere' regel waaraan de rechter heeft getoetst.

Gaat het bij deze hogere regelingen om internationaal recht, meer in het bijzonder om de direkt werkende bepalingen van de mensenrechtenverdragen, dan wint de precedentwerking van rechterlijke uitspraken verder aan belang. Om het voorbeeld van de AAW-zaak nog eens aan te halen: aan de uiteindelijke beslissing van de Centrale Raad van Beroep dat eiseressen met terugwerkende kracht voor een AAW-uitkering in aanmerking kwamen, lag de *algemene* overweging ten grondslag dat op grond van de doorwerking in de Nederlandse rechtsorde van artikel 26 IVBPR het onderscheid dat in het AAW-overgangsrecht werd gemaakt naar het al dan niet kostwinner zijn van de gehuwde vrouw, vanaf 1 januari 1980 als verboden moest worden aangemerkt. Voor de desbetreffende vrouwen gold dus sinds 1 januari 1980 als (Nederlands) recht dat zij aanspraak konden maken op een uitkering. Deze algemene overweging laat geen ruimte voor latere rechterlijke beslissingen om in een soortgelijke casuspositie anders te beslissen.

5. Gemeenschapsrecht

De problematiek van deze terugwerkende kracht als 'precedentwerking naar het verleden' wint nog meer aan belang indien de (Nederlandse) rechter moet toetsen aan het EG-recht¹⁶. Voor het oordeel over de werking in de tijd van rechterlijke uitspraken is de rechter aangewezen op het oordeel van het Hof van Justitie van de EG. Het Hof van Justitie EG stelt als hoofdregel dat aan de interpretatie die het aan de communautaire bepaling geeft, terugwerkende kracht toekomt. Slechts in zeer bijzondere gevallen blijkt het Hof bereid te zijn beperkingen op deze terugwerkende kracht te aanvaarden.¹⁷ Blijkt uit de interpretatie van het Hof dat geconstateerd moet worden dat aan Nederlandse wettelijke bepalingen een toepassing is gegeven die in strijd is met het gemeenschapsrecht, dan kan dit aanleiding zijn tot op het gemeenschapsrecht gebaseerde aanspraken met betrekking tot de periode gedurende welke aan de Nederlandse bepalingen een 'verkeerde' toepassing is gegeven. Een voorbeeld dat sterk de aandacht heeft getrokken was de toekenning, met terugwerkende kracht tot 23 december 1984, van een WWV-uitkering aan gehuwde vrouwen, die voorheen van het recht op uitkering uitgezonderd waren, omdat zij niet aan de door de wet gestelde kostwinnerseis voldeden. Toepassing van deze kostwinnerseis werd door het HvJ

16 Zie: B.H. Ter Kuile, De invloed van Francovich op Nederlandse wetgeving en bestuur, NTB 92/4, p. 113-120 en W. Alexander, Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken, RM Themis- 5/6 (1986), p. 492-502.

17 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Defrenne II*, Jur. 1976, p. 455.

EG voor alle gehuwde vrouwen die vóór 23 december 1984 werkloos waren geworden geacht in strijd te zijn met artikel 4, lid 1 van Richtlijn 79/7 (de derde EG-richtlijn, inzake gelijke behandeling in de sociale zekerheid).¹⁸

Beperking van de periode waarover de interpretatie van het Hof van Justitie terugwerkt, valt buiten de rechtsmacht van de Nederlandse rechter; ze ligt geheel in handen van het Hof. Een mooi voorbeeld hiervan biedt de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Barber*.¹⁹ In deze zaak werd door het Hof, voor wat – kort gezegd – de bovenwettelijke pensioenstelsels betreft, bepaald dat de hantering van verschillende pensioengerechtigde leeftijden tussen mannen en vrouwen in strijd is met art.119 EEG-Verdrag. Deze uitspraak heeft aanleiding gegeven tot de veronderstelling dat vanaf 17 mei 1990 iedere werknemer onder dezelfde, niet-discriminatoire, voorwaarden een pensioen kan claimen, ongeacht de aanspraken die hij of zij voor die datum heeft opgebouwd.²⁰ Uit vrees voor deze consequentie werd te elfder ure bij het ‘Verdrag van Maastricht’ een protocol opgenomen, krachtens hetwelk pas van gelijke behandeling in pensioenen sprake zal zijn, voor zover men deze na 17 mei 1990 (de datum van het *Barber*-arrest) is gaan opbouwen.²¹

6. Rechterlijke rechtsvorming

Het bovenstaande strekt ertoe te onderzoeken hoe verstrekkend de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd is. Een andere vraag is hoe verstrekkend zij zou *mogen zijn*. Om deze vraag te beantwoorden moeten we nogmaals stilstaan bij de aard van de in dit boek aan de orde gestelde problematiek. Hiervoor is al aangegeven dat deze in belangrijke mate is ingegeven door de sterk toegenomen rechtsvormende rol van de rechter. Voorts is aangegeven dat de problematiek zich vooral voordoet, wanneer de rechter ‘omgaat’ ten aanzien van de interpretatie van de toe te passen rechtsregel en wanneer hij een algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaart. In deze beide situaties heeft de rechterlijke uitspraak een belangrijke verandering in de rechtsorde, een *rechtshervorming*, tot gevolg.

In de ‘klassieke’ opvatting over de verhouding tussen wetgever en rechter²² kon een dergelijke verandering alleen worden teweeggebracht door de wetgever.²³ De wetgever was

18 HvJ EG 5 maart 1988, zaak 80/87, Dik, Jur. 1988, p. 1601. Zie voor de werking in de tijd van arresten van het HvJ EG voorts: J. Wouters, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake bedrijfspensioenen: de ‘Post-Barber’-arresten van het Hof van Justitie, NJCM-Bulletin 20-3 (1995), p. 274-298.

19 HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Barber v Guardian Royal Exchange Group*, Jur. 1990, I-1889; NJCM-Bulletin 16-1 (1991), p. 55 e.v.

20 Zie: Sacha Prechal, Ondeugdelijke communautaire wetgeving: de pensioenrichtlijn, NJB 1990/33, p.1302.

21 Zie voor een bespreking van de gang van zaken rond het ‘Barber-protocol’ en de (constitutionele) consequenties hiervan: Sacha Prechal, Bommen ruimen in Maastricht: wijziging van art.119 EEG, NJB 1992/11, p.352 e.v.

22 Zie T. Koopmans, Legislature and Judiciary – Present trends, in: Juridisch Stippelwerk, Deventer 1991, p. 211-214.

23 S.K. Martens, a.w. (noot 3), p. 748; M.V. Polak, a.w. (noot 1), p. 229. Voor een historische verklaring van deze gedachte, zie: L. Strikwerda, Art. 11 AB: middel om de rechter in het rechte spoor te houden? *Ars Aequi*, XXIII (1974), p. 1-17.

hierbij gehouden het rechtszekerheidsbeginsel in acht te nemen. Uit dit rechtszekerheidsbeginsel werd afgeleid dat een wet (streckende tot verandering van de rechtsorde) in beginsel niet eerder kon werken, dan na een behoorlijke bekendmaking, die een ieder in staat zou stellen van de wet, en dus van de verandering in de rechtsorde, kennis te nemen. Meer in het bijzonder werd uit dit beginsel een verbod van terugwerkende kracht van wetgeving afgeleid. Noch het beginsel van de rechtszekerheid, noch het verbod van terugwerkende kracht werden echter grondwettelijk vastgelegd. Wél is er de bepaling van artikel 4 van de Wet Algemene Bepalingen, die luidt: 'De wet verbindt alleen voor het toekomstige, en heeft geene terugwerkende kracht'.²⁴

In de literatuur is vrij veel aandacht besteed aan de toelaatbaarheid van terugwerkende kracht van wetgeving. Ten aanzien van 'lagere wetgeving' lijkt de heersende opvatting te zijn dat daaraan geen terugwerkende kracht mag worden toegekend, tenzij de formele wet hiertoe de mogelijkheid schept. Deze opvatting vindt steun in de jurisprudentie, in het bijzonder in de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep. De Centrale Raad toetst in dergelijke gevallen aan het 'aan artikel 4 van de Wet Algemene Bepalingen ten grondslag liggende rechtszekerheidsbeginsel'.²⁵ De Hoge Raad is evenwel geneigd in dit artikel alleen een tot de rechter gericht verbod te lezen (dus een verbod aan de rechter om de wet met terugwerkende kracht toe te passen). Niettemin is ook de Hoge Raad overgegaan tot een marginale toetsing van wetgeving waaraan terugwerkende kracht is toegekend.²⁶

Ten aanzien van formele wetgeving ligt de zaak gecompliceerder. Niet alleen interpreteert de Hoge Raad artikel 4 van de Wet Algemene Bepalingen restrictief, maar bovendien kan elke formele wet derogeren aan dit artikel. De rechter staat hier machteloos tegenover. Een zeer belangwekkende ontwikkeling in dit verband vormde evenwel het *Harmonisatiewet-arrest*,²⁷ waarin de Hoge Raad zijn restrictieve opvatting leek te laten varen door te overwegen dat een aantal bepalingen uit de Harmonisatiewet, die met terugwerkende kracht bepaalde rechten aan studenten ontnam, strijdig waren met het rechtszekerheidsbeginsel. Het grondwettelijk toetsingsverbod stond er echter aan in de weg dat de rechter ook consequenties (in de vorm van een veroordeling van de Staat wegens onrechtmatige daad) kon trekken uit deze overweging.

Hierboven is erop gewezen dat aan rechterlijke uitspraken enerzijds een rechtshervormend karakter toekomt dat in veel gevallen niet onderdoet voor dat van wetgeving. Anderzijds wordt als regel uitgegaan van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken, niet

24 Zie: M.V. Polak, a.w. (noot 1), p. 247-248 en J.C.M. Leijten, *Overgangsrecht I en II*, NJB 1972, p. 364-373 en p. 389-400.

25 Zie in het bijzonder CRvB 3 april 1963, ARB 1964, p. 75, m.nt. Boer; *Ars Aequi* XIII (1963-1964), p. 69 m.nt. Prins (*salariswijziging nijverheidsonderwijs*). Voor andere voorbeelden, zie: Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Culemborg 1988, p. 81.

26 Zie achtereenvolgens: HR 26 oktober 1951, NJ 1952, 756 m.nt. Veegens; HR 15 maart 1974, NJ 1974, 348 m.nt. Prins, AB 1975, 85 m.nt. Stellinga, *Ars Aequi* XXIV (1975), p. 623 m.nt. Jeukens en HR 7 maart 1979, NJ 1979, 319 m.nt. Scheltema, AB 1979, 218 m.nt. Stellinga, BNB 1979, 125 m.nt. Hofstra (*onroerend-goedbelasting Rotterdam*).

27 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS; AB 1989, 207 m.nt. FHvdB; *Ars Aequi* 38 (1989), p. 578 m.nt. Hirsch Ballin. Zie in dit verband ook: CRvB 6 juli 1989, TAR 1989, 201, waarin de CRvB zich bij de jurisprudentie van de Hoge Raad aansluit.

alleen ten aanzien van partijen (hetgeen voor de hand ligt), maar ook, door het scheppen van een precedent ten aanzien van feiten die zich in het verleden – dat wil zeggen vóór de uitspraak hebben afgespeeld – ten aanzien van derden. Dit roept de vraag op in hoeverre de uit het rechtszekerheidsbeginsel voortvloeiende restricties ten aanzien van de terugwerkende kracht van wetgeving (en van bestuurlijke rechtshandelingen) niet van overeenkomstige toepassing zijn op de rechterlijke rechtshervorming.

7. Daadwerkelijk rechtsherstel

Bij beide hierboven aan de orde gestelde wijzen van abstracte rechterlijke toetsing – te weten het rechterlijk omgaan en de rechterlijke onverbindendverklaring van een wettelijke bepaling – kan de rechterlijke uitspraak impliceren dat aan de desbetreffende wetsbepaling gedurende kortere of langere tijd een onjuiste toepassing is gegeven. Aan een dergelijk oordeel zal in het algemeen zelfs niet te ontkomen zijn, indien de rechter constateert dat de toe te passen wetsbepaling in strijd is met een internationaalrechtelijke bepaling, waaraan rechtstreekse werking is toegekend vanaf een tijdstip dat vóór de uitspraak ligt. Het voorbeeld van de AAW-zaak – dat in dit boek met vele andere zal worden uitgebreid – toont aan dat een dergelijk rechterlijk oordeel aanleiding kan zijn tot de conclusie dat naast partijen tevens ‘derden’ rechten kunnen doen gelden met betrekking tot een periode die aan de rechterlijke uitspraak voorafgaat. Het gaat hier dan wel te verstaan om materiële rechten. Of dergelijke rechten ook daadwerkelijk geldend gemaakt kunnen worden, of er, met andere woorden daadwerkelijk rechtsherstel kan worden verleend, is echter weer afhankelijk van een aantal andere factoren. Deze betreffen alle de met de desbetreffende materiële rechten samenhangende procesrechtelijke bepalingen.

Zo zal in burgerlijke en strafzaken het heropenen van een zaak in verband met een wijziging van de jurisprudentie in de meeste gevallen afstuiten op verjaring respectievelijk het gezag van gewijsde van eerdere rechterlijke vonnissen: nadat over een zaak tot in hoogste nationale instantie is beslist of nadat de beroepstermijn tegen een vonnis ongebruikt is verstreken, wordt het vonnis geacht onherroepelijk te zijn. In bestuurlijke zaken doet zich een gelijksoortig verschijnsel voor in de vorm van de formele rechtskracht. Het nalaten tijdig tegen bestuurlijke beschikkingen bezwaar of beroep in te stellen leidt tot ‘onaantastbaarheid’²⁸ van de beschikking. Wordt bij de burgerlijke rechter de geldigheid van een bestuurlijke beschikking, waartegen niet tijdig de desbetreffende administratieve rechtsgang is gevolgd, in twijfel getrokken, dan dient deze rechter ervan uit te gaan dat ‘[die] beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen’.²⁹ Indien achteraf blijkt dat van een dergelijke overeenstemming ‘toch’ geen sprake is, indien op grond van latere rechtspraak mocht blijken dat de appellante ‘toch’

28 Soms wordt een terminologie gebezigd die een verband lijkt te leggen tussen de formele rechtskracht van bestuurlijke beslissingen en het gezag van gewijsde van vonnissen. Zo spreekt de Centrale Raad van Beroep soms van in ‘kracht van administratief gewijsde’ gegane beslissingen (CrvB 10 april 1991, RSV 1992/23). Zie voorts over dit verband: H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, Hoofdstukken van Administratief recht, 's-Gravenhage 1979, p. 75 en A.M. Donner, Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel, Alphen aan den Rijn 1987, p. 260.

29 HR 16 mei 1986, NJ 1986, m.nt. MS; AB 1986, 573, m.nt. FHvdB.

recht op een vergunning of uitkering had, versperren de hier aangehaalde procesrechtelijke beginselen hem alsnog de weg zijn (materiële) recht ook daadwerkelijk te 'halen'.

8. Opzet van het boek

De vraag in hoeverre er, in het licht van veranderde rechtspraak, gelegenheid moet bestaan tot daadwerkelijk rechtsherstel maakt de kern van de probleemstelling van dit boek uit. Deze vraag zal beantwoord worden aan de hand van een studie van de jurisprudentie van de bestuursrechter. Vertaald naar de terminologie van het bestuursrecht ziet deze probleemstelling in het bijzonder op de vraag in hoeverre bestuursorganen op grond van een wijziging in de jurisprudentie gehouden kunnen zijn om terug te komen van, nog onder de oude jurisprudentie genomen en in rechte onaantastbaar geworden, besluiten. Hoofdstuk 2 behandelt deze vraag in algemene zin, voor louter nationale rechtsverhoudingen. Daarbij zal mede worden ingegaan op het in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter tot ontwikkeling gekomen begrip formele rechtskracht. In de hoofdstukken 3 en 4 komt in wezen dezelfde vraag aan de orde, maar dan toegespitst op die gevallen waarin het verlaten van de 'oude' jurisprudentie het gevolg is van de doorwerking van bepalingen van internationaal recht. In hoofdstuk 3 zal allereerst het juridisch kader worden geschetst waarbinnen deze doorwerking plaatsvindt. Vervolgens komt in hoofdstuk 4 de kern van dit onderzoek aan de orde. Hierbij wordt aan de hand van een groot aantal, voornamelijk op de sociale zekerheid betrekking hebbende, uitspraken onderzocht in hoeverre rechterlijke uitspraken waarbij rechtstreeks toepassing is gegeven aan internationaalrechtelijke normen met terugwerkende kracht materiële rechten kunnen scheppen. Voorts wordt onderzocht in hoeverre deze rechten ook daadwerkelijk geldend kunnen worden gemaakt. In hoofdstuk 5 zullen de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken nogmaals kritisch worden gezien in het licht van recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG en van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Daarbij komt tevens aan de orde welke rol de burgerlijke rechter, met voorbijgaan aan het beginsel van formele rechtskracht, zou kunnen spelen bij het verkrijgen van daadwerkelijk rechtsherstel. Meer in het bijzonder zal de intrigerende vraag aan de orde komen of de uit het nationale procesrecht voortvloeiende beperkingen op het met terugwerkende kracht geldend maken van alsnog verkregen rechten, op hun beurt de toetsing aan het internationale recht kunnen doorstaan. Hoofdstuk 6 sluit het boek af met een aantal conclusies.

Hoofdstuk 2

Aantastbaarheid van besluiten

1. Inleiding

Zoals in het eerste hoofdstuk is uiteengezet staat in dit boek de vraag centraal in hoeverre aan (plotselinge) veranderingen in de rechtspraak van de bestuursrechter aanspraken kunnen worden ontleend ten aanzien van vóór de desbetreffende uitspraak liggende tijdvakken. Daarbij doet zich in de eerste plaats de vraag voor of op grond van de nieuwe rechtspraak kan worden 'ingebroken' op onder de oude rechtspraak tot stand gekomen rechtsposities. Deze vraag heeft betrekking op het in de Nederlandse civiele- en bestuursrechtspraak ontwikkelde beginsel van de formele rechtskracht. Dit beginsel komt er, zeer kort gezegd op neer, dat een besluit in rechte onaantastbaar wordt, als een tegen dat besluit opengestaan hebbende administratieve rechtsgang niet is benut, dan wel dit besluit in rechte is gehandhaafd. Het begrip rechtskracht heeft reeds vele pennen in beweging gebracht.¹ Ik zal mij dan ook beperken tot die aspecten die voor het onderwerp van dit boek van rechtstreeks belang zijn. Deze komen in paragraaf 2 aan de orde. Paragraaf 3 gaat in op de vraag of, en in hoeverre, bestuursorganen gehouden kunnen zijn op verzoek terug te komen van vóór de veranderde rechtspraak genomen besluiten. Paragraaf 4 is gewijd aan de vraag welke mogelijkheden er bestaan om bij de burgerlijke rechter een vordering aanhangig te maken wegens, naar achteraf blijkt, onrechtmatige bestuurlijke besluitvorming. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 5 afgesloten met een aantal conclusies.

2. Rechtskracht algemeen

Een door alle rechterlijke instanties gehuldigd uitgangspunt is dat een besluit door verloop van de tijd onaantastbaar wordt. Deze onaantastbaarheid treedt in, indien van een tegen het besluit openstaande administratieve rechtsgang niet binnen de daarvoor gestelde termijn gebruik is gemaakt, of indien op een ingesteld beroep definitief ten gronde is beslist. Zo geformuleerd is de onaantastbaarheid niet meer dan een uitdrukking van het aloude adagium *lites finiri oportet*: doelmatig overheidsbestuur en de rechtszekerheid vereisen dat besluiten op een bepaald moment 'vast' komen te staan.²

Naast de formele rechtskracht wordt de materiële rechtskracht onderscheiden.³ De formele rechtskracht is de werking die samenhangt met het bestaan van de beschikking. Zij ziet in

1 Zie E.C.H.J. van der Linden, *Formele en materiële rechtskracht, De kleren van de keizer*, diss. UM, Den Haag 1998.

2 Zie A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn 1987, p. 260. Vgl. tevens F.H. van der Burg, *Formele rechtskracht, vertrouwensbeginselen en derde-beroep*, in: Een stellig annotator (Stellinga-bundel, p. 8, die wijst op 'de grote verwarring [die zou] ontstaan, wanneer nog vele jaren na dato zou kunnen worden vastgesteld dat een beschikking niet rechtsgeldig is'.

3 Voor een uitgebreide uiteenzetting over dit onderscheid, zie: E.C.H.J. van der Linden, a.w. (noot 1) hoofdstuk 3, par. 4.2.

het bijzonder op de mate waarin het voor administratieve rechters en andere beroepsinstanties mogelijk is de beschikking ongedaan te maken. Eveneens wordt zij geacht betrekking te hebben op de mate waarin het voor het beschikkend orgaan zelf mogelijk is de beschikking, met terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop deze tot stand is gekomen, in te trekken.⁴ De materiële rechtskracht, daarentegen, ziet op de werking die met de inhoud van de beschikking samenhangt. Ze heeft betrekking op de gebondenheid van het bestuursorgaan aan de eigen beschikkingen; zij heeft, anders gezegd, betrekking op de vraag in hoeverre het bestuursorgaan bevoegd moet worden geacht de beschikking 'ex nunc', dus met ingang van het tijdstip waarop de nieuwe beschikking genomen wordt, in te trekken.⁵ De materiële rechtskracht wordt voorts geacht betrekking te hebben op de mate waarin de beschikking derden, in het bijzonder andere overheidsorganen (dan het beschikkend orgaan), bindt.⁶

Positiefrechtelijk gezien heeft het begrip 'materiële rechtskracht' geen ingang gevonden. Normaal gesproken wordt het met dit begrip samenhangende probleem 'gewoon' aan de orde gesteld als dat van de intrekbaarheid van beschikkingen.⁷ Hantering van het begrip materiële rechtskracht in het kader van dit onderzoek heeft des te minder zin, omdat het, daar waar het betrekking heeft op de bevoegdheid voor bestuursorganen beschikkingen 'ex nunc' in te trekken, aan de problemstelling van dit boek voorbijschiet. Veeleer dan op de *bevoegdheid* met ingang van het heden terug te komen op 'oude' beschikkingen, heeft dit onderzoek immers betrekking op het al dan niet bestaan van een *plicht* voor bestuursorganen om in het licht van 'nieuwe' jurisprudentie terug te komen van 'oude' beschikkingen, waarbij de herzieningsbeschikking werkt met ingang van een tijdstip dat voorafgaat aan de datum waarop de herzieningsbeschikking genomen wordt.⁸

In de rechtspraak komt dit probleem aan de orde als de vraag naar de rechtmatigheid van besluiten van bestuursorganen inhoudende een weigering om, in het licht van veranderde rechtspraak, terug te komen op rechtens onaantastbare besluiten. Het is dus niet in de

4 HR 8 december 1995, NJ 1997, 163 m.nt. MS.

5 A.M. Donner, De rechtskracht van administratieve beschikkingen, diss. VU Amsterdam, Alphen aan den Rijn 1941, p. 17-19. Zie voorts W.G. Vegting, Het Nederlands Administratief Recht, Eerste Deel, Alphen aan den Rijn 1954, p. 278-280.

6 Zie voor deze opvatting zeer expliciet: W.G. Vegting, a.w. (noot 5) p. 271 en p. 303-306.

7 Zie o.m. J.P. de Jong, Bestuursrecht van vreemde herkomst, diss. KUB, Zwolle 1988, p. 96, die van oordeel is dat het begrip materiële rechtskracht van beschikkingen 'in het geheel geen rol [speelt]' in de rechtspraak over de intrekking of wijziging van beschikkingen. Zijns inziens wordt de intrekbaarheid van beschikkingen geheel beheerst door de toepasselijke wettelijke voorschriften en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (p. 91).

8 Wel lijken op het eerste gezicht de opvattingen van J.G. Steenbeek (Rechtshandeling en rechtsgevolg in het Staats- en administratief recht, diss., Assen 1958) relevant met het oog op dit onderzoek. Het onderscheid tussen formele en materiële rechtskracht koppelt hij aan het onderscheid tussen het bestaan (gelding) van het besluit enerzijds, en de door dat besluit tot stand gebrachte rechtsgevolgen anderzijds. De materiële rechtskracht heeft in zijn opvatting betrekking op de bevoegdheid van het bestuursorgaan om in het licht van nieuwe omstandigheden een wijziging aan te brengen in de rechtsgevolgen van het eerder genomen besluit. Ook in deze opvatting werkt de verandering van de rechtsgevolgen echter *ex nunc*, dus met ingang van het tijdstip waarop de wijzigingsbeschikking wordt genomen. En ook deze opvatting gaat voorbij aan de situatie dat de tot wijziging nopen verandering in de omstandigheden bestaat in een verandering van rechtsopvattingen die mogelijk dwingen tot een wijziging van de beschikking met 'terugwerkende kracht'.

eerste plaats de materiële rechtskracht of de intrekbaarheid van beschikkingen die in deze jurisprudentie centraal staat, maar het probleem van de onaantastbaarheid en de mogelijke relativeringen die hierop kunnen worden aangebracht. Om hiervan een beter beeld te verkrijgen is het van belang allereerst enige aandacht te besteden aan de ontwikkeling die het begrip formele rechtskracht in de jurisprudentie te zien heeft gegeven.⁹

2.1 *Formele rechtskracht*

De inkt van de bijdrage van Donner aan de *Special* van het blad *Ars Aequi*, waarin bekende schrijvers terugblikken op hun proefschrift en waarin Donner opmerkte dat het begrip rechtskracht als abstractie mislukt was,¹⁰ was bij wijze van spreken nog maar nauwelijks droog, of de Hoge Raad introduceerde het begrip formele rechtskracht in het arrest Heesch-Van de Akker.¹¹ Het zou echter onjuist zijn te beweren dat het begrip zomaar uit de lucht is komen vallen. Reeds lang was vaste jurisprudentie van de burgerlijke rechter dat, indien van een tegen een beschikking openstaande administratieve rechtsgang niet binnen de daarvoor gestelde termijn gebruik wordt gemaakt, deze beschikking onaantastbaar wordt.¹² Deze onaantastbaarheid houdt tevens in dat de rechter in volgende zaken in beginsel steeds van de rechtsgeldigheid van de beschikking dient uit te gaan, ook indien duidelijk is dat, zo tegen de beschikking aanstonds bezwaar of beroep zou zijn ingesteld, deze vernietigd zou zijn. Ook de burgerlijke rechter, die zich ziet geplaagd voor de vraag naar de rechtsgeldigheid van een beschikking, placht zich aanvankelijk van de term onaantastbaarheid te bedienen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het Hei- en Boeicoparrest.¹³

Bogerd stelt in kort geding een vordering uit onrechtmatige daad in tegen de gemeente Hei- en Boeicop. B&W van deze gemeente hebben op 12 september 1979 aan de gemeente vergunning verleend tot de aanleg van een parkeerterrein grenzend aan het terrein van Bogerd. Bogerd laat na tegen deze vergunning AROB-beroep in te stellen. Hierbij speelt een rol dat hij aanvankelijk niet op de hoogte was van de vergunningverlening. Vast staat evenwel dat zijn raadsman op 31 oktober 1979 van de desbetreffende vergunning kennis heeft gekregen vanwege een door de gemeente aan hem geschreven brief. Bogerd laat evenwel na alsnog, op grond van artikel 9 lid 4, Wet Arob beroep tegen de beschikking in te stellen.¹⁴ Nu Bogerd van deze rechtsgang geen gebruik heeft gemaakt, is de Hoge Raad van oordeel dat er in cassatie van uit moet worden gegaan dat genoemde beschikking onaantastbaar is geworden. Vervolgens geeft de Hoge Raad als zijn oordeel te kennen dat zulks betekent dat 'de burgerlijke rechter ervan [dient] uit te gaan dat de

- 9 Voor een uitvoerige uiteenzetting over het ontstaan van dit begrip in de rechtspraak van de burgerlijke rechter, zie: E.C.H.J. van der Linden, a.w. (noot 1) hoofdstuk 3.
- 10 A.M. Donner in zijn terugblik op zijn dissertatie (De rechtskracht van administratieve beschikkingen, Amsterdam 1941) in *Ars Aequi* 34 (1985), p. 679.
- 11 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS; AB 1986, 573 m.nt. FHvdB; *Ars Aequi* (35) 1986, p. 642 m.nt. H.Ph.I.A.M. Hennekens; BR 1986, p. 775 m.nt. N.S.F. Koeman.
- 12 Zie voor een vroeg voorbeeld van het gebruik van deze terminologie: HR 30 juni 1911, W 9197, vermeld bij J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, diss. Leiden 1968, p.57 e.v. en bij F.H. van der Burg, a.w. (noot 2) p.8.
- 13 HR 4 februari 1983, NJ 1983, 21 m.nt. MS.
- 14 Volgens dit artikellid bleef niet-ontvankelijkverklaring wegens te laat ingesteld beroep achterwege, indien de klager aantoonde, dat hij het beroep heeft ingesteld zo spoedig als dit redelijkerwijs verwacht kon worden. Zie artikel 6:11 Awb voor de huidige regeling.

[beschikking] zowel wat haar wijze van totstandkoming als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften'.¹⁵

Te beginnen met het zojuist genoemde arrest Heesch-Van de Akker hanteert de Hoge Raad echter een andere terminologie. Vanwege de centrale rol die deze uitspraak in dit onderzoek speelt ga ik hier wat uitvoeriger op dit arrest in:

In 1977 voldoet Van de Akker aan de gemeente Heesch een som van f 3.216 ter verkrijging van een vergunning tot het maken van een uitweg van zijn perceel naar de openbare weg. De gemeente achtte zich tot het bedingen van deze geldsom bevoegd op grond van het Hoogeloonaarrest van de Hoge Raad.¹⁶ Krachtens deze uitspraak kwam aan de gemeente als eigenares de bevoegdheid toe om voor het verlenen van een recht van uitweg naar haar eigendom (te weten de openbare weg) de betaling van een geldsom te verlangen.

Op 1 september 1977 kent de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State aan een soortgelijke heffing van de gemeente Maastricht het karakter van een beschikking toe; tevens oordeelt de Afdeling dat de gemeentelijke regeling waarop deze beschikking berust – in grote lijnen gelijk aan die van de gemeente Heesch – in strijd is met artikel 14 Wegenwet, op grond waarvan de Afdeling de gemeentelijke regeling onverbindend verklaart (de Afdeling was van oordeel dat onder het gebruik overeenkomstig de bestemming, dat de rechthebbende op een openbare weg krachtens artikel 14 Wegenwet moet dulden, mede moet worden verstaan het 'gebruik van de weg ten behoeve van de ontsluiting van aan die weg grenzende terreinen, waartoe het uitwegen op die weg dient te worden gerekend'.

Nadat hij van deze uitspraak kennis heeft genomen vordert Van de Akker van de gemeente terugbetaling van het voormelde bedrag. De weigering van de gemeente aan deze eis te voldoen vormt het geschil in deze uitspraak. In de procedure probeert de gemeente van twee juridische walletjes te eten: enerzijds beroept zij zich op het in goed vertrouwen afgaan op het Hoogeloonaarrest en de daaruit voortvloeiende privaatrechtelijke grondslag voor haar heffingsbevoegdheid; anderzijds beroept zij zich op de niet-ontvankelijkheid van Van de Akker in zijn vordering voor de burgerlijke rechter, nu hij heeft nagelaten tegen de heffingsbeschikking AROB-beroep in te stellen. De Hoge Raad vat dit laatste betoog samen door dit 'kort gezegd' aan te merken als een betoog van de gemeente als zou de betaling berusten op een beschikking met *formele rechtskracht*.

Het Hof had dit beroep op de formele rechtskracht verworpen. In zijn antwoord op de vraag of deze verwerping terecht was geschied, komt de Hoge Raad tot de beschrijving, die sindsdien als de klassieke van het beginsel van de formele rechtskracht is gaan gelden:

15 Zie ook: HR 19 november 1976, NJ 1979, 216; AB 1978, 243 m.nt. J.R.St (*Semper Crescendo*). Ook in deze zaak was van de desbetreffende administratieve rechtsgang geen gebruik gemaakt. Op grond hiervan oordeelde de Hoge Raad dat 'de stelling dat de [beschikking] ten onrechte is geweigerd in het onderhavige geding niet aan de orde kan komen, zodat er thans van dient te worden uitgegaan dat de [beschikking] rechtmatig was'. Zie hieromtrent voorts: HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669, m.nt. Borman; AB 1984, 399, m.nt. E.M. van Eijden; BR 1984, p. 508 m.nt. K. Van Rijckevorsel (*St. Oedenrode*); HR 22 november 1985, RvdW 1985, 218; NJ 1986, 722 m.nt. MS (*V&D-Groningen*); zie voorts noot Brunner bij HR 2 februari 1979, NJ 1979, 581; noot Borman (sub 7) bij ARRS 25 mei 1981, AB 1981, 516; noot Borman (sub 8) bij HR 11 december 1981, NJ 1983, 320; Koeman in BR 1984, p. 466; A. Walter de Bruin in BR 1984, p. 781-782; P.W.A. Gerritzen-Rode in BR 1985, p. 602 e.v.

16 HR 2 februari 1966, NJ 1966, 415 m.nt. NJP; ARB 1966, 579 m.nt. J.R. Stellinga; BR 1966, p. 266; Ars Aequi (16) 1967, p. 137 m.nt. Prins.

‘Voorop moet worden gesteld dat wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan (zoals die ingevolge de Wet Arob), de burgerlijke rechter, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, in geval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, ervan dient uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Dit beginsel geldt óók dan, indien dit de burgerlijke rechter ertoe zou nopen aan zijn uitspraak de rechtsgeldigheid ten grondslag te leggen van een beschikking waarvan als vaststaand mag worden aangenomen dat zij, als daartegen tijdig administratiefrechtelijk beroep zou zijn ingesteld, zou zijn vernietigd.’

Nieuw ten opzichte van het Hei- en Boeicoparrest – afgezien van de gehanteerde terminologie – is dat de Hoge Raad het uitgangspunt van de rechtsgeldigheid van de beschikking ten overstaan van de burgerlijke rechter tevens betreft op algemene rechtsbeginselen. In zoverre ‘versterkt’ deze uitspraak de onaantastbaarheid van beschikkingen waartegen geen tijdig beroep is ingesteld. Nieuw is echter ook de toevoeging van een uitzonderingsgrond: direct op de zojuist aangehaalde overwegingen waarin de hoofdregel is vastgelegd laat de Hoge Raad volgen:

‘De daaraan verbonden bezwaren kunnen evenwel door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard. Of voor zulk een uitzondering plaats is, hangt bijgevolg af van de bijzonderheden van het gegeven geval.’

Een in algemene bewoordingen gegoten anti-hardheidsclausule dus; een clausule die de Raad in dit geval bovendien van toepassing acht. De Hoge Raad sluit zich namelijk aan bij de opvatting van de rechtbank dat ‘overduidelijk [blijkt] dat de gemeente (...) al het mogelijke heeft gedaan om aan haar handelen tegenover Van de Akker het karakter te geven van een overeenkomst naar burgerlijk recht’. De Raad is van oordeel dat Van de Akker door deze handelwijze van de gemeente is ‘misleid’ en dat in zijn geval het onverkort vasthouden aan het beginsel van de formele rechtskracht zou leiden tot een *vermindering van rechtsbescherming*. Om deze reden trekt de Hoge Raad de zaak toch aan zich en komt hij tot het oordeel dat de beschikking in strijd met de wet is genomen en derhalve niet als een rechtsgeldige titel tot de betaling kan worden aangemerkt.

2.2 *De strekking van de formele rechtskracht*

In zijn aanvullende conclusie bij het zojuist besproken arrest¹⁷ merkt A-G Franx op dat ‘de hier besproken onaantastbaarheid van een beschikking in een civiele procedure het effect heeft van rechtsbescherming van de overheid tegen de burger’. De rechtsbescherming tegen de overheid zou zijns inziens ‘in haar tegendeel [zijn] komen te verkeren’. Tevens legt hij een nauw verband tussen het beginsel van de formele rechtskracht en het rechtszekerheidsbeginsel:

‘Na het verstrijken van de beroepstermijn kan geen Arob-beroep meer worden ingesteld. Alle betrokkenen hebben daardoor de zekerheid verkregen dat de beschikking in stand blijft, althans niet meer in Arob-beroep kan worden vernietigd. Dat is niet alleen voor de belanghebbende particulier maar ook voor de betrokken bestuursinstantie van grote betekenis, ook met het oog op

17 NJ 1986, 723, p. 1689.

het in de toekomst voor gelijksoortige gevallen te voeren beleid en de financiële consequenties daarvan.¹⁸

Dat neemt niet weg dat het beginsel der formele rechtskracht zich ook tegen de overheid kan keren. Zo is het een overheidsorgaan niet toegestaan zich tegenover degene die tegen zijn beschikking geen beroep heeft ingesteld op een achteraf gebleken onjuistheid van die beschikking te beroepen. Tegenover degenen die de beschikking in rechte hadden kunnen aanvechten is de overheid dus aan haar besluit gebonden.¹⁹

Ook Scheltema wijst in zijn noot bij Heesch/Van de Akker op het 'belang van de rechtszekerheid dat er niet langdurig twijfel blijft bestaan omtrent de rechtsgeldigheid van een beschikking'.²⁰ Interessant is overigens dat hij dit rechtszekerheidsargument in verband brengt met het terugdringen in het bestuursrecht van de nietigheid van beschikkingen: 'bij het bestaan van een goede rechtsbeschermingsmogelijkheid is een gebrekkige beschikking niet meer nietig, maar slechts vernietigbaar'. Tak heeft in dit verband opgemerkt dat de leer der formele rechtskracht tot nauwelijks aanvaardbare consequenties leidt bij (onder meer) onbevoegdheid, schending van fundamentele rechten of (anderszins dwingende publiekrechtelijke voorschriften).²¹

Het beginsel van de formele rechtskracht houdt niet alleen in dat beschikkingen waartegen niet tijdig in een administratieve rechtsgang is opgekomen door de burgerlijke rechter als rechtsgeldig moeten worden aangemerkt. Het beginsel ziet ook op de bindende werking die beslissingen in administratieve rechtsgangen toekomt jegens de burgerlijke rechter als de bestuursrechtelijke weg wél tijdig is gevolgd. Te denken valt hierbij bij voorbeeld aan situaties waarin de burgerlijke rechter wordt geconfronteerd met een schadevergoedingsactie gebaseerd op een 'vernietigende'²² uitspraak in een administratieve rechtsgang. De rechtszekerheid die de formele rechtskracht beoogt te dienen vereist niet alleen dat beschikkingen waartegen niet in beroep wordt opgekomen na zekere tijd komen vast te staan, maar vereist eveneens een zekere coördinatie tussen de administratieve rechtsgangen en die voor de burgerlijke rechter. In het arrest Heesch/Van de Akker overweegt de Hoge Raad in dit verband dat de met de formele rechtskracht samenhangende regels '[er mede toe strekken] te voorkomen dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de administratieve rechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze'. De formele rechtskracht ziet aldus enerzijds op de vraag naar de ontvankelijkheid van vorderingen bij de burgerlijke rechter in geschillen met de overheid; anderzijds op de vraag naar de mate waarin de burgerlijke rechter wordt gebonden aan een eerdere, in een administratieve rechtsgang tot stand gekomen beslissing.²³

18 A-G Franx, NJ 1986, 723, p. 1690.

19 HR 22 november 1985, NJ 1986, 722 m.nt. MS (*V&D-Groningen*). Zie hiertoe tevens: E.J. Daalder, Cécile M. Bitter, *Formele rechtskracht van overheidsbesluiten*, Bestuur, nr. 3/ maart 1990, p. 75.

20 NJ 1986, 723, p. 1695. Zie ook N. Verheij in punt 8 zijn noot bij EHRM 16 april 2002, *Dangeville*, AB 2004, 75, waar hij in meer algemene zin opmerkt dat recht altijd een compromis is tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid.

21 A.Q.C. Tak, noot onder HR 11 november 1988, tB/S 1988, Burgerlijke rechter, nr. 3.

22 De terminologie is ontleend aan A.Q.C. Tak; zie diens aantekening bij HR 14 juni 1991, tB/S 1991, Burgerlijke rechter, nr. 4.

23 Mok en Tjittes maken in dit verband een onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke formele rechtskracht. Van eigenlijke rechtskracht is volgens hen sprake wanneer tegen een overheidsbeschik-

Allereerst de ontvankelijkheidsvraag. Deze grijpt terug op de rechtspraak over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om kennis te nemen van rechtsvorderingen die voortvloeien uit publiekrechtelijke verhoudingen. Van algemene bekendheid is het arrest Guldemond/Noordwijkerhout,²⁴ op grond waarvan voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter beslissend is de aard van het recht waarin de eiser vraagt te worden beschermd (de *objectum litis*-leer). Is dit recht van privaatrechtelijke aard, dan is de burgerlijke rechter bevoegd van het geschil kennis te nemen. De burgerlijke rechter zal een desbetreffende vordering evenwel niet-ontvankelijk verklaren, indien tegen de beschikking een bijzondere, beroep op de burgerlijke rechter uitsluitende, rechtsgang openstaat. Van een dergelijke uitsluiting is sprake indien naar het oordeel van de burgerlijke rechter de administratieve rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed.²⁵ Zeer expliciet over de in de formele rechtskracht besloten bevoegdheidsverdeling is de Hoge Raad in het arrest Hot Air/Staat²⁶, waarin hij overweegt dat 'het beginsel van de formele rechtskracht erop berust dat het oordeel over de vraag of de betrokken beschikking zowel wat betreft haar wijze van tot stand komen als voor wat betreft haar inhoud in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en met algemene rechtsbeginselen, bij uitstek toekomt aan de administratieve rechter'.²⁷

Is eenmaal in een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang een oordeel geveld over de rechtsgeldigheid van de beschikking, dan is de burgerlijke rechter ook aan dit oordeel gebonden. Dit betekent dat, in het geval de overheid een beschikking neemt die in een administratieve rechtsgang wordt vernietigd, de burgerlijke rechter bij een eventuele latere, op artikel 6: 162 BW gebaseerde, schade-actie van de in de administratieve rechtsgang vastgestelde onrechtmatigheid heeft uit te gaan.²⁸ Daarbij acht de burgerlijke rechter in beginsel tevens de schuld van het overheidslichaam gegeven. Deze aanname van schuld is niet beperkt tot de situatie waarin de beschikking is vernietigd wegens strijd met

king een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang heeft opengestaan en die rechtsgang door de belanghebbende niet, niet tot het einde of zonder succes (dat wil zeggen zonder dat dit tot vernietiging van het bestreden besluit heeft geleid) is benut. In dat geval moet de burgerlijke rechter uitgaan van de rechtsgeldigheid van de inhoud en de wijze van totstandkoming van de beschikking.

Van oneigenlijke formele rechtskracht is volgens hen sprake indien de burger een openstaande administratieve rechtsgang heeft benut en dit tot vernietiging van de beschikking heeft geleid. In dat geval dient de burgerlijke rechter er van uit te gaan dat de beschikking van de aanvang af niet rechtsgeldig is wat betreft haar inhoud of totstandkoming (M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid, RM Themis 1995/9, p. 383-404).

24 HR 31 december 1915, NJ 1916, 407.

25 Aldus het bekende Schellen- en deuropenersarrest (HR 22 februari 1957, AB 1957, p. 555, m.nt. M. Troostwijk). Aanvankelijk placht de burgerlijke rechter zich onbevoegd te verklaren in ambtenarenzaken. Sinds het *Changoe*-arrest (HR 28 februari 1992, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB) volgt ook hier een niet-ontvankelijkverklaring.

26 HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt. MS; AB 1989, 80 m.nt. F.A. van Bakelen; BR 1988, p. 674 m.nt. Koeman; Gst. 6856, p. 231 m.nt. L.J.A. Damen.

27 Zie ook A.Q.C. Tak in zijn noot bij HR 11 november 1988, tB/S 1988, Burgerlijke rechter, nr. 3, volgens wie de leer der formele rechtskracht 'in wezen een ontvankelijkheidsleer [is] voor die situaties waarin een bijzondere rechtsgang heeft opengestaan (en al dan niet is gevolgd)'.

28 Vgl. HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB (*St. Oedenrode*). Voor L.J.A. Damen is dit aanleiding de formele rechtskracht, ietwat verwarrend mijns inziens, aan te merken als een materieel beginsel (L.J.A. Damen, noot bij HR 11 november 1988, Gst. 6875, nr.2).

de wet,²⁹ maar strekt zich tevens uit tot de situatie waarin de beschikking is vernietigd wegens strijd met ongeschreven recht. Het duidelijkst komt dit beginsel tot uiting in het arrest Van Gog-Nederweert,³⁰ waarin de Hoge Raad oordeelt dat een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand wordt vernietigd wegens strijd met de wet *of enige andere in artikel 8 lid 1 Wet Arob vermelde grond – dan wel een overeenkomstige grond vermeld in enige andere administratieve wet*. Deze onrechtmatige daad komt in beginsel voor rekening van het overheidslichaam, zelfs indien dit laatste geen enkel verwijt treft. De uit de formele rechtskracht voortvloeiende binding van de burgerlijke rechter aan het oordeel van de administratieve rechter komt uitdrukkelijk naar voren in de volgende overweging:

‘Zulk een oordeel (te weten het oordeel van de Afdeling dat B&W niet in redelijkheid tot hun besluit hadden kunnen komen, RB) heeft in beginsel voor de burgerlijke rechter in een later geding tussen partijen bindende kracht, niet alleen bij zijn oordeel omtrent de onrechtmatigheid, maar ook daarbuiten, zoals bij zijn oordeel omtrent de toerekening van de onrechtmatige daad..’

De Hoge Raad is voorts van oordeel dat:

‘dit moet worden aanvaard, omdat aldus wordt voorkomen: (i) dat partijen – en met name de burger – opnieuw moeten strijden over een punt waaromtrent reeds is beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang; (ii) dat de burgerlijke rechter in zaken waarover ook de administratieve rechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze; en (iii) dat de burgerlijke rechter zich moet begeven in vragen die typisch tot het werkterrein van de administratieve rechter behoren’,

daarmee opnieuw de coördinerende functie van het beginsel van de formele rechtskracht benadrukkend.

Een relativering ten aanzien van de binding voor de burgerlijke rechter aan beslissingen in administratieve rechtsgangen lijkt de Hoge Raad aan te brengen in zijn arrest van 14 juni 1991.³¹ In deze uitspraak oordeelt de Hoge Raad dat de kring van belanghebbenden in de zin van artikel 7 Wet Arob niet hoeft samen te vallen met de kring van personen jegens wie de door de Afdeling Rechtspraak vernietigde beschikking een onrechtmatige daad oplevert. Dit arrest houdt in zoverre een relativering in van de met de formele rechtskracht samenhangende bindende werking van beslissingen in administratieve rechtsgangen, dat mét een vernietigingsbesluit weliswaar komt vast te staan dat de desbetreffende beschikking onrechtmatig is, maar dat daarmee nog niet komt vast te staan dat het overheidslichaam ook jegens een ieder die op grond van de Wet Arob als rechtstreeks belanghebbend kan worden aangemerkt schadeplichtig wordt. Verrassend is dit niet, omdat ook de overheid slechts aansprakelijk is indien aan alle vereisten van de onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW is voldaan. Krachtens Van Gog/Nederweert zijn bij een vernietigingsbesluit in een administratieve rechtsgang in beginsel de eerste twee vereisten – onrechtmatigheid en schuld – gegeven. Van schadeplichtigheid van de overheid is evenwel

29 Zoals wel werd aangenomen op basis van HR 26 september 1986, AB 1987, 70 m.nt. FHvdB; NJ 1987, 253 m.nt MS (*Hoffmann-La Roche*); zie ook HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt MS (*Nibourg-Zuidwolde*); HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 m.nt. JBMV (*Velzen-De Waard*).
30 HR 31 mei 1991, AB 1992, 291 m.nt. FHvdB.
31 NJ 1991, 693; AB 1992, 291 m.nt. FHvdB; tB/S 1991, Burgerlijke rechter, nr. 4.

pas sprake als eveneens aan de overige vereisten – schade, causaal verband en relativiteit – is voldaan. Het arrest van 14 juni 1991 vormt een weerslag van dit laatste vereiste.

Samenvattend kan worden opgemerkt dat het beginsel van de formele rechtskracht nauw samenhangt met het ontvankelijkheidsvraagstuk bij de burgerlijke rechter inzake procedures tegen de overheid. Slechts indien geen met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang tegen een beschikking voorhanden is, bestaat de mogelijkheid op grond van een vordering uit onrechtmatige daad de beschikking aan te vechten bij de burgerlijke rechter. Bij de formele rechtskracht gaat het echter om meer dan alleen het oplossen van de ontvankelijkheidsvraag.³² Het vraagstuk van de formele rechtskracht betreft de uit de wettelijke bevoegdheidsverdeling tussen administratieve beroepsinstanties en burgerlijke rechter te trekken consequenties omtrent de bindende werking van beschikkingen. Deze bindende werking berust enerzijds op een tot de burgerlijke rechter gericht voorschrift inhoudende dat, indien niet tijdig van de administratieve rechtsgang gebruik is gemaakt, de burgerlijke rechter dient uit te gaan van de rechtmatigheid van de beschikking. Anderzijds verplicht ze de burgerlijke rechter om, indien wél van de administratieve rechtsgang gebruik is gemaakt, de beslissing van de administratieve beroepsinstantie omtrent de rechtmatigheid van de beschikking te aanvaarden. Voor beide gevallen geldt echter de juridische ontsnapingsformule: 'in beginsel'.

2.3 *Doorbreking van de formele rechtskracht*

Zoals hiervoor werd aangegeven overwoog de Hoge Raad in Heesch/Van de Akker dat de aan de formele rechtskracht verbonden bezwaren door bijkomende omstandigheden zo klemmend kunnen worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard. Of voor zulk een uitzondering plaats is, hangt, naar het oordeel van de Raad, af van de bijzonderheden van het gegeven geval. In Heesch/Van de Akker waren deze bijzondere omstandigheden gelegen in de jaren lang voortdurende discrepantie tussen de rechtspraak van de Afdeling Rechtspraak en de burgerlijke rechter op het gebied van de uitwegvergunningssstelsels, en meer in het bijzonder in de onzekere procesrechtelijke situatie die van deze discrepantie het gevolg was. Ook het misbruik dat het gemeentebestuur in deze zaak van de verwarring had pogen te maken droeg bij aan het oordeel van de Raad dat ten aanzien van Van de Akker een uitzondering moest worden gemaakt op het beginsel van de formele rechtskracht.

Een andere uitspraak die een voorbeeld biedt van de doorbreking van de formele rechtskracht is het arrest Ekro/Staat.³³ In deze zaak acht de Hoge Raad een reden voor het maken van een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht gelegen in de 'ondoorzichtige situatie' met betrekking tot de mogelijkheden van bezwaar en beroep in verband

32 Vgl. Koeman in zijn noot bij HR 12 december 1986, BR 1987, p.236 e.v. voor het geval dat sprake is van een besluit, waartegen Kroonberoep mogelijk zou zijn geweest, doch waarover de Kroon, wegens het niet instellen van beroep, geen oordeel heeft gegeven. In dat geval dient zijns inziens de gewone rechter een vordering, gebaseerd op de stelling dat een dergelijk besluit onrechtmatig is, niet-ontvankelijk te verklaren. Hij is evenwel van oordeel dat dit niet betekent dat de rechter er steeds van zal moeten uitgaan dat een dergelijk besluit rechtmatig is en het dus in zoverre geen formele rechtskracht verkrijgt.

33 HR 11 november 1988, AB 1989, 81 m. nt. FHvdB; Gst. 6875, nr. 2, m.nt. L.J.A. Damen.

met keuringen op grond van de Vleeswet en de Vleeskeuringswet. In het bijzonder bestond onzekerheid of de krachtens deze wetten verschuldigde heffingen aan te merken waren als beschikkingen in de zin van de Wet Arob. Tot deze zaak had de Staat zich nimmer op het beschikkingskarakter van deze heffingen beroepen. De Hoge Raad spreekt in dit verband van een 'vast beleid' en vindt de rechtvaardiging voor de uitzondering op de formele rechtskracht in de overweging 'dat de Staat niet zonder grond ten nadele van een burger van een bestendig beleid behoort af te wijken'.

Zowel in Heesch/Van de Akker als in Ekro/Staat³⁴ maakt de Hoge Raad een uitzondering op het uitgangspunt dat de burgerlijke rechter, indien geen gebruik is gemaakt van het Arob-beroep, van de rechtmatigheid van de beschikking dient uit te gaan.

Een voorbeeld van een uitzondering op het andere aspect van de formele rechtskracht – te weten dat, indien de administratieve rechtsgang wel doorlopen is, de burgerlijke rechter gebonden is aan de uitkomst hiervan – biedt het arrest 's-Gravenhage/Aral Nederland b.v.³⁵ In deze uitspraak wijdt de Hoge Raad een overweging aan de formele rechtskracht van een uitspraak in Kroonberoep in verband met het Benthem-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens:

'Dat beginsel (van de formele rechtskracht, RB) lijdt, gezien de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 23 oktober 1985, NJ 1986, 102 (de Benthem-zaak) uitzondering indien 'de houder van de vergunning of degene die de inrichting drijft' zich erop beroept dat de Kroon niet kan worden beschouwd als een 'rechterlijke instantie' die voldoet aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM: alsdan vindt voormeld beginsel geen toepassing en heeft de burgerlijke rechter ook het door de Kroon reeds besliste punt van geschil ten volle zelfstandig te beoordelen.'

De Hoge Raad is voorts van oordeel dat door een dergelijk beroep aan de uitspraak van de Kroon *de formele rechtskracht komt te ontvallen*. Deze uitzondering op de formele rechtskracht geldt slechts de houder van de vergunning, niet het overheidsorgaan dat deze verleend heeft. Op het eerste gezicht doet dit denken aan het relatieve karakter dat Vegting³⁶ aan het beginsel van de formele rechtskracht toekende. Bedacht moet echter worden dat deze 'relatieve werking' rechtstreeks samenhangt met het karakter van artikel 6 EVRM, dat strekt tot bescherming van de burger *tegen* de overheid, met welke strekking volgens de Hoge Raad 'niet zou stroken de overheid, wanneer in de administratiefrechtelijke rechtsgang een voor haar ongunstige uitspraak is gevallen, bevoegd te achten de zaak ten nadele van de burger weer op losse schroeven te zetten door ter zake een nieuw, zelfstandig oordeel van de burgerlijke rechter te verlangen'.

Tot welke conclusie leiden de hier besproken uitspraken? Bij de beoordeling van de vraag of in een bepaald geval een uitzondering moet worden gemaakt op het beginsel van de formele rechtskracht, staat de rechter voor een afweging van twee met elkaar concurrerende rechtsbeginselen. Enerzijds is er het rechtszekerheidsbeginsel: de rechtszekerheid verlangt dat de beschikking na verloop van tijd voor alle betrokkenen vast komt te staan. Ander-

34 Meer recente voorbeelden, dan vanuit het oogpunt van de doorwerking van het Europese recht, zullen aan de orde komen in hoofdstuk 5.

35 HR 6 februari 1987, AB 1987, 272 m.nt. FHvdB.

36 W.G. Vegting, a.w. (noot 5), p. 271.

zijds is er het beginsel van toegang tot de rechter: een ieder jegens wie onrechtmatig wordt gehandeld heeft in beginsel recht op toegang tot een rechter, die door de wet bevoegd is verklaard deze onrechtmatigheid 'recht te zetten'.

Omwille van het rechtszekerheidsbeginsel doet de formele rechtskracht afbreuk aan het recht op toegang tot de rechter. Men zou het zo kunnen formuleren dat voor wat de in dit boek aan de orde gestelde problematiek betreft het rechtszekerheidsbeginsel in beginsel 'voorgaat' op het recht op toegang tot de rechter. De betekenis van de zojuist behandelde uitspraken is dat in die gevallen de Hoge Raad bereid blijkt van die voorrangsregel af te wijken. In Heesch/Van de Akker en Ekro/Staat, gevallen waarin door rechtsonzekerheid – nog aangewakkerd door het gedrag van de desbetreffende bestuursorganen – het administratief beroepsrecht werd gefrustreerd, gaf de Hoge Raad voorrang aan het recht op toegang tot de rechter. Dit komt in het bijzonder duidelijk naar voren in Heesch/Van de Akker, waarin de Hoge Raad het recht op rechtsbescherming uitdrukkelijk in zijn overwegingen betreft: de Hoge Raad is immers van oordeel dat er bij vasthouden aan het beginsel van de formele rechtskracht sprake zou zijn van een *vermindering van rechtsbescherming* voor degenen die de mogelijkheid van Arob-beroep niet tijdig hebben onderkend (en ook niet hebben behoeven te onderkennen), terwijl 'uit [de Arob-]jurisprudentie onmiskenbaar voortvloeit dat betalingen als de onderhavige van hen in strijd met de wet zijn "geheven"'. De Hoge Raad stelt dus vast dat er 'onmiskenbaar' sprake is van een schending van het recht, terwijl daar bij een strikte toepassing van de formele rechtskracht geen recht op toegang tot de rechter tegenover staat.

Onmiskenbare strijd met het recht kan ook optreden, indien (lange tijd) na het nemen van een beschikking komt vast te staan dat de beschikking berust op een onverbindende regeling in verband met strijd met het internationale of communautaire recht. Ook dan zal de vraag rijzen of aan degenen die, afgaande op de geldigheid van de wettelijke regeling, aanvankelijk in de mening verkeerden dat beroep tegen de beschikking kansloos zou zijn, de formele rechtskracht van de beschikkingen kan worden tegengeworpen. Anders gezegd: is er ook dan sprake van een 'klemmend bezwaar' tegen de formele rechtskracht van beschikkingen, indien de betrokkenen bij het kiezen van het juiste rechtsmiddel (of het afzien van instellen van beroep) geen rekening hebben gehouden met niet te voorziene ontwikkelingen in de jurisprudentie, een vraag die door Scheltema bevestigend werd beantwoord.³⁷ Van der Burg lijkt nog een stapje verder te gaan, wanneer hij mede naar aanleiding van het beginsel van de formele rechtskracht zoals dat is geformuleerd in Heesch/Van de Akker opmerkt dat 'deze onaantastbaarheidsopvatting [hem niet lijkt op te gaan] in de gevallen dat de regeling waarop de beschikking steunde, zelf – naar achteraf wordt vastgesteld – nimmer rechtsgeldig is geweest'.³⁸

Zoals hiervoor werd vastgesteld wordt in Heesch/Van de Akker en Ekro/Staat getoetst aan het recht op toegang tot de rechter: een ongeschreven³⁹ recht dat direkt verband houdt met de idee van de rechtsstaat; een idee, die in de angelsaksische landen mijns inziens treffender wordt aangeduid als de *rule of law*. In Aral/Nederland toetst de Hoge Raad de formele

37 Zie zijn noot onder HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch-Van de Akker).

38 F.H. van der Burg in zijn noot bij HR 9 mei 1986, AB 1986, 429 (Van Gelder-papier).

39 Vgl. EHRM 21 februari 1975, Series A, vol. 17; NJ 1975, 462 m.nt. E.A. Alkema.

rechtskracht van het Kroonberoep aan artikel 6 EVRM, het verdrag dat gezien kan worden als de belichaming van de *rule of law* in Europees verband.⁴⁰ Volgens artikel 6 EVRM heeft een ieder, voorzover het de vaststelling van zijn *civil rights and obligations* betreft, recht op een *fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*. In het Benthem-arrest was gebleken dat het Kroonberoep niet aan deze eisen voldeed. Om deze reden komt, voorzover het geschil de vaststelling een *civil right of obligation* betreft, voor de belanghebbende burger de formele rechtskracht aan de beslissing van de Kroon te ontvallen en krijgt hij recht op toegang tot de burgerlijke rechter.⁴¹

De formele rechtskracht moet hier overigens niet verward worden met de onherroepelijkheid van een besluit. Ook al wordt met een beroep op art. 6 EVRM een besluit van de Kroon aangevochten voor de burgerlijke rechter, dan nog blijft dit besluit onherroepelijk.⁴² Dat de burgerlijke rechter het in hoogste beroepsinstantie (genomen besluit naar burgerlijk recht onrechtmatig kan achten (zoals het geval was in Dekker/Barneveld), deed aan de onherroepelijkheid (in bestuursrechtelijke zin) van het onderliggende besluit niet af.

2.4 *Verschoonbare termijnoverschrijding*

Door sommige schrijvers⁴³ is wel verdedigd dat, in gevallen waarin een beroep wordt gedaan op de doorbreking van de onaantastbaarheid van beschikkingen waarvan op grond van latere jurisprudentie geoordeeld moet worden dat deze onrechtmatig zijn, aan het onverbiddelijke karakter van de formele rechtskracht kan worden ontkomen door een ruimere toepassing te geven aan de toepassing van artikel 6:11 van de Awb, dat ziet op de verschoonbaarheid van termijnoverschrijding bij het instellen van beroep bij de bestuursrechter. Voorop moet echter worden gesteld dat van een doorbreking van de formele rechtskracht bij de toepassing van artikel 6:11 van de Awb geen sprake is. Als de rechter de overschrijding van de beroepstermijn immers verschoonbaar acht, is er immers juist geen sprake van een rechtens onaantastbaar besluit en heeft dit besluit dan ook geen formele rechtskracht. Belangrijker is echter dat artikel 6:11 van de Awb niet ziet op de gevallen die in dit onderzoek centraal staan. Dit artikel heeft betrekking op (op de persoon van) appellants betrekking hebbende feiten en omstandigheden die hem ervan hebben weerhouden tijdig beroep in te stellen. Het ziet niet op de situatie waarin blijkt dat de juridische grondslag van het bestreden besluit achteraf, blijkens uitspraken in andere gedingen, op

40 Zo meent Alkema dat het Verdrag de *rule of law*, gehandhaafd door de rechter, voorop stelt; zie: E.A. Alkema, De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse Grondwet, preadvies Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1991, p. 32.

41 Aldus het zich als een 'tweeling-uitspraak' tot Aral-Den Haag verhoudende arrest *Dekker-Barneveld* (HR 12 december 1986, NJ 1987, 381 m.nt. MS; BR 1987, p.236 e.v. m.nt. Koeman).

42 Zie in dit verband: AGvB 20 december 1991, AB 1992, 294; van de onherroepelijkheid van een beschikking dient te worden uitgegaan wanneer de beroepstermijn ongebruikt is verstreken, dan wel wanneer de op de in de wet (de Hinderwet en de Wabm in dat geval, RB) voorziene wijze in hoogste instantie is beslist op het beroep. De ratio hiervan is dat het besluit alleen in een administratief-rechtelijke beroepsprocedure kan worden vernietigd.

43 Zie bijvoorbeeld N.S.J. Koeman voor wat de Wet Arob betreft in zijn noot onder HR 16 mei 1986, BR 1986, p. 782 (*Heesch-Van de Akker*).

losse schroeven komt te staan. Artikel 6:11 van de Awb⁴⁴ zal in de rest van dit boek dan ook slechts een ondergeschikte rol spelen.

2.5 *Overige aspecten*

Van doorbreking van de formele rechtskracht dient eveneens te worden onderscheiden de mogelijkheid om aan het bestuursorgaan te vragen terug te komen van eerdere, in verband met veranderde jurisprudentie ‘onjuist’ gebleken beschikkingen. Zoals in paragraaf 3 nader zal worden uitgewerkt kan een weigering van het bestuur om tot een dergelijke in-trekking over te gaan worden aangemerkt als een weigering een beschikking te geven. Deze weigering kan vervolgens weer voorwerp zijn van een procedure bij de bestuurs-rechter. Deze procedure spitst zich dan toe op het herzieningsbesluit. Hoewel dit besluit uiteraard in nauw verband staat tot het besluit waarvan heroverweging is verzocht, kan dit laatste besluit als zodanig niet opnieuw voor de rechter worden betwist. Van belang is voorts reeds op te merken dat de procedure waarin het herzieningsbesluit centraal staat, zich kenmerkt door een geheel eigen toetsingskader. Ook hierop wordt in paragraaf 3 nader ingegaan.

Tot slot moet er nog op gewezen worden dat met het aan de orde stellen van de doorbreking van de onaantastbaarheid in verband met veranderde jurisprudentie nog geenszins alle problemen die samenhangen met de terugwerkende kracht van nieuwe jurisprudentie zijn behandeld. De vooronderstelling in deze paragraaf was steeds dat er een eerdere beschikking is die heroverweging verdient in het licht van nieuwe jurisprudentie. Maar in zeer veel van de in dit boek aan de orde te stellen gevallen is er helemaal geen eerdere beschikking, simpelweg omdat een aanvraag hiertoe onder de ‘oude’ jurisprudentie zinloos leek. Dit probleem doet zich in het bijzonder voor in de sociale zekerheid, waar verandering van rechtspraak in verband met de doorwerking van het internationale en communautaire recht er vaak de oorzaak van is geweest dat grote groepen ‘plotseling’ recht op een uitkering bleken te hebben; een recht, waarop ze in het licht van de ‘oude’ interpretatie van de desbetreffende wetbepalingen niet konden rekenen, om welke reden ook van een aanvraag werd afgezien. In dit soort gevallen speelt de onaantastbaarheid van beschikkingen hooguit indirect,⁴⁵ gewoonweg omdat er geen eerdere beschikking voorhanden is. De rechtspraak over dit soort gevallen heeft gewoonlijk betrekking op de vraag met ingang van welk tijdstip het alsnog verkregen uitkeringsrecht geacht moet worden in te gaan. Deze rechtspraak zal in hoofdstuk 3 centraal staan.

44 En de hieraan voorgaande bepalingen, zoals artikel 9, lid 4 Wet Arob, artikel 33, lid 3, Wet Arbo en artikel 84, lid 2 Beroepswet.

45 Bij de interpretatie van wettelijke hardheidsclausules in verband met een te late aanvraag.

3. Herziening van bestuurlijke besluiten

3.1 Inleiding

Op 31 december 1984⁴⁶ deed de Centrale Raad van Beroep uitspraak in de volgende casus.

Het bestuur van de voormalige Bedrijfsvereniging voor de Hout- en Meubelindustrie en Groot-handel in hout (het uitvoeringsorgaan) kent aan een voormalig werknemer (W) een uitkering toe op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). Gedurende zijn werkzaamheden had W een aantal extra financiële voordelen genoten. Zo was hem door zijn werkgever een auto ter beschikking gesteld, die hij ook voor privé-doeleinden had mogen gebruiken. Ook had de werkgever W's telefoonkosten gedragen. Bij de berekening van het WAO-dagloon hield het uitvoeringsorgaan echter geen rekening met deze 'emolumenten'. Dit geheel in overeenstemming met de toen geldende jurisprudentie volgens welke de desbetreffende financiële voordelen niet als loon in de zin van de WAO waren te beschouwen, en om die reden ook niet bij de berekening van het dagloon mochten worden betrokken. Tegen het aldus genomen besluit wendt W geen rechtsmiddel aan.

Enige tijd later neemt W kennis van een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 22 september 1981,⁴⁷ waarin deze omgaat met betrekking de berekening van het dagloon. De Raad beslist dat in het licht van de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden het voordeel voortvloeiende uit het privé-gebruik van een dienstauto en uit het genot van het voor privé-doeleinden op kosten van de werkgever mogen gebruiken van een telefoon wel als loon is te beschouwen en derhalve bij de berekening van het dagloon in aanmerking moet worden genomen. Op grond van deze nieuwe rechtspraak verzoekt W het bestuur van de BV terug te komen van de aanvankelijke berekening van het dagloon.

In voornoemde uitspraak van 22 september 1981 had de Centrale Raad van Beroep bepaald dat ook de vergoedingen voor de kosten van het gebruik van de auto-van-de-zaak voor privé-doeleinden en voor de telefoonkosten dienden te worden meegenomen bij de bepaling van het WAO-dagloon. De Raad had in deze uitspraak als zijn oordeel te kennen gegeven dat deze nieuwe opvatting beter strookte met de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden. In zijn uitspraak van 31 december 1984 waarin het naar aanleiding van de jurisprudentiewijziging ingediende herzieningsverzoek ter beoordeling stond, gaat de Centrale Raad uit van de volgende premisse omtrent de wijziging in de maatschappelijke omstandigheden waaraan hij in zijn uitspraak van 22 september 1981 had gerefereerd:

'Daargelaten wanneer die wijziging in de maatschappelijke omstandigheden zich is gaan voordoen, in ieder geval heeft de Raad bij die uitspraak (van 22 september 1981, RB) implicite vastgesteld dat de bedoelde ontwikkeling zich reeds had voltrokken op de datum van aanvang van de periode waarover het betreffende geschil handelde, dit is de (eerste) datum, met ingang waarvan destijds het toen betwist dagloon was berekend (17 oktober 1978).'

We zien hier de figuur verschijnen die typisch is voor de in deze paragraaf aan de orde te stellen problematiek. W tracht alsnog aanspraak te maken op een hoger dagloon, waarbij hij zich beroept op een na de onherroepelijke vaststelling van zijn dagloon jegens een ander gewezen rechterlijke uitspraak, waaruit kan worden afgeleid dat het uitvoeringsorgaan destijds bij de vaststelling van W's dagloon van een verkeerde rechtsopvatting is

⁴⁶ Gepubliceerd in AB 1985, 348 m.nt. J.H. Smits en RSV 1985/126 m.nt. N.J. Haverkamp.
⁴⁷ RSV 1982/72 m.nt. N.J. Haverkamp.

uitgegaan. W doet, met andere woorden, een beroep op de terugwerkende kracht van een precedent dat voortvloeit uit een uitspraak waarbij hij geen partij was.

Zo gesteld hangt deze figuur nauw samen met de vraag of van rechterlijke uitspraken ook een bindende werking kan uitgaan die verder strekt dan alleen tot de bij die uitspraak betrokken partijen; een vraag die verwantschap vertoont met het vraagstuk van de 'rechter als wetgever'. Voorts, wordt eenmaal geconcludeerd tot een dergelijke algemenere werking van een rechterlijke uitspraak, dan speelt in nauwe samenhang hiermee de vraag naar de werking in de tijd van deze binding. Van een dergelijke algemene werking van rechtspraak biedt de dagloonzak een goed voorbeeld. Op de zojuist geciteerde passage laat de Raad immers volgen:

'Een *rechtens juiste* dagloonvaststelling over een na [17 oktober 1978] gelegen periode dient derhalve uit te gaan van medeberekening van de betreffende emolumenten.

Bij de beslissing d.d. 24 september 1980 waarvan eiser in het onderhavige geding aan gedaagde om herziening heeft verzocht (...) is dit niet geschied.

Die beslissing is mitsdien in zoverre *rechtens onjuist* te achten, zij het dat van die onjuistheid aan gedaagde, gezien de destijds geldende jurisprudentie van de raad, geenszins een verwijt kan worden gemaakt'. (mijn cursivering, RB)

Aan de nieuwe jurisprudentie was door de Raad in zijn uitspraak van 22 september 1981 toepassing gegeven met ingang van 17 oktober 1978. Opvallend – en tevens typerend voor de in dit hoofdstuk aan te snijden problematiek – is dat deze datum nu ook voor de door W aangespannen zaak beslissend wordt, in die zin dat naar het oordeel van de Raad dagloonvaststellingen die geen rekening houden met voornoemde emolumenten in elk geval *vanaf 17 oktober 1978* als *rechtens onjuist* hebben te gelden. Aan de datum van 17 oktober 1978, die geheel 'eigen' was aan de positie van de belanghebbende in de uitspraak van 22 september 1981, komt aldus volgens de onderhavige uitspraak de *algemene* betekenis toe, dat vanaf dat tijdstip *alle* dagloonvaststellingen volgens de oude methode als 'rechtens onjuist' te boek staan. Dat geldt dus ook voor de vaststelling van het dagloon van W, ook al vond deze ruim vóór de verandering van de jurisprudentie plaats, en ook al kon het uitvoeringsorgaan om die reden nog stellen 'van niets te hebben geweten'.

De keuze van de datum van 17 oktober 1978 doet op het eerste gezicht willekeurig aan. De algemene strekking die de Raad, aldus redenerend, toekent aan zijn uitspraak van 22 september 1981 rechtvaardigt de Raad echter met zijn beroep op de wijziging in de maatschappelijke omstandigheden. Deze wijziging vormt de werkelijke grond voor het oordeel van de Raad dat vaststelling van het dagloon onder uitsluiting van de hier bedoelde emolumenten rechtens onjuist is. De keuze voor de datum van 17 oktober 1978 is in wezen slechts van praktische aard, zijnde een datum waarop, naar de Raad heeft vastgesteld, de bedoelde maatschappelijke ontwikkeling zich reeds *had* voltrokken.

Haverkamp plaatst de uitspraak uitdrukkelijk onder de noemer van het rechterlijk overgangsrecht.⁴⁸ Hierover had de CRvB zich in zijn uitspraak van 22 september 1981 niet uitgelaten en hierin wordt in de uitspraak van 31 december 1984 alsnog voorzien. Naar het oordeel van Haverkamp past de keuze voor de datum van 17 oktober 1978 slecht in de

conceptie van de rechtsvormende werking van jurisprudentie. Naar zijn oordeel is het uitgangspunt voor die werking dat de rechter in een gegeven geval een beslissing geeft, waarvan men mag verwachten dat hij die in toekomstige gevallen eveneens zal geven. Naar zijn oordeel zit het rechtsvormende element in die laatste verwachting, maar daar kan pas sprake van zijn vanaf het tijdstip waarop de rechter zijn beslissing heeft gegeven en niets reeds vanaf het tijdstip waarop het geval zich voordoet dat bij de rechter, jaren later, tot die beslissing zal gaan leiden. Haverkamp meent echter dat vóór het standpunt van de CRvB pleit dat het strekt tot een gelijke rechtsbedeling. Als de datum van 22 september 1981 tot uitgangspunt genomen zou worden, zou er binnen het geheel van de tussen 17 oktober 1978 en 22 september 1981 genomen beslissingen sprake zijn van één beslissing die een, naar hij noemt, 'willekeurige voorkeursbehandeling' zou hebben gekregen. Naar zijn oordeel weegt dit echter niet op tegen de onzekerheid die door deze jurisprudentie wordt opgeroepen bij de individuele verzekerde omtrent actie die moet worden genomen om alsnog voor terugwerkende kracht in aanmerking te komen. Voorts acht hij het een bezwaar dat de uitvoeringsorganen door deze jurisprudentie worden overvallen en – naar hij veronderstelt – worden verplicht tot een herzieningsoperatie.

Dit laatste argument overtuigt mijns inziens niet, omdat de Raad zelf aangeeft dat herziening met terugwerkende kracht alleen kan plaatsvinden op verzoek en dat deze verzoeken moeten worden beoordeeld in het kader van de discretionaire bevoegdheid van bestuursorganen om terug te komen van in rechte onaantastbaar geworden besluiten. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid kan, zoals de Haverkamp ook beaamt, de vraag worden betrokken of de aanspraak alsnog aan de hand van de feiten kan worden vastgesteld, iets wat met aanspraken die met terugwerkende kracht worden verleend vaak nog de meeste problemen oplevert.

3.2 *Herziening van besluiten*

Na deze inleiding is het zaak op meer systematische wijze stil te staan bij het vraagstuk van de herziening van bestuurlijke besluiten in het licht van veranderde jurisprudentie. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de praktijk zich bedient van een uiteenlopende terminologie die nogal wat verwarring kan oproepen. Afwisselend wordt er gesproken van verzoeken om herziening, verzoeken om terug te komen van (of op) een eerder besluit en van herhaalde aanvragen. De herhaalde aanvraag wordt thans geregeld in artikel 4:6 van de Awb. De verzoeken om herziening of om een 'terug komen van' worden doorgaans in verband gebracht met in rechte onaantastbaar geworden besluiten en zijn voor dit onderzoek dan ook het meest toepasselijk. Zij kunnen bovendien, anders dan artikel 4:6 van de Awb, tevens betrekking hebben op ambtshalve genomen besluiten. Uit de jurisprudentie blijkt niettemin dat verzoeken om 'terug te komen van' of om herziening vaak in rechtstreeks verband worden gebracht met artikel 4:6 van de Awb. Hiermee is echter voorzichtigheid geboden, omdat in de jurisprudentie van de CRvB is uitgemaakt dat artikel 4:6, lid 1, van de Awb eveneens geldt met betrekking tot besluiten die, ten tijde van het verzoek om herziening, nog niet onherroepelijk zijn geworden.⁴⁹ De termen 'herzieningsverzoek' en 'verzoek om terug te komen van' beschouw ik overigens als synoniem.⁵⁰

49 CRvB 21 december 1999, AB 2000, 121m.nt. HBr. Zie over de verwarrende terminologie punt 2 van de onder deze uitspraak opgenomen noot van H. Bröring. Deze wijst er overigens nog op dat extra

Gelet op de MvT bij artikel 4:6 van de Awb kan een herzieningsverzoek niet worden aangemerkt als een herhaalde aanvraag in de zin van deze bepaling. Ten aanzien van de situatie waarin het recht wordt gewijzigd in de periode gelegen tussen de oorspronkelijke beslissing en de nieuwe aanvraag (het herzieningsverzoek) is in de MvT aangegeven dat de nieuwe aanvraag in beginsel in haar volle omvang moet worden behandeld.⁵¹ Gelet op de strekking van de desbetreffende passage in de MvT moet het er naar mijn mening echter voor worden gehouden dat het vereiste van 'volle behandeling' van de nieuwe aanvraag beperkt is tot de situatie van een tussentijdse verandering van de wettelijke regeling en niet ziet op de hier aan de orde zijnde situatie waarin sprake is van een tussentijdse jurisprudentiewijziging.⁵²

In zijn annotatie onder in paragraaf 3.6.4 te behandelen uitspraak van de CRvB van 24 september 1987⁵³ heeft Van Male zich overigens op het standpunt gesteld dat onverbindendverklaring en gewijzigde jurisprudentie moeten worden aangemerkt als een wijziging van het recht, zulks omdat het creatieve element in de rechtsvinding als rechtsvorming kan worden aangemerkt. Van Male verbindt hieraan de conclusie dat een op gewijzigde jurisprudentie gegronde aanvraag om herziening van een in rechte onaanastbaar geworden besluit moet worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag, die, gelet op voornoemde toelichting, 'vol' zou moeten worden behandeld. De ontwikkelingen in de jurisprudentie hebben mijns inziens echter uitgewezen dat ook dergelijke aanvragen moeten worden beschouwd als verzoeken om terug te komen van een in rechte onaanastbaar geworden besluit, met de daarbij behorende discretionaire bevoegdheid voor het bestuursorgaan en de terughoudende toetsing van de uitvoering hiervan door de rechter.

3.2.1 Ontvankelijkheid van het verzoek om herziening

Naar de huidige stand van de jurisprudentie moeten verzoeken om herziening door het bestuursorgaan in behandeling moeten worden genomen. Deze soepele houding van de administratieve rechters ten aanzien van de ontvankelijkheid van tot bestuursorganen gerichte herzieningsverzoeken heeft niet altijd bestaan. Aanvankelijk ging de jurisprudentie uit van een vrij strikte toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel: was een beschikking eenmaal in rechte onaanastbaar geworden, dan dienden verzoeken tot hernieuwde behan-

verwarrend is dat een aanvraag ook het verzoek kan inhouden toepassing te geven aan een bevoegdheid ambtshalve een besluit te nemen.

50 Daar kan tegen worden ingebracht dat de term 'verzoek om terug te komen van' zich als zodanig richt op het met terugwerkende kracht ontnemen van de rechtsgevolgen aan een eerder besluit, terwijl de term herziening soms gereserveerd wordt voor een wijziging van de rechtsgevolgen met het oog op de toekomst. In de rechtspraak wordt de term herziening echter ook gebruikt in die gevallen waarin met terugwerkende kracht beoogd wordt rechtsgevolgen van rechs onaanastbaar geworden besluiten te wijzigen. Bovendien ligt de term 'herzieningsverzoek' aangenamer in het oor dan de term 'verzoek om terug te komen van'.

51 TK 1988-1989, 21221, nr. 3, blz. 94.

52 De passage luidt: 'Het artikel ziet niet op de situatie dat het recht wordt gewijzigd. Indien het voor de aanvraag relevante recht wordt gewijzigd, kan er volgens de dan geldende bepalingen een (nieuwe) aanvraag worden gedaan. Daar zij betrekking heeft op nieuwe bepalingen is in zo'n geval in beginsel sprake van een nieuwe aanvraag. Wel kunnen uit het overgangsrecht ter zake beperkingen voortvloeien.'

53 TAR 1988, p. 101-103.

deling te worden geweigerd.⁵⁴ Met name uit de Arob-jurisprudentie volgde dat dergelijke verzoeken niet-ontvankelijk dienden te worden verklaard. Herhaalde verzoeken waren immers niet gericht op een (nieuw) rechtsgevolg. Van een op (nieuwe) rechtsgevolgen gerichte rechtshandeling was volgens de Afdeling Rechtspraak pas sprake wanneer er naar aanleiding van een verzoek om terug te komen van een eerder genomen besluit een inhoudelijke heroverweging van de beslissing had plaatsgevonden of, wanneer zo'n inhoudelijke heroverweging, vanwege gewijzigde feiten of omstandigheden, had behoren plaats te vinden.⁵⁵

De Centrale Raad van Beroep volgde reeds lang een soepeler lijn op grond waarvan een weigering om terug te komen van een eerdere beslissing in beginsel een appellabel besluit oplevert en dus in beginsel een, zij het zeer terughoudende, inhoudelijke beoordeling vergt.⁵⁶ Dit is sindsdien vaste jurisprudentie. Op de strekking van deze beperkte toetsing zal in paragraaf 3.3 nog nader worden ingegaan. In deze jurisprudentie lijkt de ontvankelijkheidsvraag op te gaan in de vraag naar de gegrondheid van het verzoek om herziening, behoudens het geval dat het verzoek om herziening is op te vatten als een zuivere herhaling van een eerder, door het bestuursorgaan afgewezen, verzoek.⁵⁷

In de jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak heeft de ontvankelijkheidsdrempel langer stand gehouden. Dat gold niet alleen voor gevallen waarin het ging om zuivere herhalingen van eerdere verzoeken,⁵⁸ maar ook voor gevallen die verwantschap vertonen met de in dit boek aan de orde gestelde problematiek. Een en ander laat zich illustreren aan de hand van een uitspraak van 13 december 1984⁵⁹ die betrekking heeft op een zaak die zag op de beëindiging van het zogenaamde Terugkeerprojectenprogramma. Deze beëindiging was bekendgemaakt in een op 15 september 1983 gepubliceerde Minderhedennota van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SoZaWe).

Op 9 mei 1984 dienen de Stichting Nederland Centrum Buitenlanders (de Stichting) en een zekere A. Aksu, en samen met hem nog 537 anderen, bij de staatssecretaris van SoZaWe een verzoek in terug te komen van zijn beslissing van 4 oktober 1983, waarbij alle terugkeerprojecten waren stopgezet. De aanleiding tot het verzoek van de Stichting was een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van 30 maart 1984, waarin de Afdeling het besluit tot stopzetting had vernietigd voorzover dit tevens betrekking had op projecten ten aanzien waarvan de Stichting de staatssecretaris reeds positief had geadviseerd. Het verzoek van 9 mei 1984 strekt ertoe de staatssecretaris er, mede in het licht van deze uitspraak, toe te bewegen het besluit tot stopzetting, ook voor wat de overige projecten aangaat, te heroverwegen. De staatssecretaris wijst het verzoek af.

De staatssecretaris was van oordeel dat geen heroverweging van diens eerdere standpunt had plaatsgevonden en dat diens beslissing derhalve was aan te merken als een herhaling

54 A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel*, Alphen aan den Rijn 1987, p. 263.

55 ARRS 5 juli 1982, AB 1982, 56, m.nt. v.d.V.. Zie verder de noot van Voermans onder ABRS 13 juni 1996, Rawb 1997, nr. 7.

56 Voor wat de rechtspraak in ambtenarenzaken betreft is deze lijn al tot de dertiger jaren terug te voeren. Zie CRvB 18 maart 1937, ARB 1937, p. 408. Zie voorts CRvB 14 februari 1950, ARB 1950, 581.

57 CRvB 31 maart 1982, AB 1983, 264 m.nt. JHS.

58 Zoals in ARRS 4 september 1981, AB 1981, 541 m.nt. J.R.St..

59 AB 1985, 448 m.nt. RF.

van een eerder genomen besluit en dus rechtsgevolg miste: de brief waarin de staatssecretaris zijn standpunt verwoordde zou slechts van informatief karakter zijn. Daar tegenover staat de opvatting van appellanten die door de Afdeling als volgt wordt weergegeven:

‘Het standpunt van appellanten houdt kort weergegeven in, dat indien aan het bestreden besluit geen heroverweging van het besluit van verweerder van 4 oktober 1983 ten grondslag zou liggen, dit besluit niettemin als een beschikking in de zin van de Wet Arob dient te worden opgevat, aangezien zich sinds laatstgenoemde datum zodanige ontwikkelingen hebben voorgedaan dat verweerder er rechtens toe was gehouden om zijn besluit van 4 oktober 1983 in heroverweging te nemen.’

De Afdeling was evenwel van oordeel dat noch in haar uitspraak van 30 maart 1984, noch in de overige door de appellanten aangevoerde argumenten sprake was van nieuwe feiten of omstandigheden. Het bestreden besluit zou niet meer behelzen dan ‘een herhaling van een eerder gegeven besluit en derhalve geen beschikking [bevatten] als bedoeld in artikel 2 eerste lid Wet Arob’, en verklaarde appellanten niet-ontvankelijk in hun beroep.

In 1985 vindt de omslag in de jurisprudentie van de Afdeling plaats.⁶⁰ Van toen af aan mochten herhaalde verzoeken niet langer niet-ontvankelijk worden verklaard met een uitsluitend beroep op het *ne bis in idem*-beginsel. Volgens de Afdeling

‘betekent het enkele feit dat aan het bestreden besluit (op een verzoek om herziening, RB) een onderzoek ten grondslag ligt naar het bestaan van feiten of omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot heroverweging van een besluit, dat een inhoudelijke toetsing van het verzoek om herziening daarvan heeft plaatsgevonden’.⁶¹

Is aan dit ‘enkele feit’ voldaan, dan is er naar het oordeel van de Afdeling sprake van een beschikking, en dus van een ontvankelijk beroep tegen een weigering tot herziening. Hiermee heeft de Afdeling zich, althans voor wat de ontvankelijkheidsvraag betreft, aangesloten bij de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. Uitgangspunt in de huidige jurisprudentie van beide rechters is dat beslissingen op herzieningsverzoeken zijn aan te merken als beschikkingen waartegen (opnieuw) beroep openstaat.⁶² Dit moge tenslotte nog blijken uit een uitspraak van de Afdeling die in paragraaf 5.4 van hoofdstuk 4 nog uitvoeriger aan de orde zal komen in verband met de zogenaamde Bopa-affaire.⁶³ In deze uitspraak overweegt de Afdeling zonder verdere omhaal:

‘Nu het bestreden besluit de weigering van verweerder behelst om tot heroverweging van deze eerder genomen beschikkingen over te gaan, dient ook dit besluit te worden aangemerkt als een beschikking in vorengenoemde zin’.⁶⁴

In tegenstelling tot de vroegere jurisprudentie van de Afdeling blijft een niet-ontvankelijkverklaring ook dan achterwege, wanneer vaststaat dat het verzoek om herziening een

60 Resp. in VzAR 22 februari 1985, tB/S VIII, nr. 88 en ARRS 4 juli 1985, tB/S VIII, nr. 97, Gst 1985, 6797, 4 m.nt. JMK.

61 Zie voor dienovereenkomstige jurisprudentie tevens: ARRS 21 augustus 1986, AB 1987, 367; ARRS 30 januari 1987, AB 1987, 420 m.nt. JHvdV; ARRS 8 maart 1991, tB/S 1991, nr. 28a m.nt. B.W.N. de Waard en ARRS 26 november 1991, AB 1992, 378.

62 Zie zeer stellig: J.B.J.M. ten Berge in zijn noot bij AR 3 december 1990, tB/S 1990, nr. 149.

63 ARRS 5 september 1991, tB/S 1991, nr. 118.

64 Zie tenslotte de felle uithaal van de CRvB waarbij deze rechtspraak nog eens wordt bevestigd in zijn uitspraak van 21 april 1994, AB 1994, 476 m.nt. HH.

zuivere herhaling is van een eerder verzoek. Zo corrigeerde de Afdeling het bestuursorgaan in een geval dat betrekking had op een verzoek om herziening dat 'voor de zekerheid' aan een te laat ingediend bezwaarschrift was gekoppeld. Het bestuursorgaan had het tegen zijn weigering ingestelde bezwaarschrift niet-ontvankelijk verklaard. De Afdeling was echter van oordeel dat in dit geval een ongegrond verklaring had moeten worden uitgesproken, dit 'gelet op de vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak inzake het *ne bis in idem*-beginsel'.⁶⁵

In de Awb wordt over de niet-ontvankelijkheid van herzieningsverzoeken niet meer geïmpegeerd. Voorzover herzieningsverzoeken worden beheerst door artikel 4:6 van deze wet, stelt deze bepaling voorop dat bij een beoordeling van de nieuwe aanvraag in de regel door het bestuursorgaan kan worden volstaan met een afwijzing onder verwijzing naar de eerder gegeven beschikking. Dit is slechts anders, indien bij de nieuwe aanvraag feiten en omstandigheden worden aangevoerd die bij de vorige beschikking niet bekend waren.⁶⁶ Indien geen nieuwe omstandigheden zijn gesteld of indien de gestelde omstandigheden het bestuursorgaan niet tot een andere oordeel leiden, volgt afwijzing van de aanvraag. De MvT stelt buiten twijfel dat tegen deze afwijzing dezelfde rechtsbeschermingsmogelijkheden openstaan als tegen de oorspronkelijke beslissing op de aanvraag.⁶⁷

Tenslotte dient nog te worden opgemerkt dat het doen van een verzoek om terug te komen van een reeds onaanvaardbaar geworden beslissing om tot een gunstiger resultaat te komen op zichzelf niet aan tijd is gebonden.⁶⁸ De CRvB heeft voorts als zijn oordeel uitgesproken dat aard en strekking van de sociale-verzekeringswetgeving zich verzetten tegen het aannemen van rechtsverwerking.⁶⁹ Uit de jurisprudentie van de CRvB komt echter wel naar voren dat 'op rechtsverwerking duidende omstandigheden' een rol kunnen spelen bij de bepaling van de mate van terugwerkende kracht van een beslissing naar aanleiding van een verzoek om herziening van een in rechte onaanvaardbaar geworden beslissing.⁷⁰

3.3 Discretionaire bevoegdheid

In de dagloonaak, waarmee dit hoofdstuk werd ingeleid,⁷¹ overweegt de CRvB ten aanzien van de bevoegdheid van het bestuursorgaan om terug te komen van een in rechte onaanvaardbaar geworden beslissing dat deze een discretionair karakter draagt, waarop de Raad laat volgen:

'De wijze waarop gedaagde van die bevoegdheid gebruik maakt, en met name – zoals in casu – de weigering om van die bevoegdheid gebruik te maken, kan door de rechter slechts op beperkte wijze worden getoetst.'

65 Vz ARRS 3 maart 1992, AB 1992, 356 m.nt. PvB.

66 Zie de MvT bij eerste tranche: TK 1988-1989, 21221, nr. 3, blz. 94.

67 TK 1988-1989, 21221, nr. 3, blz. 94.

68 CRvB 2 juli 1979, RSV 1979/246.

69 CRvB 10 juni 1992, RSV 1993/176.

70 CRvB 19 februari 1993, JSV 1993/175.

71 CRvB 31 december 1984, AB 1985, 348, m.nt. J.H. Smits; RSV 1985/126, m.nt. N.J. Haverkamp.

Deze beperkte toetsing berust op vaste jurisprudentie. Zo oordeelde de CRvB in 1976 over de bevoegdheid van een bestuursorgaan te weigeren terug te komen op een in rechte onaanastbaar geworden besluit:

‘Tot zodanig terugkomen is een orgaan als gedaagde bevoegd, doch niet verplicht, en de rechter komt daaromtrent slechts een *beperkte toetsing* toe [...].’ (mijn cursivering, RB)

Waarop de Raad laat volgen dat voor deze beperkte toetsing

‘slechts doorslaggevend is het antwoord op de vraag, of het betrokken orgaan bij afweging van alle in aanmerking komende belangen niet in redelijkheid tot zijn standpunt heeft kunnen geraken, dan wel anderszins in strijd heeft gehandeld met enig algemeen rechtsbeginsel of algemeen beginsel van behoorlijk bestuur’.⁷²

In een uitspraak van 10 januari 1979⁷³ heeft de CRvB dit criterium aldus nader geconcretiseerd:

‘Een administratief orgaan [...] is, indien daartoe deugdelijke gronden aanwezig zijn, bevoegd op een vroegere beslissing terug te komen, deze in te trekken en een nieuwe beslissing te geven, indien zulks in het voordeel is van de daarbij betrokkene en mits daardoor geen verkregen rechten van derden worden aangetast en zulk een intrekking niet uitdrukkelijk of impliciet verboden is.

Deze bevoegdheid, die in beginsel evenzeer bestaat in het geval dat die vroegere beslissing in beroep is gehandhaafd, is discretionair van aard. De rechter kan de wijze van hantering, of de niet-hantering, daarvan dan ook niet toetsen, tenzij zou blijken van feiten of omstandigheden op grond waarvan gezegd moet worden, dat het orgaan in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen geraken, of de desbetreffende beslissing anderszins in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.’

In de dagloonszaak overweegt de Raad dat tot de eisen die in het kader van de beperkte toetsing aan de weigeringsbeslissing kunnen worden gesteld

‘in ieder geval [behoort] de eis dat deze gedragen wordt door de gronden waarop zij berust, en dat de in aanmerking te nemen belangen zijn afgewogen’.

Interessant zijn vervolgens de overwegingen waaruit blijkt wanneer volgens de Raad *niet* aan deze eisen wordt voldaan. Zo komt volgens de Raad geen betekenis toe aan het verweer van het bestuur van het uitvoeringsorgaan dat de beslissing in overeenstemming met de wettelijke bepalingen is genomen. De Raad acht dit verweer onjuist, omdat het rechtstreeks raakt aan de *materiële werkingssfeer* van de veranderde jurisprudentie. De Raad had immers vastgesteld dat aan de desbetreffende wettelijke bepalingen met terugwerken de kracht een betekenis conform de nieuwe jurisprudentie moest worden toegedacht.

Voorts is de Raad van oordeel dat aan het argument dat de wijziging van de jurisprudentie plaatsvond nadat de oorspronkelijke beslissing in rechte onaanastbaar is geworden, *geen doorslaggevende betekenis* mag toekomen. Met een louter beroep op de onaanastbaarheid van de eerdere beslissing neemt de Raad dus geen genoegen: hij verlangt een uitdrukke-

72 CRvB 22 oktober 1976, AB 1977, 157. Zie ook A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht*, deel I (1974), die wijst op de uitspraken AB 1959, 514; AB 1962, 198 en AB 1973, 86. Zie voorts de noot van In 't Veld bij CRvB 22 oktober 1976, AB 1977, 157, die tevens wijst op de uitspraken CRvB 2 mei 1975, AB 1975, 301 en CRvB 15 oktober 1976, AB 1977, 60 m.nt. In 't V.

73 RSV 1979/94.

lijke motivering waarin het uitvoeringsorgaan aangeeft waarom het niet alsnog betekenis toekent aan de verandering in rechtsopvattingen die zich naar het oordeel van de Raad ook al vóór de verandering van de jurisprudentie hadden geopenbaard. Met het in deze zaak door het uitvoeringsorgaan naar voren gebrachte argument dat dit laatste een 'enorme problematiek' met zich zou brengen, neemt de Raad, bij gebrek aan specificering, eveneens geen genoegen.

Tot slot geeft de uitspraak enig inzicht in de eis dat de in aanmerking komende belangen dienen te worden afgewogen. In deze zaak voerde het uitvoeringsorgaan het beleid dat niet op de enkele grond van veranderde jurisprudentie ten gunste van belanghebbende zou worden teruggekomen van in rechte onaantastbaar geworden beslissingen; voorts stond vast dat dit beleid geen uitzonderingen kende. De CRvB is van oordeel dat zulk een 'beleid' geen ruimte laat voor een belangenafweging. Uit deze overwegingen valt af te leiden dat de Raad zich in het kader van zijn beperkte toetsing weliswaar terughoudend opstelt ten aanzien van de door het bestuursorgaan gemaakte belangenafweging, maar dat de Raad reden ziet om in te grijpen indien belangenafweging geheel en al achterwege blijft.

Centraal staat aldus de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan: voert het orgaan daadwerkelijk een beleid ten aanzien de vraag of al dan niet in het licht van veranderde jurisprudentie moet worden teruggekomen op onaantastbare besluiten, dan zal de rechter zich bij de toetsing van dit beleid terughoudend opstellen. Van beleid is in dit verband slechts sprake als het bestuursorgaan een bewuste afweging heeft gemaakt tussen de gevallen waarin wél, en die waarin geen herziening op haar plaats is. Ontbreekt een dergelijke afweging, dan vindt het bestuur de rechter op zijn weg. De wijze waarop het bestuursorgaan uitvoering geeft aan de herzieningsbevoegdheid dient te beantwoorden aan de daaraan uit een oogpunt van zorgvuldigheid en motivering te stellen eisen. Zo overwoog de Raad terzake van een verzoek om terug te komen van eerdere inschalingsbesluiten, zulks nadat de CRvB soortgelijke besluiten in een andere procedure wegens strijd met de wet had vernietigd:

'Het spreekt voorts vanzelf dat de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van eiser om van zijn eerdere besluiten terug te komen met de nodige zorgvuldigheid dient te geschieden en dat het besluit waarin de uitoefening van die bevoegdheid uitmondt van een deugdelijke motivering dient te zijn voorzien.'⁷⁴

3.4 *Toepassing discretionaire bevoegdheid*

Uit de in de vorige paragraaf aangehaalde uitspraak van de CRvB van 10 januari 1979⁷⁵ blijkt reeds dat voor rechterlijk ingrijpen ten aanzien van de uitoefening van voornoemde discretionaire bevoegdheid eerst plaats is als op grond van nieuwe feiten of omstandigheden moet worden geoordeeld dat de wijze waarop het bestuursorgaan van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt de toetsing aan het verbod van willekeur niet kan doorstaan, of het desbetreffende besluit anderszins in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat de rechter eerst dan bereid zal zijn een besluit dat berust op de uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid te vernietigen

⁷⁴ CRvB 21 april 1994, AB 1994, 476 m.nt. HH.

⁷⁵ RSV 1979/94; TAR 1994/132.

indien er zich aantoonbaar nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan, die in redelijkheid tot een andersluidende beslissing aanleiding hadden moeten geven. Uit deze jurisprudentie blijkt tevens dat het bestuursorgaan ter motivering van een weigering om te herzien kan volstaan met een verwijzing naar het eerder genomen besluit. Dit laatste aspect ziet op de mogelijkheid van vereenvoudigde afdoening, zoals deze is gecodificeerd in artikel 4:6, tweede lid, van de Awb.

Voermans legt artikel 4:6 van de Awb aldus uit dat indieners van verzoeken om terug te komen van een rechtens onaantastbaar geworden besluit, willen ze een inhoudelijke behandeling van hun verzoek bewerkstelligen, nieuw gebleken feiten en omstandigheden dienen aan te voeren die, had het bestuursorgaan ze gekend bij het nemen van de aanvankelijke beslissing, aanleiding zouden zijn geweest om tot een inhoudelijk ander besluit te komen. Worden dergelijke nieuwe feiten en omstandigheden niet aangevoerd dan kan het bestuursorgaan zonder verdere plichtplegingen het verzoek om terug te komen op een eerdere beslissing afwijzen door een loutere verwijzing naar die eerdere beslissing.⁷⁶

In de literatuur is onomstreden dat deze uitleg een juiste weergave is van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (en voordien van de Afdeling Rechtspraak). In een uitspraak van 16 december 1996⁷⁷ merkt de Afdeling bestuursrechtspraak een weigering van het college van B&W van Groningen om terug te komen van in rechte onaantastbaar geworden weigeringen van bouwvergunning aan als een besluit naar aanleiding van een herhaalde aanvraag als bedoeld in artikel 4:6 van de Awb en overweegt dienaangaande:

‘Niet kan worden aanvaard dat degene die een beroepsmogelijkheid onbenut heeft gelaten, langs de weg van indiening van een nieuw verzoek bij het bestuursorgaan, het verkrijgen van een beslissing daarop en het instellen van beroep tegen die beslissing, zou kunnen bereiken dat de bestuursrechter uitspraak doet als ware het beroep gericht tegen de oorspronkelijke beslissing. Indien er sprake is van een herhaald verzoek kan het door appellanten ingestelde beroep slechts de weg openen tot beantwoording van de vraag of na genoemde besluiten van burgemeester en wethouders van 16 april 1992 en 30 november 1992 feiten en omstandigheden aan de dag zijn getreden, die burgemeester en wethouders noopten tot heroverweging. Dit ne bis in idem-beginsel is – voor zover te dezen van belang – thans vervat in art. 4:6 Awb.’⁷⁸

De Afdeling bestuursrechtspraak grijpt hierbij terug op vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak.⁷⁹

Uit een uitspraak van de CRvB van 25 mei 1988⁸⁰ zou afgeleid kunnen worden dat deze Raad van eenzelfde opvatting uitgaat. Deze zaak betreft een verzoek om terug te komen

76 Zie zijn noot onder CRvB 14 mei 1996, Rabw 1997, nr. 3 en de in deze noot opgenomen verwijzingen naar ARRS 8 maart 1991, tB/S 1991, nr. 28a m.a. B.W.N. de Waard; ABRs 2 december 1994, AB 1995, 212 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal, N.M. van Waterschoot en CRvB 21 april 1994, AB 1994, 476, m.nt. HH.

77 AB 1998, 32 m.nt. B.J. Schueler.

78 Aldus de vaste jurisprudentie van de Afdeling; voor een recenter voorbeeld, zie: ABRs 4 april 2003, AB 2003, 315 m.nt. BPV.

79 Zie bijv. ARRS 3 november 1989, AB 1990, 282 en ARRS 31 oktober 1990, AB 1991, 570, m.nt. JHvdV.

80 RSV 1989/29.

van een weigering tot betaling van ziekengeld. Onder verwijzing naar het rechtszekerheidsbeginsel meent de Raad

‘dat een herzieningsprocedure als de onderhavige niet de plaats kan zijn om aan de hand van dezelfde medische gegevens en argumenten de destijds gevoerde procedure (beter) over te doen, omdat anders een gevoerde rechtsstrijd nimmer ten dienste van de rechtszekerheid een onherroepelijk einde zou kunnen vinden.’

Tot voor kort viel uit de jurisprudentie van de CRvB echter tevens af te leiden dat de Raad ook dan aanleiding ziet voor herziening van een rechtens onaantastbaar geworden besluit als komt vast te staan dat dit besluit onmiskenbaar onjuist is. Een aanzet tot deze wijze van toetsen is te vinden in een uitspraak van 29 november 1989⁸¹, waarin de Raad ten aanzien van een weigering van het uitvoeringsorgaan om ten gunste van betrokkene terug te komen van een weigering van ziekengeld volgens het gebruikelijke toetsingskader overwoog dat

‘hij niet verder kan gaan dan een oordeel [te] geven terzake van de vraag, of gedaagde bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen en daarbij ook overigens heeft gehandeld in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’.

Om *vervolgens* te oordelen dat de oude beslissing niet *onmiskenbaar onjuist* is en ook overigens de toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel kan doorstaan. Dat deze laatste toetsing los zou moeten worden gezien van het gebruikelijke, voor de terughoudende toetsing kenmerkende, toetsingscriterium wordt echter gelogenstraft door een uitspraak van 2 maart 1993⁸², waarin de CRvB overwoog dat

‘[het] terugkomen van een rechtens vaststaande beslissing [...] tot de discretionaire bevoegdheden van gedaagde [behoort], hetgeen met zich brengt dat de raad niet verder kan gaan dan een oordeel geven terzake van de vraag, of gedaagde bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn thans bestreden beslissing heeft kunnen komen dan wel anderszins heeft gehandeld in strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Voor een oordeel in laatstbedoelde zin zal plaats kunnen zijn in het geval dat de nader aangedragen feiten en omstandigheden uitwijzen dat de oorspronkelijke beslissing onmiskenbaar onjuist is geweest’.

Dat de CRvB ook onder de Awb aan deze rechtspraak vasthoudt blijkt uit een uitspraak van 11 januari 1996⁸³ waarin de Raad overweegt dat:

‘[volgens] vaste rechtspraak [...] een dergelijke weigering [dient] te worden geëerbiedigd, tenzij aan het eerder besluit dusdanige gebreken kleven dan wel zich dusdanige omstandigheden hebben voorgedaan, dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet had mogen weigeren dat eerdere besluit ongedaan te maken. Daarbij ligt het op de weg van de betrokkene die van het bestuursorgaan verlangt dat het terugkomt van een rechtens onaantastbaar geworden besluit feiten of omstandigheden aan te dragen, die bij de eerdere besluitvorming geen rol hebben gespeeld en evenmin destijds als beroepsgrond naar voren hadden kunnen worden gebracht dan wel de evidente onjuistheid van dat besluit aan te tonen’.

Deze overweging was tot voor kort vaste rechtspraak. Recentelijk is de jurisprudentie van de CRvB echter meer in de richting van die van de Afdeling bestuursrechtspraak opge-

81 RSV 1990/189.

82 AB 1993, 421.

83 JB 1996/37.

schoven. Op grond van de huidige jurisprudentie kan van de bevoegdheid van het bestuursorgaan om van een eerder, in rechte onaantastbaar geworden besluit, terug te komen slechts sprake zijn indien bij het daartoe strekkende verzoek nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld. Voorwerp van toetsing door de Raad blijft evenwel de wijze waarop het bestuursorgaan uitvoering geeft aan zijn discretionaire bevoegdheid.⁸⁴

Gelet op de in het kader van dit onderzoek te bespreken jurisprudentie blijft het echter van belang nog wat nader in te gaan op de ruimere toetsingsmarge die de jurisprudentie van de CRvB in vergelijking met die van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft gekenmerkt. Schueler heeft erop gewezen dat de CRvB al bij de toepassing van het vóór de Awb geldende recht aannam dat de omstandigheid dat een besluit rechtens onaantastbaar is geworden aan het bestuursorgaan niet de bevoegdheid ontnemt om op grond van latere inzichten of andere daartoe moverende redenen van dat besluit terug te komen.⁸⁵ Hij begrijpt de toenmalige jurisprudentie van de CRvB aldus dat deze bevoegdheid ook kan worden aangenomen als niet is gebleken van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden, tenzij belangen van derden daaraan in de weg staan.⁸⁶ Naar het toenmalige recht kan men het naar het oordeel van Schueler zo formuleren dat het bestuursorgaan ervan mag afzien gebruik te maken van de in artikel 4:6, tweede lid, van de Awb neergelegde bevoegdheid van vereenvoudigde afdoening. Naar zijn oordeel mag het bestuursorgaan, als het eenmaal heeft gekozen voor deze ruimere beoordeling, niet volstaan met een beoordeling van de vraag of er sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden en moet het ook beoordelen of de verzoeker de evidente onjuistheid van het in rechte onaantastbaar geworden besluit heeft aangetoond. Schueler merkt voorts op dat een verplichting tot heroverweging als het rechtens onaantastbare besluit onmiskenbaar onjuist is, op gespannen voet staat met artikel 4:6 van de Awb, omdat dit artikel voor een dergelijke verplichting alleen ruimte laat indien de verzoeker nieuwe feiten of omstandigheden heeft aangevoerd. Als het belang van derden daarmee niet is gemoeid acht Schueler het onder omstandigheden evenwel toch wenselijk dat een bestuursorgaan tot heroverweging kan worden verplicht. Een dergelijke verplichting acht hij niet in strijd met artikel 4:6 van de Awb, omdat in dit artikel slechts sprake is van een bevoegdheid tot vereenvoudigd afwijzen en deze bevoegdheid slechts binnen de grenzen van het redelijke mag worden uitgeoefend.⁸⁷

84 CRvB 6 november 2003, JB 2004/29, m.nt. EvdL.

85 Zie diens noot onder ABRS 16 december 1996, AB 1998, 32. Zie ook Hennekens in zijn noot onder CRvB 27 april 1992, AB 1992, 688, die de wijze waarop herzieningsverzoeken door de CRvB als ambtenarenrechter enerzijds en de voormalige Afdeling Rechtspraak van de Raad van State anderzijds, als volgt naast elkaar zette: 'De Afdeling rechtspraak Raad van State aanvaardt dat in zulke gevallen volstaan wordt met verwijzing naar de eerdere motivering, tenzij nieuwe feiten of omstandigheden aanleiding zijn voor heroverweging. Er is derhalve verschil tussen de ene en de andere benadering, waarbij de ambtenarenrechter zich rekenschap geeft van de inhoud van de onaantastbaar geworden beslissing, terwijl de Afdeling rechtspraak daar niet van wil weten en slechts wenst te bezien of nadien nieuwe feiten en omstandigheden grondslag bieden voor een herziening (...).'

86 Schueler verwijst in dit verband naar CRvB 21 april 1994, AB 1994, 476, m.nt. HH; CRvB 28 november 1995, RAwb 1996, nr. 42, m.nt. De Waard en JB 1996/33.

87 Dat een dergelijke verplichting onder omstandigheden ook naar huidig recht nog actueel kan zijn, zal blijken uit het in paragraaf 2.3.2 te bespreken uitspraken van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en het Hof van Justitie EG in de zaak *Kühne & Heitz* (JB 2000/355, m.nt. E. v.d. Linden, en JB 2004/42, m.nt. N. Verheij).

Aanzienlijk kritischer over de toenmalige jurisprudentie van de CRvB is Voermans volgens wie

‘een dergelijke lijn van redeneren [erop neerkomt] dat ieder rechtens onaanastbaar geworden besluit wegens nadere inzichten in de juistheid ervan vatbaar zou worden voor heroverweging. Hierdoor zou de bijl aan de wortel worden gelegd van de formele rechtskracht van besluiten: een besluit blijft op die manier altijd inhoudelijk aantastbaar, ook buiten de strikte gevallen van artikel 4:6 Awb. Ook de termijnstelling voor bezwaar- en beroep wordt daarmee in feite overbodig gemaakt’.⁸⁸

De door Schueler gesuggereerde splitsing tussen het toepassen van artikel 4:6 van de Awb enerzijds en de hantering van de, van vóór de Awb daterende, bevoegdheid om terug te komen van een in rechte onaanastbaar geworden besluit, vindt echter haar bevestiging in de ten aanzien van een verzoek om herziening van een malusoplegging gewezen uitspraak van 18 december 1997⁸⁹. In deze zaak kòn het uitvoeringsorgaan artikel 4:6, tweede lid, van de Awb niet toepassen, omdat het herzieningsverzoek zag op een ambtshalve opgelegd besluit; de Raad geeft evenwel tevens een oordeel voor de situatie dat het uitvoeringsorgaan deze bevoegdheid ook niet *wil* toepassen. Ook in dat geval acht de Raad het bestuursorgaan bevoegd

‘om op aanvraag van een belanghebbende terug te komen van een eerder in rechte onaanastbaar geworden besluit, indien daardoor geen rechten van derden worden geschonden, en zo een terugkomen niet expliciet is verboden. Het bestuursorgaan kan zulks echter ook weigeren’.⁹⁰

De conclusie uit het voorgaande kan dan ook geen andere zijn dan dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de CRvB gedurende lange tijd uiteenlopende toetsingscriteria hanteerden ten aanzien van verzoeken om herziening van in rechte onaanastbaar geworden besluiten. Dit blijkt expliciet uit een uitspraak van de Afdeling van 24 januari 2000.⁹¹ Nadat de rechtbank in deze zaak het criterium van de CRvB had toegepast wordt zij door de Afdeling als volgt gecorrigeerd:

‘indien het bestuursorgaan naar aanleiding van een verzoek om herziening van een in rechte onaanastbaar geworden besluit tot de conclusie komt dat er geen termen zijn om op het oorspronkelijke besluit terug te komen, kan degene die de beroepsmogelijkheid onbenut heeft gelaten niet langs de weg van het instellen van bezwaar en beroep tegen het besluit dat op het verzoek om heroverweging is genomen kan bereiken dat de rechter de zaak beoordeelt, als was het beroep gericht tegen de oorspronkelijke beslissing. Anders zou aan het wettelijk voorschrift dat de mogelijkheid tot het instellen van beroep bindt aan een termijn zijn kracht worden ontnomen, welk voorschrift is te beschouwen als van openbare orde.

Het door appellant ingestelde beroep kon dan ook slechts de weg openen tot beantwoording van de vraag of na het besluit van 8 september 1994 nieuwe feiten of veranderde omstandigheden aan de dag zijn getreden, die burgemeester en wethouders noopten dan wel aanleiding hadden moeten geven tot heroverweging van dat besluit.’

Met deze rechtspraak werd de hiervoor weergegeven opvatting van Voermans, althans voor wat betreft de zaken die in hoogste instantie door de Afdeling worden beslist, bevestigd.

88 Noot onder ABRS 13 juni 1996, Rawb 1997, nr. 7.

89 AB 1998, 124, m.nt. HBr en JB 1998/40, m.nt. EvdL.

90 Welke bevoegdheidsuitoefening vervolgens weer wordt getoetst volgens het hiervoor geciteerde criterium van CRvB 11 januari 1996, JB 1996/37.

91 AB 2000, 199, m.nt. J.L. Boxum; JB 2000, 66, m.nt. R.J.N.S..

De Waard heeft erop gewezen dat deze rechtspraak haar verklaring vindt in het systeem van bezwaar- en beroepstermijnen en de voor de rechtspraak van de Afdeling kenmerkende betrokkenheid van belangen van derden.⁹²

3.5 *Verandering van rechtspraak als grond voor herziening*

Uit de vorige paragraaf kan de conclusie worden getrokken dat althans de CRvB tot voor kort ruimte liet voor een beoordeling van verzoeken om herziening buiten artikel 4:6 Awb om en dat hij in dat verband mede betekenis hechtte aan een eventuele onmiskenbare onjuistheid van het oorspronkelijke besluit. Gelet hierop doet zich enerzijds de vraag voor of de CRvB in gewijzigde jurisprudentie een feit of omstandigheid achtte gelegen die aanleiding kon zijn tot het met terugwerkende kracht herzien van een onder de oude jurisprudentie genomen besluit; anderzijds doet zich de vraag voor of de CRvB, indien hij tot het oordeel kwam dat het oorspronkelijke besluit was genomen met inachtneming van jurisprudentie die, achteraf bezien, onjuist is, een reden aanwezig achtte tot herziening met terugwerkende kracht op de grond dat het oorspronkelijke besluit onmiskenbaar onjuist was.

Een aanwijzing voor een bevestigende beantwoording van deze vragen is in elk geval te vinden in een uitspraak van de CRvB van 12 september 1978⁹³ met betrekking tot een op een wijziging van jurisprudentie gegrond verzoek om herziening van een dagloon in het kader van de Werkloosheidswet. In deze zaak had het uitvoeringsorgaan gesteld alleen dan bereid te zijn van de desbetreffende rechtens onaantastbaar geworden beslissing terug te komen, indien zich nieuwe feiten hebben voorgedaan. De Raad acht een dergelijke opvatting echter te beperkt en overweegt:

‘Met name is ook dan grond aanwezig een rechtens onaantastbaar geworden beslissing opnieuw in overweging te nemen, wanneer *nieuwe argumenten* worden aangevoerd die twijfel doen rijzen aan de juistheid van de destijds genomen beslissing.’ (mijn cursivering, RB)

Deze uitspraak geeft weliswaar geen uitsluitsel over de vraag of onder nieuwe feiten of omstandigheden ook een verandering in de jurisprudentie kan worden verstaan; geen twijfel lijkt echter mogelijk dat in veranderde jurisprudentie een *argument* voor herziening kan worden gevonden.

Ter verdere illustratie hiervan kan dienen een door de CRvB op 2 juli 1979 gewezen uitspraak,⁹⁴ waarbij het ging om een verzoek om herziening dat was gebaseerd op een afwijkende rechtsopvatting van een andere rechter, te weten de Hoge Raad.

De zaak heeft betrekking op een weigering van het uitvoeringsorgaan terug te komen op een rechtens onaantastbaar geworden beslissing inzake kinderbijslag. Ten behoeve van het kind Hendrik was over de tijdvakken vóór 1 oktober 1976 door het uitvoeringsorgaan overeenkomstig de destijds geldende richtlijnen enkelvoudige kinderbijslag toegekend. De toepassing van deze richtlijnen werd echter gestaakt ten gevolge van een op 18 december 1976 gepubliceerd arrest van de Hoge Raad van 17 november 1976. Vast staat dat, ware de toekenning van de kinderbijslag ten behoeve van Hendrik geschied overeenkomstig de door het arrest van de

92 Zie diens noot onder Vz ARrvS 8 maart 1991, tB/S 1991, nr. 28a.

93 AB 1980, 61, m.nt. v.S.

94 CRvB 2 juli 1980, AB 1980, 502, m.nt. v.S. en RSV 1979/246.

Hoge Raad gestelde criteria, Hendrik in aanmerking zou zijn gekomen voor dubbele kinderbijslag. Reden voor de vader van Hendrik om in april 1977 bij het uitvoeringsorgaan een verzoek in te dienen tot herziening van de kinderbijslag over de periode van 1 januari 1968 tot en met 30 september 1976. Het uitvoeringsorgaan wees dit verzoek af, onder andere overwegende dat 'het om redenen van praktische en juridische aard onaanvaardbaar moet worden geacht terug te komen op reeds langere tijd voordien op zichzelf juiste vaststellingen van kinderbijslag'. Voorts was het uitvoeringsorgaan van oordeel dat het verzoek om herziening niet binnen een redelijke termijn was gedaan (in casu vier maanden na publicatie van het arrest van de Hoge Raad).

In het tegen de beslissing van het uitvoeringsorgaan door de vader van Hendrik ingestelde beroep vatte de Raad van Beroep het besluit van het uitvoeringsorgaan op als een besluit het recht op kinderbijslag ten behoeve van klager's zoon Hendrik *niet met terugwerkende kracht* te herzien. De Raad van Beroep was evenwel van oordeel dat 'niet gesteld [kan] worden, dat verweerder bij alle te dezen in aanmerking komende belangen niet in redelijkheid tot zijn beslissing is kunnen komen. Met het bestuur van de Vereniging van de Raden van Arbeid is de Raad de mening toegedaan, dat van verweerder in redelijkheid niet kan worden verlangd telkens achteraf terug te komen op het bestand van genomen en onaantastbaar geworden beslissingen naar aanleiding van latere rechtspraak'.

In hoger beroep stelt de CRvB het discretionaire karakter van de bevoegdheid van het uitvoeringsorgaan om al dan niet terug te komen van in rechte onaantastbaar geworden beslissingen voorop. Hij relativeert echter het standpunt van het uitvoeringsorgaan dat de vader van Hendrik zijn verzoek om herziening van de kinderbijslag niet binnen een redelijke termijn zou hebben gedaan met de overweging dat

'het doen van een verzoek terug te komen op rechtens onaantastbaar geworden beslissingen, wil dat tot een voor de verzoeker gunstig resultaat kunnen leiden, [...] op zichzelf *niet aan een bepaalde termijn is gebonden*. Wel kan uiteraard bij de beoordeling van de vraag of er aanleiding bestaat het onderhavige verzoek al dan niet in te willigen de tijd welke is verstreken tussen de laatste uitbetaling van kinderbijslag en het betreffende verzoek mede als factor van betekenis worden betrokken'. (mijn cursivering, RB)

Bovendien overwoog de Raad er wel begrip voor te hebben dat

'het (niet om financiële gevolgen maar) om redenen van praktische aard moeilijk kan zijn – zeker nu waarschijnlijk het geval van eiser niet op zichzelf staat – terug te komen op reeds langere tijd vóórdat eiser zich met bedoeld verzoek tot gedaagde wendde genomen beslissingen inzake kinderbijslag'. (mijn cursivering, RB)

Op grond van het bovenstaande vernietigt de CRvB de beslissing van het uitvoeringsorgaan en de uitspraak van de Raad van Beroep, omdat deze niet zouden steunen op een draagkrachtige motivering. De Raad besluit zijn uitspraak echter met een, over het hoofd van de eiser, tot degenen, die met een beroep op het arrest van de Hoge Raad een verzoek tot herziening van kinderbijslag willen indienen, gerichte waarschuwing tegen overspannen verwachtingen:

'De Raad wil – ter voorkoming van ongegronde verwachtingen bij eiser – er nog op wijzen dat de omstandigheid dat een rechterlijke uitspraak [...] indien deze eerder zou zijn gegeven [...], mogelijk tot andere, voor de aanvrager gunstiger beslissingen zou hebben geleid, *op zichzelf onvoldoende grond oplevert* om te oordelen dat van de bevoegdheid om van een rechtens on-

aantastbaar geworden beslissing terug te komen gebruik zou behoren te worden gemaakt'.⁹⁵
(mijn cursivering, RB)

Uit de laatste overweging spreekt de nodige voorzichtigheid. Bij de bespreking van de dagloonzak waarmee paragraaf 3 van dit hoofdstuk werd geopend,⁹⁶ bleek enerzijds dat de CRvB bij herzieningsverzoeken op grond van verandering van jurisprudentie geen genoegen neemt met het enkele argument dat de oorspronkelijke beslissing in rechte onaantastbaar is geworden. Anderzijds is het niet zo dat de Raad in een verandering van jurisprudentie een grond ziet die in beginsel tot herziening zou moeten leiden. Zo oordeelde de Raad al in 1977⁹⁷ dat het te ver voeren zou

'strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aanwezig te achten, indien een orgaan in gevallen als dit⁹⁸ weigert aan verandering van jurisprudentie die betekenis toe te kennen, dat daarin grond is gelegen eerder genomen beslissingen, welke onaantastbaar zijn geworden, alsnog in voor betrokkenen gunstige zin te herzien'.

Op 16 februari 1984 stelt de CRvB, oordelende als ambtenarenrechter, in het kader van zijn vaste jurisprudentie inzake de beperkte toetsing voorop:

'dat het enkele feit, dat door een rechterlijke uitspraak aan een wettelijk voorschrift een bepaalde uitleg wordt gegeven, er niet toe kan leiden, dat alle voorafgaande toepassingen van dat voorschrift in overeenstemming met die (nieuwe) uitleg moeten worden gebracht. Dergelijke verstrekkende gevolgen van rechterlijke uitspraken zouden het ook ten behoeve van de overheid geldende beginsel van de rechtszekerheid te zeer aantasten'.⁹⁹

In zijn, eveneens op het ambtenarenrecht betrekking hebbende uitspraak van 24 september 1987¹⁰⁰ achtte de CRvB deze jurisprudentie eveneens van toepassing op gevallen waarin achteraf wordt geoordeeld dat aan een wettelijk voorschrift een onjuiste toepassing is gegeven. Hennekens stelt naar aanleiding van deze uitspraak voorop dat, in het geval de rechter een bepaalde interpretatie aan een wettelijk voorschrift geeft, de rechtszekerheid gebiedt dat deze interpretatie niet onbepert terugwerkt. In een uitspraak van 10 april 1991¹⁰¹ past de CRvB deze rechtspraak ook in een sociale zekerheidszaak toe.¹⁰²

95 Uit de noot bij de uitspraak blijkt evenwel dat de uitspraak van de CRvB toch heeft geleid tot toekenning achteraf van kinderbijslag over de periode 1 april 1975 t/m 30 september 1976.

96 CRvB 31 december 1984, AB 1985, 348, m.nt. J.H.Smits en RSV 1985/126, m.nt. N.J. Haverkamp.

97 CRvB 28 april 1977, RSV 1977, nr. 253.

98 Het ging in dit geval om een afwijzing van een verzoek om herziening van een weigering een WW-uitkering, terwijl na de weigeringsbeschikking een verandering in de jurisprudentie had plaatsgevonden op grond waarvan de belanghebbende meende alsnog in aanmerking voor een uitkering te komen.

99 TAR 1984, 82.

100 AB 1988, 149, m.nt. HH; tevens geannoteerd door R.M. van Male in TAR 1988, p. 101-103.

101 RSV 1992/23.

102 Van een wat ruimere opvatting lijkt een uitspraak van 31 december 1990 (TAR 1991/64) te getuigen waarin de Raad overwoog dat '[gedaagde], toen [...] definitief was vastgesteld dat het onthouden van een periodieke verhoging in omstandigheden als die van eiser strijdig was met de toepasselijke regelgeving op de hem toekomende rechtszekerheid niet langer een zo dwingend beroep [kon] doen dat hij zich op grond daarvan mocht blijven onttrekken aan zijn verantwoordelijkheid om vanaf evengenoemd moment het salaris in overeenstemming met die regelgeving vast te stellen.' Gelet op latere ontwikkelingen in de jurisprudentie van de CRvB mag worden aangenomen dat deze uitspraak niet meer betekenis toekomt dan de uitzondering die de regel bevestigt.

In de reeds eerder genoemde uitspraak van 18 december 1997¹⁰³ komt de Raad tot een principiële verwoording van zijn standpunt. Die zaak betrof het verzoek van een aantal bedrijven om een aan hen opgelegde malus, waarin zijn aanvankelijk hadden berust, ongedaan te maken nadat de CRvB in zijn uitspraak van 15 februari 1995¹⁰⁴ wegens strijd met artikel 6 EVRM onverbindend had verklaard. Namens een van de bedrijven was aangevoerd dat de grond waarop het uitvoeringsorgaan diende terug te komen van de eerdere malusoplegging niet zozeer gelegen is in het feit dat de Raad eerder een principieel oordeel heeft gegeven over de malusoplegging als zodanig, doch dat uit die uitspraak blijkt dat er zodanige gebreken aan de malusbesluiten kleven dat de uitvoeringsinstellingen in redelijkheid niet kunnen weigeren terug te komen op die besluiten.

Naar aanleiding van dit betoog stelt de CRvB voorop dat

‘uitgangspunt is dat de inhoud van inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie op zichzelf geen grond vormt van het doorbreken van het rechtens onaantastbaar zijn van besluiten waartegen geen beroep bij de rechter is ingesteld, of die gezien het resultaat van een wel bij de rechter gevolgde rechtsgang in rechte onaantastbaar zijn geworden. Naar het oordeel van de raad wordt dit niet anders indien in die jurisprudentie gewezen is op een mogelijke schending van fundamentele rechten. De reden voor deze beperking van de mogelijkheid om alsnog het eerdere besluit door de rechter beoordeeld te krijgen, is gelegen in het uitgangspunt dat een belanghebbende binnen de daarvoor geldende beroepstermijn bij de rechter in beroep kan komen tegen een besluit, doch dat na ommekomst van die termijn of nadat in die rechtsgang tot een eindresultaat is gekomen, het (potentiële) geschil geëindigd is (lites finiri oportet)’.

In een eveneens op een verzoek om herziening van een in rechte onaantastbaar geworden betrekking hebbende uitspraak van 16 juli 1998¹⁰⁵ overweegt de Raad

‘dat de omstandigheid dat het malusbesluit zou zijn vernietigd indien daartegen tijdig beroep was ingesteld geen grond kan vormen voor het oordeel dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid kan weigeren terug te komen van een in rechte onaantastbaar geworden besluit.’

Volgens de Raad

‘[...] moet daarbij in aanmerking worden genomen dat volgens de jurisprudentie van de raad de omstandigheid dat rechtspraak tot stand is gekomen die uitwijst dat bij een eventuele rechterlijke toetsing het intussen rechtens onaantastbaar geworden besluit niet in stand zou kunnen blijven, geen grond kan opleveren voor het doorbreken van de *formele rechtskracht* van dat besluit’. (mijn cursivering, RB)

3.6 Tussenbalans

Naar aanleiding van deze jurisprudentie kan het volgende worden opgemerkt.

1. De *inhoud* van inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie, op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat het besluit waarvan herziening wordt verzocht, ware tegen dat besluit tijdig beroep ingesteld, niet in stand had kunnen blijven, vormt *op zichzelf* geen grond vormt voor de doorbreking van de formele rechtskracht van het oorspronkelijke besluit. De inhoud van de nieuwe jurisprudentie kan er dus niet toe leiden dat tegen het oorspronkelijke besluit alsnog een rechtsmiddel kan worden aangewend. Uit de des-

103 AB 1998, 124 m.nt. HBr.; zie ook hiervoor par. 3.4.

104 RSV 1996/214.

105 AB 1998, 439 m.nt. HBr.

betreffende overweging valt mijns inziens echter af te leiden dat in bijzondere gevallen, op grond van bijkomende omstandigheden, mogelijk wel een uitzondering kan worden gemaakt. Daarbij valt mijns inziens te denken aan een situatie waarin de betrokkene zich niet bewust heeft kunnen zijn van zijn alsnog verkregen rechten, dan wel voor wat zijn mogelijkheden tot het aanwenden van rechtsmiddelen betreft, door het bestuursorgaan op het verkeerde been is gezet.¹⁰⁶

2. Voor het doorbreken van de formele rechtskracht van het oorspronkelijke besluit is evenmin aanleiding als in de inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie is gewezen op een mogelijke schending van fundamentele rechten. Deze formulering lijkt echter open te laten de vraag hoe de rechter zou oordelen als schending van fundamentele rechten in de inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie *zou komen vast te staan*.¹⁰⁷

3. Het enkele feit dat (de toepassing die gegeven is aan) een wettelijk voorschrift, naar in latere jurisprudentie komt vast te staan, onrechtmatig is geweest, kan er op grond van het ook voor de overheid geldende rechtszekerheidsbeginsel niet toe leiden dat het desbetreffende bestuursorgaan verplicht is alle nog onder de 'oude jurisprudentie' genomen besluiten te herzien. Op grond van het feit dat de CRvB het in de burgerlijke rechtspraak ontwikkelde begrip van de formele rechtskracht hanteert, moet worden aangenomen dat ook de CRvB uitgaat van het beginsel, dat een besluit, waartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, maar waarvan niet (met succes) gebruik is gemaakt, zowel wat haar inhoud als wijze van totstandkomen betreft geacht moet worden in overeenstemming te zijn met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Van deze 'materiële' gevolgtrekking uit de formele rechtskracht zou uiteraard weinig overblijven indien het bestuursorgaan zou worden verplicht tot een algehele herzieningsoperatie. De in paragraaf 3.1 aangehaalde vrees van Haverkamp blijkt dan ook ongegrond.

4. De conclusie moet dan ook zijn dat degene die op grond van veranderde rechtspraak 'rechtsherstel' vordert is aangewezen op het, in dit opzicht, buitenwettelijke en in de rechtspraak uitgewerkte, middel van een verzoek om herziening.¹⁰⁸ Zoals Bröring in zijn noot

106 Vgl. par. 2.3 van dit hoofdstuk, waarin is aangegeven dat het recht op rechtsbescherming onder omstandigheden reden kan zijn voor het doorbreken van de formele rechtskracht. Vgl. voorts par. 2.3.2 van hoofdstuk 5 waar het zelfde zal blijken, ditmaal in de context van de doorwerking van het Europese recht.

107 Op deze vraag zal in meer algemene zin worden teruggekomen in hoofdstuk 5.

108 Dat dit overigens niet vanzelfsprekend is moge blijken uit het feit dat in diverse buitenlandse rechtsstelsels is voorzien in een wettelijke regeling voor de herziening van besluiten die zijn genomen op grond van een wettelijke bepaling die later is vernietigd dan wel onverbindend is verklaard. Zo wijst Van Male in zijn noot bij CRvB 24 september 1987 (TAR 1987/257) op het in het Belgische recht bestaande rechtsmiddel van het *recours de retraction*, waarin wordt voorzien door de Wet van 10 mei 1985 op het Hof van Arbitrage. Dit rechtsmiddel, dat wordt ingesteld bij het gerecht dat de onherroepelijke uitspraak heeft gewezen, betreft een herziening met inachtneming van het feit van de vernietiging van een algemeen voorschrift in een andere procedure. Voorts wijst hij op Par. 183 van de Duitse *Verwaltungsgerichtsordnung* op grond waarvan in dergelijke gevallen de kracht van gewijsde van de uitspraken van de bestuursrechter onaangetast blijft, maar de desbetreffende uitspraken niet meer mogen worden uitgevoerd.

onder de uitspraak van 18 december 1997 aangeeft: 'vragen staat vrij'.¹⁰⁹ Deze bevoegdheid bestaat, mits daardoor geen rechten van derden worden geschonden en zo een herziening niet expliciet bij wettelijk voorschrift is verboden en is discretionair van aard. De wijze van hantering of niet-hantering van deze bevoegdheid kan door de rechter slechts terughoudend worden getoetst. De rechter dient in elk geval na te gaan of de beslissing op het verzoek om herziening gedragen wordt door de gronden waarop zij berust en of de daarbij in aanmerking te nemen belangen zijn afgewogen. Deze afweging ziet enerzijds op het belang van betrokkene bij het alsnog verkrijgen van rechtsherstel enerzijds en anderzijds op het op de rechtszekerheid terug te voeren belang van het bestuur ouder rechtsbetrekking niet opnieuw open te breken.¹¹⁰ Daarbij komt blijkens de in paragraaf 4.3 besproken jurisprudentie geen doorslaggevende betekenis toe aan de omstandigheid dat het oorspronkelijke besluit in overeenstemming met de (toen geldende) wettelijke bepalingen is genomen en evenmin aan het argument dat de omslag in de jurisprudentie heeft plaatsgevonden nadat de oorspronkelijke beslissing in rechter onaantastbaar is geworden. Uit paragraaf 4.4 is evenwel gebleken dat de ruimte die de jurisprudentie van de CRvB tot voor kort bood om ook in de onmiskenbare onjuistheid van de oorspronkelijke beslissing een mogelijke aanleiding tot herziening aan te nemen, geen doorbraak heeft betekend voor de in dit boek besproken gevallen. De onder punt 1 weergegeven hoofdregel staat eraan in de weg dat een bestuursorgaan, louter op de grond van het feit dat zijn oorspronkelijke beslissing in geval van een tijdig instellen van beroep zou zijn vernietigd, tot herziening kan worden verplicht, zelfs als achteraf is komen vast te staan dat de oorspronkelijke beslissing in strijd is met fundamentele rechten. De ernst van de grief beïnvloedt aldus op zichzelf niet de vrijheid van het bestuursorgaan om al dan niet tegemoet te komen aan een verzoek om terug te komen van een rechtens onaantastbaar geworden besluit.¹¹¹

3.7 *Werking in de tijd*

In deze paragraaf zal aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie met betrekking tot besluiten tot het al dan niet op grond van (nieuwe) rechtspraak uitoefenen van de herzieningsbevoegdheid worden onderzocht welke werking in de tijd aan deze (nieuwe) rechtspraak is gegeven. Dit onderzoek zal geschieden aan de hand van een tweetal begrippen, te weten de *materiële* en de *formele werking* in de tijd van verandering van rechtspraak. Daarbij ziet de materiële werking op het tijdstip met ingang waarvan (een bepaalde uitleg van een) wettelijk voorschrift onrechtmatig wordt geacht en de formele werking op het tijdstip met ingang waarvan op deze onrechtmatigheid gebaseerde voorredingen kunnen worden geëffectueerd.

3.7.1 De dagloonzak

Enkele voorbeelden zijn de revue al gepasseerd. Zo bleek uit de in paragraaf 3.1 behandelde dagloonzak¹¹² dat de CRvB voor wat betreft het tijdstip met ingang waarvan de nieuwe jurisprudentiële regel had te gelden, aansluiting zocht bij het tijdstip waarover het

109 AB 1998, 124.

110 Met alle daarbij komende administratieve lasten.

111 Zie ook punt 3 van de noot van Bröring onder CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124.

112 CRvB 31 december 1984, AB 1985, 348, m.nt. J.H. Smits en RSV 1985/126, m.nt. N.J. Haverkamp.

geschild in 'herzieningsuitspraak' van 22 september 1981¹¹³ handelde, en wel in die zin dat op dat tijdstip de wijziging in de maatschappelijke omstandigheden die de werkelijke reden voor de omslag van de jurisprudentie vormde, zich reeds had voltrokken. Dagloonvaststellingen die na die datum (17 oktober 1978) nog werden vastgesteld golden als *rechtens onjuist*. Zoals in paragraaf 3.1 al bleek acht Haverkamp deze keuze voor een tijdstip dat bijna drie jaar vóór de datum van de herzieningsuitspraak ligt slecht passen in de conceptie van de rechtsvormende werking van jurisprudentie. Naar zijn oordeel is

'uitgangspunt voor die werking [...] dat de rechter in een gegeven geval een beslissing geeft, waarvan men mag verwachten dat hij die in de toekomstige gevallen eveneens zal geven. Het rechtsvormende element zit in die laatste verwachting, maar daar kan pas sprake van zijn vanaf het tijdstip waarop de rechter zijn beslissing heeft gegeven en niet reeds vanaf het tijdstip waarop het geval zich voordoet dat bij de rechter, jaren later, tot die beslissing zal gaan leiden'.¹¹⁴

Dat laatste doet zich in deze zaak nu juist wel voor. Zich kennelijk baserend op een verondersteld primaat van de wetgever in het overgangsrecht, had het uitvoeringsorgaan nog gesteld dat

'de beslissing waarvan herziening is gevraagd werd genomen in overeenstemming met de wettelijke bepalingen',

Maar, naar reeds aan de orde kwam, kwalificeert de Raad dit verweer als

'onjuist [...] nu immers [...] die bepalingen tenminste ingaande de datum van de aanvang van de periode waarop het oordeel van de Raad blijkens voornoemde uitspraak d.d. 22 september 1981 betrekking had (17 oktober 1978) zodanig uitgelegd dienden te worden dat de betreffende emolumenten wel bij de dagloonvaststelling dienen te worden meeberekend'.

Aldus laat de Raad er geen misverstand over bestaan dat de materiële werking van de in de uitspraak van 22 september 1981 neergelegde nieuwe rechtsregel op zijn laatst op 17 oktober 1978 is ingegaan.

Voor wat de effectuering van de nieuwe rechtspraak (de formele werking) betreft, overweegt de Raad dat onvoldoende door het uitvoeringsorgaan is gemotiveerd waarom nu juist de datum waarop de nieuwe rechtspraak is gewezen doorslaggevend zou moeten zijn en niet de eerdere datum met ingang waarvan blijkens de vaststelling door de Raad de wijziging in de maatschappelijke omstandigheden die tot de nieuwe jurisprudentie had geleid, tot stand was gekomen. De Raad acht het zonder meer aanknopen bij de datum van de nieuwe rechtspraak, zonder de belangen af te wegen die met een effectuering met ingang van een eerder tijdstip zouden zijn gemoeid, niet rechtmatig.

De formele werking van de uitspraak van 31 december 1984 krijgt vervolgens gestalte in een beleid van het uitvoeringsorgaan, waarin de algemene gedragslijn wordt gevolgd van een aanpassing van de daglonen met ingang van 17 oktober 1978. Dit beleid is op zijn beurt inzet geweest van een procedure, waarin betrokkene die om een herziening van zijn dagloon verzocht met ingang van 24 mei 1977 (dus met ingang van een tijdstip gelegen vóór het in de uitspraak van 22 september 1981 in geding zijnde tijdstip, betoogde dat het

113 RSV 1982/72 m.nt. N.J. Haverkamp onder RSV 1982/73.

114 In zijn noot onder CRvB 31 december 1984, RSV 1985/126.

ook in zijn geval vasthouden aan de datum van 17 oktober 1978 als willekeur te beschouwen zou zijn. De Raad was evenwel van oordeel dat

‘[het uitvoeringsorgaan], door als datum van ingang van het nieuwe *beleid* die datum te kiezen welke deze Raad in de voornoemde uitspraak d.d. 31 december 1984 op de in die uitspraak aangegeven gronden heeft genoemd, een standpunt inneemt dat als *beleidsregel* binnen het raam van de hier aan gedaagde toekomende beleidsruimte zeker niet als onaanvaardbaar te beschouwen is’.¹¹⁵ (mijn cursivering, RB)

Aldus is de datum van 17 oktober 1978 die geheel eigen was aan de procedure die leidde tot de uitspraak van 22 september 1981, een geheel eigen leven gaan leiden als tijdstip met ingang waarvan in het algemeen, behoudens bijzondere omstandigheden, tot aanpassing van het dagloon wordt overgegaan.¹¹⁶

3.7.2 De kinderbijslagzaak

Ook de in paragraaf 3.5 behandelde kinderbijslagzaak,¹¹⁷ waarin de CRvB zich op grond van een uitspraak van de Hoge Raad van 17 november 1976 genoodzaakt zag zijn nog bij uitspraak van 24 juni 1975¹¹⁸ onderschreven rechtspraak inzake de dubbeltelling van kinderbijslag te verlaten, kent de CRvB, althans voor wat de materiële werking betreft, terugwerkende kracht toe aan de nieuwe rechtspraak. De CRvB verwierp de opvatting van het uitvoeringsorgaan dat de in geding zijnde beslissingen, die zagen op het tijdvak van 1 januari 1968 tot en met 30 september 1976, op zichzelf juist zouden zijn geweest. Voor wat de effectuering van de nieuwe rechtspraak betreft gaf de CRvB in feite aan zich te kunnen verenigen met het beleid van het uitvoeringsorgaan om de in de nieuwe rechtspraak neergelegde regel eerst ingaande de datum waarop het arrest van de Hoge Raad werd gewezen, toe te passen. Wel verwijt de CRvB het uitvoeringsorgaan dat dit beleid onvoldoende ruimte liet voor bijzondere gevallen, waarin het recht op dubbele kinderbijslag over verder in het verleden gelegen perioden nog kon worden vastgesteld.

3.7.3 Vz. ARRS 26 oktober 1984¹¹⁹

Een ander voorbeeld waarbij het verzoek om herziening is gegrond op het omgaan van een andere rechter dan bevoegd is ten aanzien van het herzieningsbesluit zelf, is te vinden in een uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State van 26 oktober 1984.

Inzet van het geding was een geschil tussen een bedrijf en het gemeentebestuur van Steenwijk. Krachtens een sociaal plan, opgesteld in verband met een reorganisatie c.q. beëindiging van de werkzaamheden van de het bedrijf te Steenwijk, was het bedrijf verplicht de WWV-uitkering van haar voormalige werknemers aan te vullen tot 95 procent van het laatstelijk genoten netto

¹¹⁵ CRvB 13 maart 1985, AB 1986, 326.

¹¹⁶ Overigens blijkt uit de noot van Haverkamp dat de opname van het privé-gebruik van auto en telefoon in het dagloon later voor zowel de WAO, de WW, als de ZW weer ongedaan is gemaakt bij besluiten van de Sociale Verzekeringsraad van 17 juni 1982 (Stcrt. 186) en 19 januari 1984 (Stcrt. 60) en van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 december 1982 (Stcrt. 254).

¹¹⁷ CRvB 2 juli 1979, AB 1980, 502, m.nt. v. S en RSV 1979/246.

¹¹⁸ SV 1975/20.

¹¹⁹ Vz ARRS 26 oktober 1984, tB/S XIII, nr. 16, m.nt. De Waard.

salaris, vermeerderd met enige toeslagen. Het geschil spitste zich toe op de weigering van het uitvoeringsorgaan om bij de vaststelling van het dagloon in de zin van de WWV tevens de zogenoemde dertiende maanduitkering te betrekken, waardoor het bedrijf voor een hoger bedrag moest 'opdraaien'.

Het door het bedrijf tegen dit besluit van B en W ingestelde beroep wordt mede op grond een uitspraak van de CRvB van 27 mei 1983, waarin deze zijn vaste jurisprudentie dienaangaande nog eens bevestigde, door de Afdeling Rechtspraak verworpen.

Op 29 november 1983 wordt echter door de CRvB een uitspraak gewezen volgens welke de dertiende maanduitkering wel moest worden betrokken bij de dagloonvaststelling in de zin van de WWV. De CRvB ging dus om. Met een beroep op deze uitspraak dient het bedrijf op 7 mei 1984 bij de Afdeling een verzoek om herziening in van voormelde uitspraak.

De Voorzitter wijst dit verzoek af, 'reeds omdat die uitspraak (de uitspraak van de CRvB van 29 november 1983, RB) dateert van na het besluit van burgemeester en wethouders van Steenwijk van 5 maart 1982 en na de uitspraak van de CRvB 27 mei 1983.'

Uit de uitspraak blijkt dat de Voorzitter pas bereid is betekenis toe te kennen aan de omslag in de jurisprudentie van de CRvB vanaf het moment waarop deze verandering heeft plaatsgevonden. Aangezien de uitspraak van de CRvB dateert van ná de eerste uitspraak van de Afdeling kan zij geen aanleiding vormen tot herziening.

In zijn commentaar op deze uitspraak suggereert De Waard dat, ware de Afdeling ten tijde van de eerste uitspraak reeds geconfronteerd geweest met de opvatting van de CRvB, zij zich daaraan naar alle waarschijnlijkheid geconformeerd zou hebben, omdat de WWV-materie normaal gesproken tot de competentie van de CRvB behoort en de Afdeling hiermee slechts bij uitzondering te maken krijgt. De Waard wijst er bovendien op dat een dergelijke opvatting niet strookt met de theorie dat beide rechters *ex tunc* oordelen, maar verklaart het feit dat de Afdeling in dit geval het *ex tunc*-karakter aan de uitspraak van de CRvB ontzegt uit de omstandigheid dat zich hier *twee verschillende rechters* over dezelfde rechtsvraag hebben moeten uitspreken, terwijl tussen deze rechters een hiërarchisch verband ontbreekt. Hij merkt hiertoe op dat het rechtsoordeel van de Afdeling Rechtspraak evenveel waard is als dat van de CRvB en dat het toekennen van een *ex tunc*-karakter aan beide uitspraken zou leiden tot een situatie waarin tegengestelde uitspraken zouden worden gedaan over de vraag hoe het 'toen' rechtens was.

In deze uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak lijken de tijdstippen van de materiële en de formele werking van de nieuwe jurisprudentiële regel samen te vallen. De nieuwe regel komt met ingang van de datum van omslag in rechtspraak van de CRvB te gelden, terwijl die nieuwe regel ook met ingang van diezelfde datum via een herzieningsverzoek kan worden geëffectueerd.

3.7.4 CRvB 24 september 1987¹²⁰

In deze zaak wordt voor de werking in de tijd van de (nieuwe) rechtspraak aangeknoopt bij het tijdstip waarop de zaak voor het eerst onder de aandacht van de rechter werd gebracht.

In geding was de toepassing door de minister van Verkeer en Waterstaat (directoraat-generaal scheepvaart en maritieme zaken) van een correctiefactor bij de bepaling van het aantal vakantie-

120 AB 1988, 149, m.nt. HH; zie ook noot Van Male in TAR 1988, p. 101-103.

dagen voor loodsen. De in geding zijnde correctiefactor was bij brief van 4 januari 1972 vastgesteld door de toenmalige directeur-generaal van het loodswezen. Hierover ontstond van meet af aan veel discussie. Deze was aanleiding tot inter-departementaal overleg, hetgeen leidde tot een standpuntbepaling van de minister van Binnenlandse Zaken bij brief van 16 oktober 1980.

Eerst dit standpunt leidt tot een beroepszaak (naar ik aanneem tegen een met inachtneming van dit standpunt opgestelde verlof- en vakantiekaart waarop de aanspraken voor het lopende jaar worden vermeld). Dit leidt uiteindelijk op 8 december 1983 tot een uitspraak van de CRvB¹²¹, waarbij de toepassing van de gewraakte correctiefactor in strijd met het ARAR wordt verklaard. Deze laatste uitspraak is voor betrokkene in het onderhavige geding aanleiding om de minister te verzoeken de hem in het verleden ten onrechte onthouden verlofdagen alsnog toe te kennen. Dit verzoek, alsmede 700 gelijklopende verzoeken, wordt ingewilligd over de jaren 1981, 1982 en 1983; de vakantie-aanspraken van vóór 1981 worden evenwel niet herzien. Dit standpunt is erop gebaseerd dat de zaak niet eerder dan in 1981 onder de aandacht van de rechter werd gebracht.

De CRvB kan zich met dit standpunt verenigen. Dit oordeel berust allereerst op de in paragraaf 3.5 reeds aangehaalde overweging dat het enkele feit dat door een rechterlijke uitspraak een bepaalde wijze van toepassen in strijd met het desbetreffende wettelijk voorschrift wordt geacht, er niet toe kan leiden dat alle aan de uitspraak voorafgegane toepassingen van dat voorschrift alsnog met die uitleg in overeenstemming zouden moeten worden gebracht. In het kader van de door de rechter toe te passen marginale toetsing acht de Raad vervolgens van doorslaggevend belang dat betrokkenen niet eerder beroep hadden ingesteld tegen de hun aan het begin van elk jaar verstrekte vakantie- en verlofkaarten en er om hun moverende redenen de voorkeur aan hadden gegeven de resultaten van het overleg in de dienstcommissie en het ambtelijk overleg af te wachten. Het feit dat een van de betrokkenen de dienstleiding er reeds in een vroeg stadium schriftelijk op had gewezen dat de toepassing van de correctiefactor niet juist was, kon daaraan niet afdoen.

Uit de uitspraak blijkt niet expliciet met ingang van welk tijdstip sprake is van een onjuiste uitleg. Uit de manier waarop de uitspraak is opgebouwd maak ik echter op dat de Raad van oordeel is dat dit van meet af aan het geval was. De Raad spreekt van de door betrokkenen ingestelde vorderingen als gericht op 'hun in het verleden ten onrechte onthouden verlofdagen' en verklaart zich vervolgens akkoord met het beleid van verweerder om op aanvraag slechts tot herziening over te gaan met betrekking tot de 'ten onrechte onthouden' vakantie-aanspraken over de jaren 1981, 1982 en 1983. Deze laatste beperking ziet op de formele werking in de tijd van de uitspraak van 8 december 1983.

Hennekens acht de verwijzing van de CRvB naar de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan in het kader van de beoordeling van de ingangsdatum van de nieuwe jurisprudentiële regel niet sterk. Aangezien de CRvB vooropstelt dat het beginsel van de rechtszekerheid gebiedt dat de rechterlijke interpretatie niet onbeperkt terugwerkt, ligt het naar zijn oordeel voor de hand ook het tijdstip met ingang waarvan de aanspraken volgens de (nieuwe) regel worden beoordeeld aan dit beginsel te relateren.

Van Male¹²² plaatst deze uitspraak in het kader van de strijd om voorrang tussen het algemene rechtsbeginsel van de rechtszekerheid – dat ook voor de overheid geldt en dat

121 AW 1982/B83.

122 Punt 6 van zijn noot bij CRvB 24 september 1987, TAR 1987/257.

gediend is bij een strikte hantering van de beroepstermijnen – en het beginsel van de rechtmatigheid van het bestuur. Voorts merkt hij op dat de CRvB weliswaar ontkent dat er een rechtsplicht is tot terugkomen van een onherroepelijk besluit dat in strijd met een algemeen verbindend voorschrift is genomen, maar dat bij de toetsing van de wijze waarop het bestuursorgaan uitvoering heeft gegeven aan zijn discretionaire bevoegdheid ook andere factoren dan deze strijd betrokken moeten worden, zoals de concrete betekenis van het rechtszekerheidsbeginsel, het belang van de ambtenaar, het (organisatorisch) belang van het administratief orgaan en eventuele rechtsverwerking. Naar zijn oordeel kan worden geconcludeerd dat het opnemen van alle vakantiedagen weliswaar ontwrichtend zou hebben gewerkt, maar dat een vergoeding in geld wel mogelijk ware geweest. Bij deze afweging acht hij het financiële belang van de overheid niet doorslaggevend: de overheid wist immers van stond af aan dat de gegrondheid van de korting door de loodsen werd bestreden en had voor het daaraan verbonden risico kunnen reserveren. Opmerkelijk is dat hij ook van oordeel is dat aan de formele rechtskracht van de jaarlijkse vaststellingen in de gegeven omstandigheden niet teveel betekenis worden kon gehecht, omdat de inbreuk daarop naar zijn oordeel eenvoudig is gegeven met het aanvaarden van de mogelijkheid van het desverlangd terugkomen op eerdere besluiten.

Dit laatste lijkt me, ook gelet op de latere ontwikkelingen in de jurisprudentie niet goed verdedigbaar. Zoals in paragraaf 2 al is uiteengezet ziet het beginsel van de formele rechtskracht eerst en vooral op het *in rechte* vast staan van besluiten, in die zin dat deze als zodanig, indien zij niet in rechte zijn bestreden dan wel op een ingesteld beroep is beslist, niet opnieuw voor de rechter kunnen worden bestreden. Daarvan moet worden onderscheiden de mogelijkheid van het bestuursorgaan om op verzoek van zo'n besluit terug te komen. Het feit dat het herzieningsbesluit (of de weigering om hiertoe over te gaan) nauw gelieerd is aan het oorspronkelijke besluit, doet aan de formele rechtskracht hiervan niet af. In dit verband lijkt me juister de opmerking van Voermans¹²³ volgens wie 'artikel 4:6 van de Awb als het ware een soort correctiemogelijkheid [vormt] op het strikte stelsel van de formele rechtskracht van besluit zoals dat in de Awb is neergelegd', zij het met die aantekening dat, zoals in par. 4.4 is uiteengezet, artikel 4:6 niet op de situatie van veranderde rechtspraak ziet.

Het valt op dat de Raad in deze uitspraak zeer de nadruk legt op het feit dat betrokkenen er, zoals de Raad het uitdrukt, 'om hun moverende redenen, van af hebben gezien eerder een procedure aan te spannen'. Men kan zich afvragen of dit wel zo redelijk was, aangezien de verlofaanspraken van meet af aan omstreden waren en voorwerp waren van ambtelijk overleg. De Raad overweegt in dit verband dat

'eiser X [weliswaar] bij brieven van 5 dec. 1977, 13 okt. 1978 en 20 febr. 1979 in algemene termen de aandacht van de dienstleiding erop [heeft] gevestigd dat zijns inziens het toepassen van de eerdervermelde vermenigvuldigingsfactor niet juist was, maar hij heeft verder berust in de hem gedane mededelingen dat zijn brieven waren doorgezonden naar het directoraat-generaal van het loodswezen en niet eerder gereageerd dan met het indienen van zijn hierboven vermelde verzoek van januari 1984 naar aanleiding van 's Raads uitspraak van 8 dec. 1983'.

123 Zie diens noot onder CRvB 14 mei 1996, Rabw 1997, nr. 3.

Zoals ook in het volgende hoofdstuk aan de orde zal komen leidt een berustende houding, ook indien deze haar grondslag vindt in goed vertrouwen op de overheid, al gauw tot opschorting van de formele werking in de tijd van (nieuwe) rechtspraak. Voor deze werking is veelal doorslaggevend wanneer het geschil over de uitleg van een wettelijke bepaling voorwerp wordt van een rechterlijke procedure. Is dat eenmaal geschied, en is er sprake van een (nieuwe) jurisprudentiële regel, dan komt deze, zoals ook in de onderhavige zaak, gewoonlijk algemene werking toe met een bepaalde mate van terugwerkende kracht.

3.7.5 CRvB 21 april 1994¹²⁴

Deze zaak ziet op een verzoek om terug te komen van eerdere inschalingsbesluiten, zulks nadat de CRvB soortgelijke besluiten in een andere procedure wegens strijd met de wet had vernietigd. Deze uitspraak is vooral van belang vanwege de eisen die de CRvB aan het besluit naar aanleiding van een herzieningsverzoek stelt. Zo overweegt de Raad dat het

‘[voorts] vanzelf [spreekt] dat de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van [het bestuursorgaan] om van zijn eerdere besluiten terug te komen met de nodige zorgvuldigheid dient te geschieden en dat het besluit waarin de uitoefening van die bevoegdheid uitmondt van een deugdelijke motivering dient te zijn voorzien’.

De Raad benadrukt in dit verband het belang van een belangenafweging en merkt tenslotte op dat

‘hij voorbijgaat aan de eerst ter zitting naar voren gebrachte opvatting van eiser (het bestuursorgaan, RB), dat hij aan rechterlijke uitspraken slechts gevolgen behoeft te verbinden voor die gevallen waarin binnen de beroepstermijn tegen de oorspronkelijke besluiten is geopioneerd, aangezien eiser met die opvatting het bestaan van zijn hiervoor geschetste discretionaire bevoegdheid en de daarmee samenhangende verplichting om in elk afzonderlijk geval waarin om uitoefening van die bevoegdheid wordt gevraagd de nodige aandacht te besteden en de zich daarbij voordoende specifieke omstandigheden miskent’.

Een zelfde indringende toetsing van de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid blijkt uit een uitspraak van 31 december 1990,¹²⁵ die ziet op de situatie waarin achteraf, in een door een derde tot de CRvB doorgevoerde procedure, is komen vast te staan dat ten aanzien van betrokkene, die zelf niet eerder had geprocedeerd, per 1 januari 1984 ten onrechte een bevrozing van zijn salarisanciënniteit had plaatsgevonden. Mede gelet op het feit dat het hier om een duuraanspraak ging en de aanspraken van betrokkene rechtstreeks op de desbetreffende regelgeving waren terug te voeren, achtte de CRvB het bestuursorgaan gehouden met terugwerkende kracht tot de eerste dag van de maand nadat de CRvB in de zaak van de derde uitspraak had gewezen, ten behoeve van betrokkene terug te komen op de bevrozingsmaatregel. Naar het oordeel van de CRvB kon het bestuursorgaan

‘toen [...] definitief was vastgesteld dat het onthouden van een periodieke verhoging in omstandigheden als die van eiser strijdig was met de toepasselijke regelgeving [...] op de hem toekomende rechtszekerheid niet langer een zo dwingend beroep doen dat hij zich op grond daarvan mocht blijven onttrekken aan zijn verantwoordelijkheid om vanaf evengenoemd moment het salaris in overeenstemming met die regelgeving vast te stellen’.

¹²⁴ AB 1994, 476 m.nt. HH en TAR 1994, 132.

¹²⁵ TAR 1991, 64.

3.7.6 CRvB 10 april 1991¹²⁶

Deze zaak biedt weer een iets andere invalshoek. Ze heeft betrekking op herzieningsverzoeken naar aanleiding van een eerdere uitspraak van de CRvB waarin de onderliggende regelgeving onverbindend werd verklaard. In deze uitspraak laat de CRvB de materiële werking van de uitspraak waarop de herzieningsverzoeken zijn gebaseerd weliswaar in het midden, maar wordt des te meer inzicht gegeven in de factoren die een rol kunnen spelen bij de bepaling van de formele werking in de tijd.

In geding is een weigering van het uitvoeringsorgaan om ten gunste van betrokkenen terug te komen van in rechte onaantastbaar geworden beslissingen, waarbij betrokkenen was meege-deeld dat zij, gelet op het bepaalde in artikel 13, lid 1, aanhef en onder h, van de WWV niet voor uitkering in aanmerking kwamen wegens samenloop van inkomsten uit verzilverde c.q. te ver-zilveren vakantiebonnen met hun uitkering krachtens de WWV. Ook na de inwerkingtreding van het op 30 april 1983 krachtens lid 4 juncto lid 1 van artikel 17 WWV door de Staats-secretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gegeven Besluit van 28 april 1983, Stcrt. 1983, 83 bleef het uitvoeringsorgaan het bepaalde in artikel 13, lid 1, aanhef en sub h, WWV als weigeringsgrond hanteren. Dit Besluit werd evenwel bij uitspraak van 16 oktober 1985¹²⁷ door de CRvB vernietigd.

Het uitvoeringsorgaan was van oordeel dat zijn op artikel 13, lid 1, aanhef en sub h, WWV ge-baseerde wetstoepassing niet rechtstreeks door deze uitspraak werd geraakt, maar hield niette-min rekening met de uitspraak bij de beoordeling van nadien ingekomen verzoeken om alsnog WWV-uitkering te verlenen over dagen waarover deze in het verleden in verband met vakantiebonnen was geweigerd. Op desbetreffende herzieningsverzoeken werd in beginsel positief be-slist, waarbij het uitvoeringsorgaan het beleid voerde niet verder terug te gaan dan 28 april 1983, zijnde de datum van het bij de uitspraak van 16 oktober 1985 onverbindend verklaarde Besluit.

De CRvB kon zich met dit beleid verenigen. Uit de uitspraak blijkt niet met ingang van welk tijdstip de Raad de gewraakte wetstoepassing van het uitvoeringsorgaan in strijd met de wet achtte. Dit wordt vermoedelijk verklaard doordat de besluiten waarvan herziening werd verzocht niet rechtstreeks op het onverbindend verklaarde Besluit van 28 april 1983 waren gebaseerd. De uitspraak bevat echter een tamelijk uitgebreide opsomming van de factoren die de Raad van belang acht bij de beantwoording van de vraag of de wijze waarop het uitvoeringsorgaan de onverbindendverklaring heeft geëffectueerd (de formele werking in de tijd) de rechterlijke toetsing kan doorstaan. Naast de op het rechtszekerheidsbeginsel gebaseerde overweging dat het enkele feit dat door een rechterlijke uitspraak aan een wettelijk voorschrift een bepaalde uitleg wordt gegeven of een bepaalde wijze van toepassen in strijd met dat wettelijk voorschrift wordt geacht, er niet toe kan leiden dat alle aan de uitspraak voorafgaande toepassingen van dat voorschrift alsnog in overeenstem-ming met die uitleg worden gebracht (zie hiervoor par. 4.5) acht de Raad de volgende factoren van belang:

- a. dat betrokkenen geruime tijd hebben laten verstrijken alvorens hun betreffende ver-zoek aan het uitvoeringsorgaan te doen. Naar het oordeel van de Raad dient, wanneer sprake is van een in beginsel onaantastbaar geworden verhouding van betrokkenen tot

126 RSV 1992/23.

127 WWV/WSW 1985/170.

- het uitvoeringsorgaan, in het algemeen een hogere toetsingsdrempel te worden overschreden naarmate die rechtsverhouding langer onaangevochten heeft voortbestaan;
- b. dat betrokkenen bewust hebben berust in de toenmalige beslissingen;
 - c. dat van de 'oude beslissingen' niet kon worden gezegd dat deze in alle opzichten onmiskenbaar onjuist waren;
 - d. dat het uitvoeringsorgaan de wederzijdse belangen heeft afgewogen. In casu ging het om eenmalige kortingen, terwijl niet was aangevoerd/gebleken dat de financiële belangen van betrokkenen zijn onderschat;
 - e. dat de ingangsdatum ook in die zin de beperkte toetsing kan doorstaan, dat het uitvoeringsorgaan hiermee mede de gelijkheid van behandeling met andere gemeenten heeft beoogd.

4. Werking in de tijd van een rechterlijke onverbindendverklaring

4.1 Inleiding

De in paragraaf 3.6 besproken uitspraken zien alle op gevallen waarin het verzoek om herziening is gegrond op een rechterlijke uitspraak waarbij ofwel een eerdere uitleg van een wettelijk voorschrift wordt verlaten, met andere woorden op een rechterlijk 'omgaan', ofwel op een uitspraak waaruit kan worden afgeleid dat het desbetreffende bestuursorgaan gedurende soms lange tijd geen juiste uitvoering heeft gegeven aan het in geding zijnde wettelijk voorschrift. Uit de besproken uitspraken spreekt de nodige terughoudendheid met betrekking tot de toetsing van de werking in de tijd die door de desbetreffende bestuursorganen aan de (nieuwe) rechtspraak wordt toegekend. De vraag is of een zelfde terughoudendheid zich ook zal voordoen ten aanzien van uitspraken waarbij een wettelijk voorschrift onverbindend is verklaard. Er doet zich in dat geval immers een belangrijk verschil voor met een situatie waarin de rechter is omgegaan ten aanzien van de interpretatie van een wettelijk voorschrift. In hoofdstuk 1 is er al op gewezen dat wel is verdedigd dat bij een rechterlijk omgaan de nieuwe interpretatie als de altijd gegolden hebbende moet worden aangemerkt, maar dat het te ver zou voeren hieraan de conclusie te verbinden dat beslissingen die met inachtneming van de vroegere interpretatie zijn genomen 'dus' onrechtmatig zijn. Dit laatste valt voor besluiten die zijn genomen op grond van later onverbindend verklaarde wettelijke bepalingen minder goed vol te houden. Bij de onverbindendverklaring *constateert* de rechter immers dat de wettelijke bepaling in strijd is met het recht (meestal een 'hogere' bepaling van geschreven recht); met deze constatering komen andere besluiten die op zelfde regeling zijn gebaseerd op een wankel basis te berusten. Vaak zal vast staan dat, ware tegen deze andere besluiten tijdig in beroep gekomen, ook deze vernietigd zouden zijn.

4.2 De uitwegvergunningszaken

Voor wat de nationale dimensie van deze problematiek betreft kunnen als voorbeelden bij uitstek dienen de uitwegvergunningszaken die zijn gevolgd op de bekende uitspraak van de Afdeling rechtspraak in de zaak *Maastricht I*.¹²⁸ In deze laatste zaak merkte de Afdeling

¹²⁸ ARRS 1 september 1977, AB 1977, 366 m. nt. VdV; Gst 6472 m.nt JMK; BR 1977, p. 914 m.nt. CLR.

het besluit van de gemeente Maastricht tot het heffen van een geldbedrag als voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning tot uitwegen van een particulier terrein op de openbare weg aan als een beschikking in de zin van de Wet Arob, om vervolgens – in afwijking van de toenmalige jurisprudentie van de Hoge Raad – deze beschikking in strijd te achten met de Wegenwet. Het gevolg van deze zaak was dat ook anderen, die meenden ten onrechte een soortgelijke heffing te hebben betaald juridische stappen ondernamen om het bedrag terug te krijgen. Een voorbeeld van een dergelijke *terugvorderingszaak door een derde* biedt de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak in *De Bilt II*.¹²⁹ Deze uitspraak is een vervolg op *De Bilt I*,¹³⁰ waarin de 'Bijdrageregeling ontsluiting particulier bouwterrein' van de gemeente conform de uitspraak in *Maastricht I* onverbindend werd verklaard.

In *De Bilt II* is appellant van oordeel dat de onverbindendheid van de Bijdrageregeling geacht moet worden terug te werken tot de datum waarop de regeling in werking is getreden. Appellant stelt beroep in – niet opnieuw tegen de oorspronkelijke beslissing van B&W om de heffing op te leggen – maar tegen 'de weigering van het nemen van een beslissing, inhoudende een *herziening* van voornoemde beslissing op grond van *gewijzigde omstandigheden*'.

B&W gaan evenwel uit van de *formele rechtskracht* van de oorspronkelijke beslissing, ook al ontbreekt, naar achteraf is gebleken, aan de heffing een rechtsgeldige grondslag. Nu appellant heeft nagelaten de beroepsgang te volgen waarin de Bijdrageregeling voorzag, is de beslissing waarbij de heffing werd vastgesteld onherroepelijk (art. 5 aanhef en onder d Wet Arob) geworden. B&W hadden het bezwaarschrift van appellant dan ook niet-ontvankelijk verklaard: de weigering van het college om over te gaan tot herziening van de oorspronkelijke beslissing zou immers een (zelfstandig) rechtsgevolg ontberen.

De Afdeling gaat aan beide betogen voorbij. Appellant wordt weliswaar niet-ontvankelijk verklaard, maar om een andere reden dan door het gemeentebestuur was geopperd. De Afdeling merkt de beslissing waarbij B&W afwijzend hebben beschikt op het verzoek om terugbetaling aan als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Zij komt tot deze conclusie langs de volgende redenering. Allereerst refereert de Afdeling aan het betoog van appellant dat aan de vordering tot een financiële bijdrage een rechtsgeldige titel ontbrak (appellant had immers gesteld dat de onverbindendverklaring in *De Bilt I* terug zou moeten werken tot de datum waarop de regeling in werking was getreden). Voorts overweegt de Afdeling echter dat haar niet is gebleken van een publiekrechtelijke regeling waarop het verzoek om terugbetaling kan worden gebaseerd. Op grond hiervan merkt zij de weigering van B&W om tot terugbetaling over te gaan aan als een 'weigering een vordering op grond van art. 1395 BW te erkennen', en derhalve als een weigering tot het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.¹³¹

129 ARRS 25 mei 1981, AB 1981, 516 m.nt. J.A.B.; Gst. 6686; BR 1981, p. 780. De woordkeuze in cursief is afkomstig van annotator Borman. Zie verder ARRS 27 maart 1981, AB 1981, 323 m.nt. J.A.B.; Gst. 6669 (*Maastricht II*).

130 ARRS 8 juni 1978, Gst. nr. 6514.

131 Uit punt 8 van zijn noot onder HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 is op te maken dat Scheltema, gelet op de wijze waarop de vordering in *De Bilt II* was geformuleerd, van oordeel is dat de Afdeling het beroep wel onvankelijk had moeten verklaren. Voorts dient erop te worden gewezen dat deze zaak naar huidig recht een ander verloop zou hebben gehad. Met de erkenning van de appellabiliteit van het zelfstandig schadebesluit in de procedure voor de bestuursrechter had voor betrokkene tegen de weigering van B&W de onverschuldigd betaalde bijdrage terug te betalen rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter opengestaan. De hier besproken rechtspraak blijft echter actueel waar het gaat om de vraag in hoeverre een dergelijke vordering kans van slagen zou hebben.

De uitspraak is interessant, omdat het dilemma waarvoor rechters zich in zaken als deze zien geplaatst er zo duidelijk uit spreekt. Immers, in materieelrechtelijk opzicht lijkt appellant gelijk te krijgen; de Afdeling ontkent immers niet dat aan de betaling een rechtsgeldige titel ontbrak. Anders gezegd: voor wat de materiële werking betreft komt aan de met de uitspraak in *Maastricht I* ingezette nieuwe jurisprudentie van de Afdeling terugwerkende kracht toe, al blijkt uit de uitspraken niet met ingang van welk tijdstip. Tegelijkertijd stuit het beroep echter af op procedurele gronden. De formele werking van de nieuwe jurisprudentie – de mogelijkheid om alsnog, met terugwerkende kracht, daadwerkelijk rechtsherstel te verkrijgen – kon niet in een procedure voor de Afdeling worden afgedwongen. Sommigen hebben daar vrede mee, zoals Borman die in zijn noot onder de uitspraak opmerkt dat ‘het geven van terugwerkende effecten aan rechterlijke uitspraken onbegonnen werk [is]’. De vraag die restte was of de burgerlijke rechter daar ook zo over zou denken.

4.3 *De aanvullende rol van de burgerlijke rechter*

In zijn noot onder de uitspraak van de Afdeling in *De Bilt II* liep Borman al enigszins vooruit op deze vraag, waar hij ten aanzien van een eventuele civiele procedure strekkende tot terugvordering van de onverschuldigd betaalde heffing opmerkte:

‘Het zal niet gaan om een vordering tot vernietiging van de tweede beslissing maar om een vordering uit onverschuldigde betaling. Kern van eisers betoog zal zijn dat de heffing ten onrechte is opgelegd. Dan zal de gewone rechter in aanmerking kunnen nemen dat die heffing niet is aangevochten met behulp van de daarvoor openstaande administratiefrechtelijke voorziening, bestaande in een beroepsgang bij de gemeenteraad gevolgd door een beroepsgang bij de Afd. rechtspraak. Hij zal, onder verwijzing naar dat feit, kunnen stellen dat de juistheid van de bewering dat de heffing ten onrechte is opgelegd bij hem niet aan de orde kan komen en dat van de rechtmatigheid van de heffing moet worden uitgegaan’.

Deze opmerkingen brengen ons terug bij het leerstuk van de formele rechtskracht. Op deze zaak toegepast zou dit leerstuk hierop neerkomen dat de burgerlijke rechter zal hebben uit te gaan van de rechtmatigheid van de heffing van de bijdrage, nu de belanghebbende heeft nagelaten de administratiefrechtelijke beroepsgang tegen het *besluit tot heffing* te volgen. De impliciete gevolgtrekking van deze redenering is dat aan de rechterlijke *constatering* van de onrechtmatigheid van de aan het besluit ten grondslag liggende algemene regeling iedere vorm van derdenwerking moet worden ontzegd. Van terugbetaling zou alleen sprake kunnen zijn, indien steeds weer in een afzonderlijke administratieve procedures de onrechtmatigheid van het heffingsbesluit zou zijn vastgesteld, gevolgd door een op grond van deze vaststelling gevolgde procedure bij de burgerlijke rechter. In alle andere gevallen zou de onverbindendheid van de bijdragestelsels voor reeds voldane heffingen zonder gevolg blijven.

De spanning tussen wat het materiële recht vereist en het procedurele recht belemmert wordt hier hoog opgevoerd. Té hoog, als de belanghebbende al te zeer door het bestuur het procedurele rad voor ogen is gedraaid, naar bleek uit het arrest *Heesch/Van de Akker*.¹³² Té hoog ook kennelijk voor een enkel gemeentebestuur, zoals dat van de gemeente Didam, dat aan de uitspraken van de Afdeling in *Maastricht I* en *De Bilt I* in volle omvang derden-

¹³² Besproken in de paragrafen 2.1 tot en met 2.3 van dit hoofdstuk.

werking toekende door te voorzien in een begrotingswijziging die het mogelijk maakte de inmiddels geheven bijdragen terug te betalen. Nadat GS van Gelderland aan deze begrotingswijziging hun goedkeuring onthouden hadden, omdat de uitspraken van de Afdeling geen rechtsgevolgen voor het Didamse stelsel zouden hebben, ging de Kroon alsnog tot goedkeuring over. De Kroon gaf als zijn oordeel te kennen dat 'gelet op evenbedoelde uitspraken van de Afd. rechtspraak RvS, de gemeenteraad in redelijkheid tot restitutie van de na 1 sept. 1977 ontvangen bijdragen heeft kunnen besluiten'.¹³³ Van algemener betekenis is voorts de waarschuwende noot van Van der Net, wanneer hij opmerkt dat:

'Indien overheidsinstanties zich al te star gaan opstellen bij het volgen van een rechterlijke uitspraak in hoogste instantie, het wel zeer moeilijk [wordt] een verantwoorde, de burgers aansprekende rechtsstaat en rechtstoepassing overeind te houden'.

Toen de Hoge Raad in het voor de verdeling van de rechtsmacht tussen de burgerlijke en administratieve rechter cruciale arrest *Heesch-Van de Akker* uiteindelijk uitspraak deed over een terugvordering van een in het kader van het uitwegvergunningstelsel van de gemeente Heesch onverschuldigd betaalde heffing, liep het bovendien anders af dan Borman had voorzien. De Hoge Raad stelde de door Borman genoemde rechtsregel weliswaar als uitgangspunt voorop, maar formuleerde hierop de in paragraaf 2.1 behandelde uitzondering, die hij ten aanzien van het in de gemeente Heesch gehanteerde stelsel van toepassing achtte. Krachtens deze uitzondering kon Van de Akker de rechtmatigheid van de grondslag van de heffing, gelegen in een brief van 13 juni 1977, welke brief, gelet op de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak als een beschikking in de zin van de Wet Arob moest worden aangemerkt, alsnog voor de burgerlijke rechter in geding brengen. Met inachtneming van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat de heffing een rechtmatige grondslag ontbeerde, zodat de gemeente alsnog verplicht werd de heffing aan Van de Akker terug te betalen.

Sommigen hebben dit arrest aldus opgevat dat hierdoor aan de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in *Maastricht I* terugwerkende kracht werd toegekend.¹³⁴ Deze opvatting berust echter op een misverstand. Allereerst zou het met de (grond)wettelijke verdeling van de rechtsmacht in strijd zijn als de burgerlijke rechter zou kunnen voorzien in overgangsrecht met betrekking tot uitspraken van de bestuursrechter. Voorts werd in de uitspraak van de Hoge Raad nu juist niet ingegaan op aspecten van rechterlijk overgangsrecht, ondanks het feit dat de eerste conclusie voor het arrest¹³⁵ vrijwel geheel aan dit vraagstuk was gewijd. Juist omdat in dit arrest de formele rechtskracht en de uitzondering hierop centraal stonden, kon aan de overgangsrechtelijke aspecten van *Maastricht I* worden voorbijgegaan. Wat echter wél van belang is, is dat Van de Akker, ondanks het feit dat hij geen beroep bij de bestuursrechter had ingesteld, een rechtsmiddel werd aangereikt waarmee hij alsnog daadwerkelijk rechtsherstel kon verkrijgen. Anders gezegd, in de in dit hoofdstuk gehanteerde terminologie komt de met de uitspraak van de Afdeling in *Maas-*

133 KB 8 januari 1985, AB 1985, 266.

134 Dat was bijv. de opvatting van de gemeente Maastricht toen zij in het kader van haar besluitvorming over een aantal op de uitspraak in *Maastricht I* gebaseerde vorderingen uit onverschuldigde betaling met de uitspraak van de Hoge Raad werd geconfronteerd; zie de aan mij in het kader van dit onderzoek door de gemeente overgelegde Raadsstukken 1987, volgno. 485 inzake de Afwikkeling Bijdrageregeling ontsluiting particulier bouwterrein.

135 Conclusie van A-G Franx.

tricht I gevestigde rechtspraak jegens Van de Akker niet alleen materiële werking toe, maar tevens formele.¹³⁶

Scheltema legt overigens een rechtstreeks verband tussen de door de Hoge Raad op het beginsel van de formele rechtskracht aangenomen uitzondering en de hieruit voortvloeiende uitbreiding van rechtsbescherming door de burgerlijke rechter enerzijds, en het ontbreken van voldoende administratiefrechtelijke voorzieningen tegen de besluiten waarbij de heffingen werden opgelegd, anderzijds. Hij plaatst het vraagstuk aldus terug in het aloude kader van de aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter.¹³⁷ Naar zijn oordeel hadden twee bestuursrechtelijke voorzieningen mogelijk uitkomst kunnen bieden. Allereerst wijst hij op de krachtens artikel 9, lid 4, Wet Arob (thans artikel 6:11 Awb) bestaande mogelijkheid om na verloop van de beroepstermijn zo spoedig als dit redelijkerwijs verlangd kon worden alsnog in beroep te komen (verschoonbaarheid van de overschrijding van de beroepstermijn). Daarnaast wijst hij op de in dit hoofdstuk uitvoerig aan de orde gestelde mogelijkheid om het bestuursorgaan te verzoeken terug te komen van een eerdere onjuiste beschikking. Volgens Scheltema zal de Hoge Raad ook alleen dan een uitzondering op de formele rechtskracht willen aannemen als vast staat dat geen van deze beide bestuursrechtelijke mogelijkheden openstaat,¹³⁸ hetgeen in het geval van Van de Akker het geval was. Een beroep op artikel 9, lid 4, Wet Arob kwam hem niet toe, omdat de termijn al lang was verlopen en het niet in het belang is van de rechtszekerheid de termijnoverschrijding te pardonneren. Voorts weigerde de Afdeling volgens vaste jurisprudentie te oordelen over een verzoek om terugbetaling van de heffing, ook, zoals bleek uit de uitspraak in *De Bilt II*, als dit verzoek is ingekleed als een verzoek om herziening van het besluit waarbij de heffing was opgelegd. Volgens Scheltema moest de burgerlijke rechter, krachtens zijn aanvullende rol, dan ook wel een oplossing zoeken voor het geval het ontbreken van voornoemde voorzieningen tot klemmende bezwaren zou leiden.

136 Overigens bevatten de mij door de gemeente Maastricht overgelegde stukken enige interessante beschouwingen over het rechterlijk overgangsrecht. Uit Raadstukken 1978, volgno. 561 blijkt dat de gemeente zich aanvankelijk op het standpunt stelde dat de in de uitspraak van de Afdeling in *Maastricht I* uitgesproken onverbindendverklaring exclusieve werking toekwam en dus niet kon raken aan vóór 1 september 1977 opgelegde heffingen. Naar het oordeel van de gemeente luidde tot deze datum het recht zoals dat door de Hoge Raad in het *Hoogeloorn*-arrest was uitgesproken.

Voorts blijkt uit de raadsnotulen (1978, volgno. 561, p. 3) dat de gemeente wel degelijk oog had voor de rechtspositie van degenen aan wie vóór 1 juli 1976 (de datum van inwerkingtreding van de Wet Arob) een heffing was opgelegd en die dus nimmer in de gelegenheid waren geweest de heffing ten principale aan de rechter voor te leggen. Zo bleek de gemeente bereid besluiten die vóór 1 juli 1976 waren genomen in heroverweging te nemen, opdat de besluiten die naar aanleiding hiervan zouden worden genomen alsnog door de bestuursrechter zouden kunnen worden getoetst. Zoals in deze paragraaf al nader is aangegeven heeft de Afdeling rechtspraak deze mogelijkheid in, onder meer, *De Bilt II*, afgeschoten.

Uiteindelijk heeft de raad van de gemeente Maastricht besloten de bijdrage in alle gevallen, ook als de civielrechtelijke verjaringstermijn al was verlopen, terug te betalen, zij het zonder vergoeding van rente (Handelingen 6 oktober 1987, nr. 14).

137 Zie de punten 5 t/m 10 van zijn noot onder HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723.

138 Voor wat het beroep de verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding volgt dit uit rechts-overweging 3.1.3 van het arrest *Heesch-Van de Akker* zelf. Voor wat de mogelijke verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding blijkt dit volgens Scheltema uit het hiervoor, in par. 2.1. besproken *Hei- en Boecop*-arrest (HR 4 februari 1983, NJ 1985, 21); zie punt 9 van zijn NJ-noot onder *Heesch-Van de Akker*.

Van de door Scheltema genoemde omstandigheden die aanleiding zouden kunnen zijn tot het aannemen van klemmende bezwaren zijn er voor dit onderzoek met name twee van belang, te weten de situatie waarin de betrokkene niet eerder (bij de bestuursrechter) in beroep is gekomen, omdat hij niet wist en ook niet behoefde te weten dat dit kon, zoals in het arrest *Heesch-Van de Akker* zelf, waarin Van de Akker niet werd verweten dat hij bij het kiezen van het juiste rechtsmiddel geen rekening heeft kunnen houden met, naar het oordeel van de Hoge Raad, niet te voorziene ontwikkelingen in de jurisprudentie. Daarnaast wijst Scheltema op de situatie waarin de betrokkene niet zozeer vernietiging van de gebrekkige beschikking verlangt, maar uitsluitend schadevergoeding. Deze laatste optie is in het bijzonder voor dit onderzoek van belang. Zij is, zoals Scheltema ook aangeeft, alleen denkbaar bij het aannemen van een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht – dit beginsel vereist immers dat de onrechtmatigheid van een beschikking door de bestuursrechter wordt vastgesteld en dat de burgerlijke rechter aan dit oordeel is gebonden. Ze kan echter uitkomst bieden voor die gevallen, waarin de rechter tegemoet wil komen aan justitiabelen die zijn benadeeld door de toepassing van, achteraf onverbindend geoordeelde, wetgeving, zonder dat dit noodzakelijkerwijs moet leiden tot een vernietiging van eerder, op grond van die wetgeving genomen beschikkingen. Een dergelijke optie zou met name in een behoefte kunnen voorzien naarmate de door de desbetreffende wetgeving geschonden norm een fundamentele karakter draagt.¹³⁹

Benadrukt moet echter worden dat dergelijke oplossingen eerst dan kunnen worden overwogen als zich dusdanige omstandigheden voordoen dat er aanleiding is een uitzondering op de formele rechtskracht aan te nemen. Het is zeker niet zo dat de burgerlijke rechter in zijn algemeenheid kan voorzien in rechtsherstel ten aanzien van beschikkingen, waaronder het opleggen van heffingen, die op grond van, achteraf onverbindend verklaarde, regelgeving zijn genomen. Dit blijkt uit het arrest *Vulhop*¹⁴⁰.

Vulhop is exploitant van een rondvaartbedrijf in Amsterdam. Van 1 januari 1979 tot en met 31 maart 1980 betaalt Vulhop aan de gemeente Amsterdam de door hem ingevolge de Verordening Wattoeristenbelasting verschuldigde belasting op aangifte. In deze periode maakt hij geen gebruik van het hem toekomende beroepsrecht ingevolge de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). Dan gaat Vulhop echter in beroep bij het Gerechtshof te Amsterdam tegen de door hem over de maand april 1980 voldane aanslag. Nadat zijn beroep door het Hof is verworpen, heeft hij vervolgens succes bij de belastingkamer van de Hoge Raad, die de Verordening Wattoeristenbelasting onverbindend acht. In een nieuwe procedure, nu bij de burgerlijke rechter, vordert Vulhop terugbetaling van de door hem vóór 1 april 1980 voldane belasting, primair op grond van een onrechtmatige daad van de gemeente, secundair op grond van onverschuldigde betaling. Rechtbank en Hof wijzen deze vordering af.

Conform het in *Heesch-Van de Akker* geformuleerde beginsel van de formele rechtskracht stelt de Hoge Raad voorop dat, nu tegen de vóór 1 april plaatsgevonden heffingen de met voldoende waarborgen omklede rechtsgang ingevolge de AWR heeft opgegaan en deze niet is gebruikt, de burgerlijke rechter ervan dient uit te gaan dat de aanslagen zowel wat hun wijze van tot stand komen als wat hun inhoud betreft in overeen-

139 Hoe vooruitziend de blik van Scheltema was zal blijken in de in par. 2.3.2 van hoofdstuk 5 te behandelen europeesrechtelijke jurisprudentie.

140 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt MS; AB 1993, 40 m.nt FHvdB; Gst. 6962, nr. 5, p. 164 m.nt HH.

stemming zijn met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Nu hij dit niet heeft gedaan kan Vulhop niet met vrucht bij de burgerlijke rechter aanvoeren dat de heffing ongeldig is en de geheven belasting hem om die reden als onverschuldigd betaald zou moeten worden gerestitueerd. Evenmin kan hij met vrucht aanvoeren dat de heffing onrechtmatig is en dat de geheven belasting hem bij wege van schadevergoeding zou moeten worden terugbetaald.

Het belang van de uitspraak voor dit onderzoek ligt echter in het bijzonder in de volgende overweging, die een categorische uitsluiting bevat van de derdenwerking van een onverbindendverklaring:

‘Anders dan [het middel] aanvoert, doet aan hetgeen hiervoor [...] omtrent een beroep op onrechtmatigheid van de heffing is overwogen, niet af dat de Verordening Watertoeristenbelasting 1978 in de voormelde uitspraak van de belastingkamer [...] onverbindend is geoordeeld. *De bindende kracht van een zodanige uitspraak is – daargelaten de overtuigende werking die daarvan in andere zaken mag worden verwacht – naar haar aard beperkt tot het in de desbetreffende belastingzaak aan de belastingrechter voorgelegde geschil.* Dit brengt mee dat die uitspraak niet tot gevolg heeft dat de burgerlijke rechter [...] ter zake van de in de onderhavige zaak aan de orde gestelde heffingen over een eerdere periode wél zelf mag beoordelen of zij onrechtmatig zijn of [...] die onrechtmatigheid op grond van voormelde uitspraak zonder meer zou moeten aannemen.’ (mijn cursivering, RB)

Bovendien stelt de uitspraak buiten twijfel dat de onverbindendverklaring door de belastingrechter geen bijzondere omstandigheid oplevert die op het beginsel van *Heesch/Van de Akker* een uitzondering maakt. Zonder kritiek bleef deze uitspraak echter niet. Zo werd onder andere in twijfel getrokken of de leer van de formele rechtskracht wel op gevallen als de *Vulhop*-zaak van toepassing is. Zo betwijfelt Van der Burg¹⁴¹

‘of het standpunt dat de Hoge Raad in dit arrest heeft ingenomen wel zonder meer voortvloeit uit de ‘leer’ van de formele rechtskracht. Die leer dient immers om de competentie van administratieve rechters te beschermen. Wanneer de wetgever een administratieve rechtsgang heeft gecreëerd, dan moet de burgerlijke rechter die beroepsgang niet ondermijnen door na afloop van de termijn toch nog van de zaak kennis te nemen’.

Waarna hij opmerkt dat

‘in het onderhavige geval de toewijzing van de vordering de competentie van de administratieve rechter niet in gevaar gebracht [zou] hebben. Integendeel de burgerlijke rechter zou niet anders gedaan hebben dan het oordeel dat de verordening onverbindend is, executeren. Door de uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad is de burgerlijke rechter éclairé. Hij weet dat de verordening onverbindend is en derhalve de heffing van belasting op basis van die verordening onrechtmatig’.¹⁴²

¹⁴¹ Noot in AB 1993,40.

¹⁴² Zie voor een overeenkomstige, meer op proceseconomische overwegingen gebaseerde opvatting, maar dan in het kader van de aan ARRS 1 september 1977, AB 1977, 366 m.nt. v.d.V. (*Maastricht I*) te verbinden gevolgen: Ten Berge/Stroink, *Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen*, V, p. 875 en 878, waar zij betogen dat de ‘burgerlijke rechter sinds 1 september 1977 weet dat de Afd. rechtspraak heffingen als die bedoeld in Afd. rechtspraak 27 maart 1981 in strijd met de wet acht, en dat het daarom niet nodig is eerst de hele Arob-rechtsgang te gaan alvorens de burgerlijke rechter te adriëren met een vordering uit art. 1395 lid 1 BW’.

Om daar meteen op te laten volgen:

‘Ik neem aan dat de onverbindendverklaring door de administratieve rechter niet betekent dat de verordening door de rechterlijke uitspraak vernietigd wordt! *De verordening was al onverbindend. De uitspraak van de belastingrechter constateert slechts de onverbindendheid en werkt ex tunc*’. (mijn cursivering, RB)

Hennekens¹⁴³ acht de benadering van de Hoge Raad in de zaak *Vulhop* onverenigbaar met ‘s-Raads overwegingen in het *Pocketbooks II*-arrest¹⁴⁴ en het *Van Gelder*-arrest¹⁴⁵. In dit laatste arrest had de Hoge Raad overwogen:

‘De Staat handelt onrechtmatig en is, wanneer aan de overige vereisten van artikel 1401 BW is voldaan, aansprakelijk wanneer hij een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uitvaardigt en op grond van dat voorschrift belasting heft’.

Hij wijst erop dat uit de hierboven aangehaalde overwegingen uit het *Vulhop*-arrest zou blijken dat de Hoge Raad *niet* zonder meer de onrechtmatigheid van de verordening wenst te aanvaarden.

Mijns inziens moet de terughoudender positie van de Hoge Raad in de *Vulhop*-zaak verklaard worden uit een streven om de terugwerkende effecten die van de bestempeling van wetgeving als onrechtmatige daad uitgaan, te beperken. De wijze waarop de Hoge Raad dit tracht te bereiken overtuigt echter niet. In de eerste plaats staat ze staat op gespannen voet met de ‘normale’ rechtspraak van de burgerlijke rechter inzake onrechtmatige daad, volgens welke de schadevergoedingsplicht een aanvang neemt vanaf het moment waarop de schade die het gevolg is van de onrechtmatige daad intrad. Het zal duidelijk zijn dat in het geval van *Vulhop* dit moment vóór april 1980 lag, indien althans mag worden uitgegaan van de opvatting van de Hoge Raad in het *Van Gelder*-arrest dat het uitvaardigen van een onverbindend voorschrift en het op grond daarvan belasting heffen een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6: 162 BW inhoudt.

Voorts doet de hantering van de *Heesch/Van de Akker*-formule in gevallen als deze wat merkwaardig aan. Volgens deze formulering moeten immers de vóór april 1980 plaatsgevonden hebbende heffingen geacht worden in overeenstemming te zijn met de desbetreffende wettelijke voorschriften, terwijl tegelijkertijd vast staat dat deze ‘desbetreffende wettelijke voorschriften’ zelf onverbindend zijn. Een dergelijke redenering overtuigt niet.¹⁴⁶

143 H.Ph.J.A.M. Hennekens, De Hoge Raad en de formele rechtskracht, De Gemeentestem 6962, p. 153.

144 HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316; *Ars Aequi* (18) 1969, p. 266-269 m.nt. M.T. en G.

145 HR 9 mei 1986, AB 1986, 429 m.nt. FHvdB; NJ 1987, 252.

146 Maar zal, naar in par. 2.2. van hoofdstuk 5 zal blijken, door de Hoge Raad ook in Europeesrechtelijke context worden gehandhaafd.

5. Conclusies

Uit de in dit hoofdstuk besproken jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de terugwerkende effecten van verandering van rechtspraak gering zijn. Dit blijkt uit de volgende factoren:

1. Het beginsel van de formele rechtskracht staat erin beginsel aan in de weg dat besluiten, waarvan de onrechtmatigheid op grond van latere ontwikkelingen in de jurisprudentie komt vast te staan, opnieuw in een procedure voor de rechter kunnen worden aangevochten.
2. Het rechtsmiddel van de herziening van bestuursrechtelijke uitspraken (artikel 8:88 Awb) biedt nauwelijks mogelijkheden voor herziening op grond van wijzigingen in de jurisprudentie.
3. De meest gangbare weg om rechtsherstel op grond van veranderde rechtspraak te verkrijgen is het indienen van een herzieningsverzoek bij het orgaan dat de oorspronkelijke beslissing heeft genomen. Dit middel is te beschouwen als een buitenwettelijke voorziening, omdat artikel 4:6 van de Awb niet op deze situatie ziet.
4. Als de onder 3 genoemde voorziening feitelijk ontbreekt, doordat het bestuursorgaan stelselmatig weigert hiervan gebruik te maken en dit door de bestuursrechter wordt gesauveerd, kan dit voor de burgerlijke rechter in een voor hem aangespannen procedure aanleiding zijn door het aannemen van een uitzondering op de formele rechtskracht alsnog rechtsbescherming te bieden.
5. De naar aanleiding van een verzoek om herziening genomen besluiten worden door de bestuursrechter terughoudend getoetst. Daarbij nam de CRvB tot voor kort een iets ruimer standpunt in dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (en voorheen de Afdeling rechtspraak van de Raad van State) en wel in die zin dat de CRvB ook in de omstandigheden van 'het oorspronkelijke' besluit onder omstandigheden een reden voor herziening achtte gelegen.
6. Het ook voor de overheid geldende beginsel van de rechtszekerheid belet in elk geval dat het bestuursorgaan bij verandering van rechtspraak verplicht zou zijn alle, nog onder de 'oude' rechtspraak genomen, besluiten te herzien.
7. Het niet gebruik maken van de bevoegdheid om oude besluiten in het licht van een nieuwe rechtsopvatting te herzien moet het resultaat zijn van een beleidskeuze. De CRvB toetst of dit beleid de resultante is van een redelijke belangenafweging. Een louter financieel argument om niet tot herziening over te gaan volstaat niet.
8. Uit de rechtspraak komt naar voren dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de vaststelling van een tijdstip met ingang waarvan een bepaalde wetstoepassing onrechtmatig moet worden geacht (in dit hoofdstuk aangeduid als de materiële werking van de veranderde rechtsopvatting) en het tijdstip met ingang waarvan door derden (zij die geen partij waren bij de uitspraak waarbij de veranderde rechtsopvatting werd gevestigd) aan de verandering van de rechtsopvatting daadwerkelijk rechten kunnen

ontlenen (in dit hoofdstuk aangeduid als de formele werking van de veranderde rechtsopvatting). Deze laatste werking wordt geheel beheerst door het toepasselijke procesrecht.

9. De tijdstippen van aanvang van de materiële en de formele werking zullen minder ver uit elkaar liggen al naar gelang de verandering in de rechtspraak stoelt op een verandering in de rechtsopvattingen, die ook voor het desbetreffende bestuursorgaan reeds geruime tijd kenbaar was.¹⁴⁷ In een dergelijke situatie boet het ook voor de overheid geldende rechtszekerheidsbeginsel aan kracht in.
10. Een bijzondere situatie ontstaat wanneer om herziening is verzocht naar aanleiding van een (gewijzigde) rechtsopvatting die haar grondslag vindt in rechtspraak van een andere (bestuurs)rechter. In de in dit hoofdstuk onderzochte gevallen treden zowel de materiële als de formele werking van de nieuwe rechtsopvatting in met ingang van de datum waarop de rechtspraak van de andere bestuursrechter werd gevestigd.¹⁴⁸

147 Zie de in par. 3.6.1 behandelde dagloonzak (CRvB 31 december 1984, AB 1985, 348, m.nt. J.H. Smits; RSV 1985/126 m.nt. H.J. Haverkamp).

148 Zie de in de in par. 3.6.2 behandelde kinderbijslagzaak (CRvB 2 juli 1979, AB 1980, 502, m.nt. v.S; RSV 1979/246).

Hoofdstuk 3

Rechtsverkrijging door rechtstreekse toepassing van het internationale recht, inleiding

1. Inleiding

Werd de in dit boek centraal staande vraag naar de terugwerkende kracht van verandering van rechtspraak in het tweede hoofdstuk besproken in een louter nationaalrechtelijke context, in de volgende hoofdstukken zal dezelfde vraag worden besproken in het kader van de doorwerking van het internationale recht. Zoals in de paragrafen 4 en 5 van hoofdstuk 1 al is vermeld wint de vraag naar de consequenties van de materiële terugwerking van verandering van rechtspraak aan belang indien deze berust op de constatering achteraf, dat aan nationale wetgeving vanaf een in (een soms ver verleden liggend tijdstip) in strijd is geweest met het internationale recht. Deze vraag is, gelet op het supra-nationale karakter hiervan met name pregnant, wanneer tot strijd met het EG-recht is geconstateerd. Zij wordt in de volgende paragraaf aan de hand van een aantal voorbeelden nader geïllustreerd, waarna in paragraaf 1.3 de verdere opzet van de behandeling van dit vraagstuk uiteen zal worden gezet.

1.1 CRvB 26 november 1970¹

Deze zaak ziet op de volgende casus:

Met toepassing van artikel 28 van de Verordening nr. 3 van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake de sociale zekerheid van migrerende werknemers heeft het bestuur van de Sociale Verzekeringsbank (SVB) bij besluit van 20 december 1965 aan betrokkene met ingang van 1 augustus 1964 een ouderdomspensioen op grond van de AOW toegekend. Op dit pensioen heeft de SVB een aftrek toegepast ter hoogte van een aan betrokkene krachtens Duitse wetgeving toegekend *Altersruhegeld*. Tegen dit besluit heeft betrokkene geen rechtsmiddel aangevend, zodat het in rechte onaantastbaar is geworden.

Naar later, in een aantal 'nieuwere principiële arresten van het HvJ EG'² (de woorden zijn van de CRvB zelf, RB), blijkt, is in het geval van betrokkene deze aftrek ten onrechte toegepast. Voor betrokkene is dit aanleiding de SVB te verzoeken terug te komen van haar eerdere beslissing. De SVB voldoet aan dit verzoek, maar laat het recht op de nieuwe uitkering niet verder terugwerken dan tot 1 juli 1968, zijnde de eerste dag van de kalendermaand volgende op de uitspraak van de CRvB waarin deze zich aansluit bij de nieuwe rechtspraak van het HvJ EG.³ Betrokkene is evenwel van mening dat de herziening van de uitkering dient terug te werken tot 1 augustus 1964, de datum waarop het hem ingevolge de AOW toekomstige pensioen was ingegaan.

1 RSV 1971/109.

2 Het gaat hier om een zestal arresten gewezen op 5 juli, 30 november en 12 en 13 december 1967, respectievelijk in de zaken 1-67 (RSV 1969/1) 2-67 (RSV 1969/2), 9/67 (RSV 1969/4), 22/67 (RSV 1969/6), 11/67 (RSV 1969/9) en 12-67 (RSV 1969/10).

3 CRvB 18 juni 1968, RSV 1969/12.

Inzet van deze zaak is uitsluitend de vraag tot welke datum de opheffing van de tevoren toegepaste korting geacht moet worden terug te werken. Evenals in het vorige hoofdstuk gaat het in deze zaak om een beroep dat gericht is tegen een beslissing inzake de herziening van een in rechte onaantastbaar geworden beslissing. Anders dan in het vorige hoofdstuk is het beroep gebaseerd op een vermeende strijdigheid tussen de Nederlandse uitvoeringspraktijk van de AOW en regels van gemeenschapsrecht. De CRvB overweegt:

‘de op dit pensioen sinds deze datum toegepaste korting berustte op een beslissing van gedaagde, [...], welke in rechte onaantastbaar was geworden; dat het bij die beslissing (*en ook bij zeer vele andere beslissingen ten aanzien van andere verzekerden*) ingenomen standpunt niet berustte op een administratieve vergissing, maar wel overwogen is ingenomen en ook door de Raad is onderschreven, [...]; dat de Raad geen enkel wettelijk voorschrift bekend is hetwelk in een geval als het onderhavige een administratief orgaan verplicht terug te komen op een eenmaal genomen beslissing welke in rechte onaantastbaar is geworden hetzij doordat de voor het instellen van beroep gegeven termijn ongebruikt is verstreken, hetzij doordat die beslissing in beroep of hoger beroep onaantast is gebleven; [...]; dat eisers gemachtigde een beroep heeft gedaan op het communautaire recht der Europese Gemeenschappen, doch dit recht omtrent het onderhavige geschilpunt – de terugwerking van het terugkomen op een in rechte onaantastbaar geworden beslissing omtrent toepassing van communautair recht – geen aan de Raad bekende regels bevat.’ (mijn cursivering, RB)

Van een rechtsplicht voor het bestuursorgaan om terug te komen van een besluit dat bij nader inzien in strijd met EG-recht blijkt te zijn genomen, wil de Raad in deze zaak dus niet weten. Net als in de gevallen die in het vorige hoofdstuk aan de orde zijn geweest neemt de Raad hier slechts een *bevoegdheid* aan voor het bestuursorgaan om terug te komen van eerdere besluiten. En net als in het vorige hoofdstuk toetst de Raad de uitoefening van deze bevoegdheid beperkt, zoals moge blijken uit 's Raads overweging dat

‘het weliswaar mogelijk evenzeer redelijk zou zijn geweest indien gedaagde de bestreden beslissing had laten terugwerken tot 1 augustus 1964 of tot een andere vóór 1 juli 1968 gelegen datum, maar dat de Raad, oordelende binnen de *beperkte kring zijner toetsingsbevoegdheid* in deze, niet tot de slotsom is kunnen komen dat gedaagde, door zijn beslissing zowel in het onderhavige geval als in zeer veel overeenkomstige gevallen niet verder te laten terugwerken dan tot 1 juli 1968, een beslissing heeft genomen waartoe hij in redelijkheid niet heeft kunnen geraken’. (mijn cursivering, RB)

Aldus lijkt de Raad geen bijzonder gewicht toe te kennen aan het feit dat de grond voor de herziening van het AOW-pensioen gelegen was in bepalingen van gemeenschapsrecht volgens de interpretatie die hieraan door het HvJ EG was gegeven. En dit ondanks, wat je zou kunnen noemen, het ‘moderne’ betoog van eisers raadsman, die het volle gewicht had gelegd op de autonome rechtssfeer van de Europese Gemeenschappen en op het beslissend karakter van de interpretatie van het gemeenschapsrecht zoals deze door het HvJ EG wordt gegeven.⁴ In dit verband had de raadsman tevens gewezen op het beslissend karakter van de rechtspraak van het HvJ EG waar het de werking in de tijd van bepalingen van gemeen-

4 De raadsman had zich onder andere op het standpunt gesteld dat de vraag van de onaantastbaarheid van openbare orde was en in dit geval niet beantwoord moest worden naar de maatstaven en eisen van de onderwerpelijke nationale rechtsorde zonder meer, maar naar die van de eigen autonome, in het recht van de Lid-Staat Nederland geïntegreerde orde van het gemeenschapsrecht.

schapsrecht betreft. Op grond van de vaste rechtspraak van het HvJ EG, volgens welke een door het Hof gegeven interpretatie van een bepaling van gemeenschapsrecht in beginsel terugwerkt tot het moment waarop de desbetreffende bepaling tot stand is gekomen, was de raadsman van oordeel dat de datum van 18 juni 1968, de datum waarop de Centrale Raad van Beroep zich had aangesloten bij de nieuwe jurisprudentie van het HvJ EG, niet rechtens relevant kón zijn.

Het betoog van zijn raadsman heeft betrokkene echter niet mogen baten. Voor wat de gevolgen van de doorwerking van het EG-recht aangaat, lijkt de rechter zich eerder aan te sluiten bij het oordeel van de toenmalige Wettencommissie,⁵ dat in het licht van de latere ontwikkelingen bijna ontwapenend laconiek klinkt waar deze commissie opmerkt dat

'er [tenslotte] nog de mogelijkheid [is] de oude gevallen te herzien vanaf de datum, waarop het Hof (het HvJ EG, RB) voor de tweede maal uitspraak heeft gedaan, n.l. juli 1967. Als gronden hiervoor zouden kunnen worden aangevoerd dat wellicht gesteld zou kunnen worden, dat een uitspraak van een supra-nationaal orgaan praevaleert boven een van een nationaal orgaan en dat, zelfs indien dit in twijfel getrokken zou kunnen worden, in ieder geval vanaf het moment waarop het Internationale Hof zijn uitspraak deed reeds duidelijk was tot welke interpretatie de Centrale Raad en in navolging daarvan de uitkeringsorganen zouden moeten komen'.

Ook deze redenering acht de Wettencommissie – althans in meerderheid – *niet voldoende sterk* om op grond daarvan ertoe te besluiten de reeds vastgestelde uitkeringen vanaf juli 1967 te herzien.

Naar aanleiding van deze uitspraak van de CRvB kan het volgende worden opgemerkt. Op grond van de uitspraken van het HvJ EG kan niet anders worden geconcludeerd dan dat het aan eiser met ingang van 1 augustus 1964 toegekende ouderdomspensioen ten onrechte is gekort. Zoals ook door de raadsman in deze zaak was aangevoerd en in hoofdstuk 1 nader is uiteengezet,⁶ is het immers vaste jurisprudentie van het HvJ EG dat aan de door het Hof gegeven uitleg van communautaire voorschriften terugwerkende kracht toekomt, tenzij het Hof in de uitspraak waarin de uitleg is gegeven anders heeft bepaald.⁷ Dit laatste was in de hier aan de orde zijnde uitspraken van het Hof niet geschied. Gelet op de in het vorige hoofdstuk geïntroduceerde terminologie strekte de materiële werking in de tijd van de uitspraken van het HvJ EG zich in elk geval uit tot de datum met ingang waarvan de AOW-uitkering aan de betrokkene was toegekend, te weten 1 augustus 1964. Uit de aangehaalde overwegingen van de CRvB blijkt echter dat de formele werking in de tijd van de uitspraken van het Hof niet eerder een aanvang nam dan op 18 juni 1968, de datum waarop de CRvB zich had aangesloten bij de nieuwe jurisprudentie van het HvJ EG.

5 Zie het kort verslag van deze aan de toenmalige Rijksverzekeringsbank verbonden commissie van 4 oktober 1968, opgenomen in de eveneens in RSV 1971/109 gepubliceerde uitspraak van de Raad van Beroep Zwolle van 31 maart 1970.

6 Zie par. 5.

7 Deze jurisprudentie werd gevestigd bij HvJ EG 8 april 1976, zaak 43-75, *Defrenne II*, Jur. 1976, p. 471. Zie in dit verband ook HvJ EG 10 juli 1980, zaak 826/79, *Mireco*, Jur. 1980, p. 2559, r.o. 7, waarin het Hof heeft verklaard dat 'de uitlegging die het Hof van Justitie krachtens de hem bij artikel 177 (thans artikel 234 EG, RB) verleende bevoegdheid geeft van een voorschrift van gemeenschapsrecht, wanneer daaraan behoefte bestaat, de betekenis en strekking van dat voorschrift verklaart en preciseert zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast'.

Ten aanzien van de door de Raad aldus aangebrachte beperkingen op de formele werking in de tijd van de uitspraken van het HvJ EG, verdienen de volgende punten de aandacht:

1. De CRvB benadrukt dat er geen wettelijk voorschrift is aan te wijzen dat het bestuursorgaan verplicht in een geval als het onderhavige terug te komen van een in rechte onaanastbaar geworden beslissing waarbij de toepassing van het communautaire recht aan de orde is.
2. Naar het oordeel van de Raad zijn er evenmin communautaire regels met betrekking tot het terugwerken van besluiten waarbij op grond van met het communautaire recht samenhangende overwegingen toepassing is gegeven aan de bevoegdheid om terug te komen van een in rechte onaanastbaar geworden beslissing.
3. De beslissing van het bestuursorgaan om al dan niet gebruik te maken van de bevoegdheid om ten gunste van betrokkene terug te komen van een in rechte onaanastbaar geworden beslissing wordt, ook wanneer hierbij de doorwerking van het communautaire recht in geding is, op de in het vorige hoofdstuk beschreven terughoudende wijze getoetst.
4. De Raad laat in het midden of de nadere uitspraken van het HvJ EG een verduidelijking en aanvulling dan wel een gedeeltelijke wijziging van eerdere rechtsopvattingen van het Hof inhielden. Denkbaar is dat bij 'verduidelijking en aanvulling' eerder aanleiding is tot terugwerkende kracht dan bij een wijziging van rechtsopvatting.
5. Met het vorige punt hangt samen dat de Raad van oordeel is dat het oorspronkelijke toekenningsbesluit niet berust op een administratieve vergissing, maar, naar het oordeel van de Raad, weloverwogen is genomen volgens een nog bij uitspraken van 5 oktober 1966 door de Raad aanvaarde uitleg.
6. De formele werking in de tijd van de nieuwe rechtspraak is hier een andere dan in de in paragraaf 4.5 van hoofdstuk II aan de orde gestelde kinderbijslagzaak.⁸ Evenals in de kinderbijslagzaak gaat het in de onderhavige zaak om de vraag welke werking in de tijd toekomt aan een uitspraak van een andere rechter dan bevoegd is ten aanzien van het herzieningsverzoek. In de kinderbijslagzaak verklaarde de CRvB zich akkoord met een beleid waarbij door het desbetreffende bestuursorgaan aan de nieuwe jurisprudentie toepassing werd gegeven met ingang van het tijdstip waarop deze in de uitspraak van de andere rechter gestalte heeft gekregen. In de onderhavige zaak aanvaardt de CRvB echter dat aan de nieuwe jurisprudentie van het HvJ EG eerst toepassing wordt gegeven met ingang van de datum van de uitspraak waarbij de CRvB *zich aansluit* bij de rechtspraak van het Hof. Aldus aanvaardt de Raad een beperking van de formele werking in de tijd van de uitspraken van het HvJ EG die zelfs in een overeenkomstige doorwerking van de rechtspraak van andere nationale rechter niet gebruikelijk was.

De Raad verklaart de klacht dat er sprake zou zijn van ongelijke behandeling met de verzekerde wiens uitkeringsrechten in de uitspraak van 18 juni 1968 in geding waren, ongegrond. De Raad volstaat hiertoe met de overweging dat de uitspraak van 18 juni 1968 zag op een eerste toekenning van een AOW-pensioen, terwijl de onderhavige uitspraak ziet op het terugkomen van een reeds in rechte onaanastbaar geworden beslissing. Hoewel

⁸ CRvB 2 juli 1979, AB 1980, 502 m.nt. v. S.; RSV 1979/246.

zulk uit de overweging niet expliciet blijkt, mag worden aangenomen dat de Raad het relevante verschil tussen de zaak die leidde tot de uitspraak van 18 juni 1968 en de onderhavige zaak gelegen acht in het feit dat de betrokkene in eerstgenoemde de zaak partij was in een procedure waarbij de ingangsdatum van het pensioen rechtstreeks in geding was en waarin de nieuwe jurisprudentie van het HvJ EG bekend werd nog voordat de CRvB onherroepelijk op het tegen de toekenningsbeslissing instelde beroep had beslist.

Zeer terughoudend is ook de toetsing van de CRvB in de volgende uitspraak van 7 december 1988:⁹

Aan betrokkene is bij rechtens onaantastbaar geworden besluit van 26 februari 1979 met ingang van 14 november 1977 een gepronateerde WAO-uitkering toegekend. Het dagloon werd per toekenningsdatum vastgesteld op f 150,63. Dit dagloon was vastgesteld met toepassing van artikel 8 van het Bijzonder dagloonbesluit pro rata WAO-uitkeringen.¹⁰ Op grond van deze bepaling vond een verlaging van het WAO-dagloon plaats naar evenredigheid van leemtes die in het verzekeringsverleden waren opgetreden. Deze uitvoeringspraktijk werd vervolgens door het HvJ EG bij uitspraak van 23 september 1982¹¹ in de zaak *Besem* onverenigbaar geacht met het stelsel van berekening van uitkeringen ingevolge artikel 46 lid 2 van Verordening EEG nr. 1408/71. Als gevolg van het arrest kon artikel 8 van het Bijzonder dagloonbesluit geen toepassing meer vinden.

Het uitvoeringsorgaan heeft in het arrest van het Hof aanleiding gezien om in het geval van betrokkene gebruik te maken van zijn bevoegdheid om terug te komen van het besluit van 26 februari 1979, en wel in die zin dat het dagloon van betrokkene met ingang van 1 oktober 1982 (de eerste dag van de maand, volgend op de datum waarop het arrest van het HvJ EG is gewezen) onder het buiten toepassing laten van artikel 8 van het Bijzonder dagloonbesluit, tot f 213,34 is verhoogd.

Betrokkene heeft zich op het standpunt gesteld dat het dagloon alsnog zou moeten worden herzien met ingang van de datum van toekenning en heeft zich hierbij beroepen op door de Federatie van Bedrijfsverenigingen naar aanleiding van een uitspraak van de CRvB van 8 maart 1983¹² ontwikkeld beleid dat, voor de in die zaak aan de orde zijnde problematiek, voorzag in herziening van het dagloon met volledig terugwerkende kracht.

De grief treft echter geen doel. De CRvB overweegt kortaf:

‘De enkele omstandigheid dat in andere situaties [...] waarin sprake is van het categorisch ten voordele terugkomen van rechtens onaantastbaar geworden beslissingen gekozen is voor een ruimer uitgangspunt, brengt naar het oordeel van de Raad [...] niet met zich mee dat [het uitvoeringsorgaan] rechtens gehouden zou zijn zo’n uitgangspunt ook in het hier aan de orde zijnde beleid te hanteren.’

Opvallend is dat de Raad het feit dat het herzien van de dagloonbeschikkingen rechtstreeks is terug te voeren op een onjuiste toepassing van het EG-recht niet uitdrukkelijk in zijn overwegingen betreft. Wel is in deze zaak in die zin sprake van een iets ruimhartiger houding tegenover het gemeenschapsrecht dat, in tegenstelling tot het door de Raad in de uitspraak van 26 november 1970 (voornoemde AOW-zaak) beoordeelde beleid, aan de nieuwe uitleg toepassing is gegeven met ingang van de datum waarop het Hof uitspraak

9 RSV 1989/157.

10 Besluit van de Sociale Verzekeringsraad van 6 april 1978, nr. 78/2154.

11 HvJ EG 23 september 1982, zaak 274/81, *Besem*, Jur. 1982, p. 2995; RSV 1983/90 m.nt. Govers.

12 RSV 1983/119.

heeft gedaan in de zaak *Besem* zelf (en dus niet met ingang van het latere tijdstip waarop de nationale rechter zich bij de uitleg van het HvJ EG heeft aangesloten).

Een ander voorbeeld waarbij de werking in de tijd van communautaire rechtspraak centraal staat is te vinden in een tweetal uitspraken van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) van 23 december 1980.¹³ Beide uitspraken hebben betrekking op een terugvordering van reeds betaalde heffingen op basis van een verordening die later onverbindend werd verklaard. De uitspraken zijn een mooi voorbeeld van de gevolgen van het al dan niet ingetreden zijn van de formele rechtskracht van beschikkingen. De uitspraken zijn met name daarom interessant, omdat het CBB uitdrukkelijk motiveert waarom naar zijn oordeel het EG-recht niet dwingt tot doorbreking hiervan.

Aan de betrokkenen in de eerste zaak wordt op 18 maart 1975 een heffing opgelegd op grond van de Verordening Vakheffing Bloembollen van het Produktschap voor Siergewassen. Betrokkene gaat over tot betaling van deze heffing, maar stelt tegen het onderliggende besluit op 7 april 1975 tevens beroep in bij het CBB en vordert dat het heffingsbesluit zal worden vernietigd en dat het Produktschap zal worden veroordeeld het inmiddels betaalde bedrag aan verzoeker terug te betalen.

Terwijl deze procedure aanhangig is verklaart het CBB op 24 februari 1976 de desbetreffende verordening onverbindend wegens strijd met art. 40, lid 3 EEG.¹⁴ Deze uitspraak is op haar beurt een uitvloeisel van een eerdere prejudiciële beslissing van het HvJ EG.¹⁵ Aangezien de heffing in de onderhavige zaak aldus blijkt te berusten op een onverbindende verordening wordt zij door het CBB vernietigd. Voorts is het CBB van oordeel dat ter regeling van de gevolgen van die vernietiging behoort te worden bepaald dat het Produktschap het door verzoeker betaalde heffingsbedrag aan verzoeker zal terugbetalen.

De betrokkene in de tweede zaak heeft zich reeds op 11 februari 1975 schriftelijk tot het Produktschap gewend met het verzoek hem alle, sinds 1 januari 1943 betaalde, heffingen terug te betalen. Betrokkene is van mening dat de verordeningen waarop de heffingen waren gebaseerd, onverbindend waren. Voor een van de verordeningen komt dat inderdaad vast te staan in voornoemde uitspraak van het CBB van 24 februari 1976.

Het CBB oordeelt echter dat, nu de verzoeker tegen geen der heffingen in beroep is gekomen en tevens niet is gebleken van omstandigheden die aanleiding zouden geven tot het oordeel dat verzoeker terzake van de overschrijding van de beroepstermijn redelijkerwijze geen verwijt treft, *deze naar Nederlands nationaal recht, rechtens onaantastbaar zijn geworden.*

Het CBB merkt het bestreden besluit vervolgens aan als een weigering van het Produktschap om, ten gunste van betrokkene, op rechtens onaantastbare besluiten c.q. handelingen, terug te komen. Een dergelijke weigering acht het CBB 'niet in strijd met enig door een Nederlandse wetgevende instantie vastgesteld algemeen verbindend voorschrift' noch in strijd met een der algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Ten aanzien van de vraag of deze onaantastbaarheid zich als zodanig verdraagt met het EG-recht overweegt het CBB:

'Gelet op hetgeen door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij arrest van 16 dec. 1976¹⁶ [...] voor recht is verklaard moet – nu de procesregels voor de onderhavige verde-

13 AB 1981, 321 en 322 m.nt. Van der Wielen.

14 SEW 1977, p. 577-583.

15 HvJ EG 23 januari 1975, zaak 51/74, *Van der Hulst*, Jur. 1975, p. 79.

16 HvJ EG 16 december 1976, zaken 33/76, *Rewe*, en 45/47, *Comet*, resp. Jur. 1976, p. 1989 en Jur.

ring in rechte niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen, waarop genoemde wet van toepassing is – ten aanzien van de onderhavige weigering om terug te komen moet worden gezegd, dat zij ook niet in strijd is met enig voorschrift of beginsel van communautair recht.’

Deze rechtsoverweging berust op vaste rechtspraak van het HvJ EG¹⁷ op grond waarvan de wijze waarop de door gemeenschapsbepalingen aan particulieren toegekende rechten worden beschermd, zolang er geen geharmoniseerd stelsel van procesrecht bestaat, door de nationale rechtsorde van de Lid-Staten wordt bepaald. Aan dit beginsel is evenwel de fundamentele voorwaarde verbonden dat de nationale modaliteiten en procedures niet ongunstiger mogen zijn dan gelden voor soortgelijke nationale beroepen ter bescherming van rechten, en bovendien de uitoefening van rechten die de nationale rechter verplicht is te handhaven, niet onmogelijk maken.¹⁸ Deze op het vereiste van een effectieve rechterlijke bescherming gegronde voorwaarde had onder meer tot gevolg dat op het zojuist genoemde primaat van de nationale regels van procesrecht ter bescherming van de naleving van communautaire bepalingen inbreuk werd gemaakt in de arresten *Factortame*,¹⁹ *Emmott*²⁰ en *Francovich en Bonifaci*.²¹ In het arrest *Factortame* oordeelde het Hof dat de verplichtingen die het gemeenschapsrecht aan de nationale rechter oplegt met betrekking tot de bescherming van rechtstreeks aan particulieren toegekende rechten, mede omvat de verplichting om bij wege van voorlopige maatregel de nationale wet waarvan gesteld wordt deze hij strijdig is met het gemeenschapsrecht, buiten toepassing te laten. Dat de Britse wetgeving destijds niet in een daartoe strekkende bevoegdheid voor de rechter voorzag, achtte het Hof niet verenigbaar met het gemeenschapsrecht. In *Emmott* oordeelde het Hof dat het de nationale autoriteiten verboden is processuele bepalingen en vervaltermijnen tegen te werpen aan degene die zijn uit een richtlijn voortvloeiende rechten geldend wil maken, wanneer de desbetreffende Lid-Staat die richtlijn zelf nog niet op correcte wijze heeft omgezet in nationale wetgeving. In *Francovich en Bonifaci*, tenslotte, introduceerde het Hof een rechtstreeks op het gemeenschapsrecht gebaseerde actie uit onrechtmatige daad in het geval van een niet tijdige implementatie van een EEG-richtlijn.

1.2 Opzet van de behandeling

Het is mijn bedoeling in dit hoofdstuk uit de doeken te doen wat de werking in de tijd is van verandering van rechtspraak, wanneer deze verandering haar grondslag vindt in de doorwerking van bepalingen van het internationale recht. Evenals in het vorige hoofdstuk gaat het daarbij enerzijds om de vraag met ingang van welk tijdstip blijkens jurisprudentie

1976, p. 2043.

17 Zie onder meer: HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Comet*, Jur. 1979, p. 2043; HvJ EG 10 juli 1980, zaak 811/79, *Ariete*, Jurispr. 1980, p. 2545; HvJ EG 12 juni 1980, zaak 130/79, *Express Dairy Foods*, Jur. 1980, p. 1887; HvJ EG 27 maart 1980, zaak 61/79, *Denkavit Italiana*, Jur. 1980, p. 1205; HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79, *Hans Just*, Jur. 1980, p. 501 en HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, Jur. 1983, p. 3595.

18 Zie conclusie A-G Tesaurio voor HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433.

19 HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jurispr. 1990, p. I-2433).

20 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Emmott*, Jur. p. I-4269; AB 1992, I m.nt. A.W.H. Meij; RSV 1992/189 m.nt. F.W.M. Keunen; SEW 10 (1992), p. 783 e.v.

21 HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, Jur. 1991, p. I-5357; AB 1994, 482 m.nt. F.H. van der Burg; SEW (1993), p. 87 e.v.

waarbij rechtstreeks toepassing wordt gegeven aan het internationale recht (alsnog) rechten in het leven worden geroepen (de materiële werking in de tijd), en anderzijds om de vraag met ingang van welk tijdstip deze alsnog verkregen rechten daadwerkelijk geldend kunnen worden gemaakt (de formele werking in de tijd). De formele werking zal, evenals in de in het vorige hoofdstuk besproken gevallen, vaak haar beslag krijgen in de vorm van herziening van inmiddels rechtens onaantastbaar geworden besluiten. Vanwege de nauwe samenhang zullen in dit hoofdstuk echter tevens de gevallen worden behandeld, waarin de nieuwe jurisprudentie aanleiding is geweest tot het alsnog indienen van een aanvraag.

In plaats van *geldend gemaakt* zou vanwege de materie waartoe dit hoofdstuk zich zal beperken ook gesproken kunnen worden van *te gelde gemaakt*. De hoofdmoot van dit hoofdstuk zal bestaan uit een bespreking van jurisprudentie die betrekking heeft op de sociale zekerheid. Het is met name op dit gebied dat de rechterlijke constatering van strijd tussen de toepasselijke nationale bepalingen en de normen van het internationale recht tot verstrekkende gevolgen heeft geleid.

Is hiermee voor dit hoofdstuk een beperking gegeven die ziet het terrein waarop de te behandelen jurisprudentie betrekking heeft, een tweede beperking vloeit nog voort uit de aard van de internationale bepalingen die als toetsingsgrond zullen worden opgevoerd: het zal in dit hoofdstuk vooral gaan om de internationale bepalingen waarin het beginsel van gelijke behandeling belichaamd is. Om een vruchtbare analyse van de jurisprudentie mogelijk te maken zal in de volgende paragraaf allereerst een nadere uitleg worden gegeven over een aantal begrippen die bij deze analyse centraal zullen staan.

In hoofdstuk 4 zal aan de hand van een aantal concrete voorbeelden de werking in de tijd van rechterlijke uitspraken waarbij toepassing is gegeven aan het internationale en communautaire recht nader worden geïllustreerd. Daarbij zal achtereenvolgens worden ingegaan op de WWV (paragraaf 1), de AAW (paragraaf 2), de – wat ik maar heb genoemd – ‘wisselwerking’ tussen de AAW en de AWW (paragraaf 3), de AOW (paragraaf 4) en tenslotte de zogenoemde Bopa-affaire (paragraaf 5).

2. De doorwerking van het internationale recht

2.1 Begrippen

Bij de behandeling van het vraagstuk van de doorwerking van het internationale recht is het goed ons eerst voor ogen te houden wat precies verstaan moet worden onder ‘internationaal recht’. In enge zin opgevat heeft het begrip internationaal recht betrekking op de regels van het traditionele volkenrecht; in ruime zin heeft het tevens betrekking op het supranationale recht, waarbij het in dit boek in het bijzonder gaat om het recht van de Europese Gemeenschappen.

Van de rechtsbronnen van het volkenrecht komt in dit boek alleen het verdragsrecht ter sprake. Onder verdragsrecht zal worden verstaan het recht dat voortvloeit uit bi- of multilaterale verdragen. Rechtssubject bij deze verdragen zijn soevereine staten²² en internatio-

22 Behoudens de door sommige federale constituties voorziene mogelijk voor deelstaten om als ver-

nale organisaties. Met het soevereiniteitsbegrip hangt samen dat de mogelijkheid voor ingezetenen van een bij een verdrag aangesloten staat om zich voor een nationale rechter op verdragsbepalingen te beroepen, afhangt van de vraag of de constitutie van de desbetreffende staat zulks mogelijk maakt. De Nederlandse Grondwet voorziet in deze mogelijkheid in de artikelen 93 en 94. Artikel 93 van de Grondwet schrijft voor dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekend gemaakt. De betekenis van het begrip 'een ieder verbindend' en het daaraan verwante begrip 'rechtstreekse of directe werking' is omstreden.²³ De meest relevante vraag voor het doel van dit onderzoek is echter steeds of een procespartij zich ten overstaan van een Nederlandse rechterlijke instantie op een internationaalrechtelijke bepaling kan beroepen. De vraag of een bepaling van internationaal recht een ieder verbindend is, wordt beantwoord door de Nederlandse rechter. Het is ook de Nederlandse rechter die oordeelt over de vraag welke de rechtsgevolgen zijn van een door hem geconstateerde onverenigbaarheid tussen een Nederlands wettelijk voorschrift en een een ieder verbindende bepaling van internationaal recht. Weliswaar schrijft artikel 94 Grondwet voor dat de rechter een dergelijk wettelijk voorschrift dan buiten toepassing moet laten, maar uit de rechtspraak blijkt dat de doorwerking van het internationale recht een genuanceerder invulling kent dan artikel 94 Grondwet zou doen vermoeden. Deze nadere invulling zal voor een aantal internationaalrechtelijke bepalingen in de volgende paragrafen uit de doeken worden gedaan.

Voor het recht van de Europese Unie geldt echter een ander regime. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG is met de Europese Gemeenschappen een afzonderlijke rechtsorde gecreëerd.²⁴ In het kader van de EG-Verdragen is door de Lid-Staten een aantal belangrijke overheidsbevoegdheden overgedragen aan de communautaire organen. De uitoefening van deze bevoegdheden vindt plaats door middel van een delicate wisselwerking tussen de communautaire en nationale overheidsorganen. Kenmerkend voor deze wisselwerking is dat enerzijds de uitvoering van communautaire regelgeving in de meeste gevallen wordt overgelaten aan de nationale overheidsorganen. Anderzijds wordt de vraag of deze aan de nationale organen overgelaten uitvoering in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht in laatste en beslissende instantie beoordeeld door een communautair orgaan, te weten het HvJ EG. Daarmee wordt het beslissende oordeel over de vraag naar de mate van doorwerking van het communautaire recht in de nationale rechtsorde onttrokken aan de nationale rechterlijke instanties. Doel van het communautaire recht is dat zijn doorwerking in de nationale rechtssystemen (op termijn) gelijk is. Voorzover er tussen de Lid-Staten nog verschillen optreden in de doorwerking van het gemeenschapsrecht, moeten deze op het gemeenschapsrecht zelf zijn terug te voeren. Zij mogen geen gevolg zijn van verschillen in constitutionele bepalingen omtrent de doorwerking van het internationale recht in enge zin.

dragspartij op te treden; zie bijv. artikel 32 van het Duitse *Grundgesetz*.

23 Zie voor een overzicht van de opvattingen in de literatuur en jurisprudentie hieromtrent: F.A.M. Stroink, *Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging*, Zwolle 1993, p. 43-44.

24 Aldus vaste jurisprudentie van het HvJ EG sinds HvJ EG 5 februari 1963, Zaak 26/62 *Van Gend & Loos*, Jur. 1963, p. 23.

In paragraaf 2.1 werd reeds aangegeven dat de in dit hoofdstuk te behandelen jurisprudentie betrekking heeft op het beginsel van gelijke behandeling. Dit beginsel komt op diverse plaatsen in onze rechtsorde naar voren. Dat het beginsel een, in de letterlijke zin van het woord, vooraanstaande plaats inneemt, blijkt uit het feit dat de Grondwet ermee opent: Op grond van artikel 1 worden allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk behandeld. In zijn uitwerking kent het beginsel diverse verschijningsvormen.²⁵ Zo is het allereerst de belichaming van het verbod van willekeur, in welke gedaante het zich vooral tot de wetgever richt. In die gedaante is het gelijkheidsbeginsel uitgewerkt in de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende algemeenheid van de wet. De strekking van de algemeenheid van de wet is dat allen voor de wet gelijk zijn. De wet mag geen bevoordeling inhouden van bepaalde sociale groepen. Voorzover de wetgever beperkingen mag aanbrengen op de vrijheidsrechten van de mens, mag hij dat alleen bij algemene, voor een ieder zonder aanzien des persoons geldende, regeling.²⁶ Burkens is overigens van mening dat het gelijksbeginsel in deze gedaante nauwelijks normatief is voor de wetgever en dat van overtreding pas sprake zal zijn 'indien de wetgever in redelijkheid een gelijke behandeling, en derhalve een onderling gelijk aanmerken van bepaalde gevallen niet kan willen'.²⁷

Een tweede gedaante waarin het gelijkheidsbeginsel zich voordoet is in die van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Op het eerste gezicht staat deze regel op gespannen voet met de eigen aard van het besturen, dat juist ziet op het vaststellen van bestuurlijke rechtsverhoudingen in concrete gevallen.²⁸ Duk kent evenwel aan het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht een betekenis toe die nauwe verwantschap vertoont met hetzelfde verbod van willekeur dat zojuist in verband met het legaliteitsvereiste aan de orde kwam. De in het legaliteitsbeginsel gelegen garantie dat het bestuur niet willekeurig zal handelen, gaat immers alleen op als de normen die het bestuur bij de uitoefening van zijn bevoegdheden in acht moet nemen concreet uit de wet voortvloeien; anders gezegd: bij gebonden bestuur. Waar de wet echter volstaat met het toekennen van niet nader genormeerde bevoegdheden, waar met andere woorden het bestuur door de wet een discretionaire bevoegdheid krijgt toebedeeld, past niettemin de norm dat het desbetreffende bestuursorgaan deze bevoegdheid niet naar willekeur uitoefent. Dit verbod van willekeur dwingt het bestuur tot het betrachten van stelselmatigheid bij zijn uitoefening van discretionaire bevoegdheden. Anders gezegd, het dwingt het bestuur tot een beleidsmatige uitvoering van de discretionaire bevoegdheid. Het voeren van beleid wordt gezien als een afweging van belangen in abstracto, waarbij dit beleid niet als een onwrikbaar gegeven mag worden beschouwd.

25 Een diversiteit van een dergelijke omvang dat volgens Alkema gesproken kan worden van 'gelijkheid als een vat vol tegenstrijdigheden', zie: E.A. Alkema, Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandsche staatsrechtelijke verhoudingen; wie leidt de wals van de gelijkheid; Preadvies Staatsrechtconferentie 1986, *Ars Aequi Libri*, Serie staats- en bestuursrecht, Nijmegen 1987, p. 67.

26 Zie F.R. Böhrling, J.H.A. Logeman, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen aan den Rijn 1966, p. 8 en 24.

27 M.C. Burkens, Gelijke behandeling (art. 1.1) in: A.K. Koekoek e.a., Grondrechten, commentaar op Hoofdstuk I van de herziene grondwet, Nijmegen 1982, p. 59.

28 Zie bijv. F.R. Böhrling, J.H.A. Logemann, a.w. (noot 26), p. 24.

Concrete gevallen kunnen verplichten tot afwijking van het beleid, maar waar deze afwijking onverplicht en ten nadele van een belanghebbende geschiedt, is sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel.²⁹

Ook Nicolaï legt, in navolging van Duk, het verband tussen het gelijkheidsbeginsel en de uit het verbod van willekeur voortvloeiende eis van stelselmatigheid van bestuur.³⁰ Ook hij is van oordeel dat het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur slechts de uitdrukking is van de eis dat daadwerkelijk stelselmatig dient te worden beslist. Met het oog op deze eis van stelselmatigheid moet het bestuur beleidsregels vaststellen, waarin een afweging in abstracto plaatsvindt van de bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid betrokken belangen. Op grond van het gelijkheidsbeginsel is het bestuur vervolgens verplicht zijn bevoegdheid conform de in deze beleidsregels vervatte belangenafweging uit te oefenen. Afwijking van de beleidsregels is slechts op haar plaats indien bijzondere omstandigheden hiertoe nopen. In de opvatting van Nicolaï houdt het gelijkheidsbeginsel de eis in dat *voor het beleid gelijke gevallen* in principe gelijk dienen te worden behandeld. Daarbij vormen de beleidsregels het referentiepunt dat nodig is om te bepalen welke feitelijk ongelijke gevallen als rechtens 'gelijk' dienen te worden benaderd. Zo opgevat heeft het gelijkheidsbeginsel dus betrekking op een toetsing aan het beleid en vormt het slechts een formele maatstaf voor bestuurlijk handelen.³¹

Naast deze toetsing *aan* het beleid onderscheidt Nicolaï een toetsing *van* het beleid aan het gelijkheidsbeginsel. Hierbij gaat het om een toetsing van materiële aard die betrekking heeft op de beleidsregels zelf. Ging het bij de formele toetsing om de vraag of het bestuursorgaan al dan niet gerechtvaardigd van het beleid mocht afwijken, bij de materiële toetsing gaat het om de vraag of het gevoerde beleid zelf in overeenstemming is met het fundamentele – met de idee van de rechtsstaat verbonden – gelijkheidsprincipe.³² Bij deze toetsing gaat het om de vraag welke ongelijke behandeling van *categorieën* van burgers al dan niet rechtens aanvaardbaar is.³³ Volgens Nicolaï lost deze vraag zich op in die naar de redelijkheid en billijkheid van de in de beleidsregels gestalte krijsende belangenafweging door het bestuur. Het gaat, met andere woorden, om de vraag naar de redelijkheid van door het bestuur aangevoerde rechtvaardigingsgronden voor ongelijke behandeling van verschillende groepen burgers. De rechter past hier slechts een marginale toetsing van het bestuursbeleid, tenzij de (Grond)wet en verdragen bepaalde criteria als 'bij voorbaat' veracht hebben aangewezen.

Het gelijkheidsbeginsel richt zich uiteraard ook tot de rechter. Het is dit beginsel dat ten grondslag ligt aan de vorming van jurisprudentie. Van jurisprudentie kan slechts sprake zijn als de rechtspraak een zekere stelselmatigheid en consistentie vertoont. Een van de belangrijkste taken van de rechter bestaat in de beoordeling van de vraag in hoeverre een aan hem voorgelegde zaak juridisch relevante overeenkomsten dan wel verschillen vertoont met zaken die eerder door een (hogere) rechter beoordeeld zijn. Het gelijkheids-

29 W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, RM Themis (1978), p. 576-577.

30 P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur, Deventer 1990, p. 303.

31 P. Nicolaï, a.w. (noot 30), p. 308.

32 P. Nicolaï, a.w. (noot 30), p. 311.

33 P. Nicolaï, a.w. (noot 30), p. 309.

beginsel brengt mee dat dit eerdere oordeel de rechter in de nieuwe zaak tot leidraad strekt, voor zover de nieuwe zaak juridisch relevante overeenstemming vertoont met de oude.³⁴

2.3 *Het verbod van discriminatie*

In dit hoofdstuk komt vooral de meer specifieke vorm van het gelijkheidsbeginsel die is gelegen in het verbod van discriminatie aan de orde. Dit beginsel wordt, onder andere,³⁵ in de tweede volzin van artikel 1 van de Grondwet verwoord en daarnaast in de voor dit onderzoek van belang zijnde artikelen 141 EG,³⁶ 14 EVRM en artikel 26 IVBPR. Het verbod van discriminatie is op het eerste gezicht iets tastbaarder dan het gelijkheidsbeginsel, maar ook hiervan is het niet zo eenvoudig de betekenis aan te geven. Discriminatie is het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. Daarmee is in ieder geval aangegeven dat discriminatie geen neutraal begrip is, in die zin dat het een achterstellend, benadelend, terugplaatsend handelen veronderstelt.³⁷ Kenmerkend voor discriminatie is het stelselmatig achterstellen van mensen om de enkele reden dat zij tot een bepaalde groep³⁸ behoren. Groepskenmerken die tot discriminatie kunnen leiden zijn te vinden in de criteria van, bij voorbeeld, artikel 1 van de Grondwet: godsdienst, levensovertuiging, ras, geslacht en politieke gezindheid. Dat het hierbij slechts om voorbeelden van discriminatiecriteria gaat, wordt duidelijk uit de grondwettelijke toevoeging van het verbod van discriminatie op welke grond dan ook. De betekenis van de opsomming van deze voorbeelden is volgens Drion evenwel dat zij de *typische discriminatiecriteria* betreffen:

‘Men moet aannemen dat de voorbeelden door de opstellers van de verdragen als typische discriminatiecriteria zijn gezien, niet slechts als voorkomende vormen van juridisch onderscheid tussen personen, die in sommige gevallen wel eens discriminatie zouden kunnen opleveren. Het zijn, wat in de rechtspraak van de Verenigde Staten de ‘verdachte’ onderscheidingen worden genoemd. Verschillende behandeling van mensen op grond van deze criteria wordt als een te bestrijden misstand beschouwd, voor zover niet in een bepaald geval het maken van zo’n onderscheid gerechtvaardigd wordt door overwegingen die los staan van de vooroordelen, waarop het maken van het onderscheid is gebaseerd’.³⁹

Onderscheidend gedrag dat niet op vooroordelen berust zou aldus wel door de beugel kunnen. Om te kunnen oordelen of er sprake is van een vooroordeel is het echter nodig

34 Zie in dit verband tevens: J. Drion, *Stare decisis*, in: *Verzamelde Geschriften van J. Drion*, Deventer 1968, p. 142 e.v.

35 Zie voor een overzicht van de belangrijkste internationale teksten: E.A. Alkema, a.w. (noot 25), p. 75-77.

36 Voorheen: artikel 119 EEG.

37 I.P. Asscher-Vonk, L. Betten en W.J.P.M. Fase (red.), *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid; studie naar de invloed van de derde EG-richtlijn op de Nederlandse wetgeving*, Kluwer, Deventer 1986, p. 34. Of, in de woorden van minister De Gaay Fortman tijdens het kamerdebat in eerste lezing van de voorstellen tot wijziging van de Grondwet: ‘Discriminatie is een ander behandelen op een zodanige wijze, dat hij die ander duidelijk maakt, dat hij deze aspecten van zijn mens-zijn als een onvolwaardige beschouwt’, zie Hand. TK 1976-1977, p. 2150.

38 M.C. Burkens, *Gelijke behandeling*, in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten: commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet. Aangeboden aan mr. H.J.M. Jeukens in verband met zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant (Jeukens-bundel)*, Nijmegen 1982, p. 63.

39 H. Drion, *Nondiscriminatie*, RM Themis-6 (1980), p. 491.

enige distantie te betrachten tot hetgeen in de samenleving als 'normaal' wordt beschouwd. Treffend is in dit verband de volgende waarschuwing van Drion:

'Het is goed daarbij te bedenken dat die vooroordelen door degenen die ze hebben, meestal beschouwd worden als realistische uitgangspunten en niet als rationalisaties van een emotionele behoefte aan het maken van onderscheid. Waar dan nog bij komt, dat mensen veelal de neiging hebben om zich min of meer aan te passen aan wat de samenleving van hen verwacht, zodat algemeen bestaande vooroordelen ten aanzien van een gediscrimineerde groep soms de realiteit in de richting van die vooroordelen beïnvloedt.'⁴⁰

Dat deze waarschuwing ook voor dit onderzoek niet zonder betekenis is, moge blijken uit het volgende voorbeeld. In zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 1984,⁴¹ waarin de Hoge Raad moest oordelen over de vraag of artikel 8 van de Wet op het nederlandschap en het ingezetenschap al dan niet in strijd was met artikel 26 IVBPR, vat Van der Grinten artikel 26 IVBPR zo op dat het gelijke behandeling van man en vrouw gebiedt, *indien er voor zover hun positie in de samenleving gelijk is*. Aldus op zoek gaande naar verschillen tussen de positie van mannen en vrouwen die een redelijke grond zouden bieden voor het uit de wet voortvloeiende verschil in rechtspositie tussen mannen en vrouwen voor zover het het optierecht op het Nederlandschap betrof, merkt hij het volgende op:⁴²

'Gesteld kan worden dat in onze samenleving tot dusverre de gehuwde vrouw een specifieke positie heeft of – om de woorden van de Hoge Raad te gebruiken – in een specifieke situatie verkeert. In het overgrote deel van de huwelijken is nog steeds de man de – voornaamste – kostwinner, wordt de woonplaats door de plaats van beroepsuitoefening van de man bepaald, hangt de maatschappelijke positie van de vrouw en het gezin goeddeels af van die van de man. Hiermede hangt samen dat de pensioenregelingen wel een weduwepensioen doch niet een weduwnaarpensioen plegen te kennen. De positie van de gehuwde vrouw is ook in onze huidige maatschappelijke constellatie niet gelijk aan die van de man.'

Dit voorbeeld is daarom zo interessant omdat de door de annotator ter staving van zijn oordeel in de zaak van het nederlandschap naar voren gebrachte relevante verschillen tussen de (rechts)positie van mannen en vrouwen korte tijd daarna stuk voor stuk in de jurisprudentie als discriminatoir zijn aangemerkt. Kostwinnerschap (bij voorbeeld in de WWV), de door de AOW verbonden gevolgen aan een buitenlands dienstverband van de man, en het geslacht (bij voorbeeld in de AWW): al deze criteria hebben het, vooral onder invloed van de jurisprudentie van het HvJ EG, korte tijd na 1984 moeten ontgelden.⁴³

40 H. Drion, a.w. (noot 38), p. 491.

41 NJ 1985, 230.

42 De wet voorzag in een optierecht op het nederlandschap voor de met een Nederlandse man gehuwde buitenlandse vrouw, terwijl de wet dit recht niet toekende aan de buitenlandse man die met een Nederlandse vrouw huwde.

43 Een voorbeeld van gelijke strekking biedt HR 8 oktober 1980, NJ 1981, 63, waarin de Hoge Raad de wettelijke onmogelijkheid voor de gehuwde vrouw, in tegenstelling tot de gehuwde man, om onder de eigen geslachtsnaam in het kiezersregister te worden vermeld, niet in strijd met artikel 26 IVBPR achtte en daartoe overwoog 'dat, naar algemeen bekend is, in Nederland een zeer grote meerderheid van gehuwde vrouwen in het maatschappelijk verkeer de naam van haar man voert en daarmee ook wordt aangeduid; dat duidelijk is dat *een op deze werkelijkheid afgestemde registratie* van gehuwde vrouwen in het kiezersregister voor een goede gang van zaken bij verkiezingen een betere waarborg biedt dan een registratie waarbij gehuwde vrouwen niet anders worden vermeld dan met de naam die de zeer grote meerderheid van haar in het maatschappelijk verkeer niet voert.' (mijn cursivering, RB)

Zoals in paragraaf 2.1 is aangegeven is dit hoofdstuk gewijd aan een studie naar de werking in de tijd van rechtspraak waarbij toepassing is gegeven aan de internationaal- en Europeesrechtelijke anti-discriminatiebepalingen. Het gaat hierbij meer in het bijzonder om de artikelen 26 IVBPR, 14 EVRM en Richtlijn 79/7 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid.⁴⁴ Aan deze regeling zal in het vervolg worden gerefereerd als Richtlijn 79/7 EEG.

2.4 Artikel 26 IVBPR

Vanwege het belang van het artikel voor dit onderzoek wordt hier het eerste lid geciteerd:

'Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.'

Het is niet overdreven te stellen dat artikel 26 IVBP in samenhang met artikel 4, lid 1 Richtlijn 79/7 EEG heeft gefungeerd als een bom onder het Nederlandse sociale zekerheidsbestel. En dat, nadat het aanvankelijk toch wel mee leek te vallen, toen de CRvB in 1983 uitspraak deed in een aantal zaken waarin gehuwde vrouwen opkwamen tegen de zogenaamde kostwinnerseis. Deze hield in dat het verkrijgen van recht op, bijvoorbeeld, een werkloosheidsuitkering afhankelijk werd gesteld van de vraag of de gehuwde vrouw was aan te merken als kostwinster. De desbetreffende vrouwen waren van oordeel dat deze eis discriminatoir was, aangezien de wet een dergelijke eis niet aan gehuwde mannen stelde. De CRvB oordeelde toen echter dat aan artikel 26 IVBPR met betrekking tot de in het geding zijnde sociale zekerheidsrechten betekenis moest worden ontzegd.⁴⁵ Dat het met artikel 26 IVBP wel niet zo'n vaart zou lopen als maatstaf voor de toetsing van wetgeving, leek ook te volgen uit de gezaghebbende studie van Tomuschat, volgens wie

'by virtue of article 26, the CCPR⁴⁶ provides for equality before the law and equal protection in the application of the law'

en:

'The CCPR lacks a comprehensive guarantee of non-discrimination as meaning equality "of" or "in" the law'.⁴⁷

Zie in dit verband ook de waarschuwing van C.M. Sjerps in de noot onder RvB Roermond 12 maart 1991, NJCM-Bulletin 16-6 (1991), p. 554: 'Het is vrij natuurlijk dat degenen die zijn opgegroeid in een systeem geneigd zullen zijn om het bestaande snel gerechtvaardigd te vinden. Vandaar dat het nuttig is om zoiets ook te laten beoordelen door rechters die door hun verschillende nationaliteit eerder geneigd zullen zijn om bij nationale eigenaardigheden vragen te stellen.'

44 Pb. 1979, no. L 6/24.

45 CRvB 1 november 1983, RSV 1984/147-150 m.nt. W.M. Levelt-Overmars.

46 Het IVBPR.

47 C. Tomuschat, Equality and Non-discrimination under the International Convention on Civil and Political Rights' Fs.H.Schlochauer, Berlin 1981.

Artikel 26 zou dus slechts zien op de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de *toepassing* van de wet en niet op wetgevend handelen zelf.

Dat het allemaal zo anders is gelopen dan de uitspraak van de CRvB uit 1983 leek te suggereren, valt te verklaren uit het feit dat de twee belangrijkste pijlers waarop de Raad zijn uitspraak had doen steunen al spoedig werden ondergraven.

De eerste betrof het ontzeggen van zelfstandige werking aan artikel 26 IVBPR voor het terrein van de sociale zekerheid. Daarbij was de Raad niet zo ver gegaan het uit artikel 26 IVBPR voortvloeiende recht op gelijke behandeling als een accessoir recht aan te merken. Een dergelijk accessoir karakter zou hebben betekend dat het artikel alleen een recht op gelijke behandeling zou geven ten aanzien van rechten die in het IVBPR zelf worden erkend. De Raad leidde uit de eerste twee artikelen van het Verdrag echter af dat

‘artikel 26 niet slechts van toepassing is op de burgerrechten en de politieke rechten welke door het B.P.-Verdrag⁴⁸ worden erkend’.

Dat weerhield de Raad echter niet te overwegen dat uit het feit dat de sociale rechten in het tegelijkertijd met het IVBPR tot stand gekomen afzonderlijke Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) worden beschermd, moest worden afgeleid dat aan artikel 26 IVBPR ten aanzien van de sociale rechten geen rechtstreekse werking kon toekomen. Kenmerkend voor de door het IVESCR erkende rechten was immers, volgens de Raad, dat hierop door de burgers van de bij dit verdrag aangesloten staten geen rechtstreeks beroep kon worden gedaan; de sociale rechten zouden immers in het in het algemeen slechts geleidelijk, door middel van wetgeving en andere uitvoeringsmaatregelen, kunnen worden verwezenlijkt.

Annotator Levelt-Overmars stelt hier echter tegenover dat

‘de reikwijdte van deze bepaling⁴⁹ niet beperkt [is] tot de in het Verdrag toegekende burgerlijke en politieke rechten, maar als zelfstandig recht in Hoofdstuk III – het hoofdstuk van de materiële rechten – [is] opgenomen. Concreet wil dat laatste zeggen dat art. 26 niet alleen discriminatie verbiedt ten aanzien van de in het Verdrag toegekende burgerlijke en politieke rechten – [...] – maar dat art. 26 inhoudende de gelijkheid van allen voor de wet en de aanspraak op gelijke bescherming door de wet zonder discriminatie – zelf een burgerlijk en politiek recht inhoudt, dat voor alles geldt’.⁵⁰

Het is deze visie die niet lang daarna ten volle onderschreven wordt door het Comité voor de Rechten van de Mens, dat in de zaken *Broeks*⁵¹ en *Danning*⁵² overwoog:

‘12.1 The State party contends that there is a considerable overlapping of the provisions of article 26 with the provisions of article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights. The Committee is of the view that the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights would still apply even if a particular subject matter is referred to or covered in

48 Het IVBPR.

49 Artikel 26 IVBPR.

50 RSV 1984/150, p. 362.

51 Comité voor de Rechten van de Mens 9 april 1987 Communication 180/1984, RSV 1988/201.

52 Comité voor de Rechten van de Mens 9 april 1987 Communication nr. 172/1984, RSV 1987/245 m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder RSV 1987/246.

other international documents, e.g [...] the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Notwithstanding the interrelated drafting history of the two Covenants, it remains necessary for the Committee to apply fully the terms of the International Covenant on Civil and Political Rights. The Committee observes in this connection that the provisions of article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights do not detract from the full application of article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

[...]

12.3 For the purpose of determining the scope of article 26, the Committee has taken into account the 'ordinary meaning' of each element of the article in its context and in the light of its object and purpose. [...]. The Committee begins by noting that article 26 does not merely duplicate the guarantees already provided for in article 2. Its basis stems from the principle of equal protection of the law without discrimination, as contained in article 7 of the Universal Declaration of Human Rights, which prohibits discrimination in law or in practice in any field regulated and protected by public authorities. Article 26 is thus concerned with the obligation imposed on States *in regard to their legislation and the application thereof*.

12.4 Although article 26 requires that legislation should prohibit discrimination, it does not of itself contain any obligation with respect to the matters that may be provided for by legislation. Thus it does not, for example, require any State to enact legislation to provide for social security. *However, when such legislation is adopted in the exercise of a State's sovereign power, then such legislation must comply with article 26 of the Covenant.*

12.5 The Committee observes in this connection that what is at issue is not whether or not social security should be progressively established in the Netherlands but whether the legislation providing for social security violates the prohibition against discrimination contained in article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights *and the guarantee given therein to all persons regarding equal and effective protection against discrimination.*" (mijn cursivering, RB)

Aldus liet het Comité er geen twijfel over bestaan (a) dat nationale wetgeving als zodanig aan het in artikel 26 IVBPR neergelegde discriminatieverbod kan worden getoetst, (b) dat aan artikel 26 IVBPR bij deze toetsing een zelfstandige betekenis toekomt, (c) dat artikel 26 IVBPR als zodanig niet verplicht tot de invoering van sociale wetgeving, maar dat als hiertoe wordt overgegaan deze wetgeving de toets aan artikel 26 IVBPR moet kunnen doorstaan en (d) dat in artikel 26 IVBPR tevens de garantie van effectieve bescherming tegen discriminatie ligt besloten. Hoewel de beslissingen van het Comité niet bindend zijn, zijn de punten a tot en met c sindsdien gemeengoed in de Nederlandse jurisprudentie geworden. De implementatie van punt d is echter moeizamer geweest, zoals in het vervolg van dit hoofdstuk nog zal blijken.

Met de uitspraak van het Comité in de zaken *Broeks* en *Danning* was de eerste pijler onder de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 1 november 1983 geslecht.

De tweede pijler betrof 's Raads overweging dat 'in sociale zekerheidsregelingen voorkomende, met bestaande maatschappelijke structuren samenhangende en mogelijk als discriminatoir aan de merken onderscheidingscriteria als man/vrouw en gehuwd/ongehuwd doorgaans slechts door middel van *geleidelijke* maatregelen [kunnen] worden opgeheven'. (mijn cursivering, RB) Ter nadere motivering van deze stellingname had de Raad gewezen op de periode van zes jaar die de EEG-Lidstaten is gegeven bij de implementatie van EEG-Richtlijn 79/7 van 19 december 1978 inzake de gelijkberechtiging van man en vrouw in de sociale zekerheid. Achteraf mag worden aangenomen dat in deze koppeling aan de implementatietermijn van de Richtlijn een zeer belangrijke adder onder het gras lag. Immers, na het verstrijken van de implementatietermijn en met het ruime toepassings-

bereik dat het Comité voor de Mensenrechten voor artikel 26 IVBPR ziet weggelegd voor ogen, gaat de CRvB in zijn uitspraak van 14 mei 1987⁵³ om. In deze uitspraak stond de vraag centraal of de in artikel 7, lid 4, van de Wet uitkering vervolgingsslachtoffers (WUV) opgenomen uitsluiting van gehuwde vrouwen die geen kostwinner zijn, de toetsing aan het in artikel 26 IVBPR (door de Raad aangeduid als 'BP-Verdrag') kan doorstaan. Dienaangaande overweegt de Raad zonder enige omhaal:

'De Raad is van oordeel dat, mede gelet op art. 2 van het BP-Verdrag, artikel 26 daarvan ook van toepassing is op een regeling als is neergelegd in de wet. De raad moet dan ook constateren dat het bepaalde in art. 7, vierde lid, en in art. 34, tweede lid, aanhef en onder a, van de wet strijd oplevert met het bepaalde in art. 26 van het BP-Verdrag.'⁵⁴

De uitspraak van de CRvB van 14 mei 1987 kan, zeker achteraf, beschouwd worden als een doorbraak die de weg heeft geëffend voor andere belangrijke, in dit hoofdstuk nog aan de orde te stellen, uitspraken.⁵⁵

Uit de uitspraken van het Comité voor de Mensenrechten in de zaken *Broeks* en *Danning* komt tenslotte naar voren dat het recht op gelijke behandeling niet betekent dat ieder onderscheid ontoelaatbaar is. Naar het oordeel van het Comité leveren onderscheidingen, berustend op redelijke en objectieve criteria geen door artikel 26 IVBPR verboden onderscheid op. Algemeen wordt aangenomen dat het Comité bij de beoordeling van de vraag of een bepaald onderscheid een verboden discriminatie in de zin van artikel 26 IVBPR oplevert, een marginaal-abstrakte toetsing verricht.⁵⁶ Beoordeeld wordt of de regeling zelf al dan niet met deze verdragsbepaling in overeenstemming is. Het Comité bespreekt slechts de vraag of de aangevochten regeling als zodanig juridisch aanvaardbaar is. Het Comité kent geen doorslaggevende betekenis toe aan de omstandigheid dat een betrokkene minder gunstig behandeld wordt dan anderen. Het Comité eist dus niet dat een regeling in zijn toepassing tot gelijke uitkomsten leidt. Tenslotte valt op dat, waar het Comité in de zaak *Broeks* voor zijn oordeel dat er sprake was van een ongeoorloofd onderscheid een extra argument achtte te zijn gelegen in het feit dat het gewraakte onderscheid inmiddels met terugwerkende kracht door de Nederlandse wetgever was ingetrokken,⁵⁷ het in latere

53 CRvB 14 mei 1987, AB 1987, 543 m.nt. HH; RSV 1987/246 m.nt. W.M. Levelt-Overmars.

54 Levelt Overmars acht het overigens aannemelijk dat de CRvB de uitspraken van het Comité voor de Rechten van de Mens in de zaken *Broeks* en *Danning* niet kende toen hij de uitspraak in de WUV-zaak deed; zie haar noot onder de uitspraak in RSV 1987/246. Zie echter tevens de noot van Aleidus Wolter onder Comité voor de Rechten van de Mens 22 oktober 1993 (*C.H.J. Cavalcanti Araujo-Jongen v. the Netherlands*), NJCM-Bulletin 19-2 (1994), p. 185-186, volgens wie de uitspraken in de zaken *Broeks* (MC 9 april 1987, Comm. 172/1984; RSV 1987, 245) en MC 9 april 1987 (*Zwaan-de Vries*, Comm. 182/1984) aanleiding waren om terug te komen op het eerder ingenomen standpunt, namelijk dat gelijke behandeling op het terrein van de sociale zekerheid geleidelijk moest worden verwezenlijkt hetgeen, althans aanvankelijk, vergezeld ging met de vaststelling dat artikel 26 IVBPR geen betekenis had voor het sociale zekerheidsrecht.

55 Zie de noot van J. Riphagen onder CRvB 24 januari 1991, AB 1991, 338.

56 Zie bijv. de uitspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens van 29 maart 1989, *Vos*, RSV 1990/172 en NJCM-Bulletin, 14 (1989), nr. 7, blz. 879-888.

57 De zaak *Broeks* had betrekking op de uitsluiting van de gehuwde vrouw, niet kostwinner, van de uitkering ingevolge de Wet werkloosheidsvoorziening (WWV). Deze uitsluiting werd bij Wet van 29 april 1985 met terugwerkende kracht tot 23 december 1984 ingetrokken, zij het alleen ten behoeve van gehuwde vrouwen die op of na 23 december 1984 werkloos waren geworden. Zie hierover verder paragraaf 3 van dit hoofdstuk.

rechtspraak in het alsnog opheffen van de discriminatie eerder een reden voor afwijzing van de klacht ziet.⁵⁸

2.5 Artikel 141 EG

Dit artikel waarborgt de gelijke beloning van vrouwen en mannen. Deze was voorheen geregeld in artikel 119 EEG. Omdat alle in dit boek behandelde jurisprudentie over het beginsel van gelijke behandeling naar communautair recht nog onder het oude artikel heeft plaatsgevonden, zal hier worden volstaan met een korte inleiding op het 'oude' artikel. De geschetste ontwikkelingen in de jurisprudentie zijn echter evenzeer van toepassing op de nieuwe bepaling.

De eerste volzin van artikel 119 EEG luidde:

'Iedere Lid-Staat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.'

Aan artikel 119 EEG-Verdrag kwam een zeer sterke werking toe. Het gold als een van de belangrijkste positiveringen van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In de communautaire rechtsorde heeft dit beginsel de status van grondrecht. Volgens het Hof van Justitie omvatten de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht de fundamentele rechten van de mens en lijdt het geen twijfel dat de opheffing van discriminaties naar geslacht deel uitmaakt van die fundamentele rechten.⁵⁹

Artikel 119 EEG-Verdrag werkte rechtstreeks door in de nationale rechtsorde van de Lid-Staten, in die zin dat het aan de ingezetenen van de Lid-Staten rechtstreeks een subjectief recht op gelijke behandeling toekende, zonder dat daartoe nog nadere tussenkomst van de communautaire of nationale autoriteiten nodig was. Eveneens werkte het direct, zonder tussenkomst van de nationale wetgever, door in de verhouding tussen particulieren.⁶⁰

Blijkens de jurisprudentie van het HvJ EG hadden, naast de nationale wetgever, ook de nationale bestuurlijke en rechterlijke instanties een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de uitvoering van artikel 119. Zo overwoog het Hof in *Defrenne II*:

'dat ten slotte de verwijzing naar de 'Lid-Staten' in artikel 119 betrekking heeft op de uitoefening van al die overheidsfuncties welke aan de toepassing van het beginsel van gelijke beloning kunnen bijdragen;

dat derhalve, in tegenstelling tot wat in de loop van het geding is betoogd, deze bepaling veel meer inhoudt dan een verwijzing naar de bevoegdheid van de nationale wetgever;

58 Zie o.m. Comité voor de Rechten van de Mens van 5 mei 1993 *J.W.H. v. The Netherlands*, NJCM-Bulletin 18-7 (1993), p. 858-862; Comité voor de Rechten van de Mens van 22 oktober 1993 (*C.H.J. Cavalcanti Araujo-Jongen v. The Netherlands*, NJCM-Bulletin 19-2 (1994) m.nt. Aleidis Woltjer.

59 Zie: HvJ EG 15 juni 1978, zaak 149/77, *Defrenne III*, Jur. 1978, p. 1365. Zie in dit verband ook: P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1995, p. 176-178; zie voorts: E.A. Alkema, a.w. (noot 25), p. 90.

60 HvJ EG, 8 april 1976, zaak 43/75, *Defrenne II*, Jur. 1976, p. 455.

dat wanneer artikel 119 van de Lid-Staten spreekt, dit mitsdien niet aldus kan worden uitgelegd, als zou rechtstreekse toepassing van het Verdrag door de rechter daardoor zijn uitgesloten⁶¹. (mijn cursivering, RB)

Volgens het door het EEG-Verdrag voorziene tijdschema had de toepassing van artikel 119 ten volle moeten zijn verzekerd op 1 januari 1962 en was het de bedoeling dat aan het artikel vanaf die datum rechtstreekse werking zou toekomen. Op de desbetreffende datum was echter, mede tengevolge van onzeker optreden van de kant van de Commissie, van een volledige implementatie van het artikel geenszins sprake. Een en ander was voor het Hof in *Defrenne II* aanleiding tot de vermanende woorden dat

‘aan de werkzaamheid van deze bepaling⁶² niet wordt afgedaan door de omstandigheid dat de Lid-Staten zich niet aan deze verplichting hebben gehouden en de gemeenschapsinstellingen onvoldoende tegen dit verzuim zijn opgetreden; dat een andere opvatting erop zou uitlopen dat *rechtsverkrachting tot interpretatieregel wordt verheven*, welke opvatting het Hof niet tot de zijne kan maken zonder in strijd te komen met de hem in artikel 164 van het Verdrag gegeven opdracht’. (mijn cursivering)

Waarna het Hof vervolgens toch de hand over het hart streek en de ingangsdatum van de rechtstreekse werking stelde op de dag waarop dit arrest werd uitgesproken: 8 april 1976.

Voor wat de wettelijke stelsels inzake de sociale zekerheid betreft is aan het in artikel 119 EEG gecodificeerde gelijkheidsbeginsel nader uitwerking gegeven in Richtlijn 79/7 EEG.⁶³ Op de werking van deze richtlijn, die een centrale rol zal vervullen in dit hoofdstuk, wordt thans in algemene zin ingegaan.

2.6 Richtlijn 79/7 EEG

2.6.1 De werking van richtlijnen in het algemeen

Krachtens artikel 249 EG⁶⁴ zijn richtlijnen van de Raad en de Commissie verbindend voor elke Lid-Staat waarvoor zij zijn bestemd. Deze verbindendheid heeft betrekking op het door middel van uitvoering van de richtlijn te bereiken resultaat. Voor wat de keuze van de vorm en middelen waarop dit resultaat kan worden bereikt laat artikel 249 EG de Lid-Staten vrij. Wel stellen de meeste richtlijnen een termijn waarbinnen het door de richtlijn beoogde resultaat door de Lid-Staten dient te zijn verwezenlijkt.

De vrijheid wat de keuze van vorm en middelen aangaat heeft er echter niet aan in de weg gestaan dat ook aan bepalingen van richtlijnen rechtstreekse werking kan toekomen. Reeds in 1974 bepaalde het Hof van Justitie dat na afloop van het verstrijken van de implementatietermijn aan bepalingen van richtlijnen rechtstreekse werking toekomt, indien:

- a. de bepaling een voldoende duidelijke verplichting bevat;
- b. die niet afhankelijk is van een voorwaarde of een termijn;

61 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75 (*Defrenne II*), Jur. 1976, r.o. 35-37.

62 Artikel 119 EEG.

63 Richtlijn van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB 1979, L 6, p. 24).

64 Voorheen: artikel 189 EEG.

- c. er geen nadere uitvoeringshandeling vereist is van de zijde van een Gemeenschapsinstelling of de Lid-Staten en
- d. de betreffende bepaling strekt ter beperking van de discretionaire bevoegdheid van de nationale autoriteiten.⁶⁵

Deze jurisprudentie baseert het Hof op de dwingende werking die door artikel 189 EEG-Verdrag aan richtlijnen wordt toegekend. Deze dwingende werking brengt blijkens het *VNO*-arrest mee

‘dat men name in gevallen waarin het gemeenschapsgezag de Lid-Staten bij richtlijn heeft verplicht een bepaalde gedragslijn te volgen, *het nuttig effect* van zodanige handeling zou worden verzwakt, wanneer de justitiabelen zich daarop in rechte niet zouden mogen beroepen en de nationale rechterlijke instanties daarop geen acht zouden mogen slaan als op een element van het gemeenschapsrecht’. (mijn cursivering, RB)

Volgens dit arrest is de strekking van de rechtstreekse werking van een richtlijn bepaling hierin gelegen dat de justitiabele zich voor de nationale rechter op de bepaling kan beroepen, teneinde door deze te doen nagaan of de bevoegde nationale autoriteiten bij de hun in het kader van de uitvoering van de richtlijn gelaten vrijheid ten aanzien van vorm en middelen, binnen de door de richtlijn aangegeven beoordelingsgrenzen zijn gebleven.⁶⁶ Voorts bepaalt het Hof dat het zich van een oordeel dient te onthouden voorzover het gaat om uitvoering van bepalingen die ‘hetzij uitdrukkelijk hetzij vanwege de onbestemdheid der gebruikte begrippen aan de wetgevende of bestuursinstanties een beoordelingsruimte laten ten aanzien van de zakelijke inhoud der toegestane uitzonderingen en afwijkingen’.

Dit is sindsdien vaste jurisprudentie van het Hof. In 1986 wordt zij in de zaak *Marshall* als volgt verwoord:

‘Er zij aan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof⁶⁷ in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, particulieren gerechtigd zijn hierop een beroep te doen tegenover de staat, wanneer deze hetzij verzuimt de richtlijn binnen de gestelde termijnen in het nationale recht ten uitvoer te leggen, hetzij dit op onjuiste wijze doet.

Deze rechtspraak is gegrond op de overweging dat het onverenigbaar zou zijn met de dwingende werking die in artikel 189 EEG-Verdrag aan de richtlijn wordt toegekend, om principieel uit te sluiten dat de daarbij opgelegde verplichting door getroffen personen kan worden ingeroepen. Hieraan heeft het Hof de gevolgtrekking verbonden, dat een Lid-Staat die de door de richtlijn voorgeschreven uitvoeringsmaatregelen niet tijdig heeft getroffen, het feit dat hij zijn uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen, niet aan particulieren kan tegenwerpen.⁶⁸

65 HvJ EG 4 december 1974, zaak 41/74, *Van Duyn v. Home Office*, Jur. 1974, p. 1337; SEW 1976, p. 67.

66 HvJ EG 1 februari 1977, Zaak 51/76, *VNO*, Jur. 1977, p. 113, r.o. 23 en 24.

67 Het Hof verwijst hierbij in het bijzonder naar HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81, *Becker*, Jur. 1982, p. 53.

68 HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall*, Jur. 1986, p. 723, r.o. 46 en 47. Zie in dit verband ook de noot van F.W.M. Keunen onder HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87, *Dik*, RSV1988/183, die opmerkt dat voor rechtstreekse werking van een richtlijn is vereist dat deze voldoende nauwkeurig, bepaald en onvoorwaardelijk is en voorts benadrukt dat dit vereiste ziet op de inhoud van de bepaling, dus op het resultaat dat bereikt moet worden, en niet op de wijze waarop deze verplichting wordt

Deze formulering brengt op twee punten een nadere verduidelijking aan. Allereerst wordt duidelijk dat een particulier niet slechts een beroep op de richtlijn toekomt, indien deze door de staat niet tijdig wordt uitgevoerd, maar eveneens indien de uitvoering van de richtlijn wel tijdig, maar op onjuiste wijze heeft plaatsgevonden. Uit eerdere jurisprudentie was reeds gebleken dat van onjuiste uitvoering gesproken kan worden, indien een staat zijn wetgeving gedurende de overgangstijd verder van het door de richtlijn voorziene einddoel afbrengt.⁶⁹ Voorts is het, in het licht van de in dit hoofdstuk te behandelen jurisprudentie van het Hof, van belang erop te wijzen dat de overweging volgens welke een niet tijdige uitvoering door de staat niet aan particulieren mag worden tegengeworpen, mede een procesrechtelijke betekenis heeft. Gezien haar ruime formulering houdt deze overweging immers ook aan de nationale rechterlijke instanties voor geen acht te slaan op van overheidswege aangevoerde argumenten die verband houden met de niet tijdige implementatie van de richtlijn. Naar uit dit hoofdstuk nog nader zal blijken kan dit onder omstandigheden betekenen dat uit de rechtstreekse werking van richtlijnbepalingen een gebod aan de nationale rechter voortvloeit om geen acht te slaan op nationale wettelijke bepalingen die van de richtlijn afwijken.

In de literatuur wordt naast de rechtstreekse werking de richtlijnconforme interpretatie van richtlijnen onderscheiden. Bij richtlijnconforme interpretatie dient de nationale rechter een wettelijke bepaling die mogelijk in strijd is met een richtlijnbepaling zo te interpreteren dat gevolg gegeven wordt aan de richtlijnbepaling. Voor richtlijnconforme interpretatie geldt niet de voorwaarde dat de richtlijnbepaling inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is en evenmin is vereist dat de aanpassingstermijn van de richtlijn is verstreken. Wel moet er sprake zijn van nationale wetgeving die richtlijnconform kan worden getoetst. Deze behoeft niet de in het kader van de richtlijn vereiste nationale wettelijke uitvoeringsregeling te zijn.⁷⁰

In het arrest *Dori*⁷¹ heeft het HvJ EG de richtlijnconforme interpretatie als volgt verwoord:

‘Het is voorts vaste rechtspraak dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de Lid-Staten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting van de Lid-Staten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten gelden, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties.’

Daarbij heeft het Hof onder verwijzing naar de arresten *Marleasing*⁷² en *Wagner Miret*⁷³ benadrukt dat de nationale rechter bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, ongeacht of zij van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk moet

gerealiseerd.

69 HvJ EG 23 maart 1983, zaak 77/82, *Anastasia Peskeloglou*, Jur. 1983, p. 1085.

70 Deze wijze van interpreteren heeft het Hof ontwikkeld in de arresten *Von Colson en Kamann*, zaak 14/83, Jur. 1984, p. 1891 en *Harz*, zaak 79/83, Jur. 1984, 1921 en SEW 1985, p. 216 m.nt. Leenen. Zie voorts HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Kolpinghuis*, Jur. 1987, p. 3969; *Ars Aequi* 37 (1988), p. 329 e.v. m.nt. C.W.A. Timmermans.

71 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *Dori*, Jur. 1994, p. I-3325; *Ars Aequi* 43(1994) 12, p. 845 e.v.

72 HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135, r.o. 8.

73 HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Wagner Miret*, Jur. 1993, p. I-6911, r.o. 20.

uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 10 EG⁷⁴ te voldoen.

Uit deze overwegingen blijkt dat de op de nationale rechter rustende plicht tot richtlijnconforme interpretatie voortvloeit uit het in artikel 10 EG neergelegde beginsel van gemeenschapstrouw, dat geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten, en dus ook voor de rechterlijke instanties.⁷⁵ Uit het arrest *Marleasing* vloeit voort dat deze plicht ook geldt ten aanzien van nationaal recht dat van voor de totstandkoming van de richtlijn dateert.

Mortelmans en Temmink onderscheiden in hun noot onder het arrest *Dori*⁷⁶ nog een derde vorm van doorwerking van richtlijnen in de nationale rechtsorde, te weten de Francovich-schadeplichtigheid. In het arrest *Dori* overweegt het HvJ EG onder meer:

‘Wanneer het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet via uitlegging kan worden bereikt, zijn de Lid-Staten volgens het arrest van 19 november 1991⁷⁷ krachtens het gemeenschapsrecht gehouden tot vergoeding van de schade die aan particulieren is veroorzaakt doordat een richtlijn niet in nationaal recht is omgezet, mits aan drie voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet de richtlijn ertoe strekken rechten toe te kennen. In de tweede plaats moet de inhoud van die rechten kunnen worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn. En ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de geleden schade.’

Mortelmans en Temming wijzen erop dat de categorie rechten vervat in deze formule ruimer is dan uitsluitend de rechten die in direct werkende richtlijnbevestigingen zijn vastgelegd. Uit het arrest *Dori* blijkt huns inziens dat voor de staatsaansprakelijkheid geen voorafgaande veroordeling van het Hof waarbij een schending van het gemeenschapsrecht wordt vastgesteld, noodzakelijk is. Voorts valt er volgens hen in de rechtspraak van het HvJ EG een verschuiving waar te nemen van een verwijzing naar subjectieve ‘rechten’ die particulieren bezitten tegenover in gebreke zijnde Lid-Staten naar een concept van juridische *remedies* voor gedupeerde particulieren.⁷⁸

74 Voorheen: artikel 5 EEG.

75 Zie in dit verband ook A-G Tesaro in zijn conclusie voor HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame I* Jur. 1990, p. I-2433, die artikel 5 EEG-Verdrag (thans artikel 10 EG) aanmerkt als de sleutel voor de uitlegging van het stelsel van samenwerking tussen de communautaire en nationale organen. Feenstra heeft de richtlijnconforme interpretatie in verband gebracht met het zogenaamde ‘*estoppel*’ beginsel. Op grond van dit beginsel kan een Lid-Staat, die verzuimd heeft de richtlijn ten uitvoer te leggen of dit niet op de juiste wijze heeft gedaan, zich niet op deze nalatigheid tegenover particulieren kan beroepen; zie de noot onder HvJ EG 11 juli 1991, zaken C87/90, C88/90 en C89/90 (*Verholen e.a.*), RSV 1991/227, p. 617 en 618.

76 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C91/92, *Dori*, Jur. 1994, p. I-3325; *Ars Aequi* 43(1994) 12, p. 845 e.v..

77 HvJ EG, 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, Jur. 1991, p. I-5357, r.o. 39.

78 De auteurs verwijzen in dit verband naar: W. van Gerven, *The horizontal effect of directive provisions revisited: The reality of catchwords*, in: Curtin en Heukels (eds.), *Liber amicorum Schermers*, Dordrecht 1994.

2.6.2 Richtlijn 79/7 EEG

Deze richtlijn, die de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid beoogt, speelt een centrale rol in dit hoofdstuk. Centraal staat het bepaalde in artikel 4, lid 1 dat luidt:

‘Het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name echtelijke staat of gezins-situatie, is uitgesloten.’

Op grond van artikel 8 van de Richtlijn waren de Lid-Staten gehouden binnen een termijn van zes jaar volgende op de kennisgeving van de richtlijn, dat wil zeggen te rekenen vanaf 23 december 1984, de nodige wettelijke en bestuurlijke bepalingen in werking te doen treden. Voorzover er nog twijfel bestond over de vraag of de richtlijn met ingang van 23 december 1984 rechtstreekse werking toe kwam, werd deze door het HvJ EG al snel weggenomen. In de hierna nog uitvoeriger te behandelen arresten *Drake*⁷⁹ en *FNV*⁸⁰ heeft het Hof deze vraag onomwonden in bevestigende zin beantwoord. Evenals de eerder vermelde uitspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens in de zaak *Broeks* had het FNV-arrest betrekking op de uitsluiting van de gehuwde, niet kostwinner zijnde, vrouw van een uitkering op grond van de WWV. Het Hof achtte deze uitsluiting niet alleen in strijd met artikel 4, lid 1, van de Richtlijn, maar overwoog bovendien dat

‘tot het tijdstip waarop de nationale regering de nodige uitvoeringsmaatregelen treft, vrouwen derhalve recht op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling [hebben] als mannen die in een gelijke situatie verkeren, *waarbij die regeling, zolang aan de richtlijn geen uitvoering is gegeven, het enig bruikbare referentiekader blijft*’. (mijn cursivering, RB)

In latere jurisprudentie gaat het Hof uit van de algemener geformuleerde regel volgens welke indien er sprake is van discriminatie en er geen uitvoeringswetgeving is, de minder begunstigde groep – hetzij mannen, hetzij vrouwen – recht heeft op toepassing van dezelfde regeling als de overige uitkeringsgerechtigden. Deze regel geldt ook voor gevallen van indirecte discriminatie.⁸¹ Het is in het bijzonder deze overweging die bepalend is geweest voor de terugwerkende effecten van de rechtspraak waarbij het sociale zekerheidsrecht in overeenstemming is gebracht met de bepalingen van internationaal- en communautair recht. Op deze jurisprudentie zal in de volgende paragrafen nader worden ingegaan.

Voor een beter begrip van de hierna te bespreken jurisprudentie is bovendien van belang op te merken dat de werkingssfeer van Richtlijn 79/7 in twee opzichten is beperkt. In artikel 2 van de Richtlijn is aangegeven op welke groepen van personen de Richtlijn van toepassing is (de personele werkingssfeer). In artikel 3 van de Richtlijn is aangegeven tot welke soorten van sociale zekerheidswetgeving de werking van der Richtlijn zich uitstrekt (de materiële werkingssfeer).

79 HvJ EG 24 juni 1986, zaak 150/85, *Drake*, Jur. 1986, p. 1995; RSV 1987/240.

80 HvJ EG 4 december 1986, zaak 71/85, *FNV*, Jur. 1986, p. 3855; NJ 1987, 846 m.nt. Steyger; RSV 1987/95 m.nt. Govers.

81 Zie HvJ EG 13 december 1989, zaak C-102/88, *Ruzius/Wilbrink*, Jur. 1989, p. 4311; Rechtspraak Nemesis 1990, nr. 85; NJCM-Bulletin, 16-1 (1991), p. 65.

De in artikel 2 van de Richtlijn geregelde personele werkingssfeer ziet op de beroepsbevolking, op werkzoekenden en op werknemers en zelfstandigen wier arbeid is onderbroken door één van de in artikel 3, lid 1, sub a van de Richtlijn opgesomde risico's.⁸² De personele werkingssfeer heeft aldus betrekking op gepensioneerden, (invalide) werknemers, (invalide) zelfstandigen en personen wier arbeid is onderbroken door ziekte of een ongeval, of die onvrijwillig werkloos dan wel werkzoekende zijn. Blijkens het arrest *Drake*⁸³ omvat het begrip beroepsbevolking eveneens de gehuwde vrouw die haar werk heeft moeten opgeven ter verzorging van haar invalide moeder. Immers ook hier geldt dat de vrouw haar werk heeft moeten onderbreken ten gevolge van een van de in artikel 3 van de richtlijn genoemde risico's, te weten invaliditeit. Ook hier benadrukt het Hof de eis van het nuttig effect van het gemeenschapsrecht, waar het overweegt dat

'de omstandigheid dat een uitkering die wordt toegekend krachtens een wettelijke invaliditeitsregeling, wordt uitbetaald aan een derde en niet rechtstreeks aan de gehandicapte, bijgevolg niet [meebrengt] dat de uitkering buiten de werkingssfeer van richtlijn 79/7 valt. Anders zouden, gelijk de commissie in haar opmerkingen beklemtoint, onder de richtlijn vallende prestaties door het aanbrengen van formele wijzigingen aan de werkingssfeer daarvan kunnen worden onttrokken'.

Daarmee was wel de uiterste grens van de personele werkingssfeer bereikt.⁸⁴ Blijkens het arrest *Johnson*⁸⁵ is Richtlijn 79/7 EEG niet van toepassing op iemand die zijn of haar arbeid heeft onderbroken om zich met de opvoeding van zijn of haar kinderen bezig te houden en die door ziekte verhinderd is weer te gaan werken, tenzij de betrokkene werkzoekende is en dat zoeken onderbroken is doordat zich een van de in artikel 3, lid 1 sub a, van de richtlijn genoemde risico's heeft voorgedaan. Voorts heeft het Hof in het arrest *Wetten-Van Uden*⁸⁶ bepaald dat de nationale rechter de personele werkingssfeer van de Richtlijn niet kan uitbreiden op de grond dat de justitiabelen zijn onderworpen aan een nationale regeling die onder de in artikel 3 van de Richtlijn omschreven materiële werkingssfeer valt.

Deze materiële werkingssfeer omvat blijkens artikel 3 van de Richtlijn de wettelijke regelingen inzake invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen, beroepsziekten en werkloosheid, alsmede de sociale bijstandsregelingen die voor deze wettelijke regelingen in de plaats komen. In de praktijk betekent dit dat voor wat de Nederlandse wetgeving betreft de Richtlijn van toepassing is op de ZW, WAO, WW, AOW, ZFW, AWBZ, de ABP-wet, de wettelijke VUT-regelingen, alsmede de voormalige AAW, WWV en RWW. Voorts

82 HvJ EG 27 juni 1989, gevoegde zaken 48, 106 en 107/88, *Achterberg-Te Riele e.a.*, Jur. 1989, p. 1963; RSV 1990/232 m.nt. Van Dalen-Van Bekkum.

83 HvJ EG 24 juni 1986, zaak 150/85, *Drake*, Jur. 1986, p. 1995; RSV 1987/240 m.nt. HH.

84 Zij het dat het Hof in het arrest *Verholen e.a.* (HvJ EG 11 juli 1991, zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, Jur. 1991, p. I-3757; RSV 1991/227 m.nt. Feenstra) in meer algemene zin heeft overwogen dat het recht om een beroep te doen op de bepalingen van Richtlijn 79/7 EEG, niet uitsluitend toekomt aan justitiabelen die onder de personele werkingssfeer van de richtlijn vallen. Naar het oordeel van het Hof is immers niet uit te sluiten dat ook andere personen er rechtstreeks belang bij kunnen hebben dat het non-discriminatiebeginsel jegens de beschermde personen in acht wordt genomen.

85 HvJ EG 11 juli 1991, zaak C-31/90, *Johnson*, Jur. p. I-1991, 3723; Rechtspraak *Nemesis* 1992, nr. 3 m.nt. Van Geffen.

86 HvJ EG 11 juli 1991, zaak C-88/90, gevoegd behandeld met zaken C-87/90 en C-98/90, *Verholen e.a.*, Jur. 1991, p. I-3757; RSV 1991/227 m.nt. Feenstra.

zondert het tweede lid van artikel 3 de werking van de richtlijn nog uit voor de 'eventualiteiten' weduwschap, moederschap en gezinslasten, tenzij het gaat om gezinsbijslagen die worden toegekend uit hoofde van verhogingen van de prestaties die worden toegekend als gevolg van de in het eerste lid genoemde eventualiteiten. Voor Nederland betekent dit in de praktijk dat de AWW en de kinderbijslagwetten buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen.⁸⁷

In de Richtlijn 79/7 EEG wordt een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie. Dit onderscheid is afkomstig uit de jurisprudentie van het HvJ EG op artikel 119 EEG. Van directe discriminatie is sprake, indien een verschillende behandeling van mannen en vrouwen het gevolg is van het door bestuur of wetgever hanteren van criteria die direct aanknopen bij het geslacht, onverbrekkelijk aan het geslacht verbonden eigenschappen of bij een exclusieve juridische status die aan een der geslachten is gegeven. Van indirecte discriminatie is sprake indien het verschil in behandeling voortvloeit uit het gebruik van criteria die weliswaar geslachtsneutraal zijn, maar niettemin een indirect middel vormen om mannen en vrouwen ongelijk te behandelen. Te denken valt hierbij aan criteria die associaties hebben met maatschappelijke rolpatronen of veronderstelde gedragingen, zoals het gehuwd zijn, het kostwinner zijn, het zijn van deeltijdwerker of het verzorgen van een huishouden.⁸⁸

Er is sprake van een vermoeden van indirecte discriminatie wanneer uit bijvoorbeeld statistisch onderzoek blijkt dat een maatregel in haar effect in overwegende mate een onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen. Deze statistische overweging kan zelfs beslissend blijken te zijn als er geen aanknopingspunten zijn voor de beoordeling van de vraag of het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Is er geen objectieve rechtvaardigingsgrond, dan kan het beoogde doel (discriminatie) uit het verkregen resultaat worden afgeleid en wordt op de ontkenning van een discriminerende bedoeling geen acht geslagen. De betekenis die in het EG-recht wordt toegekend aan het begrip 'onderscheid' is dan ook kleurloos: een discriminerende bedoeling hoeft niet te worden aangetoond. Bij een eenmaal bestaand vermoeden van indirecte discriminatie is het vervolgens aan degene die de maatregel heeft getroffen om te bewijzen dat aan de maatregel objectief gerechtvaardigde gronden ten grondslag hebben gelegen, waaraan elke gedachte van discriminatie vreemd is.⁸⁹

Samengevat stellen zowel het Hof als de Commissie de volgende eisen aan indirecte discriminatie:

- het gebruik van een bepaald criterium moet, hoewel sexe-neutraal, een ongelijkheidseffect tussen mannen en vrouwen veroorzaken;

87 Zie hieromtrent: I.P. Asscher-Vonk, L. Betten en W.J.P.M. Fase (red.), a.w. (noot 36), p. 39-40.

88 I.P. Asscher-Vonk, L. Betten en W.J.P.M. Fase (red.), p. 48-49.

89 Aldus naar de vrijwel letterlijke bewoordingen van de Commissie in haar Tussentijds Verslag over de toepassing van de derde richtlijn van de Europese Commissie d.d. 6 januari 1984 COM (83) 793 def., blz. 8, waarin de Commissie zich in belangrijke mate baseert op het arrest *Jenkins* (HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, Jur. 1981, p. 911).

- het ongelijkheidseffect moet de vrouwen of de mannen als groep tenminste in overwegende mate treffen; het gebruik moet dus in hoge mate hetzelfde effect als directe discriminatie opleveren en
- een objectieve rechtvaardigingsgrond is afwezig, althans kan niet worden bewezen door degene, die onderscheidend handelt.

Voor wat het toepassingsbereik van artikel 119 EEG en de ter nadere uitvoering van dit artikel uitgevaardigde richtlijnen geldt dat direct onderscheid naar geslacht altijd verboden is, tenzij het EEG-recht zelf uitdrukkelijk in een uitzondering op dit beginsel voorziet.⁹⁰ De vraag naar de objectieve rechtvaardigingsgrond komt alleen aan de orde bij indirecte discriminatie. Juist omdat het gemeenschapsrecht het begrip onderscheid 'kleurloos' opvat komt in gevallen waarin een vermoeden van indirecte discriminatie rijst het volle gewicht te liggen op (1) wat dient te worden verstaan onder een objectieve rechtvaardigingsgrond en (2) welke instantie uiteindelijk bevoegd is vast te stellen of in een bepaald geval aan de desbetreffende criteria is voldaan. De laatste vraag is het eenvoudigst te beantwoorden. In de in dit hoofdstuk aan de orde te stellen gevallen komt de vraag naar de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond gewoonlijk aan de orde in het kader van de in artikel 234 EG geregelde procedure van prejudiciële vraagstelling van de nationale rechterlijke instanties aan het HvJ EG. In het kader van deze procedure geeft het Hof weliswaar in algemene zin uitleg aan het begrip objectieve rechtvaardigingsgrond; het zijn evenwel de nationale rechterlijke instanties aan wie de uiteindelijke beslissing toekomt over de vraag of in een bepaalde zaak aan de criteria voor de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond wordt voldaan. Een en ander neemt niet weg dat het Hof soms vrij gedetailleerde richtlijnen aan de nationale instantie kan geven.⁹¹

Voor wat de eerste vraag betreft is het Hof van oordeel dat een eenmaal gebleken onderscheid in behandeling tussen mannen en vrouwen slechts kan worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat dergelijke factoren mede gelegen kunnen zijn in economische redenen. Zo kreeg het Hof in de zaak *Jenkins*⁹² te oordelen over een maatregel die tot gevolg had dat deeltijdwerkers naar verhouding minder verdienen dan 'full-time' werkers, wat een vermoeden van indirecte discriminatie deed rijzen, omdat vast stond dat aanzienlijk meer vrouwen dan mannen door deze maatregel werden getroffen. De staat gaf een economische reden voor het uitvaardigen van deze maatregel, namelijk het aanmoedigen van werken in voltijdarbeid, welke reden door het Hof als rechtvaardigingsgrond werd geaccepteerd. Ook het voeren van een 'sociaal beleid' kan volgens het Hof een rechtvaardigingsgrond opleveren.⁹³ Aan dit sociaal beleid moet dan echter wel op consistente wijze uitvoering worden gegeven. Zo was het Hof van oordeel dat er wel sprake kon zijn van indirecte discriminatie toen het werd geroepen te oordelen over de bepaling in de AAW die arbeidsongeschikte deeltijdwerkers uitzonderde van de

90 Zie o.a.: I.P. Asscher-Vonk, L. Betten en W.J.P.M. Fase (red.), a.w. (noot 36), p. 57; Zie voor wat het voormalige artikel 119 EEG-Verdrag betreft ook: Conclusie A-G Koopmans voor HR 29 november 1991, NJ 1993, 150 en 151 (Bopa).

91 Zoals bijvoorbeeld in HvJ EG 22 september 1988, zaak 236/87, *Bergemann*, Jur. 1988, p. 5125; RSV 1990/170.

92 HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jenkins*, Jur. 1981, p. 911.

93 Zie bijv. HVJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, *Ringer-Kühn*, Jur. 1989, p. 2743.

garantie van een uitkering gelijk aan het sociaal minimum⁹⁴. Het Hof kwam tot dit oordeel, omdat de uitzondering uitsluitend voor deeltijdwerkers gold, terwijl een aantal andere groepen die in het jaar voorafgaande aan de arbeidsongeschiktheid in het geheel geen inkomen of slechts een zeer gering inkomen hadden, wel voor een volledige uitkering in aanmerking kwamen.⁹⁵

In de zaak *Teuling-Worms*⁹⁶ acht het Hof mede een rechtvaardigingsgrond gelegen in de beheersing van de sociale uitgaven. In geding waren de verschillen die voortvloeien uit de hantering van de respectievelijk hoge dan wel lage grondslag voor de berekening van de uitkeringsrechten in de WAO.⁹⁷ Voor de hoge grondslag kwamen, kort gezegd, personen met gezinslasten in aanmerking. Vast stond dat aanmerkelijk meer (gehuwde) mannen dan (gehuwde) vrouwen aanspraak konden maken op de hoge grondslag, hetgeen een vermoeden van indirecte discriminatie opriep. Voor de beantwoording van de vraag of in dit geval een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is hanteert het Hof een evenredigheidstoets:

‘Indien de nationale rechter, die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen en de nationale wetgeving uit te leggen, vaststelt dat verhogingen als de hierbedoelde overeenkomen met de zwaardere lasten die uitkeringsgerechtigden met een echtgenoot of kinderen ten laste in vergelijking met alleenstaanden hebben te dragen, en dat zij *geschikt* en ook *noodzakelijk* zijn om de uitkeringsgerechtigden een voor hen toereikend bestaansminimum te garanderen, dan is de omstandigheid dat die verhogingen aan een veel groter aantal gehuwde mannen dan gehuwde vrouwen toekomen, niet voldoende om te concluderen dat de toekenning ervan in strijd is met de richtlijn.’⁹⁸ (mijn cursivering. RB)

94 Het ‘sociaal beleid’ dat hier in het geding was betrof de bezuiniging die van deze bepaling te verwachten was, waardoor de financiële garantie voor de gevallen die daar naar het oordeel van de regering meer voor in aanmerking kwamen kon blijven bestaan.

95 HvJ EG 13 december 1989, zaak C-102/88, *Ruzius/Wilbrink*, Jur. 1989, p. 4311; Rechtspraak Nemesis 1990, nr. 85; NJCM-Bulletin 16-1 (1991), p. 65. Het Hof verwijst in dit verband naar de zogenaamde ‘vrijgestelden’: zelfstandigen met een volledige dagtaak en een inkomen minder dan 15% van het minimumloon, studerende, alsmede in de huishouding van verwanten werkzame ongehuwden.

96 HvJ EG 11 juni 1987, zaak 30/85, *Teuling-Worms*, Jur. 1987, p. 2497; NJCM-Bulletin 13-2 (1988), p. 104; zie ook NJCM-Bulletin 15-4 (1990), p. 467.

97 Zoals deze was komen te luiden bij de wijziging van 29 december 1982, p.m. bron.

98 Aldus rechtsoverweging 18. Zie voor een uitdrukkelijke vermelding van het evenredigheidsbeginsel in een overweging die betrekking heeft op een rechtvaardigingsgrond voor een inbreuk op het beginsel van de gelijke behandeling: HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1651. De zaak valt in zoverre buiten het bestek van deze paragraaf, dat ze betrekking heeft op een geval van directe discriminatie onder richtlijn 76/207 en het Hof moest oordelen over een in artikel 2, lid 2, van de richtlijn uitdrukkelijk vermelde uitzondering op het beginsel van de gelijke behandeling. Gezien de algemene bewoordingen waarin ze gesteld is, is de bedoelde overweging echter ook van belang voor de hier behandelde problematiek van de rechtvaardigingsgrond in het kader van de indirecte discriminatie. In r.o. 38 stelt het Hof immers: ‘Voorts zij eraan herinnerd, dat bij de vaststelling van de draagwijdte van een afwijking van een individueel recht, zoals het in de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, het evenredigheidsbeginsel, een van de algemene rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de communautaire rechtsorde, moet worden geëerbiedigd. Op grond van dit beginsel mogen afwijkingen niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel, en moet zoveel mogelijk een evenwicht worden tot stand gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van openbare veiligheid die

Ook in het op de gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid betrekking hebbende rapport van de Stichting Centrum voor Onderzoek van het Sociaal Zekerheidsrecht (SCOSZ wordt de toets naar de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond mede in termen van evenredigheid gegoten. De werkgroep is van oordeel dat voor rechtvaardigingsgronden uitsluitend in aanmerking komen gronden, die binnen de context van het handelen *functioneel* zijn, terwijl de betrokken gronden in verhouding moeten staan tot het doel, waarvoor zij gezegd worden te zijn gehanteerd. Voorts moeten zij ook louter voor dat doel zijn gebruikt, terwijl het doel zelf vanuit het gelijke behandelingsbeginsel aanvaardbaar moet zijn. Dit laatste houdt in dat het doel van een zodanig gewicht moet zijn, dat daarvoor een feitelijke (maar bij een andere samenstelling van de betrokken groep personen niet noodzakelijke) ongelijke behandeling van mannen en vrouwen gerechtvaardigd wordt.⁹⁹

In het arrest *Roks*¹⁰⁰ heeft het Hof evenwel geoordeeld dat louter budgettaire overwegingen niet kunnen worden aangemerkt als een legitieme doelstelling van sociaal beleid. Hiertoe overwoog het Hof dat

‘ofschoon budgettaire overwegingen aan de basis kunnen liggen van de sociale beleidskeuzen van een lid-staat en de aard of de omvang van de sociale beschermingsmaatregelen die de lid-staat wenst vast te stellen, kunnen beïnvloeden, zij op zichzelf evenwel niet een doelstelling van dat beleid vormen en ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten kunnen rechtvaardigen’.

2.6.3 Artikel 14 EVRM

De anti-discriminatiebepaling die er in dit boek althans aanvankelijk wat bekaaid vanaf komt is artikel 14 EVRM. Dat is niet, omdat aan deze bepaling in verband met de sociale zekerheid geen betekenis zou toekomen. Op grond van vaste jurisprudentie kan op artikel 14 EVRM slechts een beroep worden gedaan in verband met schending van een der overige in het EVRM gegarandeerde rechten. Sinds het arrest *Gaygusuz*¹⁰¹ staat vast dat ook sociale zekerheidsuitkeringen onder de eigendomsbescherming van artikel 1 Eerste Protocol vallen,¹⁰² zodat ook terzake hiervan een beroep op artikel 14 EVRM mogelijk is. Daarbij komt dat het EHRM in het arrest *Van Raalte*¹⁰³ heeft overwogen dat

beslissend zijn voor de voorwaarden van uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit.’ Zie ook HvJ EG 19 november 1992, zaak C-226/91, *Molenbroek*, Jur. 1992, p. I-5943, r.o. 13.

99 I.P. Asscher-Vonk, L. Betten en W.J.P.M. Fase (red.), a.w. (noot 36), p. 57.

100 HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Roks*, Jur. p. I-571; AB 1995, 53 m.nt. RH; RSV 1994/214.

101 EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz*, Reports 1996-IV; RSV 1997/234; JB 1997/20 m.nt. Heringa; NJCM-Bulletin, 22 (1997), p. 461-474 m.nt. C.A. Groenendijk; SMA 1997, p. 253-259 m.nt. G.J. Vonk.

102 Zie in dit verband ook punt 6 de noot van Nico Verheij bij EHRM 16 april 2002, AB 2004, 75 (*Dangeville*) waar hij concludeert dat het ‘eigendomsrecht’ van artikel 1 Eerste Protocol in feite alle vermogensbestanddelen omvat, zulks onder verwijzing naar T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, ‘De betekenis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid, O & A, 2002, 4, p. 202 en JBPlus 2003, 1, p. 2; J.P. Loof e.a., *The rights to property. The influence of article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht 2002.

103 EHRM 21 februari 1997, *Van Raalte*, Reports 1997-I; JB 1997/64 m.nt. A.W. Heringa; AB 1997, 432 m.nt F.J.L. Pennings.

'very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex compatible with the Convention'.

Deze overweging heeft de vraag opgeroepen of in het kader van artikel 14 EVRM strengere eisen worden gesteld aan de rechtvaardiging van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen dan het geval is bij de artikelen 26 IVBPR en 1 Grondwet.¹⁰⁴ Artikel 14 EVRM heeft dan ook op het terrein van de sociale zekerheid aanleiding gegeven tot een aantal interessante uitspraken, waarvan met name die op het terrein van de AOW voor dit onderzoek van belang zijn. Hierop zal worden teruggekomen in paragraaf 4.6 van hoofdstuk 4.

104 Zie in dit verband: A.W. Heringa en A. Woltjer, Gelijke behandeling in de sociale zekerheid: 'Straatsburg' scherpt de eisen aan, NJB 1997, afl. 37, p. 1710-1716. Voor een bevestigende beantwoording van de hier bedoelde vraag, zie: rechtbank Maastricht, 27 mei 1998, AB 1998, 337 m.nt F. Pennings. Zie evenwel de uitspraken van de CRvB van 11 april 1997 (RSV 1997/263), 2 juli 1997 (USZ 1997/196), 10 december 1997 (USZ 1998/58), waarin de Raad geen grond ziet om ten aanzien van de rechtvaardiging van ongelijke behandeling in de zin van artikel 14 EVRM andere maatstaven aan te leggen dan in verband met artikel 26 IVBPR. Zie tenslotte de in paragraaf 4.4. van hoofdstuk 4 te behandelen arresten van het EHRM in de zaken *Van Raalte* (EHRM 21 februari 1997, Reports 1997-I; JB 1997/64) en *Wessels-Bergervoet* (EHRM 4 juni 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-IV; RSV 2002/181).

Hoofdstuk 4

Rechtsverkrijging door rechtstreekse toepassing van het internationale recht, uitwerking

1. De WWV en het kostwinnersbeginsel

1.1 *Voorgeschiedenis*

De op 1 januari 1965 in werking getreden Wet werkloosheidsvoorzieningen¹ (WWV) voorzag in een uit de algemene middelen te betalen voorziening in geval van werkloosheid, bestaande in een uitkering voor een maximum duur van twee jaar. Als uitvoeringsorgaan trad het College van Burgemeester en Wethouders (B&W) op. Deze voorziening is voor nieuwe gevallen op grond van artikel 3 van de Invoeringswet stelselherziening sociale zekerheid² met ingang van 1 januari 1987 ingetrokken. Deze wet voorzag echter in overgangsrecht op grond waarvan oude aanspraken op WWV-uitkering, die vóór 1 januari 1987 waren ontstaan, werden veiliggesteld. Op grond van artikel 13, lid 1, onder 1, WWV was de gehuwde vrouw die niet als kostwinner kon worden aangemerkt, uitgesloten van het recht op uitkering. Het was deze bepaling die, naarmate de termijn voor omzetting van Richtlijn 79/7 EEG haar einde naderde, steeds meer onder vuur kwam te liggen. Daarbij spitste de discussie zich niet zozeer toe op de vraag of de in artikel 13, lid 1, onder 1, opgenomen uitsluiting van gehuwde vrouwen in strijd was met artikel 1 van Richtlijn 79/7 EEG, maar veeleer op de wijze waarop de Nederlandse wet in overeenstemming met de Richtlijn zou moeten worden gebracht. Nadat op 13 december 1984 een voorstel tot aanpassing van de WWV aan Richtlijn 79/7 EEG in de Tweede Kamer schipbeuk had geleiden en vervolgens de termijn voor omzetting van de Richtlijn op 22 december 1984 verliep, spande de FNV een kort geding tegen de Staat aan met als inzet de buitenwerkingstelling van de uitsluitingsbepaling. Deze vordering leidde tot een geruchtmakende uitspraak van de President van de rechtbank te 's-Gravenhage van 17 januari 1985.³ In deze uitspraak liet de President weliswaar in het midden of Richtlijn 79/7 EEG directe werking heeft, maar kwam op grond van het aan het Nederlandse recht als zodanig ten grondslag liggende beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen tot het voorlopig oordeel dat het niet intrekken van artikel 13, lid 1, onder 1, WWV onrechtmatig tegenover de betrokken vrouwen was te achten en beval de Staat de WWV vóór 1 maart 1985 te wijzigen. Deze uitspraak vond op constitutionele gronden geen genade in de ogen van het Hof 's-Gravenhage⁴. Het Hof was van oordeel dat artikel 120 van de Grondwet zich verzette tegen een toetsing van artikel 13 WWV – een bepaling uit een wet in formele zin – aan een algemeen rechtsbeginsel. Wel was het Hof van oordeel dat

'indien aan art. 4 Richtlijn vanaf 23 december 1984 rechtstreekse werking wordt toegekend en zulks ten gevolge zou hebben dat voormelde bepaling vanaf die datum toepassing mist en dat de

1 Wet van 10 december 1964, Stb. 485.

2 Stb. 1987, 94.

3 AB 1985, 154.

4 Hof 's-Gravenhage 13 maart 1985, AB 1985, 253 m.nt. F.H. van der Burg.

uitgezonderde vrouwen op grond daarvan een recht op uitkering zouden hebben verkregen de Staat in beginsel onrechtmatig [zou] handelen door, terwijl hij aan zijn verplichting op grond van de Richtlijn niet heeft voldaan, niettemin door voormelde circulaire⁵ – waaraan gemeentebesturen gevolg plegen te geven en terwijl de Staat de uitkeringen aan de gemeentebesturen moet vergoeden – te bewerkstelligen dat voormelde bepaling blijft worden toegepast in afwachting van de tot standkoming van de aanhangige wetswijziging, waardoor de uitgezonderde vrouwen vooralsnog van een uitkering verstoken blijven.’

Het Hof zag dan ook aanleiding zich met prejudiciële vragen tot het HvJ EG te wenden. Daarbij werd het HvJ EG – kort gezegd – verzocht klaarheid te verschaffen over de vraag of artikel 4 van Richtlijn 79/7 EEG vanaf 23 december 1984 rechtstreekse werking heeft en welke gevolgen dit zou hebben voor de toepassing van artikel 13, lid 1, onder 1, van de WWV. Aldus kwam, langs deze wat ongebruikelijke weg⁶, het HvJ EG voor de eerste keer in de gelegenheid zich uit te spreken over de verenigbaarheid van het Nederlandse sociale zekerheidsstelsel met de in Richtlijn 79/7 opgenomen anti-discriminatiebepaling. Het deed aldus bij de hiervoor reeds genoemde uitspraak van 4 december 1986.⁷

Het HvJ EG laat er in zijn uitspraak geen misverstand over bestaan dat ten aanzien van gehuwde vrouwen de in artikel 13, lid 1, onder 1, WWV opgenomen kostwinnerseis met ingang van 23 december 1984 niet meer mag worden gesteld. Het Hof baseert dit oordeel op de rechtstreekse werking met ingang van deze datum van artikel 4, lid 1 van Richtlijn 79/7 EEG. Naar het oordeel van het Hof is deze bepaling voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk om, ook zonder uitvoeringsmaatregelen, vanaf 23 december 1984 door particulieren voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen teneinde de toepassing van iedere met dat artikel strijdende bepaling te beletten.

Inmiddels had de wetgever bij de Wet van 24 april 1985 (Stb. 230) artikel 13, lid 1, onder 1, WWV met terugwerkende kracht tot 23 december 1984 afgeschaft. Artikel II van deze Wet voorzag echter in een overgangsrechtelijke bepaling op grond waarvan de afschaffing van de kostwinnerbepaling niet van toepassing werd geacht op gehuwde vrouwen die vóór 23 december 1984 werkloos waren geworden.⁸ Aldus werden de ‘oude gevallen’ alsnog van het recht op uitkering ingevolgd de WWV uitgesloten.

1.2 *Het arrest Dik*

Ook deze laatste bepaling kwam al spoedig onder vuur te liggen. Op 19 februari 1987 stelde de Raad van Beroep Arnhem prejudiciële vragen aan het HvJ EG in een drietal zaken waarin aan gehuwde vrouwen uitkering ingevolgd de WWV was geweigerd op de grond dat de datum van ingang van hun werkloosheid en de datum waarop zij voor het eerste aangewezen raakten op een WWV-uitkering vóór 23 december 1984 was gelegen.

5 Bedoeld is de circulaire van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 december 1984 waarbij aan de gemeentebesturen werd meegedeeld dat artikel 13, lid 1 onder 1, van de WWV vooralsnog moest worden toegepast.

6 Naar ook Van den Burg in zijn noot onder de uitspraak van het Hof heeft opgemerkt had het meer voor de hand gelegen indien deze vragen het HvJ EG zouden hebben bereikt via een bestuursrechtelijke procedure voor de (Centrale) Raad van Beroep.

7 HvJ EG 4 december 1986, zaak 71/85, *FNV*, Jur. 1986, p. 3855; RSV 1987/95 m.nt. A.W. Govers; zie ook hoofdstuk 3, par. 2.6.2.

8 Tenzij zij op deze datum in het genot waren van een WW-uitkering.

Deze prejudiciële vragen hebben geleid tot het, de Nederlandse regering veel hoofdbreken bezorgende, arrest *Dik*⁹. In een combinatie van drie overwegingen haalt het Hof de bij voornoemd artikel II van de Wet van 24 april 1985 beoogde beperking van de terugwerkende effecten van het *FNV*-arrest¹⁰ onderuit. Onder verwijzing naar laatstgenoemd arrest herhaalt het Hof allereerst zijn overweging dat artikel 4, lid 1, van de Richtlijn, zowel op zichzelf beschouwd als gezien in verband met het doel en de inhoud van Richtlijn 79/7 EEG, voldoende nauwkeurig is om door een justitiabele te kunnen worden ingeroepen en door de rechter te kunnen worden toegepast. Vervolgens verwijst het Hof naar de overweging in zijn kort tevoren gewezen arrest *Borrie Clarke*,¹¹ waarin het Hof oordeelde dat Richtlijn 79/7 niet voorziet in uitzonderingen op het in artikel 4, lid 1, van de Richtlijn neergelegde beginsel op grond waarvan oudere nationale bepalingen hun discriminerende werking zouden mogen behouden. Naar het oordeel van het Hof

‘[mag bijgevolg] een Lid-Staat na 23 december 1984 geen ongelijke behandelingen laten voortduren die te wijten zijn aan de omstandigheid, dat de aan het ontstaan van het recht op uitkering verbonden voorwaarden reeds vóór die datum golden. De omstandigheid dat die ongelijke behandelingen uit overgangsbepalingen voortvloeien, leidt niet tot een andere beoordeling.’

Tenslotte overwoog het Hof dat uit de arresten *FNV* en *Borrie Clarke* volgt dat

‘vrouwen op grond van art. 4, lid 1, van de richtlijn, vanaf 23 december 1984 recht hebben op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling als mannen die in een gelijke situatie verkeren, waarbij die regeling, zolang aan de richtlijn geen juiste uitvoering is gegeven, het enig bruikbare referentiekader blijft. In casu betekent dit dat, indien een man die vóór 23 december 1984 zijn betrekking alsmede zijn recht op WWV-uitkering heeft verloren en voor die datum geen WWV-uitkering ontving, na 23 december 1984 in aanmerking kwam voor een WWV-uitkering, een vrouw die zich in een gelijke situatie bevindt, eveneens recht heeft op die uitkering, zonder dat zij behoeft te voldoen aan een aanvullende voorwaarde die alleen voor gehuwde vrouwen gold’.

Het Hof heeft hierbij aangetekend dat te laat vastgestelde uitvoeringsmaatregelen ten volle rekening moeten houden met de rechten die art. 4, lid 1, van de Richtlijn in een Lid-Staat ten gunste van particulieren heeft doen ontstaan vanaf het verstrijken van de uitvoerings-termijn.

Deze overwegingen hadden grote gevolgen voor het Nederlandse sociale zekerheidsstelsel. Met de arresten *Borrie Clarke* en *Dik* werd duidelijk dat op artikel 4, lid 1, van de Richtlijn ook een beroep kan worden gedaan, wanneer de aangevochten discriminatie haar oorzaak vond in een overgangsbepaling waardoor een oudere, inmiddels buiten werking getreden, discriminatoire wettelijke bepaling toch nog bepalend kan zijn voor de vraag of iemand onder een nieuw, wel met de Richtlijn in overeenstemming zijnde wettelijk stelsel, aanspraak op prestaties heeft.¹² Voorts wordt duidelijk dat het Hof voor die gevallen waarin een richtlijn niet binnen de gestelde tijd in nationaal recht is omgezet en de rechtstreekse

9 HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87 *Dik*, Jur. 1988, p. 1601; RSV 1988/183 m.nt. F.W.M. Keunen.

10 HvJ EG 4 december 1986, zaak 71/85, *FNV*, Jur. 1986, p. 3855; RSV 1987/95 m.nt. A.W. Govers.

11 HvJ EG 24 juni 1987, zaak 384/85, *Borrie Clarke*, Jur. 1987, p. 2865; RSV 1988/182 m.nt. F.W.M. Keunen.

12 Aldus Keunen in zijn noot onder het arrest *Dik* in RSV 1988/183.

werking van de richtlijn kan worden aangenomen, een soort 'strafoptie'¹³ heeft ontwikkeld die werkt als een sanctie voor de recalcitrante staat, op grond waarvan de gediscrimineerde personen, na het verstrijken van de omzettingstermijn, krijgen wat de meer bevoorrechte groep had gekregen vanaf deze datum.

In termen van de werking *ratione temporis*¹⁴ komt uit het arrest *Dik* naar voren dat aan Richtlijn 79/7 EEG met betrekking tot de Nederlandse WWV exclusieve werking toekomt: de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van de Richtlijn strekt zich mede uit tot in het licht van het toepassingsbereik van de WWV relevante feiten die zich vóór 23 december 1984 hebben voorgedaan. Vanuit het gezichtspunt van het nationale recht bezien heeft deze werking tot gevolg dat aan de jurisprudentie van het Hof terugwerkende kracht toekomt, in die zin dat gehuwde vrouwen wier werkloosheid vóór 23 december 1984 is ingetreden, alsnog recht blijken te hebben op WWV-uitkering. Het gaat hierbij om, wat in het vorige hoofdstuk is aangeduid als, de materiële werking in de tijd van de rechtspraak van het Hof. Voor de betrokken vrouwen was uiteraard interessanter de vraag of de uitspraken van het Hof tevens tot gevolg zouden hebben dat zij alsnog daadwerkelijk een uitkering zouden ontvangen.

Deze laatste vraag ziet op de formele werking in de tijd van de rechtspraak van het Hof. Ten aanzien hiervan kan allereerst worden opgemerkt dat de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in de uitspraak van het HvJ EG in de zaak *Dik* aanleiding heeft gezien bij circulaire van 5 mei en 27 juni 1988 aan de gemeentebesturen toe te staan om aan een bepaalde groep van vrouwen alsnog de vanaf 23 december 1984 resterende uitkeringsduur ingevolge de WWV toe te kennen.¹⁵ Deze groep betrof vrouwen die, indien de kostwinnerseis niet had bestaan, op 23 december 1984 nog in het genot zouden zijn geweest van de WWV-uitkering en had aldus in de regel betrekking op vrouwen die op of na 23 juni 1982 werkloos waren geworden¹⁶. De circulaire voorzag aldus in uitkering van het bedrag dat zou hebben geresteerd vanaf 23 december 1984, wanneer de WWV-uitkering zou zijn verkregen direct aansluitend aan het einde van de WW-uitkering.

1.3 CRvB 10 mei 1989

Deze minimalistische uitleg van het arrest *Dik* heeft niet lang stand gehouden. In zijn uitspraak van 10 mei 1989¹⁷ trekt de CRvB zijn conclusies uit de jurisprudentie van het Hof. De uitspraak toont fraai aan hoe de formele werking in de tijd van rechtspraak waarbij toepassing is gegeven aan rechtstreeks werkende bepalingen van communautair recht wordt beïnvloed door het desbetreffende stelsel van nationale wetgeving. Na de hiervoor

13 De term is ontleend aan de noot van D. Curtin onder HvJ EG 19 november 1991, zaken C-60 en C-90, *Francovich en Bonifaci*, SEW I (1993) januari, p. 94-95.

14 De aanduiding is van A-G Mancini in zijn conclusie voor het arrest *Dik* (HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87, Jur. 1988, p. 1601).

15 Aldus blijkt uit de MvT bij het voorstel tot wijziging van de Wet van 24 april 1995, Stb. 230, en de Invoeringswet stelselherziening sociale zekerheid, TK vergaderjaar 1989-1990, 21 543, nr. 3, p. 3-4.

16 Ervan uitgaande dat in het algemeen eerst een half jaar WW-uitkering en daarna gedurende twee jaar WWV-uitkering werd verstrekt.

17 RSV 1990/231; JSV 1989/139.

weergegeven overwegingen van het HvJ EG in de zaak *Dik* in herinnering te hebben geroepen overweegt de Raad immers dat

‘blijkens vorenstaande overwegingen van het hof vrouwen vanaf 23 december 1984 recht [hebben] op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling als mannen die in een gelijke situatie verkeren, waarbij die regeling, de WWV – zoals deze luidde zonder de vervallen kostwinnersbepaling het referentiekader blijft zolang aan de richtlijn geen juiste uitvoering is gegeven.

In verband met het bepaalde in artikel 13 van de WWV kan het recht op uitkering ontstaan op een tijdstip gelegen geruime tijd na het intreden van de werkloosheid en ook na het bereiken van de maximum-duur van de WWV. De in de WWV neergelegde regeling brengt voorts mee dat een aanvraag om uitkering tot enig later, de betrokkene meer conveniënter, tijdstip kan worden uitgesteld, hetgeen met het oog op het bepaalde in de art. 9, eerste lid, aanhef en onder b, en 19, eerste lid, van de wet geenszins meer ongebruikelijk is.

Dat ingevolge de in de WWV neergelegde regeling de werkloze niet verplicht is de uitkering binnen een bepaalde termijn na het intreden van de werkloosheid aan te vragen¹⁸ is overigens een aspect dat in het kader van de behandeling van bovengenoemde zaak 80/87¹⁹ nadrukkelijk onder de aandacht van het hof is gebracht. In dit verband is van bijzondere betekenis dat het hof in rechtsoverweging 10, tweede volzin, van het in die zaak gewezen arrest de gehuwde vrouw vergelijkt met een man die voor 23 december 1984 zijn betrekking alsmede zijn recht op WWV-uitkering heeft verloren en voor 23 december 1984 niet in het genot was van een WWV-uitkering maar die daar na die datum wel voor in aanmerking kwam. Een vrouw die zich in dezelfde situatie als die man bevindt heeft volgens het hof ingaande 23 december 1984 op dezelfde voet als die man recht op WWV-uitkering.

Uit de vorenuitgezette samenhang tussen Richtlijn 79/7 en de uit het systeem van de WWV voortvloeiende figuur *waarbij de uitkeringsperiode in de tijd opschuift*, volgt dat in deze de vergelijking dient te worden gemaakt met de man die eerst ingaande of na 23 december 1984 voor uitkering ingevolge de WWV in aanmerking wordt gebracht, hetzij omdat hij daarop niet eerder recht kon doen gelden hetzij omdat hij eerst op of na die datum een aanvraag om uitkering heeft gedaan’. (mijn cursivering, RB)

Uit deze overwegingen blijkt dat de aan de WWV eigen regeling van, enerzijds het moment met ingang waarvan het recht op uitkering ontstaat en, anderzijds, van de termijn waarbinnen een aanvraag moet worden ingediend, een katalyserende werking uitgaat voor de omvang van de formele werking in de tijd van de jurisprudentie van het Hof en van de met inachtneming hiervan gewezen rechtspraak van de nationale rechter. Deze katalyserende werking vindt bij de WWV haar grondslag in het feit dat het ontstaan van het recht niet is gekoppeld aan een op een bepaald moment intredend rechtsfeit (werkloosheid) en in het feit dat de aanvraag niet aan een termijn is gebonden. Het waren vooral deze omstandigheden die de regering kwetsbaar maakten in haar pogingen de formele werking in de tijd van het arrest *Dik* en de hierop gebaseerde rechtspraak van de nationale rechter te beperken.²⁰ Zo concludeerde de regering in de MvT bij de aanstonds te bespreken wet van

18 Uit het systeem van de WWV volgt dat de datum waarop de uitkering wordt aangevraagd uitsluitend van belang is voor de datum van ingang van de uitkering, maar nimmer voor het recht daarop. De betrokkene had dan ook de vrijheid van keuze ten aanzien van het tijdstip van ingang van de uitkering. Voorts kende de wet geen verjaringstermijn voor het recht op uitkering. Zie rechtbank Breda, 10 maart 1993, JSV 1993/107, onder verwijzing naar CRvB 30 januari 1985, RSV 1985/190.

19 Te weten de zaak *Dik* (HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87, Jur. 1988, p. 1601).

20 Toen met het arrest *Dik* was gebleken dat artikel II van de Wet van 24 april 1985 niet kon worden gehandhaafd, heeft de regering eerst getracht de circulaire van 5 mei en 27 juni 1988 (met genoemde minimalistische uitleg) een wettelijke status te geven. Het desbetreffende wetsvoorstel werd

6 juni 1991 die tot doel had de WWV alsnog in overstemming met Richtlijn 79/7 EEG te brengen, met enige spijt:

‘Er moet overigens op worden gewezen dat de datum van 23 december 1984 – het tijdstip waarop de nationale wetgeving behoorde te zijn aangepast aan de Derde Richtlijn – bepalend blijft voor de werking van de eis tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid. Dit valt mede af te leiden uit de CRvB-uitspraken van mei 1989. De bijzondere systematiek echter van de WWV, die geen bepaling bevat op grond waarvan de uitkering binnen een bepaalde termijn moet worden aangevraagd, heeft tot gevolg dat het recht op een uitkering op grond van deze wet kan worden ontleend aan werkloosheid die is ontstaan op een tijdstip dat is gelegen vóór het geldend worden van genoemd beginsel van gelijke behandeling. De consequentie hiervan is ook, dat een WWV-uitkering kan worden ontleend aan werkloosheid in een periode lang vóór de aanvaarding van de Derde Richtlijn. Gezien de ontwikkeling van de juridische oordeelsvorming, die met name inhoudt dat vrouwen op grond van de derde EG-richtlijn dezelfde aanspraken hebben als mannen, valt aan de aanvaarding van dergelijke aanspraken niet te ontkomen.’²¹

Voorts moet er de aandacht op worden gevestigd dat de WWV niet alleen in de vuurlijn lag van het communautaire recht, maar eveneens van artikel 26 IVBPR. Zo oordeelde het Comité voor de Rechten van de Mens in zijn reeds eerder,²² in verband met het toepassingsbereik van artikel 26 IVBPR, genoemde uitspraak in de zaak *Broeks*²³ de uit de toepassing van het kostwinnersbeginsel voortvloeiende uitsluiting van de gehuwde vrouw, onrechtmatig. Voor wat de materiële werking in de tijd van deze uitspraak betreft is opmerkelijk dat het Comité concludeert:

‘The circumstances in which Mrs. Broeks found herself *at the material time* and the application of *the then valid Dutch law* made her a victim of a violation, based on sex of article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, because she was denied a social security benefit on equal footing with men.’²⁴

De *material time* in deze zaak was 1 juni 1980, de dag met ingang waarvan betrokkene geen aanspraak meer kon maken op een werkloosheidsuitkering. Uit een tegelijkertijd met voornoemde uitspraak van 10 mei 1989 gewezen uitspraak²⁵ heeft de CRvB in een zaak waarin de toepassing van artikel 26 IVBPR op de WWV centraal stond, de materiële werking in de tijd van zijn rechtspraak waarbij de kostwinnerseis in strijd met artikel 26 IVBPR werd geoordeeld, beperkt tot 23 december 1984.²⁶

ingetrokken naar aanleiding van de hier besproken uitspraak van de CRvB en mede naar aanleiding van een inmiddels door de Commissie van de Europese Gemeenschappen gestarte infractieprocedure, in welk kader de Commissie op 27 november 1989 aan de Nederlandse regering advies heeft uitgebracht.

21 TK 1989-1990, 21543, nr. 3.

22 Zie hoofdstuk 3, par. 2.4.

23 Comité voor de Rechten van de Mens 9 april 1987, Communication 180/1984; RSV 1987/245 m.nt. W.M. Levelt-Overmars..

24 Overweging 15.

25 RSV 1990/230.

26 Zulks onder verwijzing naar de in par. 3.1 nog nader te behandelen vaste jurisprudentie waarbij de Raad voor het tijdstip met ingang waarvan rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR wordt aangenomen aanknoopt bij de datum waarop de omzettingstermijn van Richtlijn 79/7 is verstreken.

Met het voorgaande waren echter nog altijd niet alle formele beperkingen ten aanzien van de werking in de tijd van de zaak *Dik* geslecht. Bij de reeds eerder genoemde wet van 6 juni 1991²⁷ kwam de wetgever materieel geheel aan het arrest *Dik* tegemoet door de kostwinnerseis ook vervallen te verklaren voor gehuwde vrouwen die op grond van artikel II van de Wet van 24 april 1985 van het recht op uitkering waren uitgesloten. Dit had tot gevolg dat in beginsel alle gehuwde vrouwen die vóór 23 december 1984 werkloos waren geworden, alsnog een WWV-uitkering konden verkrijgen. Hieraan werd echter wel de eis verbonden dat de betrokken vrouwen overigens zouden voldoen aan de normale uitkeringsvoorwaarden. Blijkens de MvT moest deze toetsing aan de normale uitkeringsvoorwaarden voor een deel plaatsvinden aan de hand van de situatie op de eerste werkloosheidsdag,²⁸ en voor een ander deel naar de situatie op en vanaf de ingangsdatum van de uitkering. Daarbij werd in het bijzonder de eis gesteld dat de betrokken vrouwen nog werkloos waren op en vanaf 23 december 1984 dan wel, indien deze dag was gelegen na 23 december 1984, op en vanaf de dag waarop zij voor het eerst een WWV-aanvraag hadden ingediend.²⁹ Deze voorwaarden vormden in tweeërlei opzicht een belangrijke beperking van de mogelijkheden voor de desbetreffende vrouwen om de hun in het verleden ten onrechte onthouden uitkeringsrechten alsnog geldend te maken. Zij verkeerden enerzijds in een moeilijke bewijsspositie ten aanzien van het vervullen van de aan de eerste werkloosheidsdag gekoppelde uitkeringsvoorwaarden. Anderzijds kon de koppeling van de werkloosheidseis aan de ingangsdatum van de uitkering tot gevolg hebben dat vrouwen die op grond van de Wet van 6 juni 1991 alsnog in verband met vóór 23 december 1984 ingetreden werkloosheid zouden overgaan tot het indienen van een aanvraag (na hier eerder van te hebben afgezien omdat dit in verband met de kostwinnerseis zinloos leek) alsnog nul op het rekest zouden krijgen als zij inmiddels weer werk zouden hebben gevonden. Alsdan zouden zij nog altijd in een nadeliger positie verkeren dan mannen in een overeenkomstige situatie, omdat die hun uitkeringsrechten normaal gesproken reeds eerder hadden genoten. Daarbij moet worden benadrukt dat de regering zich bij de parlementaire behandeling op het standpunt stelde dat de uitkering niet eerder zou kunnen ingaan dan op de datum van aanvraag.³⁰ Ter ondersteuning van dit standpunt deed de staatssecretaris

27 Wet van 6 juni 1991 tot wijziging van de Wet van 24 april 1985, Stb. 230 en de Invoeringswet stelselherziening sociale zekerheid, Stb. 318.

28 De MvT vermeldt in dit verband de referte-eis en het werknemerschap in de zin van de WWV.

29 TK, vergaderjaar 1989-1990, 21 543, nr. 3, p. 5.

30 Tot wat voor merkwaardige consequenties deze regeling kon leiden moge blijken uit de volgende, door de PvdA-fractie in het Eindverslag (TK vergaderjaar 1990-1991, 21 543, nr. 7, p. 3) aangedragen voorbeelden:

'Mevrouw A werd in 1980 werkloos. Zij vroeg geen WWV-uitkering aan omdat zij niet kon voldoen aan de kostwinnerseis. Zij liet zich na de WW-periode uitschrijven bij het Arbeidsbureau. Als mevrouw A voortdurend getracht heeft werk te vinden en daar in 1989 in slaagde, hadden de leden dan goed begrepen dat zij nu geen recht op een WWV-uitkering zou hebben?

Mevrouw B werd eveneens in 1980 werkloos. Zij voldeed niet aan de kostwinnerseis maar vroeg toch een WWV-uitkering aan hoewel dat toen niet rationeel leek. Op het tijdstip van aanvraag voldeed zij wel aan de verdere voorwaarden voor een uitkering, dat wil zeggen zij schreef zich in bij het arbeidsbureau en had geen andere dienstbetrekking. Inmiddels is mevrouw B weer aan het werk. Hadden de leden goed begrepen dat in het geval van mevrouw B haar situatie op het moment van aanvraag bepalend is voor het recht op uitkering en dat mevrouw B daarom wel, in tegenstelling tot mevrouw A, in aanmerking komt voor een nabetaling van haar WWV-uitkering?'

tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel een beroep op de in het volgende hoofdstuk ³¹ nog nader te bespreken uitspraak van de CRvB van 24 januari 1991, waarin de Raad oordeelde dat de imperatief geformuleerde bepaling van artikel 34 van de Wet uitkering vervolgingsslachtoffers (WUV) in de weg stond aan toekenning van uitkering met ingang van een datum voorafgaande aan de dag van aanvraag, ook dan als deze aanvraag is gegrond op de uitspraak van de CRvB van 14 mei 1987, waarbij de Raad had uitgesproken dat het in de WUV opgenomen kostwinnersvereiste in strijd was met artikel 26 IVBPR. ³² Nadere jurisprudentie kon dan ook niet lang uitblijven. ³³

1.5 *Daadwerkelijk rechtsherstel*

Op 30 april 1992 ³⁴ deed de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch een interessante uitspraak.

Betrokkene, een gehuwde vrouw die niet aan de kostwinnerseis voldeed, had van 15 december 1976 tot en met 10 mei 1979 voor 20 uur per week als huishoudelijke hulp gewerkt, uit welke dienstbetrekking zij in maart 1979 na de geboorte van haar kind ontslag had genomen. Zij kwam niet in aanmerking voor een WW-uitkering, omdat ze vrijwillig ontslag had genomen. Ze diende evenmin een aanvraag om een WWV-uitkering in, omdat, naar betrokkene letterlijk stelde, haar echtgenoot ervan op de hoogte was dat zij geen recht op deze uitkering kon doen gelden. Op 16 november 1990 diende betrokkene naar aanleiding van publiciteit over het voorstel tot intrekking van artikel II van de Wet van 24 april 1985 bij het gemeentebestuur alsnog een aanvraag in.

Bij besluit van 13 maart 1991 kent het gemeentebestuur aan betrokkene met ingang van de datum van aanvraag, 16 november 1990, een WWV-uitkering toe, waarop echter een korting wordt toegepast, omdat betrokkene vanaf september 1990 voor 5 uren per week als alpha-hulp werkzaam was. Betrokkene acht zich door deze beslissing benadeeld en eist dat haar alsnog met ingang van een eerdere datum een niet gekorte WWV-uitkering wordt toegekend. Het gemeentebestuur verklaart het daartoe strekkende bezwaar ongegrond op grond van de overweging dat blijkens het wetsvoorstel de uitkering met toepassing van artikel 18 WWV in principe altijd dient in te gaan op de datum van aanvraag ³⁵ en de toetsing van de uitkeringsvoorwaarden, waar-

De staatssecretaris beantwoordt beide vragen bevestigend (Nota naar aanleiding van het eindverslag, TK vergaderjaar 1990-1991, 21 543, nr. 8, p. 4) en volstaat ermee op te merken dat aanspraken op uitkering slechts binnen de wettelijke context kunnen worden toegekend, waarbij teleurstellingen niet altijd zijn te voorkomen. Zelf meen ik dat er tussen mevrouw A en B sprake is van een niet te rechtvaardigen verschil in behandeling, nu het (niet geringe) financiële voordeel van mevrouw B louter berust op een handeling die naar de toenmalige stand van de wetgeving zinloos was. Zelfs is niet uit te sluiten dat vrouwen die in een positie als mevrouw B verkeerden, uit pure onwetendheid omtrent het geldende recht in het verleden een aanvraag zouden hebben ingediend, welke 'domheid' later rijkelijk zou worden beloond. Zie in dit verband ook: Handelingen EK 4 juni 1991, p. 31-1236 r.k.

31 Hoofdstuk 5, par. 1.

32 Zie, onder meer, Handelingen TK, 7 februari 1991, p. 50-2957 en 2958. Bij lezing van het kamerdebat kan ik me overigens niet aan de indruk onttrekken dat de kamerleden zich door deze uitspraak, die, naar hierna nog zal blijken, strikt genomen voor de hier aan de orde gestelde problematiek niet relevant was, volledig hebben laten overrompelen.

33 Bij de Wet van 6 juni 1991 werd ook voorzien in een aanvraagperiode van zes maanden te rekenen van de inwerkingtreding, gedurende welke de 'oude rechten' nog geldend konden worden gemaakt. Deze bepaling is in de jurisprudentie op weinig problemen gestuit en wordt in deze paragraaf verder buiten beschouwing gelaten.

34 JSV 1992/172.

35 Dat is overigens in die zin merkwaardig dat de regering zich in haar Memorie van Antwoord bij het voorstel dat heeft geleid tot de Wet van 24 april 1985 (Stb 230), bij welke wet het kostwinnersbeginsel met terugwerkende kracht per 23 december 1984 werd opgeheven, nog had overwogen

onder het nog steeds werkloos zijn, dient plaats te vinden op en vanaf de ingangsdatum van de uitkering. Daarbij heeft het gemeentebestuur tevens gewezen op een circulaire van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 8 maart 1991, waarin dit standpunt, vooruitlopend op – wat uiteindelijk de Wet van 6 juni 1991 zou worden – werd bevestigd.

De Raad van Beroep laat van deze argumentatie, die rechtstreeks is ontleend aan de parlementaire geschiedenis van de Wet van 6 juni 1991, weinig heel. De Raad overweegt als volgt:

‘De raad merkt op dat uit de Kamerbehandeling van genoemd wetsontwerp en uit de Circulaire van 8 maart 1991 blijkt dat de staatssecretaris ter ondersteuning van haar standpunt heeft verwezen naar de uitspraak van de CRvB van 24 januari 1991, WUV 1989/82 [...]. De raad is echter van oordeel dat de Wet Uitkering Vervolgingslachtoffers (WUV) – waarop evengenoemde uitspraak van de CRvB betrekking had – op het punt van de ingangsdatum van de uitkering niet vergelijkbaar is met de WWV. De WUV kent een imperatieve bepaling (art. 34) omtrent de ingangsdatum, terwijl de WWV een systeem kent waarbij een recht op uitkering op een bepaald moment ontstaat en het verzoek om effectuering van dit recht kan worden uitgesteld tot een door betrokkene gewenst moment. Gelet op dit in de WWV neergelegde systeem en tevens gelet op het bepaalde in art. 18 WWV omtrent de mogelijkheid van uitzondering op de keuze van de datum van aanvraag als datum van ingang van de uitkering, is de raad van oordeel dat beide wetten op het punt van ingangsdatum van de uitkering niet vergelijkbaar zijn.’

De Raad gaat echter in een overweging ten overvloede nog een flinke stap verder. Na te hebben overwogen dat ten aanzien van de rechtspositie van gehuwde vrouwen die niet kostwinner zijn en die vóór 23 december 1984 werkloos zijn geworden en op deze datum geen WW- of soortgelijke uitkering ontvingen, Richtlijn 79/7 EEG eerst bij de Wet van 6 juni 1991 op juiste wijze is omgezet, overweegt de Raad dat

‘In deze situatie naar [zijn] oordeel aan de genoemde groep van gehuwde vrouwen niet [kan] worden tegengeworpen dat zij niet eerder een aanvraag om een WWV-uitkering hebben ingediend. De raad wijst in dit verband op het Arrest van het Hof van Justitie van 25 juli 1991 [in de zaak *Emmott*], waarin het Hof heeft overwogen dat eerst op het tijdstip van een juiste omzetting van een EEG-Richtlijn in nationaal recht de rechtzoekenden in staat zijn hun rechten in volle omvang te kennen.

In het licht van het vorenoverwogene komt de raad tot het oordeel dat in de omstandigheden waarin de genoemde groep van gehuwde vrouwen [verkeert], het gemeentebestuur zich niet op het standpunt kan stellen dat er geen sprake is van voldoende termen als bedoeld in art. 18 WWV op grond van het enkele feit dat de betreffende vrouw na het ontstaan van haar werkloosheid voor 23 december 1984 geen aanvraag om een WWV-uitkering heeft ingediend.’

Een opmerkelijke overweging, die er in wezen op neerkomt dat aan betrokkene niet kan worden tegengeworpen dat zij destijds, bij het intreden van haar werkloosheid, is afgegaan op de tekst van de wet zoals die toen luidde. Opmerkelijk ook, omdat de Raad dit oordeel onderbouwt met een verwijzing naar het arrest *Emmott* van het HvJ EG, waarbij het Hof in het niet (juist) omzetten van een richtlijn aanleiding zag tot het maken van een inbreuk op de procesautonomie van de betrokken Lid-Staat.³⁶ De overweging van de Raad raakt, met

het vanzelfsprekend te achten dat, waar het wetsvoorstel terugwerkende kracht had, de in artikel 18 WWV geformuleerde uitzonderingsmogelijkheid van toepassing is, nu de betrokkenen niet te verwijten viel dat zij niet eerder een aanvraag hadden ingediend.

36 Uit de uitspraak van de Raad van Beroep blijkt impliciet dat de Raad van oordeel was dat het arrest *Emmott* eveneens van toepassing was op aanvraagtermijnen. Deze opvatting werd expliciet verwoord in de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 26 januari 1993, RSV 1993/205, waarin de rechtbank,

andere worden, rechtstreeks aan de formele werking in de tijd van het arrest *Dik* en geeft hieraan het volle pond.³⁷

Opmerkelijk is tenslotte dat het tegen deze uitspraak ingestelde hoger beroep door de CRvB ongegrond werd verklaard,³⁸ ondanks het feit dat het HvJ EG inmiddels in het arrest *Steenhorst-Neerings*³⁹ had uitgesproken dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen de toepassing van artikel 25, lid 2, van de AAW⁴⁰ en ondanks het feit dat de CRvB deze uitspraak van overeenkomstige toepassing achtte op artikel 18 WWV. De CRvB was echter om een andere reden van oordeel dat het vasthouden door het gemeentebestuur aan de datum van 23 december 1984 de rechterlijke toetsing niet kon doorstaan, waartoe hij overwoog dat

‘de in de Circulaire van 8 maart 1991 aan de gemeentebesturen aanbevolen gedragslijn,⁴¹ welke B en W van X als richtsnoer hebben overgenomen, [ertoe strekt] dat voor het antwoord op de vraag of er al dan niet voldoende termen aanwezig zijn om een uitkering op een eerdere datum dan de datum van indiening van de aanvraag te doen ingaan uitsluitend bepalend is of betrokkene reeds voor 23 december 1984 een WWV-uitkering heeft aangevraagd.

Naar het oordeel van de raad wordt hiermee een criterium aangelegd dat ertoe leidt dat vrouwen, die voor 23 december 1984 ervan op de hoogte waren dat, uitsluitend in verband met het feit dat zij niet voldeden aan de kostwinnerseis, het indienen van een aanvraag om een WWV-uitkering geen enkele zin zou hebben en daarom van het doen van een dergelijke aanvraag hebben afgezien, anders worden behandeld dan vrouwen die – in verband met onbekendheid met die eis of om een andere reden – wel voor 23 december 1984 een aanvraag om WWV-uitkering hebben ingediend, waarop uitsluitend in verband met het niet zijn van kostwinner afwijzend is beslist dan wel zou worden beslist.

Nu voor het maken van een dergelijk onderscheid naar het oordeel van de raad geen enkel redelijk motief bestaat, wordt aldus in de groep van gehuwde vrouwen een rechtens niet relevant onderscheid gemaakt. Dit brengt met zich dat de bestreden beslissing, die is gebaseerd op de hiervoor tot richtsnoer gestrekt hebbende Circulaire van 8 maart 1991, en de daaraan voorafgaande, eveneens daarop gebaseerde, primaire beslissing genomen zijn in strijd met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld.’

na te hebben overwogen dat zij uit het *Emmott*-arrest afleidt dat tot het tijdstip van de juiste omzetting van een richtlijn aan rechtzoekenden niet kan worden tegengeworpen dat een beroep niet tijdig is ingesteld, overweegt dat zij ‘van oordeel [is] dat het er à fortiori voor moet worden gehouden dat, indien het beroep op uit een richtlijn voortvloeiende rechten slechts geëffectueerd kan worden door het doen van een aanvraag [...] het tijdstip van aanvraag niet tot gevolg kan hebben dat deze rechten geheel of gedeeltelijk verloren gaan.’ De rechtbank is van oordeel dat Richtlijn 79/7 EEG in elk geval niet eerder dan bij Wet van 6 juni 1991 (Stb. 318) op juiste wijze is omgezet in het Nederlandse recht. Deze opvatting zou echter later door het HvJ EG worden verworpen in het arrest *Steenhorst-Neerings* (HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91; Jur. 1993, p. I-5475; RSV 1994/211 m.nt. F.W.M. Keunen).

37 Zie voor een uitspraak van gelijke strekking rechtbank Rotterdam 13 oktober 1992, JSV 1992/319. Ook in deze uitspraak wordt de ingangsdatum van de uitkering geheel losgekoppeld van de datum van aanvraag, zowel in het geval de uitkering voor 23 december 1984 was aangevraagd als wanneer dit na deze datum was geschied.

38 CRvB 22 maart 1994, JSV 1994/133.

39 HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91, Jur. 1993, p. I-5475; RSV 1994/211 m.nt. F.W.M. Keunen.

40 Zie hierover uitvoeriger par. 2.3.2.4.

41 Die, zoals hiervoor al bleek, geheel in overeenstemming was met het standpunt dat de regering tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel van wet tot wijziging van de Wet van 24 april 1985 had ingenomen.

Een ander voorbeeld van de 'processuele doorwerking' van het EG-recht – nu op het gebied van het bewijsrecht – is te vinden in de uitspraak van de Raad van Beroep Groningen van 8 mei 1992.⁴² Deze uitspraak ziet op een aantal aanvragen om een WWV-uitkering in verband met in een relatief ver verleden ingetreden werkloosheid.⁴³ De uitspraak heeft betrekking op de bewijspositie van de betrokken vrouwen met betrekking tot – wat in de parlementaire geschiedenis van de Wet van 6 juni 1991 werd aangeduid als – 'de normale uitkeringsvoorwaarden'. Hierbij werd bedoeld op de ontstaansvoorwaarden waarvan de vervulling moest worden getoetst naar de situatie zoals die bestond op de eerste werkloosheidsdag. De uitspraak spitst zich toe op de problematische bewijspositie die de betrokken vrouwen dienaangaande ondervinden. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis van de Wet van 6 juni 1991 stelt de Raad allereerst vast dat er bewust van is afgezien in deze wet een regeling van de verdeling van de bewijslast met betrekking tot de normale uitkeringsvoorwaarden op te nemen. De Raad stelt vervolgens vast dat de desbetreffende gemeentebesturen in het kader van een intergemeentelijk samenwerkingsverband alsnog in de nodige bewijsregels hebben voorzien.

De Raad van Beroep stelt voorop dat het beginsel van gelijke behandeling, gelet op de in Richtlijn 79/7 EEG voorziene omzettingstermijn in ieder geval veel te laat in de WWV is doorgevoerd en tekent hierbij onder een kennelijke verwijzing naar het arrest *Francovich en Bonifaci*⁴⁴ bij aan dat

'een te late omzetting van een EEG-richtlijn inhoudt dat de nationale overheid de richtlijn niet is nagekomen en dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie der EEG blijkt dat, waar een richtlijn rechten aan particulieren toekent en er een causaal verband bestaat tussen schending van deze rechten en schade van de particulier, de nationale overheid aansprakelijk mag worden gehouden.'

Daartoe geïnspireerd door het door de staatssecretaris bij de parlementaire behandeling van de Wet van 6 juni 1991 ingenomen standpunt dienaangaande hadden de desbetreffende gemeentebesturen zich op het standpunt gesteld dat een aanvrager ten bewijze van werknemerschap en het voldoen aan de dageneis moest aantonen dat zij uitkering ingevolge de WW had ontvangen, en wel door middel van een geschrift. Aan dit criterium werd een zodanig gewicht toegekend dat, indien geen geschrift kon worden geproduceerd, de aanvraag werd afgewezen, ook al waren bewijsmiddelen voorhanden met betrekking tot werknemerschap en dageneis, zoals verklaringen van derden, loonopgaven en ziekenfondsinschrijvingen. De Raad is van oordeel dat

Deze, niet in de (nationale) wet geregelde, verdeling van de bewijslast en de eisen aan het door klaagster bij te brengen bewijs, [zich] niet verdragen met de toepasselijke EEG-regels. Het rechtstreeks werkende artikel 4, eerste lid, van de Richtlijn 79/7, in samenhang met art. 5 EEG-Verdrag, heeft in verband met de veel te late omzetting van het beginsel van gelijke behandeling in de WWV, naar het oordeel van de raad tot gevolg dat klaagsters in de gelegenheid moeten worden gesteld om langs alle mogelijke wegen althans een begin van bewijs van werknemerschap en het voldoen aan de dageneis te leveren en dat, indien klaagsters daar in slagen,

42 JSV 1992/265.

43 De vroegste datum was in mei 1971.

44 HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, Jurispr. 1991, p. I-5357; AB 1994, 482 m.nt. F.H. van der Burg.

aangenomen dient te worden dat aan werknemerschap en dageneis is voldaan, tenzij verweerder er in slaagt te bewijzen dat dit niet het geval is.'

De Raad onderstreept zijn betoog tenslotte met een verwijzing naar het arrest van het HvJ EG in de zaak *Danfoss*.⁴⁵ In deze zaak, die betrekking heeft op de toepassing van de richtlijn inzake gelijke beloning,⁴⁶ heeft het Hof geoordeeld dat, gelet op de uit de richtlijn voortvloeiende eis dat het nationale recht dient te voorzien in doeltreffende middelen om op de naleving van het beginsel van gelijke beloning toe te zien, deze zo moet worden uitgelegd dat de nationale bewijslastregels moeten worden gewijzigd in de bijzondere situaties waarin dit voor een doeltreffende toepassing van het gelijkheidsbeginsel noodzakelijk is.⁴⁷ Het bijzondere in de situatie van de betrokken vrouwen acht de Raad van Beroep te zijn gelegen in de veel te late omzetting van Richtlijn 79/7 EEG, in samenhang met het gegeven dat geen enkele overheidsinstantie, en met name niet de bedrijfsverenigingen, nog beschikte over gegevens met betrekking tot de tijd waarin de vrouwen stelden te hebben gewerkt, werkloos te zijn geworden en WW-uitkering te hebben genoten. De Raad acht mede van belang dat de desbetreffende vrouwen evenmin meer beschikten over schriftelijke stukken waaruit (voldoende) duidelijk zou blijken dat zij WW-uitkering hadden genoten.⁴⁸

Aldus komt het oordeel van deze Raad van Beroep⁴⁹ er in wezen op neer dat de bewijslast met betrekking tot de vervulling van de normale uitkeringsvoorwaarden wordt omgedraaid.⁵⁰ De Raad van Beroep koppelt aldus de materiële doorwerking van het EEG-recht uitdrukkelijk aan een, eveneens op het EEG-recht geïnspireerde, soepele houding ten aanzien van het te leveren bewijs.

1.6 Conclusie

De hiervoor besproken rechtspraak voorziet, ook voor wat de formele werking in de tijd betreft, in een ruime mate van terugwerkende kracht van de uitspraak van het HvJ EG in de zaken *FNV* en *Dik*. Naast de opzet van de WWV heeft hierbij in belangrijke mate een rol gespeeld de in de rechtspraak soms uitdrukkelijk verwoorde opvatting dat de op of na 23 december 1984 op grond van de Europese rechtspraak ontstane rechten noch geheel noch gedeeltelijk verloren mochten gaan.⁵¹ Naar uit het vervolg van dit hoofdstuk zal blijken, biedt de rechtspraak over de WWV niet alleen het eerste, maar ook het enige voorbeeld waarbij de terugwerkende effecten van de rechtspraak waarbij een discriminerende bepaling van nationaal recht onverbindend wordt verklaard in zo'n ruime mate gepaard

45 HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Danfoss*, Jur. 1989, p. 3199; RSV 1990/176.

46 Richtlijn 75/117 van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB 1975, L 45.)

47 *Danfoss*, r.o. 14.

48 En, kan hieraan nog worden toegevoegd, ook geen enkele reden hadden om deze stukken te bewaren, zodat ook niet van verwijtbare nalatigheid kan worden gesproken.

49 Zie voor een overeenkomstige opvatting Rb Utrecht, 26 januari 1993, RSV 1993/205 en Rb Breda, 12 oktober 1993, JSV 1993/324.

50 Hetgeen in schril contrast staat tot de opvatting van de staatssecretaris die tijdens de parlementaire behandeling van de Wet van 6 juni 1991 had aangegeven 'nooit een bewijslast om te draaien' (Handelingen TK 7 februari 1991, p. 50-2962).

51 Zie bijvoorbeeld Rb Utrecht, 6 januari 1993, RSV 1993/205.

gaat met de mogelijkheid de alsnog verkregen rechten daadwerkelijk geldend te maken; of, anders gezegd, waarbij de materiële werking in de tijd van deze rechtspraak grotendeels samenvalt met de formele werking hiervan.

2. De AAW en de uitsluiting van gehuwde vrouwen

2.1 Inleiding

De oorspronkelijke AAW⁵² voorzag in een recht op uitkering voor mannen en ongehuwde vrouwen die gedurende minimaal een jaar arbeidsongeschikt waren geweest. Op grond van deze wet had een verzekerde⁵³ recht op uitkering tot een door de mate van arbeidsongeschiktheid bepaald bedrag. Bij volledige arbeidsongeschiktheid lag de uitkering op het niveau van het sociaal minimum. Voor het recht op uitkering speelde het arbeidsverleden in beginsel geen rol: nog uitgaande van de gedachte dat gedurende het huwelijk de man als kostwinner optrad, sloot de AAW de gehuwde vrouw van het recht op uitkering uit. De Wet van 11 december 1975 voorzag voorts in overgangsrechtelijke bepalingen op grond waarvan ook een recht op uitkering in het leven geroepen werd voor degenen die vóór 1 oktober 1975 arbeidsongeschikt waren geworden; ook in dit geval echter met uitsluiting van gehuwde vrouwen.

Aan deze discriminatie heeft de wetgever gepoogd een einde te maken bij de op 1 januari 1980 ingevoerde Wet invoering gelijke uitkeringsrechten mannen en vrouwen.⁵⁴ Met deze wet werd beoogd het recht op uitkering voor mannen en vrouwen gelijkelijk te regelen, maar dan met dien verstande dat zowel mannen als vrouwen voortaan moesten voldoen aan de zogenaamde inkomenseis: vereist werd dat de verzekerde in het jaar voorafgaande aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid een bepaald bedrag⁵⁵ aan inkomen had verworven. Daarnaast voorzag de gewijzigde wet in de introductie van de zogenaamde individuele grondslag: indien de aanvrager in het jaar voorafgaande aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid minder had verdiend dan het minimumloon, werd de uitkering berekend naar het gemiddelde van de in dat jaar genoten verdiensten. In de praktijk betekende deze regeling een beperking van de uitkeringsrechten van part-timers. Door deze aanpassingen veranderde de AAW van karakter: de wet kon niet langer worden beschouwd als een bodemvoorziening, aangezien door de inkomenseis een binding met het beroeps- en bedrijfsleven werd ingevoerd.⁵⁶

De gewijzigde wet voorzag in een gelijke behandeling van mannen en (gehuwde) vrouwen die op of na 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden. Voorzover de arbeidson-

52 Wet van 11 december 1975, Stb 674, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 24 december 1997, Stb. 1997, 789 en ingetrokken per 1 januari 1998.

53 Verzekerd krachtens de AAW zijn ingezetenen en niet ingezetenen die terzake van een in Nederland verrichte dienstbetrekking aan de loonbelasting zijn onderworpen (artikel 4, lid 1, onder a en b). Zie voorts de op artikel 4, lid 2, AAW gebaseerde achtereenvolgende Besluiten uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen.

54 Wet van 20 december 1979, Stb. 708.

55 In eerste instantie vastgesteld op f 3.423,81 en nadien verhoogd.

56 Zie A.F.M. Brenninkmeijer, De ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in de AAW, NJB 1981, afl. 24, p. 613-620.

geschiktheid vóór die datum was ingetreden voorzag de Wet van 20 december 1979 in een aantal overgangsbepalingen (hierna: overgangsrecht AAW 1979) die hierop neerkwamen:

- de vóór 1 oktober 1975 arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouw bleef van het recht op uitkering verstoken.
- de bij de Wet van 20 december 1979 ingevoerde inkomenseis was niet van toepassing op mannen en ongehuwde vrouwen, wier arbeidsongeschiktheid was ingetreden vóór 1 januari 1979. Dat had dus tot gevolg dat de vóór deze datum arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouwen wél, maar voor deze datum arbeidsongeschikt geworden mannen en ongehuwde vrouwen niet aan de inkomenseis behoefden te voldoen.
- tenslotte werd bepaald dat de ongehuwde vrouw die vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt was geworden en die deswege recht had verkregen op uitkering, dat recht weer zou verliezen zodra zij in het huwelijk trad en zij ofwel vóór 1 januari 1975 arbeidsongeschikt was geworden, ofwel (bij tussen 1 oktober 1975 en 1 januari 1979 ingetreden arbeidsongeschiktheid) niet voldeed aan de inkomenseis.

Een en ander resulteerde – kort gezegd – in een specifieke regeling voor gehuwde vrouwen. Vrouwen wier arbeidsongeschiktheid was ingetreden vóór 1 oktober 1975 hadden geen recht op uitkering, zelfs indien zij aan de inkomenseis voldeden; vrouwen die tussen 1 oktober 1975 en 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden, hadden alleen recht op uitkering indien zij aan de inkomenseis voldeden. Daarentegen hadden mannen en ongehuwde vrouwen in dezelfde situatie nog steeds automatisch recht op uitkering.⁵⁷ Een en ander resulteerde in een ongelijke behandeling tussen vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt geworden (gehuwde) mannen en gehuwde vrouwen.⁵⁸ Op grond van de gewijzigde regeling herleefde het recht op uitkering zelfs niet voor de van echt gescheiden, vóór 1 oktober 1975 arbeidsongeschikt geworden vrouw, die vóór haar huwelijk op grond van de overgangsrechtelijke bepalingen in de oorspronkelijke wet van 11 december 1975 een uitkering had genoten.⁵⁹

2.2 CRvB 5 januari 1988

Op 5 januari 1988 maakt de CRvB korte metten met het overgangsrecht, voorzover dit de gehuwde vrouw uitsloot van het recht op een AAW-uitkering. In een zestal zaken,⁶⁰ waar-

57 Aldus A-G Darmon in zijn conclusie vóór HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Roks*, Jur. 1994, p. I-571; RSV 1994/214.

58 Voor uitgebreidere beschouwingen over het overgangsrecht AAW, zie: A.F.M. Brenninkmeijer, a.w. (noot 56), p. 613-620; W.M. Levelt-Overmars, *De uitspraken van de CRvB d.d. 5-1-1988 over artikel 26 BuPo-Verdrag*, NJB 1988, afl. 18, p. 589-599 en rechtbank 's-Hertogenbosch 8 juli 1992, RSV 1993/12. Zie voorts noot onder CRvB 22 mei 1990, Regelmaat 5/4 (1990), p. 91-94.

59 Het hier beschreven overgangsrecht AAW 1979 is overigens zelf een treffend voorbeeld van formulering van overgangsrecht door de rechter ter opvulling van een wettelijke lacune; zie CRvB 17 augustus 1983, AB 1984/150 m.nt. Smits; RSV 1983/209 m.nt. Levelt-Overmars.

60 AAW 1982/S122; RSV 1988/104 en AB 1988, 252 (intrekking uitkering van vóór 1 oktober 1975 arbeidsongeschikt geworden en op 12 mei 1981 in het huwelijk getreden vrouw; AAW 1981/B126 (afwijzing van de aanvraag om de uitkering van een vrouw die sinds 27 december 1979 gescheiden van haar echtgenoot woonde te heropenen, aangezien de vrouw niet aan de inkomenseis voldeed; AAW 1983/S22; RSV 1988/199 en AB 1988, 254, m.nt. JHS: weigering AAW-uitkering te verstrekken aan een op 28 januari 1977 arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouw wegens het niet voldoen aan de inkomenseis; AAW 1983/S90; RSV 1988/200 m.nt. S Feenstra (weigering uitkering AAW aan een vóór 1 oktober 1975 arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouw).

in alle zojuist aangehaalde vormen van ongelijke behandeling aan de orde komen,⁶¹ verklaart de Raad de discriminatoire wettelijke bepalingen buiten toepassing op grond van strijd met artikel 26 IVBPR.⁶² Hiertoe overweegt de Raad dat artikel 26 IVBPR een zelfstandig materieel recht bevat en dat dit artikel ook van betekenis is voor de hier in het geding zijnde rechten ingevolge de AAW.⁶³ Voorts overweegt de Raad noch in de bevoordingen van de wet, noch in de geschiedenis van de totstandkoming van de gewraakte wettelijke bepalingen een rechtvaardigingsgrond voor de gewraakte ongelijke behandeling te hebben gevonden. Om deze reden merkt de Raad het in het overgangsrecht gemaakt onderscheid tussen mannen en (gehuwde) vrouwen aan als een directe discriminatie op grond van geslacht in samenhang met de (echtelijke) status. Voor wat de vraag naar de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR betreft, herhaalt de Raad zijn overwegingen in de WUV-uitspraak van 1987:⁶⁴ de Raad aanvaardt weliswaar dat de wetgever een termijn moet worden gegund voor het in overeenstemming brengen van de wetgeving met artikel 26 IVBPR, maar is van oordeel dat deze termijn, voor wat de gelijkberechtiging van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid betreft, moet worden geacht te zijn verstreken op 24 december 1984, de datum waarop de implementatietermijn van de derde EG-richtlijn inzake de sociale zekerheid afliep.

Het verrassende is evenwel dat de Raad in de uitspraken van 5 januari 1988 de aanvang van de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR niet op 23 december 1984 stelde, zoals hij in de WUV-zaak had gedaan, maar op een nog veel verder in het verleden gelegen tijdstip. Ook in de WUV-uitspraak had de Centrale Raad voor wat de bepaling van de ingangsdatum van de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR aangaat al een zekere slag om de arm gehouden, waar hij overwoog dat de rechterlijke keuze van de datum van 23 december 1984

‘niet meebrengt dat een tot stand te brengen aanpassing van de Wuv geen vroegere ingangsdatum zou behoeven te kennen dan laatstgenoemde datum’.⁶⁵

In de uitspraken van 5 januari 1988 springt de Centrale Raad in de door de WUV-uitspraak gelaten ruimte waar hij overweegt dat

‘in aansluiting op hetgeen in de laatste zin tot uitdrukking is gebracht de Raad met betrekking tot de in het onderhavige geding aan de orde zijnde bepalingen van sociale zekerheidswetgeving in het bijzonder van belang [acht] dat die bepalingen deel uitmaken van een wijzigingswet die – naar uit de wordingsgeschiedenis er van mag worden afgeleid – onder meer ten doel had de tot dan toe in de AAW voorkomende discriminatie van de (gehuwde) vrouw weg te nemen. Dat bij die wet – waarmee uiteraard is bedoeld de Wet invoering gelijke uitkeringsrechten voor mannen en vrouwen – een ongelijke behandeling op grond van geslacht als in dit geding aan de orde echter werd gehandhaafd achtte de wetgever kennelijk niet in strijd met art. 26 van het BP-

61 Doch geen gevallen van eventuele indirecte discriminatie van de gehuwde vrouw ten gevolge van de toepassing van de individuele grondslag.

62 Voor een precieze weergave van deze bepalingen, zie noot S. Feenstra in RSV 1988/200, p. 582.

63 Een en ander in navolging van de jurisprudentie van het VN-Comité voor Rechten van de Mens; vgl. de in hoofdstuk 3, par. 2.4 behandelde zaken *Danning* en *Broeks*.

64 CRvB 14 mei 1987, WUV 1984/82; AB 1987, 543 m.nt. HH; RSV 1987/246 m.nt. W.M. Levelt-Overmars; NJCM-Bulletin 12-6 (1987) m.nt. A.W. Heringa.

65 Zie RSV 1987/246, p. 766, rechterkolom.

Verdrag.⁶⁶ Dat de wetgever die opvatting is toegedaan valt ook hieruit op te maken dat bedoelde resterende ongelijke behandeling ook later niet door wetswijziging te niet is gedaan. Naar in het voorafgaande besloten ligt, deelt de Raad die opvatting echter niet, aangezien voor die ongelijke behandeling, zoals reeds is overwogen, geen redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat'.

De Raad houdt de wetgever vervolgens als het ware de spiegel voor: nu de wetgever kennelijk zelf gewild en gepretendeerd heeft de AAW met ingang van 1 januari 1980, de datum van inwerkingtreding van de Wet invoering gelijke uitkeringsrechten voor mannen en vrouwen, in overeenstemming te brengen met artikel 26 IVBPR, wordt de wetgever vervolgens door de rechter ook aan deze datum gehouden.⁶⁷ De Raad voegt hier nog aan toe dat

'art. 26 in gevallen als het onderhavige voldoende nauwkeurig is om door particulieren voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen teneinde de toepassing van iedere met dat artikel strijdige bepaling te beletten in die zin, dat vrouwen recht hebben op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling als mannen die in een gelijke situatie verkeren'.⁶⁸

Het was deze overweging, die aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG lijkt te zijn ontleend,⁶⁹ tezamen met de vroege ingangsdatum van de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR, die aanleiding was tot de storm die naar aanleiding van deze uitspraken opstak.⁷⁰ De commotie was een rechtstreeks gevolg van de omstandigheid dat de uitspraken voor een grote groep gehuwde vrouwen recht op AAW-uitkering met ingang van soms in een ver verleden gelegen tijdstippen aanspraken leken te vestigen.

2.3 *De werking in de tijd van CRvB 5 januari 1988*

2.3.1 *Inleiding*

De mate waarin de doorwerking van het internationale recht alsnog rechten in het leven kan roepen is het resultaat van een wisselwerking tussen het nationaal en internationaal recht. Deze bewering laat zich bijzonder fraai illustreren aan de hand van de hier aan de orde zijnde uitspraken. Afgezien van de keuze van de ingangsdatum bevatten de uitspraken in wezen weinig nieuws over de juridische betekenis van artikel 26 IVBPR voor

66 Het IVBPR in de terminologie van dit boek.

67 Voor wat het tijdstip van de aanvang van de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR betreft hebben de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988 echter slechts een beperkte strekking. Zo was de CRvB in zijn uitspraak van 23 mei 1991 (RSV 1991/255; NJCM-Bulletin 16-7 (1991), p. 648 m.nt A.W. Heringa) van oordeel dat aan artikel 26 IVBPR met betrekking tot artikel 32, lid 1, aanhef en onder b, AAW niet, zoals door de eerste rechter onder verwijzing naar de uitspraken van 5 januari 1988 was aangenomen, met ingang van 1 januari 1980 rechtstreekse werking toekwam, maar eerst met ingang van 23 december 1984, zulks onder de uitdrukkelijke overweging dat artikel 32 van de AAW geen deel uitmaakte van de Wet van 20 december 1979.

68 Feenstra spreekt in dit verband, onder aanhaling van nog andere voorbeelden, van 'de door diverse rechterlijke instanties gevoerde wedstrijd wie het verst in het verleden kan duiken wanneer het de vraag naar de rechtstreekse werking van artikel 26 [IVBPR] betreft'; zie punt 8 van de noot onder CRvB 5 januari 1988, RSV 1988/200.

69 Zie het in hoofdstuk 3, par. 2.6.2 behandelde *FNV*-arrest en de aldaar vermelde verwijzingen.

70 Zie punt 1 van de noot van S. Feenstra in RSV 1988/200, aan wie deze beeldspraak is ontleend. Zie voorts noot onder CRvB 22 mei 1990, Regelman 5/4 (1990) p. 91-94, waarin nader wordt ingegaan op de panikerige reacties van de regering die een miljardenstrop als gevolg van de uitspraken vreesde.

de Nederlandse sociale zekerheid in vergelijking met de WUV-uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in 1987. Toch deed deze laatste uitspraak heel wat minder stof opwaaien dan de uitspraken van 5 januari 1988. De vergaande betekenis van deze uitspraken moet dan ook vooral worden gezocht worden in de katalyserende werking die van de opzet van de AAW zelf uitging op de toepassing van artikel 26 IVBPR als voorschrift uit een hogere dan de nationale rechtsorde. Deze beeldspraak verdient nadere toelichting.

In de opzet van de AAW zijn twee momenten van bijzonder belang. Enerzijds is er het moment waarnaar wordt beoordeeld of de belanghebbende aan de vereisten voor het recht op toekenning van de uitkering voldoet.⁷¹ Dit moment kan in een (ver) verleden liggen en duidt op een aan de AAW inherent element van terugwerkende kracht. Anderzijds is er het moment met ingang waarvan daadwerkelijk tot uitkering wordt overgegaan. Dit laatste moment wordt mede beheerst door het tijdstip waarop de uitkering wordt aangevraagd. Artikel 25, lid 2, AAW bepaalt dat niet vroeger tot daadwerkelijke uitkering wordt overgegaan dan één jaar voor de dag waarop de aanvraag wordt ingediend. Blijkens dezelfde bepaling kan van deze regel echter in bijzondere gevallen worden afgeweken. Evenals de hiervoor besproken WWV voorziet de AAW derhalve in een onderscheid tussen het moment waarop recht op uitkering *ontstaat*⁷² en het moment waarop dit recht op uitkering kan worden *geëffectueerd*.

De uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988 brachten een spectaculair terugwerkend effect teweeg ten aanzien van de in die zaken in het geding zijnde uitkeringen. Dit moge onder andere hieruit blijken dat in vier van de zes zaken alsnog, met ingang van 1 januari 1980, een arbeidsongeschiktheidsuitkering werd toegekend aan gehuwde vrouwen op grond van een vóór 1 oktober 1975 ingetreden arbeidsongeschiktheid. In al deze gevallen gebeurde dit doordat de Raad de bepaling die deze vrouwen van een uitkering uitsloot met ingang van 1 januari 1980 buiten toepassing liet. De grote vraag echter was evenwel wat de gevolgen van deze uitspraken zouden zijn voor andere gehuwde vrouwen die, met een beroep op de uitspraken van 5 januari 1988, alsnog een aanvraag zouden indienen naar aanleiding van een in een (ver) verleden gelegen tijdstip aangevangen arbeidsongeschiktheid.

Deze vraag was zeer actueel omdat de doorwerking van artikel 26 IVBPR waartoe de CRvB in zijn uitspraken van 5 januari 1988 concludeerde, rechtstreeks betrekking had op de voorwaarden voor het ontstaan van het recht op uitkering. Het gevolg van de uitspraken was dan ook dat voor vrouwen die uitsluitend op grond van het feit dat zij waren gehuwd van het recht op uitkering waren uitgesloten, alsnog met ingang van een datum, gelegen een jaar na het intreden van hun arbeidsongeschiktheid, een recht ontstond op AAW-uitkering. De opzet van de AAW brengt aldus mee dat aan de uitspraken van 5 januari 1988, voor wat hun materiële werking in de tijd aangaat, terugwerkende kracht toekomt. In dit verband is het interessant te verwijzen naar de discussie die zich ontspon tussen de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Raad van State naar aan-

71 Zie voor een beschrijving van de voorwaarden voor het recht op uitkering F.M. Noordam, Inleiding sociale zekerheidsrecht, Deventer 1992, p. 80.

72 Zie ook W.M. Levelt-Overmars, a.w. (noot 58), p. 59, die in dit verband spreekt van het tijdstip dat beslissend is voor de opening van het recht.

leiding van wetsvoorstel 20610, waarin de regering trachtte de terugwerkende effecten van de uitspraken te beperken. Volgens de bewindsman ging de betekenis van de uitspraken van 5 januari 1988 niet verder dan dat hieraan de *verwachting* kon worden ontleend dat na deze datum een weigering van een uitkering, die was gebaseerd op de wetsartikelen die in de uitspraken buiten toepassing waren verklaard, zou worden vernietigd. In dit verband zou er slechts sprake zijn van uitkeringsrechten naar analogie van de uitspraken van de CRvB⁷³. Blijkens zijn advies⁷⁴ verbond de Raad van State evenwel verdere consequenties aan de uitspraken. De Raad van State stelde voorop dat door de wetgever toegekende rechten moeten worden geëerbiedigd, ook als dit verder gaat dan aanvankelijk werd gedacht. Met deze laatste woorden doelde de Raad van State op de verruiming van de kring van AAW-uitkeringsgerechtigden die het gevolg was van de uitspraken van de CRvB. De Raad van State sprak in dit verband ook letterlijk van *terugwerkende kracht* van de uitspraken. Hij was van oordeel dat het in het kader van de AAW toekennen door de CRvB van rechtstreekse werking aan artikel 26 IVBPR met terugwerkende kracht *rechten schiep* voor de voornoemde groep vrouwen die voorheen van het recht op uitkering waren uitgesloten. Aldus kende de Raad van State aan de rechterlijke uitspraken een ruimere strekking toe dan de bewindsman.

Interessant is dat de zojuist aangehaalde passage van het advies van de Raad van State de terugwerkende kracht in zoverre ook nog in een nieuw daglicht stelt doordat daarin rechtstreeks wordt aangehaakt bij de werking van de wet, namelijk daar waar de Raad van State de terugwerkende kracht rechtstreeks in verband brengt met het beginsel dat door de wetgever toegekende rechten moeten worden geëerbiedigd. Door het zo te formuleren laat de Raad van State de werking van artikel 26 IVBPR delen in de *algemene werking* die inherent is aan wetgeving, aldus eens te meer het verschil benadrukkend met de casuïstische benadering van de staatssecretaris.

De AAW-casus is echter met name het bestuderen waard vanwege de pogingen die door de Nederlandse overheid zijn gedaan om de terugwerkende effecten van de uitspraken van 5 januari 1988 te beperken. Deze beperkingen hebben in de eerste plaats betrekking op de formele werking in de tijd, dus op de mogelijkheid voor gehuwde vrouwen om hun alsnog verkregen rechten daadwerkelijk geldend te maken. Wat de AAW-casus tamelijk uniek maakt is dat de wetgever eveneens heeft getracht de materiële werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988 te beperken door alsnog, met terugwerkende kracht, een voor mannen en vrouwen gelijkelijk overgangsregime in te voeren. Beide vormen van beperking hebben aanleiding gegeven tot principiële jurisprudentie van het HvJ EG.

2.3.2 Formele werking in de tijd

2.3.2.1 Artikel 25, lid 2, AAW

De formele werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988 wordt in de eerste plaats bepaald door artikel 25 AAW. Op grond van de eerste volzin van het tweede lid van dit artikel gaat de uitkering niet eerder in dan een jaar voor de dag waarop de aanvraag werd ingediend. Op deze bepaling wordt in de tweede volzin van dit artikellid echter in die

73 TK 1988/89, 20610, nr. 6, p. 11.

74 TK 1987/88, 20610A, punt 11.

zin een uitzondering gemaakt dat daarin is bepaald dat het uitvoeringsorgaan in bijzondere gevallen bevoegd is van het in de eerste volzin verwoorde uitgangspunt af te wijken. In tegenstelling tot artikel 18 WWV houdt artikel 25, lid 2, AAW een discretionaire bevoegdheid voor het uitvoeringsorgaan in waarvan de uitvoering door de rechter slechts op terughoudende wijze kan worden getoetst. Deze bevoegdheid komt het uitvoeringsorgaan echter alleen toe als er sprake is van een bijzonder geval. Aanvankelijk was het praktijk dat de CRvB een onverbrekelijk verband legde tussen de bijzonderheid van het geval en de verplichting om gebruik te maken van de bevoegdheid met verdergaande terugwerkende kracht dan een jaar uitkering te verlenen. Daarmee viel de vraag of sprake was van een bijzonder geval samen met de vraag of het uitvoeringsorgaan van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik moest maken.⁷⁵ In latere jurisprudentie heeft de Raad dit 'onverbrekelijke verband' bij de beoordeling van de vraag of de toepassing van de internationale gelijkheidsnormen aanleiding geven tot het met terugwerkende kracht toekennen van een uitkering, echter losgelaten. De Raad toetst 'vol' of er sprake is van een bijzonder geval. Hiervan acht de Raad sprake als de betrokkene terzake van een verlate aanvraag redelijkerwijs niet geacht kan worden in verzuim te zijn geweest.⁷⁶

De formele werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988 wordt verder bepaald door de mogelijkheid om met een beroep op deze uitspraken herziening te verkrijgen van een eerdere beschikking waarbij aan een vrouw, louter op grond van het feit dat zij gehuwd was, uitkering was geweigerd. Deze laatste mogelijkheid speelde in de praktijk echter slechts een ondergeschikte rol, omdat er, gelet op de toenmalige stand van de Nederlandse wetgeving, voor gehuwde vrouwen in het geheel geen aanleiding bestond om een AAW-uitkering aan te vragen.⁷⁷ De rest van deze paragraaf zal dan ook vooral betrekking hebben op de toepassing van artikel 25, lid 2, AAW.

2.3.2.2 CRvB 30 januari 1991

Het interessante is nu dat bij de vraag naar de interpretatie van het in artikel 25, lid 2, AAW vermelde begrip bijzondere gevallen, artikel 26 IVBPR opnieuw, in een wat andere gedaante, om de hoek komt kijken. De vraag doet zich immers voor of de omstandigheid dat de genoemde groep gehuwde vrouwen in strijd met artikel 26 IVBPR een AAW-uitkering blijkt te zijn onthouden, hen niet *en bloc* bestempelt tot een bijzonder geval in de zin van artikel 25 lid 2, tweede volzin AAW. De consequentie van een bevestigende beantwoording van deze vraag zou immers kunnen zijn dat de beperking die artikel 25 lid 2, eerste volzin, aan het daadwerkelijk geldend maken van de uitkeringsrechten stelt, voor deze vrouwen niet, of niet geheel, van toepassing zou blijken te zijn. Deze vraag kwam uitdrukkelijk aan de orde in een uitspraak van de Raad van Beroep te Arnhem van 13 september 1990.⁷⁸

75 Zie de noot van W.M. Levelt-Overmars onder CRvB 26 november 1986, RSV 1988/22.

76 Zie, onder meer, CRvB 30 januari 1991, AB 1991, 339 m.nt. De Leede; RSV 1991/182 m.nt. J.J.A. Kooijman en CRvB 11 december 1991, RSV 1992/146. Zie in dit verband tevens: F.M. Noordam, Weduwnaarspensioen met terugwerkende kracht, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken, mei 1991, p. 33-35.

77 Vgl. in dit verband: CRvB 22 maart 1994, JSV 1994/133.

78 Rechtspraak Nemesis 1991, nr. 142.

De uitspraak betreft de toetsing van het beleid dat het uitvoeringsorgaan voert bij de toepassing van de haar op grond van artikel 25, lid 2, AAW toekomende bevoegdheid om bij de toekenning van een AAW-uitkering af te wijken van de in de eerste volzin van het desbetreffende artikellid gegeven hoofdregel, volgens welke een AAW-uitkering niet vroeger kan ingaan dan één jaar vóór de dag waarop de aanvraag werd ingediend. Niet in geschil is dat betrokkene, gehuwde vrouw, in beginsel vanaf 1 januari 1980 recht op een uitkering heeft ingevolge de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988. Het uitvoeringsorgaan is evenwel niet bereid betrokkene met terugwerkende kracht van meer dan één jaar uitkering te verlenen. Hiertoe heeft het overwogen dat de omstandigheid dat betrokkene vóór 5 januari 1988 niet heeft geweten dat zij voor een uitkering in aanmerking zou komen en om die reden van het doen van een aanvraag had afgezien, geen bijzonder, tot afwijking van de hoofdregel van art.25 lid 2 AAW nopens, geval oplevert.

De Raad van Beroep overweegt dienaangaande:

‘Beslissend voor de beantwoording van de vraag of er in beginsel aanleiding kan zijn een bijzonder geval als in die bepaling bedoeld aanwezig te achten, is naar het oordeel van de Raad het zich voordoen van een situatie waarin de uitkeringsgerechtigde het niet tijdig indienen van een aanvraag niet kan worden toegerekend.

[...]

Naar ’s Raads oordeel heeft [het uitvoeringsorgaan] bij de beantwoording van de vraag of er in klaagsters situatie al dan niet een bijzonder geval als vorenbedoeld aanwezig moet worden geacht, ten onrechte geen gewicht toegekend aan de omstandigheid dat eerst op 5 januari 1988 door de Centrale Raad van Beroep is geoordeeld dat – in weerwil van het per 1 januari 1980 door de wetgever in het leven geroepen overgangsrecht AAW – de gehuwde vrouw die vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt is geworden, onder dezelfde voorwaarden die voor de overige verzekerden gelden aanspraak heeft op een uitkering ingevolge de AAW’.

Wel houdt de Raad van Beroep nog een slag om de arm blijkens zijn overweging dat hij in dit verband voorop stelt

‘dat de omstandigheid dat een verzekerde afziet van het doen van een aanvraag om een uitkering vanuit de veronderstelling daarop gezien de vigerende bepalingen geen recht te hebben, op zich geen reden behoeft te vormen een bijzonder geval als vorenbedoeld aan te nemen, indien naderhand blijkt dat de bepaling die de verzekerde uitsluit van het recht op uitkering onverbindend is wegens strijd met een bepaling van hoger orde. Veelal zal moeten worden gezegd dat de verzekerde – met name ook door het inwinnen van inlichtingen bij deskundige instanties – op de hoogte had kunnen zijn van de mogelijkheid dat een wettelijke regeling door de beroepsrechter strijdig wordt bevonden met bepalingen van internationaal en supranationaal recht. Onbekendheid in vorenbedoeld opzicht zal naar het oordeel van de Raad in het algemeen dan ook voor rekening van de verzekerde kunnen worden gelaten. Dit geldt evenzeer voor een eventuele keuze die de verzekerde maakt op grond van een bij hem of haar bestaande opvatting wat betreft de kans op het met succes adieren van de rechter’.

Deze strenge norm past de Raad echter niet op dit geval toe, nu gezien de toentertijd geringe aandacht voor artikel 26 IVBPR er niet van uitgegaan kon worden dat betrokkene had kunnen weten dat het indienen van een aanvraag om een AAW-uitkering tòch zinvol had kunnen zijn.

De overige overwegingen van de Raad van Beroep zijn interessant om enig inzicht te krijgen in het ‘beleid’ dat het uitvoeringsorgaan tot dan toe had gevoerd met betrekking tot aanvragen van een uitkering gebaseerd op de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988. Zo bleek het uitvoeringsorgaan wel bereid te zijn tot het verlenen van een verder gaande terugwerkende kracht dan tot één jaar vóór de datum van de aanvraag, indien de aanvraag

vóór 5 januari 1988 was gedaan. Deze toekenning vond plaats ook indien de beslissing waarbij dat verzoek was afgewezen rehtens inmiddels onaantastbaar was geworden.. De Raad van Beroep constateert aldus een verschil in beleid tussen de ene groep, bestaande uit hen die weliswaar eerder een uitkering hadden aangevraagd, maar zich verder bij de afwijzing hadden neergelegd, en de andere groep, bestaande uit degenen die in het geheel geen aanvraag hadden ingediend, maar op een andere wijze hadden begrepen dat zij geen recht op verzekering hadden. Dit verschil in beleid acht de Raad onzorgvuldig.

Naar aanleiding van deze uitspraak kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat de Raad van Beroep niet aanneemt dat de met artikel 26 IVBPR strijdige toepassing van de AAW voor het uitvoeringsorgaan 'automatisch' de rechtsplicht met zich brengt de desbetreffende groep vrouwen alsnog met terugwerkende kracht een uitkering toe te kennen. Voorts zoekt de Raad de bijzonderheid van het geval niet in de onjuiste toepassing van de AAW als zodanig, maar acht hij voor de vraag of van een bijzonder geval in de zin van artikel 25 lid 2 AAW sprake is beslissend of de aanvraagster het niet tijdig indienen van de aanvraag al dan niet kan worden toegerekend. Blijkens de zojuist aangehaalde overwegingen wordt de aanvraagster een niet tijdige indiening in ieder geval toegerekend, indien zij in de gelegenheid heeft verkeerd inlichtingen te verkrijgen waaruit de mogelijkheid van een onverbindendverklaring van de toe te passen wetsbepaling zou blijken. Slechts omdat de Raad van Beroep van oordeel is dat vóór de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988 voor aanvraagster onvoldoende informatie over artikel 26 IVBPR beschikbaar was geweest, meent de Raad dat het uitvoeringsorgaan bij de bepaling van haar beleid ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988.

Deze rechtspraak is in grote lijnen bevestigd door de CRvB. In dit verband dient in het bijzonder te worden gewezen op de uitspraken van de CRvB van 30 januari 1991,⁷⁹ waarin de Raad zich heeft uitgesproken over de toepassing van het aan artikel 25, lid 2, AAW gelijkkluidende artikel 25, lid 5, AWW, zulks in verband met een verzoek van een weduwnaar om op grond van de in paragraaf 5.1 nader aan de orde te stellen uitspraak van de CRvB van 7 december 1988⁸⁰ alsnog met terugwerkende kracht in aanmerking te worden gebracht voor een AWW-pensioen. De CRvB is van oordeel dat een bijzonder geval moet worden aangenomen⁸¹ gezien de grote onzekerheid die vóór 7 december 1988 bestond over de vraag of ook weduwnaars voor een uitkering ingevolge de AWW in aanmerking konden worden gebracht, welke onzekerheid voortvloeide uit onduidelijkheid over het bereik van de desbetreffende communautaire en internationaalrechtelijke normen. De CRvB hecht in dit verband mede betekenis aan de ten tijde van de uitspraken van 30 januari 1991

79 AB 1991, 339 m.nt. De Leede; RSV 1991/182 m.nt. J.J.A. Kooijman en NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 217-221 m.nt. A.W. Heringa.

80 RSV 1989/67 m.nt. F.W.M. Keunen. In deze uitspraak, waarop in paragraaf 3.1 nog zal worden teruggekomen, oordeelde de CRvB dat artikel 26 IVBPR ten tijde in geding meebracht dat ook weduwnaars recht hadden op een uitkering ingevolge de AWW.

81 Kooijman heeft er in zijn noot bij deze uitspraak (RSV 1991/182) op gewezen dat de CRvB in deze uitspraak blijk geeft van een nieuwe benadering. In eerdere uitspraken (verwezen wordt naar: CRvB 20 maart 1978, RSV 1978/241) had de Raad immers geoordeeld dat ook het antwoord op de vraag of zich een bijzonder geval voordoet, aan het oordeel van het uitvoeringsorgaan moest worden overgelaten. In de nieuwe benaderingswijze toetst de rechter zelfstandig of er sprake is van een bijzonder geval.

nog immer toegepaste circulaire van de toenmalige Vereniging van Raden van Arbeid van 15 december 1972, waarin onbekendheid met rechten die voortvloeien uit verdragsbepalingen een factor wordt genoemd die een rol kan spelen bij het aannemen van een bijzonder geval.⁸² Deze onbekendheid acht de Raad in de onderhavige gevallen onmiskenbaar aanwezig.

Uit de uitspraken van de CRvB van 30 januari 1991 kan de conclusie worden getrokken dat weduwnaars die naar aanleiding van de uitspraak van de CRvB alsnog een AWW-uitkering indienen *en bloc* worden aangemerkt als bijzonder geval. De reden hiervoor is gelegen in de rechtsonzekerheid die was ontstaan doordat de Nederlandse wetgever nalatig was geweest bij de aanpassing van de AWW aan de communautaire en internationaal-rechtelijke anti-discriminatiebepalingen. Blijkens zijn uitspraak van 8 augustus 1991⁸³ acht de CRvB deze rechtspraak van overeenkomstige toepassing op gehuwde vrouwen die met een beroep op de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988 alsnog een verzoek indienen om met terugwerkende kracht in aanmerking te worden gebracht voor een AAW-uitkering.

Uit de jurisprudentie blijkt echter eveneens dat de groep van rechthebbenden ten aanzien van wie een bijzondere geval wordt aangenomen is beperkt tot degenen van wie in redelijkheid kan worden aangenomen dat zij in onzekerheid verkeerden over het bereik van artikel 26 IVBPR. Zo oordeelde de CRvB in een uitspraak van 29 april 1993⁸⁴ dat

‘van een bijzonder geval als bedoeld in artikel 25, vijfde lid, van de AWW blijkens de uitspraak van de Raad van 30 januari 1991 [...] sprake is bij de – *als nieuw en apart te onderscheiden* – groep van weduwnaars die in de periode voorafgaande aan de uitspraken van de Raad van 7 december 1988 [...] betreffende de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR ten aanzien van de in de AWW vervatte discriminatoire bepalingen, in onzekerheid verkeerden over het bereik van onder meer genoemd artikel 26 IVBPR’.

De Raad is voorts van oordeel dat

‘terecht [...] van de zijde van [het uitvoeringsorgaan] is opgemerkt dat uit genoemde uitspraak van de raad van 30 januari 1991 niet kan worden afgeleid dat alle weduwnaars die een aanvraag om pensioen of uitkering ingevolge de AWW hebben ingediend, als bijzondere gevallen moeten worden aangemerkt. Doorslaggevend in genoemde uitspraak was de evenvermelde, vóór de uitspraak van 7 dec. 1988 bestaande onduidelijkheid over het bereik van de desbetreffende supra-en internationaalrechtelijke normen. Van die onduidelijkheid was geen sprake meer nadat in de media en ook in de voorlichting door [het uitvoeringsorgaan] ruime aandacht was besteed aan de betekenis van meergenoemde uitspraak van de raad van 1988. Naar het oordeel van de raad heeft [het uitvoeringsorgaan, dat] erop heeft gewezen dat in juli 1989 reeds 21.000 en in de tweede helft van dat jaar nog 7.000 weduwnaars een aanvraag hebben ingediend, op goede gronden kunnen oordelen dat van verschoonbare onbekendheid als grond om als bijzonder geval – behorend tot meerbedoelde groep – te worden aangemerkt, niet meer gesproken kan worden vanaf 1 jan. 1990, dit is ruim één jaar na de uitspraak van 7 dec. 1988’.⁸⁵

82 Door de Raad van Beroep te Roermond in zijn uitspraak van 2 mei 1990, RSV 1991/40 aangemerkt als ‘wijs beleid’.

83 AB 1991, 657 m.nt. De Leede.

84 AB 1993, 556 m.nt. De Leede; RSV 1994/9.

85 Zie voorts CRvB 1 april 1998, PS Actua, 25 juni 1998, nr. 79: ‘Voor wat betreft de stelling van

Deze rechtspraak heeft de CRvB bij uitspraak van 14 februari 1995⁸⁶ van overeenkomstige toepassing geacht op artikel 25, lid 2, AAW. Naar het oordeel van de Raad kon ten aanzien van na 1 januari 1990 ingediende aanvragen geen sprake meer zijn van een bijzonder geval als bedoeld in de tweede volzin van artikel 25, lid 2, AAW, omdat aanvragen na die datum niet meer geacht worden te zijn gedaan naar aanleiding van de uitspraken van 5 januari 1988 die, naar het oordeel van de Raad, aan de onduidelijkheid omtrent het recht op AAW-uitkering van gehuwde vrouwen een einde maakten.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de formele werking in de tijd van de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988 zich hierdoor kenmerkt dat ten aanzien van de groep van gehuwde vrouwen die met een beroep op deze uitspraken een aanvraag indienen om met verder terugwerkende kracht dan een jaar vóór de datum van aanvraag voor een uitkering in aanmerking te worden gebracht, (collectief) een bijzonder geval wordt aangemonen, voorzover er sprake is van verschoonbaarheid op grond van onzekerheid over het bereik van artikel 26 IVBPR. Van een dergelijke verschoonbaarheid is geen sprake meer als voornoemde onzekerheid dankzij een actieve voorlichting van de zijde van de overheid geacht kan worden te zijn weggenomen.

Is aldus het aantal gevallen dat als bijzonder in de zin van artikel 25, lid 2, AAW kan worden aangemerkt (in de tijd) beperkt, ook het wel aannemen van bijzonder geval biedt geenszins de garantie dat aanspraak kan worden gemaakt op uitkering met verdergaande terugwerkende kracht dan een jaar vóór de indiening van de aanvraag. Zoals al eerder is opgemerkt roept de aanwezigheid van een bijzonder geval voor het uitvoeringsorgaan de bevoegdheid in het leven om met verdergaande terugwerkende kracht dan een jaar vóór de datum van aanvraag uitkering te verstrekken. Deze bevoegdheid is discretionair van aard. In zijn uitspraak van 30 januari 1991 overweegt de CRvB ten aanzien van deze bevoegdheid:

‘Uitgaande van de aanwezigheid van een bijzonder geval, is voor het [uitvoeringsorgaan] de bevoegdheid aanwezig om de uitkering op een eerder tijdstip te doen ingaan dan een jaar voor de aanvraagdatum. Gelet op de discretionaire aard van de bevoegdheid welke het [uitvoeringsorgaan] in deze toekomt, staat het het [uitvoeringsorgaan] in het kader van de (wijze van) hanteling van die bevoegdheid vrij voor deze – naar de zienswijze van de Raad geredelijk als nieuw en apart te onderscheiden – groep van gevallen een beleid te ontwikkelen.

[...]

De raad merkt terzake reeds thans op zich te kunnen verenigen met een beleid zijdens het [uitvoeringsorgaan], inhoudende dat slechts een eerdere (dan een jaar voor de aanvraagdatum) ingangsdatum van de uitkering vastgesteld wordt, indien er anders sprake zou zijn van *bijzondere hardheid* jegens de uitkeringsgerechtigde. In dat vlak liggende beleidscriteria zijn ook in andere situaties, eveneens in het kader van de toepassing van de corresponderende bepaling met betrekking tot de ingangsdatum van de AOW, door het [uitvoeringsorgaan] gehanteerd en door de Raad in constante jurisprudentie aanvaard. Uiteraard neemt de bevoegdheid van [het uitvoeringsorgaan] tot het stellen van een algemeen beleidskader niet weg dat na toetsing aan dat

betrokkene dat hij verkeerd is voorgelicht door de SVB verwijst de CRvB naar eerdere jurisprudentie waarin overvogen is dat het niet indienen van een aanvraag in verband met een mededeling die berustte op naderhand gewijzigde wetsinterpretatie niet zonder meer aan het bestuursorgaan kan worden tegengeworpen.’

86 AB 1994, 391 m.nt. De Leede.

beleid in geval van een negatieve uitkomst voor de belanghebbende de situatie nog op haar eigen merites dient te worden beoordeeld ter beantwoording van de vraag of zich in concreto voldoende bijzondere omstandigheden nopen tot afwijking van de beleidsregels ten gunste van de belanghebbende'. (mijn cursivering, RB)

Aldus zet de CRvB zelf de toon voor een uitvoeringspraktijk, waarbij inmiddels verkregen uitkeringsrechten alleen dan worden gehonoreerd als jegens de betrokkene sprake is van bijzondere hardheid. Voor de invulling die door de uitvoeringsorganen aan dit begrip werd gegeven is, voor de wat de in deze paragraaf aan de orde gestelde AAW-problematiek betreft, het door de voormalige Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen (DETAM) gevoerde beleid het meest illustratief. Volgens het beleid van de DETAM is er sprake van bijzondere hardheid indien één van de navolgende situaties zich voordoet:

1. De betrokkene is om medische en/of psychische redenen kennelijk niet in staat geweest om eerder een aanvraag in te dienen, terwijl zij tevens geen beroep kon doen op personen in de directe omgeving. De terugwerkende kracht wordt mede bepaald door de mate van financiële hardheid.

2. Het resterende gezinsinkomen in de periode vanaf 1 januari 1980 tot de datum van toekenning van de AAW-uitkering lag gedurende een substantiële periode aantoonbaar beneden het sociale minimum. Dit werd veroorzaakt door financiële schade, geleden in de privé-sfeer die direct werd veroorzaakt door de arbeidsongeschiktheid.

Er wordt uitgegaan van het gezinsinkomen en niet van het inkomen van de betrokkene, aangezien betrokkene in veel gevallen gedurende de van belang zijnde periode vanaf 1 januari 1980 in het geheel geen inkomen had.⁸⁷

2.3.2.3 Het TOTO-model

Uit het voorgaande blijkt dat de wijze waarop de uitvoeringsorganen toepassing gaven aan artikel 25, lid 2, AAW tot gevolg had dat de formele werking in de tijd van de uitspraken van de CRvB van 5 oktober 1988 zich voor de betrokken groep gehuwde vrouwen in de meeste gevallen beperkte tot een terugwerkende kracht van een jaar vóór de aanvraagdatum. Deze beperking in het daadwerkelijk rechtsherstel voor de betrokken vrouwen was in wezen het gevolg van in het beleid van de uitvoeringsorganen opgenomen voorwaarden, die destijds, aan met de betrokken groep gehuwde vrouwen vergelijkbare (gehuwde) mannen, niet waren gesteld.

Dat het met terugwerkende kracht verkrijgen van een AAW-uitkering in sommige gevallen bijna letterlijk te vergelijken viel met het winnen van een prijs in de voormalige voetbaltoto, moge blijken uit de door de Raad van Beroep Arnhem⁸⁸ aangehaalde praktijk die ziet op gevallen waarin het uitvoeringsorgaan na 1 januari 1980 middels het zogenoemde meldingsformulier een aanvraag om een *voorziening* ingevolge de AAW had ontvangen. Indien de aanvrager op dat formulier tevens had aangegeven geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt te zijn, werd die melding door het uitvoeringsorgaan alsnog aangemerkt als een *aanvraag* om uitkering. Naar het naar het oordeel van de Raad van Beroep

⁸⁷ Aldus weergegeven in CRvB 20 mei 1994, AB 1994/694 m.nt. De Leede in AB 1994, 696.

⁸⁸ Raad van Beroep te Arnhem, 6 februari 1992, RSV 1992/166.

'lijdt het geen twijfel dat althans in veruit de meeste van die gevallen door de verzekerde destijds met het aankruisen van de betreffende vragen op dat meldingsformulier allerminst is beoogd tevens een aanvraag om uitkering in te dienen. Zou dit anders zijn, dan zou [het uitvoeringsorgaan], naar mag worden verondersteld, in veel van die gevallen na verloop van tijd met een verzoek om uitsluitel op die aanvraag zijn geconfronteerd, hetgeen blijkbaar niet het geval is geweest. Voorts zal het, naar de Raad wil voorkomen, aan *louter toevallige omstandigheden* zijn toe te schrijven dat een aantal verzekerden destijds voor het indienen van een verzoek om een voorziening gebruik heeft gemaakt van bedoeld formulier'. (mijn cursivering, RB)

Niettemin is het vaste jurisprudentie van de CRvB⁸⁹ dat een dergelijke, op of na 1 januari 1980, gedane melding moet worden aangemerkt als een aanvraag om uitkering, zodat de in artikel 25, lid 2, AAW opgenomen discretionaire bevoegdheid niet aan de orde is en de uitkering, indien aan de overige voorwaarden is voldaan, met ingang van een jaar voor de meldingsdatum moet worden verstrekt. Deze rechtspraak van de CRvB moge als resultaat van pure wetsuitleg begrijpelijk zijn, vanuit het oogpunt van de betrokken gehuwde vrouwen moet zij als tamelijk willekeurig overkomen. Het louter aankruisen van het desbetreffende hokje op het meldingsformulier met daarnaast niet meer dan de *bewering* van betrokkene zelf met ingang van een bepaald tijdstip arbeidsongeschikt te zijn, zonder dat het uitvoeringsorgaan destijds is overgegaan tot ook maar enig onderzoek naar de juistheid hiervan, wordt op deze wijze heel ruim beloond.

2.3.2.4 Het arrest Steenhorst-Neerings

Gelet op het voorgaande kan het nauwelijks verbazing wekken dat de wijze waarop de uitvoeringsorganen omgingen met verzoeken van gehuwde vrouwen om alsnog, met terugwerkende kracht, in aanmerking te worden gebracht voor een AAW-uitkering tot nadere jurisprudentie heeft geleid. Nadat de CRvB in voornoemde uitspraak van 8 augustus 1991⁹⁰ als uitgangspunt voorop had gesteld dat

'de regeling van artikel 25, tweede lid, voor gevallen als de onderhavige⁹¹ op zichzelf niet in strijd is te achten met het IVBP, en met name niet met artikel 2 van dit verdrag, reeds omdat art. 25 tweede lid het honoreren van aanspraken als thans in het geding, ook met verdergaande terugwerkende kracht dan een jaar, op zichzelf niet onmogelijk maakt',

stelt de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch in zijn bevel van 17 december 1991 in de zaak *Steenhorst-Neerings*⁹² de zaak pas werkelijk op scherp door de toepassing van artikel 25, lid 2, AAW te betrekken op de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG. De Raad van Beroep benadrukt dat vrouwen als betrokkene⁹³ met ingang van 23 december 1984 door de werking van Richtlijn 79/7 EEG aanspraak konden maken op

89 Zie onder meer CRvB 9 mei 1994, RSV 1994/212; CRvB 31 oktober 1995, AB 1996,98 m.nt. F.J.L. Pennings.

90 AB 1991/657.

91 De zaak zag op een op 4 juli 1988 ingediende aanvraag naar aanleiding van in juni 1958(!) aangevangen volledige arbeidsongeschiktheid.

92 Rechtspraak Nemesi 1992, nr. 229.

93 Het gaat in deze zaak om een gehuwde vrouw die naar aanleiding van de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988 op 3 mei 1988 een aanvraag heeft ingediend naar aanleiding van in 1963 aangevangen arbeidsongeschiktheid.

AAW-uitkering. De Raad stelt aldus de materiële werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988 voorop.⁹⁴

Vervolgens geeft de Raad de zaak een zeer interessante wending door ook de procedurele kant – het recht op toegang tot de procedure die alsnog tot het verstrekken van een uitkering kan leiden – aan een toetsing aan het gemeenschapsrecht te onderwerpen. De Raad maakt hierbij gebruik van het – toen recente – arrest van het HvJ EG in de zaak *Emmott*,⁹⁵ waarin het Hof – in de woorden van de Raad van Beroep – heeft beslist dat

‘pas vanaf het moment waarop de Lid-Staat een richtlijn *correct* heeft uitgevoerd aan justitiabelen termijnen kunnen worden gesteld waarbinnen zij hun desbetreffende rechten geldend kunnen maken’.

De Raad is van oordeel dat op 17 mei 1988, de dag waarop klaagster de AAW-uitkering had aangevraagd, geen sprake was van een volledig correcte uitvoering van Richtlijn 79/7 door de Nederlandse wetgever. Voorts ziet de Raad

‘voorshands geen reden waarom het in het arrest *Emmott* neergelegde oordeel van het Hof van Justitie zich zou beperken tot (in dat arrest aan de orde zijnde) termijnen waarbinnen een rechterlijke procedure moet worden aangespannen en niet evenzeer zou gelden voor termijnen waarbinnen een uitkering bij een uitvoeringsorgaan moet worden aangevraagd’.

Een en ander leidt de Raad tot het stellen van de volgende prejudiciële vraag:

‘Verlangt het Gemeenschapsrecht dat met terugwerkende kracht tot 23 december 1984 [...] aan vóór 1 oktober 1975 arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouwen uitkering krachtens de AAW wordt toegekend, indien die vrouwen om redenen welke in het verwijzingsbevel staan vermeld pas na 5 januari 1988 (de datum van op gelijke behandeling van mannen en vrouwen betrekking hebbende uitspraken van de Centrale Raad van Beroep) een aanvraag om een dergelijke uitkering hebben ingediend?’

welke vraag door het HvJ EG in zijn naar aanleiding van het bevel van de Raad van Beroep gewezen arrest van 27 oktober 1993⁹⁶ aldus werd verstaan

‘of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht, volgens welke een arbeidsongeschiktheidsuitkering niet vroeger dan een jaar vóór de datum van aanvraag kan ingaan, wanneer een particulier zich beroept op de rechtstreeks door artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 met ingang van 23 december 1984 toegekende rechten en de betrokken Lid-

94 Dat in deze uitspraken in het geheel niet gerept wordt van Richtlijn 79/7 EEG doet daarbij niet terzake. Uit het feit dat de CRvB op grond van de werking van artikel 26 IVBPR van oordeel was dat gehuwde vrouwen met ingang van 1 januari 1980 in beginsel in aanmerking kwamen voor een AAW-uitkering kan, a fortiori, worden afgeleid dat dit tevens met ingang van een later tijdstip op grond van de sterkere werking van artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG het geval moet zijn. In zijn noot onder de uitspraken (RSV 1988/200) merkt Feenstra op dat we naar de reden waarom de CRvB in zijn uitspraken van 5 januari 1988 niet aan Richtlijn 79/7 EEG refereert ‘alleen maar kunnen gissen’, waarna hij opmerkt dat een gevolg daarvan is dat de ingangsdatum van de buiten toepassing verklaring van de desbetreffende overgangsbepalingen op een vroeger tijdstip kon worden vastgesteld dan het geval zou zijn geweest als de uitspraken louter op de werking van Richtlijn 79/7 EEG gebaseerd zouden zijn geweest.

95 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90, AB 1992, I, m.nt. Meij.

96 HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, Jur. 1993, p. I-5475; RSV 1994/211 m.nt. F.W.M. Keunen.

Staat deze bepaling op de datum van aanvraag nog niet naar behoren in nationaal recht heeft omgezet.’

Deze vraag raakt het hart van dit onderzoek. Ze stelt aan de orde in hoeverre het de Nederlandse overheid vrij staat rechten die gehuwde vrouwen met ingang van 23 december 1984 aan richtlijn 79/7 ontlelen te ‘blokkeren’ door het toepassen van procedurele bepalingen. Een bevestigende beantwoording zou voor de uitvoering van de sociale zekerheidswetgeving grote gevolgen hebben gehad.⁹⁷ De conclusie voor het arrest van Advocaat-Generaal Darmon beloofde weinig goeds voor de Nederlandse regering. Na te hebben overwogen dat, voor wat de bescherming van de rechten die justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlelen betreft, de procesautonomie van de Lid-Staten voorop staat, merkt de Darmon op dat, wil het nuttig effect van het gemeenschapsrecht niet worden gefrustreerd, de prerogatieven van de Lid-Staten inzake het procesrecht in die zin beperkt zijn dat

- a. dient te worden vermeden dat procesrechtelijke vereisten en termijnen het in de praktijk onmogelijk zouden maken rechten⁹⁸ uit te oefenen die de nationale rechter verplicht is te handhaven⁹⁹ en
- b. justitiabelen die zich op aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten beroepen, niet minder gunstig mogen worden behandeld dan degenen die soortgelijke, op het nationale recht gebaseerde, aanspraken doen gelden.¹⁰⁰

Naar het oordeel van Darmon heeft het Hof in het arrest *Emmott* de procesautonomie nader beperkt voor het geval een Lid-Staat een richtlijn niet binnen de gestelde termijn naar behoren in nationaal recht heeft omgezet, zulks teneinde rekening te houden met de bijzondere bescherming die *voortaan* aan de richtlijn is verbonden. Hij is van mening dat de door het Hof in het arrest *Emmott* geformuleerde conclusie dat

‘tot het moment waarop een richtlijn naar behoren is omgezet, een gebrekkige Lid-Staat zich niet kan beroepen op termijnoverschrijding door een particulier die een procedure tegen hem instelt [...], en dat een in het nationale recht vastgestelde beroepstermijn niet vóór dat tijdstip kan gaan lopen’

niet kan worden beperkt tot een bepaalde categorie van procestermijnen en vat deze overwéging aldus op dat zij eraan in de weg staat dat een Lid-Staat tot het moment waarop de richtlijn naar behoren is omgezet, zich niet op *interne procedureregels* kan beroepen om aan een particulier een recht te weigeren dat deze aan een richtlijn ontleent. Hij is tenslotte van oordeel dat het

‘nu het Hof het beginsel van gelijke behandeling vanaf 23 december 1984 heeft erkend, *nogal kras [zou] zijn* indien een Lid-Staat de volle werking van de richtlijn zou kunnen aantasten door procedureregels, te meer nu de nationale rechter, indien aan de voorwaarden voor inroep-

97 Zie in dit verband de noot van F.W.M. Keunen in RSV 1994/211, die het arrest van grote rechts-politieke betekenis acht.

98 In casu dus het op grond van de rechtstreekse werking van Richtlijn 79/7 EEG met ingang van 23 december 1984 in het leven geroepen recht van de gehuwde vrouw op AAW-uitkering onder gelijke voorwaarden als voor (gehuwde) mannen gelden.

99 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989.

100 HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, Jur. 1991, p. I-4269.

baarheid is voldaan, *de materiële bepalingen die in strijd zijn met dit beginsel buiten toepassing moet laten*'.¹⁰¹ (mijn cursivering, RB)

Ik haal de opvatting van Advocaat-Generaal Darmon zo uitvoerig aan om te illustreren hoe dicht de Nederlandse regering langs de (financiële) afgrond is gedaan. Eerst zeven maanden na de conclusie wees het Hof zijn voor de Nederlandse regering en de uitvoeringsorganen bevrijdende arrest. Na zijn vaste rechtspraak over de vestiging van materiële rechten op grond van de directe werking van richtlijnen in herinnering te hebben geroepen,¹⁰² herinnert het Hof eraan dat

'de aanspraak op een arbeidsongeschiktheidsuitkering onder dezelfde voorwaarden als voor mannen gelden, welke aanspraak gehuwde vrouwen ontleen aan de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 moet worden uitgeoefend overeenkomstig de door de nationale bepalingen gestelde voorwaarden. Gelijk uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt, mogen deze voorwaarden echter niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen gelden, en mogen zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk maken'.

Het Hof verwijst in dit verband uitsluitend naar het arrest *Emmott*, hetgeen in die zin wat curieus is dat het Hof in dat arrest de aan de Lid-Staten toekomende 'procesautonomie' juist aanzienlijk had beperkt.¹⁰³

Naar het oordeel van het Hof voldoet artikel 25, lid 2, AAW, als nationale bepaling die de terugwerkende kracht van een aanvraag om een arbeidsongeschiktheidsuitkering beperkt, aan de in de zojuist geciteerde, uit de arresten *Rewe* en *San Giorgio* voortvloeiende, voorwaarden. Het Hof is voorts van oordeel dat de onderhavige zaak duidelijk verschilt van de zaak *Emmott*¹⁰⁴ en beklemtoont vervolgens in de eerste plaats dat

'anders dan een nationale rechtsregel waarbij een beroepstermijn wordt vastgesteld, de in de onderhavige vraag bedoelde regel het eigenlijke recht van de justitiabelen om zich voor een nationale rechterlijke instantie tegen een gebrekkige Lid-Staat op richtlijn 79/7 te beroepen niet

101 Darmon verwijst hiertoe naar HvJ EG 13 maart 1991, zaak C-377/89, *Cotter en McDermott*, Jur.. 1991, p. I-1155.

102 Zie de in par. 1.2 behandelde arresten van 4 december 1986, zaak 71/85, *FNV*, Jur. 1986, p. 3855 en van 8 maart 1988, zaak 80/87, *Dik*, Jur.. 1988, p. 1601.

103 Zoals naar mijn mening overtuigend blijkt uit punt 19 van de conclusie van A-G Darmon. Zie ook de noot van F.W.M. Keunen (RSV 1994/211), die opmerkt dat het Hof met het arrest *Emmott* een belangrijke inbreuk heeft gemaakt op het in vaste jurisprudentie neergelegde uitgangspunt dat in beginsel de nationale procedurevoorschriften kunnen worden toegepast, zij het met inachtneming van de in de arresten *Rewe* en *San Giorgio* opgenomen voorwaarden.

104 Het Hof merkt op dat verzoekster in de zaak *Emmott* naar aanleiding van het arrest van het Hof van 24 maart 1987 (zaak 286/85, *McDermott en Cotter*, Jur. 1986, p. 1453) had gevorderd dat vanaf 23 december 1984 ingevolge artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG op haar hetzelfde stelsel van invaliditeitsuitkering zou worden toegepast als op mannen die in dezelfde situatie verkeerden. Vervolgens hadden de betrokken administratieve autoriteiten geweigerd op dit verzoek te beslissen onder de overweging dat Richtlijn 79/7 EEG nog voorwerp van geschil voor een nationale rechterlijke instantie was. Tenslotte werd *Emmott*, hoewel Richtlijn 79/7 EEG nog niet naar behoren in nationaal recht was omgezet, het verval van haar rechtsvordering tot vaststelling dat deze autoriteiten haar verzoek hadden moeten inwilligen, tegengeworpen. Aldus ontstond in *Emmott* een situatie waarin de uitoefening van communautaire recht geheel onmogelijk werd gemaakt, terwijl in *Steenhorst-Neerings* de aanspraak alleen in de tijd wordt beperkt (zie ook de noot van F.W.M. Keunen in RSV 1994/211).

aantast. Zij beperkt enkel de terugwerkende kracht van aanvragen tot verkrijging van de in geding zijnde uitkering.’

Waarna het Hof opmerkt dat

‘het verval van recht, voortvloeiend uit het verstrijken van beroepstermijnen, beantwoordt aan de noodzaak te voorkomen dat de wettigheid van administratieve beslissingen te allen tijde kan worden aangetast. Blijkens het arrest *Emmott* weegt deze noodzaak echter niet op tegen de noodzaak de rechten die een particulier ontleent aan de rechtstreekse werking van bepalingen van een richtlijn, te beschermen, zolang de gebrekkige Lid-Staat van wie de beslissingen uitgaan, deze bepalingen niet naar behoren in nationaal recht heeft omgezet.’

Waarna het Hof overweegt dat

‘De bepaling die de terugwerkende kracht van aanvragen om een arbeidsongeschiktheidsuitkering beperkt, evenwel een geheel ander doel [dient] dan een regeling die een dwingende beroepstermijn vastlegt. Immers, zoals de Nederlandse regering en [het uitvoeringsorgaan] in het hoofdgeding in hun schriftelijke opmerkingen hebben uiteengezet, beantwoordt een dergelijke bepaling, die ook in andere Nederlandse sociale- zekerheidswetten is te vinden, aan de eisen van een goede administratie, met name de mogelijkheid om te kunnen controleren of de belanghebbende voldeed aan de voorwaarden voor het recht op uitkering en om het arbeidsongeschiktheidspercentage te kunnen vaststellen, dat in de tijd kan variëren. Deze bepaling beantwoordt tevens aan de noodzaak het financieel evenwicht te bewaren van een stelsel waarin de door de verzekerden in een bepaald jaar ingediende aanvragen in beginsel moeten worden gedekt door de in dat jaar geïnde premies.’

Het is de vraag of het Hof zich aldus niet al te gemakkelijk bij de door de regering en het uitvoeringsorgaan naar voren gebrachte argumenten heeft aangesloten. Advocaat-Generaal Darmon was er in elk geval niet van onder de indruk. Hij spreekt in de eerste plaats zijn twijfel uit over

‘het met name ter terechtzitting naar voren gebrachte argument, dat een particulier bij gebreke van een procedurele termijn, verscheidene jaren na het ontstaan van zijn recht nog aanspraak zou kunnen maken op een pensioen. Afgezien van het feit dat dit middel in de zaak *Emmott* reeds is opgeworpen en door het Hof verworpen, kan dit geval zich slechts voordoen indien de Lid-Staat gedurende lange tijd nalaat de richtlijn om te zetten in nationaal recht, en het zou *onrechtvaardig* zijn, deze nalatigheid door het verstrijken van de interne procedurele termijnen af te welen op degene die rechten ontleent aan een gemeenschapsnorm’. (mijn cursivering, RB)

In de tweede plaats merkt Darmon op dat

‘de kwalificatie van een dergelijke termijn in de rechtsorde van een Lid-Staat van weinig belang [is], aangezien uitsluitend moet worden gelet op de gevolgen van de toepassing van die termijn, in het licht van het beginsel van gelijke behandeling. Ik merk in dit verband op, dat de vraag die de Ierse rechter het Hof in de zaak *Emmott* had gesteld, verder ging dan de verjaringstermijn. Die vraag had immers betrekking op de mogelijkheid van een beroep op bepalingen van nationaal procesrecht, ‘in het bijzonder bepalingen inzake termijnen, ten einde een dergelijke vergoeding te beperken of te weigeren’.

Darmon wijst er tenslotte op dat het dictum van het arrest *Emmott* in algemene bewoordingen is gesteld.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Het dictum luidt: Het gemeenschapsrecht verzet zich ertegen, dat de bevoegde autoriteiten van een Lid-Staat de nationale procedurevoorschriften inzake beroepstermijnen inroepen in het kader van een

Aan het voorgaande kan nog worden toegevoegd dat ook het beroep dat de Nederlandse regering en het uitvoeringsorgaan hebben gedaan op de eisen van een goede administratie niet overtuigend overkomt, omdat de door hen gevreesde administratieve lasten niet raken aan de toepassing van artikel 25, lid 2, AAW als zodanig. Immers ook bij de door de regering en het uitvoeringsorgaan voorgestane toepassing van artikel 25, lid 2, AAW is het praktijk dat allereerst wordt vastgesteld met ingang van welk (soms in een ver verleden liggend) tijdstip de betrokkene arbeidsongeschikt is geworden, zulks met inachtneming van de destijds, ten tijde van de aanvang van de arbeidsongeschiktheid, geldende normen. Het lijkt me dan ook aannemelijk dat de uitspraak van het Hof in het bijzonder haar verklaring vindt in de door de Nederlandse regering naar voren gebrachte bezwaren vanuit het oogpunt van het bewaren van het financieel evenwicht in het sociale zekerheidsstelsel.

In zijn uitspraak van 9 mei 1994¹⁰⁶ trekt de CRvB zijn consequenties uit de rechtspraak van het Hof. Onder verwijzing naar het arrest *Steenhorst-Neerings* stelt de Raad voorop dat het bepaalde in artikel 25, lid 2, AAW niet in strijd is met Richtlijn 79/7 EEG en evenmin met artikel 26 IVBPR. Evenmin in strijd met de discriminatieverboden acht de Raad het door het uitvoeringsorgaan gevoerde beleid op grond waarvan alleen in gevallen van bijzondere hardheid tot toekenning van een uitkering met verdergaande terugwerkende kracht dan een jaar voor de datum van aanvraag wordt overgegaan. Terwijl de betrokken uitkeringsgerechtigde het standpunt naar voren had gebracht dat de discriminatieverboden meebrachten dat

‘[het uitvoeringsorgaan] zijn bevoegdheid ten volle op een zodanige manier dient te benutten dat gehuwde vrouwen vanaf [1 januari 1980] op dezelfde wijze moeten worden behandeld als gehuwde mannen’¹⁰⁷

overweegt de Raad deze zienswijze niet te onderschrijven omdat

‘uit het [...] arrest *Steenhorst-Neerings* blijkt dat het Hof van Justitie artikel 25, tweede lid, eerste volzin, van de AAW [...] niet in strijd acht met de Richtlijn. Naar het oordeel van de Raad verdraagt eisers beleid om – behoudens in geval van bijzondere financiële hardheid – in gevallen als het onderhavige¹⁰⁸ geen gebruik te maken van zijn bevoegdheid om meer dan een jaar terugwerkende kracht te verbinden aan de toekenning van een uitkering zich evenzeer met die Richtlijn alsmede met de overige discriminatieverboden’.

In de hantering van het gezinsinkomen ter bepaling van de financiële hardheid acht de Raad evenmin een discriminatoir element gelegen,¹⁰⁹ omdat

door een particulier voor de nationale rechter tegen hen ingestelde procedure ter bescherming van de rechten die hem rechtstreeks worden toegekend door artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, zolang die Lid-Staat deze richtlijn niet naar behoren in nationaal recht heeft omgezet.

106 RSV 1994/212.

107 Welk standpunt er op neerkomt dat de formele werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988 dezelfde zou moeten zijn als de materiële werking in de tijd van deze uitspraken.

108 Het ging in deze zaak om een gehuwde vrouw die zich naar aanleiding van de uitspraken van 5 januari 1988 op 26 april 1989 met een aanvraag tot het uitvoeringsorgaan had gewend in verband met op 8 september 1964 aangevangen arbeidsongeschiktheid.

109 Van de zijde van de uitkeringsgerechtigde was aangevoerd dat deze eis indirect zou discrimineren omdat zij meer vrouwen dan mannen treft.

‘[het uitvoeringsorgaan] met zijn beleid kennelijk heeft beoogd een inkomen ter hoogte van het bestaansminimum ook aan de betrokken gehuwde vrouwen te garanderen. Dit oogmerk heeft niets van doen met discriminatie op grond van geslacht, terwijl in de gegeven omstandigheden [het] beleid [van het uitvoeringsorgaan] inzake financiële hardheid als een geschikt en noodzakelijk middel moet worden beschouwd’.

De uitspraak is voorts van belang omdat de CRvB hierin afrekent met het bezwaar dat het beleid van het uitvoeringsorgaan een zekere willekeur in zich zou dragen, omdat aan gehuwde vrouwen die op of na 1 januari 1980 met gebruikmaking van een meldingsformulier een AAW-voorziening hebben aangevraagd en op dit formulier de vraag ‘sedert wanneer bent u arbeidsongeschikt’ hebben beantwoord, wel met volledig terugwerkende kracht een uitkering wordt toegekend. Naar het oordeel van de Raad dient echter in het oog te worden gehouden dat

‘in dergelijke gevallen de ingangsdatum van de uitkering niet afhangt van [het] beleid [van het uitvoeringsorgaan] in het kader van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, maar van de uitleg van het wettelijke begrip ‘aanvraag’. De Raad aanvaardt [de] zienswijze [van het uitvoeringsorgaan] dat een op of na 1 januari 1980 ingediend ‘meldingsformulier AAW’ waarbij een verzoek van een voorziening ingevolge de AAW is gedaan en waarbij tevens is aangegeven sedert wanneer de betrokkene zich arbeidsongeschikt acht als een aanvraag om uitkering moet worden opgevat en dat dus [het uitvoeringsorgaan, dat] ter zake geen beleidsvrijheid toekomt, een juiste uitleg heeft gegeven aan het wettelijke begrip ‘aanvraag’.

2.3.2.5 De materiële en formele werking in de tijd van CRvB 5 januari 1998: tussenbalans

Anders dan bij de WWV ten gevolge van de opzet van die wet het geval was en daartoe geholpen door de, in vergelijking met het arrest *Emmott*, terughoudender opstelling van het HvJ EG in de zaak *Steenhorst-Neerings*, brengt de CRvB in zijn jurisprudentie over de AAW een scheiding aan de materiële werking in de tijd van zijn uitspraken van 5 januari 1988 (aanspraak op uitkering met ingang van 1 januari 1980) en hun formele werking in de tijd (uitbetaling van de uitkering met in beginsel niet meer dan één jaar terugwerkende kracht voor de datum van aanvraag). Dit laatste uitgangspunt geldt niet als de uitkeringsgerechtigde (eerder, mits op of na 1 januari 1980) een aanvraag om een voorziening heeft ingediend en op het desbetreffende formulier heeft aangegeven wanneer de arbeidsongeschiktheid is ingetreden. In een dergelijk geval is het mogelijk dat de materiële en formele werking in de tijd wel samenvallen, namelijk als de voorziening op of vóór 1 januari 1981 was aangevraagd.¹¹⁰

2.3.3 De wet van 3 mei 1989

De in paragraaf 2.3.2 beschreven restrictieve toepassing van artikel 25, lid 2, AAW is niet de enige dam die is opgeworpen tegen de terugwerkende kracht van de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988. Naast deze procedurele belemmering heeft de wetgever ook ingegrepen in de materiële rechten die vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouwen aan voornoemde uitspraak ontleenden. Dit is geschied bij Wet van 3

¹¹⁰ Immers ook dan zal op grond van artikel 25, lid 2, eerste volzin, AAW uitkering worden verstrekt met ingang van een jaar voor de datum van aanvraag.

mei 1989¹¹¹ houdende het recht op arbeidsongeschiktheidsuitkering op grond van de AAW van personen wier arbeidsongeschiktheid vóór 1 januari 1979 is ingetreden (hierna aangeduid als Reparatiewet-AAW). Artikel III van deze wet bepaalt dat personen die voor 1 januari 1979 arbeidsongeschikt zijn geworden en op of na 3 mei 1989 een AAW-uitkering hebben aangevraagd, aan de inkomenseis van artikel 6 AAW moeten voldoen. Artikel IV bepaalt dat de AAW-uitkering van personen die voor 1 januari 1979 arbeidsongeschikt zijn geworden wordt ingetrokken indien niet aan de inkomenseis is voldaan. De datum van intrekking was aanvankelijk bepaald op 1 juni 1990, maar is bij latere wet¹¹² vastgesteld op 1 juli 1991.

Deze artikelen zijn weliswaar neutraal geformuleerd maar hebben desalniettemin een zeer verschillende uitwerking voor mannen enerzijds en gehuwde vrouwen anderzijds. Ten aanzien van arbeidsongeschikte mannen heeft artikel III van de Reparatiewet exclusieve werking: de inkomenseis is van toepassing met betrekking tot op of na 3 mei 1989 ingediende aanvragen om AAW-uitkering. Voor mannen ziet artikel III, met andere woorden, uitsluitend op nieuwe gevallen. Ten aanzien van gehuwde vrouwen heeft artikel III echter tot gevolg dat diegenen die op grond van de uitspraken van de CRvB van 5 januari 1988 alsnog aanspraak konden maken op een AAW-uitkering, deze aanspraak (opnieuw) geblokkeerd zien als zij zich op of na 3 mei 1989 met een aanvraag tot het uitvoeringsorgaan wenden. Artikel III bevat aldus een rechtstreekse beperking van de materiële werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988.

Of dit laatste ook geldt voor artikel IV is enigszins twijfelachtig. In tegenstelling tot artikel III kan van artikel IV niet worden gezegd dat het de materiële werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988 voor een bepaalde categorie van gehuwden vrouwen geheel blokkeert – de bepaling ziet immers, behalve op mannen met een lopende uitkering, tevens op de gehuwde vrouwen die op grond van de uitspraken van 5 januari 1988 juist uitkering hebben verkregen.¹¹³ Anderzijds is het zo dat de bepaling tot gevolg heeft dat het materiële recht op uitkering voor de betrokken vrouwen na korte tijd weer komt te vervallen, terwijl arbeidsongeschikte mannen in een overigens gelijke positie vaak jaren lang aanspraak hebben kunnen maken op een uitkering.

Daarmee wil ik overigens de gevolgen die artikel IV voor (gehuwde) mannen meebracht allerminst bagatelliseren. Voor mannen die niet aan de inkomenseis voldeden heeft de Reparatiewet AAW het minstens zo dramatische gevolg dat zij werden geconfronteerd met een intrekking van hun uitkering waarmee zij op grond van de tot voor kort geldende regelgeving in het geheel geen rekening behoeften te houden. Waar het bij de hier te bespreken jurisprudentie echter steeds om gaat is dat (het alsnog moeten voldoen aan) de inkomenseis tot gevolg heeft dat aanzienlijk meer gehuwde vrouwen dan mannen worden geconfronteerd met een weigering (artikel III) of een intrekking (artikel IV) van hun uitkering.

111 Stb. 126.

112 Wet van 4 juli 1990, Stb. 386.

113 Zij het meestal met de hieraan in paragraaf 2.3.2.2 beschreven procedurele restricties.

De inkomenseis was overigens al inzet geweest van enige procedures. Deze hebben geresulteerd in een uitspraak van de CRvB van 23 juni 1992.¹¹⁴ In deze uitspraak oordeelde de CRvB de inkomenseis als zodanig niet in strijd met artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 en artikel 26 IVBPR, maar de bepaling waarbij de hoogte van deze eis was vastgesteld op f 4.403,52 wél, hetgeen de Raad deed besluiten het desbetreffende artikel 6, lid 2, AAW buiten toepassing te verklaren. Deze uitspraak is voorts een treffend voorbeeld van coördinatie tussen de gevolgen van de doorwerking van Richtlijn 79/7 EEG en die van artikel 26 IVBPR die de CRvB in de loop der tijd steeds meer is gaan nastreven: waar het, gelet op het feit dat de inkomenseis rechtstreeks verband houdt met de Wet van 20 december 1984, voor de hand had gelegen dat aan artikel 26 IVBPR voor de toepassing van artikel 6, lid 2, AAW rechtstreekse werking met ingang van 1 januari 1980 zou zijn toegekend, stelt de Raad dit tijdstip in de onderhavige uitspraak vast op 23 december 1979, de datum waarop de omzettingstermijn van de Richtlijn eindigde. Met ingang van deze datum zou aan de inkomenseis zijn voldaan als de betrokkene in het jaar voorafgaand aan de het intreden van de arbeidsongeschiktheid enig inkomen had verworven.¹¹⁵

In zijn uitspraak van 29 september 1992,¹¹⁶ die zag op een aanvraag van een gehuwde vrouw in verband met op 1 augustus 1984 aangevangen arbeidsongeschiktheid, heeft de CRvB de werking in de tijd van zijn uitspraak van 23 juni 1992 nader bepaald. Onder verwijzing naar de arresten van het HvJ EG in de zaken *Borrie Clarke*,¹¹⁷ *Dik*¹¹⁸ en *Verholen*¹¹⁹ is de CRvB van oordeel dat het feit dat betrokkene ten tijde van de aanvang van de arbeidsongeschiktheid niet voldeed aan de inkomenseis zoals deze destijds luidde, haar met ingang van 23 december 1984 niet meer mag worden tegengeworpen.¹²⁰

114 AB 1992/480 m.nt. De Leede; RSV 1992/317 en NJCM-Bulletin 18-3 (1993), p. 292-298 m.nt. G. Heerma van Voss. Zie voor een uitspraak van dezelfde strekking: CRvB 28 september 1993, AB 1994, 257; RSV 1994/93.

115 Waardoor deze eis in een nauwer verband komt te staan tot de in artikel 2 Richtlijn 79/7 EEG voor de toepasselijkheid van de richtlijn gestelde eis van het behoren tot de beroepsbevolking. Van een gelijkstelling is overigens geen sprake. Zo heeft het HvJ EG er in het arrest *Posthuma-Van Damme en Oztürk* (HvJ EG 1 februari 1996, zaak C-280/94, Jur. 1996, p. I-179; AB 1996, 261 m.nt. FP; RSV 1996/169 m.nt. F.W.M. Keunen) in verband met de ruime strekking van het begrip beroepsbevolking op gewezen dat 'iemand die in het jaar voorafgaand aan het intreden van zijn arbeidsongeschiktheid, niet enig inkomen uit of in verband met arbeid heeft verworven, niet noodzakelijkerwijs buiten de personele werkingssfeer van richtlijn 79/7 valt'. (rechtsoverwegingen 20 en 21)

116 RSV 1993/203.

117 HvJ EG 24 juni 1987, zaak 384/85, Jur. 1987, p. 2865.; RSV 1988/182 m.nt. F.W.M. Keunen in RSV 1988/183.

118 HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87, Jur. 1988, p. 1601; RSV 1988/183 m.nt. F.W.M. Keunen.

119 HvJ EG 11 juli 1991, zaken C 87/90, C 88/90 en C 89/90, *Verholen, Wetten-Van Uden en Heiderijk*, Jur. 1991, p. I-3757.; RSV 1991/227. In deze arresten heeft het Hof beslist dat in de door Richtlijn 79/7 EEG bestreken gevallen in het algemeen de gevolgen van wetgeving die strijdig is met artikel 4, lid 1, van de richtlijn niet kunnen worden gehandhaafd na het einde van de in de richtlijn opgenomen omzettingstermijn. De arresten *Borrie Clarke* en *Dik* zijn hiervoor behandeld in par. 1.2. Op het arrest *Verholen e.a.* wordt teruggekomen in par. 4.2.

120 Zie in gelijke zin: CRvB 28 september 1993, AB 1994, 257; RSV 1994/93.

De Reparatiewet AAW is heftig bekritiseerd¹²¹ en leidde al snel tot jurisprudentie met betrekking tot de verenigbaarheid van de artikelen III en IV met Richtlijn 79/7 EEG. Zo oordeelt de Raad van Beroep Arnhem op 6 februari 1992 in een fraai gemotiveerde uitspraak¹²² artikel IV van de Reparatiewet-AAW indirect discriminerend ten opzichte van vrouwen en deswege onverbindend wegens strijd met artikel 26 IVBPR.¹²³ De uitspraak betreft een ongehuwde vrouw die op grond van de 'oude' AAW al sinds 27 maart 1979 een uitkering had genoten. Nadat was komen vast te staan dat de betrokken vrouw in het jaar voorafgaande aan het intreden van haar arbeidsongeschiktheid geen inkomen uit arbeid had genoten,¹²⁴ had het uitvoeringsorgaan haar uitkering met toepassing van artikel IV van de Reparatiewet-AAW ingetrokken. De Raad van Beroep komt tot dit oordeel op grond van cijfermateriaal van de Sociale Verzekeringsraad, dat er op wijst dat aanzienlijk meer vrouwen dan mannen met een intrekking van de AAW-uitkering per 1 juli 1991 werden geconfronteerd. Het hieruit voortvloeiende vermoeden van discriminatie is naar het oordeel van de Raad niet weerlegd door een rechtvaardigingsgrond. Interessant is dat de Raad, mede gezien het gestelde in de memorie van toelichting bij het voorstel tot de reparatiewetgeving, overweegt dat het doel van de Reparatiewet-AAW is geweest om een groot deel van de vrouwen, die op grond van de uitspraak van de CRvB van 5 januari 1988 alsnog in aanmerking kwamen voor een AAW-uitkering, na enige tijd het recht op deze uitkering weer te kunnen ontnemen.

Noch in het in 1979 door de wetgever aan de AAW ten grondslag gelegde inkomensdervingsbeginsel, noch in budgettaire overwegingen acht de Raad een rechtvaardigingsgrond gelegen. In het inkomensdervingsbeginsel niet, omdat ten aanzien van de uitkeringsgerechtigden die vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt zijn geworden het inkomensdervingsbeginsel juist niet werd toegepast en zulks ook als juist werd aanvaard. De Raad overweegt hierbij dat de wens het inkomensbeginsel ook toe te passen op alle vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt geworden personen immers pas is opgekomen toen als gevolg van de jurisprudentie van de CRvB een grote toestroom van gehuwde (voor 1 januari 1979 arbeidsongeschikt geworden) vrouwen werd gevreesd.

In het budgettaire aspect acht de Raad van Beroep alleen al om die reden geen rechtvaardigingsgrond gelegen, dat de werkelijk 'toestroom' van gehuwde vrouwen aanzienlijk kleiner bleek te zijn dan door de regering was gevreesd. Van meer principieel belang is echter dat de Raad bij zijn beoordeling of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond voor het uit artikel IV van de Reparatiewet-AAW voortvloeiende verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, mede belang hecht aan de gevolgen die deze regeling te weeg brengt voor de groep in wier nadeel het verschil uitvalt. De Raad overweegt in dit verband dat

121 Comité Gelijke Rechten Nu, Gelijke behandeling in de AAW, Rechtshulp nr. 6/7, 1990, p. 2-10; H. van der Schaar, AAW, een getalsmatige toets, *Nemesis* nr. 4, juli/aug. 1990, p. 178-180; M. Steinmetz, De grondslagen in de AAW, *Nemesis* nr. 2, maart/april 1990, p. 67-76.

122 RSV 1992/166.

123 De Raad van Beroep toetste in casu niet aan Richtlijn 79/7 EEG, omdat de betrokken vrouw naar het oordeel van de Raad niet onder de personele werkingssfeer van de richtlijn viel, aangezien zij sinds 1960 geen inkomensvormende arbeid meer had verricht. In 1960 was de vrouw in het huwelijk getreden. Ten tijde van haar aanvraag om een AAW-uitkering op 27 maart 1980 terzake van met ingang van 1 oktober 1975 aangevangen arbeidsongeschiktheid was zij evenwel ongehuwd.

124 In het geval van de betrokken vrouw betrof dit dus het jaar voorafgaande aan 1 oktober 1975!

‘vastgesteld moet worden dat toepassing van art. IV van de Wet van 3 mei 1989 voor bedoelde groep tot zeer ingrijpende gevolgen leidt, nu de essentie van dit artikel niet is dat de voorwaarden om uitkering te verkrijgen voor komende gevallen worden aangescherpt, maar dat *bestaande aanspraken worden aangetast*.

Voor een gedeelte van deze groep betekent de toepassing van artikel IV van de Wet van 3 mei 1989 het ontnemen van een uitkering die, als gevolg van rechterlijke uitspraken, in het kader van de gelijkberechtiging van mannen en vrouwen werd verkregen. Voor een andere – en groter – gedeelte van die groep leidt genoemd artikel tot intrekking van een langdurig lopende uitkering, waarvan de voortzetting op de tot nog toe geldende voorwaarden leek te zijn verzekerd’. (mijn cursivering, RB)

De verenigbaarheid van de Reparatiwet-AAW met de derde EG-richtlijn komt vervolgens principieel aan de orde naar aanleiding van een verzoek om een prejudiciële beslissing aan het HvJ EG van de rechtbank te 's-Hertogenbosch.¹²⁵ In zijn naar aanleiding van dit verzoek gewezen uitspraak in de zaak *Roks*¹²⁶ maakt het HvJ EG korte metten met artikel III. Na te hebben overwogen dat gehuwde vrouwen op grond van de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG met ingang van 23 december 1984 recht hadden op een AAW-uitkering onder dezelfde voorwaarden als mannen die in een gelijke situatie verkeerden, derhalve zonder aan de inkomenseis te behoeven te voldoen, en na voorts te hebben verwezen naar zijn vaste rechtspraak op grond waarvan te laat vastgestelde uitvoeringsmaatregelen ten volle rekening moeten houden met de rechten die artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG ten gunste van particulieren heeft doen ontstaan vanaf 23 december 1984, concludeert het Hof in bijna laconieke bewoordingen dat

‘bijgevolg een Lid-Staat in de nationale wettelijke regeling die strekt tot uitvoering van artikel 4, lid 1 van richtlijn 79/7 en die na het verstrijken van de in die richtlijn bepaalde termijn is vastgesteld, geen voorwaarde [mag] opnemen waardoor gehuwde vrouwen rechten worden ontzegd die zij bij het verstrijken van die termijn aan de rechtstreekse werking van de bepaling van gemeenschapsrecht ontleenden’.

Voorzover door de uitvoeringsorganen was aangevoerd dat slechts aan gehuwde vrouwen die na de datum van inwerkingtreding van de Reparatiwet-AAW een uitkering hebben aangevraagd rechten werden ontzegd en dat deze uitsluiting gelijkelijk voor mannen gold, voegt het Hof nog aan het voorgaande toe dat

‘mannen wier arbeidsongeschiktheid dateert van voor 1 januari 1979 vóór de vaststelling van de Wet van 3 mei 1989 recht hadden op een AAW-uitkering zonder dat zij aan de inkomenseis behoeften te voldoen, zodat zij redelijkerwijs voor die datum een dergelijke uitkering hebben kunnen aanvragen, terwijl gehuwde vrouwen die niet aan de inkomenseis voldeden, *geen reden hadden een aanvraag in te dienen*, daar zij ingevolge de destijds toepasselijke nationale wettelijke regeling niet voor een AAW-uitkering in aanmerking kwamen.

In die omstandigheden leidt artikel III van de Wet van 3 mei 1989, door van die vrouwen te verlangen dat zij hun uitkering voor de datum van inwerkingtreding van de wet hebben aangevraagd, tot een bevestiging van de discriminatie zoals deze voor die tijd bestond, daar de vrouwen die als gevolg van de inkomenseis zijn gediscrimineerd, na genoemde datum geen aanspraak meer kunnen maken op de AAW-uitkering waarop zij ingevolge de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 sedert 23 december 1984 wel recht hadden’. (mijn cursivering, RB)

125 Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 juli 1992, RSV 1993/12.

126 HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Roks*, Jur. p. I-571; RSV 1994/214.

In wezen komt de uitspraak van het Hof er simpelweg op neer dat artikel III van de Reparatiewet onverenigbaar is met artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG, omdat artikel III de gehuwde vrouwen een hun krachtens de rechtstreekse werking van de richtlijn bepaling toekomend recht weer ontnemt. Van het nuttig effect van de richtlijn zou inderdaad weinig overgebleven zijn als het Hof in andere zin had beslist. Interessant is echter dat het Hof geen aanleiding heeft gevonden om anders te oordelen in verband met de uitvoeringspraktijk waarbij aan gehuwde vrouwen die vóór 3 mei 1989 een aanvraag hadden ingediend, alsnog een uitkering werd verstrekt. Dat het blijkens de zojuist geciteerde overwegingen aan de desbetreffende gehuwde vrouwen niet kan worden tegengeworpen dat zij hun alsnog verkregen rechten door middel van een vóór 3 mei 1989 ingediende aanvraag geldend hebben gemaakt, vindt zijn verklaring in het aanvankelijk ook aan het arrest *Emmott* toegeschreven uitgangspunt dat aan degenen die aan de richtlijn (materiële) rechten ontnemen, voordat een juiste omzetting van de richtlijn heeft plaatsgevonden, niet kan worden tegengeworpen dat zij geen gebruik hebben gemaakt van de in het nationale recht voorziene procedure om hun rechten geldend te maken.

Het Hof komt aldus tot de conclusie dat artikel III van de Reparatiewet-AAW onverenigbaar is met richtlijn 79/7. Dat heeft tot gevolg dat aan vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouwen die na 3 mei 1989 een aanvraag indienen, de inkomenseis dus niet meer mag worden gesteld.

Ten aanzien van de verenigbaarheid van artikel IV van de Reparatiewet verschaft het arrest *Roks* geen definitief uitsluitel. Enerzijds volgt uit het arrest

‘dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen de invoering van een nationale wettelijke regeling die, door het behoud van het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering afhankelijk te stellen van een voorwaarde die voortaan voor zowel mannen als vrouwen geldt, tot gevolg heeft, dat vrouwen voor de toekomst rechten worden ontnomen die zij ontleenden aan de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7’. (mijn cursivering, RB)

Anderzijds volgt uit het arrest dat de ‘voorwaarde die voortaan voor zowel mannen als vrouwen geldt’ niet indirect discriminerend mag zijn. De desbetreffende, in artikel IV van de Reparatiewet-AAW opgenomen voorwaarde is de door de CRvB in zijn uitspraak van 23 juni 1992 geformuleerde inkomenseis dat in het jaar voorafgaande aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid ‘enig’ inkomen moet zijn verworven. Door de rechtbank ‘s-Hertogenbosch was in de verwijzende uitspraak aan het HvJ EG de vraag voorgelegd of deze inkomenseis als indirect discriminerend voor vrouwen diende te worden beschouwd, ‘zelfs’ als deze haar rechtvaardiging zou vinden in budgettaire overwegingen. Het Hof is categorisch in zijn antwoord dat

‘artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 zich verzet tegen de toepassing van een nationale wettelijke regeling die de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de betrokkene in het jaar voordat de arbeidsongeschiktheid is ingetreden, enig inkomen heeft genoten, welke voorwaarde, ofschoon zij geen onderscheid maakt naar geslacht, een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, zelfs wanneer de vaststelling van deze wettelijke regeling haar rechtvaardiging vindt in budgettaire overwegingen’.

Onzeker bleef echter of andere rechtvaardigingsgronden dan van louter budgettaire aard wellicht wél een voldoende rechtvaardigingsgrond zouden bieden.

Definitieve duidelijkheid werd niet eerder verkregen dan bij het naar aanleiding van een verzoek om prejudiciële beslissing van de CRvB¹²⁷ gewezen arrest *Posthuma-Van Damme*

en *Oztürk*.¹²⁸ Met dit arrest heeft het HvJ EG een nadere uitleg gegeven van het arrest *Roks*. In het verwijzingsbevel had de CRvB zowel de verenigbaarheid van de inkomenseis als zodanig¹²⁹ met Richtlijn 79/7 EEG aan de orde gesteld als die van artikel IV van de Reparatiewet. Het Hof is van oordeel dat de vragen van de CRvB aldus moeten worden verstaan dat

‘zij ertoe strekken te vernemen of artikel 4, lid 1, van de richtlijn 79/7 zich verzet tegen de toepassing van een nationale wettelijke regeling die de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de betrokkenen in het jaar voordat de arbeidsongeschiktheid is ingetreden, enig inkomen uit of in verband met beroepswerkzaamheid heeft verworven, wanneer vaststaat dat die voorwaarde meer vrouwen dan mannen treft’.

Het Hof maakt allereerst duidelijk dat uit zijn ontkennende beantwoording van de hem in de zaak *Roks* voorgelegde vraag of een uit de toepassing van de inkomenseis voortvloeiende indirecte discriminatie gerechtvaardigd kan zijn met het oog op budgettaire belangen, geen conclusies kunnen worden verbonden met betrekking tot eventuele andere rechtvaardigingsgronden. In dit verband was door de Nederlandse regering en de desbetreffende uitvoeringsorganen aangevoerd dat de AAW ten gevolge van de introductie van de inkomenseis bij de Wet van 20 december 1979 van een zuivere volksverzekering in een inkomensdervingsverzekering die de verzekerden een minimuminkomen garandeert, was veranderd. Dit inkomensdervingsbeginsel zou met de Reparatiewet-AAW nog verder zijn aangescherpt. Aldus zou de Nederlandse wetgever een legitieme doelstelling van sociaal beleid hebben nagestreefd.

Naar aanleiding van dit betoog overweegt het Hof dat

‘het garanderen van een minimuminkomen aan degenen die een inkomen genoten uit of in verband met een beroepswerkzaamheid waarvan zij de uitoefening wegens arbeidsongeschiktheid hebben moeten staken, beantwoordt aan een legitieme doelstelling van sociaal beleid. De regel, dat dat minimuminkomen enkel wordt uitgekeerd indien de betrokkenen in het jaar voorafgaand aan het intreden van zijn arbeidsongeschiktheid, een dergelijk inkomen heeft verworven, is een geschikt en, naar de nationale wetgever in de uitoefening van zijn bevoegdheid in redelijkheid heeft kunnen oordelen, noodzakelijk middel om dat doel te bereiken’.

Waarna het Hof opmerkt dat

‘aan deze vaststelling niet [wordt] afgedaan door de omstandigheid, dat een dergelijke regeling in de plaats is gekomen van een zuivere volksverzekering en dat de groep van personen die voor een uitkering ingevolge die regeling in aanmerking komen, later is verkleind tot degenen die op het moment van het intreden van het risico daadwerkelijk inkomen uit of in verband met een beroepswerkzaamheid derfden’.

Het Hof is voorts van oordeel dat

‘het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet, dat een Lid-Staat maatregelen neemt als gevolg waarvan bepaalde categorieën van personen het recht op een uitkering van sociale zekerheid wordt ontnomen, op voorwaarde dat daarbij het in artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 geformuleerde beginsel van gelijke behandeling in acht wordt genomen. Onder dezelfde voorwaarde

127 CRvB 7 oktober 1994, RSV 1995, 121.

128 HvJ EG 1 februari 1996, zaak C-280/94, Jur. p. I-179; RSV 1996/169.

129 Zoals deze luidde met inachtneming van CRvB 23 juni 1992, AB 1992, 480 m.nt. De Leede; RSV 1992/317; NJCM-Bulletin 18-3 (1993), p. 292-298 m.nt. G. Heerma van Voss.

staat het een Lid-Staat eveneens vrij, in het kader van zijn sociaal beleid nieuwe modaliteiten te bepalen, als gevolg waarvan het aantal personen dat voor een uitkering in aanmerking komt, kleiner wordt.’

Het Hof komt mede tot dit oordeel tegen de achtergrond van vaste jurisprudentie op grond waarvan de Lid-Staten een ruime beoordelingsmarge toekomt bij de uitoefening van bevoegdheden die samenhangen met het voeren van een sociaal beleid.¹³⁰

Het Hof beantwoordt de vragen van de CRvB dan ook aldus dat

‘artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 zich niet verzet tegen de toepassing van een nationale wettelijke regeling die de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de betrokkene in het jaar voordat de arbeidsongeschiktheid is ingetreden, enig inkomen uit of in verband met een beroepswerkzaamheid heeft verworven, zelfs indien vaststaat dat die voorwaarde meer vrouwen dan mannen treft’.

Ook aan deze uitspraak kan naar mijn mening een zeker rechtspolitiek karakter niet worden ontzegd. Evenals van het arrest *Steenhorst-Neerings* is het gevolg van deze uitspraak dat de Nederlandse Staat grote kosten zijn bespaard, maar blijft de vraag knagen of het Hof wel op een juridisch consistente wijze tot zijn uitspraak is gekomen. Meer in het bijzonder is het de vraag of het Hof zich met deze uitspraak wel voldoende rekenschap heeft gegeven van de, in materieel opzicht, terugwerkende kracht van de uitspraken van 5 januari 1988.¹³¹ In dit verband kan het volgende worden opgemerkt.

Bij uitspraak van 19 april 1990 in de zaak *Teuling-Worms*¹³² heeft de CRvB de doelstelling van de AAW, zoals deze wet met ingang van 1 januari 1980 luidt, omschreven als het fungeren van een bodemverzekering binnen het geheel van verzekeringen tegen arbeidsongeschiktheid door het verstrekken van een aan het sociaal minimum gerelateerde uitkering – waarbij het niveau van het sociaal minimum als maximum dient – aan die verzekerden die inkomen uit of in verband met arbeid derven als gevolg van arbeidsongeschiktheid en die deswege niet in hun kosten van levensonderhoud kunnen voorzien. Naar het oordeel van de CRvB valt de AAW aldus mede te kenschetsen als een inkomensdervingsverzekering tegen arbeidsongeschiktheid. Dit dervingsbeginsel is bij de Wet van 20 december 1979 vorm gegeven door als voorwaarde voor het recht op uitkering de inkomenseis te

130 Zie onder meer de arresten van 9 juli 1987, gevoegde zaken 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 en 287/85, *Duitsland e.a./Commissie*, Jur. 1987, p. 3203, en 7 mei 1991, zaak C-229/89, *Commissie/België*, Jur. 1991, p. I-2205. Mede gelet op de conclusie van A-G Fennelly zou in de aanknoping bij deze, mede op de toenmalige artikel 177 en 188 van het EEG-Verdrag gebaseerde ruime marge tevens de verklaring zijn gelegen voor het feit dat het Hof artikel IV van de Reparatiwet-AAW, hoewel zulks door de CRvB in de vraagstelling uitdrukkelijk aan de orde was gesteld, niet heeft getoetst aan het ook aan het communautaire recht ten grondslag liggende rechtszekerheidsbeginsel.

131 Zoals hiervoor is uiteengezet berust deze terugwerkende kracht op de rechtstreekse werking met ingang van 1 januari 1980 van artikel 26 IVBPR (zie par. 2.3.1). Zoals hiervoor eveneens is aangegeven heeft de toepassing van richtlijn 79/7 EEG voor de AAW dezelfde terugwerkende effecten tot gevolg, met dien verstande dat het recht op uitkering voor de gehuwde vrouwen eerst verkregen wordt met ingang van 23 december 1984.

132 RSV 1990/323 m.nt. C.M. Sjerps.

stellen.¹³³ Naar de Raad van Beroep Arnhem in voornoemde uitspraak van 6 februari 1992¹³⁴ echter fijntjes heeft opgemerkt

‘dient in aanmerking te worden genomen dat de wetgever wat betreft het stellen van een inkomenseis het omslagpunt aanvankelijk heeft willen leggen op 1 januari 1979¹³⁵ en deze eis niet alsnog heeft willen stellen aan degenen wier arbeidsongeschiktheid vóór 1 januari 1979 was ingetreden, ook niet indien op 1 januari 1980 nog geen toekenning van uitkering had plaatsgevonden en evenmin als op die datum nog geen aanvraag om uitkering was ingediend’.

Naar het oordeel van de Raad van Beroep

‘[kan] tegen deze achtergrond bezien [...] in elk geval niet worden aangenomen, dat de wetgever voor het bekend worden van de uitspraken van 5 januari 1988 van de Centrale Raad van Beroep nog argumenten had om ten aanzien van degenen die vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt zijn geworden, het inkomensbeginsel alsnog op dezelfde min of meer stringente wijze te realiseren als ten aanzien van degenen wier arbeidsongeschiktheid na die datum is ingetreden.

Pas nadat was gebleken dat vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt geworden gehuwde vrouwen niet konden worden uitgesloten van de regeling die voor de overige vóór die datum arbeidsongeschikt geworden personen reeds gold en ten aanzien van hen was gehandhaafd, kwam de wetgever tot de conclusie dat het inkomensdervingsbeginsel zoals dit vanaf 1 januari 1980 in de AAW gestalte heeft gekregen, alsnog ook zou moeten worden doorgevoerd in gevallen waarin de arbeidsongeschiktheid vóór 1 januari 1979 was ingetreden’.

De Raad van Beroep legt hiermee de vinger op de zere plek. Om het een beetje simpel uit te drukken: het blijft wringen dat de door de CRvB aangenomen onrechtmatigheid bestaande in het toepassen van de inkomenseis op gehuwde vrouwen die vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt zijn geworden, zou kunnen worden gerepareerd door het alsnog, maar dan voor mannen en vrouwen gelijkelijk, invoeren van diezelfde eis, terwijl dit tot gevolg heeft dat juist de aanvankelijk ten onrechte uitgesloten vrouwen na korte tijd weer met een intrekking worden geconfronteerd. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat artikel IV van de Reparatiewet-AAW in samenhang met artikel 25, lid 2, AAW meebrengt dat vóór 1 januari 1979 arbeidsongeschikt geworden vrouwen die op of na 1 juli 1992 een uitkering hebben aangevraagd, behoudens bijzondere gevallen, geheel van de uitkering worden uitgesloten. Dat zou gerechtvaardigd zijn te achten vanuit de gedachte dat een recht op uitkering tijdig door middel van een daartoe strekkende aanvraag geldig zou moeten worden gemaakt, maar de AAW voorziet nu juist niet in de regeling van een aanvraagtermijn. Over de vraag of de voor de door de Reparatiewet-AAW teweeg gebrachte indirecte discriminatie een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat kan men twisten. De overwegingen van het Hof wijzen in de richting dat dit wel het geval is. De Raad van Beroep Arnhem beantwoordt deze vraag, mede gelet op die in die uitspraak weergegeven statistische gegevens – naar mijn mening terecht – ontkennend.

133 Zie in dit verband tevens Raad van Beroep Rotterdam, 14 januari 1992, RSV 1992/165.

134 RSV 1992/166.

135 Daarbij maakt deze Raad onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Wet van 20 december 1979 ook nog aannemelijk dat bij de introductie van de inkomenseis per 1 januari 1980 überhaupt de bedoeling heeft voorgezet een in de AAW passend toelatingscriterium aan te leggen om een grote instroom van gehuwde vrouwen te voorkomen.

Het laatste bedrijf¹³⁶ van de juridische strijd rond de inkomenseis vormt de uiteindelijk uitspraak van de CRvB in zaak *Posthuma-Van Damme*.¹³⁷ De Raad leest in het arrest van het Hof een bindend oordeel dat het gemeenschapsrecht zich op generlei wijze verzet tegen de inhoud of de toepassing van artikel IV van de Reparatiwet-AAW. De Raad acht op grond van de door het Hof gegeven overwegingen evenmin strijd aanwezig met artikel 26 IVBPR¹³⁸ en acht, onder verwijzing naar het *Harmonisatiewet*-arrest evenmin aanleiding voor aantasting van de wet wegens strijd met ongeschreven rechtsbeginselen.¹³⁹ De Raad erkent echter het gewicht van de bezwaren van diegenen die zich geconfronteerd zien met de ontneming van een – in een aantal gevallen – reeds vele jaren geleden toegelkende aanspraak, zonder dat zich in hun persoonlijke omstandigheden een wijziging heeft voorgedaan en besluit met de opmerkelijke overweging dat

‘bij de Wet van 3 mei 1989 een juridische constructie is gevolgd welke op bedenkingen kan stuiten. Hier wordt immers, anders dan gebruikelijk, bij een ingreep in bestaande rechtsverhoudingen niet aangeknoopt bij een of meer elementen van de actuele positie van betrokkenen – i.c. als gerechtigden tot een uitkering – innemen, maar wordt teruggegrepen op een niet meer door betrokkenen ingenomen, want vóór het intreden van het verzekerd risico gelegen, positie, waarvan de juridische status en de betekenis daarvan voor de actuele rechtspositie achteraf worden gewijzigd. Dit strookt niet met de juridische notie dat voor een bepaalde rechtspositie geldende (zuivere) ontstaansvoorwaarden in het algemeen hun juridische relevantie, en daarmee hun aantastbaarheid, verliezen vanaf het tijdstip waarop de rechtstoestand intreedt tot het ontstaan waarvan zij de voorwaarden vormden.’

2.4 Conclusie

Waar bij de in de vorige paragraaf besproken jurisprudentie met betrekking tot de WWV sprake was van een vrijwel gelijk lopen van de materiële en de formele werking in de tijd van de jurisprudentie waarbij de ongelijke behandeling ongedaan werd gemaakt, laat de thans besproken rechtspraak over de AAW een ander beeld zien. Enerzijds is er, evenals bij de WWV, sprake van een zeer ruime materiële terugwerking van de desbetreffende jurisprudentie, anderzijds is er, anders dan bij de WWV, sprake van een veel beperktere formele terugwerking. Deze vindt haar verklaring in artikel 25, tweede lid, van de AAW, in combinatie met de veel geringere bereidheid van de CRvB om in de onbekendheid met het onrechtmatig karakter van het AAW-overgangsrecht aanleiding te zien daadwerkelijk rechtsherstel met verdergaande terugwerkende kracht dan een jaar voor de aanvraag mogelijk te maken, zulks in combinatie met de wat terughoudender opstelling van het HvJ EG in de zaken *Steenhorst-Neerings* en *Posthuma-Van Damme*.

136 Met nog één toegift: in zijn uitspraken van 11 april 1997, RSV 1997/263, 16 januari 1998, JB 1998/60 en van 22 december 1999 (RSV 2000/78) oordeelde de CRvB artikel IV van de Reparatiwet evenmin in strijd met artikel 14 EVRM in verbinding met artikel 1 van het Eerste Protocol bij dit verdrag.

137 CRvB 15 mei 1996, AB 1996 329 m.nt. F. Pennings; RSV 1996/170.

138 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS; AB 1989, 207 m.nt. FHvdB; *Ars Aequi* 38 (1989), p. 578 m.nt. Hirsch Ballin.

139 Annotator Pennings acht het overigens opmerkelijk dat het oordeel van het Hof, zonder nadere toelichting, door de CRvB wordt gehanteerd om een bepaling van een geheel ander internationaal orgaan te interpreteren, maar wijst erop dat dit oordeel goed past in de ontwikkeling dat de nationale rechter conform het EU-recht het nationale recht moet uitleggen, welke ontwikkeling werd ingezet met het arrest *Marleasing* (HvJ EG 13 november 1990, zaak 106/89, Jur. 1990, p. 4135).

3. De wisselwerking tussen de AAW en de AWW

3.1 CRvB 7 december 1988

Uit de hiervoor behandelde uitspraken inzake de WUV en de AAW blijkt dat de CRvB bij zijn toetsing aan artikel 26 IVBPR een onderscheid maakt tussen, enerzijds, het tijdstip met ingang waarvan de in geding zijnde wetgeving in strijd met artikel 26 IVBPR wordt geacht en, anderzijds, het tijdstip met ingang waarvan de rechter aan deze strijd consequenties mag verbinden. De vaststelling van het eerste tijdstip hangt samen met de voor de in geding zijnde wetgeving samenhangende maatschappelijke ontwikkelingen. Toegespitst op de hier behandelde sociale zekerheidswetgeving kan een onderscheid dat eens gerechtvaardigd was, door het optreden van veranderingen in de maatschappelijke rolpatronen tot discriminatoir (ver)worden.¹⁴⁰ Wordt eenmaal aangenomen dat er sprake is van een door artikel 26 IVBPR verboden discriminatie dan ligt het, in de visie van de CRvB, allereerst op de weg van de wetgever om de discriminatie op te heffen. De Raad acht het, gelet op de aard van de sociale zekerheidswetgeving, aanvaardbaar dat de wetgever enige tijd gegund wordt om de verboden discriminatie op te heffen.¹⁴¹

Het moment met ingang waarvan de wetgever geacht wordt nalatig te zijn ten aanzien van zijn plicht de discriminatie op te heffen is bepalend voor het tweede tijdstip, dat ziet op het moment met ingang waarvan door de rechter rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR wordt aangenomen. De bepaling van dit moment is in die zin (enigszins) objectiever dan van het eerste (het moment met ingang waarvan discriminatie wordt aangenomen) dat de rechter aanknopingspunten zoekt bij de omzettingstermijn van Richtlijn 79/7 EEG (in de WUV-zaak) of bij op het opheffen van de discriminatie gericht handelen van de wetgever zelf (in de hiervoor behandelde AAW-zaken).

In de in deze paragraaf te behandelen uitspraak van 7 december 1988,¹⁴² die ziet op de beperking in de AWW tot een weduwenpensioen, volgt de CRvB een overeenkomstige wijze van redeneren, met dien verstande dat de Raad voor het bepalen van het moment met ingang waarvan aan artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking niet meer kon worden ontzegd van belang acht dat

‘reeds omstreeks het moment van inwerkingtreding voor Nederland van het IVBPR, althans betrekkelijk kort daarna, de meerbedoelde beperking in de AWW ook aan regeringszijde als een duidelijk knelpunt werd ervaren’

en verbond hieraan de conclusie dat de periode voor het geleidelijk opheffen van de discriminatie van de weduwnaar in elk geval ten tijde van het overlijden van de echtgenote op 6 april 1986 reeds ruimschoots was verstreken. Een in algemene termen vervatte overweging met betrekking tot het tijdstip met ingang waarvan rechtstreekse werking moest

¹⁴⁰ Of, zoals Keunen het heeft uitgedrukt in verband met de omstandigheid dat de AWW niet voorzag in een weduwnaarspensioen: ‘wat eens een geboden differentiatie was verwordt tot een verboden discriminatie’ (noot onder CRvB 7 december 1988, RSV 1989/67).

¹⁴¹ Of, zoals de Raad het zelf formuleert, acht hij ‘grond aanwezig het rechtens voor niet onaanvaardbaar te houden dat discriminatie in de nationale wetgeving in sommige situaties slechts geleidelijk [kan] worden opgeheven’ (zie o.m. CRvB 7 december 1988, AB 1989, 10 m.nt. J.H. Smits; RSV 1989/67 m.nt. F.W.M. Keunen).

¹⁴² CRvB 7 december 1988, AB 1989, 10 m.nt. J.H. Smits; RSV 1989/67 m.nt. F.W.M. Keunen).

worden aangenomen ontbrak, anders dan in de hiervoor behandelde uitspraken inzake de WUV, de WWV en de AAW, echter geheel. Niettemin is ook al in deze uitspraak een aanwijzing te vinden voor de bij latere rechtspraak¹⁴³ plaatsgevonden hebbende vaststelling van dit tijdstip op 23 december 1984, nu de Raad immers overweegt dat de bepalingen van Richtlijn 79/7 (van supranationale aard) en artikel 26 IVBPR (van internationaal-rechtelijke aard) weliswaar geen onderling afhankelijke werking hebben, maar dat dit

‘onverlet laat dat, waar enige speling kan worden aanvaard, synchronisatie alsdan op grond van vooral praktische overwegingen aanbeveling kan verdienen’.

De uitspraak van 7 december 1988 heeft sterk de aandacht getrokken. Allereerst maakt de CRvB korte metten met het – ook door het desbetreffende uitvoeringsorgaan naar voren gebrachte – argument dat er voor rechterlijk ingrijpen ter opheffing van de discriminatie van de weduwnaar geen plaats zou zijn, omdat de omstandigheid dat de weduwnaar niet voor een AWW-uitkering in aanmerking kwam was terug te voeren op de tot de weduwe beperkte werkingssfeer van de AWW en niet op een in een uitzonderingsbepaling van die wet vervatte beperking. In het laatste geval zou de discriminatie opgeheven kunnen worden door de uitzonderingsbepaling met toepassing van artikel 94 van de Grondwet buiten toepassing te laten; artikel 94 van de Grondwet zou evenwel niet voorzien in een bevoegdheid van de rechter om de werkingssfeer van de AWW ‘op te rekken’ tot weduwnaars.¹⁴⁴ De Raad verwerpt dit standpunt en overweegt hiertoe dat

‘het door [het uitvoeringsorgaan] ingenomen standpunt zou betekenen dat discriminatie welke haar grond vindt in een uitzonderingsbepaling, wel door een rechterlijke beslissing kan worden opgeheven door een buiten toepassing laten van die bepaling ingevolge artikel 94 van de Grondwet, doch dat discriminatie welke voortvloeit uit de rechtstreekse aanwijzing van de kring van rechthebbenden bij of krachtens de wet, bij rechterlijke toetsing in voorkomend geval in stand zou moeten worden gelaten.

De Raad is van oordeel dat het voor Nederland geldende [...] stelsel van het doorwerken van internationaal en supranationaal recht in het nationale recht met zich meebrengt dat bij de rechterlijke beslissing de discriminatie in het geval er strijd met art. 26 van het IVBPR bestaat en aan dit artikel rechtstreekse werking toekomt, moet worden opgeheven, ook wanneer de discriminatie niet aan een uitzonderingsbepaling is toe te schrijven. Dit stelsel laat derhalve, wat de AWW betreft, naar het oordeel van de Raad niet toe dat hij zou volstaan met het noemen van de wetgever als hebbende exclusief de taak om [...] bij strijd van de AWW met art. 26 IVBPR, welke is ontstaan als gevolg van niet-tijdige opheffing van discriminatie door wetswijziging, een oplossing te zoeken voor de tijd dat die strijdigheid bestaat en nog zal voortduren’.¹⁴⁵

Opmerkelijk is voorts dat, waar de Raad eerder in de uitspraak benadrukt dat Richtlijn 79/7 EEG en artikel 26 IVBPR geen onderling onafhankelijke werking hebben, hij voor wat het verbinden van consequenties aan de geconstateerde strijdigheid met artikel 26

143 CRvB 30 januari 1991, AB 1991, 339 m.nt. De Leede; RSV 1991/182 m.nt. J.J.A. Kooijman.

144 Hiermee houdt verband het standpunt dat, hoewel sprake is van strijd met artikel 26 IVBPR, het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan de discriminatie door middel van oprekking van de AWW op te heffen. Zie F.W.M. Keunen (RSV 1989/67) die in dit verband verwijst naar de jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230 m.nt. W.C.L. van der Grinten.

145 Zie ook de noot van A.W. Heringa in NJCM-Bulletin 14-1 (1989), p. 80, die opmerkt dat uit de uitspraak blijkt dat ‘artikel 94 Grondwet, hoewel dat slechts spreekt van ‘buiten toepassing laten’ ook ziet op de omstandigheid waar de strijdigheid met het internationale recht op positieve wijze (niet door schrapping maar door uitbreiding) dient te worden weggenomen’.

IVBPR betreft, aansluiting lijkt te zoeken bij de hiervoor¹⁴⁶ behandelde arresten van het HvJ EG in de zaken *FNV*¹⁴⁷ en *Dik*¹⁴⁸ waar hij overweegt dat

‘de rechtstreekse werking [...] voor het ter toetsing van de rechter staande geval het effect [dient] te hebben dat bij het bestaan van recht op uitkering en pensioen van weduwen op grond van de AWW aan de na het overlijden van een der echtelieden achterblijvende de in deze wet voor een weduwe voorziene aanspraken toekomen, ongeacht of de achterblijvende de man dan wel de vrouw is’.

Deze overweging kan niet anders worden verstaan dan dat de Raad op grond van de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR *met terugwerkende kracht* een recht op nabestaandenuitkering voor weduwnaars creëert, waarvoor het door de AWW geregelde weduwnepensioen het referentie kader vormt. Dit is mede af te leiden uit de volgende overweging waarin de Raad aangeeft naar aanleiding van het door het uitvoeringsorgaan aangevoerde argument dat de wetgever bij het opheffen van het in geding zijnde onderscheid tussen man en vrouw met het oog op artikel 26 IVBPR de keuze heeft uit verschillende mogelijkheden en daarom de keuze aan de wetgever moet worden gelaten, opmerkt dat hij

‘[dit] in zoverre [beaamt dat] het in casu gaat om de binnen het raam van internationaal (en supranationaal) recht te maken *keuzen voor de toekomst*. Waar het – zoals in casu – evenwel gaat om *voor de opheffing der discriminatie gelegen tijd waarin de justitiabele art. 26 van het IVBPR ten dienste staat*, brengt het voor Nederland geldende stelsel van het doorwerken van internationaal en supranationaal recht in het nationale recht met zich mee dat de over laatstbedoelde tijd gemaakte aanspraken op een pensioen ingevolge de AWW door het bestuursorgaan en door de rechter dienen te worden beoordeeld naar de in de wet neergelegde criteria, doch los van de vraag of de achtergeblevene van de echtelieden de man dan wel de vrouw is’.

(mijn cursivering, RB)

Tenslotte is opvallend dat de Raad uitdrukkelijk aandacht besteedt aan rechterlijk overgangsrecht, zulks nadat het uitvoeringsorgaan ‘uitgestelde werking’ van de door de Raad te geven uitspraak had bepleit onder verwijzing naar de uitspraak van de CRvB inzake de verplichte verzekering van directeuren/groootaandeelhouders.¹⁴⁹ Het uitvoeringsorgaan beriep zich daarbij op het verschil in benadering tussen de hiervoor behandelde uitspraken inzake de WUV en AAW, waarin de Raad wel zelfstandige betekenis van artikel 26 IVBPR voor de sociale zekerheid aanvaardde, en de in het vorige hoofdstuk¹⁵⁰ behandelde uitspraak van 1 november 1983¹⁵¹ waarin de Raad dit (nog) niet deed. De Raad overweegt echter

‘hier geen plaats [te zien] voor (extra) respijt langs de weg van uitgestelde werking bij wege van jurisprudentieel overgangsrecht. Het moge zo zijn dat in uitspraken als de laatstbedoelde niet werd gerept over een eventuele rechtstreekse werking van art. 26 van het IVBPR op het terrein van de sociale zekerheid wanneer de geleidelijke opheffing der discriminatie na verloop van tijd niet zou blijken haar beslag te hebben gekregen als gevolg van een niet totstandbrengen van

146 Par. 1.2.

147 HvJ EG 4 december 1986, zaak 71/85, Jurispr. 1986, p. 3855; RSV 1987/956 m.nt. A.W. Govers.

148 HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87, Jurispr. 1988, p. 1601.; RSV 1988/183 m.nt. F.W.M. Keunen.

149 CRvB 4 oktober 1985, AB 1986, 38; RSV 1986/21; Ars Aequi 35(1986)3, p. 215 e.v. m.nt. E.P. de Jong.

150 Par. 2.4.

151 RSV 1984/150.

daartoe nodige wetswijzigingen, in het gewag maken van een te aanvaarden geleidelijkheid bij bedoelde opheffing kan eerder een rechterlijk markeren van een niet te lange nog voor die opheffing ten dienste staande periode worden gezien dan een rechterlijke geruststelling dat met die opheffing niet op afzienbare termijn ernst zou behoeven te worden gemaakt'.

Anders gezegd: nu het uitvoeringsorgaan er ten onrechte (mogelijk) gerust op is geweest dat artikel 26 geen rechtstreekse werking zou toekomen ten aanzien van de AWW, komt het voor zijn risico dat weduwnaars alsnog op dezelfde wijze als weduwen aanspraken kunnen maken op een AWW-pensioen. Hoe zeer die duidelijkheid gewenst was moge blijken uit een bestuurspraktijk waarvan gewag gemaakt wordt in een uitspraak van de CRvB van 9 januari 1992,¹⁵² die betrekking had op een verzoek om nabestaandenuitkering krachtens de Spoorwegpensioenwet van een op 18 april 1983 weduwnaar geworden man. Artikel G3 van de Spoorwegpensioenwet voorzag slechts in een uitkering aan weduwnaars wier echtgenote kostwinner was geweest. Het uitvoeringsorgaan was gelet op de uitspraak van de CRvB van 7 december 1988 weliswaar van oordeel dat de man op deze grond geen uitkering kon worden geweigerd, maar was niet bereid tot uitkering over te gaan met ingang van een tijdstip gelegen vóór 6 april 1986, de datum waarop de echtgenote van verzoeker in de zaak van 7 december 1988 was overleden. Aldus kwam in de visie van het uitvoeringsorgaan algemene betekenis toe aan een, aan de zaak van 7 december 1988 geheel eigen en voor de betrokkene in die zaak, droevig incident.

Duidelijkheid omtrent de werking in de tijd van de uitspraak van 7 december 1988 ontstond, zowel in materiële als formele zin, bij de reeds in paragraaf 2.3.2.2 aan de orde gekomen uitspraak van de CRvB van 30 januari 1991.¹⁵³ Voor wat de materiële werking in de tijd betreft is de Raad, onder verwijzing naar – onder andere¹⁵⁴ – zijn uitspraak van 14 mei 1987 inzake de WUV van oordeel dat op 23 december 1984 een tijdstip was bereikt waarop aan artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking niet meer kan worden ontzegd. Daarbij dient echter te worden aangetekend dat uit de uitspraak tevens blijkt dat ook mannen die vóór 23 december 1984 weduwnaar zijn geworden, met ingang van 23 december 1984 recht hebben op een weduwnaarspensioen. Het feit dat deze weduwnaars vóór 23 december 1984 op grond van de toen geldende wetgeving geen recht hadden op een AWW-pensioen, kan hun dus na deze datum niet meer worden tegengeworpen. Ook in dit opzicht lijkt de Raad zich aan te sluiten bij de uitspraken van het HvJ EG die eraan in de weg staan dat oudere nationale bepalingen op en na 23 december 1984 hun discriminerende werking zouden mogen behouden. Dit is opmerkelijk omdat de AWW niet onder de materiële werkingssfeer van Richtlijn 79/7 EEG valt en deze richtlijn mitsdien niet op de AWW van toepassing is.

Voor de formele werking in de tijd volsta ik met te verwijzen naar paragraaf p.m. waarin nader is uiteengezet op welke wijze artikel 25, lid 5, AWW in de weg heeft gestaan aan

¹⁵² TAR 1992, 59; AB 1992, 225.

¹⁵³ CRvB 30 januari 1991, AB 1991, 339 m.nt. De Leede; RSV 1991/182 m.nt. J.J.A. Kooijman en NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 217-221 m.nt. A.W. Heringa.

¹⁵⁴ De Raad verwijst tevens naar zijn uitspraken van 17 maart 1988, WUBO 1986/38 en van 5 oktober 1989, RSV 1990/132.

het, met terugwerkende kracht van meer dan een jaar voor de aanvraagdatum, geldend maken van het alsnog verkregen recht op weduwnaarspensioen.¹⁵⁵

3.2 *CRvB 23 mei 1991*

Is, behoudens de in paragraaf 3.1 besproken punten, de werking in de tijd van de uitspraak van 7 december 1988 in grote lijnen vergelijkbaar met de in paragraaf 4 besproken werking in de tijd van de uitspraken van 5 januari 1988 inzake de AAW, de uitspraak zou nog een merkwaardig vervolg krijgen door de wijze waarop ze is verweven in de rechtspraak van de CRvB met betrekking tot artikel 32, lid 1, onder b, van de AAW.

Op grond van de uitspraken van de CRvB van 7 december 1988, in onderling verband gelezen met de uitspraak van de CRvB van 30 januari 1991, hebben met ingang van 23 december 1984 ook weduwnaars recht op een AWW-uitkering. Gelet op de laatste uitspraak konden deze rechten in de praktijk evenwel eerst worden geëffectueerd met ingang van 1 december 1987, behoudens – overigens zeldzame gevallen – waarbij de uitkering in verband met bijzondere hardheid met ingang van een eerdere datum werd toegekend.

Op grond van artikel 32, lid 1, onder b, AAW wordt de AAW-uitkering van een vrouw ingetrokken wanneer zij recht krijgt op AWW-pensioen. Door allerlei complicaties in het bruto-netto traject heeft deze intrekking tot gevolg dat de desbetreffende weduwen in de meeste gevallen een financieel nadeel lijden. Dit nadeel werd in de praktijk niet geleden door de weduwnaar die op grond van de uitspraak van 7 december 1988 een AWW-uitkering verkreeg. Met betrekking tot de periode tussen 23 december 1984 en 1 december 1987 leden weduwnaars geen schade, omdat aan hen over deze periode in de praktijk niet alsnog een AWW-uitkering werd verstrekt, terwijl zij voor wat de tussen 1 december 1987 en 7 december 1988 gelegen periode betreft evenmin financieel nadeel leden, omdat de AAW-uitkering blijkens een uitspraak van de CRvB van 23 mei 1991¹⁵⁶ slechts kon worden teruggevorderd voorzover de AAW-uitkering werd betaald na de beslissing waarbij de AWW-uitkering was toegekend. Dit heeft in de praktijk tot het gevolg gehad dat weduwnaars in sommige gevallen over de periode van 1 december 1987 tot 7 december 1988 in het genot van beide uitkeringen waren.

Op 23 mei 1991¹⁵⁷ heeft de CRvB uitgesproken dat aan artikel 26 IVBPR in relatie tot artikel 32, lid 1 en sub b, AAW rechtstreekse werking toekomt met ingang van 23 december 1984.¹⁵⁸ Op dezelfde dag heeft de CRvB zich echter tevens, in wat wel de wonderlijkste uitspraak die in dit boek aan de orde zal komen kan worden genoemd, op het standpunt gesteld dat artikel 32, eerste lid, onder b, AAW niet direct discriminerend is ten aanzien van vrouwen.

155 Het door de SVB in het kader van de toepassing van artikel 25, lid 5, AWW gevoerde beleid inzake bijzondere hardheid is onder meer kenbaar uit: CRvB 29 april 1993, AB 1993, 557 m.nt. De Leede; RSV 1994/11.

156 RSV 1992/290.

157 CRvB 23 mei 1991, RSV 1991/257; NJCM-Bulletin 16-7 (1991), p. 648-651 m.nt. A.W. Heringa op p. 655-656; Rechtspraak Nemesi, 1991/198 en 199.

158 CRvB 23 mei 1991, RSV 1991/255.

De uitspraak heeft betrekking op een vrouw aan wie met ingang van 1 oktober 1976 een AAW-uitkering was toegekend. Deze uitkering is met toepassing van artikel 32, lid 1, onder b, AAW ingetrokken, nadat aan de vrouw in verband met het overlijden van haar echtgenoot met ingang van 1 maart 1985 een (pro rata)¹⁵⁹ weduwnpensioen ingevolge de AWW was toegekend. Betrokkene had bezwaar tegen deze beslissing, omdat ze resulteerde in een uitkering die lager was dan haar voorheen genoten netto AAW-uitkering. De eerste rechter achtte de beslissing in strijd met artikel 26 IVBPR en artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG en was bovendien van oordeel dat het feit dat betrokkene vóór de omzettingstermijn van de richtlijn weduwe was geworden, er niet aan in de weg kon staan dat aan haar bezwaar met ingang van 23 december 1984 tegemoet gekomen kon worden.

Deze opvatting wordt evenwel verworpen door de CRvB. Naar het oordeel van de Raad is artikel 32, lid 1, onder b, AAW een bepaling die slechts *naar de letter* discriminatie naar geslacht in de zin van artikel 4 van Richtlijn 79/7 EEG zou kunnen opleveren. De Raad wijst er echter vervolgens op dat hij in zijn uitspraken van 7 december 1988 en 30 januari 1991 op aan artikel 26 IVBPR ontleende gronden heeft beslist dat weduwnaars met ingang van 23 december 1984 in beginsel aan de AWW aanspraken op uitkering kunnen ontlelen, overeenkomend met die van weduwen. De Raad is van oordeel dat

‘de rechtsgevolgen die aan het toekennen van een dergelijke uitkering zijn verbonden onverkort dienen te gelden *waar de prestaties uit hoofde van een andere wet in het geding zijn*. Art. 32, eerste lid, aanhef en sub b van de AAW heeft derhalve thans ook betekenis voor mannen en leidt ook voor hen tot intrekking van de AAW-uitkering indien zij recht verkrijgen op een weduwnaarspensioen of een tijdelijke weduwnaarsuitkering’. (mijn cursivering, RB)

Zo er ooit nog aan zou worden getwijfeld of uitspraken van een rechter ook een algemene, zich niet tot de procespartijen beperkende werking, kan toekomen, dan wordt deze twijfel hier toch wel definitief weggelaten. Dat de overweging van de Raad berust op de gedachte dat artikel 26 IVBPR meebrengt dat aan de AWW met ingang van 23 december 1984 een zodanige toepassing moet worden gegeven dat ook weduwnaars voor een uitkering in aanmerking komen, is op zichzelf niet opmerkelijk. Dit is immers aan te merken als een rechtstreeks gevolg van de, voor wat de materiële werking in de tijd betreft, terugwerkende kracht van de uitspraak van 7 december 1988. Dat deze werking in de visie van de Raad zo sterk is dat zij mede tot gevolg heeft dat artikel 32, lid 1, onder b, AAW, dat naar de tekst uitsluitend ziet op de intrekking van de uitkering van vrouwen, ook op mannen van toepassing is, is echter wel opmerkelijk. Op grond van de op de AWW betrekking hebbende uitspraak van 7 december 1988 blijkt immers ook artikel 32, lid 1, sub b, AAW met ingang van 23 december 1984 anders te luiden dan wat er letterlijk staat. Dat de Raad aldus ‘op de stoel van de wetgever’ zou zijn gaan zitten, heeft de Raad bij uitspraak van 14 april 1992¹⁶⁰ echter uitdrukkelijk verworpen. Hij heeft hiertoe overwogen dat

‘de wijze van wetstoepassing als hier in geding voortvloeit uit een een ieder verbindende verdragsbepaling, welke prevaleert boven een nationaal wettelijk voorschrift, hetgeen er onder meer toe kan leiden dat een dergelijk voorschrift ruimer dient te worden gelezen dan overeenkomt met zijn letterlijke tekst’.

159 Zulks in verband met niet verzekerde tijdvakken die samenhangen met het door de echtgenoot verrichten van arbeid in buitenlands dienstverband.

160 AB 1992, 492 m.nt. De Leede.

In zijn uitspraak van 23 mei 1991 trekt de CRvB uit het voorgaande dan ook de conclusie dat

‘artikel 32, eerste lid, aanhef en sub b van de AAW sinds 23 december 1984¹⁶¹ niet direct discriminerend werkt ten opzichte van vrouwen. Het effect van een lager uitkeringsbedrag als gevolg van de overgang van een AAW-uitkering op een AWW-uitkering kan zich sindsdien bij mannen evenzeer voordoen’. (mijn cursivering, RB)

Deze overweging steunt louter op de, in materieel opzicht, terugwerkende kracht van de uitspraak van 7 december 1988 en gaat volledig voorbij aan de aanzienlijk beperktere formele werking in de tijd van deze uitspraak. Zoals de Raad in zijn uitspraak van 30 januari 1991 heeft bevestigd, is er immers slechts in gevallen van bijzondere hardheid aanleiding weduwnaars met terugwerkende kracht van meer dan een jaar voor uitkering in aanmerking te brengen. De door de uitspraak van 7 december 1988 alsnog met ingang van 23 december 1984 in het leven geroepen rechten zullen dan ook slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen hebben geleid tot het verstrekken van een uitkering met ingang van een tijdstip gelegen vóór 1 december 1987. Kortom, de door de CRvB aangenomen gelijke behandeling van weduwen en weduwnaars waar het de toepassing van artikel 32, lid 1, onder b AAW betreft, berust in ieder geval voor het tijdvak van 23 december 1984 tot 1 december 1987 op een fictie. De Raad is echter van oordeel dat

‘aan het vorenstaande niet [afdoet] dat tot de uitspraken van deze Raad van 7 december 1988 art.32, eerste lid, aanhef en sub b uitsluitend op vrouwen is toegepast, nu dit in verband moet worden gezien met de omstandigheid dat *blijkbaar* niet eerder dan in de door de Raad berechte gevallen door mannen aanspraken ingevolge de AWW in rechte geldend zijn gemaakt, waaraan echter voor de beantwoording van de vraag of er sprake is *en was* van discriminatie geen beslissend belang kan worden gehecht’. (mijn cursivering)

Het kan echter geen verbazing wekken dat er tot de uitspraak van 7 december 1988 ‘blijkbaar’ niet of nauwelijks een beroep op de AWW was gedaan door weduwnaars, omdat ze tot 7 december 1988 niet konden weten dat zij reeds vanaf 23 december 1984 recht hadden op een uitkering. Het geldend maken van rechten wordt pas mogelijk als deze rechten kenbaar zijn. Afgaande op het recht zoals dit uit de wet bleek konden weduwnaars tot 7 december 1988 juist geen aanspraak maken op een AWW-uitkering. Een en ander kan niet anders betekenen dat tussen 23 december 1984 en 7 december 1988 zeer aanzienlijk meer weduwen dan weduwnaars wegens de overgang van AAW naar AWW met een verlaging van inkomen geconfronteerd zijn.

De overwegingen op grond waarvan de CRvB tot het oordeel komt dat er evenmin sprake is van indirecte discriminatie, zijn, gelet op hun hypothetisch karakter, niet minder opmerkelijk. Naar het oordeel van de Raad kan niet worden gezegd dat de in artikel 32, lid 1, onder b, AAW opgenomen regeling een aanmerkelijk groter deel van hetzij de vrouwen hetzij de mannen in vergelijking met de leden van het andere geslacht nadelig treft, waar-toe hij overweegt dat

‘van de gehuwde vrouwen in Nederland, naar van algemene bekendheid is, het merendeel een oudere mannelijke partner [heeft]. Oudere personen sterven gemiddeld eerder dan jongere, terwijl vrouwen bovendien gemiddeld langer leven dan mannen. Als gevolg hiervan zullen meer vrouwen dan mannen als gevolg van het verlies van de huwelijkspartner recht verkrijgen op een

¹⁶¹ Maar daarvoor evenmin, omdat artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 toen nog niet rechtstreeks werkte.

AAW-uitkering. Anderzijds nemen, zoals eveneens van algemene bekendheid is, meer mannen dan vrouwen aan het beroeps- en bedrijfsleven deel en zal derhalve een groter aantal mannen dan vrouwen in het genot van een AAW-uitkering zijn.

Deze gegevens bieden, in samenhang bezien, onvoldoende grond zowel om voor juist te houden dat aanmerkelijk meer vrouwen dan mannen als gevolg van een recht op AAW-uitkering de AAW-uitkering verliezen, als om voor juist te houden dat dit voor aanmerkelijk meer mannen dan vrouwen zou gelden. Voor beide veronderstellingen geldt immers dat er gegevens bestaan welke eerder het tegendeel aannemelijk maken. Nu ten gedinge ook overigens niet is gebleken van gegevens waaruit de juistheid van één van beide veronderstellingen valt af te leiden vindt de Raad reeds om deze reden geen grond het bestaan van indirecte discriminatie aan te nemen'.¹⁶²

Heringa heeft opgemerkt dat de CRvB aldus de stelling inneemt dat het waarschijnlijk grotere aandeel van vrouwen in de AAW als het ware gecompenseerd wordt door de omstandigheid dat meer mannen een AAW-uitkering hebben. Naar zijn oordeel is echter niet relevant de verhouding man/vrouw in de AAW, maar de man/vrouw-verhouding ten aanzien van degenen die hun AAW-uitkering verliezen voor een AAW-uitkering.¹⁶³

3.3 *Het arrest Van Gemert-Derks*

De uitspraak van de CRvB van 23 mei 1991 heeft geen stand gehouden. Bij bevel van 17 december 1991¹⁶⁴ heeft de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch aan het HvJ EG onder meer de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

'Is een bepaling van nationaal recht als vervat in artikel 32, lid 1, aanhef en onder b, van de AAW – welke bepaling volgens de Centrale Raad van Beroep sedert 23 december 1984 niet meer direct discriminerend zou werken ten aanzien van vrouwen omdat 'het effect van een lager uitkeringsbedrag als gevolg van de overgang van een AAW-uitkering op een AWW-uitkering zich sindsdien immers evenzeer bij mannen kan voordoen' – verenigbaar met art. 4, lid 1, van EEG-Richtlijn 79/7 zolang die nationale bepaling *feitelijk* nog steeds een inkomensachteruitgang teweeg brengt voor alle (volledig of in voorkomend geval ook gedeeltelijk) arbeidsongeschikte weduwen en slechts bij uitzondering (te weten: in gevallen waarin een 'bijzondere hardheid' tot toekenning van weduwnaarspensioen met langdurige terugwerkende kracht zou nopen en er de mogelijkheid bestaat tot terugvordering van de AAW-uitkering) voor vergelijkbare weduwnaars.' (mijn cursivering, RB)

Het Hof¹⁶⁵ formuleert deze vraag aldus dat ze er

162 Zie voor een soortgelijke redenering CRvB 25 juli 1991, NJCM-Bulletin 17-7 (1991), p. 651 m.nt. A.W. Heringa. Deze uitspraak betreft de korting op de AAW-uitkering voor degene wier echtgenoot aanspraak heeft op ouderdomspensioen ingevolge de AOW.

163 Noot bij, onder meer, CRvB 23 mei 1991, NJCM-Bulletin 16-7 (1991), p. 655. Zie ook de noot van F.W.M. Keunen onder HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-337/91, *Van Gemert-Derks*, Jur. P. I-5435; RSV 1994/213, de uitspraak waarbij het Hof de redenering van de CRvB onderuit haalt. Keunen merkt op dat het Hof de arbeidsongeschikte weduwe aan wie tussen december 1984 en december 1987 AAW-pensioen is toegekend, niet vergelijkt met de bijzondere positie van een arbeidsongeschikte weduwnaar wiens partner tussen 1984 en 1987 is overleden en aan wie op grond van bijzondere hardheid AAW-pensioen met terugwerkende kracht van meer dan een jaar is toegekend, maar met de 'modale' weduwnaar op wie de hardheidsclausule niet is toegepast.

164 RSV 1992/190.

165 HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-337/91, *Van Gemert-Derks*, Jur. p. I-5435; RSV 1994/213 m.nt. F.W.M. Keunen.

'in wezen [toe] strekt te vernemen, of artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 eraan in de weg staat, dat op grond van een nationale bepaling de arbeidsongeschiktheidsuitkering van arbeidsongeschikte weduwen als gevolg van de toekenning van een weduwnpensioen wordt ingetrokken, wanneer een dergelijke intrekking niet plaatsvindt in het geval van weduwnaars die in het genot zijn van een arbeidsongeschiktheidsuitkering'.

Zo gesteld kan het natuurlijk niet verbazen dat het Hof deze vraag bevestigend beantwoordt, zij het dat het Hof een uitzondering maakt voor de situatie waarin de betrokkene vrijwillig afstand heeft gedaan van de AAW-uitkering.¹⁶⁶ Het Hof reageert hiermee op het van de zijde van het uitvoeringsorgaan en de Nederlandse regering naar voren gebrachte betoog dat de toekenning van de AWW-uitkering (en dus de intrekking van de AAW-uitkering) op aanvraag zou geschieden, welke praktijk is neergelegd in een medio juli 1989 door de Sociale Verzekeringsbank uitgevaardigde richtlijn. Deze richtlijn voorzag er tevens in betrokkenen te informeren over de financiële consequenties van hun keuze. Het is van belang op te merken dat het Hof bij zijn toetsing uitgaat van de feitelijke situatie en niet van de door de CRvB gevolgde abstracte redenering die erop neerkomt dat er vanaf 23 december 1984 (in theorie) geen sprake meer is van een verschil in rechtspositie tussen mannen en vrouwen. Het Hof overweegt voorts dat de nationale rechter vrij is in de keuze van de procedure tot nakoming van de richtlijn, mits maar gekozen wordt voor een procedure waarbij voor vrouwen de toepassing van een identieke regeling wordt gewaarborgd als geldt voor mannen in dezelfde situatie.

De rechtbank 's-Hertogenbosch stelt in haar naar aanleiding van het arrest van het Hof gewezen uitspraak van 20 april 1994¹⁶⁷ allereerst vast dat tot 7 december 1988 in het geval van weduwnaars, anders dan bij weduwen, geen intrekking heeft plaatsgevonden van AAW-uitkering. De rechtbank voegt hieraan toe dat

'de enkele vaststelling achteraf (door de CRvB op 23 mei 1991) dat artikel 32, lid 1, aanhef en onder b van de AAW over de periode van 23 december 1984 [...] tot 7 december 1988 (en daarna) ook betekenis had voor mannen daaraan niet [kan] afdoen'.

Waarna de rechtbank overweegt dat

'[uit] de omvangrijke rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de diverse terreinen van het gemeenschapsrecht [...] blijkt dat krachtens dat recht geldende geboden en verboden *daadwerkelijk, feitelijk en effectief* moeten worden nageleefd en dat een uitsluitend formele benadering (hier nog geaccentueerd door het gegeven dat terugvordering van voor december 1988 door weduwnaars genoten AAW-uitkering wegens met terugwerkende kracht toegekend weduwnaarspensioen niet mogelijk is) daarbij niet volstaat'. (mijn cursivering, RB)

Nadat de rechtbank heeft vastgesteld dat er door het uitvoeringsorgaan aan de uitkeringsgerechtigden pas van medio juli 1989 systematisch informatie is verschaft over de financiële consequenties van de vervanging van de AAW-uitkering door een AWW-pensioen, komt de rechtbank tot het oordeel dat artikel 32, lid 1, onder b, AAW in strijd is met artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 en verbindt hieraan de consequentie dat deze bepaling over de

166 Dit kan, onder omstandigheden, gunstiger zijn voor de betrokken weduwe, bijvoorbeeld wanneer de AWW-uitkering (uitbetaald naar het niveau van het sociaal minimum) in de plaats treedt van een uitkering die is gebaseerd op een mate van arbeidsongeschiktheid van minder dan 80-100%.

167 Eveneens gepubliceerd in RSV 1994/213.

periode van 23 december 1984 tot begin december 1988 in voorkomend geval geheel buiten toepassing moet worden gelaten.

Voor een goed begrip van het vervolg is het bovendien van belang erop te wijzen dat – wederom – de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch in een afzonderlijk bevel van 17 december 1987¹⁶⁸ aan het HvJ EG de prejudiciële vraag had voorgelegd of

‘een bepaling van nationaal recht als vervat in art. 32, lid 1, aanhef en onder b, van de AAW verenigbaar [is] met artikel 4, lid 1, van EEG-Richtlijn 79/7 indien die nationale bepaling (vanaf op zijn vroegst 1 december 1987) weliswaar *feitelijk* zowel op arbeidsongeschikte weduwen als op arbeidsongeschikte weduwnaars wordt toegepast, doch naar de tekst uitsluitend betrekking heeft op arbeidsongeschikte weduwen’.

Het Hof vat deze vraag aldus op dat

‘zij [er] in wezen [toe] strekt te vernemen, of artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 zich verzet tegen de toepassing door de nationale rechter van een wettelijke bepaling volgens welke enkel in het geval van vrouwen de arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt ingetrokken als gevolg van de toekenning van een weduwenpensioen, wanneer deze bepaling ingevolge vaste nationale rechtspraak zowel op arbeidsongeschikte weduwen als op arbeidsongeschikte weduwnaars wordt toegepast’.

In zijn antwoord stelt het Hof voorop dat

‘volgens zijn vaste rechtspraak de Lid-Staten richtlijnen ten uitvoer moeten leggen op een wijze die volledig aan de eisen van rechtszekerheid voldoet, en bijgevolg de bepalingen van richtlijnen moeten omzetten in dwingende bepalingen van intern recht’.¹⁶⁹

Op grond hiervan is het Hof van oordeel dat een Lid-Staat geen bepaling mag laten voortbestaan die naar de letter tussen mannen en vrouwen discrimineert in de zin van artikel 4, lid 1, van Richtlijn 79/7 EEG. Het Hof is echter tevens van oordeel dat

‘indien een dergelijke bepaling evenwel ingevolge vaste rechtspraak ondanks haar bewoordingen zonder onderscheid op mannen en vrouwen wordt toegepast, [er] niets op tegen [is], dat de nationale rechter in bij hem aanhangige zaken deze bepaling blijft toepassen in het kader van een dergelijke rechtspraak, waardoor hij in staat is de volledige werking van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 te verzekeren, zolang de Lid-Staat de voor de volledige tenuitvoerlegging van deze bepaling noodzakelijke maatregelen nog niet heeft getroffen’.

Uit de uitspraak van het Hof kan aldus de conclusie worden getrokken dat het (communitaire) rechtszekerheidsbeginsel zich niet verzet tegen een toepassing van artikel 32, lid 1, onder b, AAW, waarbij deze bepaling op grond van vaste jurisprudentie, in afwachting van nieuwe, richtlijnconforme wetgeving, tevens geacht wordt van toepassing te zijn op arbeidsongeschikte weduwnaars die voor een AWW-pensioen in aanmerking worden gebracht. Het oordeel van het Hof staat overigens haaks op de conclusie van Advocaat-Generaal Darmon die, naar mijn mening terecht, benadrukt dat een vaste richtlijnconforme rechtspraak onvoldoende garantie inhoudt voor de bekendheid van de voor betrokkenen uit de richtlijn voortvloeiende rechten. Naar zijn oordeel wordt

168 Te weten in de in de reeds eerder in par. 2.3.2.4 behandelde zaak *Steenhorst-Neerings*.

169 Het Hof verwijst in dit verband naar zijn arrest van 2 december 1986, zaak 239/85, *Commissiel België*, Jur. 1986, p. 3645, r.o. 7).

‘de rechtszekerheid niet gewaarborgd doordat zowel de rechtspraak als de administratie aan het beginsel van gelijke behandeling een correcte toepassing geven, zolang een nog van kracht zijnde wet in strijd is met dit beginsel doordat zij enkel aan vrouwen een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontnemen wanneer zij weduwe worden. Kortom, *de toepassing contra legem*, en zo nodig het buiten toepassing laten van een bepaling die in strijd is met het gemeenschapsrecht, zijn niet voldoende om deze bepaling van een label van goedkeuring te voorzien.

De situatie van particulieren moet immers volkomen duidelijk zijn, *zowel voor het heden als voor de toekomst*, zodat kennis van de wet hun in staat moet stellen kennis te nemen van de rechten die zij aan de gelijke behandeling ontleen. Voor conformiteit is een administratieve praktijk onvoldoende; hetzelfde geldt voor rechtspraak. Niet zelden doen zich immers wijzigingen voor in de praktijk en/of een ommekeer in de rechtspraak, zodat de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van rechtszekerheid in de Gemeenschap niet langer normaal gegarandeerd zouden zijn’.

Darmon heeft mijns inziens volkomen gelijk. Juist de in dit boek aan de orde gestelde problematiek toont aan hoe justitabelen, door – ik zou bijna zeggen ‘zoals het hoort’ – af te gaan op de wet zoals deze zich aan hen voordoet, voordelen kunnen mislopen die hun achteraf, op grond van gewijzigde rechtspraak, blijken toe te komen. De opvatting van Darmon zorgt er in elk geval voor dat er druk op de ketel blijft ten aanzien van de aanpassing van de wetgeving aan de richtlijn.¹⁷⁰

3.4 CRvB 5 juli 1995

Het sluitstuk van deze tussen de rechtbank 's-Hertogenbosch¹⁷¹ en de CRvB gevoerde slag om artikel 32, lid 1, onder b, AAW wordt gevormd door de uitspraak van de CRvB van 5 juli 1995,¹⁷² een uitspraak die zich volgens annotator Feenstra kenmerkt door een ‘ingenieuze juridische constructie, die soms wat apodictisch overkomt, maar zeker creatief te noemen is en in elk geval getuigt van rechterlijke moed’. De uitspraak is een loepzuiver voorbeeld van het optreden van de CRvB als ‘wetgever-plaatsvervanger’ waarin de Raad, binnen de door de uitspraken van het HvJ EG gelaten marges, een definitieve oplossing tracht te geven voor de problematiek van de samenloop tussen de AAW- en de AWW-uitkering. De uitspraak is enerzijds gebaseerd op de ruimte die het HvJ EG in het arrest Van Gemert-Derks laat voor de introductie van een keuzerecht ten aanzien van de verkrijging van de AWW-uitkering en de hiermee samenhangende intrekking van de AAW-uitkering, en anderzijds op het oordeel van het Hof in de zaak *Steenhorst-Neerings* dat de naleving van artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG ook voldoende is verzekerd als de nationale rechter aan een wettelijke bepaling, die naar de letter discrimineert, op grond van vaste jurisprudentie een richtlijnconforme uitleg geeft. De Raad stelt vervolgens vast dat de Sociale Verzekeringsbank op 10 juli 1989, in samenspraak met de Federatie van de Bedrijfsverenigingen een richtlijn heeft uitgevaardigd die ten behoeve van degenen die in het genot zijn van een AAW-uitkering en aanspraak krijgen op AWW-pensioen in een, op basis van door het uitvoeringsorgaan te verschaffen, keuzemogelijkheid tussen de twee uitkeringen voorziet. Daarbij is bepaald dat de AAW-uitkering niet wordt beëindigd als geen AWW-aanvraag wordt ingediend of deze, voordat toekenning heeft plaatsgehad, wordt ingetrokken. De Raad is van oordeel dat

170 De Algemene nabestaandenwet is uiteindelijk in werking getreden op 10 juni 1996 (Stb. 305).

171 En voorheen de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch.

172 CRvB 5 juli 1995, RSV 1996/207 m.nt. S. Feenstra.

'deze maatregelen in toereikende mate voldoen aan de condities die het EG-hof in evenvermelde arresten heeft gesteld aan de toelaatbaarheid van het bepaalde in artikel 32, lid 1, sub b, van de AAW. Nu in de nationale uitvoeringspraktijk het keuzerecht, in de hierboven weergegeven vorm, is ingevoerd en dit door het Hof als een maatregel welke de discriminatie kan wegnemen is aanvaard, zal de Raad zich hierbij aansluiten'.

Ten aanzien van de periode waarin voornoemde maatregelen nog niet effectief waren, is de Raad echter van oordeel dat met betrekking tot artikel 32, lid 1, onder b, AAW niet van een met artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 conforme uitvoeringspraktijk kan worden gesproken. De Raad stelt zich in dit verband de vraag over welk tijdvak en ten aanzien van wie deze schending heeft plaatsgevonden, waaruit de schending bestaat, alsmede op welke wijze en ten aanzien van wie compensatie voor die schending moet worden geboden. De overwegingen van de Raad zijn interessant genoeg om hier integraal weer geven:

'1. Uitgaande van een met het communautaire recht verenigbare uitvoeringspraktijk met betrekking tot artikel 32, lid 1, sub b, van de AAW op basis van de bovenvermelde documenten van de betrokken uitvoeringsorganen, neemt de Raad aan dat de daarin vervatte maatregelen tegen het einde van 1989 volledig effectief zijn geworden *en dat vanaf 1 januari 1990 niet meer van een met richtlijn 79/7 strijdige wettoepassing kan worden gesproken*. De Raad merkt daarbij op dat in algemene zin niet is gebleken dat de informatieverstrekking door de betrokken uitvoeringsorganen met betrekking tot de keuze tussen AAW en AWW ontoereikend is in het licht van de overwegingen van het EG-hof. Dat betekent dat een intrekking tussen 23 december 1984 en 1 januari 1990 met toepassing van artikel 32, lid 1, sub b, van de AAW *in beginsel aantastbaar is*, tenzij kan worden vastgesteld dat die intrekking is geschied na uitoefening van het keuzerecht overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn van de SVB van 10 juli 1989.

2. Gelet op de twee hierboven vermelde arresten van het EG-hof en op het vorenoverwogene bestaat de schending van het communautaire recht hieruit, dat het thans in de nationale uitvoeringspraktijk gehanteerde keuzerecht tussen AAW en AWW in het hierboven afgebakende tijdvak niet bestond, hetgeen – onder omstandigheden – heeft geresulteerd in een inkomensachteruitgang ter grootte van het verschil tussen de, feitelijk ontvangen, netto AWW-uitkering en de netto AAW-uitkering welke zou zijn genoten indien deze niet was ingetrokken.

3. Binnen de onder (1), in fine, gestelde restrictie zal het keuzerecht overeenkomstig meervermelde SVB-richtlijn alsnog moeten worden geboden aan diegenen van wie de AAW-uitkering tussen 23 december 1984 en 1 januari 1990 op grond van artikel 32, lid 1, sub b, van de AAW is ingetrokken. Om praktische redenen is het aangewezen deze keuze, indien deze uitvalt voor handhaving van de AAW-uitkering, *effectief te laten worden na de datum waarop zij is gedaan*. Gelet op de mogelijke doorwerkingseffecten naar de toekomst van het – met het communautaire recht strijdige – onthouden van de keuzemogelijkheid in de hierboven aangegeven periode, ziet de Raad voldoende grond om ook diegenen die hebben berust in de intrekking van hun AAW-uitkering voor dit keuzerecht in aanmerking te laten komen in het geval zij de wens daartoe te kennen geven.

4. Behoudens het onder (3) gestelde, moet ervan worden uitgegaan dat de niet aangevochten AAW-intrekkingsbeslissingen over het tijdvak 23 december 1984 tot 1 januari 1990 *in rechte onaantastbaar zijn geworden*. Overeenkomstig vaste rechtspraak van deze Raad leidt een wijziging in jurisprudentie, in casu op het punt van de verenigbaarheid van een nationale bepaling met een voorschrift van hogere orde, er niet toe dat alle voorafgaande toepassingen van dat voorschrift alsnog in overeenstemming met die wijziging moeten worden gebracht. Aan het recht van de EG vermag de Raad geen argumenten te ontleen om hieromtrent een ander standpunt in te nemen, nu ook degenen die aanvankelijk hebben berust in de toepassing van artikel 32, lid 1, sub b, van de AAW in de gelegenheid worden gesteld het met richtlijn 79/7 overeenstemmende resultaat te hunnen aanzien te verwezenlijken. Dit brengt mee, dat uitsluitend aan degenen die in rechte zijn opgekomen tegen een ten aanzien van hen genomen beslissing ingevolge artikel 32, lid 1, sub b, van de AAW *een compensatie* zal moeten worden geboden

voor de *schade* die zij hebben geleden als gevolg van het niet tijdig bieden van de keuzemogelijkheid voor het behoud van de AAW-uitkering, in het geval deze keuze, overeenkomstig het onder (3) gestelde, aldus uitvalt.

5. Het bedrag van de compensatie dient te worden vastgesteld op het saldo – indien positief – van het verschil tussen de voor de betrokkene geldende netto-bedragen van de AAW-, respectievelijk AWW-uitkering, berekend over de uitkeringsperiode vanaf de datum van intrekking van de AAW-uitkering tot de effectuering van de onder (3) bedoelde keuze.’ (mijn cursivering, RB)

De Raad benadrukt dat het voorgaande uitsluitend van toepassing is op verzekerden die onder de personele werkingssfeer van Richtlijn 79/7 vallen.¹⁷³ De Raad overweegt echter dat

‘een en ander onverlet [laat] dat het vanuit een oogpunt van eenheid van rechtstoepassing, en in het bijzonder gegeven het feit dat de in 1989 in de uitvoeringspraktijk ingevoerde keuzemogelijkheid tussen AAW- en AWW-uitkering zich niet beperkt tot belanghebbenden die binnen de personele werkingssfeer van de EG-Richtlijn vallen, de voorkeur zou verdienen dat ook diegenen wier AAW-uitkering tussen 23 dec. 1984 en 1 januari 1990 is ingetrokken maar die niet tot de beroepsbevolking in de zin van art. 2 Richtlijn 79/7 behoren, alsnog de hierboven omschreven keuzemogelijkheid zou worden geboden. Een rechtsplicht hiertoe kan de Raad echter niet aanwezig achten’.

3.5 Conclusie

Een aantal aspecten van de uitspraak verdient nadere aandacht. De CRvB overweegt dat een intrekking van AAW-uitkering die heeft plaatsgevonden tussen 23 december 1984 en 1 januari 1990 *in beginsel* aantastbaar is. Uit het vervolg van de uitspraak blijkt echter dat deze aantastbaarheid bestaat in het alsnog bieden van het door de SVB in juli 1989 in het leven geroepen keuzerecht aan uitkeringsgerechtigden wier AAW-uitkering in genoemde periode is ingetrokken, ook als zij in de intrekking hebben berust. Van een alsnog *in rechte* aantastbaar worden van de intrekkingenbeschikking is, zoals ook uit de hiervoor geciteerde overwegingen blijkt, geen sprake.

De in deze uitspraak door de CRvB geïntroduceerde figuur kan evenmin op één lijn worden gesteld met de in hoofdstuk II behandelde figuur van de herziening. De herziening kenmerkt zich immers door een daartoe strekkende *discretionaire* bevoegdheid van het bestuursorgaan, terwijl in de onderhavige uitspraak van enige vrijblijvendheid voor het uitvoeringsorgaan om op aanvraag, met terugwerkende kracht, het keuzerecht te effectueren, geen sprake is. Ook het resultaat van de uitoefening van het keuzerecht wordt door de CRvB voorgeschreven. Als door de betrokken weduwe destijds geen rechtsmiddel tegen de intrekking werd aangewend, werkt de uitoefening van het keuzerecht *om praktische* redenen voor de toekomst; werd destijds wel een rechtsmiddel aangewend, dan voorziet de uitspraak in een vorm van *compensatie* van het geleden financiële nadeel. De hoogte van deze compensatie wordt door de CRvB vastgesteld op het netto, daadwerkelijk geleden, financiële nadeel.

¹⁷³ De Raad verwijst in dit verband nog naar de uitspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens 29 maart 1989, *Vos*, Communication nr. 21896; RSV 1990/172 m.nt. F.W.M. Keunen, waarin artikel 32 lid 1 sub b AAW niet in strijd met artikel 26 IVBPR werd bevonden.

Voorzover ik heb kunnen nagaan is het met deze uitspraak voor het eerst dat de CRvB in een zaak die betrekking heeft op de terugwerkende effecten van de doorwerking van het internationale en communautaire recht de term 'compensatie' gebruikt en dat aan dit begrip een invulling geeft die in wezen neerkomt op een vorm van schadevergoeding zoals deze in het burgerlijk recht gebruikelijk is. De Raad 'beloont' op deze wijze de weduwen die wel eerder een rechtsmiddel hebben aangewend, maar hanteert hiervoor, anders dan bij de in de voorgaande paragrafen behandelde jurisprudentie het geval was, een middel dat los staat van de (toepassing van de) in geding zijnde wet. Dat blijkt ook hieruit, dat ook ten aanzien van degenen die eerder tevergeefs een rechtsmiddel hebben aangewend, de formele rechtskracht van de intrekkingbeschikking als zodanig gehandhaafd blijft.

Naar de Raad uitdrukkelijk overweegt handhaaft hij met deze uitspraak zijn vaste rechtspraak volgens welke een wijziging in de jurisprudentie, ook indien deze het gevolg is van de toepassing van een voorschrift van hogere orde, er niet toe kan leiden dat het bestuursorgaan verplicht zou zijn alle voorafgaande toepassingen van de desbetreffende nationale wettelijke bepaling alsnog in overeenstemming met die wijziging te brengen. De uitspraak toont echter tevens aan dat de rechtstreekse werking van Richtlijn 79/7 EEG meebrengt dat, niettegenstaande de formele rechtskracht van de intrekkingbeschikking, wordt voorzien in een door de rechter voorgeschreven procedure die voorziet in een gedeeltelijke (voor hen die in de intrekkingbeschikking hebben berust) dan wel volledige¹⁷⁴ (voor hen die eerder een rechtsmiddel hebben aangewend) tegemoetkoming in het tengevolge van de intrekkingbeslissing geleden financiële nadeel.

4. De AOW en de niet-verzekerde tijdvakken

4.1 Inleiding

Op grond van de oorspronkelijke AOW¹⁷⁵ en de op deze wet gebaseerde, achtereenvolgende, Besluiten uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen waren in Nederland wonende gehuwde vrouwen, wier echtgenoot, hoewel Nederlands ingezetene, niet verzekerd was omdat hij in het buitenland arbeid verrichtte en aldaar verzekerd was, zelf niet verzekerd voor de betrokken tijdvakken. Een in Nederland wonende gehuwde man wiens echtgenote van de verzekering was uitgesloten, bleef daarentegen wel verzekerd. Op grond van de Wet van 28 maart 1985 en het hierop gebaseerde Koninklijk Besluit van 25 april 1985¹⁷⁶ kon de gehuwde vrouw met ingang van 1 april 1985 niet langer op genoemde grond van de verzekering ingevolge de AOW worden uitgesloten, echter met dien verstande dat in de Wet van 28 maart 1985 een overgangsbepaling was opgenomen op grond waarvan de nieuwe regeling geen toepassing vond met betrekking tot het recht op ouderdomspensioen met betrekking tot vóór 1 april 1985 gelegen tijdvakken. De nieuwe regeling had aldus tot gevolg dat vrouwen die op of na 1 april 1985 recht op oudersomspensioen krachtens de AOW verkregen, nog immer werden gecon-

174 Daarbij moet echter opgemerkt worden dat de CRvB in deze uitspraak in het geheel niet rept over vergoeding van gederfde rente.

175 Wet van 31 mei 1956, Stb. 281.

176 Stb. 1985, 297.

fronteerd met een korting vanwege het niet-verzekerd zijn van de echtgenoot over vóór 1 april 1985 liggende tijdvakken.

4.2 *Het arrest Verholen*

Bij bevel van 30 januari 1990 heeft – alweer – de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch aan het HvJ EG de prejudiciële vraag voorgelegd of

‘verenigbaar [is] met artikel 4, lid 1 (en/of art. 5) van EEG-richtlijn 79/7 dat het effect van een nationale bepaling, die uitsluitend gehuwde vrouwen van de AOW-verzekering uitsloot, zich uitstrekt tot na 22 december 1984, en wel in deze zin dat ook na die datum het AOW-pensioen van die vrouwen nog steeds kan worden gekort wegens een verzekeringsvoorwaarde die niet voor mannen gold’.

Het Hof heeft deze op de *temporele werkingssfeer*¹⁷⁷ van Richtlijn 79/7 betrekking hebbende vraag aldus beantwoord dat

‘het de Lid-Staten niet is toegestaan, na het verstrijken van de in artikel 8 [van Richtlijn 79/7 EEG] vastgestelde omzettingstermijn de gevolgen te handhaven van een oudere nationale wettelijke regeling die onder bepaalde omstandigheden gehuwde vrouwen van het recht op ouderdomspensioen uitsloot’.¹⁷⁸

Dit antwoord kon nauwelijks verbazing wekken, omdat het geheel in de lijn ligt van de in paragraaf 1.2 reeds uitvoeriger besproken arresten *Borrie Clarke*¹⁷⁹ en *Dik*¹⁸⁰ die de belichaming vormen van vaste rechtspraak van het Hof dat Richtlijn 79/7 EEG zich verzet tegen het laten voortduren van ongelijke behandelingen die te wijten zijn aan de omstandigheid dat de aan het ontstaan van het recht op uitkering verbonden voorwaarden reeds vóór die datum golden.

Interessant is dat het Hof met dit antwoord tevens het door de Nederlandse regering gedaan beroep ‘op het beginsel dat elke in het verleden gelegen situatie moet worden getoetst aan het destijds toepasselijke recht’¹⁸¹ heeft verworpen. Bij het beroep op dit beginsel had Advocaat-Generaal Darmon overigens al de kanttekening gemaakt dat

‘men zich trouwens ernstig [kan afvragen], of het hier wel gaat om uitvoering van op een situatie *in het verleden* toepasselijk recht. Sinds 23 december 1984, dus thans, hebben vrouwen recht op een pensioen bij de berekening waarvan niet meer van de discriminerende bepalingen wordt uitgegaan. De situatie *in het verleden* betreft pensioenen die zijn uitgekeerd vóór 23

177 De aanduiding is van het Hof zelf.

178 De uitspraak van het Hof heeft aldus tot gevolg dat bij de toepassing van de kortingsbepaling van artikel 13 AOW aan de betrokken vrouw niet meer mag worden tegengeworpen dat zij van de verzekering was uitgesloten; zie punt 2 van de noot van F.W.M. Keunen onder HR 29 mei 1996, RSV 1997/77.

179 HvJ EG 24 juni 1987, zaak 384/85, Jur. 1987, p. 2865; RSV 1988/182.

180 HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87, Jur. 1988, p. 1601; RSV 1988/183.

181 Voor wat de AOW betreft kan in dit verband worden gewezen op CRvB 28 december 1988, RSV 1989/175, waarin de Raad oordeelde dat ‘nu eisers aanspraken ingevolge de AOW vastgesteld moeten worden met ingang van de datum waarop eiser opeisbare pensioenrechten kan ontlenen aan deze wet, diens aanspraken in beginsel beoordeeld dienen te worden naar de wet- en regelgeving zoals die ten tijde van het ontstaan van die aanspraken luiden, zij het dat voor het begrip verzekering op grond van of krachtens art. 6 van de AOW van betekenis is de regelgeving in het te beoordelen tijdvak zelve’.

december 1984, waardoor de rechthebbenden geen betaling kunnen verlangen van bedragen die zij als gevolg van discriminatie zijn misgelopen, omdat het beginsel van gelijke behandeling destijds nog niet gold'. (cursivering van A-G Darmon)

Wellicht omdat op grond van de arresten *Borrie Clarke* en *Dik* wel was te verwachten¹⁸² dat het Hof niet zou instemmen met het na 22 december 1984 doorwerken van de kortingsbepaling is de Nederlandse regering nog voor een geheel ander anker gaan liggen om aan de terugwerkende effecten van de door het Hof te geven uitspraak te ontkomen door zich met een beroep op de arresten *Defrenne II*¹⁸³ en *Barber*¹⁸⁴ op het standpunt te stellen dat het Hof de gevolgen in de tijd van zijn te wijzen uitspraak zou moeten beperken. Dit verzoek heeft geen gehoor gevonden bij het Hof, ongetwijfeld omdat, in veel sterkere mate dan het geval was in de zaken *Defrenne II* en *Barber*, voor de nationale wetgever en de sociale partners voorzienbaar was dat de hier bedoelde uitsluiting van de AOW-verzekering voor de gehuwde vrouw in strijd zou worden geacht met Richtlijn 79/7 EEG. Anders gezegd, de nationale wetgever en de sociale partners hadden voldoende signalen gehad om te kunnen anticiperen op de uitspraak van het Hof. Advocaat-Generaal Darmon¹⁸⁵ heeft in dit verband in het bijzonder gewezen op het reeds in 1982 gewezen arrest *Koks*.¹⁸⁶ In deze zaak had de Commissie al overwogen dat

'de Nederlandse regeling, waarbij de gehuwde vrouw behoudens uitzonderingen slechts verzekerd is krachtens onder meer de AOW indien haar echtgenoot krachtens die wet verzekerd is, in strijd is met [Richtlijn 79/7 EEG] en moet worden gewijzigd binnen een termijn die op 22 december 1984 verstrijkt, aangezien op 22 december 1978 van de richtlijn is kennisgegeven'.¹⁸⁷

Naar aanleiding van het arrest van het Hof heeft de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch bij uitspraken van 15 november 1991¹⁸⁸ beslist dat het uitvoeringsorgaan niet vrijstaat het recht op AOW-pensioen van betrokkene te beoordelen naar het recht dat gold tijdens de periode dat haar echtgenoot in het buitenland werkzaam was, maar dat – integendeel – het recht dat gold ten tijde van het bereiken van de 65-jarige leeftijd van betrokkene als uitgangspunt heeft te gelden. Naar het oordeel van de Raad van Beroep brengt de recht-

182 De Nederlandse regering had kennelijk ook nog enige hoop geput uit het argument dat de uitspraken in de zaken *Borrie Clarke* en *Dik* niet onverkort op de AOW van toepassing zouden zijn, omdat deze rechtspraak betrekking heeft op risicostelsels en niet, zoals bij de AOW het geval is, op een bijdragestelsel. Ook met dit argument maakt het Hof evenwel korte metten, onder de overweging dat 'de tekst van richtlijn 79/7 er [...] evenmin als voornoemde arresten van 24 juni 1987 en 8 maart 1988 enige twijfel over [laaf] bestaan dat, ongeacht de aard van het verzekeringsstelsel, na het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn iedere vorm van discriminatie verboden is'.

183 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, Jur. 1976, p. 455 en HvJ EG 17 mei 1990, *Barber*, Jur. p. I-1889..

184 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, Jur. 1976, p. 455.

185 Zie punt 52 van diens conclusie.

186 HvJ EG 23 december 1982, zaak 275/81, Jurispr. 1982, blz. 3013.

187 Opmerkelijk is overigens dat de Sociale Verzekeringsbank in beroep tegen de hierna te bespreken uitspraak van de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch in de zaak *Verholen e.a.* (HvJ EG 11 juli 1991, zaken C 87/90, C 88/90 en C 89/90, *Verholen, Wetten-Van Uden en Heiderijk*, Jur. 1991, p. I-3757; RSV 1991/227 m.nt. S. Feenstra) er bij de CRvB, onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG in de zaak *Ten Oever* (HvJ EG 6 oktober 1993, zaak C-109/91, Jur. p. I-4879) op heeft aangedrongen (alsnog) prejudiciële vragen te stellen aan het Hof met betrekking tot de werking in de tijd van 's Hof's arrest in de zaak *Verholen e.a.* De CRvB heeft hier geen aanleiding toe gezien, daarbij onder meer verwijzende naar de conclusie van A-G Darmon en 's Hof's praktijk dat een beperking in de tijd slechts in de desbetreffende uitspraak kan worden gegeven.

188 RSV 1992/192-194.

streekse werking van artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG mee dat een uitzondering moet worden gemaakt op het binnen het systeem van de AOW geldende uitgangspunt dat het gedurende een bepaald tijdvak al of niet krachtens die wet verzekerd geweest zijn, moet worden beoordeeld naar het recht zoals dat in dat tijdvak gold.

Interessanter zijn echter de overwegingen die de Raad van Beroep wijdt aan de vraag of de toepassing van artikel 26 IVBPR en artikel 1 Grondwet tot eenzelfde resultaat zou moeten voeren. Met name ten aanzien van artikel 1 Grondwet was deze vraag actueel, omdat de CRvB bij uitspraak van 21 december 1990¹⁸⁹ had geoordeeld dat artikel 2, lid 1, onder j van het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen, voor wat de toepassing van de AAW betreft met ingang van 17 februari 1983 buiten toepassing moest worden gelaten wegens strijd met artikel 1 van de Grondwet. De Raad van Beroep is van oordeel dat noch artikel 26 IVBPR, noch artikel 1 Grondwet aanleiding geven tot het oordeel dat een inbreuk zou moeten worden gemaakt op het systeem dat de verzekeringsplicht wordt beoordeeld aan de hand van het recht dat in de betrokken periode gold. Van de vraag of het systeem van de AOW zich als zodanig met deze anti-discriminatiebepalingen verdraagt onderscheidt de Raad van Beroep echter de vraag of artikel 1 Grondwet toestaat dat het maken van een dergelijke inbreuk voor de ene groep (bestaande uit tot de beroepsbevolking behorende, en dus onder de personele werkingssfeer van Richtlijn 79/7 vallende, verzekerden) wel, en voor de andere groep (zij die niet tot de beroepsbevolking behoren) niet wordt gemaakt. De Raad beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat hij het criterium van het al of niet behoren tot de beroepsbevolking vanuit het oogpunt van de toepassing van de AOW niet redelijk en objectief gerechtvaardigd acht, waartoe hij overweegt dat

‘hoewel dat criterium voor zover het gaat om de toepassing van het Gemeenschapsrecht volstrekt aanvaardbaar is, het dat niet [is] indien het gaat om de toepassing van de AOW. Die wet kent immers het ingezetenschap als voornaamste verzekeringsgrond en het al dan niet behoren tot de beroepsbevolking heeft voor de verzekering krachtens die wet – zeker als het gaat om ingezetenen [...] – geen enkele relevantie’.

Op grond hiervan komt de Raad van Beroep tot de conclusie dat

‘krachtens artikel 1 van de Grondwet ook indien het gaat om een niet tot de beroepsbevolking behorende persoon [...] de verzekeringsplicht over de hier aan de orde zijnde periode¹⁹⁰ niet moet worden beoordeeld aan de hand van het recht dat in die perioden gold, doch volgens het recht dat gold op de dag waarop [betrokkene] de 65-jarige leeftijd bereikte’.

4.3 CRvB versus Hoge Raad

Deze jurisprudentie over de ingevolge de AOW verzekerde tijdvakken zou een opmerkelijk vervolg krijgen in de in hoger beroep tegen de uitspraak van de Raad van Beroep 's Hertogenbosch gewezen uitspraken van 26 november 1993¹⁹¹ en, kort daarna, een, in elk

189 RSV 1991/160; NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 208 m.nt. A.W. Heringa.

190 In casu ging het om de perioden van 1 oktober 1965 tot 1 april 1969 en van 1 februari 1981 tot 1 april 1982.

191 CRvB 26 november 1993, waarvan twee gepubliceerd in RSV 1994/125 en 126 m.nt. F.W.M. Keunen in RSV 1994/127.

geval ten aanzien van de werking van artikel 1 Grondwet van deze uitspraken afwijkende, uitspraak van de Hoge Raad van 1 december 1993.¹⁹²

In zijn uitspraken van 26 november 1993 maakt de CRvB ten aanzien van de aantasting van – wat hij noemt – ‘de doorwerking van de destijds op zich rechtsgeldige uitsluiting van de gehuwde vrouw’ een strikt onderscheid al naar gelang de betrokkene bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd al dan niet tot de beroepsbevolking behoorde. Voorzover dit laatste wel het geval is leidt de CRvB uit het arrest Verhopen af dat de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 meebrengt dat de toenmalige uitsluiting van de verzekering op en na 23 december 1984 niet meer aan de betrokkene kan worden tegen-
geworpen. Voorzover de betrokkene bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet tot de beroepsbevolking behoort¹⁹³ komt de Raad, voor wat de werking van artikel 26 IVBPR en artikel 1 Grondwet betreft, tot een tegenovergestelde conclusie. Naar het oordeel van de Raad

‘vermag een bepaling als artikel 26 IVBPR niet de rechtsgeldigheid aan te tasten van een nationale regel waarbij de hoogte van een op een wettelijke verzekering berustende uitkering (als het AOW-pensioen, respectievelijk de toeslag) afhankelijk wordt gesteld van de mate waarin tijdvakken van verzekering zijn vervuld. Dit laatste wordt niet anders wanneer kan worden vastgesteld dat het niet-ervullen van tijdvakken van verzekering, *althans voor wat betreft de tijd gelegen vóór 23 december 1984*, was gebaseerd op een regel welke een onderscheid maakte naar geslacht. Immers, de werking van die regel valt in een periode waarin *justitiabelen nog geen rechtstreeks beroep op artikel 26 IVBPR konden doen* en waarin derhalve door die bepaling de rechtsgeldigheid van de eerder bedoelde, nationale, regel nog niet kon worden aangetast’. (mijn cursivering, RB)

De Raad komt aldus, naar hij uitdrukkelijk overweegt, tot een uiteenlopende interpretatie van het discriminatieverbod van Richtlijn 79/7 EEG enerzijds, en artikel 26 IVBPR anderzijds, in welk verband de Raad overweegt dat

‘hij de eerstbedoelde uitleg *met betrekking tot het onderwerp dat hier aan de orde is* exclusief gebonden [acht] aan het specifieke, op aanpassing van de bestaande wetgeving gerichte en binnen de bijzondere rechtsgemeenschap der EEG geldende gebod van artikel 4, lid 1, van de richtlijn 79/7/EEG.

Een zo vergaande werking als aan het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw is toegekend in het arrest van het Hof van Justitie der EG d.d. 11 juli 1991 [...] kan naar het oordeel van de Raad niet geacht worden voort te vloeien uit de meer algemene normstelling inzake het verbod van discriminatie als neergelegd in artikel 26 IVBPR’. (mijn cursivering, RB)

Ten aanzien van het oordeel van de Raad van Beroep s’-Hertogenbosch dat een aldus gemaakt onderscheid tussen het al dan niet behoren tot de beroepsbevolking in strijd met artikel 1 Grondwet moet worden geacht, overweegt de CRvB kortaf dat dit onderscheid wordt teweegebracht door het EG-recht, en dat de werking hiervan niet terzijde kan worden gesteld door een bepaling van nationaal recht.

Op dit punt aangekomen is het goed te benadrukken dat er twee, blijkens de uitspraak van de CRvB van 26 november 1993 strikt van elkaar te onderscheiden, mogelijkheden zijn

192 Hoge Raad 1 december 1993, NJ 1996, 230 m.nt. Scheltema; RSV 1994/127 m.nt. F.W.M. Keunen.

193 En dus ten tijde van het intreden van het verzekerde risico niet onder de personele werkingssfeer van Richtlijn 79/7 EEG viel.

waarop de gehuwde vrouw alsnog aanspraak kan maken op AOW-pensioen met betrekking tot tijdvakken waarover zij aanvankelijk van de verzekering was uitgesloten. De eerste mogelijkheid betreft – wat wel is genoemd¹⁹⁴ – de *reflexwerking* van het arrest *Verholen* dat ten aanzien van vrouwen die tot de beroepsbevolking behoren doorwerking van de ingetrokken KB-bepaling verbiedt. Daarbij is geheel onverschillig of betrokkene ten aanzien van tijdvakken gelegen vóór 23 december 1984 (alsnog) aanspraak kan maken op verzekering ingevolge de AOW. De andere mogelijkheid is gelegen in het betoog dat artikel 26 IVBPR en artikel 1 Grondwet meebrengen dat er in het verleden sprake was van ‘gewone’ verzekerde tijdvakken.¹⁹⁵

De reflexwerking van het arrest *Verholen* wordt door de CRvB in zijn uitspraken van 26 november 1993 volmondig erkend. Ten aanzien van de vraag met ingang van welk tijdstip de uitsluiting van de verzekering als zodanig onrechtmatig moet worden geacht laten de uitspraken echter vragen open. Duidelijk is dat de Raad van oordeel is dat de uitsluiting van de verzekering voor de desbetreffende gehuwde vrouw niet op grond van artikel 26 IVBPR kon worden aangetast, omdat aan deze bepaling ten tijde in geding¹⁹⁶ geen rechtstreekse werking toekwam. De Raad lijkt te suggereren dat hij het omslagpunt voor de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR wil plaatsen op 23 december 1984, maar overweegt dit niet uitdrukkelijk. De uitspraak laat dus de mogelijkheid open dat dit omslagpunt op een eerder tijdstip geplaatst kon worden, waarbij als vroegste tijdstip 28 maart 1979, de datum waarop het IVBPR voor Nederland in werking is getreden, in aanmerking kwam. Voorts is uit de uitspraak niet af te leiden of de Raad, evenals hij in zijn uitspraak van 21 december 1990 ten aanzien van de AAW had gedaan, in dit verband enige zelfstandige betekenis aan artikel 1 Grondwet zou willen toekennen.

Deze laatste vraag werd des te prangender toen de Hoge Raad in zijn uitspraak van 1 december 1993¹⁹⁷ de uitspraak van de CRvB van 21 december 1990 casseerde en het tijdstip van de ‘rechtstreekse werking’ van artikel 1 Grondwet ten aanzien van de KB-bepaling, voorzover deze is gebaseerd op de AAW, verder in de tijd terug schoof.¹⁹⁸ Het cassatieberoep was toegespitst op de vraag of het de CRvB vrijstond de in het KB opgenomen uitsluitingsbepaling voor wat de periode vóór 23 december 1984¹⁹⁹ te toetsen aan

194 Zie, onder meer, de noot van F.W.M. Keunen onder HR 1 december 1993, RSV 1994/127.

195 Zie in dit verband ook punt 3 van de noot van F.W.M. Keunen onder Hoge Raad 29 mei 1996, RSV 1997/77, waar hij opmerkt dat ‘naarmate de toetsing van de betrokken KB-bepaling aan het gelijkheidsbeginsel over een periode verder in het verleden mogelijk is, de vraag of bij de toetsing aan art. 26 IVBPR al dan niet reflexwerking aan het arrest *Verholen* moet worden toegekend, meer aan praktische betekenis [verliest].’

196 De uitsluiting van de verzekering zag op het tijdvak van 1959-1965.

197 NJ 1996, 230 m.nt. Scheltema; AB 1994, 55 RSV 1994/127 m.nt. F.W.M. Keunen. Beroep in cassatie kon worden ingesteld omdat de uitspraak van de CRvB zag op een toepassing van artikel 4 van de AAW, althans van het op deze bepaling gebaseerde artikel 2, aanhef en onder j, van het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen van 19 oktober 1976, Stb. 557, zoals nadien gewijzigd. In artikel 80, lid 3, zoals dat ten tijde van belang luidde, was bepaald dat ieder der partijen beroep in cassatie kon instellen terzake van schending of verkeerde toepassing van het bepaalde bij of krachtens artikel 4 AAW.

198 Zults, naar mag worden aangenomen, tot onsteltenis van het uitvoeringsorgaan, dat als eiseres in cassatie had aangevoerd dat dit tijdstip had moeten worden opgeschoven naar 23 december 1984.

199 Dat betrokkene in verband met een op 1 november 1982 aangevangen arbeidsongeschiktheid vanaf

het in artikel 1 Grondwet opgenomen discriminatieverbod. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend onder overweging dat

‘geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een, niet door de formele wetgever gegeven, algemeen verbindend voorschrift als de onderhavige bepaling van het besluit *onverbindend* kan achten op de grond dat er sprake is van schending van algemene rechtsbeginselen, waaronder het gelijkheidsbeginsel, en dat voorts dit beginsel, zoals dat met ingang van 17 februari 1983 in artikel 1 van de Grondwet is neergelegd, *reeds geruime tijd voordien behoorde tot de ongeschreven beginselen van het Nederlandse recht* en in bedoeld Grondwetsartikel slechts nader vorm heeft gekregen’. (mijn cursivering, RB)

De Hoge Raad is voorts van oordeel dat

‘anders dan waarvan de Centrale Raad van Beroep kennelijk is uitgegaan, er geen reden [is] om aan te nemen dat vorenbedoelde toetsing niet kan plaatsvinden voor wat betreft de periode gelegen tussen 1 november 1982 en 17 februari 1983. Dit brengt mee dat het bepaalde in artikel 2, lid 1, aanhef en letter j, van het Besluit, nu dit, zoals het [uitvoeringsorgaan] ook niet betwist, in strijd is met het verbod op discriminatie naar geslacht, voor wat betreft deze periode eveneens buiten toepassing dient te worden gelaten’.²⁰⁰

Zowel Keunen²⁰¹ als Scheltema²⁰² wijden naar aanleiding van dit arrest van de Hoge Raad een beschouwing aan het rechterlijk overgangsrecht. Keunen brengt het arrest in verband met de werking in de tijd van het Landbouwwliegers- en het *Harmonisatiewet*-arrest.²⁰³ Hij leidt uit het feit dat het arrest van 1 december 1993 betrekking heeft op feitelijke situaties die in de tijd ver voorafgaan aan de voor het *Landbouwwliegers*- en *Harmonisatiewet*-arrest relevante tijdvakken, af dat aan de in deze laatste arresten vastgelegde rechtspraak omtrent de toetsing van wettelijke voorschriften aan algemene rechtsbeginselen terugwerkende kracht toekomt. Hij acht dit ook gerechtvaardigd, omdat naar zijn oordeel noch het Landbouwwliegers-, noch het *Harmonisatiewet*-arrest een duidelijke cesuur vormden in de ontwikkeling van de jurisprudentie met betrekking tot de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften.²⁰⁴

23 december 1984 voor een uitkering in aanmerking zou komen stond niet ter discussie, omdat zulks voortvloeide uit de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG.

200 In de commentaren op deze uitspraak is wel gesuggereerd dat de Hoge Raad, door zijn oordeel rechtstreeks te baseren op het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel en niet op artikel 1 Grondwet, de voetangel van het in artikel 140 Grondwet opgenomen grondwettelijk overgangsrecht heeft willen omzeilen (zie bijv. punt 2 van de RSV-noot van Keunen; zie voorts punt 4 van de conclusie van A-G Soest voor het onderhavige arrest en A.W. Heringa in zijn noot onder CRvB 21 december 1990, NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 208). Zie ook punt 6 van de NJ-noot van Scheltema op het hier behandelde arrest die – mijns inziens nogal treffend – opmerkt dat het ‘wel merkwaardig zou zijn indien de opneming van een ongeschreven rechtsbeginsel in de Grondwet tot gevolg zou hebben dat een voordien mogelijke toetsing van regels daarna niet meer mogelijk zou zijn.’ Ik laat deze, overigens zeer interessante, materie hier verder liggen.

201 In punt 3 van zijn RSV-noot.

202 In punt 1 van zijn NJ-noot.

203 Respectievelijk Hoge Raad 16 mei 1986, NJ 1987 m.nt. MS; 251; AB 1986, 574 m.nt. FHvdB en J.B.J.M. ten Berge, Heesch-Van de Akker, Hoge Raad 16 mei 1986, in: F.H. van der Burg, P.J.J. van Buuren en J.H. van der Veen (red.), AB-klassiek, Zwolle 1994, p. 165-174 en Hoge Raad 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt MS; AB 1989, 207 m.nt. FHvdB; Ars Aequi 38 (1989), p. 578 m.nt Hirsch Ballin.

204 Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst Keunen naar het overzicht van de jurisprudentie dienaangaande in de conclusie van A-G Van Soest voor het arrest *Bullenbaai* (Hoge Raad 6 mei

Mij komt voor dat het probleem aldus verkeerd is gesteld. Met het *Landbouwwliegers-* en het *Harmonisatiewet-*arrest is de bevoegdheid van de rechter tot het toetsen van lagere wetgeving, zoals het hier aan de orde zijnde Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen, buiten twijfel gesteld. In zijn arrest van 1 december 1993 past de Hoge Raad dus een reeds bestaande bevoegdheid toe ten aanzien van een op dat moment nog bestaand wettelijk voorschrift (en stelt buiten twijfel dat voor toepassing van deze bevoegdheid tevens aanleiding is bij strijd met het gelijkheidsbeginsel). Waar het echter in de uitspraak van 1 december 1993 wél op aankomt – en die zin is er wel degelijk sprake van een overgangsrechtelijk aspect, zij het van andere orde – is de vraag of, gelet op de ten tijde in geding gangbare rechtsopvattingen, reeds sprake was van een verboden discriminatie.

Scheltema merkt op dat in deze zaak aan de orde was de vraag 'hoeveel terugwerkende kracht moest worden gegeven aan de onverbindendverklaring van een algemene maatregel van bestuur'. Naar zijn mening verdient het aanbeveling grenzen te stellen aan de terugwerkende kracht van de toetsing van regelingen. Hij merkt hiertoe op dat de interpretatie van vage of ongeschreven normen met de tijd kan veranderen, hetgeen de onzekerheid vergroot indien men een lang terugwerkende toetsing aanvaardt en waarschuwt

'dat velen bij een regeling betrokken kunnen zijn, terwijl het terugdraaien van de gevolgen van die regeling slechts voor een beperkte groep mogelijk is. Naarmate de terugwerking van de onverbindendverklaring verder gaat, is de kans dat deze ongelijke effecten optreden groter'.

en raakt het hart van de in dit boek behandelde problematiek waar hij opmerkt dat

'het inherent [is] aan rechterlijke oordelen dat zij in beginsel terugwerken. De veronderstelling is immers dat [de rechter] het recht toepast zoals dat ook al voor zijn uitspraak gold. Maar naarmate de rechter duidelijker aan rechtsvorming doet, is het minder reëel aan die veronderstelling vast te houden. Integendeel, er gaat in het rechtssysteem iets wringen wanneer de rechter veranderingen in het recht door de (lagere) wetgever toetst aan het rechtszekerheidsbeginsel, maar geen rekening houdt met dat beginsel bij veranderingen in het recht die hij zelf aanbrengt'.²⁰⁵

4.4 *Het arrest Wessels-Bergervoet*

Bij arrest van 29 mei 1996 heeft de Hoge Raad zich in het kader van de AOW uitgesproken over de verenigbaarheid van de in artikel 2 van het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen opgenomen uitsluiting van de verzekering voor gehuwde vrouwen. Daarbij heeft de Hoge Raad geen antwoord gegeven op de vraag met ingang van welk tijdstip de uitsluiting in strijd moet worden geacht met het gelijkheidsbeginsel, maar wel een criterium aangereikt aan de hand waarvan dit tijdstip moet worden bepaald. Hiertoe heeft de Raad overwogen dat

1983, AB 1984, 101 m.nt. F.H. van der Burg en H.K. Fernandes Mendes).

205 Zie in dit verband ook de verzuchting van A-G Loeb in zijn conclusie voor het hierna te behandelen arrest van de Hoge Raad van 29 mei 1996 (NJ 1996, 556; RSV 1997/77 m.nt. F.W.M. Keunen; JB 1997/131 m.nt. A.W. Heringa), waar hij opmerkt dat het hem 'overigens hachelijk [voorkomt] om thans anders dan met terughoudendheid te oordelen over de (on)redelijkheid van de destijds door de besluitgever gemaakte keuze. Een dergelijk oordeel wordt immers al snel beïnvloed door contemporaine overwegingen, zeker met betrekking tot het hier aan de orde gestelde onderscheid'.

‘blijkens de nota van toelichting op het [Koninklijk Besluit van 20 december 1956, Stb. 624],²⁰⁶ was de uitsluiting immers erop gericht een ongerechtvaardigd geachte cumulatie van uitkeringen te voorkomen. In dit verband wees de besluitgever erop dat in de in het besluit bedoelde gevallen het in het buitenland door de man opgebouwde pensioen mede geacht kon worden voor zijn echtgenote bestemd te zijn. Daarbij mocht de besluitgever, *gelet op de in de onderhavige tijdvakken*²⁰⁷ *aanwezige maatschappelijke verhoudingen*, ervan uitgaan dat het in vrijwel alle gevallen de man was die de kostwinner was, zodat hij ermee kon volstaan de echtgenote uit te sluiten en niet gehouden was tevens een voorziening te treffen voor de gevallen waarin de vrouw kostwinner was. Derhalve bestond voor het aan de uitsluiting ten grondslag liggende onderscheid naar geslacht *destijds* een redelijke en objectieve rechtvaardiging’. (mijn cursivering, RB)

Het tijdstip met ingang waarvan betrokkenen met succes een beroep op het gelijkheidsbeginsel kunnen doen wordt aldus bepaald door het moment met ingang waarvan de wetgever, gelet op de wijzigingen in de rolverdeling tussen man en vrouw, er niet meer zonder meer vanuit mocht gaan dat in vrijwel alle gevallen de man als kostwinner optrad. Daarbij legt de Hoge Raad, in zorgvuldige bewoordingen, een zelfde criterium aan als kenmerkend is voor vrijwel alle in dit hoofdstuk aan de orde gestelde jurisprudentie. Met dit criterium wordt ook duidelijk dat de terugwerkende effecten van de hier behandelde uitspraken rechtstreeks zijn terug te voeren op het uitblijven van tijdige, voldoende op de maatschappelijke ontwikkelingen inspelende, wetgeving. Veel van de in dit hoofdstuk aan de orde gestelde uitspraken berusten immers op een – al dan niet uitgesproken – oordeel dat de wetgeving reeds geruime tijd niet beantwoordt aan de maatschappelijke ontwikkelingen, dus al in het verleden anders had moeten luiden dat zij zich op het moment van toetsing aan de rechter voordoet. Een oordeel van dergelijke strekking verklaart mede de algemene, regelgevende, strekking van de hier behandelde uitspraken.²⁰⁸

4.5 CRvB 5 maart 1997

Uiteindelijk heeft de CRvB bij uitspraak van 5 maart 1997²⁰⁹ de knoop doorgehakt door te bepalen dat de uitsluiting van de AOW-verzekering van de gehuwde vrouw met ingang van 23 december 1984 niet meer verenigbaar kan worden geacht met, zowel artikel 4, lid 1, Richtlijn 79/7 EEG als met artikel 26 IVBPR.²¹⁰ Voor dit oordeel doet de Raad een beroep op – wat hij inmiddels aanduidt als – vaste jurisprudentie, ingevolge welke

206 Dit KB zag op het eerste Besluit inzake de uitbreiding en beperking van de kring van verzekerden en had nog slechts betrekking op de AOW. Naarmate er later meer volksverzekeringen kwamen werd de werking van het KB tot deze verzekeringen uitgebreid; zie in dit verband punt 4 van de RSV-noot van F.W.M. Keunen.

207 Het arrest ziet op tijdvakken gelegen in de periode tussen 1 februari 1957 tot 1 augustus 1977.

208 In cassatie was overigens ook aangevoerd dat het in de jurisprudentie van de CRvB gemaakte onderscheid tussen tot de beroepsbevolking behorende vrouwen op wie, ongeacht hun verzekeringsverleden de reflexwerking van het arrest *Verholen* van toepassing is, en de niet tot de beroepsbevolking behorende vrouwen die van deze reflexwerking worden uitgesloten, een door artikel 26 IVBPR verboden discriminatie inhoudt. De Hoge Raad achtte het middel echter in zoverre niet-ontvankelijk, omdat dit zag op artikel 13 AOW ten aanzien van de toepassing waarvan in cassatie niet kan worden geklaagd.

209 USZ 1997/131.

210 Hetgeen tevens tot gevolg had dat de uitsluiting tot 1 april 1985, waarin nog werd voorzien in de Wet van 28 maart 1985, kwam te vervallen.

‘in het algemeen – behoudens zich hier niet voordoende uitzonderingen – de onverenigbaarheid met artikel 26 IVBPR van nationale bepalingen niet eerder dan met ingang van 23 december 1984 kan worden ingeroepen’.

Voor wat het in deze zaak in geding zijnde tijdvak van augustus 1972 tot januari 1984 ziet de Raad voorts

‘geen grond om voor [dit tijdvak] betekenis toe te kennen aan de twee overige door de Hoge Raad besproken rechtsnormen, te weten artikel 1 Grondwet en het tot de algemene rechtsbeginselen behorende gelijkheidsbeginsel. Ten aanzien van beide – zo althans aan artikel 1 Grondwet over het zojuist aangegeven tijdvak op dit punt werking kan worden toegekend – stelt de Raad zich op het standpunt dat er onvoldoende redenen zijn om aan te nemen dat de in de zienswijze van de Hoge Raad binnen het stelsel van de AOW-verzekering geldende redelijke en objectieve rechtvaardiging van de uitsluiting van de verzekering haar werking niet over het gehele bedoelde tijdvak zou hebben behouden’.

Daarmee leek het pleit definitief beslecht. Op 27 mei 1998 heeft de rechtbank Maastricht de uitsluiting van een gehuwde vrouw over de perioden van 1 januari 1957 tot 1 oktober 1978 en van 1 maart 1984 tot 23 december 1984, mede gelet op het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Gaygusuz*²¹¹ getoetst aan artikel 14 EVRM in verbinding met artikel 1 van het Eerste Protocol bij dit Verdrag.²¹² Daarbij heeft de rechtbank zich onder meer op het standpunt gesteld dat uit het arrest van het EHRM van 21 februari 1997 in de zaak *Van Raalte*²¹³ volgt dat artikel 14 EVRM zwaardere eisen stelt aan de rechtvaardiging van ongelijke behandeling op grond van geslacht dan artikel 26 IVBPR en artikel 1 Grondwet. In dit verband heeft de rechtbank onder meer overwogen dat

‘art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 van het Eerste Protocol in die zin een nieuw licht werpt op de vraag naar de rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid, dat het voor de beantwoording van de vraag of in casu sprake is van een onderscheid dat is ingegeven door een legitieme doelstelling, dat wil zeggen van een doelstelling die geen onevenredige inbreuk maakt op de gelijke bescherming van de financiële belangen van de gehuwde vrouw ten opzichte van de gehuwde man, niet voor de hand ligt een beroep te doen op het voorkomen van een financiële bevoordeling van gehuwde vrouwen. Vast moet immers komen te staan dat de gehuwde vrouw niet wordt benadeeld ten opzichte van gehuwde mannen die overigens in een zelfde positie verkeren. Van benadeling zal sprake zijn als, in weerwil van de veronderstelling van de wetgever, de gehuwde vrouw niet in het buitenland blijkt te zijn meeverzekerd. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de toetsing aan art. 14 EVRM jo. Art. 1 Eerste Protocol meebrengt dat niet volstaan mag worden met de veronderstelling in abstracto, dat de gehuwde vrouw heeft gedeeld in de buitenlandse wettelijke verzekering inzake ouderdomspensioen van haar echtgenoot, maar dat dit in concreto moet komen vast te staan’.

211 EHRM 16 september 1996, AB 1997, 179; RSV 1997/234; NJCM-Bulletin 22 (1997), p. 461-474 m.nt. C.A. Groenendijk; SMA 1997, p. 253-259 m.nt. G.J. Vonk.

212 AB 1998, 347 m.nt. FP.

213 Reports of Judgements and Decisions 1997-I; JB 1997/64 m.nt. A.W. Heringa.

De benadering van de rechtbank bleek uiteindelijk te voorzichtig. Nadat mevrouw Wessels-Bergervoet bij de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens haar beklag had gedaan over het in paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk besproken arrest van de Hoge Raad, komt het EHRM op 4 juni 2002 met een uitspraak die alle bespiegelingen over het tijdstip waarop de wijziging in de relevante maatschappelijke verhoudingen zou hebben plaatsgevonden illusoir maakte. Na allereerst korte metten te hebben gemaakt met het argument van de Nederlandse regering dat artikel 1 van het eerste Protocol niet zou zien op de aanspraak op een AOW-uitkering,²¹⁵ komt het in een aantal verstrekkende overwegingen tot het oordeel dat de uitsluiting van de gehuwde vrouw van de AOW-verzekering in strijd is met artikel 14 EVRM. Terwijl de Nederlandse regering had betoogd dat de uitsluiting berustte op een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond, gelet op de ten tijde van de in geding zijnde tijdvakken vigerende maatschappelijke verhoudingen, die zich daardoor kenmerkten dat in bijna alle gevallen de man de kostwinner was, alsmede in verband met het voorkomen van dubbele uitkeringen, stelt het Hof voorop dat

‘the only reason for the applicant’s exclusion from insurance under the AOW for a global period of nineteen years was the fact that she was married to a man who was not insured under the AOW on grounds of his employment abroad. It is undisputed that a married man in the same situation as the applicant would not have been excluded from the AOW insurance in this manner’.²¹⁶

Het Hof concludeert dan ook dat de in geding zijnde korting op het AOW-pensioen uitsluitend gebaseerd was op het feit dat het hier een gehuwde vrouw betrof en dat deze ongelijke behandeling naar geslacht en burgerlijke status slechts dan kan worden gerechtvaardigd als hiervoor ‘very strong reasons’ zijn aangevoerd. Deze acht het Hof echter niet aanwezig. Nadat het ten aanzien van het door de regering aangevoerde argument van het voorkomen van dubbele pensioenuitkeringen droogjes heeft opgemerkt dat

‘this legislation did not prevent a married man in the same situation as the applicant from accumulating pension rights’.²¹⁷

overweegt het ten aanzien van het door de regering aangevoerde argument in verband met de ten tijde van de in geding zijnde verzekeringstijdvakken heersende tijdgeest het ‘of some relevance’ te achten dat het EVRM en het Eerste Protocol voor Nederland al op 31 augustus 1954 van kracht zijn geworden, om vervolgens te overwegen:

‘Furthermore, when examining whether a difference in treatment can be regarded as justified, the Court does not only have regard to its aim at the time the relevant provisions were enacted, but also to its effects in the concrete case concerned. In the present case, the applicant received an old age pension as from 1 March 1989 which was 38% less than that which a married man in the same situation would have received. In other words, the inequality in treatment embodied in

214 Reports of Judgements and Decisions 2002-IV; RSV 2002/181; NJCM-Bulletin, jrg. 28 (2003), nr. 1, p. 45-53, m.nt. Aart Hendriks.

215 De regering had betoogd dat voornoemd arrest *Gaygusuz v. Austria* toepassing zou missen, omdat de AOW zich door een omslagstelsel kenmerkt.

216 *Wessels-Bergervoet*, par. 47.

217 *Wessels-Bergervoet*, par. 50.

the former legal rules materialised in 1989 when, given the prevailing social attitudes at the time, the aim pursued by the legal provisions could no longer be upheld.²¹⁸

Waaraan het Hof tenslotte nog toevoegt dat het bij zijn oordeel tevens heeft meegewogen dat

‘when the relevant rules were changed in 1985 in order to bring them in conformity with more present-day standards of equality between men and women, no measures were taken to remove the discriminatory effect of the former legal rules’.²¹⁹

4.7 Conclusie

De benadering van het EHRM is aldus in tweeërlei opzicht fundamenteel verschillend van die van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad. Waar beide laatstgenoemde rechtscolleges in de eerste plaats, zij het met verschillende ‘regressiviteit’, van belang achtten met ingang van welk tijdstip de ongelijke behandeling van de gehuwde vrouw niet meer in overeenstemming kon worden geacht met de heersende maatschappelijke opvattingen, gaat het Hof uit van een, in wezen, positiefrechtelijke benadering, waarbij simpelweg aansluiting wordt gezocht bij het moment waarop het EVRM voor Nederland van kracht is geworden. En waar zowel de Centrale Raad van Beroep als de Hoge Raad in het verlengde van het voorgaande de doorwerking van de later als discriminatoir beschouwde uitsluitingsbepaling aanvaardden, houdt het Hof bij zijn beoordeling van de vraag of sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid rekening met de effecten die de gewraakte regeling heeft op het moment waarop de pensioenrechten geldend kunnen worden gemaakt en werpt het de Nederlandse wetgever zelfs tegen dat bij de aanpassingswetgeving geen werk is gemaakt van het wegnemen van discriminatoire effecten van de oude regelgeving. Aldus beschouwd is de praktische uitwerking van dit arrest te vergelijken met die van de reflexwerking van het arrest *Verholen*²²⁰ en wordt ook een redelijker resultaat bereikt dan voortvloeide uit de in paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk behandelde uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 26 november 1993. Deze laatste uitspraken kenmerkten zich immers door de onevenwichtigheid dat de reflexwerking van het arrest *Verholen* en dus het wegnemen van de discriminatoire effecten van de oude regeling afhankelijk werd gesteld, niet van de vraag of de vrouw over de in het (soms verre) verleden gelegen tijdvakken waarop de uitsluiting van haar echtgenoot betrekking had, zelf tot de beroepsbevolking behoorde en dus zelfstandig voor de AOW verzekerd was, maar of deze situatie zich kort voor het bereiken van de 65-jarige leeftijd had voorgedaan.²²¹

218 Wessels-Bergervoet, par. 52.

219 Wessels-Bergervoet, par. 53.

220 Vgl. par 4.2. van dit hoofdstuk.

221 Met het voorspelbare gevolg dat veel gehuwde vrouwen kort voor het bereiken van de 65-jarige leeftijd gingen solliciteren om als werkzoekende te kunnen worden aangemerkt en aldus onder de personele werkingssfeer van Richtlijn 79/7 EEG te kunnen vallen. Dit heeft op zijn beurt weer geleid tot beleid van de zijde van de uitvoeringsorganen, waarbij (alsnog) de eis werd gesteld dat de vrouw gedurende de twee aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd voorafgaande jaren blijf moest hebben gegeven van serieuze sollicitatie-activiteiten. Dit beleid is in de jurisprudentie gesauveerd. Wel heeft het uitvoeringsorgaan, blijkens onder meer de uitspraak van de CRvB 19 februari 1997 (RSV 1997/159) zijn beleid in die zin bijgesteld dat ook gehuwde vrouwen die tot de leeftijd van 57,5 jaar hebben gewerkt, dan wel daadwerkelijk ter beschikking van de arbeidsmarkt

Wat echter vooral aan de uitspraak van het Hof opvalt is de vanzelfsprekendheid waarmee het concludeert tot de discriminatie van de desbetreffende gehuwde vrouwen, een benadering die verfrissend afsteekt tegen de 'subtiliteiten' waardoor de eerdere uitspraken van de nationale rechtscolleges zich kenmerkten.

5. De Bopa-affaire

5.1 Inleiding

Tot slot van dit hoofdstuk behandel ik een aantal uitspraken in – wat is bekend geworden als de – Bopa-affaire. Het bijzondere aan deze affaire is dat zij heeft geleid tot uitspraken van zowel de CRvB, als de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State als de Hoge Raad met betrekking tot de werking in de tijd van een arrest van het HvJ EG. In deze uitspraken komen diverse van de in dit en de vorige twee hoofdstukken besproken lijnen samen.

5.2 Voorgeschiedenis²²²

Tot 1 januari 1985 gold voor ambtenaren ten aanzien van de AOW/AWW-premieheffing de zogenaamde Bopa-regeling (Uitvoeringsbesluit beperking meervoudige overneming AOW/AWW-premie).²²³ Deze regeling strekte ertoe een einde te maken aan de zogenaamde overcompensatie. Van overcompensatie was sprake, indien de overheid namens de ambtenaar meer premie AOW/AWW aan de belastingdienst had afgedragen dan het door die wetten gestelde maximum-bedrag. Het door de overheid te veel betaalde werd vervolgens door de belastingdienst terugbetaald aan de ambtenaar. Deze situatie deed zich, gezien het feit dat voor de premieheffing echtparen als eenheid golden, in het bijzonder voor bij echtparen waarbij zowel de man als de vrouw als ambtenaar werkzaam waren. Op grond van de Bopa-regeling vond de premieheffing in eerste instantie plaats op basis van het inkomen van één der echtgenoten; het inkomen van de andere echtgenoot kwam voor de heffing in aanmerking tot het punt waarop het wettelijk maximum voor de premieheffing werd bereikt. Op grond van een circulaire van de Minister van Binnenlandse Zaken²²⁴ werd voor de bepaling van de heffing eerst uitgegaan van het inkomen van de man, daarna pas van dat van de vrouw. Een en ander leidde tot een situatie, waarbij in het geval van 'ambtenaren-huwelijken' door de werkgever in het algemeen meer premie werd afgedragen namens de man dan namens de vrouw. Het resultaat was een hoger bruto-inkomen voor de man dan voor de vrouw, bij overigens gelijke werkzaamheden. Het resultaat was ook dat de vrouw in het vervolg een belastingvoordeel misliep.

Op 14 februari 1984 heeft de CRvB zich op grond van art. 177 EEG tot het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gewend met, kort gezegd, de vraag of de Bopa-regeling zich verdraagt met art. 119 EEG. Hierop heeft het Hof geantwoord dat

hebben gestaan, bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar tot de beroepsbevolking in de zin van artikel 2 van Richtlijn 79/7 kunnen worden gerekend.

222 Zie mijn noot onder CRvB 22 mei 1990, Regelman 1990-4, p. 92-93.

223 Vastgesteld op basis van de Wet gemeenschappelijke bepalingen overheidspensioenwetten (Stb. 1972, 650), bij Koninklijk Besluit van 21 februari 1973 (Stb. 1973, 76) en gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 26 september 1979 (Stb. 1979, 585).

224 Circulaire van 12 december 1972, nr. AW72/U3331.

‘een stelsel van sociale zekerheid waarin (1) de premie wordt berekend over het salaris van de werknemer, maar een bepaald maximum niet kan overschrijden; (2) echtgenoten als een eenheid worden beschouwd en de premie – ook hier tot het vastgestelde maximum – over hun gezamenlijke salaris wordt berekend; (3) de overheidsorganen gehouden zijn, voor rekening van hun werknemers, de door dezen verschuldigde premies af te dragen; (4) indien beide echtgenoten ambtenaar zijn, de ambtelijke werkgever van de man als eerste premie moet afdragen en de ambtelijke werkgever van de vrouw daartoe slechts gehouden is, voor zover het maximum door de voor rekening van de man afgedragen premie niet wordt bereikt, in strijd is met het in artikel 119 EEG-Verdrag vervatte beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid, *voor zover* de eruit voortvloeiende verschillen tussen het bruto-salaris van de met een ambtenaar gehuwde vrouwelijke ambtenaar en dat van een mannelijke ambtenaar bepalend zijn voor de berekening van andere aan het salaris gekoppelde voordelen, zoals afvloeiingsregelingen, werkloosheidsuitkeringen, gezinstoelagen en kredietfaciliteiten’.
(mijn cursivering, RB)

De CRvB zag zich dus gesteld voor de vraag of de ten gevolge van de Bopa-regeling ontstane verschillen in bruto-salaris tussen mannelijke en vrouwelijke gehuwde ambtenaren ook leidden tot verschillen tussen andere aan het salaris gekoppelde voordelen. In zijn uitspraak van 24 juni 1986²²⁵ oordeelde de CRvB dat dit inderdaad het geval was op grond van het feit dat voornoemde bruto bedragen onder andere bepalend zijn voor de (omvang van de) uitkeringsgerechtigdheid ingevolge de AAW. Op deze grond achtte de CRvB de Bopa-regeling in strijd met art. 119 EEG en derhalve onverbindend.

De minister van Binnenlandse Zaken bleek niet van zins om aan de uitspraak van de CRvB ook ten aanzien van derden uitvoering te geven. Zo antwoordde hij op desbetreffende kamervragen dat

‘uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 24 juni j.l. blijkt dat de vrouwen waar het hier om gaat recht zouden hebben gehad op premiebetaling te hunner bate [...] dat beginselen van redelijkheid en billijkheid in verband met de rechtszekerheid de overheidsinstanties niet verplichten tot het alsnog ongedaan maken van eerdere besluiten’.²²⁶

5.3 CRvB 22 mei 1990

Op 22 mei 1990²²⁷ heeft de CRvB uitspraak gedaan in een zaak waarin een vijftal vrouwen van het overheidsorgaan waarbij zij werkzaam waren alsnog uitkering van het niet afgedragen bedrag aan AOW/AWW-premie, dan wel afdracht van dit bedrag aan de belastingdienst, hadden geëist. Zij beriepen zich hierbij op de onverbindendheid van de Bopa-regeling²²⁸. In alle gevallen is deze eis door de desbetreffende overheidsorganen afge-

225 TAR 1986/186.

226 Opvallend is overigens dat de minister hier een formulering gebruikt die doet denken aan de bewoordingen die de Hoge Raad in het arrest Boon-Van Loon (HR 27 november 1981, NJ 1982, 503, m.nt E.E.A. Luyten en W.H. Heemskerk.) gebruikte om de terugwerkende effecten van dit arrest te beperken..

227 Regelmaat 1990, afl. 4, blz. 91.

228 Twee van de betrokkenen hadden reeds eerder, te weten in 1980 resp. 1983, tevergeefs een dergelijk verzoek gedaan; in een van deze gevallen was door betrokkene beroep ingesteld bij het Ambtenarengerecht, dat het beroep had verworpen. Van het instellen van hoger beroep had betrokkene vervolgens afgezien.

wezen en werden de tegen deze afwijzingen ingestelde beroepen door de respectievelijke Ambtenarenrechtters ongegrond verklaard.

De CRvB is van oordeel dat

- a. de aangevochten besluiten het karakter dragen van een weigering om terug te komen van eerdere in rechte onaantastbaar geworden besluiten. Voor dit oordeel omtrent de aard van de aangevochten besluiten acht de CRvB het onverschillig of het gemeenschapsrecht dan wel verdragsbepalingen aan de orde zijn. De CRvB is van oordeel dat, *ook in de gevallen waarin het gemeenschapsrecht speelt*, aan overheidsorganen de bevoegdheid toekomt te weigeren terug te komen op besluiten die in rechte onaantastbaar zijn geworden.
- b. ten aanzien van een dergelijke weigering de rechter slechts de in hoofdstuk II behandelde beperkte toetsingsmogelijkheid openstaat;
- c. het niet of slechts ten dele voldoen van premie voor een met een ambtenaar gehuwde vrouwelijke ambtenaar, mede in het licht van de hierboven weergegeven overwegingen van het HvJ EG, alleen dan discriminatoir in de zin van art. 119 EEG is, indien hiervan een nadelig effect uitgaat op andere aan het (bruto)salaris gekoppelde voordelen. Het aldus door art. 119 EEG beschermde belang betreft volgens de CRvB alleen die 'andere' aan het salaris gekoppelde voordelen (zoals de AWW-uitkering uit de zaak van 24 juni 1986), *niet* echter het belang gelegen in het financiële voordeel dat voor eiseressen het gevolg zou zijn van het alsnog aan hen uitkeren van de niet afgedragen premie.
- d. [het uitvoeringsorgaan] in redelijkheid tot hun beslissing heeft kunnen komen. De CRvB gaat zelfs nog een stap verder door te overwegen dat het belang van de eisers niet prevaleert boven dat van de gedaagden.
- e. dat voor herziening evenmin aanleiding bestaat in die gevallen waarin de betrokkenen reeds eerder, nog ten tijde van de werking van de Bopa-regeling, een soortgelijk verzoek hadden gedaan, omdat de besluiten waarbij die verzoeken werden afgewezen inmiddels in rechte onaantastbaar waren geworden.
- f. er van strijd met art. 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Bupo-Verdrag) en art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (Esocul-Verdrag) evenmin sprake is. De Raad laat hierbij overigens in het midden in hoeverre aan deze verdragsbepalingen in deze materie rechtstreekse werking zou toekomen. (mijn cursivering, RB)

'Een beslissing welke de staat in de honderden miljoenen bespaart', aldus een van de eerste reacties²²⁹ op deze uitspraak. Het gaat in deze zaak om de vraag of de uitspraak van de CRvB van 24 juni 1986 terugwerkt, in die zin dat voor tijdvakken gelegen in de periode van de gelding van de Bopa-regeling door vrouwelijke ambtenaren alsnog aanspraak kon worden gemaakt gemaakt op uitkering van het niet afgedragen bedrag aan AOW/AWW-premie met een beroep de achteraf gebleken onverbindendheid van de Bopa-regeling. Het in volle omvang toekennen van precedentwerking aan de door de Raad in zijn beslissing van 24 juni 1986 uitgesproken onverbindendverklaring zou betekenen dat ook derden overeenkomstig deze uitspraak rechten zouden kunnen ontlenen aan het feit dat de Bopa-regeling ten onrechte op hen is toegepast. Deze vraag krijgt extra gewicht omdat de onverbindendverklaring haar grondslag vindt in het communautaire recht. De uitspraak van het Hof van 18 september 1984 houdt immers in dat de Bopa-regeling in strijd is met art. 119 EEG-Verdrag, *indien* aan een nadere voorwaarde, gelegen in de consequenties die

229 NJB 11 augustus 1990, afl. 28, p. 1137.

de Bopa-regeling zou kunnen hebben voor, bijvoorbeeld, uitkeringsgerechtigdheid krachtens de sociale zekerheidswetten, zou zijn voldaan.

De wijze waarop de CRvB in de onderhavige zaak de eis van het vijftal vrouwen afwijst, vertoont enige bijzonderheden. In zijn uitspraak van 24 juni 1986 verrichtte de CRvB de 'normale' incidentele toetsing: de artikelen uit de Bopa-regeling waaruit bovengenoemde verschillen in bruto-salaris voortvloeiden werden buiten toepassing verklaard. Dit had tot gevolg dat ten behoeve van betrokkene alsnog afdracht van premie AOW/AWW diende plaats te vinden. Dit geschiedde ondanks het feit dat het uitblijven van een financieel voordeel door het niet afdragen van premie *op zichzelf* niet door het Hof van Justitie als discriminatie in de zin van art. 119 EEG-Verdrag was aangemerkt. In de onderhavige uitspraak is deze laatste omstandigheid echter dé reden voor de CRvB om de eis af te wijzen: volgens de CRvB is het belang dat in de onderhavige zaak voor betrokkenen is gelegen in het verkrijgen van een financieel voordeel, niet het belang dat het Hof van Justitie beoogde te beschermen. De CRvB hanteert aldus een zeer concrete toetsing die de formele werking in de tijd van de uitspraak van 24 juni 1986 zeer beperkt.

5.4 ARRS 5 september 1991²³⁰

Deze zaak betreft een tot de Minister van Justitie gericht verzoek van een rechter om haar rechtspositie over de periode 1973-1985 te herzien, in die zin dat alsnog premies AOW/AWW worden afgedragen. Dit verzoek werd door de minister afgewezen. De Afdeling verwerpt het beroep, daartoe overwegende dat, aangezien betrokkene niet tijdig is opgekomen tegen de uit de jaaropgaven over de periode 1973-1985 blijkende beschikkingen, deze in rechte onaantastbaar moeten worden geacht. De Afdeling weigert in de in paragraaf 5.2 genoemde uitspraak van de CRvB van 24 juni 1986²³¹ een omstandigheid te zien die tot een ander oordeel noopt, omdat

'deze uitspraak betrekking heeft en naar haar aard ook slechts kan hebben op het daarin aan de orde zijnde hoger beroep tegen een uitspraak van het Ambtenarengerecht te Amsterdam van 11 december 1980 en de daarin aan de orde zijnde rechtsbetrekking tussen partijen in dat geding, waartoe appellante niet behoorde'.

De Afdeling laat er overigens geen twijfel over bestaan dat in materieelrechtelijk opzicht de rechtspositie van appellante een andere is geweest dan uit de beschikkingen over de periode 1973-1985 blijkt. De Afdeling overweegt immers dat betrokkene

'artikel 119 van het EEG-Verdrag, waarin door de Centrale Raad van Beroep in diens uitspraak uitleg en toepassing is gegeven, [...] destijds, indien zij rechtsmiddelen had aangewend tegen de jegens haar genomen besluiten waarvan zij thans heroverweging beoogt, ook reeds [had] kunnen inroepen; in haar rechtspositie is derhalve door de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep geen wijziging gebracht'.

Dit komt wel heel dicht bij een erkenning dat betrokkene het recht aan haar zijde had (aangenomen dat de Afdeling de uitleg van de CRvB zou willen volgen), maar dit recht op formele gronden niet kon uitoefenen. Dat blijft onbevredigend, omdat ook hier geldt dat velen zich aanvankelijk in het geheel niet bewust waren van hun rechten. Geconcretiseerd

230 AB 1992, 120 m.nt. L.J.M. de Leede; tB/S 1991, nr. 118.

231 TAR 1986/186.

werden deze rechten in elk geval pas in de uitspraak van CRvB van 24 juni 1986, terwijl niet blijkt dat er van de kant van de regering stappen zijn ondernomen om aan deze uitspraak een ruime bekendheid te geven.

5.5 *HR 29 november 1991*²³²

Ook de Hoge Raad heeft een formele redenering gevolgd om onder de vergaande financiële consequenties, die het gevolg zouden zijn van het toekennen van een meer algemene betekenis aan de uitspraak van de CRvB, uit te komen.

De aan de Hoge Raad voorgelegde zaak betrof de semi-overheid en had betrekking op een vordering jegens de in Amsterdam gevestigde Stichting Montessori Onderwijs, ertoe strekkende dat de Stichting aan de betrokkene dan wel aan de belastingdienst de over de periode 1973-1984 te weinig afgedragen premies AOW/AWW zou voldoen. De Hoge Raad stelt voorop dat

‘onder meer blijkens de in cassatie namens [betrokkene] gegeven toelichting [...] aan deze vordering tot nakoming de stelling ten grondslag [ligt] dat de Stichting door niet voor haar de premie AOW/AWW te voldoen jegens haar wanprestatie heeft gepleegd, immers tekort is geschoten in haar verplichtingen ingevolge art. N9 ABPw, welke wanprestatie niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de Bopa-regeling aangezien deze om voormelde redenen onverbindend is’.

De Kantonrechter en de rechtbank hadden de vordering gedeeltelijk toegewezen. De Hoge Raad ging over tot vernietiging van beide vonnissen, waartoe hij een redenering volgde die de Bopa-spitsroeden zoveel mogelijk vermeed. Daartoe overwoog de Hoge Raad met een beroep op de parlementaire geschiedenis²³³ van art. 5 lid 1 van de Wet pensioenmaatregelen 1963²³⁴ dat art. N9 ABPw

‘niet anders [kan] worden verstaan dan dat deze bepaling het orgaan slechts verplicht tot het voldoen van premie voor zover deze door de ambtenaar (uiteindelijk) is verschuldigd’.

Op deze grond kan volgens de Hoge Raad niet worden gezegd dat de Stichting, door gedurende de periode 1973-1984 niet de AOW/AWW-premie te voldoen, jegens betrokkene wanprestatie zou hebben gepleegd.

5.6 *Conclusie A-G Koopmans bij HR 29 november 1991*²³⁵

Kenmerkten de voorgaande uitspraken zich door een vergaande beperking van de formele werking in de tijd van de uitspraak van de CRvB van 24 juni 1986 en van het arrest van het HvJ EG van 18 september 1984, de conclusie van A-G Koopmans voor het in de vorige paragraaf aan de orde gestelde arrest van de Hoge Raad ademde een geheel ander sfeer. Ten aanzien van de vraag of de door het HvJ EG in zijn uitspraak van 18 september 1984 bedoelde ‘voordelen’ zelf loonelementen in de zin van art. 119 EEG-Verdrag zouden moeten zijn en of die voordelen werkelijk genoten moeten worden dan wel of voldoende is

232 TAR 1992/22.

233 Bijl. Hand. II 1964-1965, 7980, nr. 4, p. 32, l.k..

234 Wet van 29 mei 1963, Stb. 210.

235 NJ 1993, 150 en 151 m.nt. J.H. van der Veen.

dat daar, eventueel in de toekomst, aanspraak op kan worden gemaakt, stelt Koopmans voorop dat er in het licht van de strekking van art. 119 EEG-Verdrag

‘van uit moet worden gegaan dat art. 119 een voorschrift van sociale aard is (het maakt ook deel uit van de ‘sociale bepalingen’ van het verdrag) dat tot doel heeft mannelijke en vrouwelijke werknemers een gelijke positie in het arbeidsproces te verzekeren. [...] In de uitvoerige rechtspraak van het Hof staat dan ook centraal of de ‘voordelen’ die man en vrouw uit hoofde van de dienstbetrekking genieten wel dezelfde zijn. [...] In dit perspectief gezien ligt het voor de hand dat het Hof verschil in brutosalariëring dat niet tot onderscheid in nettosalaris leidt slechts van belang vond voor de toepassing van art. 119 voor zover ‘andere voordelen’ dan het bedrag dat men maandelijks in de hand krijgt aan dit verschil gekoppeld zouden zijn. In dat geval zouden nl. man en vrouw, ondanks gelijk nettosalaris, toch in een verschillende positie verkeren ten aanzien van de voordelen die uit de dienstbetrekking voortvloeien’.

Op grond hiervan merkt Koopmans dan ook op dat hem

‘geen gerede twijfel mogelijk [lijkt] dat het Hof met de uitdrukking ‘andere voordelen’ bedoeld heeft wat het heeft gezegd: aan het bruto-inkomen gekoppelde voordelen bepalen of het bruto-inkomen relevant is voor de toepassing van art. 119. Die ‘voordelen’ hoeven daarom zelf geen loonelementen te zijn in de zin van art. 119, zoals blijkt uit het door het Hof gegeven voorbeeld van de kredietfaciliteiten; zij hoeven ook niet werkelijk genoten te worden, omdat anders de eveneens gegeven voorbeelden van afvloeiingsregelingen en werkloosheidsuitkeringen onbegrijpelijk zouden zijn’.

Op grond waarvan hij tot het oordeel komt dat

‘wanneer uitkeringen krachtens werkloosheidsverzekering of krachtens afvloeiingsregelingen (bijv. bij CAO) verschillend zijn voor man en vrouw ten gevolge van verschillen in brutosalaris, die laatste verschillen strijdig met art. 119 [zijn] ook al zijn de nettosalarissen van mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijk’.

Vervolgens refereert Koopmans aan de uitspraak van de CRvB van 1986, waarin deze rechter tot het oordeel kwam dat de gewraakte verschillen in brutosalaris inderdaad gevolgen hadden voor het recht op toekenning en de bepaling van de hoogte van AAW-uitkeringen (en, naar uit een overweging ten overvloede blijkt, ook voor de WWV-uitkering). Op grond van het voorgaande en op grond van de juridische constructie die de Bopa-regeling inhoudt komt Koopmans tot de conclusie dat er sprake is van directe discriminatie in de *uitvoeringspraktijk*²³⁶ en niet in de Bopa-besluiten zelf. In afwijking van de uitspraak van de CRvB van 1986 oordeelt Koopmans dan ook dat het probleem van de onverbindendheid van wettelijke voorschriften zich hier niet voordoet, omdat er sprake is van een administratieve praktijk waarbij discriminerend is opgetreden. Zijns inziens zou onverbindendheid van de Bopa-besluiten alleen kunnen worden overwogen wanneer de daarin neergelegde voorschriften geen enkele andere dan een discriminerende praktijk zouden toelaten.²³⁷

Nu het Nederlandse recht naar het oordeel van Koopmans geen grondslag inhoudt voor een salarisverhoging voor de betrokkenen kan het discriminerende gedrag zijn inziens,

236 Belichaamd in de uitvoeringsvoorschriften die de Minister van Binnenlandse Zaken bij brief en ‘instructie’ heeft vastgesteld.

237 Aan de hand van een aantal voorbeelden toont Koopmans aan dat dit laatste niet het geval is; zie NJ 1993, 150, p. 445 r.k..

naar Nederlands recht, *alleen door een actie uit schadevergoeding worden bestreden*, in welk verband hij zich de vraag stelt:

‘Dwingt het Europese recht tot een andere slotsom? Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie dient een *daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming* geboden te worden aan vrouwelijke werknemers die het slachtoffer zijn van discriminatie; een louter symbolische schadevergoeding voldoet niet aan die eis [...].²³⁸ Die overweging hoeft niet te leiden tot toewijzing van een salarismatiging, omdat daardoor immers een grotere ongelijkheid zou worden gecreëerd dan de ongelijkheid waarvoor redres wordt gezocht; maar zij heeft wel tot gevolg dat de schadevergoeding een *voldoende effectief middel* moet zijn om de gelijkheidsregel van art. 119 EEG-Verdrag zijn volle werking te verzekeren. De werkgever moet worden ontmoedigd zijn discriminerend gedrag voort te zetten.’²³⁹ (mijn cursivering, RB)

De schadevergoeding betreft naar het oordeel van Koopmans niet gederfd inkomen, maar vloeit voort uit – wat hij noemt – de *smaad* die de desbetreffende vrouwen is aangedaan door een discriminerende behandeling. Het gaat dus om vergoeding van immateriële schade.²⁴⁰ Daarbij ware volgens Koopmans te overwegen

‘art. 1637w BW in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie dusdanig te interpreteren dat de naar billijkheid vast te stellen vergoeding ook een *punitief karakter* kan hebben’. (mijn cursivering)

Het voorgaande leidt Koopmans tot de slotsom dat betrokkenen met hun op wanprestatie gebaseerde loonvordering *een verkeerde weg hebben bewandeld*.²⁴¹ Het belang van de conclusie is dan ook gelegen in de aanwijzing van een andere, tot compensatie van geleden nadeel leidende weg, die los staat van de opzet van de in geding zijnde wetgeving. Hoewel Koopmans de door hem bepleite actie uit schadevergoeding lijkt te willen baseren op het Nederlandse recht, valt op dat de argumentatie die hij in dat verband gebruikt – met de nadruk op het bieden van daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming tegen door het EG-recht verboden discriminatie – op zijn minst verwant is met de argumentatie die het HvJ EG hanteerde in het arrest *Francovich en Bonifaci*,²⁴² bij welke uitspraak het Hof een rechtstreeks op het EG-recht gebaseerde actie uit onrechtmatige daad introduceerde in een geval waarin het nationale recht niet in een dergelijke actie voorzag. Het Hof maakt hierbij een uitzondering op het uitgangspunt dat de Lid-Staten voor wat betreft het bieden van rechtsmiddelen ter handhaving van de toepassing in de interne rechtsorde betreft, autonoom zijn.²⁴³

De conclusie van Koopmans roept ook in meer algemene zin de vraag op of met een louter beroep op de formele rechtskracht van eerder afwijzende beslissingen, of door de toepassing van strikte aanvraagtermijnen, aan de gevolgen van de materiële werking in de tijd

238 Waarbij Koopmans verwijst naar HvJ EG 10 april 1984, zaak 79/83 *Harz/Tradax*, Jur. 1984, p. 1921.

239 Waarbij Koopmans verwijst naar HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, Jur. 1984, p. 1891.

240 Zie art. 6: 106 BW en voor het oude recht: Asser-Hartkamp I (8e druk 1988, nr. 464). Zie voorts art. 1637w BW, dat naar de mening van Koopmans ruimte laat voor de vergoeding van schade wegens een smadelijke behandeling van de werknemer.

241 Om welke reden het cassatieberoep ook werd verworpen.

242 HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, p. I-5357; AB 1994, 482 m.nt. F.H. van der Burg; SEW (1993), p. 87 e.v..

243 Zie ook hoofdstuk 5, par. 2.1.

van uitspraken waarbij toepassing is gegeven aan het internationale of communautaire recht, kan worden ontkomen. Op deze vraag zal in het volgende hoofdstuk worden teruggekomen.

Hoofdstuk 5

Formele werking, nader beschouwd

1. Inleiding

In de voorgaande twee hoofdstukken ging het steeds om de vraag in hoeverre verandering van rechtspraak aanleiding kan zijn tot het wijzigen van onder de oude rechtspraak tot stand gekomen rechtsverhoudingen of tot het alsnog, met terugwerkende kracht, tot stand brengen van nieuwe rechtsverhoudingen. Voor wat de wijziging van bestaande rechtsverhoudingen betreft zijn twee relevante varianten besproken. De meeste aandacht is daarbij uitgegaan naar het door het bestuur op aanvraag dan wel ambtshalve met terugwerkende kracht herzien van onder de oude rechtspraak tot stand gekomen besluiten. Daarnaast is al een aantal keren de mogelijkheid ter sprake geweest om in het licht van de veranderde jurisprudentie een procedure voor de burgerlijke rechter te voeren, ofwel om het besluit langs die weg alsnog aan te tasten, ofwel om, met instandlating van de rechtskracht van het besluit, schadevergoeding te vorderen. Van totstandkoming van nieuwe rechtsverhoudingen is sprake wanneer naar aanleiding van nieuwe rechtspraak alsnog een aanvraag wordt ingediend ter verkrijging van een recht waarop de betrokkenen, afgaande op de oude rechtspraak, geen aanspraak leken te maken.

De mogelijkheid tot het veranderen van bestaande rechtsverhoudingen stuit blijkens het voorgaande meestal af op het beginsel van de formele rechtskracht, terwijl de vraag of met succes aanspraak kan worden gemaakt op krachtens veranderde rechtspraak alsnog verkregen materiële rechten in hoofdzaak afhankelijk blijkt te zijn van de mate waarin nationaal-rechtelijke procedurele bepalingen het mogelijk maken de alsnog, met terugwerkende kracht verkregen, materiële rechten geldend te maken.¹ Dat een en ander, voor wat het verkrijgen van daadwerkelijk rechtsherstel, een willekeurig beeld kan opleveren, moge nog blijken uit de nevenstelling van de volgende twee uitspraken van de CRvB.

De eerste uitspraak² heeft betrekking op een aantal gehuwde vrouwen die met een beroep op de uitspraak van de CRvB van 14 mei 1987³ inzake de WUV alsnog een aanvraag hadden ingediend om met ingang van 23 december 1984 voor een uitkering in aanmerking te komen. Deze aanvragen werden door het uitvoeringsorgaan ingewilligd, maar niet eerder dan met ingang van de eerste dag van de maand waarin de desbetreffende aanvragen waren ingediend, zoals door artikel 34, lid 1, aanhef en onder a, van de WUV werd voorgeschreven. Betrokkenen stelden zich echter op het standpunt dat zulks in strijd met artikel 26 IVBPR was te achten en stelden bovendien dat aan hen ten gevolge van deze

- 1 Vgl. in dit verband de verschillen tussen de formele werking van de in par. 1 en 2 van hoofdstuk 4 besproken 'omgangsjurisprudentie' met betrekking tot, respectievelijk, de WWV en de AAW.
- 2 CRvB 24 januari 1991, AB 1991, 338 m.nt. JR; RSV 1991/268; NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 213 m.nt. Heringa.
- 3 AB 1987, 543 m.nt. HH; RSV 1987, 246 m.nt. W.M. Levelt-Overmars; NJCM-Bulletin 12-6 (1987), p. 465. Zie voorts hoofdstuk 3, par. 2.4.

handelwijze van het uitvoeringsorgaan geen daadwerkelijk rechtsherstel was geboden als bedoeld in artikel 2, lid 3, aanhef en onder a, van dit verdrag. Beide argumenten worden door de Raad verworpen.⁴ Hiertoe overweegt de Raad dat

‘[hij] een formeel-wettelijk voorschrift van die aard [heeft] te eerbiedigen. Dit is slechts anders indien in een concrete casus zodanige bijzondere omstandigheden kunnen worden onderkend dat op grond van ongeschreven recht een strikte toepassing van het betreffende voorschrift geen rechtsplicht meer kan zijn. In dit kader kan worden geplaatst de stelling dat klaagsters in de tijd voor mei 1987 wel uiting hebben gegeven aan hun wens een periodieke uitkering te verkrijgen *maar dat zij zich toen hebben gericht naar en hebben berust in* de informatie vanwege de begeleidende instelling dan wel de Uitkeringsraad dat zij als gehuwde vrouw geen aanspraak op een periodieke uitkering konden ontlenen. De Raad is van oordeel dat deze stelling geen bijzondere omstandigheden weergeeft als nodig is voor de slotsom, dat ten aanzien van klaagsters op grond van ongeschreven recht een strikte toepassing van art. 34 eerste lid aanhef en onder a van de Wet geen rechtsplicht meer kan zijn. Hiertoe heeft de Raad laten wegen dat betrokken klaagsters zich met hun opstelling *in wezen gericht hebben naar de wet*. Met haar inhoud waren de toen bij de Uitkeringsraad vigerende uitvoeringspraktijk en de alstoen in het voetspoor van die praktijk aan de betrokken klaagsters aangereikte informatie in overeenstemming. In die situatie is eerst wijziging gekomen naar aanleiding van de voormelde uitspraak van de Raad d.d. 14 mei 1987, gegeven in een geding waarin geen van klaagsters (mede) partij was’. (mijn cursivering, RB)

De tweede uitspraak⁵ ziet op op een op 26 april 1984 ingediende aanvraag om een vervoersvoorziening krachtens de Wet uitkering burger-oorlogsslachtoffers (WUBO). Nadat het uitvoeringsorgaan betrokkenen met ingang van 1 april 1984 (de datum van inwerkingtreding van de WUBO) voor de gevraagde voorziening in aanmerking had gebracht, maakte betrokkene bezwaar tegen de ingangsdatum. Hiertoe voerde hij aan dat hij zich al voor genoemde datum tot de Stichting Burger-oorlogsslachtoffers had gewend om te informeren of hij ingevolge de toen geldende Rijksgroepsregeling Oorlogsslachtoffers 1940-1945 aanspraak op een bijzondere uitkering terzake van vervoerskosten zou kunnen maken. Van die zijde is hem toen meegedeeld dat hij gezien de hoogte van zijn inkomen niet voor een dergelijke uitkering in aanmerking zou komen. In zijn uitspraak stelt de CRvB voorop dat, anders dan in de vorige uitspraak ten aanzien van artikel 34 van de WUV het geval was, het in deze zaak aan de orde zijnde artikel 40, tweede lid, van de WUBO een bevoegdheid van discretionaire aard bevat om ten gunste van betrokkenen van een eerdere ingangsdatum uit te gaan. Daarmee is het juridisch kader van deze zaak weliswaar wezenlijk anders dan dat van de vorige, maar de overweging op grond waarvan de CRvB het uitvoeringsorgaan gehouden acht van deze bevoegdheid gebruik te maken is niettemin, gelet op zijn overwegingen in de WUV-zaak, interessant, waar hij overweegt van oordeel te zijn dat

- 4 Het beroep op artikel 2, derde lid, onder c, IVBPR verwerpt de Raad overigens met de eigenaardige overweging dat geen van de voorliggende gevallen beantwoordt aan het derde lid, onder b, van deze bepaling. Heringa heeft opgemerkt deze reden tot afwijzing onbegrijpelijk te vinden, daar het in artikel 2, derde lid, onder b, IVBPR bepaalde de zelfstandige verplichting inhoudt dat er een bevoegde rechterlijke of bestuurlijke autoriteit is om over het ingestelde rechtsmiddel te beslissen. Wat betrokkenen echter hadden betoogd was dat die bevoegde autoriteit verplicht was daadwerkelijk rechtsherstel te verlenen als een verdragsschending zou worden aangenomen (NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 216).
- 5 CRvB 23 mei 1991, JSV 1992/43.

‘aan [betrokkene] onder de zoëven geschetste omstandigheden niet kan worden tegengeworpen dat hij ervan heeft afgezien zich daadwerkelijk met een aanvraag ingevolge de Rijksgroeps-regeling Oorlogsslachtoffers 1940-1945 tot het gemeentebestuur te wenden. Van [betrokkene] kan immers redelijkerwijs niet worden verlangd – ook niet vanuit het oogpunt van toepassing van de WUBO – dat hij aanvragen indient waarvan hij objectief gezien mag aannemen dat die zinloos zijn’. (mijn cursivering, RB)

Kon dat laatste evenwel niet evenzeer worden gezegd van de vrouwen die in de zaak van 24 januari 1991 hadden verzocht met terugwerkende kracht in aanmerking te komen voor een WUV-uitkering? Kon aan hen in redelijkheid worden tegengeworpen dat zij zich richtten naar de wet.⁶ Is voorts niet aannemelijk dat de imperatieve bepaling van artikel 34 van de WUV in het geheel niet is geschreven voor gevallen waarin door de jurisprudentie met ingang van een bepaalde, in het verleden gelegen datum, de koers van de wet wordt verlegd.⁷ Het beeld dat rijst is dat van betrekkelijke willekeur waar het gaat om de formele werking in de tijd van materieel terugwerkende uitspraken. Waar deze materiële werking steunt op de doorwerking van het internationale recht doet zich de vraag voor of aan het internationale recht geen gronden kunnen worden ontleend om aan deze betrekkelijke willekeur te ontkomen. Zo speelde in voornoemde WUV-zaak bijvoorbeeld de vraag of de betrokken vrouwen, gelet op de onmiskenbare materiële terugwerking van de WUV-uitspraak van 14 mei 1987, geen daadwerkelijk rechtsherstel als bedoeld in artikel 2, lid 3, onder a, IVBPR was onthouden.⁸ Een soortgelijke vraag kan worden gesteld bij de werking, in voorkomende gevallen, van de artikelen 6 en 13 EVRM. Allereerst zal ik echter, om de draad van de in dit boek gehanteerde volgorde weer op te pakken, stilstaan bij de in hoofdstuk II nog opengelaten vraag in hoeverre het EG-recht mogelijk in de weg kan staan aan het beginsel van de formele rechtskracht.

2. Verenigbaarheid formele rechtskracht met EG-recht

2.1 *Het gemeenschapsrecht*

De verhouding van het Nederlandse beginsel van de formele rechtskracht met het Europese gemeenschapsrecht houdt de gemoederen al lange tijd bezig. Zo oordeelde het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in een uitspraak van 22 april 1975⁹ dat een besluit van een Productschap tot oplegging van een heffing, door het verstrijken van de beroepstermijn rechtens onaantastbaar wordt. Dat de desbetreffende heffingen, naar uit een latere uitspraak van het HvJ EG bleek, waren gebaseerd op een met het EG-recht strijdige verordening, kon het College niet tot een ander oordeel brengen.

6 Vgl Heringa, die in zijn noot kernachtig opmerkt dat ‘af te gaan op de wet in dit geval leidt tot afgaan in beroep’. (NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 217).

7 De beeldspraak is ontleend aan de noot van Heringa (NJCM-Bulletin, 16-3 (1991), p. 217), die er bovendien op wijst dat het *Harmonisatiewet*-arrest van de Hoge Raad (HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS; AB 1989, 207 m.nt. FHvdB; Ars Aequi 38 (1989), p. 578 m.nt Hirsch Ballin) het bij het niet door de wetgever verdisconteerd zijn van bepaalde omstandigheden mogelijk maakt een wetsbepaling buiten toepassing te laten.

8 Heringa is in elk geval van oordeel dat de CRvB bij de beantwoording van deze vraag in zijn WUV-uitspraak van 24 januari 1991 wel erg kort door de bocht is gegaan (NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 216).

9 De zaak *Van Haaster v. Productschap voor Siergewassen*, SEW 1975, p. 449.

In de reeds herhaaldelijk aangehaalde zaak *Comet* heeft het CBB aanleiding gezien in een soortgelijke zaak prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG. Bij het in antwoord op deze vragen op 16 december 1976 gewezen arrest¹⁰ heeft het HvJ EG zijn sindsdien vaste jurisprudentie gevestigd met betrekking tot de mogelijkheid tot terugvordering van ten onrechte (in strijd met het gemeenschapsrecht) geheven nationale heffingen. Een illustratieve uiteenzetting over deze jurisprudentie is te vinden in het arrest *Aprile II*,¹¹ waarin het Hof overweegt herhaaldelijk te hebben opgemerkt dat

‘bij vergelijking van de nationale stelsels blijkt, [dat] het vraagstuk van de betwisting van onwettig opgeëiste heffingen of de terugbetaling van onverschuldigd betaalde heffingen in de verschillende lidstaten en zelfs binnen eenzelfde lidstaat uiteenlopende oplossingen heeft gevonden, afhankelijk van de soort belasting of heffing waarom het gaat. In sommige gevallen stelt de wet zowel ten aanzien van tot de belastingdienst gerichte bezwaarschriften als van beroepen in rechte voorwaarden ten aanzien van de vorm waarin en de termijn waarbinnen dergelijke rechtsvorderingen of verzoeken kunnen worden ingediend. In andere gevallen moeten beroepen tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde heffingen voor de gewone rechter worden ingesteld, met name in de vorm van een actie uit onverschuldigde betaling. Daarbij gelden voor deze beroepen meer of minder lange termijnen, in bepaalde gevallen de normale verjaringstermijn van het gemene recht.

[...]

Deze verscheidenheid van de nationale stelsels is een gevolg van het ontbreken van een gemeenschapsregeling inzake de terugbetaling van ten onrechte geheven nationale heffingen. In een dergelijke situatie is het immers een aangelegenheid van het interne recht van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (*gelijkwaardigheidsbeginsel*), en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (*doeltreffendheidsbeginsel*).¹²

[...]

Wat laatstgenoemd beginsel betreft, is het volgens het Hof met het gemeenschapsrecht verenigbaar, dat in het belang van de rechtszekerheid, waarin zowel de contribuabele als de administratie bescherming vindt, redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld die gelden op straffe van verval van recht.

[...]

Dergelijke termijnen maken immers de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk’.

Meer specifiek over termijnen voor bezwaar en beroep had het Hof in zijn arresten in de zaken *Edis*¹³ en *Spac*¹⁴ reeds overwogen dat

10 HvJ EG 16 december 1976, zaken 33/76 (*Rewe*) en 45/76 (*Comet*), Jur. 1976, p. 1989; SEW 6 (1977), p. 466-473.

11 Arrest van 17 november 1998 zaak C-228/96, Jurispr. 1998, p. I-714.

12 Naast deze vereisten wijst het HvJ EG ook op het beginsel van effectieve rechtsbescherming: tegen de besluiten die een inbreuk maken op communautaire rechten dient beroep bij de rechter open te staan en de desbetreffende aanspraken moeten in rechte kunnen worden afgedwongen; vgl. E.M. Vermeulen, Het gemeenschapsrecht en de formele rechtskracht van Awb-besluiten, in: JBPlus 2002/1, p. 38-48. Zie voorts HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1651 en HvJ EG 15 oktober 1987, zaak 222/86 *Heylens*, Jur. 1987, p. 4097.

13 HvJ EG 15 juli 1998, zaak C-231/96, Jur. 1998, p. I-4951.

14 HvJ EG 15 september 1998, zaak C-260/96, Jur. 1998, p. I-4997.

‘het gemeenschapsrecht [er] niet aan de de weg [staat], dat de wettelijke regeling van een lidstaat, naast een verjaringstermijn van gemeen recht die van toepassing is op vorderingen uit onverschuldigde betaling tussen particulieren, minder gunstige bijzondere regels kent voor bezwaar en beroep in rechte tegen heffingen en andere belastingen. Dit zou slechts anders zijn, indien die regels enkel gelden voor op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen tot terugbetaling van die heffingen of belastingen.’

In onder meer het arrest *Fantask*¹⁵ heeft het Hof bovendien overwogen dat, ook indien een richtlijn niet naar behoren is omgezet, het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen toepassing van een nationale verjaringstermijn die ingaat op de datum van opeisbaarheid van de betrokken rechten. Hieruit blijkt dat de betekenis van het arrest *Emmott*¹⁶ in de loop der tijd enigszins is verbleekt. Zoals eerder in deze studie ter sprake is geweest,¹⁷ kwam het HvJ EG in deze uitspraak tot het oordeel dat beroepstermijnen niet aan een burger kunnen worden tegengeworpen zolang een richtlijn niet correct is omgezet. Blijkens latere rechtspraak van het Hof moet deze regel worden verstaan in het licht van de specifieke omstandigheden die in deze zaak aan de orde waren,¹⁸ die tot gevolg hadden dat aan betrokkene elke mogelijkheid om haar aan het EG-recht ontleende rechten voor een nationale instantie geldend te maken was ontzegd.¹⁹ Widdershoven heeft in dit verband opgemerkt dat voor een succesvol beroep op dit arrest thans ook nodig is dat de overschrijding van de fatale termijn²⁰ te wijten is aan misleidend gedrag van de overheid. Aldus treedt een frappante overeenkomst aan het licht met de grond die de Hoge Raad hanteerde voor het doorbreken van de formele rechtskracht in de arresten *Heesch van de Akker* en *Ekro-Staat*.²¹

2.2 HR 24 januari 2003 (*Maple*)

Op 24 januari 2003²² heeft de Hoge Raad een principiële uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van het beginsel van de formele rechtskracht met het gemeenschapsrecht. De feiten vertonen het voor dit boek gebruikelijke beeld:

Maple en Game zijn exploitanten van speelgoedautomaten. Zij hebben over de jaren 1988 tot en met 1990, respectievelijk 1988 tot en met 1992 op eigen aangifte omzetbelasting afgedragen. Deze belasting werd berekend aan de hand van een op 6 januari 1988, bij mededeling van 18 juli 1988 aangevulde, resolutie van de Staatssecretaris van Financiën. Deze resolutie strekte ter uitvoering van artikel 8 van de Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB). Krachtens de reso-

15 HvJ EG 2 december 1997, Jurispr. 1997, p. 6783; TVVS 1998, met comm. Mok.

16 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90, Jur. 1991, p. I-4269; NJ 1994, 186; AB 1992, I, m.nt. Meij; SEW 1992, p. 783 m.nt. Sewandono; TVVS 1993, p. 134 met comm. Mok

17 Zie hoofdstuk 4, par. 1.5 en 2.3.2.4.

18 Zie hoofdstuk 4, par. 2.3.2.4..

19 Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Verkade voor HR 24 januari 2003, AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven.; JB 2003/44 m.nt E. v.d. Linden, die in dit verband verwijst naar de arresten *Fantask* (HvJ EG 2 december 1997, Jurispr. 1997, p. I-6783; TVVS 1998, met comm. Mok) en de arresten *Edis* (HvJ EG 15 juli 1998, zaak C-231/96, Jur. 1998, p. I-4951), *Spac* (HvJ EG 15 september 1998, zaak C-260/96, Jur. 1998, p. I-4997), *Ansaldo* (HvJ EG 15 september 1998, gevoegde zaken C-279/96, C-280/96 en C-281/96, Jur. 1998, p. I-5025 en het arrest *Roquette Frères* (HvJ 28 november 2000, zaak C-88/99, Jur. 2000, p. I-10465).

20 Waardoor betrokkene in de onmogelijkheid verkeert zijn uit de te laat omgezette richtlijn voortvloeiende rechten geldend te maken.

21 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.

22 AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven.; JB 2003/44 m.nt E. v.d. Linden.

lutie werd de omzet belasting op met de speelautomaten geleverde prestaties berekend aan de hand van de opbrengst van de automaten, berekend met een forfaitaire factor van 1,2.

Op 5 mei 1994 heeft het HvJ EG echter een arrest gewezen,²³ waarin het Hof, kort gezegd, heeft geoordeeld dat toepassing van voornoemde forfaitaire factor niet verenigbaar is met de Zesde BTW-richtlijn.²⁴ Naar aanleiding van dit arrest hebben zowel Maple als Game alsnog bezwaar gemaakt tegen voornoemde heffingen. De besluiten waarbij deze bezwaarschriften vervolgens niet-ontvankelijk zijn verklaard, zijn in rechte onaantastbaar geworden.²⁵

Maple en Game hebben zich vervolgens tot de burgerlijke rechter gewend om alsnog terugave van de door hen ten onrechte afgedragen belasting te bewerkstelligen. Daarbij zijn zij voor alle mogelijke ankers gaan liggen door hun vordering te baseren op, achtereenvolgens, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad en strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Bij het voorgaande moet nog worden aangetekend dat de niet-ontvankelijkverklaring van de bezwaarschriften van Maple en Game was gebaseerd op een inmiddels door de Hoge Raad als belastingrechter gewezen uitspraak.²⁶ In deze procedure, die op dezelfde situatie zag als het hier besproken arrest, stond de vraag centraal of belanghebbenden, ondanks het overschrijden van de beroepstermijn, op grond van het arrest *Emmott* toch ontvankelijk moesten worden verklaard. De Hoge Raad was echter van oordeel dat het arrest *Emmott* niet op deze situatie van toepassing is. Hij maakt daartoe een onderscheid tussen de omzetting van de Richtlijn in nationaal recht enerzijds, en de toepassing van de desbetreffende nationale bepaling anderzijds. Naar het oordeel van de Raad heeft de omzetting van de Richtlijn naar behoren plaatsgevonden in artikel 8 van de Wet OB. Dat de toepassing van de Richtlijn, die gestalte heeft gekregen in voornoemde, als een beleidsregel aan te merken, resolutie, niet met de Richtlijn verenigbaar was ook zou moeten leiden tot de conclusie dat nationale beroepsbepalingen niet aan belastingplichtigen zouden kunnen worden tegengeworpen, vindt naar het oordeel van de Hoge Raad geen steun in het nationale en communautaire recht. Anders gezegd: de hoogste belastingrechter acht in de achteraf gebleken onverenigbaarheid van de Resolutie met het gemeenschapsrecht geen grond gelegen om een uitzondering te maken op het beginsel van de formele rechtskracht.

Als burgerlijke rechter²⁷ komt de Hoge Raad in zijn uitspraak van 24 januari 2003 tot dezelfde conclusie. De Hoge Raad is allereerst van oordeel dat de in geding zijnde heffingen formele rechtskracht hebben verkregen, waartoe hij overweegt dat

‘[...] in het kader van de in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde rechtsfiguur van de formele rechtskracht geen grond bestaat voor het maken van een onderscheid tussen gevallen waarin de heffing achteraf in strijd blijkt te zijn met een hogere regeling van nationale herkomst²⁸ enerzijds en gevallen waarin de heffing in strijd blijkt te zijn met een communautaire regeling anderzijds’.²⁹

23 In zaak C-38/93, *Glawe*, Jur. 1994, p. I-1679.

24 Richtlijn 77/388/EEG, PB 1977, L 145.

25 Daarbij moet worden aangetekend dat het beginsel van formele rechtskracht niet alleen bij de heffing van belasting bij wege van aanslag geldt, maar ook bij heffing van belasting bij wege van voldoening op eigen aangifte; zie punt 4.3 van de conclusie A-G Verkade voor het hier besproken arrest.

26 HR 4 september 1996, BNB 1997, 43 m.nt. Finkenspiet.

27 En restrechter!

28 Zie het in hoofdstuk 2, par. 5.3 besproken arrest *Vulhop* (HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. Scheltema; AB 1993, 40 m.nt. Van den Burg; Gst. 6962, 5, p. 165 m.nt. Hennekens).

Onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het HvJ EG is de Hoge Raad voorts van oordeel dat het gemeenschapsrecht er in deze zaak niet toe noopt een uitzondering te aanvaarden op het beginsel van de formele rechtskracht. De Hoge Raad concludeert

‘dat het in het Nederlandse bestuursrecht geldende stelsel van algemene termijnen voor bezwaar en beroep, dat zonder onderscheid naar de zuiver nationale of (mede)gemeenschapsrechtelijke aard van het geschil wordt toegepast, niet in strijd is met het gemeenschapsrecht, omdat het de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. In overeenstemming hiermee heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 21 maart 2001, BNB 2001/38, geoordeeld dat redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is dat de voor het gehele bestuursrecht geldende uniforme bezwaartermijn van zes weken een redelijke termijn is, in die zin dat daardoor de uitoefening van (mede) op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt.

[...] Evenmin voor redelijke twijfel vatbaar is dat de in Nederland ontwikkelde rechtsfiguur van de formele rechtskracht in een geval als het onderhavige niet in strijd is met het gemeenschapsrecht. Deze rechtsfiguur houdt, voorzover thans van belang, immers in wezen niet meer in dan dat de burgerlijke rechter, indien in een voor hem aanhangig geding de geldigheid van heffing van omzetbelasting in geschil is, in de eerste plaats onderzoekt of de belastingheffing wegens het niet of niet tijdig dan wel zonder succes aanwenden van de daartegen openstaande rechtsgang onherroepelijk vaststaat. Indien dat laatste het geval is, dient de burgerlijke rechter ervan uit te gaan dat de heffing zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. In zoverre bestaat geen verschil met de situatie waarin de belastingrechter zelf bevoegd zou zijn te oordelen niet alleen over de rechtmatigheid van de heffing maar ook over een vordering tot terugbetaling van ten onrechte geheven belasting, in welke situatie, naar in het licht van het hiervoor [...] overwogene moet worden aangenomen, het handhaven van de termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel niet in strijd met het gemeenschapsrecht is. Er is geen reden anders te oordelen voor de hier te lande bestaande situatie waarin de beoordeling van de rechtmatigheid van de belastingheffing bij de belastingrechter en de beoordeling van de vordering tot terugbetaling van ten onrechte geheven belasting bij de burgerlijke rechter is ondergebracht, welke situatie aanleiding heeft gegeven tot de ontwikkeling van het stelsel van de formele rechtskracht’.³⁰

Opvallend is dat de Hoge Raad zich in geheel algemene zin uitspreekt over de verenigbaarheid van de in het Nederlands stelsel geldende termijnen voor bezwaar en beroep met het gemeenschapsrecht. Naar het oordeel van de Hoge Raad kunnen deze door de communautaire beugel, omdat ze niet discrimineren naar louter nationale vorderingen en vorderingen die (mede) op het gemeenschapsrecht zijn gebaseerd, terwijl de algemeen geldende bezwaartermijn van zes weken vanuit het oogpunt van het doeltreffendheidsbeginsel voldoende wordt geacht.

Verder valt op dat de Hoge Raad, ter beoordeling van de vraag of het beginsel van de formele rechtskracht als zodanig verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, een vergelijking maakt met de (naar Nederlands recht hypothetische) situatie waarin de belastingrechter zelf bevoegd zou zijn te oordelen over zowel de rechtmatigheid van de heffing als de vordering tot terugbetaling van de heffing. De redenering van de Hoge Raad is kennelijk dat, nu op grond van voornoemde jurisprudentie van het HvJ EG moet worden

29 R.o. 3.4.5.

30 R.o. 3.6.4. en 3.6.5.

aangenomen dat het hanteren van de door de Awb voorgeschreven bezwaartermijn van zes weken niet leidt tot schending van het gemeenschapsrecht, zulks evenmin het geval is voor de in Nederland geldende situatie waarin de beoordeling van de rechtmatigheid van de heffing en van de vordering tot terugbetaling in handen van verschillende rechters is gelegd.

In de laatste zinsnede van de geciteerde overweging wijst de Hoge Raad erop dat juist in deze verdeling van rechtsmacht over de bestuursrechter en de burgerlijke rechter de ratio voor de ontwikkeling van de rechtsfiguur van de formele rechtskracht is gelegen. Doel is te komen tot een goede taakverdeling tussen de burgerlijke en de administratieve rechter.³¹ Tegen deze achtergrond is de conclusie waartoe de Hoge Raad komt volkomen begrijpelijk. Toch roept de uitspraak nog wat vragen op. De Hoge Raad stelt bij de bespreking van de cassatiemiddelen voorop dat het in deze zaak gaat om de vraag of de in geding zijnde heffing van omzetbelasting formele rechtskracht heeft gekregen en zo ja, of op het beginsel van de formele rechtskracht voor dit geding een uitzondering moet worden gemaakt. Naar het mij voorkomt heeft de Raad de eerste vraag in de hiervoor aangehaalde rechts-overweging 3.4.5 bevestigend beantwoord. De vervolgens in rechtsoverweging 3.6.1 opgeworpen vraag of het gemeenschapsrecht voor het onderhavige geval dwingt tot een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht beantwoordt de Raad in de overwegingen 3.6.4 en 3.6.5 in geheel algemene zin, onder verwijzing naar de aanvaardbaarheid van de niet-discriminerende en in het licht van het gemeenschapsrecht redelijke lengte van de bezwaar- en beroepstermijnen en de ratio van het beginsel van de formele rechtskracht in verband met de voor Nederland kenmerkende verdeling van rechtsmacht over de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Genoemde overwegingen kunnen mijns inziens dan ook moeilijk anders worden verstaan dan dat het gemeenschapsrecht in algemene zin geen aanknopingspunten biedt voor een andere dan de reeds uit rechtsoverweging 3.4.5 voortvloeiende conclusie dat het beginsel van formele rechtskracht eveneens geldt voor op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen. Uit het arrest valt echter niet af te leiden of ten aanzien van op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen ook dezelfde specifieke gronden gelden die in het Nederlandse recht zijn ontwikkeld voor het in een incidenteel geval aannemen van een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht. Zoals hiervoor al een aantal malen ter sprake is gekomen, is naar Nederlands recht voor het aannemen van een dergelijke specifieke uitzondering in het bijzonder aanleiding als het aan de overheid is toe te rekenen dat betrokkene niet, dan wel niet tijdig, gebruik heeft gemaakt van de voor hem aangewezen administratieve rechtsgang³². Hoewel dit niet met zoveel woorden uit het hier besproken arrest van 24 januari 2003 is af te leiden, lijkt het me, gelet op de strekking van het arrest, onwaarschijnlijk dat voor op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen een ruimer regime voor het aannemen van specifieke uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht zal gelden dan voor louter op nationaal recht gestoelde vorderingen. Een extra aanwijzing hiervoor is dat thans ook aan het arrest *Emmott*³³ de betekenis wordt toegedacht dat voor doorbreking van de formele rechtskracht van op onjuiste dan wel niet tijdige omzetting van EG-richtlijnen gebaseerde

31 Zie in dit verband de noten van Scheltema onder HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641 (*Aruba/Playa Liqueur*) en HR 27 mei 1994, NJ 1997, 158 (*Sprangers/Staat*).

32 Zie in dit verband hoofdstuk 2, par. 2.3. Zie voorts HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641 m.nt. MS.

33 Dat, zoals is gebleken, op het onderhavige arrest niet van toepassing is.

vorderingen alleen aanleiding is als de betrokkene door het desbetreffende overheidsorgaan voor wat de beschikbare rechtsmiddelen betreft op het verkeerde been is gezet. Van dit laatste was naar het oordeel van de Hoge Raad in deze casus geen sprake, nu hij, naar aanleiding van het betoog van Maple en Game dat er in hun geval aanleiding was om een uitzondering te maken op het beginsel van de formele rechtskracht, omdat zij aan de resolutie het vertrouwen hadden mogen ontleen dat de heffing van belasting zou stroken met de terzake geldende (hogere) rechtsregels overweegt dat

‘de omstandigheid dat aan de overheid is toe te rekenen dat de belastingplichtige niet tijdig gebruik heeft gemaakt van zijn recht op beroep op de belastingrechter, [grond kan] zijn voor het aannemen van een uitzondering [op het beginsel van de formele rechtskracht]. Daarvan is echter geen sprake in het zich hier voordoende geval dat de belastingdienst op grond van een achteraf onjuist gebleken uitleg van het bepaalde in de Zesde Richtlijn meer belasting heft dan bij een juiste uitleg van de richtlijn het geval zou zijn’,

waarna de Hoge Raad oordeelt dat het de belastingplichtige in een dergelijk geval vrijstaat gebruik te maken van de openstaande mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen de heffing en van hem mag worden verwacht dat hij, teneinde te voorkomen dat de omstreden heffing onherroepelijk wordt en formele rechtskracht verkrijgt, daarvan ook inderdaad gebruik maakt.

2.3 *Breuken in het bastion?*

2.3.1 Inleiding

In zijn conclusie voor het hier besproken arrest kwam A-G Verkade na een analyse van het beginsel van formele rechtskracht tegen de achtergrond van het nationale recht tot de kernachtig geformuleerde slotsom dat

‘een uitzondering op de formele rechtskracht wegens een aan de overheid toe te rekenen niet-gebruik maken door de belastingplichtige van administratieve procedures, in de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden aangenomen indien door de overheid veroorzaakte onduidelijkheid bestond over de mogelijkheid van een administratieve procedure; maar dat het beroep op de uitzondering, als regel, niét opgaat ingeval van onduidelijkheid over het materiële recht ofwel over het succes van zo’n procedure’.

Blijkens de voorgaande paragraaf lijkt voor zaken met europeesrechtelijke aspecten een zelfde conclusie te mogen worden getrokken. Toch blijft enige voorzichtigheid geboden. Allereerst is het van belang nogmaals te benadrukken dat de uitspraak van de Hoge Raad alleen dan steun vindt in de Europese rechtspraak, als er sprake is van toepassing van algemene bezwaar-, beroeps- of verjaringstermijnen van een redelijke duur.³⁴ Is er echter sprake van specifieke wettelijke maatregelen waardoor de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten in de praktijk weer ongedaan worden gemaakt, dan acht het Hof wel strijd

34 Aan de lengte van de termijn lijkt het Hof, gelet op de voorgaande paragraaf, geen strenge eisen te stellen. Zie reeds het voornoemde arrest in de zaken *Rewe* en *Comet* (HvJ EG 16 december 1976, zaken 33/76 en 45/76, Jur. 1976, p. 1989; SEW 6 (1977), p. 466-473, m.nt. Van Dijk), waarin het Hof akkoord ging met de termijn van 30 dagen voor het aanhangig maken van het beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en, voor een recent voorbeeld: HvJ 12 december 2002, zaak C-470/99, *Universale-Bau*, Jur. 2002, p. I-11617, waarbij het Hof zelfs akkoord ging met een termijn van twee weken.

met het EG-recht aanwezig,³⁵ zoals uit het in hoofdstuk 4 besproken arrest *Roks* voor wat de Nederlandse AAW-problematiek reeds bleek. Een zelfde lot treft nationale regels, die, hoewel niet specifiek gericht op het al dan niet gedeeltelijk ontnemen van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten, de uitvoering hiervan onmogelijk of zeer moeilijk maken.³⁶

2.3.2 CBB 1 november 2000 (*Kühne en Heitz*)

Maar ook overigens blijkt het beginsel van de formele rechtskracht nog kwetsbare kanten te vertonen in het licht van de doorwerking van – in het bijzonder – europeesrechtelijke rechtsnormen. Zo blijkt uit de nu te bespreken uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) van 1 november 2000³⁷ dat het beginsel mogelijk aan erosie onderhevig is onder invloed van uit het EVRM voortvloeiende rechtstatelijkheidsvereisten en het in artikel 10 EG opgenomen beginsel van gemeenschapstrouw.

Kühne & Heitz NV (hierna: de NV) houdt zich onder meer bezig met de uitvoer van pluimvee-producten. In de periode van december 1986 tot en met december 1987 heeft de NV bij het Productschap voor Pluimvee en Eieren (hierna: het Productschap) meerdere malen aangifte gedaan van uitvoer van hoeveelheden pluimveedelen, met bestemming derde-landen. Bij deze aangiften heeft de NV telkenmale de uitgevoerde goederen aangeduid als vallende onder een bepaalde post van het Gemeenschappelijk Douane Tarief en verzocht om toekenning van de bij deze post behorende restituties bij uitvoer.

Nadat het Productschap aanvankelijk overeenkomstig de verzoeken van de NV tot uitkering van de restitutie was overgegaan, heeft zij deze bij besluit van 1 maart 1990 teruggevorderd tot een bedrag van f 970.950,98, omdat van (een deel van) de uitgevoerde pluimvee-producten was gebleken dat deze onder een onjuiste post waren ingedeeld. Bij besluit van 13 december 1990

- 35 Vgl. in dit verband de door A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 24 januari 2003 (*Maple*) aangehaalde zaken *Barra* (HvJ EG 2 februari 1988, zaak 309/85, Jur. 1988, p. 355): strijd met het doeltreffendheidsbeginsel in geval van een nationale bepaling die specifiek betrekking had op betalingen die door het HvJ EG in strijd of onverenigbaar met het gemeenschapsrecht waren verklaard en aan de teruggaaf daarvan voorwaarden verbond die ongunstiger waren dan die welke anders zouden zijn toegepast; *Marks & Spencer* (HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, Jur. 2002, p. I-4483; SEW 12 (2002), p. 479-480 m.nt. Swinkels): wettelijke regeling die met terugwerkende kracht de termijn verkort waarbinnen kan worden verzocht om teruggaaf van BTW-betalingen die in strijd met EG-recht waren geïnd, aangezien niet voorzien was in een, ook krachtens het rechtszekerheidsbeginsel, geboden overgangsregeling (vgl. in dit verband tevens de in hoofdstuk 4, par. 2.3.2.4 besproken arresten *Roks* (HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, Jur. p. I-571; RSV 1994/214) en *Steenhorst-Neerings* (HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91, Jur. 1993, p. I-5475; RSV 1994/211, m.nt. F.W.M. Keunen).
- 36 In dit verband kan gewezen worden op de arresten *FMC* (HvJ EG 8 februari 1996, Jurispr. 1996, p. I-389): nationale regel volgens welke een ingevolge rechtswaaling betaald bedrag slechts kan worden teruggevorderd indien die betaling onder voorbehoud van alle rechten is geschied in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel; *Fantask* (HvJ EG 2 december 1997, Jurispr. 1997, p. 6783; TVVS 1998, met comm. Mok): algemeen rechtsbeginsel van nationaal recht op grond waarvan rechterlijke instanties van een lidstaat vorderingen tot betaling van in strijd met het gemeenschapsrecht geheven rechten moeten afwijzen wanneer die rechten lange tijd zijn geheven zonder dat de overheid van die lidstaten of de belastingplichtigen zich van die onrechtmatigheid bewust waren; *Di-export* (HvJ 9 februari 1999, zaak C-343/96, Jur. 1999, p. I-579 (strijd met het doeltreffendheidsbeginsel in geval van strikte bewijsvoorschriften die terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht geheven douanerechten en heffingen in de praktijk uiterst moeilijk maakten).
- 37 JB 2000/355 m.nt E..van der Linden; AB 2001, 32, m.nt. J.H. van der Veen; NTER 2001, p. 29-35 m.nt. M. de Jong.

heeft het Productschap het door de NV tegen voornoemd besluit gemaakte bezwaar ongegrond verklaard, waarna de NV bij het CBB beroep heeft ingesteld.

Bij uitspraak van 22 november 1991 heeft het CBB het beroep ongegrond verklaard. Naar het oordeel van het CBB had het Productschap de restitutie destijds ten onrechte toegekend en konden in de jurisprudentie van het HvJ EG geen aanknopingspunten gevonden worden om tot een ander oordeel te komen.

Op 5 oktober 1994 heeft het HvJ EG arrest gewezen in een soortgelijke zaak,³⁸ waaruit alsnog bleek dat het Productschap van een onjuiste indeling was uitgegaan. De NV heeft zich hierop bij brieven van 13 december 1994 en 3 januari 1995 tot het Productschap gewend met een tweetal verzoeken. Deze betroffen: (a) de kosten terzake van de haars inziens ten onrechte teruggevorderde restitutie en (b) een bedrag terzake van het meedere dat zij zou hebben ontvangen indien de na december 1987 uitgevoerde pluimvee-onderdelen onder de naar het oordeel van het Productschap uit het arrest Voogd volgende tariefpost zouden zijn ingedeeld.

Op het eerste gezicht lijken de feiten in essentie niet anders dan die in het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad in de zaak *Maple*, evenwel met dit verschil dat de bedrijven in de zaak die voor de Hoge Raad diende voordat de (nieuwe) rechtspraak van het HvJ EG bekend werd hadden berust in de hun opgelegde heffingen, terwijl de NV de in de CBB-zaak in geding zijnde terugvordering meteen had aangevochten, maar daarbij, naar achteraf blijkt ten onrechte, nul op het rekest had gekregen. Dit verschil zal, naar uit het hierna volgende zal blijken, gevolgen hebben.

Voor wat betreft de lotgevallen van het tweede verzoek, dat – kort gezegd – zag op vergoeding van de schade die de NV heeft geleden door ook in de perioden na december 1987 met een onjuiste tariefpost-indeling te zijn geconfronteerd, bevat de hier te bespreken uitspraak van het CBB weinig nieuws. Naar het oordeel van het CBB staat het beginsel van de formele rechtskracht eraan in de weg dat de rechtsgeldigheid van de aan de na december 1987 verleende restituties ten grondslag liggende besluiten alsnog, met een beroep op het arrest *Voogd*, zouden kunnen worden aangetast, omdat de NV tegen deze besluiten geen rechtsmiddelen had ingediend, zodat deze in rechte waren komen vast te staan. Het CBB toont zich niet gevoelig voor het argument van de NV dat het instellen van beroep, gelet op voornoemde uitspraak van het CBB van 22 november 1991, volstrekt kansloos zou zijn geweest. Zo overweegt het CBB dat

‘het enkele feit dat uit latere rechtspraak blijkt dat een beroep succesvol zou zijn geweest – waarbij het college overigens uitdrukkelijk in het midden laat of dat in dit geval daadwerkelijk zo zou zijn geweest – verweerder [uiteraard niet verplicht] om op zijn beslissingen terug te komen; zulks zou *de bijl zijn aan de wortel van voormeld beginsel*,³⁹ waarvan de functie immers is dat in een situatie als voormeld, beslissingen die niet aangevochten zijn, hun rechtskracht behouden, hoe onjuist deze beslissingen achteraf gezien wellicht ook waren’. (mijn cursivering, RB)

Van omstandigheden die zo klemmend zijn dat op het beginsel van formele rechtskracht een uitzondering zou moeten worden gemaakt, is volgens het CBB evenmin gebleken, waartoe het overweegt dat het naar zijn oordeel

38 HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-151/93, *Voogd*, Jur. 1994, p. I-4915.

39 Door het CBB eerder omschreven als ‘het beginsel, dat beschikkingen die niet binnen de beroeps-termijn zijn aangevochten door degenen tot wie zij zich richten, te diens aanzien definitief worden’.

'niet voor tot prejudiciële verwijzing nopende twijfel vatbaar [is], dat ook het gemeenschapsrecht hiertoe niet dwingt. Het college overweegt in dit verband met name nog dat de uitoefening van rechten die voortvloeien uit het Europese recht, appellante geenszins onmogelijk is gemaakt. Dat heeft zij nagelaten en dient voor haar rekening en risico te blijven'.⁴⁰

Het belang van de uitspraak is in het bijzonder gelegen in het oordeel van het CBB over het eerste verzoek, het verzoek dat betrekking heeft op de terugbetaling van de in het licht van het arrest *Voogd* (mogelijk) ten onrechte teruggevorderde restitutie-bedragen. Het standpunt van de NV komt er – voorzover hier van belang – op neer dat het arrest *Voogd*, in het bijzonder gelet op het feit dat de hierin gelegen interpretatie van het Hof terugwerkende kracht toekomt, beschouwd moet worden als een nieuw feit of omstandigheid als bedoeld in artikel 4:6 van de Awb, op grond waarvan verweerder gehouden was de terugvordering ongedaan te maken. Het Productschap heeft hiertegen aangevoerd dat de in geding zijnde terugvordering met de uitspraak van het CBB van 22 november 1991 formele rechtskracht heeft gekregen en heeft voorts aangegeven evenmin op beleidsmatige gronden bereid te zijn tot terugbetaling over te gaan. Uit het betoog van het Productschap valt voorts af te leiden dat het van oordeel is dat de NV veeleer was aangewezen op een mogelijke herziening van de uitspraak van het CBB van 22 november 1991. Na voorop te hebben gesteld dat het eerste verzoek van het Productschap wordt aangemerkt als een verzoek om terug te komen van het besluit van 13 december 1990 tot instandlating van de terugvordering van de restitutie, welk besluit bij zijn uitspraak van 22 november 1991 in stand was gelaten, maakt het CBB als volgt korte metten met de argumentatie van het Productschap. Het CBB is van oordeel dat

'naar Nederlands recht [er] geen rechtsregel [aan] in de weg [staat] dat een bestuursorgaan terugkomt op door hem genomen besluiten, die naar internationaal recht definitief zijn geworden, *zelfs niet indien er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (nova) zijn*. In lijn hiermee biedt art. 4:6 Awb een bestuursorgaan de mogelijkheid een nieuwe aanvraag om een beschikking bij gebreke van nova op eenvoudige wijze af te doen, maar verplicht het hiertoe niet. Naar Nederlands recht heeft een bestuursorgaan derhalve in beginsel steeds de bevoegdheid om terug te komen op een beslissing die definitief is geworden; in beginsel, omdat uiteraard aan de belangen van derden niet tekort mag worden gedaan. Het bestaan van een dergelijke bevoegdheid impliceert [...] dat *onder omstandigheden ook een verplichting tot terugkomen kan bestaan*. Verweerder heeft een en ander niet onder ogen gezien bij de beslissing op het eerste verzoek nu hij zich op het standpunt heeft gesteld dat uitsluitend herziening door het college van de uitspraak van 22 november 1991 eventueel aan de orde zou kunnen zijn. Dit standpunt van verweerder is evenwel onjuist omdat geen rechtsregel er aan in de weg staat om in plaats van herziening aan de rechter te verzoeken, aan het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen dat de toets der rechtelijke kritiek heeft doorstaan, te verzoeken daarop terug te komen'.⁴¹ (mijn cursivering, RB)

Op grond van deze overwegingen is het CBB van oordeel dat het Productschap bij de beoordeling van het eerste verzoek is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het CBB ziet vervolgens aanleiding te onderzoeken of het Productschap ook verplicht moet worden

40 In welk verband het CBB nog verwijst het arrest van het HvJ EG van 14 september 1999, zaak C-310/97, *Commissie/Assi-Domän Kraft Products AB*, Jur. 1999, p. I-5363.

41 Waaraan het CBB nog toevoegt dat in de memorie van toelichting bij de herzieningsparagraaf van hoofdstuk 8 Awb als alternatief voor het vragen van herziening zelfs uitdrukkelijk is gewezen op de mogelijkheid het bestuur te vragen terug te komen op zijn besluit.

geacht terug te komen van het besluit van 13 december 1990. Het CBB overweegt het volgende:

‘Of een dergelijke verplichting bestaat, hangt af van *het gewicht dat in dit geval moet worden toegekend aan nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak*. Uitgangspunt is, [...], dat rechtspraak die van latere datum is dan een besluit dat definitief is geworden, op zichzelf geen afbreuk kan doen aan het definitieve karakter van dat besluit; ook niet indien, zoals voor de prejudiciële uitspraak van het Hof geldt, deze rechtspraak een rechtsvaststellend karakter draagt en het recht zoals dat door het Hof is vastgesteld derhalve moet worden geacht vanaf de inwerkingtreding van het uitgelegde voorschrift zo te hebben gegolden, tenzij het Hof uitdrukkelijk anders heeft bepaald. Een opvatting, inhoudende dat besluiten die definitief zijn geworden, als regel wel in overeenstemming met latere – communautaire – rechtspraak zouden moeten worden gebracht, zou leiden tot administratieve chaos en tot ernstige aantasting van de rechtszekerheid en kan derhalve niet worden aanvaard.’ (mijn cursivering, RB)

Tot zover niets nieuws. Het grote belang van de uitspraak voor dit onderzoek ligt echter in de volgende overwegingen waarin het CBB uiteenzet dat in het *nationale recht* niettemin wordt aanvaard dat latere rechtspraak onder omstandigheden wel consequenties behoort te hebben voor zaken die zijn uitgeprocedeerd. Het CBB wijst hierbij ‘slechts bij wijze van illustratie’ op het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Kostovski*⁴² dat betrekking heeft op de consequenties voor strafzaken van uitspraken van het EHRM. In dit arrest heeft de Hoge Raad onder meer overwogen:

‘In het wettelijk stelsel ligt besloten dat een veroordelende beslissing van de strafrechter waartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat, niet alleen mag maar ook moet worden ten uitvoer gelegd. Voorts is het onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken dat een veroordeelde de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen de Staat op grond van art. 1401 BW⁴³ de juistheid van de beslissing van de strafrechter of de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot de beslissing heeft geleid, tot onderwerp van een nieuw geding te maken en door de burgerlijke rechter te doen toetsen.

In aanmerking genomen de uit de art. 1,5 en 13 EVRM voortvloeiende verplichtingen tot het verzekeren van de in art. 6 EVRM neergelegde rechten en tot het voorzien in een ‘recours effectif’/‘effective remedy’ in geval van schending van die rechten, moet echter op voormelde regels een uitzondering worden aanvaard ingeval een uitspraak van het Europese Hof, waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen rekening heeft kunnen houden, noopt tot de slotsom dat die beslissing tot stand is gekomen op een zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van art. 6 lid 1 eerste zin EVRM. Wanneer zich een dergelijk uitzonderingsgeval voordoet, kan onverkorte tenuitvoerlegging van de beslissing *niet meer krachtens het wettelijk stelsel toegelaten worden beschouwd* en zal de veroordeelde zich kunnen wenden tot de president in kort geding met een vordering strekkende tot – naar gelang de omstandigheden – het verbieden, onderbreken, of beperken van de executie.’ (mijn cursivering, RB)

Waarna het CBB de volgende parallel legt met deze overwegingen van de Hoge Raad:

‘Zoals de Hoge Raad een later blijvende *schending van het fundamentele recht*, vervat in art. 6 EVRM, een doorslaggevende reden acht om de tenuitvoerlegging van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling aan te tasten en daarmee afwijkt van het uitgangspunt dat latere rechtspraak de (gevolgen van) hieraan voorafgaande rechtspraak onverlet laat, zo rijst de vraag of in een geval als het onderhavige, waarin appellante een uitputtend gebruik heeft gemaakt van

42 HR 1 februari 1991, NJ 1991, 413 m.nt. ThWvV.

43 De vordering uit onrechtmatige daad; thans artikel 6:162 BW.

de haar ten dienste staande rechtsmiddelen [...] en waarin het college op een bepaald punt een uitleg van het Europese recht heeft gegeven, die vervolgens blijkt af te wijken van de bij een later arrest van het Hof gegeven uitleg, niet het definitieve karakter van de besluitvorming moet worden doorbroken.’ (mijn cursivering, RB)

Het CBB acht hierbij tevens van belang dat het, naar achteraf moet worden vastgesteld, in 1991, bij zijn eerdere uitspraak, zijn uit artikel 234 EG voortvloeiende rechtsplicht heeft geschonden door na te laten zich tot het HvJ EG te wenden met een verzoek om uitleg van de in geding zijnde tariefbepalingen. Tenslotte acht het CBB van belang dat de NV meteen na het bekend worden van het arrest *Voogd* actie heeft ondernomen.

Het CBB besluit zijn uitspraak met de overweging dat de probleemstelling in deze zaak naast voornoemde nationaalrechtelijke kant,⁴⁴ tevens een belangrijk communautair aspect kent in welk verband het de vraag opwerpt of:

‘de effectieve en volledige werking van het gemeenschapsrecht [vereist] dat in een geval als het onderhavige het definitieve karakter van een besluit wordt gerelativeerd’.

Waarna het CBB de zaak terugbrengt onder de noemer van artikel 4:6 van de Awb door te overwegen dat

‘toegesplitst op de positie van verweerder, wiens besluit immers ter toetsing door het college voorligt, [...] de vraag [rijst] of het gemeenschapsrecht, waarbij met name valt te denken aan het in art. 10 EG vervatte beginsel van de gemeenschapstrouw, meebrengt dat een bestuursorgaan *verplicht* is om in de omstandigheden van dit geval, zoals hiervoor beschreven en gepreciseerd, terug te komen op een beslissing die definitief is geworden, teneinde de volle werking van het gemeenschapsrecht, zoals dit blijktens het antwoord op een latere prejudiciële verwijzing behoort te worden uitgelegd, te verzekeren’. (mijn cursivering, RB)

en besluit een daartoe strekkende prejudiciële vraag aan het HvJ EG voor te leggen.⁴⁵

Dit is een in menig opzicht opmerkelijke uitspraak. Allereerst maakt het CBB, naar mijn mening terecht,⁴⁶ onderscheid tussen, enerzijds, de bevoegdheid om op een in rechte on-aantastbaar geworden besluit⁴⁷ terug te komen als zodanig,⁴⁸ en, anderzijds de uit artikel 4:6 van de Awb voortvloeiende bevoegdheid om een verzoek om terug te komen van een definitief besluit bij gebreke van nieuw gebleken feiten en omstandigheden (nova) vereenvoudigd af te doen. Verder doet de uitspraak op zijn minst het vermoeden rijzen dat het CBB bij de beoordeling van de vraag of het bestuursorgaan heeft mogen afzien gebruik te

44 Die blijkens de aangehaalde overwegingen sterk is ‘ingekleurd’ door de doorwerking van rechtstreeks werkende bepalingen van het EVRM.

45 Vermeulen heeft er mijns inziens terecht op gewezen dat bij deze vraag in wezen aan de orde wordt gesteld of in de zaak *Kühne & Heitz* de effectivering van de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk is gemaakt door het feit dat men tot in hoogste instantie vruchteloos heeft geprocedeerd tegen de terugvordering van de restitutie en het desbetreffende bestuursorgaan vervolgens heeft geweigerd terug te komen op het onaanastbaar geworden besluit, dus om een vraag die betrekking heeft op het effectiviteitsvereiste; Zie E.M. Vermeulen, a.w. (noot 12), p. 12.

46 Zie hoofdstuk 2, par. 4.5. Voor een iets andere benadering zie Nico Verheij in zijn noot onder HvJ 13 januari 2004, JB 2004/42, die erop wijst dat een bestuursorgaan naar Nederlands recht altijd bevoegd is om een besluit, onherroepelijk of niet, te heroverwegen, maar niet altijd om op dit besluit terug te komen.

47 Door het CBB aangemerkt als een ‘definitief besluit’.

48 Hierna, evenals in hoofdstuk 2, ook wel aangeduid als ‘de herzieningsbevoegdheid’.

maken van zijn bevoegdheid om terug te komen van een definitief besluit een ruimer toetsingskader⁴⁹ hanteert dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en mogelijk ook de Centrale Raad van Beroep. Het gaat daarbij niet om de vraag of het bestuursorgaan in het algemeen bevoegd kan worden geacht van een definitief besluit terug te komen – dit beginsel vindt bij alle drie de rechtscolleges erkenning – maar veeleer om de vraag welke toetsingsruimte nog voor de rechter is weggelegd als het bestuursorgaan besloten heeft *niet* van zijn bevoegdheid gebruik te maken.⁵⁰ Zoals in hoofdstuk 2 al ter sprake is gekomen⁵¹ is deze toetsingsruimte volgens de Afdeling zeer beperkt, nu de rechter zich naar haar oordeel heeft te beperken tot de vraag of het bestuursorgaan terecht heeft geoordeeld dat niet van nova is gebleken. Bovendien blijkt uit de jurisprudentie van de Afdeling dat een zich na een definitief besluit voltrokken verandering in jurisprudentie niet als novum kan worden aangemerkt. De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep leek weliswaar een wat andere sfeer te ademen, in die zin dat de Raad het bestuursorgaan tot voor kort onder omstandigheden ook gehouden acht gebruik te maken van zijn bevoegdheid terug te komen op een definitief besluit, als dit als apert onjuist moest worden aangemerkt,⁵² maar, naar in hoofdstuk 2 is gebleken,⁵³ heeft de Raad een dergelijke aperte onjuistheid niet aangenomen in gevallen waarin achteraf is gebleken dat het besluit waarvan herziening is verzocht onverenigbaar is met fundamentele rechtsbeginselen. Zoals eerder is aangegeven,⁵⁴ hanteert de Centrale Raad van Beroep thans echter de lijn dat een bestuursorgaan alleen dan bevoegd kan worden geacht terug te komen van eerdere ambtshalve genomen besluiten als bij het daartoe strekkende verzoek nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld die zulk een terugkomen rechtvaardigen.⁵⁵ Daarmee is de Raad teruggekomen van zijn jurisprudentie dat een dergelijke bevoegdheid ook zou bestaan in geval van aperte onjuistheid van het eerdere besluit. Blijkens de hier besproken uitspraak ziet het CBB in een mogelijke strijd met de gemeenschapstrouw nu juist wel aanleiding te onderzoeken of het bestuursorgaan *verplicht*⁵⁶ is te achten gebruik te maken van zijn herzieningsbevoegdheid.

49 Volgens vaste jurisprudentie van het CBB dient in dit verband te worden beoordeeld of het bestuursorgaan bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid heeft kunnen besluiten niet op het besluit terug te komen. Aan dat criterium is niet voldaan indien sprake is van een kennelijk misslag of van juist bevonden feiten die het bestuursorgaan bij het nemen van het onherroepelijk besluit niet kende en die van dien aard zijn dat zij, zou het bestuursorgaan deze toen wel hebben gekend, in redelijkheid tot een ander besluit hadden behoren te leiden. Voorts toetst het CBB in een dergelijk geval of de weigering terug te komen op een besluit anderszins in strijd komt met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur; zie CBB 6 augustus 1996, JB 1996/219 m.nt. E.v.d.L. en voorts: E.M. Vermeulen, a.w. (noot 12), p. 11.

50 Verwijzen naar vaste jp van ABRs en CRvB.

51 Hoofdstuk 2, par. 4.4.

52 Zie hieromtrent tevens: E.M. Vermeulen, a.w. (noot 12), p. 9-19, die er voorts wijst op CRvB 16 augustus 2000, RSV 2000/243 voor een (zeldzaam) geval waarin de CRvB het bestuursorgaan wegens het apert onjuist zijn van het eerdere, in rechte onaantastbaar geworden, besluit tot herziening verplicht achtte, omdat het niet ongedaan maken van dat besluit in strijd zou komen met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb.

53 Zie Hoofdstuk 2, par. 4.5.

54 Hoofdstuk 2, par. 4.4.

55 Zie, onder meer, CRvB 6 november 2003, RSV 2004/87; JB 2004/29, m.nt. E. van der Linden.

56 Zie voor een algemeen bestuursrechtelijke onderbouwing van een mogelijke plicht tot herziening de in hoofdstuk 2, par. 4.4 besproken annotaties van Schueler en Boxum onder, respectievelijk ABRs 16 december 1996, AB 1998, 32 en ABRs 24 januari 2000, AB 2000, 199.

In dit verband is ook interessant te bezien wat nu precies de onjuiste rechtsopvatting inhoudt waarvan het CBB het Productschap beticht. Het lijkt erop dat het CBB hiermee in de eerste plaats doelt op het betoog van het Productschap dat het veeleer op de weg van de NV had gelegen om herziening van de CBB-uitspraak van 22 november 1991 te vragen, waarmee het de verantwoordelijkheid van de eerdere foute beslissing als het ware afwentelde op het rechtscollege. Het Productschap had in het bestreden besluit echter *ook* overwogen op beleidsmatige gronden geen aanleiding te zien zelf tot herziening van het besluit van 13 december 1990 over te gaan. De onjuiste rechtsopvatting moet dus veeleer worden gezocht in het (impliciete) oordeel van het Productschap dat er geen sprake was van *nova* die tot herziening van dit besluit zouden nopen. Dit neemt niet weg dat het CBB bij de beoordeling van de vraag of het Productschap tot herziening verplicht kan worden geacht laat meewegen de omstandigheid dat het college zelf, naar achteraf moet worden vastgesteld, bij zijn eerdere uitspraak van 22 november 1991, een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de zogenoemde *Cilfit*-doctrine.⁵⁷

Wat de inhoudelijke beoordeling betreft valt natuurlijk allereerst op dat het CBB gevolgen verbindt aan de omstandigheid dat de weigering om tot herziening van het besluit van 13 december 1990 over te gaan mogelijk in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen. Veelzeggend is voorts dat het CBB de nadere onderbouwing van zijn uitspraak mede heeft doen steunen op de aangehaalde overwegingen van de Hoge Raad in de zaak *Kostovski*, waarin de Hoge Raad *in afwijking van het wettelijk stelsel* een voorziening heeft getroffen voor de situatie dat een definitief geworden strafvonnis in strijd blijkt te zijn met een later gewezen arrest van het EHRM. Belangrijk is voorts dat de Hoge Raad deze voorziening rechtstreeks heeft gebaseerd op de uit de artikelen 1 en 13 van het EVRM⁵⁸ voor de Nederlandse Staat voortvloeiende verplichting tot het verzekeren van de in artikel 6 EVRM neergelegde rechten en tot het voorzien in een *effective remedy* in geval van schending van deze rechten. Er kan geen twijfel over bestaan⁵⁹ dat het in geding zijnde verzoek van de NV ziet op de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen als bedoeld in artikel 6 EVRM.⁶⁰ Aldus komt artikel 13 EVRM, als ondergeschoven kindje in de rechtspraak over de betekenis van het EVRM voor de nationale rechtsorde,⁶¹ als een duveltje uit een doosje in deze problematiek om de hoek kijken. Tenslotte valt op dat het CBB geen rechtstreeks verband legt tussen de schending van de genoemde fundamentele rechtsbeginselen en het

57 Op grond van het arrest *Da Costa en Schaake* (HvJ EG 27 maart 1963, gevoegde zaken 28-30/62, Jur. 1963, p. 63) is de hoogste nationale rechter niet verplicht het HvJ EG om een prejudiciële beslissing te vragen, als de desbetreffende vraag zakelijk gelijk is aan een vraag die reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest (*acte éclairé*). Het *Cilfit*-arrest (HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81, Jur. 1982, p. 3415) heeft deze rechtspraak uitgebreid tot het geval waarin er al vaste rechtspraak van het Hof bestaat op het punt waarop het geding betrekking heeft; zie Kapteyn-Verloren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1995, p. 314-315.

58 Artikel 5 EVRM kan hier verder buiten beschouwing blijven.

59 Het CBB maakt er ook geen woord aan vuil.

60 Vgl. o.a. EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz*, AB 1997, 179; RSV 1997/234; NJCM-Bulletin 22 (1997), p. 461-474 m.nt. C.A. Groenendijk; SMA 1997, p. 253-259 m.nt. G.J. Vonk.

61 Vgl. S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, afl. 14, p. 752-753. Voor een uitgebreide behandeling, zie Tom Barkhuysen, Art. 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten, diss. RUL 1998.

uit artikel 10 EG voortvloeiende beginsel van gemeenschapstrouw,⁶² in welk laatste beginsel het CBB aanleiding heeft gevonden prejudiciële vragen aan het HvJ EG te stellen. Gelet op de opzet en de strekking van de uitspraak van het CBB is echter alleszins aanmerkelijk dat, mocht het HvJ EG van oordeel zijn dat er sprake is van strijd met de gemeenschapstrouw, zulks voor het CBB onder het inroepen van de fundamentele rechtsbeginselen aanleiding zal zijn voor het treffen van een (buitenwettelijke) voorziening ter tegemoetkoming aan de NV.

Het HvJ EG heeft op 13 januari 2004 uitspraak gedaan.⁶³ De uitspraak begint met de tweedeling die zo kenmerkend is voor de in dit boek behandelde rechtspraak. Na voorop te hebben gesteld dat uit vaste rechtspraak⁶⁴ voortvloeit dat een bestuursorgaan gehouden is de door het Hof in een prejudiciële beslissing gegeven uitleg aan het gemeenschapsrecht ook toe te passen op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór het arrest van het Hof waarin de desbetreffende uitleg is gegeven (de materiële terugwerking), herinnert het Hof er tevens aan dat

‘de rechtszekerheid tot de in het gemeenschapsrecht erkende algemene rechtsbeginselen behoort. Dat een besluit van een bestuursorgaan definitief wordt na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen, draagt bij tot die zekerheid. Bijgevolg vereist het gemeenschapsrecht niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een besluit dat aldus definitief is geworden’.

Lijkt, afgaande op deze overwegingen van algemene aard, het bestuurlijk pantser van de formele rechtskracht,⁶⁵ nog ongeschonden te blijven, met het vervolg van de uitspraak loopt dit toch een klein deukje op, aangezien het Hof van oordeel is dat het gemeenschapsrecht in de concrete omstandigheden van de zaak *Kühne & Heitz* meebrengt dat

‘het bestuursorgaan op grond van het in artikel 19 EG vervatte samenwerkingsbeginsel desgevraagd is gehouden zijn besluit opnieuw te onderzoeken, teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van het gemeenschapsrecht heeft gegeven’. (mijn cursivering, RB)

Naar het oordeel van het Hof zal het bestuursorgaan aan de hand van de resultaten van dat heronderzoek moeten bepalen in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het betrokken besluit dient terug te komen. Van een dergelijke verplichting tot heronderzoek is volgens het Hof sprake indien:

- het bestuursorgaan naar nationaal recht bevoegd is om op het definitief geworden besluit terug te komen;
- dit besluit definitief is geworden ten gevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep;

62 Inhoudende dat de Lid-Staten verplicht zijn alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit het EG-Verdrag of het secundaire gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

63 HvJ EG 13 januari 2004, AB 2004, 58 m.nt. Widdershoven; JB 2004/42, m.nt. N. Verheij.

64 In welk verband het Hof verwijst naar zijn uitspraken in de zaken *Denavit italiana* (HvJ EG, 27 maart 1980, zaak 61/79, Jur. 1980, p. 1205, par. 16 en *Deutsche Telekom* (HvJ 10 februari 2000, zaak C-50/96, Jur. 2000, p. I-743, par. 43).

65 De beeldspraak, inclusief het hieropvolgende ‘deukje’ is van Nico Verheij in zaak JB-noot onder deze uitspraak.

- deze uitspraak, gelet op latere rechtspraak van het Hof, berust op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof overeenkomstig artikel 234, lid 3, EG is verzocht om een prejudiciële beslissing, en
- de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van die rechtspraak kennis te hebben genomen.

Aldus zet het Hof de deur voor formele terugwerking van zijn uitspraken op een kier. Dat zulks in overeenstemming zou zijn met het communautaire effectiviteitsbeginsel kwam ook al naar voren uit de conclusie van A-G Verkade voor het in paragraaf 2.2. van dit hoofdstuk besproken arrest *Maple*, waarin hij in verband met de casuspositie van *Kühne & Heitz* opmerkte dat het

‘indien een belanghebbende, ondanks het aanwenden van alle ten dienste staande rechtsmiddelen in een eerste procedure uiteindelijk aan het kortste eind trekt, en vervolgens opnieuw zijn recht zoekt, nadat in een door derden geëntameerde procedure gebleken is dat het recht (mogelijk) toch in een voor hem gunstige zin dient te worden uitgelegd, moeilijk verteerbaar [lijkt] dat hij in de nieuwe procedure zijn neus stoot omdat inmiddels sprake zou zijn van termijnoverschrijding’.

Het eerste dat naar aanleiding van de uitspraak van het Hof opvalt is dat ook hier een actieve processuele opstelling wordt beloond. Heeft de betrokkene afgezien van de eerste procedure of heeft hij deze niet tot het (ongunstige) einde gevoerd, en dient hij voorts niet onmiddellijk na kennisname van de nieuwe jurisprudentie van het Hof een verzoek om herziening in bij het desbetreffende bestuursorgaan, dan staat de formele rechtskracht aan herziening in de weg. Bij de beoordeling van de processuele opstelling van degene die met een beroep op nieuwe rechtspraak van het Hof een verzoek om herziening indient doet zich voorts de vraag voor wat dient te worden verstaan onder onmiddellijk, almede de vraag wanneer iemand redelijkerwijs geacht kan worden kennis te hebben genomen van de nieuwe rechtspraak van het Hof.⁶⁶

Wat voorts opvalt is dat het Hof het antwoord op de vraag of het gemeenschapsrecht een verplichting tot heroverweging meebrengt, mede laat afhangen van het al dan niet in het nationale recht bestaan van de bevoegdheid voor het desbetreffende bestuursorgaan van een definitief besluit terug te komen. Dat is in die zin opmerkelijk dat het Hof de effectiviteit van zijn rechtsbescherming aldus mede laat afhangen van de eigenaardigheden van de desbetreffende nationale rechtssystemen, voor wat Nederland betreft de in de jurisprudentie van de bestuursrechters aanvaarde bevoegdheid van bestuursorganen om terug te komen van onherroepelijk geworden besluiten.⁶⁷ Aldus blijft de vraag onbeantwoord of, in geval van het ontbreken van deze mogelijkheid in het nationale rechtstelsel, in een soortgelijke casus als die van *Kühne & Heitz*, strijd met het in paragraaf 2.1 van dit hoofdstuk besproken doeltreffendheidsbeginsel zou kunnen worden aangenomen.

66 Zie in dit verband Verheij, t.a.p. punt 6, die zich bovendien afvraagt of voor dit soort gevallen niet ook een ‘absolute verjaringstermijn’ zou moeten gelden, omdat heroverweging na al te lange tijd op praktische problemen kan gaan stuiten.

67 Verheij (t.a.p. punt 3) is overigens van oordeel dat het zuiverder is te spreken van de bevoegdheid om onherroepelijk geworden besluiten te heroverwegen.

Tenslotte dient te worden benadrukt dat het arrest voor het bestuursorgaan niet meer dan een verplichting tot heroverweging van het onherroepelijk geworden besluit inhoudt. Het arrest bevat als zodanig niet de verplichting voor het bestuursorgaan tot herziening of intrekking van het besluit. Wel verplicht het het bestuursorgaan 'zijn besluit opnieuw te onderzoeken teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegeven'. Met Verheij⁶⁸ meen ik dat het bij puur financiële besluiten en bij gebreke van belangen van derden niet eenvoudig zal zijn om argumenten te bedenken die aan herziening op grond van de nieuwe jurisprudentie in de weg zouden staan.

Hoewel het voorgaande erop lijkt te wijzen dat de soep voor de Nederlandse Staat niet al te heet wordt gegeten, blijkt het arrest *Kühne & Heitz* in combinatie met de rechtspraak van het HvJ EG met betrekking tot vorderingen tot schadevergoeding wegens in strijd met het gemeenschapsrecht genomen besluiten toch verstrekkende gevolgen te kunnen hebben. Nico Verheij heeft in dit verband gewezen op het op 30 september 2003 door het Hof gewezen arrest in de zaak *Köbler*.⁶⁹ In deze zaak heeft het Hof, zijn met het arrest in de zaken *Francoovich* en *Bonifaci*⁷⁰ ingezette lijn voortzettend, beslist dat de overheidsaansprakelijkheid voor de schending van het gemeenschapsrecht ook van toepassing is op schendingen toerekenbaar aan een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie.⁷¹ Waar het Hof op grond van laatstgenoemde jurisprudentie voor 'gewone' aansprakelijkheid wegens schending van het gemeenschapsrecht echter als voorwaarden stelt dat (1) de geschonden rechtsregel ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, (2) sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en (3) sprake is van een rechtstreeks causaal verband tussen deze schending van de op de staat rustende verplichting en de door de betrokkenen geleden schade, scherpt het arrest *Köbler* de tweede voorwaarde in die zin aan dat van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak van een in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechterlijke instantie eerst sprake is als deze het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden.⁷²

Het arrest *Köbler* doet de vraag rijzen of deze verruimde maatstaf⁷³ voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak ook soulaas had kunnen bieden aan *Kühne & Heitz*. Dat lijkt weinig waarschijnlijk, gezien de zeer schappelijke houding waarvan het Hof jegens de betrokken Lid-Staat heeft blijkgegeven bij de toepassing van de kennelijkheidsvoor-

68 Verheij, t.a.p. punt 3.

69 HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01; JB 2004/41 m.nt. M. Claes; AB 2003, 429 m.nt. Widdershoven.

70 HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, Jur. p. I-5357.

71 Zie in dit verband voorts: HvJ EG 9 december 2003, zaak C-129/00, *Commissie v. Italië*, JB 2004/72, m.nt. M. Claes, waarin het Hof zich heeft uitgesproken over de vraag welke gevolgen moeten worden verbonden aan nationale rechtspraak die zich niet conformeert aan bepalingen van primair en secundair gemeenschapsrecht, zoals deze worden uitgelegd door het Hof van Justitie.

72 Zie ook de noot van Widdershoven bij dit arrest in AB 2003, 429, die opmerkt dat niet erg duidelijk is wat het verschil is tussen het klassieke criterium van de gekwalificeerde schending en het aangescherpte criterium voor de in laatste aanleg sprekende rechter.

73 Verheij (t.a.p. punt 8) merkt op dat een vordering wegens onrechtmatige rechtspraak in Nederland tot voor kort zo goed als kansloos was; vgl. laatstelijk HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 m.nt. C.J.H.B. Brunner en E.A. Alkema.

waarde.⁷⁴ Verheij wijst er echter op dat in gevallen als die van *Kühne & Heitz* voor betrokkene ook de mogelijkheid openstaat van een vordering tot schadevergoeding gebaseerd op de onrechtmatigheid van het onherroepelijk geworden besluit zelf. Naar zijn mening stuit een dergelijke vordering niet af op de formele rechtskracht van het besluit, omdat uit het arrest *Kühne & Heitz* volgt dat de formele rechtskracht niet aan de benadeelde kan worden tegengeworpen als aan de in dat arrest gestelde voorwaarden is voldaan.⁷⁵ Verheij acht deze weg aantrekkelijker voor de benadeelde dan de actie uit onrechtmatige rechtspraak, waartoe hij opmerkt dat

‘[...] het Hof in het arrest-Kühne, anders dan in het arrest-Köbler, *niet* de eis stelt dat de uit de latere Hof-uitspraak blijkende schending van het gemeenschapsrecht ‘kennelijk’ moet zijn. Als eenmaal is voldaan aan de in het arrest Kühne gestelde voorwaarden om de formele rechtskracht te doorbreken, moet de aansprakelijkheid van het bestuur vervolgens gewoon naar Nederlands recht worden beoordeeld.’

Bij deze laatste beoordeling behoeft niet voldaan te worden aan de door het HvJ EG gestelde gekwalificeerde voorwaarde: een ‘gewone schending voldoet, terwijl bovendien op grond van vaste jurisprudentie van de burgerlijke rechter de schuld van de overheid aan de rechtsschending in beginsel gegeven is.’⁷⁶

Dit laatste opent, althans voor de gevallen die beantwoorden aan de voorwaarden gesteld in het arrest *Kühne & Heitz*, onvermoede perspectieven. Met de vordering uit onrechtmatige daad wegens een op schending van het gemeenschapsrecht terug te voeren onrechtmatige besluitvorming wordt een mogelijkheid tot compensatie gecreëerd die los staat van de vraag of het desbetreffende besluit formele rechtskracht heeft verkregen. Zoals het Hof zelf in het arrest *Köbler* heeft aangegeven,⁷⁷

‘[heeft] een procedure tot vaststelling van de aansprakelijkheid van de staat [...] niet hetzelfde voorwerp en niet noodzakelijkerwijs dezelfde partijen als de procedure die tot de in kracht van gewijsde gegane beslissing heeft geleid. In een schadevergoedingsactie tegen de staat verkrijgt de verzoeker namelijk, indien hij in het gelijk wordt gesteld, de veroordeling van de staat om de geleden schade te vergoeden, maar niet noodzakelijkerwijs de opheffing van het gezag van gewijsde van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt. In ieder geval vereist het beginsel van staatsaansprakelijkheid, dat inherent is aan de communautaire rechtsorde, een dergelijke vergoeding, maar niet een herziening van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt’.

Het verdient nauwelijks betoog dat met het instandlaten van de kracht van gewijsde van de rechterlijke beslissingen tevens de instandlating van de formele rechtskracht van de

74 Naar het oordeel van Claes (t.a.p. punt 4) was in de zaak *Köbler* sprake van een opeenstapeling van fouten en onnauwkeurigheden, waaronder een foutieve lezing van het Oostenrijkse *Verwaltungsgerichtshof* van een eerder arrest van het HvJ EG en het foutief intrekken van een verzoek aan het Hof om een prejudiciële beslissing.

75 Verheij, t.a.p. punt 9. Naar zijn oordeel ‘ligt [het] immers in de rede dat, als de door het hof voorgeschreven heroverweging leidt tot de conclusie dat het besluit niet kan worden teruggedraaid, de ‘second best’ optie van schadevergoeding in geld moet worden overwogen’, waarbij hij bovendien verwijst naar het in de volgende paragraaf te bespreken arrest van het EHRM in de zaak *Dangeville* (EHRM 16 april 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-III; EHRC 2002/45 m.nt Heringa; AB 2002, 75 m.nt. Verheij).

76 Vgl. HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 m.nt. F.H. van der Burg (*Van Gog/Nederweert*).

77 R.o. 39.

beoordeelde, later in strijd met het gemeenschapsrecht bevonden, besluiten is gegeven.⁷⁸ Verheij⁷⁹ heeft hier echter de kanttekening bij gemaakt dat bij puur financiële geschillen, zoals hier aan de orde, schadevergoeding vaak op hetzelfde neerkomt als het terugdraaien van de bestreden beslissing. Naar zijn oordeel is het zuiverder te aanvaarden dat het gezag van gewijsde niet absoluut is. Hij leidt uit het arrest *Köbler* af dat het gezag van gewijsde op zichzelf overeind blijft, maar uitzondering lijdt als er sprake is van een kennelijke schending van het gemeenschapsrecht door de nationale rechter en is voorts van oordeel dat hetzelfde dient te gelden bij een ernstige schending van het EVRM of een ander mensenrechtenverdrag. Dit betekent naar zijn oordeel ook dat de burgerlijke rechter zich in het uiterste geval bevoegd zal moeten achten om een uitspraak van één van de hoogste bestuursrechters te corrigeren, waartoe hij opmerkt dat

‘als iemand een vordering bij de burgerlijke rechter baseert op de stelling dat de ABRvS, de CRvB of het CBB het gemeenschapsrecht of een mensenrechtenverdrag kennelijk heeft geschonden, [...] deze vordering niet met een enkele verwijzing naar het leerstuk van de formele rechtskracht [kan] worden afgedaan. De burgerlijke rechter zal in zo’n geval zelfstandig moeten beoordelen of zich inderdaad zo’n schending heeft voorgedaan en of deze zodanig ‘kennelijk’ is, dat een uitzondering op de formele rechtskracht moet worden gemaakt’. (mijn cursivering, RB)

Deze jurisprudentie werpt een nieuw licht op de in hoofdstuk 2 besproken mogelijkheid tot doorbreking van de formele rechtskracht van besluiten uit het oogpunt van een effectieve rechtsbescherming.⁸⁰ Ze biedt voorts ondersteuning voor het standpunt van Scheltema⁸¹ dat de doorbreking van de formele rechtskracht meer aanleiding bestaat al naar gelang de door de in geding zijnde wetgeving geschonden norm een fundamenteeler karakter draagt. Tenslotte doet de in deze paragraaf besproken jurisprudentie afbreuk aan de stelligheid van de rechtspraak van de CRvB volgens welke de inhoud van inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie op zichzelf geen grond vormt voor het doorbreken van de formele rechtskracht van besluiten, zelfs indien in die jurisprudentie is gewezen op een mogelijke schending van fundamentele rechten. De in hoofdstuk 2 opgeworpen vraag of de CRvB mogelijk anders zou oordelen als schending van fundamentele rechten inmiddels zou zijn komen vast te staan, lijkt bevestigend te moeten worden beantwoord.⁸²

Hoewel het voorgaande het beeld oproept van een ruime formele werking van uitspraken van het HvJ EG, in die zin dat een vorm van daadwerkelijk rechtsherstel wordt geboden ten aanzien van alsnog in de jurisprudentie van het HvJ EG gebleken materiële rechten waarvan het bestaan eerder in inmiddels afgeronde nationale bestuursrechtelijke proce-

78 Verheij (t.a.p. punt 9) wijst er in verband met het voorgaande op dat een benadeelde zich tot het bestuursorgaan kan wenden met het primaire verzoek het met het gemeenschapsrecht strijdige besluit terug te draaien, of met het subsidiaire verzoek de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Als beide verzoeken worden afgewezen heeft de benadeelde voorts de keuze over de schadevergoeding bij de bestuursrechter of bij de burgerlijke rechter te procederen. Als het de benadeelde louter om schadevergoeding bestaat kan hij zich met een beroep op de jurisprudentie van het Hof uiteraard ook rechtstreeks tot de burgerlijke rechter wenden.

79 Zie de punten 11 t/m 13 van zijn noot bij EHRM 16 april 2002, *Dangeville*, AB 2004, 75.

80 Hoofdstuk 2, par. 2.3 en 5.3.

81 In zijn noot bij HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (*Heesch-Van de Akker*).

82 Zie hoofdstuk 2, par. 4.5. Daarbij moet nog worden opgemerkt dat (de strekking van) de bedoelde jurisprudentie van de CRvB in belangrijke mate mede ten grondslag lag aan de in hoofdstuk 4 besproken jurisprudentie op het gebied van de sociale zekerheid.

dures was ontkend, mag niet uit het oog worden verloren dat deze ruime werking zich beperkt tot casusposities die beantwoorden aan de in het arrest *Kühne & Heitz* gestelde voorwaarden. Het arrest biedt als zodanig dus geen soulaas aan benadeelden die hebben stilgezeten, hoezeer daar ook aanleiding toe was gelet op de uitkomst van de nationale procedures. Dit laatste ging zelfs op voor *Kühne & Heitz* waar het bedrijf met een beroep op het arrest *Voogd* tevens had verzocht om vergoeding van de schade in verband met de na december 1987 toegepaste onjuiste tariefindeling, aangezien het bedrijf tegen de restituties daterende van na december 1987 geen rechtsmiddel had aangewend. Zoals hiervoor al is aangegeven koesterde het CBB geen twijfel over de formele rechtskracht van deze restitutiebeschikkingen en zag af van het stellen van prejudiciële vragen dienaangaande. Het CBB heeft aldus een oordeel gegeven dat in het verlengde ligt van het de arresten van de Hoge Raad in de zaken *Vulhop* en *Maple*.⁸³ Zoals Verheij kernachtig aangeeft⁸⁴

‘[verlangen] al deze uitspraken van de belanghebbende dat hij alle beschikbare nationale rechtsmiddelen aanwendt. Dit geldt in beginsel ook, als een rechtsmiddel op het tijdstip waarop het moest worden ingesteld, eigenlijk kansloos moest worden geacht’.

Naar het oordeel van Verheij gaat deze regel op voor situaties waarin de belanghebbende vóór de nieuwe jurisprudentie van het Hof nooit enig rechtsmiddel heeft ingesteld en mogelijk ook nog voor de situatie waarin de belanghebbende niet tot in hoogste instantie heeft doorgeprocedeerd, maar voert deze regel te ver in gevallen als *Kühne & Heitz* waarin een besluit tot in hoogste instantie is aangevochten en de belanghebbende vervolgens wordt geconfronteerd met een reeks van besluiten die op dezelfde rechtsopvatting berusten. Verheij sluit niet uit dat het Hof ook in zo’n geval zou oordelen dat de niet eerder aangevochten besluiten dienen te worden heroverwogen.⁸⁵

2.3.3 EHRM 16 april 2002 (*Dangeville*⁸⁶)

Ook deze zaak wijst op een mogelijke kwetsbaarheid van het beginsel van de formele rechtskracht ten gevolge van de rechtstreekse doorwerking van bepalingen van EG-recht. Daarbij is de invalshoek weer een wat andere dan in de vorige paragraaf. De uitspraak biedt een fraai voorbeeld van de wisselwerking tussen, enerzijds, de door het HvJ EG ontwikkelde doctrine van de rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen waarvan de implementatietermijn is verstreken en, anderzijds, de procesrechtelijke gevolgen die door het EHRM worden afgeleid uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM ingeval een Lid-Staat deze rechtstreekse werking (tegen beter weten in) negeert. De zaak ziet op de volgende feiten.⁸⁷

83 Resp. HR 16 oktober 1992, AB 1993, 40, m.nt. Van der Burg (zie hoofdstuk 2, par. 5.3) en HR 24 januari 2003, AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven.; JB 2003/44 m.nt E. v.d. Linden (zie par. 2 van dit hoofdstuk).

84 T.a.p. punt 10.

85 Verheij verwijst in dit verband naar het arrest van het HvJ EG in de zaak *Metallgesellschaft* (HvJ EG 8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, Jur. 2001, p. I-1727; SEW 2002, p. 154, m.nt. Van den Hurk en Prinssen), waarin het Hof heeft overwogen dat van een belanghebbende niet kan worden verlangd dat hij een kansloze aanvraag indient, louter en alleen om vervolgens een vraag van gemeenschapsrecht aan de rechter te kunnen voorleggen.

86 EHRM 16 april 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-III; AB 2004, 75 m.nt. Verheij; EHRC 2002/45 m.nt Heringa.

87 Voor een belangrijk deel ontleend aan het overzicht in NJB, 2002, afl. 23, p. 1112.

Dangeville is een Franse onderneming die van oudsher BTW-plichtig was. In 1978 droeg zij een bedrag van bijna 300.000 Franse Francs aan de fiscus af. In 1977 had de Raad van de Europese Gemeenschappen inmiddels de Zesde BTW-Richtlijn aangenomen. Deze richtlijn, die per 1 januari 1978 in de nationale rechtsorde van de Lid-Staten diende te zijn geïmplementeerd, zonderde bepaalde bedrijfstakken, waaronder die waartoe Dangeville behoorde, uit van de verplichting om BTW af te dragen. Frankrijk liet na de richtlijn te implementeren. Eind juni 1978 gaf voornoemde Raad Frankrijk weliswaar een extra termijn om de richtlijn om te zetten, maar deze toestemming had geen terugwerkende kracht, zodat het Franse recht in de periode van 1 januari 1978 tot 30 juni 1978 niet in overeenstemming met het EG-recht was geweest.

Op grond hiervan vorderde Dangeville terugbetaling van haar BTW-afdracht voorzover deze betrekking had op de periode januari-juni 1978. Dit verzoek werd door de bestuursrechter afgewezen onder verwijzing naar de, destijds, vaste jurisprudentie van de Conseil d'Etat dat een individu zich niet op de inhoud van een nog niet omgezette richtlijn kan beroepen ten koste van een regel van nationaal recht. In 1986 had Dangeville in hoger beroep bij de Conseil d'Etat evenmin succes. De Conseil d'Etat was bovendien van oordeel dat het beroep niet-ontvankelijk was, omdat Dangeville had nagelaten zich met een verzoek om teruggave tot de minister van financiën te wenden. Inmiddels had de belastingdienst kort voor de uitspraak van de Conseil d'Etat aangekondigd dat geen BTW meer zou worden gevorderd van onder de Richtlijn vallende bedrijven die nog geen BTW over de periode van januari tot juni 1978 hadden afgedragen.

Dangeville dient vervolgens alsnog een aanvraag in, ziet zich geconfronteerd met een afwijzing en zijn beroep daartegen door de bestuursrechter opnieuw afgewezen. Vervolgens komt hij tegen deze uitspraak opnieuw in hoger beroep bij de Conseil d'Etat. Inmiddels had dit rechtscollege in zijn in 1989 gewezen uitspraak *Nicolo*⁸⁸ de voorrang van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen boven nationale wetgeving aanvaard. Dit laatste mocht Dangeville evenwel niet baten: zij ving in 1996 opnieuw bot bij de Conseil d'Etat, nu omdat dit college van oordeel was dat zijn eerdere uitspraak uit 1986 kracht van gewijsde had gekregen. Dangeville heeft zich vervolgens met een klacht tot de toenmalige Europese Commissie in Straatsburg gewend, welke klacht na inwerkingtreding van het Elfde Protocol werd overgenomen door het EHRM.

Ter beantwoording van de vraag of artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM in dit geval toepasselijk is, stelt het Hof voorop dat vast staat dat de desbetreffende Franse wetgeving voor wat de in geding zijnde periode betreft⁸⁹ in strijd was met de Zesde BTW-Richtlijn.⁹⁰ Het Hof is voorts van oordeel dat de desbetreffende richtlijnbevestigingen 'parfaitement clair en précise' zijn en dat hieraan reeds vanaf de eerste door Dangeville aangespannen procedure directe werking toekomt. De aan deze directe werking ontleende aanspraak op terugbetaling van de betaalde heffingen merkt het Hof aan als een 'goed' dat kan delen in de bescherming die door artikel 1 van het Eerste Protocol aan het eigendomsrecht wordt gegeven. Veelzeggend is dat het Hof hier nog aan toevoegt dat de enkele, op de de richtlijn gebaseerde, legitieme verwachting dat de heffing zou worden terugbetaald, al voldoende is om de bescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol in te kunnen roepen.

88 Conseil d'Etat, 20 oktober 1989, *Nicolo*, Recueil Lebon, p. 190.

89 1 januari 1978 tot 30 juni 1978.

90 Ter onderbouwing van dit standpunt wijst het Hof naar de vaste jurisprudentie dienaangaande van het HvJ EG en de (latere) erkenning van deze strijdigheid door de Franse overheid zelf, blijkens voornoemde instructie van 2 januari 1986, een beslissing van de Conseil d'Etat van 30 oktober 1986 en het befaamde arrest van de Conseil d'Etat in de zaak *Nicolo* (Conseil d'Etat, 20 oktober 1989, *Nicolo*, Recueil Lebon, p. 190) waarin dit college heeft aanvaard dat de (bestuurs)rechter de bevoegdheid toekomt nationale wetten aan internationaal recht te toetsen.

Het Hof is voorts van oordeel dat er sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht van Dangeville. Het acht hiertoe beslissend dat Dangeville door het arrest van de Conseil d'Etat van 30 oktober 1986 de mogelijkheid ontnomen is haar aanspraken in rechte te doen beoordelen, ondanks het feit dat vast staat dat de toenmalige heffingen onrechtmatig zijn.

Het Hof is vervolgens van oordeel dat de inbreuk op het eigendomsrecht van Dangeville geen rechtvaardiging kan vinden in gronden aan het algemeen belang ontleend. De Franse regering had zich ten betoge dat deze rechtvaardigingsgrond van toepassing is onder meer beroepen op het beginsel van de *distinction des voies de recours*, dat in haar uitwerking sterk doet denken aan het beginsel van de formele rechtskracht hier te lande.⁹¹ Het Hof stelt voorop dat de Conseil d'Etat voor zijn oordeel dat het eerdere arrest van 1986 kracht van gewijsde⁹² had gekregen met een simple verwijzing naar dit traditionele jurisprudentiële beginsel heeft volstaan. Het Hof aanvaardt het beroep op dit beginsel niet, wantoe het in de eerste plaats overweegt dat Dangeville haar recht ontleent aan rechtstreeks werkende communautaire bepalingen, om hier vervolgens droogjes aan toe te voegen dat dit recht niet door het arrest van de Conseil d'Etat van 1986 is verdwenen en ook gedurende de tweede procedure heeft gegolden. Dat, zoals de Franse regering had aangevoerd, het oordeel van de Conseil d'Etat berustte op een traditioneel beginsel van het Franse procesrecht, heeft het Hof evenmin kunnen vermurwen. Daarbij verwijst het naar naar vaste jurisprudentie dat het EVRM beschouwd moet worden als *un instrument vivant*, dat in het licht van de actuele maatschappelijke omstandigheden en de actueel heersende rechtsovertuigingen in de Lid-Staten geïnterpreteerd dient te worden. Belangrijk is de volgende overweging waarin het Hof zich op het standpunt stelt dat

‘l’interprétation particulièrement rigoureuse faite par le Conseil d’Etat de *ce principe de procédure* a, au vu des circonstances d’espèce, privé la requérante de sa seule procédure interne susceptible d’offrir un remède suffisant pour assurer le respect des dispositions de l’article 1er du Protocole n.1’. (mijn cursivering, RB)

Met andere woorden: het Hof verwijt hier de Conseil d'Etat dat hij met gebruikmaking van een procedureel beginsel (voornoemd beginsel van de *distinction des voies de recours*) Dangeville elke mogelijkheid heeft ontnomen om haar rechten geldend te maken, dus dat hij, in de terminologie van dit onderzoek, elke formele werking aan de rechten van Dangeville heeft onzegd. Het door de Franse regering gedane beroep op het arrest van het HvJ EG in de zaak *Fantask*⁹³ kon het Hof evenmin op andere gedachten brengen, omdat dit arrest ziet op de vraag of het hanteren van bepaalde beroepstermijnen de toetsing aan het EG-recht kan doorstaan, en niet, zoals in de zaak *Dangeville*, op situatie waarin aan betrokkene elk recht om zijn uit het EG-recht voortvloeiende rechten geldend te maken is ontnomen. Het Hof is van oordeel dat op Dangeville niet de lasten mogen rusten die het gevolg zijn van de moeilijkheden die de Franse regering heeft ondervonden bij de toepassing van het EG-recht. Niet zonder enig cynisme refereert het Hof nog aan de opmerking van de Franse regering dat voornoemde richtlijn van 2 januari 1986, waarbij

91 Blijkens het arrest verbiedt dit beginsel dat ‘soit recherchée, sur le fondement d’une action en responsabilité de droit commun, une satisfaction refusée sur le terrain du recours spécialisé. Zie voor de overeenkomst met het Nederlandse beginsel van formele rechtskracht tevens punt 5 van de noot van Verheij bij het hier besproken arrest in AB 2004, 75.

92 ‘autorité de chose jugée’.

93 Zie par. 2.1 van dit hoofdstuk.

bedrijven die nog niet hadden betaald hiervan werden gevrijwaard, onverlet liet dat zij die deze wel reeds hadden betaald zich tot de rechter konden wenden, iets wat, in het licht van de uitspraak van de Conseil d'Etat van 1986 slechts een wassen neus bleek te zijn. Het Hof is tenslotte van oordeel dat de inbreuk op de rechten van Dangeville een disproportioneel karakter draagt. Bij dit oordeel neemt het Hof mede in aanmerking dat het Dangeville heeft ontbroken aan een *remède suffisant* ter verzekering van haar rechten.⁹⁴ Het Hof concludeert tot schending van artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM.

Aldus laat het Hof er geen twijfel over bestaan dat artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM meebrengt dat in dit geval een uitzondering moet worden gemaakt op het procedurele beginsel van de *distinction des voies de recours* en de hieruit afgeleide *autorité de chose jugée*, nu toepassing van dit beginsel tot gevolg heeft dat betrokkene elke mogelijkheid om zijn uit het EG-recht voortvloeiende materiële rechten geldend te maken wordt ontzegd. Met het beginsel van de formele rechtskracht zoals wij dat in Nederland kennen zal het in vergelijkbare gevallen niet anders zijn.⁹⁵ Opmerkelijk is voorts dat het Hof geen woord heeft vuil gemaakt aan het feit dat het eerste beroep van Dangeville in de uitspraak van de Conseil d'Etat van 1986 niet-ontvankelijk was verklaard. Aldus had ook het procedurele gebrek dat de Conseil d'Etat aan Dangeville toen had tegengeworpen⁹⁶ geen gevolgen voor de uiteindelijke beoordeling van de zaak. Het Hof schuift de procesrechtelijke beletselen juist opzij, omdat de desbetreffende bestuurlijke en bestuursrechtelijke instanties de materiële rechten die Dangeville van meet af aan aan de Zesde EG-Richtlijn kon ontleen had miskend. Bij dit oordeel heeft blijkens de overwegingen van het Hof wel de halsstarrige houding van de Conseil d'Etat meegespeeld,⁹⁷ evenals de nalatigheid van de Franse wetgever bij het toepassing geven aan het EG-recht en, wat toch pikant mag heten, het feit dat de Franse Conseil d'Etat bij het vasthouden aan traditionele procedurele beginselen de tekenen des tijds verkeerd had verstaan.⁹⁸

Heringa spreekt in zijn noot⁹⁹ van een potentieel verstrekkende uitspraak. Volgens hem kan de uitspraak tot gevolg hebben dat het – althans waar het eigendomsrecht in geding is¹⁰⁰ – niet aangaat een beroep op de kracht van gewijsde te doen als daarmee een uitspraak wordt gedaan die in strijd is met het geldende recht. Daarbij acht Heringa het waar-

94 De letterlijke overweging van het Hof is: 'En effet, tant la mise en échec de la créance de la requérante sur l'Etat que l'absence de procédures internes offrant un remède suffisant pour assurer la protection du droit au respect de ses biens [...] ont rompu le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.'

95 Ook Heringa, in zijn noot onder dit arrest in EHRC 2002/45 en Verkade in zijn conclusie voor HR 24 januari 2003 (AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven; JB 2003/44 m.nt. E. v.d. Linden) menen dat dit arrest gevolgen kan hebben voor de werking van het beginsel van de formele rechtskracht.

96 Dat er, in Nederlandse terminologie op neerkwam, dat Dangeville had nagelaten een aanvraag in te dienen.

97 Vgl. het verwijt van de *l'interprétation particulièrement rigoureuse* van het procedurele beginsel van de *distinction des voies de recours*.

98 Namelijk waar het Hof de houding van de Conseil d'Etat tegen het licht houdt van het Verdrag als *un instrument vivant*.

99 EHCR 2002/45.

100 Maar dit is op grond van de huidige rechtspraak van het Hof bijna altijd het geval (zie hoofdstuk 3, par. 2.6.3).

schijnlijk dat de uitspraak niet louter strekt tot ondersteuning van de suprematie die voortvloeit uit de rechtspraak van het HvJ EG, maar in meer algemene zin geplaatst moet worden in het perspectief van een correcte toepassing van het recht. Heringa wijst er voorts op dat de uitspraak van het Hof tot gevolg heeft dat aan de uitspraak van de Conseil d'Etat in de zaak *Nicolo* tot op zekere hoogte een terugwerkende kracht wordt gegeven, namelijk met betrekking tot diegenen die door de pre-*Nicolo* rechtspraak in hun eigendomsrechten zijn geschaad en die vanwege die rechtspraak hun op het EG-recht gebaseerde vorderingen niet geldend konden maken. Heringa concludeert dan ook dat

‘ingevolge art. 1 Eerste Protocol een rechtens bestaande vordering niet gefrustreerd mag worden doordat een procedureel leerstuk aan een klager de enige openstaande rechtsgang ontnemt waarmee hij zijn rechten geldend kan maken’.

A-G Verkade meent in zijn conclusie voor het in par. 2.2 van dit hoofdstuk besproken arrest van de Hoge Raad in de zaak *Maple* dat in de uitspraak van het EHRM in de zaak *Dangeville* geen reden is gelegen om te menen dat het beginsel van de formele rechtskracht, zoals dat door de Hoge Raad wordt gehanteerd, herziening zou behoeven.¹⁰¹ Hij is van oordeel dat uit de uitspraak niet kan worden afgeleid dat het EHRM strengere eisen zou stellen dan de door het HvJ EG gehanteerde gelijkwaardigheids- en effectiviteits-toets¹⁰² en meent dat de uitspraak vooral is terug te voeren op de bijzondere omstandigheden in het geval van *Dangeville*, waaronder met name de starre houding van de Conseil d'Etat. Tenslotte benadrukt hij dat het in de zaak *Dangeville*¹⁰³ gaat om een geval waarin *dezelfde belanghebbende*, die eenmaal nul op het rekest kreeg in een eerste rechtsgang, in een tweede rechtsgang datzelfde dreigt te overkomen. De uitspraak van het EHRM in de zaak *Dangeville* zou, met andere woorden, geen gevolgen hebben voor de in dit boek veel besproken situatie waarin iemand op grond van een uitspraak in een door een derde aangespannen procedure, in een latere procedure alsnog aanspraak maakt op blijkens die uitspraak over het verleden bestaande rechten.

Deze laatste opmerking lijkt mij terecht. Ik meen dat de uitspraak van het Hof gezien kan worden als een voorbeeld van rechtspraak waarbij het initiatief van degene die van meet af aan heeft geprocedeerd om een zijns inziens onrechtmatige rechtsregel van tafel te krijgen, wordt beloond, ook in die gevallen waarin eerdere afwijzende rechtelijke beslissingen kracht van gewijsde hebben gekregen.¹⁰⁴ Zoals in paragraaf 2.3.2 van dit hoofdstuk aan de

101 Zie in overeenkomstige zin N. Verheij in punt 9 van zijn noot in AB 2004, 75. Naar zijn oordeel heeft het EHRM de ratio van de *res judicata*-regel in dit arrest miskend. Hoewel dat niet uit de uitspraak blijkt, gaat Verheij ervan uit dat het EHRM slechts heeft willen zeggen dat het gezag van gewijsde niet aan een burger mag worden tegengeworpen als de onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak evident onjuist is, in welk geval het hier besproken arrest wonderwel zou sporen met het in de vorige paragraaf besproken arrest van het HvJ EG in de zaak *Köbler* (HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01; JB 2004/41 m.nt. M. Claes; AB 2003, 429 m.nt. Widdershoven).

102 Zie hiertoe par. 2.1 van dit hoofdstuk.

103 Evenals in de in par. 2.3.2 besproken zaak *Kühne & Heitz* (HvJ EG 13 januari 2004, JB 2004/42, m.nt. N. Verheij; AB 2004, 58 m.nt. Widdershoven).

104 Vgl. in dit verband de arresten *Defrenne II* (HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, Jur. 1976, p. 455) en *Barber* (HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, Jur. 1990, I-1889; NJCM-Bulletin 16-1 (1991), p. 55 e.v., waarin het HvJ EG in een beperking van de terugwerkende kracht van deze uitspraken voorzag, behoudens voor degenen die al vóór de uitspraak een procedure bij het Hof aanhangig hadden gemaakt. Zie voor een vergelijkbaar oordeel van het EHRM het arrest *Marx*: EHRM 13 juni 1979,

orde kwam, deed zich dezelfde situatie voor in de zaak *Kühne & Heitz*. Verder is het op het eerste gezicht onwaarschijnlijk dat het EHRM met betrekking tot de mogelijkheid om aan het EG-recht ontleende aanspraken in rechte geldend te maken strengere eisen zou stellen dan het HvJ EG zelf.¹⁰⁵ Hierbij past echter wel de kanttekening dat het EHRM blijkens de in het arrest gebezigde bewoordingen veel minder ontzag lijkt te koesteren voor de procesrechtelijke autonomie van de Lid-Staten en veel meer de nadruk lijkt te leggen op de mogelijkheid om bestaande materiële rechten ook daadwerkelijk geldend te kunnen maken. Dit laatste blijkt mijns inziens mede uit het betrekken van de aanwezigheid van een *remède suffisant* bij de toetsing aan het proportionaliteitsvereiste. Het Hof lijkt daarbij aan zijn oordeel dat het eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1 van het Eerste Protocol in het geding is, ook los van een eventuele toepasselijkheid van de artikelen 6 en 13 EVRM, de gevolgtrekking te verbinden dat een mogelijkheid van daadwerkelijk rechtsherstel dient te worden gecreëerd, in dit geval bestaande uit het loslaten van een *principe jurisprudentiel traditionnel*,¹⁰⁶ dat in een geval als dat van *Dangeville* niet meer aan de eisen van deze tijd beantwoordt. Kortom, net als de in paragraaf 4.6 van hoofdstuk 4 behandelde uitspraak van het EHRM in de zaak *Wessels-Bergervoet*, toont ook dit arrest aan dat het EHRM voor wat de formele werking in de tijd van krachtens het internationale recht (alsnog) verkregen rechten betreft, voor verrassingen kan zorgen.

2.3.4 HR 27 september 2002¹⁰⁷ (*Pearl*)

Lijkt het op grond van de vorige paragrafen steeds meer gerechtvaardigd de conclusie te trekken dat voor doorbreking van het beginsel van de formele rechtskracht met het oog op het geldend maken van krachtens EG-recht verkregen rechten alleen plaats is voor justitiabelen die rechtmatigheid van desbetreffende nationale wettelijke bepalingen van meet af aan hebben bestreden, de thans te bespreken beschikking van de Hoge Raad stelt deze veronderstelling weer op losse schroeven. Het gaat hierbij om het volgende.¹⁰⁸

Het Hoofdbedrijf Ambachten (HBA), een openbaar lichaam in de zin van de Wet op de bedrijfsorganisatie, heeft jaarlijks, voor de eerste keer over het jaar 1988, bij besluiten krachtens daartoe vastgestelde verordeningen een bestemmingsheffing opgelegd ten behoeve van de Commissie Optiekbedrijf. De netto-opbrengst van de bestemmingsheffing is door de Commissie Optiekbedrijf aangewend voor collectieve reclame voor de opticiënbranche. De heffingsverordeningen en de daarmee gefinancierde collectieve reclame zijn niet op de voet van (thans) art. 88, lid 3, EG aangemeld bij de Europese Commissie. Een aantal opticiënondernemingen, die op grond van wettelijke bepalingen is aangesloten bij het HBA, vordert in de onderhavige procedure onder meer nietig verklaring van de vorderingen van het HBA en een verklaring voor recht dat de op grond van de verordening door hen betaalde bestemmingsheffingen onverschuldigd zijn betaald. Aan hun vordering hebben de opticiënondernemingen ten grondslag gelegd dat de bij de verordeningen opgelegde bestemmingsheffingen (de Regeling) zijn aan te merken als een

Series A, vol. 31, par. 58; NJ 1986, 462 m.nt. E.A. Alkema, zie hoofdstuk 1, par. 3.

105 A-G Verkade merkt in dit verband op dat de uitspraak in *Dangeville* (EHRM 16 april 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-III; AB 2004, 75 m.nt. Verheij; EHRC 2002/45 m.nt. Heringa) als een steun in de rug van het HvJ EG kan worden aangemerkt; zie punt 4.43 van de conclusie van A-G Verkade voor het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Maple* (HR 24 januari 2003, AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven; JB 2003 m.nt. E.v.d. Linden).

106 R.o. 56.

107 NJ 2002, 534.

108 Het feitenrelaas is ontleend aan het overzicht gegeven in RvdW 2002, 149.

steunmaatregel, zodat de Regeling bij de Commissie had moeten worden aangemeld en, nu dit niet gebeurd is, nietig is en het op grond van die Regeling over de periode van 1988 tot en met 1994 betaalde bedrag onverschuldigd is betaald. Tegen de beschikkingen waarbij de heffingen zijn opgelegd, heeft de mogelijkheid van bezwaar en beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven opengestaan, waarvan door de opticiënondernemingen evenwel geen gebruik is gemaakt.

De rechtbank heeft de Regeling bij tussenvonnis als een steunmaatregel in de zin van (thans) artikel 92, lid 1 EG aangemerkt en aan het HvJ EG prejudiciële vragen gesteld. Nadat het Hof dit vonnis vervolgens vernietigd had onder de kernachtige¹⁰⁹ overweging dat de Regeling beschouwd moest worden als ‘een sigaar uit eigen doos’, heeft de Hoge Raad aanleiding gezien zich met een aantal prejudiciële vragen tot het HvJ EG te wenden. Deze betreffen niet alleen de vraag of de Regeling als een steunmaatregel moet worden aangemerkt, maar tevens de vraag,¹¹⁰ wat, indien de Regeling inderdaad als zodanig moet worden aangemerkt, hiervan de gevolgen zijn in het licht van het arrest van het HvJ EG in zaak *SFEI/La Poste*.¹¹¹ In dit arrest heeft het HvJ EG overwogen dat

‘de nationale rechterlijke instanties de justitiabelen dienen te waarborgen, dat overeenkomstig hun nationale recht, uit een schending van artikel 93, lid 3, laatste volzin, van het Verdrag alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van de handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat de terugvordering betreft van de in strijd met deze bepaling of met eventuele voorlopige maatregelen verleende steun’.

Deze overweging roept de vraag op of het ten onrechte ontbreken van een aanmelding ertoe dient te leiden dat de verordeningen voor ongeldig dienen te worden gehouden en ook de rechtskracht van de op basis van die verordening genomen besluiten vervalt, dan wel of dit afstuit op de formele rechtskracht naar Nederlands recht van de besluiten.¹¹² De Hoge Raad verwoordt dit in zijn vragen aan het HvJ EG aldus:

‘Volgt uit hetgeen is overwogen in de zaak [SFEI/Poste], met het oog op het *nuttig effect* van artikel 93, lid 3 dat de nationale rechter zowel de verordeningen als de op grond van die verordeningen opgelegde heffingsbesluiten moet vernietigen en dat de rechter het overheidsorgaan moet veroordelen tot terugbetaling van de heffingen, ook indien de in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde regel van de formele rechtskracht van de heffingsbesluiten daaraan in de weg zou staan?

[...]

Kan een overheidslichaam, indien is verzuimd een steunmaatregel op de voet van art. 93 lid 3 aan te melden, ter afwering van een restitutieverplichting een beroep doen op de hiervoor vermelde regel van formele rechtskracht van het heffingsbesluit, indien degene tot wie dat besluit was gericht ten tijde van het nemen van dat besluit en gedurende de termijn waarbinnen deze in een bestuursrechtelijke procedure had kunnen worden aangevochten, *niet ervan op de hoogte was* dat de steunmaatregel waarvan de heffing deel uitmaakt niet was aangemeld. Mag een justitiabele in dit verband ervan uitgaan dat de overheid haar aanmeldingsverplichtingen ingevolge art. 93 lid 3 heeft nageleefd?’ (mijn cursivering; RB)

109 De kwalificatie is van de Hoge Raad zelf (r.o. 3.6.2).

110 De Hoge Raad volgde hiermee de rechtbank, die in voornoemd tussenvonnis al eerder een soortgelijke vraag aan het HvJ EG had gesteld.

111 HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, Jur. 1996, p. I-3547.

112 Vgl. r.o. 3.3.3..

Deze vragen zijn opmerkelijk in het licht van het korte tijd later gewezen en hiervoor, in par. 2.2 besproken arrest van de Hoge Raad in de zaak *Maple*, waarin de Raad heeft overwogen dat in dat geval niet voor redelijke twijfel vatbaar is dat de in Nederland ontwikkelde rechtsfiguur van de formele rechtskracht niet in strijd is met het gemeenschapsrecht. Opvallend is verder dat de Hoge Raad, gelet op de tweede geciteerde vraag, de mogelijkheid van het aannemen van een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht openhoudt op de grond dat betrokkenen verschoonbaar hebben afgezien van de gebruikmaking van bezwaar en beroep tegen de heffingsbesluiten. Dit lijkt op het eerste gezicht in schril contrast te staan met de overweging van de Raad in zijn arrest van 24 januari 2003 in de zaak *Maple*,¹¹³ waarin hij, ter weerlegging van de klacht dat de desbetreffende belastingplichtigen op het verkeerde been waren gezet doordat verweerder een met de Zesde BTW-Richtlijn strijdige uitvoering aan artikel 8 van de Wet op de omzetbelasting 1968 had gegeven, overwoog dat het de belastingplichtige vrij had gestaan gebruik te maken van de mogelijkheid van indiening van een rechtsmiddel tegen de heffing en dat van hem mag worden verwacht dat hij, teneinde te voorkomen dat de omstreden heffing onherroepelijk wordt en formele rechtskracht verkrijgt, daarvan ook inderdaad gebruik maakt.¹¹⁴ De vraag dringt zich dan ook op welke redenen de Hoge Raad heeft gehad voor dit verschil in benadering.

De belangrijkste en meest voor de hand liggende reden is wellicht gelegen in de hiervoor geciteerde strenge bewoordingen van het arrest *FFE/la Poste* zelf, waarin het HvJ EG de nationale rechterlijke instanties onvoorwaardelijk heeft voorgeschreven om een zodanige toepassing aan hun nationale recht te geven dat met artikel 93, lid 3 EG strijdige rechtshandelingen worden vernietigd en de in strijd met met deze bepaling verleende steun wordt teruggevorderd. Het (jurisprudentiële) beginsel van de formele rechtskracht zoals wij dat kennen zal al gauw aan het bereiken van dit resultaat in de weg staan.

Voorts is mijns inziens van belang dat de Hoge Raad in de zaak *Maple*, anders dan door de desbetreffende belastingplichtige was betoogd, van oordeel was dat geen onjuiste omzetting van de Zesde BTW-Richtlijn in de Nederlandse wetgeving had plaatsgevonden,¹¹⁵ terwijl de in de zaak *Pearl* de vraag voorligt of de in geding zijnde verordeningen rechtstreeks in strijd zijn met het EG-Verdrag.

Voor wat de mogelijke verschoonbaarheid van het niet (tijdig) instellen van een rechtsmiddel betreft is mijns inziens van belang dat de met de Zesde BTW-Richtlijn strijdige beleidsregel van meet af aan voor betrokkenen kenbaar was, zodat zij de rechtsgeldigheid hiervan konden aanvechten. Voor de betrokkenen bij de in de zaak *Pearl* in geding zijnde Regeling was echter niet kenbaar of de Staat de steunmaatregel bij de Commissie had aangemeld.

113 AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven.; JB 2003/44 m.nt E. v.d. Linden.

114 Overweging 3.4.3 van HR 24 januari 2003, AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven; JB 2003/44 m.nt. E.v.d.Linden.

115 Zie HR 24 januari 2003, JB 2003/44, r.o. 3.6.2 juncto 3.3.3.

Hoe het ook zij, de zaak maakt duidelijk dat het voorbarig is te oordelen dat het beginsel van de formele rechtskracht onder alle omstandigheden de toetsing aan het EG-recht kan doorstaan.

2.3.5 HR 11 oktober 1996 (*Leenders*)

Als we na de voorgaande paragrafen de balans opmaken, moeten we constateren dat het beginsel van de formele rechtskracht, zoals dat in hoofdstuk 2 is uitgewerkt, ook in het licht van het Europese recht, stand houdt, zij het met die kanttekening dat in de Europeesrechtelijke context in bepaalde gevallen een uitzondering op dit beginsel moet worden gemaakt. Deze gevallen zien op de situatie waarin een justitiabele met een beroep op een in een procedure van een derde gewezen uitspraak van het HvJ EG, zijn uit het EG-recht voortvloeiende rechten alsnog in rechte geldend wil maken, nadat een eerdere vordering met diezelfde strekking en van dezelfde justitiabele door de nationale rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is afgewezen. Uit de voorgaande paragrafen blijkt tevens dat de rechtspraak van het EHRM in dit verband van meer dynamiek lijkt te getuigen en mogelijk nog voor verrassingen kan zorgen.

Dat echter ook naar nationaal recht nog het een en ander op de 'blokkade' van het beginsel van de formele rechtskracht valt af te dingen blijkt uit het in deze paragraaf te bespreken uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Leenders*.¹¹⁶ In dit op het *Pocketbook-arrest*¹¹⁷ terug te voeren arrest lijkt de Hoge Raad langs de 'omweg' van een procedure uit onrechtmatige wetgeving alsnog een ontsnappingsmogelijkheid aan de blokkade van de formele rechtskracht te bieden. De zaak heeft betrekking op de volgende, tamelijk bizarre, casus:

Leenders bedrijft detailhandel met een rijdende winkelwagen in de omgeving van Nijmegen. Zij wil deze activiteiten ook tot de gemeente Ubbergen uitbreiden. Volgens de APV van deze gemeente heeft zij daarvoor een vergunning nodig. Leenders meent echter van niet en start met haar activiteiten. Na korte tijd wordt tegen haar door de politie proces-verbaal opgemaakt en wordt haar meegedeeld dat bij herhaling haar inventaris in beslag zal worden genomen. Leenders staakt daarop de verkoop in Ubbergen en vraagt bij de gemeente een vergunning aan, echter met de aantekening dat deze naar haar mening niet vereist is. Zij dringt aan op een spoedige beslissing en geeft aan dat zij bij uitblijven daarvan bezwaar zal maken tegen een fictieve weigering. Na enige tijd wordt de desbetreffende APV-bepaling gewijzigd en wordt Leenders opnieuw in de gelegenheid gesteld een aanvraag in te dienen. Nadat zij de verkoop heeft hervat, verkrijgt ze van de gemeente een – aan vergaande beperkingen gebonden – vergunning, waartegen zij bezwaar maakt, onder de uitdrukkelijke vermelding dat een vergunning niet vereist was, omdat desbetreffende bepaling van de APV onverbindend is. Leenders wordt vervolgens op haar bezwaar gehoord, maar op het bezwaar wordt nooit beslist. Een hangende het bezwaar ingediend verzoek om voorlopige voorziening wordt door de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State afgewezen. Inmiddels is tegen Leenders opnieuw proces-verbaal opgemaakt met de aanzegging dat bij herhaling haar inventaris in beslag zal worden genomen. Ze staakt daarop opnieuw de verkoop in Ubbergen. Om toch een uitspraak te verkrijgen over de verbindendheid van de APV-bepaling lokt Leenders, via de weg van artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering, strafvervolgning tegen zichzelf uit(!), hetgeen uiteindelijk resulteert in een uitspraak van de rechtbank waarbij de APV-bepaling wegens strijd met de Vestigingswet detailhandel onverbindend wordt verklaard. Met deze uitspraak in de hand

¹¹⁶ HR 11 oktober 1996, NJ 1997, 165 m.nt. M. Scheltema.

¹¹⁷ HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt HD.

wendt zij zich vervolgens tot de burgerlijke rechter met een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen van de gemeente.

Leenders heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat

‘de gemeente het [haar] onmogelijk gemaakt heeft haar bedrijf in de gemeente Ubbergen uit te oefenen door haar te binden aan een regeling, de art. 161a en 161b APV en de daarop gebaseerde Verordening op het innemen van standplaatsen en venten [...], die in strijd is met de Vestigingswet detailhandel en mitsdien onverbindend’.

Nadat de rechtbank de vordering had toegewezen, heeft het Hof deze, met vernietiging van de uitspraak van de rechtbank, alsnog afgewezen onder de overweging dat het besluit van 29 april 1986, waarbij B&W aan Leenders een ventvergunning onder beperkingen hadden verleend, formele rechtskracht heeft gekregen, aangezien Leenders had nagelaten op grond van artikel 3 van de toenmalige Wet Arob beroep in te stellen bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State tegen de fictieve weigering van B&W te beslissen op het bezwaarschrift van 29 mei 1986.¹¹⁸ In onderdeel 1 van het cassatiemiddel wordt namens Leenders echter benadrukt dat de grondslag van haar vordering is gelegen in het feit dat de gemeente het haar in de periode van april 1985 tot oktober 1989 *feitelijk* onmogelijk heeft gemaakt, op basis van het onjuiste standpunt dat daarvoor een door de gemeente te verlenen ventvergunning nodig zou zijn, om haar rijdende winkelwagens binnen de gemeentegrenzen te exploiteren. In verband hiermee wordt in het tweede onderdeel van het cassatiemiddel betoogd dat deze grondslag

‘niet [behelst] dat enig besluit van een orgaan van de gemeente, waartegen een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan of openstaat, ongeldig is’.

Dienaangaande stelt de Hoge Raad voorop dat

‘Leenders aan haar vordering niet ten grondslag heeft gelegd dat – en dus in het onderhavige geding niet in geschil is of – de beschikking van 29 april 1986 wegens haar inhoud of wijze van totstandkoming onrechtmatig is, maar dat de gemeente zich jegens haar onrechtmatig had gedragen door het uitvaardigen van een onverbindende regeling en het handhaven daarvan door het standpunt te blijven innemen dat op grond van deze regeling voor de door Leenders gewenste bedrijfsuitoefening een vergunning vereist was, en door haar dienovereenkomstig in die bedrijfsuitoefening te belemmeren.’

En overweegt vervolgens dat

‘indien de overheid het standpunt inneemt dat een burger voor het verrichten van bepaalde handelingen, zoals het uitoefenen van een bepaalde vorm van bedrijf of beroep, ingevolge een algemeen verbindend voorschrift een vergunning nodig heeft, maar die burger dit voorschrift onverbindend en daarop het inroepen en handhaven ervan jegens hem onrechtmatig acht, brengen de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid mee dat hij het geschil omtrent de verbindendheid van het voorschrift aan de rechter moet kunnen voorleggen. *Zolang de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen [...]* moet die

118 Vgl. HR 13 november 1992, NJ 1993, 639 m.nt. MS (*Lanser/Haarlemmermeer*) waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat er geen plaats is voor een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht, wanneer sprake is van een niet opkomen tegen een fictieve weigering om op een bezwaarschrift te beslissen.

burger de vraag of het voorschrift verbindend is, in beginsel door middel van een vordering gegrond op onrechtmatig overheidsoptreden kunnen voorleggen aan de burgerlijke rechter. Dit laatste wordt niet anders doordat, indien de burger zonder de vereiste vergunning handelt en tegen hem [...] strafvervolgning wordt ingesteld of bestuursdwang wordt toegepast, de verbindendheid van de desbetreffende regeling kan worden getoetst in een procedure voor de strafrechter resp. de bestuursrechter. Niet kan immers van een burger worden verlangd dat hij, hoezeer er ook van overtuigd dat de regeling onverbindend is, het op een strafvervolgning of toepassing van bestuursdwang laat aankomen om die onverbindendheid in rechte te doen vaststellen'. (mijn cursivering; RB)

Berusten deze overwegingen nog op vaste rechtspraak inzake onrechtmatige wetgeving,¹¹⁹ echt pikant voor het onderwerp dat ons bezighoudt is het vervolg, waar de Hoge Raad overweegt dat

‘evenmin [...] in voormelde situatie van de burger [kan] worden gevergd dat hij, uitsluitend teneinde de vraag of de regeling verbindend is, aan het oordeel van de rechter te kunnen onderwerpen, de vergunning voor zover nodig en onder aantekening van zijn zienswijze omtrent de verbindendheid van de regeling aanvraagt, vervolgens tegen de beschikking waarbij de vergunning wordt verleend, een bezwaarschrift indient en zonodig tegen de beslissing daarop beroep instelt bij de bestuursrechter. Met het oog op *een doeltreffende, waarborgen tegen misverstanden biedende regeling van rechtsbescherming tegen de overheid* moet worden aangenomen dat ook het ontstaan van deze *weinig voor de hand liggende* weg blokkering van de toegang tot de burgerlijke rechter niet kan rechtvaardigen. Dit brengt mee dat deze toegang ook openblijft wanneer de burger – zoals hier – slechts de eerste stadia van voormelde weg heeft afgelegd, d.w.z. desgevraagd een vergunning heeft gekregen en een bezwaarschrift heeft ingediend, maar zich nadien, in stede van deze weg te vervolgen zich tot de burgerlijke rechter wendt teneinde deze voormelde vraag te doen beslissen. Daarom kan in een dergelijk geval, *ook* indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat de formele rechtskracht van de beschikking waarbij de vergunning is verleend, zich mede uitstrekt tot het oordeel van de verlenende instantie dat de desbetreffende regeling verbindend is, niet worden aanvaard dat de burgerlijke rechter in het in voege als voormeld door de burger tegen de overheid aangespannen geding op grond van die formele rechtskracht aan dat oordeel van de overheid is gebonden’. (mijn cursivering; RB)

Bij dit arrest zou ik de volgende kanttekeningen willen plaatsen. Allereerst valt op dat de Hoge Raad zijn uitspraak heeft gedaan onder de noemer van de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid. Deze brengen, bij gebreke van de mogelijkheid van een rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter, mee dat de burger de vraag naar de verbindendheid van een algemeen voorschrift in beginsel rechtstreeks door middel van een vordering uit onrechtmatige daad aan de burgerlijke rechter moet kunnen voorleggen.¹²⁰ Van de burger wordt niet verwacht dat hij het laat aankomen op een handhavingsmaatregel, van straf- of bestuursrechtelijke aard, om

119 Vgl: HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. MD; ARB 1969, p. 194; HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. M. Scheltema; AB 1986, 574 m.nt. P.J.J. van Buuren (*Landbouwwijlagers*); HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. C.J.H. Brunner; AB 1991, 241 m.nt. F.H. van der Burg. (*Varkensmester*) Zie in dit verband ook punt 5 van de noot van Scheltema. Bij het hier besproken arrest in NJ 1997, 165.

120 Hierbij dient nog te worden vermeld dat er ten tijde van het wijzen van dit arrest nog van werd uitgegaan dat artikel 8:2 van de Awb, waarin beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter wordt uitgesloten, met ingang van 1 januari 1999 zou komen te vervallen. Bij wet van 24 december 1998, Stb 738, is de desbetreffende overgangsbepaling zo gewijzigd dat het verval van artikel 8:2 is uitgesteld tot een bij wet te bepalen tijdstip.

zich eerst dan, in een tegen die handhavingsmaatregel aan te spannen procedure, bij wijze van incidenteel beroep de rechtsgeldigheid van de desbetreffende regeling te kunnen aanvechten. De Hoge Raad acht een dergelijke omweg niet doeltreffend.

Gelet op voornoemd uitgangspunt van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid is de Hoge Raad tevens van oordeel dat van een burger evenmin kan worden verwacht dat hij, ter verkrijging van een oordeel over de rechtmatigheid van een algemeen verbindend voorschrift, de omslachtige weg zou dienen te volgen van het op aanvraag verkrijgen van een besluit, het hiertegen maken van bezwaar om eerst dan, in de tegen het besluit op bezwaar aangespannen beroepsprocedure een oordeel van de bestuursrechter te verkrijgen over de rechtmatigheid van de in geding zijnde regeling. Veelzeggend is dat de Hoge Raad het volgen van deze laatste weg 'weinig voor de hand liggend vindt' en dat hij van oordeel is dat een regeling die voorziet in een rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de burgerlijke rechter, de beste 'waarborgen tegen misverstanden'¹²¹ biedt. Aldus geformuleerd kan de conclusie nauwelijks anders zijn dan dat de Hoge Raad de burgerlijke rechter als de eerst aangewezen instantie ziet om zich uit te spreken over de geldigheid van algemeen verbindende voorschriften.

De grote betekenis van het arrest is echter gelegen in het schepje dat de Hoge Raad er vervolgens nog bovenop doet door te overwegen dat de toegang tot de burgerlijke rechter ook open blijft als de burger 'slechts de eerste stadia' van de bestuursrechtelijke weg heeft afgelegd, zoals in het onderhavige geval het doen van een aanvraag, het verkrijgen van een besluit hierop en het hiertegen maken van bezwaar.¹²² Bij het uitblijven van een procedure bij de bestuursrechter verkrijgt het op de aanvraag genomen besluit op een zeker moment immers formele rechtskracht. De vraag die dan nog rest is welke conclusies moeten worden verbonden aan het bestaan van deze formele rechtskracht. Daarover gaat de laatst geciteerde, wat mysterieus aandoende, overweging van de Hoge Raad. Bij het interpreteren daarvan lijkt mij allereerst van belang op te merken dat in de uitspraak niet wordt getornd aan de formele rechtskracht van het op aanvraag verleende besluit als zodanig. Die is verder ook niet in geding, omdat Leenders haar vordering op grond van onrechtmatige daad nu juist *niet* op de onrechtmatigheid van dat besluit had gebaseerd.¹²³ Waar het in de

121 Denkbaar is dat deze overweging van de Hoge Raad mede ingegeven is door de wel uiterst moeizame weg die Leenders heeft moeten bewandelen om een oordeel over de rechtmatigheid van de verordening te krijgen, met als meest bizarre detail dat het uiteindelijk beslissende oordeel verkregen werd in een strafprocedure die ze tegen zichzelf had uitgelokt!

122 Vgl. in dit verband HR 17 december 1999, NJ 2000, 87, m.nt. ARB (*Groningen-Raatgever*), waarbij de Hoge Raad heeft bepaald dat een eenmaal genomen zuiver schadebesluit niet in de weg staat aan een op dezelfde grondslag ingestelde vordering tot vergoeding van schade, tenzij de bestuursrechter in eerste of enige instantie het beroep tegen het schadebesluit ongegrond heeft verklaard.

123 In die zin is de onderhavige casus vergelijkbaar met die van HR 22 november 1985, NJ 1986, 722 m.nt. MS; AB 1986, 245 m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij. (*V en D/Groningen (Superdoe)* en HR 2 februari 1990, NJ 1993, 635 m.nt. MS; AB 1990, 223 m.nt. G.P. Kleijn. (Staat/Bolsius). Zie ook de conclusie voor het arrest van A-G Bloembergen, die uit deze arresten, en meer in het bijzonder het arrest *Staat/Van Bente* (HR 7 oktober 1994, NJ 1997, 174 m.nt. MS; AB 1996, 125 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal) in meer algemene zin afleidt dat de formele rechtskracht van beschikkingen niet in de weg staat aan vorderingen uit onrechtmatige daad die hun grond vinden in gedragingen die onafhankelijk van de inhoud van de beschikking(en) onrechtmatig zijn.

laatste overweging wel om gaat is wat het gevolg is van de formele rechtskracht van het besluit waarbij de vergunning werd verleend voor de mogelijkheid van toetsing van de onderliggende regeling. De vraag of de formele rechtskracht van het besluit zich mede uitstrekt tot het oordeel van het bestuursorgaan dat de desbetreffende regeling verbindend is, laat de Hoge Raad uitdrukkelijk in het midden, maar uitsluiten doet hij het dat niet. Blijkens de laatste overweging is de Hoge Raad echter van oordeel dat, zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat de formele rechtskracht van het besluit 'doorwerkt' naar de onderliggende regeling, hij niet aanvaardt dat betrokkene de toegang tot de burgerlijke rechter terzake van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering tegen de onderliggende regeling wordt ontzegd. Scheltema leidt hieruit af dat de Hoge Raad hiermee een nieuwe uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht heeft geformuleerd.¹²⁴

Naar het oordeel van Scheltema¹²⁵ strekken de consequenties van het arrest vrij ver. Hij leidt uit het arrest af dat al degenen die hun recht op vergunning hebben ontleend aan een wettelijk voorschrift dat onverbindend is, een procedure lijken te kunnen beginnen bij de burgerlijke rechter en schade kunnen claimen die het gevolg is van de beperkingen die inherent zijn het vergunningensysteem. Uit het feit dat het arrest spreekt van 'de eerste stadia' van de bestuursrechtelijke rechtsweg leidt hij echter af dat de weg naar de burgerlijke rechter niet meer openstaat, indien de belanghebbende tegen de beschikking op zijn vergunningaanvraag in beroep bij de bestuursrechter zou zijn gekomen. Als de betrokkene aldaar zonder succes zou hebben betoogd dat de verordening onverbindend was, zou daarmee, volgens Scheltema, 'de kous af zijn', omdat er in zo'n geval sprake zou zijn van een rechterlijk gewijsde over de geldigheid van de verordening. Scheltema neemt hierbij als uitgangspunt dat de formele rechtskracht van een besluit waartegen een bestuursrechtelijke rechtsweg openstond maar niet is gebruikt, mede het oordeel omvat dat de verordening waarop de beschikking steunt verbindend is. Ik meen echter dat dit laatste oordeel niet kan worden tegengeworpen aan degenen die de bestuursrechtelijke weg nog niet hebben bewandeld. Als de formele rechtskracht van een besluit al zou 'doorwerken', dan is deze werking louter relatief, namelijk beperkt tot degenen die een bestuursrechtelijk oordeel over een besluit hebben verkregen. Zoals Scheltema ook zelf aangeeft zou het merkwaardig zijn indien een gemeente een onverbindende verordening zou kunnen maken die 'in feite' verbindend wordt doordat tegen de daarop gebaseerde beschikkingen niet wordt opgekomen.¹²⁶

Waar het mijns inziens op aankomt is dat de onrechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften¹²⁷ altijd ter discussie staat, omdat de rechtopvattingen in de loop der tijd, door verandering in de maatschappelijke omstandigheden, al dan niet gepaard gaande met ontwikkelingen in het internationale recht, kunnen veranderen, zodat op een gegeven moment de geldigheid aan deze voorschriften komt te ontvallen. Juist hierover gaat dit boek. De vraag is alleen altijd weer: wat zijn de consequenties van deze veranderde rechtsoopvattingen voor besluiten die zijn genomen op grond van wetgeving waarvan de recht-

124 Dit is ook de mening van Scheltema; zie punt 1 van diens noot.

125 Noot in NJ 1997, 165, onder punt 10.

126 Noot in NJ 1997, 165, onder punt 9.

127 Waarbij voor wat de formele wetgeving betreft uiteraard rekening moet worden gehouden met het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet.

matigheid aanvankelijk in het geheel niet in geding was?¹²⁸ En, meer toegespitst op het hier besproken arrest: kan een procedure uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter toch nog (enig) soulaas bieden, ondanks het feit dat eerdere, op later onrechtmatig bevonden regelgeving gebaseerde, besluiten formele rechtskracht hebben verkregen?

Het is nu zaak deze laatste vraag uitvoeriger te behandelen. Laat ik vooropstellen dat ik in dit arrest niet kan lezen dat de Hoge Raad heeft beoogd terug te komen van zijn vaste, in hoofdstuk II, besproken jurisprudentie op grond waarvan heffingen waarvan later, in een door een derde aangespannen procedure, komt vast te staan dat ze berusten op een onrechtmatige regeling, niet alsnog als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd.¹²⁹ Deze conclusie wordt bevestigd door het in paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk besproken arrest *Maple*,¹³⁰ waarin de Hoge Raad de lijn van het *Vulhop*-arrest heeft doorgetrokken naar de situatie waarin de wettelijke grondslag van de onaantastbaar geworden besluiten in strijd met het EG-recht werd geoordeeld.

Voorts kan ook in deze zaak de vraag worden opgeworpen of bij het oordeel van de Hoge Raad niet ook heeft meegespeeld dat Leenders zich van meet af aan op het standpunt heeft gesteld dat de verordening onverbindend was. De bewoordingen van het arrest wijzen hier niet op. Evenals Scheltema¹³¹ ben ik van mening dat het arrest er veeleer op wijst dat ook voor een – hypothetische – collega van Leenders, die braaf de beperkte vergunning heeft aanvaard, de door Leenders gevolgde rechtsweg openstaat.

Wat het toepassingsbereik van dit arrest voor de in deze studie besproken gevallen echter wel beperkt is dat het arrest mijns inziens alleen ziet op een situatie waarin de geleden schade *rechtstreeks* is terug te voeren op de onverbindendheid van de regeling en niet op een, ter uitvoering van die regeling, ‘tussengevoegd’ besluit van het bevoegde bestuursorgaan. Anders gezegd; Leenders leed door zich, althans tijdelijk, conform de verordening te gedragen schade en kan daarvan, nu de verordening onverbindend is gebleken, bij de burgerlijke rechter vergoeding vorderen. Zij kan dit doordat zij pas slechts de beginstadia van de bestuursrechtelijke weg heeft gevolgd en er dus nog geen oordeel van de bestuursrechter ligt. Ware dat wel het geval geweest, dan had het beginsel van de formele rechtskracht eraan in de weg gestaan dat de burgerlijke rechter zich *in haar zaak* nog had kunnen uitspreken over de rechtmatigheid van de verordening.

Voorts staat de vordering van Leenders geheel los van de vraag naar de rechtmatigheid van de ter uitvoering van de verordening gegeven beschikking. Aldus is, in de woorden Bloembergen¹³² sprake van ‘een gedraging’¹³³ die onafhankelijk van de inhoud van de

128 Het aspect van een mogelijke verjaring van deze vordering even daargelaten.

129 Zie i.h.b. het in hoofdstuk 2, par. 5.3, besproken arrest *Vulhop* (HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt MS; AB 1993, 40 m.nt. FHvdB; ; Gst. 6962, nr. 5, p. 165 m.nt HH).

130 HR 24 januari 2003, AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven.; JB 2003/44 m.nt E. v.d. Linden.

131 Noot in NJ 1997, 165, onder punt 10.

132 Zie diens conclusie onder punt 2.3.

133 Daarbij zij nog aangetekend dat Bloembergen de onrechtmatigheid van de gedraging van de gemeente niet rechtstreeks gelegen acht in de onverbindendheid van de APV-bepaling, maar in de ter uitvoering hiervan verrichte feitelijke gedragingen, te weten het feitelijk belemmeren van de handelsactiviteiten van Leenders.

beschikking onrechtmatig is. Bloembergen heeft in dit verband gewezen op het door Mok en Tjittes gemaakte onderscheid tussen regelgeving die directe en indirecte gevolgen heeft voor de betrokkenen. Daarbij is voor regelgeving die directe werking heeft geen aparte beschikking nodig voor het intreden van rechtsgevolgen, terwijl bij regelgeving met indirecte werking nog wel een beschikking of andere uitvoeringshandeling nodig is om rechtsgevolgen te doen intreden. In het laatste geval kan huns inziens pas sprake zijn van onrechtmatigheid als er een beschikking is gegeven die later is vernietigd.¹³⁴ Het is deze situatie die aan de orde was in het arrest *Vulhop* waarbij de schade niet rechtstreeks werd toegebracht door de belastingverordening als zodanig, maar eerst door de concrete toepassing die hieraan in de vorm van een heffingsbeschikking werd gegeven. Bloembergen verbindt aan een en ander de conclusie dat alleen bij indirecte werking de formele rechtskracht een rol kan spelen.

De vraag is nu welke gevolgen uit het arrest *Leenders* getrokken kunnen worden voor de in hoofdstuk 3 behandelde sociale zekerheidszaken. Biedt het arrest, waar de bestuursrechtelijke weg, naar we hebben gezien, in de meeste gevallen weinig soulaas bood, betrokkenen alsnog de mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen op grond van alsnog bij rechterlijke uitspraak gebleken onrechtmatigheid van de toepasselijke regelgeving? Op het eerste gezicht niet, omdat de regelgeving op het gebied van de sociale zekerheid bij uitstek is aan te merken als 'indirecte wetgeving' in de door Mok en Tjittes bedoelde zin. De gevolgen van onrechtmatige wetgeving op dit terrein ondervindt de burger pas door de met toepassing van deze wetgeving gegeven beschikking. En voor het indienen van een rechtsmiddel tegen deze beschikking is de burger aangewezen op het volgen van de bestuursrechtelijke weg.

Niettemin denk ik dat er in dit arrest toch nog wel een opening zit, die niet nieuw is, maar door het arrest wel weer in een nieuw daglicht is komen te staan.¹³⁵ Zoals ik hiervoor al aangaf laat de Hoge Raad er in dit arrest geen gras over groeien dat hij de civiele procedure als de meest aangewezen weg beschouwt om een spoedige beslissing te verkrijgen over de rechtmatigheid van regelgeving. Krachtens vaste jurisprudentie¹³⁶ is de toegang tot de burgerlijke rechter niet beperkt tot individuele burgers maar staat deze eveneens open voor belangenorganisaties, zoals, ik noem maar een voor de sociale zekerheid relevant voorbeeld, de FNV. Niets staat er uiteraard aan in de weg dat een dergelijke organisatie ten behoeve van haar leden rechtstreeks een procedure bij de burgerlijke rechter aanspant ter verkrijging van een oordeel over de rechtmatigheid van regelgeving waartoe haar belangenbehartiging zich uitstrekt. Dat is niets nieuws, maar de rol die het volgen van deze weg kan vervullen bij het 'preventief' ingrijpen ter bestrijding van onrechtmatige wetgeving wordt door dit arrest wel weer benadrukt, al besef ik wel dat ook de betekenis hiervan betrekkelijk is op het gebied van de sociale zekerheid. Het probleem is nu eenmaal dat de sociale zekerheidsrechten alleen op aanvraag kunnen worden ver-

134 Zie Conclusie, punt 2.4 en M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid, RM Themis 1995/9, p. 383 e.v..

135 Ik meen dan ook dat met dit arrest geen nieuwe uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht is gegeven.

136 Zie hieromtrent: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van Bestuursrecht, Den Haag 1999, p. 110-113.

kregen. Zolang de burgerlijke rechter geen onrechtmatigheidsoordeel¹³⁷ heeft uitgesproken, zullen de desbetreffende bestuursorganen 'gewoon' de bestaande wetgeving uitvoeren en zullen de besluiten op aanvraag op een gegeven moment formele rechtskracht verkrijgen. Dit zal slechts anders zijn als de bestuursorganen c.q. bestuursrechter bereid is het oordeel van de burgerlijke rechter af te wachten. Het is niet te verwachten dat een dergelijke coördinatie in de praktijk tot grote problemen zal leiden, omdat de civielrechtelijke procedure gewoonlijk een kort geding zal betreffen. Maar dan nog biedt het volgen van deze weg geen oplossing voor de voor deze studie zo typerende gevallen, waarin een wettelijke regeling, waarvan de geldigheid aanvankelijk in het geheel niet werd betwist, op grond van latere ontwikkelingen 'toch' onrechtmatig blijkt te zijn. De 'oude' beschikkingen hebben dan reeds lang formele rechtskracht verkregen.

Het is tijd de balans op te maken.

137 En uiteraard aangenomen dat ook de desbetreffende bestuursrechter daartoe geen aanleiding ziet.

Hoofdstuk 6

Conclusie

In zijn rede die hij ter gelegenheid van zijn aftreden als president van de Hoge Raad heeft gehouden, heeft mr. S.K. Martens erop gewezen dat in de zestiger en zeventiger jaren van de vorige eeuw ook het taboe is neergehaald dat rechterlijke rechtsvinding niet meer of anders kan en mag zijn dan wetstoepassing. Hij wijst erop dat vanaf die tijd zowel doctrine, wetgever als rechter het 'kiekeboe spelen' hebben opgegeven en openlijk zijn gaan erkennen dat ook de rechter recht vormt.¹ Zoals in hoofdstuk 1 al ter sprake is gekomen, rezen met deze erkenning ook ten aanzien van de rechtspraak vragen van overgangsrecht.²

Bij zijn analyse van dit vraagstuk maakt Zwart een onderscheid tussen uitspraken met declaratoire werking en uitspraken die zien op een wijziging van het recht. In het eerste geval gaat het om uitspraken waarbij de rechter op louter juridische gronden blijk geeft van een andere visie op het bestaande recht. In dat geval wordt de nieuwe rechtsopvatting tevens geacht te gelden voor rechtsfeiten die zich vóór de uitspraak hebben voorgedaan. In het tweede geval gaat het om het optreden van de rechter die als regelgever nieuw recht schept. In de visie van Zwart vereist deze laatste activiteit een andere dan een zuivere juridische argumentatie en moet de rechter aangeven welke buiten het recht zelf gelegen maatschappelijke of andere factoren een rechtvaardiging voor de wijziging van de regel bieden.³ In beide gevallen gaat Zwart uit van een situatie waarin de (Nederlandse) rechter zelf, autonoom, kan bepalen met ingang van welk tijdstip de nieuwe rechtsopvatting heeft te gelden.

De problematiek waar dit onderzoek betrekking op heeft ligt echter nog een graadje ingewikkelder en lijkt zich te kenmerken door een zekere mengvorm van de door Zwart beschreven situaties. Het gaat in dit boek immers enerzijds om situaties waarin een verandering van rechtspraak heeft plaatsgevonden op grond van een wijziging in maatschappelijke opvattingen, dus, in de woorden van Zwart, om rechterlijke regelgeving; anderzijds is het echter zo dat de in dit boek besproken verandering van rechtspraak ook een zuivere juridische component heeft op grond van de doorwerking van het internationale recht. Voorts kenmerken de in dit boek besproken gevallen zich door een veelal grote divergentie tussen het moment waarop uitspraak wordt gedaan en het moment met ingang waarvan het recht geacht wordt te zijn veranderd, waarbij dit laatste tijdstip de Nederlandse rechter niet zelden werd 'opgedrongen' door internationale rechtscolleges.

Dit onderzoek ziet op de waardering van rechtsfeiten die zich tussen deze twee tijdstippen hebben voorgedaan. Het gaat daarbij enerzijds om situaties waarin achteraf moet worden

1 S.K. Martens, De grenzen van de rechttsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p. 748.

2 Zie Martens, a.w., 750 en voetnoot 49 en F.P. Zwart, Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht, NJB 1997, afl. 3, p. 108-114.

3 Zwart, a.w., p. 110.

geconcludeerd dat op deze feiten lange tijd het ‘verkeerde recht’ door het bestuursorgaan en de bestuursrechter is toegepast, en, anderzijds, om situaties waarin de betrokkenen op het ‘oude’ recht zijn afgestaan en hierin hebben berust. Om de vraag te analyseren welke aanspraken betrokkenen in deze situaties nog kunnen maken op de nieuwe rechtsopvatting, is in dit onderzoek het begrippenpaar van de materiële en formele werking van verandering van rechtspraak geïntroduceerd. Daarbij ziet de materiële werking op het tijdstip met ingang waarvan een bepaalde uitleg van een wettelijk voorschrift onrechtmatig wordt geacht. De formele werking ziet op het tijdstip met ingang waarvan op deze onrechtmatigheid gebaseerde vorderingen kunnen worden geëffectueerd. Bij de formele werking gaat het, met andere woorden, om de vraag of en in hoeverre daadwerkelijk rechtsherstel kan worden verkregen op grond van veranderde jurisprudentie. Het doel van dit onderzoek is deze vraag te beantwoorden aan de hand van een aantal, veelal op de sociale zekerheid betrekking hebbende, casus. Dit levert het volgende beeld op.

Uit het onderzoek komt in de eerste plaats naar voren dat de mogelijkheid onder de oude, later onjuist gebleken, rechtsopvatting tot stand gekomen besluiten aan te tasten in vrijwel alle gevallen afstuit op het beginsel van de formele rechtskracht. Dit is volgens de nationale rechtsopvatting ook het geval als de oude rechtsopvatting in strijd is met fundamentele rechtsbeginselen. Van betrokkenen wordt te allen tijde verwacht dat zij gebruik maken van de mogelijkheid rechtsmiddelen in te stellen, ook als dit, afgaande op de oude rechtsopvatting en rechtspraktijk, zinloos zou zijn geweest. Dit is slechts anders als zij voor wat de mogelijkheden van rechtsbescherming betreft op een aan het bestuursorgaan toe te rekenen wijze ‘op het verkeerde been zijn gezet’. Dit laatste wordt echter niet aangenomen op de enkele grond dat het bestuursorgaan bij het nemen van zijn besluiten is uitgegaan van een verkeerde rechtsopvatting c.q. deze heeft gebaseerd op een later onverbindend verklaarde regeling.

Recente rechtspraak van het EHRM en het HvJ EG heeft evenwel uitgewezen dat wel een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht moet worden gemaakt ten behoeve van degenen die, na eerder een onherroepelijke uitspraak te hebben verkregen in een procedure waarin zij tevergeefs hadden betoogd dat het besluit in strijd was met het EG-recht, een nieuwe procedure beginnen na in een door een derde aangespannen procedure alsnog hun gelijk te hebben zien bevestigd. Voor het overige is het beginsel van de formele rechtskracht naar de huidige stand van de jurisprudentie verenigbaar met het EG-recht geacht, tenzij de geboden rechtsbescherming niet beantwoordt aan het gelijkheids- en doelmatigheidsbeginsel, zoals deze worden uitgelegd door het HvJ EG. De rechtspraak biedt voorts enige aanknopingspunten voor de veronderstelling dat een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht eveneens is aangewezen bij gebreke van een *effective remedy* als bedoeld in het EHRM om een, naar later blijkt, in strijd met het EG-recht onthouden aanspraak, te effectueren.

Zoals met name in hoofdstuk 2 is uiteengezet staat het beginsel van de formele rechtskracht er niet aan in de weg dat het bestuur op grond van de nieuwe jurisprudentie een onder de oude rechtsopvatting tot stand gekomen besluit amtsshalve of op verzoek met terugwerkende kracht heroverweegt. Tevens is gebleken dat de mate van daadwerkelijk rechtsherstel die langs deze weg kan worden verkregen een zeer wisselend beeld vertoont. Vaste jurisprudentie is in elk geval dat het enkele feit dat latere jurisprudentie leidt tot de conclusie dat door het bestuur bij eerdere besluitvorming op een onjuiste wijze toepassing

is gegeven aan een wettelijk voorschrift, dan wel dit voorschrift onverbindend moet worden geacht, het bestuur niet verplicht alle nog onder de 'oude jurisprudentie' tot stand gekomen besluiten te herzien. Uit het discretionaire karakter van de bevoegdheid van het bestuur om terug te komen van in rechte onaantastbaar geworden besluiten vloeit voort dat door het bestuur ter uitvoering van deze bevoegdheid vastgesteld beleid door de rechter terughoudend wordt getoetst. Voorzover op grond van de nieuwe rechtsopvatting zou moeten worden geoordeeld dat een onder de oude rechtsopvatting genomen besluit als onmiskenbaar onjuist zou moeten worden aangemerkt, is uit de besproken jurisprudentie niet af te leiden dat dit tot een plicht van het bestuursorgaan zou leiden om 'oude besluiten' te herzien. Uit de bespreking van de arresten *Kühne & Heitz*, *Köbler* en *Dangeville* is gebleken dat dit mogelijk anders is indien de 'oude besluiten' alsnog in strijd blijken te zijn met EG-recht.

Ziet het voorgaande op een mogelijke gehoudenheid van het bestuur om in het licht van veranderde jurisprudentie bestaande rechtsverhoudingen te wijzigen, ten aanzien van de totstandkoming van nieuwe rechtsverhoudingen bleek in de eerste plaats dat de formele werking in de tijd (de mate waarin betrokkenen hun op grond van de nieuwe rechtspraak verkregen rechten alsnog geldend kunnen maken) in de eerste plaats afhangt van de wijze waarop de desbetreffende nationale wetgeving is ingericht. Zo bleek de ruime mate van terugwerkende kracht waarmee op grond van de rechtstreekse werking van EG-richtlijn 79/7 alsnog WWV-rechten konden worden geclaimd eerst en vooral terug te voeren op het feit dat de WWV het recht op uitkering niet rechtstreeks koppelde aan het moment van intreden van de werkloosheid en bovendien niet vereiste dat de aanvraag binnen een bepaalde termijn na het intreden van de werkloosheid werd ingediend. Van een soortgelijke 'katalyserende werking' bleek eveneens ten aanzien van de AAW, althans voor wat de materiële werking van EG-Richtlijn 79/7 betreft (de mate waarin op grond van de rechtstreekse werking van deze richtlijn alsnog met terugwerkende kracht recht op uitkering ontstond). Terwijl een poging van de Nederlandse regering om deze materiële werking door middel van reparatiewetgeving te beperken bij het HvJ EG schipbreuk leed, kon een wettelijke beperking van de formele werking wel, zij het ternauwernood, genade vinden in de ogen van het Hof.

De vraag naar welk tijdstip moet worden beoordeeld of iemand in verband met latere ontwikkelingen in de jurisprudentie rechten over het verleden kan doen gelden, kwam het meest principieel aan de orde bij bespreking van de gevolgen van de doorwerking van internationaal recht voor de verzekering krachtens de AOW. Doorslaggevend in deze kwestie leek lange tijd de vraag met ingang van welk tijdstip de maatschappelijke ontwikkelingen zo ver waren voortgeschreden dat de bij algemene maatregel van bestuur voorziene uitsluiting voor de AOW-verzekering van de gehuwde vrouw in strijd kon worden geacht met het gelijkheidsbeginsel, waarbij achtereenvolgens is getoetst aan EG-Richtlijn 79/7, artikel 26 van het IVBPR, artikel 1 van de Grondwet en tenslotte artikel 14 van het EVRM. Het is ook hier dat de EHRM van alle rechterlijke instanties die zich met deze vraag hebben beziggehouden de meeste dynamiek vertoont door geen verdere beperking in de tijd van de doorwerking van artikel 14 van het EVRM te aanvaarden dan is gelegen in het tijdstip van inwerkingtreding van dit verdrag voor Nederland.

Dat de bestuursrechter ook de mogelijkheid openhoudt van het bieden van daadwerkelijk rechtsherstel voor gemis aan uitkering op een wijze die los staat van de in geding zijnde

wetgeving, blijkt uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep met betrekking tot de problemen die ontstonden in verband met de samenloop van de AAW en AWW. In deze gevallen voorzag de Centrale Raad van Beroep voor de getroffen weduwen in een vorm van compensatie van de financiële gevolgen van de op de toekenning van een AWW-uitkering volgende intrekking van de AAW-uitkering, die was geschied op een wijze die zich niet verdroeg met EG-Richtlijn 79/7. Deze compensatie bleef echter beperkt tot degenen die eerder in rechte tegen de intrekking van de AAW-uitkering waren opgekomen.

Dezelfde mogelijkheid werd, nu in meer principiële zin, geopperd door Koopmans in het kader van de Bopa-affaire, dit keer in een situatie waarin betrokkenen, zonder eerder te hebben geprocedeerd, vergoeding vorderden van schade die het gevolg was van een bestuurlijke uitvoeringspraktijk die, naar in door een derde gevoerde procedure bij de bestuursrechter was komen vast te staan, is strijd was met het toenmalige artikel 119 EEG-Verdrag. Uit het uit de rechtspraak van het HvJ EG volgende recht op een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming suggereerde Koopmans dat betrokkenen zich tot de burgerlijke rechter zouden kunnen wenden met een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van door hen geleden schade. Daarbij zoekt Koopmans de grondslag van de schadevergoeding in de immateriële schade die de betrokkenen hebben geleden ten gevolge van de discriminatie die zij hebben ondervonden. Voorts is hij van mening dat de vergoeding voor de overheid ook een punitief karakter zou moeten dragen.

Mijn inziens is er ook in algemene zin wel wat voor deze oplossing te zeggen, vooral omdat zij een mogelijkheid biedt voorbij te gaan aan de vele in dit boek besproken procedurele en bewijstechnische voetangels die aan het bieden van daadwerkelijk rechtsherstel in de weg staan. Het lijkt me bovendien een mogelijkheid die (eindelijk) recht doet aan het in artikel 13 van het EVRM opgenomen recht op een *effective remedy*. Gelet op de ruime interpretatie die het EHRM aan artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM heeft gegeven, kan er geen twijfel meer over bestaan dat artikel 13 van het EVRM op de in dit boek besproken gevallen van toepassing is. Dat een op gewijzigde jurisprudentie gebaseerde (financiële) aanspraak onder omstandigheden, zeker indien de betrokkene eerder tevergeefs heeft geprocedeerd, kan worden aangemerkt als een *arguable claim* lijkt me evenmin voor betwisting vatbaar. Mijns inziens wordt in de huidige rechtspraak op het in dit boek besproken terrein onvoldoende recht gedaan aan de door het EHRM uit artikel 13 van het EVRM afgeleide verplichting voor de Lid-Staten met betrekking tot deze *arguable claim* te voorzien in een *domestic remedy* strekkende tot het bieden *appropriate relief*.⁴ Dat het EHRM hecht aan de beschikbaarheid van een *remède suffisant* met voorbijgaan aan *principes jurisprudentiels traditionnels* opdat aan hoger recht ontleende, maar op grond van oude nationale rechtspraak ontzegde, rechten alsnog geldend kunnen worden gemaakt, bleek uit de in hoofdstuk 5 besproken zaak *Dangeville*.

Summary

This book deals with the consequences of (sudden) changes in the case law of Dutch administrative courts, particularly in the area of social security law, for legal positions established under earlier and meanwhile abandoned case law. The book is particularly concerned with changes in case law which are the result of the application by Dutch courts of international treaty provisions which are considered by the Dutch courts or the EC Court of Justice to be directly applicable in the Dutch legal order. What are the consequences of court decisions taken in, for example, 2001, holding that the national statutory provision applicable to the case is a violation of international law as from a moment in time – say, 1984 – often long preceding the moment of the court decision (in this example, 2001)? What is the position of third party (Mrs Smith) who, although having an identical legal problem to Mrs Jones, decided, on the basis of earlier case law to (justifiably) refrain from making a claim. When subsequently, Mrs Jones is vindicated in her decision to bring proceedings by a court holding that her rights have been violated, is it sufficient to say simply, that Mrs Smith has had a stroke of bad luck? Or do situations occur in which changes of case law have retrospective effect? It is this question which is central to the present book. When discussing the retrospective effect, through the whole book a distinction has been made between, on the one hand, the moment from which as a result of a change of case law a substantive right not earlier recognised has been held to exist and, on the other hand, the moment from which this right can actually be enforced by third parties.

As is pointed out in chapter one the first moment, the moment from which the law is changed through new case law, has been given considerable attention in Dutch legal writing, most particularly in the dissertation of O.A. Haazen (*Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Tilburg 2001*). His book concentrates on the effects of changes of case law in the field of private law. An important difference between the private and administrative law context is that, whereas the former is characterised by lengthy periods within which claims based on the new case law can be brought, the latter poses formidable limitations on the enforcement of new rights as a result of the very limited periods, generally six weeks, within which procedures have to be brought.

The latter aspect is further developed in chapter two. In this chapter I discuss the so-called *formele rechtskracht*, a rule that is central to Dutch administrative law. I will refer to this rule as the 'rule of finality' (broadly comparable with the rule known in the English system as *Res judicata*). According to this rule a decision of a public authority which has not been challenged in court within the required time limit is considered to be final. It also means that the Dutch civil courts are barred from giving judgement in tort proceedings regarding such a decision, and will apply the fiction that the administrative decision satisfies the requirements of the law. An exception to this rule is only applied if the civil court considers that the claimant had earlier been misled by the public authority concerned regarding his possibilities to challenge the administrative decision in the administrative courts.

As a result two questions arise: (1) does a change of case law which, with retrospective effect, establishes substantive rights which third parties have not earlier pursued because they acquiesced in earlier case law denying them those rights, present a special circumstance giving rise to an exception to the rule of finality? (2) If the rule of finality still applies in these situations, are there other ways in which the newly acquired rights can be enforced? On the basis of research of the relevant case law it is concluded in chapter two that, according to national law, no exception to the principle of finality is accepted if third parties seek the enforcement of substantive rights which have been realised with retrospective effect in another procedure. The second question is much more difficult to answer. Traditionally Dutch public authorities have always had the power to reconsider decisions that have become final. According to well-established case law the way public authorities apply this power, including the decision not to apply it at all, can only be subjected to very marginal scrutiny by the courts. Nonetheless several examples are given in this chapter showing that public authorities have made it possible for third parties to enforce rights with retrospective effect, whilst the administrative courts have given judgements with regard to the moment in time from which the possibility of enforcement should apply. The picture that arises is varied: the relevant moments vary from the date of the judgement which established the change of the case law, the date at which the facts relevant to the earlier judgement took place and several other dates set in so-called 'policy rules'. Sometimes, more significantly, the moment at which the relevant social changes have taken place are considered decisive.

In chapter four the same two questions are discussed, but this time with respect to changes in case law that stem from the direct applicability of international law. Most of the case law treated in this chapter is concerned with the application of the principle of equal treatment of men and women in social security. By way of introduction and in order to explain the aspects of direct applicability relevant for my research I discuss in chapter three the international provisions, which play a central part in chapter four. These are: Article 26 of the International Convention on Civil and Political Rights, Article 141 of the EC-Treaty, Article 4 of EC-Directive 79/7 on the equal treatment of men and women in social security and Article 14 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).

Chapter four forms the kernel of my research. Through a study of the case law regarding the effects of earlier case law in which Dutch courts have declared long standing practices of excluding groups of married women from social security rights unlawful under international law, I have analysed the factors that have been decisive for the measure of retrospectivity with which women relying on these judgements have been able to enforce their rights. Again, a varied picture arises, with the common factor that the measure of retrospectivity is first of all dependent on the structure of the relevant social security Act.

In paragraph 1, in the case of the former *Wet werkloosheidsvoorziening (WWV)*, an Act providing for a financial allowance from the municipal authorities in case of unemployment, it appears that the (substantive) right to the allowance is directly dependent on the status of unemployment and that the Act has very lenient rules as to when an application should be made to acquire those rights. Through a series of judgements, both from the EC

Court of Justice and the national courts, this results, in the end, to almost complete retrospectivity of the enforcement of the newly acquired rights.

A different picture arises from the case law considering the retrospectivity of a number of very important cases decided by the *Centrale Raad van Beroep* (the court of appeal in social security matters) on January 5th 1988. In these judgements – that were my main inspiration for carrying out this research – the *Centrale Raad van Beroep* held that the provision in the former *Algemene Arbeidsongeschiktheidswet* (General Disability Act) excluding married women whose disability to work dated from before January 1st 1980 violated Article 26 of the International Convention on Civil and Political Rights. Because, as in the *WWV*, the substantive right to the allowance was dependent on the status of disability (regardless of the moment at which the actual claim was made), the Government feared immensely expensive retrospective effects of the judgements, taking account of the number of women involved and the long duration of the discriminatory treatment. The Government tried to curb the consequences of the judgements in two different ways: first, by removing, through legislation with retrospective effect, the newly-acquired rights; and second, by relying on the procedural provision in the General Disability Act which states that, even in cases in which it is established that the disability materialised a long time ago, the right to disability benefit can, in principle, only be enforced with retrospective effect of one year. In the relevant provision the public authority concerned was, however, given the power in special cases to grant the allowance with retrospective effect of more than one year. Discussion arose as to whether the cases of the married women fell within this category and whether the public authority could be held to be obliged to use its power to grant the allowance with retrospective effect of more than one year. Both attempts of the Dutch Government resulted in fundamental case law of the EC Court of Justice discussed in paragraph 2 of chapter four, with the end result that the statutory provision removing the substantive rights was held to be a violation of EC Law, whilst the procedural limitation of the enforcement of the rights only narrowly escaped the disapproval of the EC Court of Justice.

The case law discussed in paragraph 4 of chapter four concerning the provision excluding married women from the accumulation of pension rights under the *Algemene ouderdomswet* (the Act providing for an old age state pension) with respect to the periods up to April 1st 1985 during which their spouses had been employed (and insured) abroad, shows yet another set of features regarding the retrospective effect of case law. After the Dutch Government had tried to argue that, as far as the accumulation of pension rights is concerned, the relevant group of married women could only claim equal rights to those of married man from the date of December 24th 1984 onwards (a date vital to this research at which the period of implementation of EC Directive 79/7 had ended), the EC Court of Justice soon made it clear that women, from the 24th of December 1984 onwards, were not to suffer the discriminatory effects of their former exclusion. This judgement put the women who, on attaining 65 belonged to the workforce and who therefore fell under the realm of EC Directive 79/7, in a strong position. The Dutch courts, particularly the *Centrale Raad van Beroep*, took a completely different stand, however, regarding married women who, upon reaching pensionable age, were considered to be unemployed. Through a quirk in Dutch administrative law in these cases, not only the *Centrale Raad van Beroep* – normal-

ly the highest court in social security matters –, had jurisdiction, but also the Hoge Raad (usually referred to as the Dutch Supreme Court). The remarkable result was a series of cases in which the date as from which the unequal accumulation of pension rights for married women was considered unlawful, was pushed back from 24th December 1984 (*Centrale Raad van Beroep 1996*) to the moment in time when the social circumstances in the Netherlands could be considered such that the unequal treatment complained of was to be considered a violation of the general (unwritten) principle of equal treatment (*Hoge Raad 1996*). Most important, in the end, was the role played by the European Court of Human Rights, which in 2002 effectively decided that the exclusion of married women amounted to discrimination contrary to article 14 of the ECHR from the very day that the ECHR came into effect.

Paragraphs 3 and 5 of chapter four signal a tentative development in the case law towards compensation for discriminatory treatment in social security, not through, from a particular moment in time, granting the formerly denied rights, but through damages in a tort procedure before the civil courts, thus by-passing the rule of finality.

Chapter five opens with a short evaluation of the case law discussed in the earlier chapters. It is concluded that the possibilities of retrospectively enforcing substantive rights acquired on the basis of changes of case law are, for practical purposes, inconsistent and to some extent even arbitrary. It is also pointed out that this inconsistency is due to a large extent to the fact that the procedural requirements for the enforcement of substantive rights, whether they stem from changes of case law at a purely national level or from directly applicable provisions of international law, are, in principle, always governed by national law. The question is therefore raised whether EC-law, considering its special, supra-national character can, in its own right, override the national principle of finality in order to create more balanced provision for the enforcement of rights, earlier wrongfully denied at the national level and later recognised to be truly founded on EC-law. It is shown that recent decisions of the EC Court of Justice have not only made little dents in the national bastion of the rule of finality but, in cases relevant to this research, also seem to have opened the door to actions for damages directly based on EC-Law. Furthermore it is shown that these developments are supported by recent case law of the European Court of Human Rights.

Jurisprudentie

Comité voor de Rechten van de Mens

9 april 1987, *Danning*, Communication nr. 172/ 1984, RSV 1987/245 m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder RSV 1987/246 75, 77, 105

9 april 1987, *Broeks*, Communication 180/1984, RSV 1988/201; RSV 1987/245 m.nt. W.M. Levelt-Overmars 75, 96, 105

29 maart 1989, *Vos*, RSV 1990/172 en NJCM-Bulletin, 14 (1989), nr. 7, p. 879-888 77, 143

5 mei 1993 *J.W.H. v. The Netherlands*, NJCM-Bulletin 18-7 (1993), p. 858-862 78

22 oktober 1993, *C.H.J. Cavalcanti Araujo-Jongen v. the Netherlands*, NJCM-Bulletin 19-2 (1994), p. 185-186, m.nt. Aleidus Woltjer 77, 78

EHRM

EHRM 21 februari 1975, Series A, vol. 17; NJ 1975, 462 m.nt. E.A. Alkema 21

EHRM 13 juni 1979, *Marckx*, Series A, vol. 31, par. 58; NJ 1986, 462 m.nt. E.A. Alkema 4, 190

EHRM 4 mei 1989, *Hauschildt*, Series A, vol. 154, par. 45; NJ 1990, 627 m.nt. PvD 4

EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz*, Reports 1996-IV; RSV 1997/234; JB 1997/20 m.nt. Heringa; NJCM-Bulletin, 22 (1997), p. 461-474 m.nt. C.A. Groenendijk; SMA 1997, p. 253-259 m.nt. G.J. Vonk 88, 153, 180

EHRM 21 februari 1997, *Van Raalte*, Reports 1997-I; JB 1997/64 m.nt. A.W. Heringa; AB 1997, 432 m.nt. F.J.L. Pennings 88, 89 153

EHRM 8 juli 1999, *Tanrikulu v. Turkey*, Reports of Judgements and Decisions 1999-IV 206

EHRM 16 april 2002, *Dangeville*, AB 2004, 75, m.nt. Verheij EHRC 2002/45 m.nt. Heringa 16, 88, 184, 185, 186, 188, 189, 191

EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet*, Reports of Judgments and Decisions 2002-IV; RSV 2002/181; NJCM-Bulletin, jrg. 28 (2003), nr. 1, p. 45-53, m.nt. Aart Hendriks 89, 154

HvJ EG

HvJ EG 5 februari 1963, Zaak 26/62 *Van Gend & Loos*, Jur. 1963, p. 23 69

HvJ EG 27 maart 1963, gevoegde zaken 28-30/62, *Da Costa en Schaake*, Jur. 1963, p. 63 180

HvJ EG 4 december 1974, zaak 41/74, *Van Duyn v. Home Office*, Jur. 1974, p. 1337; SEW 1976, p. 67 80

HvJ EG 23 januari 1975, zaak 51/74, *Van der Hulst*, Jur. 1975, p. 79 66

HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Defrenne II*, Jur. 1976, p. 455 5, 63, 78, 79, 146, 190

HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989 66, 117, 168, 173

HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/47, *Comet*, Jur. 1976, p. 2043 66, 67, 168, 173

HvJ EG 1 februari 1977, Zaak 51/76, *VNO*, Jur. 1977, p. 113, r.o. 23 en 24 80

HvJ EG 15 juni 1978, zaak 149/77, *Defrenne III*, Jur. 1978, p. 1365 78

HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79, *Hans Just*, Jur. 1980, p. 50 67

HvJ EG 27 maart 1980, zaak 61/79, *Denkavit Italiana*, Jur. 1980, p. 1205 67, 181

HvJ EG 12 juni 1980, zaak 130/79, *Express Dairy Foods*, Jur. 1980, p. 1887 67

HvJ EG 10 juli 1980, zaak 811/79, *Ariete*, Jurispr. 1980, p. 2545 67

HvJ EG 10 juli 1980, zaak 826/79, *Mireco*, Jur. 1980, p. 2559, r.o. 7 65

HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jenkins*, Jur. 1981, p. 911 85, 86

HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81, *Becker*, Jur. 1982, p. 53 80

HvJ EG 23 september 1982, zaak 274/81, *Besem*, Jur. 1982, p. 2995; RSV 1983/90 m.nt. Govers 65

HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81, *Cilfit*, Jur. 1982, p. 3415 180

HvJ EG 23 december 1982, zaak 275/81, Jurispr. 1982, p. 3013 146

HvJ EG 23 maart 1983, zaak 77/82, *Anastasia Peskeloglou*, Jur. 1983, p. 1085 81

HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, Jur. 1983, p. 3595 67, 117

HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, Jur. 1984, p. 1891 162

- HvJ EG 10 april 1984, zaak 79/83 *Harz /Tradax*, Jur. 1984, p. 1921 162
- HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall*, Jur. 1986, p. 723, r.o. 46 en 47 80
- HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1651 87, 168
- HvJ EG 24 juni 1986, zaak 150/85, *Drake*, Jur. 1986, p. 1995; RSV 1987/240 83, 84
- HvJ EG 2 december 1986, zaak 239/85, *Commissie/België*, Jur. 1986, p. 3645 140
- HvJ EG 4 december 1986, zaak 71/85, *FNV*, Jur. 1986, p. 3855; NJ 1987, 846 m.nt. Steyger; RSV 1987/95 m.nt. Govers 83, 92, 93, 118, 133
- HvJ EG 11 juni 1987, zaak 30/85, *Teuling-Worms*, Jur. 1987, p. 2497; NJCM-Bulletin 13-2 (1988), p. 104; zie ook NJCM-Bulletin 15-4 (1990), p. 467 87
- HvJ EG 24 juni 1987, zaak 384/85, *Borrie Clarke*, Jur. 1987, p. 2865; RSV 1988/182 m.nt. F.W.M. Keunen 93, 123, 145
- HvJ EG 9 juli 1987, gevoegde zaken 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 en 287/85, *Duitsland e.a./Commissie*, Jur. 1987, p. 3203 128
- HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Kolpinghuis*, Jur. 1987, p. 3969; *Ars Aequi* 37 (1988), p. 329 e.v. m.nt. C.W.A. Timmermans 81
- HvJ EG 15 oktober 1987, zaak 222/86 *Heylens*, Jur. 1987, p. 4097 168
- HvJ EG 2 februari 1988, zaak 309/85, (*Barra*) Jur. 1988, p. 355 174
- HvJ EG 5 maart 1988, zaak 80/87, *Dik*, Jur. 1988, p. 1601 6
- HvJ EG 8 maart 1988, zaak 80/87, *Dik*, RSV 1988/183, m.nt. F.W.M. Keunen 80, 93, 94, 95, 118, 123, 133, 145
- HvJ EG 22 september 1988, zaak 236/87, *Bergemann*, Jur. 1988, p. 5125; RSV 1990/170 86
- HvJ EG 27 juni 1989, gevoegde zaken 48, 106 en 107/88, *Achterberg-Te Riele e.a.*, Jur. 1989, p. 1963; RSV 1990/232 m.nt. Van Dalen-Van Bekkum 84
- HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, *Ringer-Kühn*, Jur. 1989, p. 2743 86
- HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Danfoss*, Jur. 1989, p. 3199; RSV 1990/176 102
- HvJ EG 13 december 1989, zaak C-102/88, *Ruzius/Wilbrink*, Jur. 1989, p. 4311; Rechtspraak Nemesis 1990, nr. 85; NJCM-Bulletin, 16-1 (1991), p. 65 83, 87

HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Barber v Guardian Royal Exchange Group*, Jur. 1990, I-1889; NJCM-Bulletin 16-1 (1991), p. 55 e.v. 6, 146, 190

HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jurispr. 1990, p. I-2433 67, 82

HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135, r.o. 8 82, 130

HvJ EG 13 maart 1991, zaak C-377/89, *Cotter en McDermott*, Jur.. 1991, p. I-1155 118

HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-229/89, *Commissie/België*, Jur. 1991, p. I-2205 128

HvJ EG 11 juli 1991, zaak C-31/90, *Johnson*, Jur. p. I-1991, 3723; Rechtspraak Nemesis 1992, nr. 3 m.nt. Van Geffen 84

HvJ EG 11 juli 1991, zaken C87/90, C88/90 en C89/90, *Verholen e.a.*, RSV 1991/227, p. 617 en 618, m.nt. Feenstra 82, 84, 123, 146

HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Emmott*, Jur. p. I-4269; AB 1992, I m.nt. A.W.H. Meij; RSV 1992/189 m.nt. F.W.M. Keunen; SEW 10 (1992), p. 783 e.v. 67, 116, 118, 169

HvJ EG 19 november 1991, zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, Jur. 1991, p. I-5357; AB 1994, 482 m.nt. F.H. van der Burg; SEW (1993), p. 87 e.v. 67, 82, 94, 101, 162, 183

HvJ EG 19 november 1992, zaak C-226/91, *Molenbroek*, Jur. 1992, p. I-5943, r.o. 13 87

HvJ EG 6 oktober 1993, zaak C-109/91, *Ten Oever*, Jur. p. I-4879 146

HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-337/91, *Van Gemert-Derks*, Jur. P. I-5435; RSV 1994/213, m.nt. F.W.M. Keunen 138

HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91; *Steenhorst-Neerings*, Jur. 1993, p. I-5475; RSV 1994/211 m.nt. F.W.M. Keunen 99, 100, 116, 118, 140, 174

HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Wagner Miret*, Jur. 1993, p. I-6911, r.o. 20 81

HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Roks*, Jur. p. I-571; AB 1995, 53 m.nt. RH; RSV 1994/214 88, 104, 125, 174

HvJ EG 20 april 1994, RSV 1994/213 139

HvJ EG 5 mei 1994, zaak C-38/93, *Glawe*, Jur. 1994, p. I-1679 170

HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92, *Dori*, Jur. 1994, p. I-3325; *Ars Aequi* 43(1994) 12, p. 845 e.v. 81, 82

- HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-151/93, *Voogd*, Jur. 1994, p. I-4915 175
- HvJ EG 1 februari 1996, zaak C-280/94, *Posthuma-Van Damme en Oztürk* Jur. 1996, p. I-179; AB 1996, 261 m.nt. FP; RSV 1996/169 m.nt. F.W.M. Keunen 123, 127
- HvJ EG 8 februari 1996, *FMC*, Jur. 1996, p. I-389 174
- HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI/La Poste*, Jur. 1996, p. I-3547 192
- HvJ EG 2 december 1997, *Fantask*, Jur. 1997, p. 6783; TVVS 1998, met comm. Mok 169, 174
- HvJ EG 15 juli 1998, zaak C-231/96, *Edis*, Jur. 1998, p. I-4951 168, 169
- HvJ EG 15 september 1998, zaak C-260/96, *Spac*, Jur. 1998, p. I-4997 168, 169
- HvJ EG 15 september 1998, gevoegde zaken C-279/96, C-280/96 en C-281/96, *Ansaldo*, Jur. 1998, p. I-5025 169
- HvJ EG 17 november 1998 zaak C-228/96, *Aprile II*, Jurispr. 1998, p. I-714 168
- HvJ EG HvJ 9 februari 1999, zaak C-343/96, *Di-export*, Jur. 1999, p. I-579 174
- HvJ EG 14 september 1999, zaak C-310/97, *Commissie/Assi-Domän Kraft Products AB*, Jur. 1999, p. I-5363 176
- HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-50/96, *Deutsche Telekom*, Jur. 2000, p. I-743, par. 43 181
- HvJ EG 28 november 2000, zaak C-88/99, *Roquette Frères*, Jur. 2000, p. I-10465 169
- HvJ EG 8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft*, Jur. 2001, p. I-1727; SEW 2002, p. 154, m.nt. Van den Hurk en Prinssen 166
- HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-62/00, *Marks & Spencer*, Jur. 2002, p. I-4483; SEW 12 (2002), p. 479-480 m.nt. Swinkels 174
- HvJ EG 9 december 2003, zaak C-129/00, *Commissie v. Italië*, JB 2004/72, m.nt. M. Claes 183
- HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99, *Universale-Bau*, Jur. 2002, p. I-11617 173
- HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01, *Köbler*, JB 2004/41 m.nt. M. Claes; AB 2003, 429 m.nt. Widdershoven 183, 184, 190
- HvJ EG 13 januari 2004, *Kühne & Heitz*, JB 2004/42 m.nt. N. Verheij 178, 181, 190

Conseil d'Etat

20 oktober 1989, *Nicolo*, Recueil Lebon, p. 190 187

HR

HR 30 juni 1911, W 9197 13

HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 17

HR 26 oktober 1951, NJ 1952, 756 m.nt. Veegens 7

HR 22 februari 1957, AB 1957, p. 555, m.nt M. Troostwijk (*Schellen- en deuropeners-arrest*) 17

HR 2 februari 1966, NJ 1966, 415 m.nt. NJP; ARB 1966, 579 m.nt. J.R. Stellinga; BR 1966, p. 266; *Ars Aequi* (16) 1967, p. 137 m.nt. Prins 14

HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316; *Ars Aequi* (18) 1969, p. 266-269 m.nt. M.T. en G. (*Pocketboek-arrest*) 57, 194, 196

HR 15 maart 1974, NJ 1974, 348 m.nt. Prins, AB 1975, 85 m.nt. Stellinga, *Ars Aequi* XXIV (1975), p. 623 m.nt. Jeukens 7

HR 19 november 1976, NJ 1979, 216; AB 1978, 243 m.nt. J.R.St (*Semper Crescendo*) 14

HR 2 februari 1979, NJ 1979, 581 m. nt. Brunner 14

HR 7 maart 1979, NJ 1979, 319 m.nt. Scheltema, AB 1979, 218 m.nt. Stellinga, BNB 1979, 125 m.nt. Hofstra (*onroerend-goedbelasting Rotterdam*) 7

HR 8 oktober 1980, NJ 1981, 63 73

HR 27 november 1981, NJ 1982, 503, m.nt E.E.A. Luyten en W.H. Heemskerk. (*Boon-Van Loon*) 157

HR 11 december 1981, NJ 1983, 320, m.nt. Borman 14

HR 4 februari 1983, NJ 1985, 21 m.nt. MS (*Hei-Boeikop-arrest*) 13, 54

HR 6 mei 1983, AB 1984, 101 m.nt. F.H. van der Burg en H.K. Fernandes Mendes (*Bullenbaai*) 150

HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669, m.nt. Borman; AB 1984, 399, m.nt. E.M. van Eijden; BR 1984, p. 508 m.nt. K. Van Rijckevorsel (*St. Oedenrode*) 14

HR 12 oktober 1984, NJCM-Bulletin 10-1 (1985), 32 e.v. m. nt. Heringa 1, 73, 132

HR 22 november 1985, RvdW 1985, 218; NJ 1986, 722 m.nt. MS (*V&D/Groningen*), 14, 16, 17, 197

HR 9 mei 1986, AB 1986, 429, m.nt. FHvdB; NJ 1987, 252 (*Van Gelder-papier*) 21, 57

HR 16 mei 1986, , NJ 1986, 723 m.nt. Scheltema; AB 1986, 573 m.nt. FHvdB; Ars Aequi (35) 1986, p. 642 m.nt. H.Ph.I.A.M. Hennekens; BR 1986, p. 775 m.nt. N.S.F. Koeman (*Heesch- Van den Akker*) 2, 8, 13, 15, 21, 22, 51, 54, 185

HR 16 mei 1986, NJ 1987/251 m.nt. MS; 251; AB 1986, 574 m.nt FHvdB (*Landbouw-vliegers-arrest*) 150, 196

HR 26 september 1986, AB 1987, 70 m.nt. FHvdB; NJ 1987, 253 m.nt MS (*Hoffmann-La Roche*) 18

HR 12 december 1986, NJ 1987, 381 m.nt. MS; BR 1987, m.nt. Koeman 19, 22

HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt MS (*Nibourg/Zuidwolde*) 18

HR 6 februari 1987, AB 1987, 272 m.nt. FHvdB 20

HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt. MS; AB 1989, 80 m.nt. F.A. van Bakelen; BR 1988, p. 674 m.nt. Koeman; Gst. 6856, p. 231 m.nt. L.J.A. Damen 17

HR 11 november 1988, tB/S 1988, m.nt. Tak, Burgerlijke rechter, nr. 3; Gst. 6875, nr 2, m.nt. L.J.A. Damen; AB 1989, 81 m. nt. FHvdB 16, 17, 19

HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS; AB 1989, 207 m.nt. FHvdB; Ars Aequi 38 (1989), p. 578 m.nt Hirsch Ballin (*Harmonisatiewet-arrest*) 7, 130, 150, 167

HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 m.nt. JBMV (*Velzen-De Waard*) 18

HR 2 februari 1990, NJ 1993, 635 m.nt. MS; AB 1990, 223 m.nt. G.P. Kleijn. (*Staat/Bolsius*) 197

HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. C.J.H. Brunner; AB 1991, 241 m.nt. F.H. van der Burg. (*Varkensmester*) 196

HR 1 februari 1991, NJ 1991, 413 m.nt. ThWvV 177

HR 31 mei 1991, AB 1992, 291 m.nt. FHvdB (*Van Gog/Nederweert*) 18, 184

HR 14 juni 1991, tB/S 1991, m.nt. Tak, Burgerlijke rechter, nr. 4; NJ 1991, 693; AB 1992, 291 m.nt. FHvdB 16, 18

HR 29 november 1991, NJ 1993, 150 en 151; TAR 1992/22 (*Bopa*) 86, 160, 161

HR 28 februari 1992, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB (*Changoe-arrest*) 17

HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt MS; AB 1993, 40 m.nt FHvdB; Gst. 6962, nr. 5, p. 164 m.nt HH. (*Vulhop*) 55, 56, 170, 186, 199

HR 13 november 1992, NJ 1993, 639 m.nt. MS (*Lanser/Haarlemmermeer*) 195

HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641 (*Aruba/Playa Liguor*) 172

HR 1 december 1993, NJ 1996, 230 m.nt. Scheltema; RSV 1994/127 m.nt. F.W.M. Keunen 148, 149

HR 29 april 1994, NJ 1995, 727 m.nt. C.J.H.B. Brunner en E.A. Alkema 183

HR 27 mei 1994, NJ 1997, 158 (*Sprangers/Staat*) 172

HR 7 oktober 1994, NJ 1997, 174 m.nt. MS; AB 1996, 125 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal (*Staat/Van Benten*) 197

HR 8 december 1995, NJ 1997, 163 m.nt. MS 12

HR 29 mei 1996, RSV 1997/77, m.nt. F.W.M. Keunen 145, 149, 151, 152

HR. 4 september 1996, BNB 1997, 43 m.nt. Finkenspiet 170

HR 11 oktober 1996, NJ 1997, 165 m.nt. M. Scheltema (*Leenders*) 194

HR 17 december 1999, NJ 2000, 87, m.nt. ARB (*Groningen-Raatgever*) 197

HR 27 september 2002 (*Pearl*) NJ 2002/534 192

HR 24 januari 2003, (*Maple*) AB 2003, 120 m.nt. Widdershoven.; JB 2003/44 m.nt E. v.d. Linden 169, 174, 186, 189, 191, 193, 199

CRvB

CRvB 18 maart 1937, ARB 1937, 408 28

CRvB 14 februari 1950, ARB 1950, 581 28

CRvB 3 april 1963 (*salariswijziging nijverheidsonderwijs*), ARB 1964, p. 75, m.nt. Boer; Ars Aequi XIII (1963-1964), p. 69 m.nt. Prins 7

CRvB 18 juni 1968, RSV 1969/12 61

CRvB 26 november 1970, RSV 1971/109 61

CRvB 2 mei 1975, AB 1975, 301 31

CRvB 24 juni 1975, SV 1975/20 44

CRvB 15 oktober 1976, AB 1977, 60 m.nt. In 't Veld 31

CRvB 22 oktober 1976, AB 1977, 157, m.nt. In 't Veld 31

CRvB 28 april 1977, RSV 1977, nr. 253 39

CRvB 12 september 1978, AB 1980, 61, m.nt. v.S. 37

CRvB 10 januari 1979, RSV 1979/94 31 32

CRvB 2 juli 1979, RSV 1979/246; AB 1980, 502, m.nt. v.S. 30, 44, 59, 64

CRvB 2 juli 1980, AB 1980, 502, m.nt. v.S.; RSV 1979/246 37

CRvB 22 september 1981, RSV 1982/72 m.nt. N.J. Haverkamp onder RSV 1982/7324 43

CRvB 31 maart 1982, AB 1983, 264 m.nt. JHS 28

CRvB 8 maart 1983, RSV 1983/119 65

CRvB 17 augustus 1983, AB 1984/150 m.nt. Smits; RSV 1983/209 m.nt. Levelt-Overmars 104

CRvB 1 november 1983, RSV 1984/147-150 m.nt. W.M. Levelt-Overmars 74, 75 133

CRvB 8 december 1983, AW 1982/B83 46

CRvB 16 februari 1984, TAR 1984,82 39

CRvB 13 december 1984, AB 1985, 448 m.nt. RF 28

CRvB 31 december 1984, AB 1985, 348 m.nt. J.H. Smits; RSV 1985/126 m.nt. N.J. Haverkamp 24, 25, 30, 39, 42, 43, 59

CRvB 30 januari 1985, RSV 1985/190 95

CRvB 13 maart 1985, AB 1986, 326 44

CRvB 4 oktober 1985, AB 1986, 38; RSV 1986/21; Ars Aequi 35(1986)3, p. 215 e.v. m.nt. E.P. de Jong 133

CRvB 16 oktober 1985, WWV/WSW 1985/170 49

CRvB 24 juni 1986, TAR 1986/186 157, 159

CRvB 26 november 1986, RSV 1988/22, m.nt. W.M. Levelt-Overmars 109

CRvB 14 mei 1987, AB 1987, 543 m.nt. HH; RSV 1987/246 m.nt. W.M. Levelt-Overmars, NJCM-Bulletin 12-6 (1987), p. 465 77, 105, 165

CRvB 24 september 1987, TAR 1988, p. 101-103; TAR 1987/257, m.nt. Van Male; AB 1988, 149, m.nt. HH 27, 39, 41, 45, 46

CRvB 5 januari 1988, AAW 1982/S122; RSV 1988/104 104, 116

CRvB 5 januari 1988, AB 1988, 252 104, 116

CRvB 5 januari 1988, AAW 1981/B126 104, 116

CRvB 5 januari 1988, AAW 1983/S22; RSV 1988/199 104, 116

CRvB 5 januari 1988, AB 1988, 254, m.nt. JHS 104, 116

CRvB 5 januari 1988, AAW 1983/S90; RSV 1988/200 m.nt. S Feenstra 104, 106, 116

CRvB 17 maart 1988, WUBO 1986/38 134

CRvB 25 mei 1988, RSV 1989/29 33

CRvB 7 december 1988, RSV 1989/157 65

CRvB 7 december 1988, AB 1989, 10 m.nt. J.H. Smits; RSV 1989/67 m.nt. F.W.M. Keunen 111, 131, 132

CRvB 28 december 1988, RSV 1989/175 145

CRvB 10 mei 1989 RSV 1990/230 96

CRvB 10 mei 1989 RSV 1990/231; JSV 1989/139 94

CRvB 6 juli 1989, TAR 1989, 201 7

CRvB 5 oktober 1989, RSV 1990/132 134

CRvB 29 november 1989, RSV 1990/189 34

CRvB 19 april 1990, RSV 1990/323, *Teuling-Worms*, m.nt. C.M. Sjerps 128

CRvB 22 mei 1990, *Regelmaat* 5/4 (1990), p. 91-94 104, 106, 156, 157

CRvB 21 december 1990, RSV 1991/160; NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p. 208 m.nt. A.W. Heringa 147, 150

CRvB 31 december 1990, TAR 1991/64 39, 48

CRvB 24 januari 1991, AB 1991, 338, m.nt. J. Riphagen; RSV 1991/268; NJCM-Bulletin 16-3 (1991), p.213 m.nt. Heringa 77, 165

CRvB 30 januari 1991, AB 1991, 339 m.nt. De Leede; RSV 1991/182 m.nt. J.J.A. Kooijman 109, 111, 132, 134

CRvB 10 april 1991, RSV 1992/23 8, 42, 49

CRvB 23 mei 1991 RSV 1991/255; 16-7 (1991), p. 648 m.nt A.W. Heringa; JSV 1992/43 106, 135, 138, 166

CRvB 25 juli 1991, NJCM-Bulletin 17-7 (1991), p .651 m.nt. A.W. Heringa 138

CRvB 8 augustus 1991, AB 1991, 657 m.nt. De Leede 112, 115

CRvB 11 december 1991, RSV 1992/146 109

CRvB 9 januari 1992, TAR 1992, 59; AB 1992, 225 134

CRvB 14 april 1992 AB 1992, 492 m.nt. De Leede 136

CRvB 27 april 1992, AB 1992, 688, m.nt. Hennekens 35

CRvB 10 juni 1992, RSV 1993/176 30

CRvB 23 juni 1992, AB 1992/480 m.nt. De Leede; RSV 1992/317 en NJCM-Bulletin 18-3 (1993), p. 292-298 m.nt. G. Heerma van Voss 123, 127

CRvB 29 november 1992, RSV 1993/203 123

CRvB 19 februari 1993, JSV 1993/175 30

CRvB 2 maart 1993, AB 1993, 421 34

CRvB 29 april 1993, AB 1993, 556 m.nt. De Leede; RSV 1994/9 112, 135

CRvB 28 september 1993, AB 1994, 257; RSV 1994/93 123

CRvB 26 november 1993, RSV 1994/125 en 126 m.nt. F.W.M. Keunen in RSV 1994/127 147

CRvB 22 maart 1994, JSV 1994/133 100, 109

CRvB 21 april 1994, AB 1994, 476 m.nt. HH; TAR 1994, 132 29, 32, 33, 35, 48

CRvB 9 mei 1994, RSV 1994/212 115, 120

CRvB 20 mei 1994, AB 1994/694 m.nt. De Leede in AB 1994, 696 114

CRvB 23 juni 1992, AB 1992, 480 m.nt. De Leede; RSV 1992/317; NJCM-Bulletin 18-3 (1993), p. 292-298 m.nt. G. Heerma van Voss 127

CRvB 14 februari 1995, AB 1994, 391 m.nt. De Leede 113

CRvB 15 februari 1995, RSV 1996/214 40

CRvB 5 juli 1995, RSV 1996/207 m.nt. S. Feenstra 141

CRvB 31 oktober 1995, AB 1996, 98 m.nt. F.J.L. Pennings 115

CRvB 28 november 1995, RABw 1996?, nr. 42, m.nt. De Waard; JB 1996/33 35

CRvB 11 januari 1996, JB 1996/37 34, 36

CRvB 14 mei 1996, RABw 1997, nr. 3 m.nt. Voermans 33, 47

CRvB 15 mei 1996, AB 1996 329 m.nt. F. Pennings; RSV 1996/170 130

CRvB 19 februari 1997, RSV 1997/159 155

CRvB 5 maart 1997, USZ 1997/131 152

CRvB 11 april 1997, RSV 1997/263 89, 130

CRvB 2 juli 1997, USZ 1997/196 118

CRvB 10 december 1997, USZ 1998/58 89

CRvB 18 december 1997, AB 1998, 124, m.nt. HBr; JB 1998/40, m.nt. EvdL 36, 40, 42

CRvB 16 januari 1998, JB 1998/60 130

CRvB 1 april 1998, PS Actua, 25 juni 1998, nr. 79 112

CRvB 16 juli 1998, AB 1998, 439, m.nt. HBr. 40

CRvB 21 december 1999, RSV 1982/72 m.nt. N.J. Haverkamp; AB 2000, 121 m.nt. HBr 26

CRvB 22 december 1999, RSV 2000/78 130

CRvB 16 augustus 2000, RSV 2000/243 179

CRvB 6 november 2003, JB 2004/29, m.nt. EvdL 35, 179

ARRS

ARRS 1 september 1977, AB 1977, 366 m. nt. VdV; Gst 6472 m.nt JMK; BR 1977, p. 914 m.nt. CLR (*Maastricht I*) 50, 56

ARRS 8 juni 1978, Gst. nr. 6514 51

ARRS 27 maart 1981, AB 1981, 323 m.nt. J.A.B.; Gst. 6669 (*Maastricht II*) 51

ARRS 25 mei 1981, AB 1981, 516, m.nt. Borman; Gst. 6686; BR 1981, p.780 14, 51

ARRS 4 september 1981, AB 1981, 541 m.nt. J.R.St. 28

ARRS 5 juli 1982, AB 1982, 56, m.nt. v.d.V. 28

ARRS 4 juli 1985, tB/S VIII, nr. 97, Gst 1985, 6797, 4 m.nt JMK 29

ARRS 21 augustus 1986, AB 1987, 367 29

ARRS 30 januari 1987, AB 1987, 420 m.nt. JHvdV 29

ARRS 3 november 1989, AB 1990, 282 33

ARRS 31 oktober 1990, AB 1991, 570, m.nt JHvdV 33

ARRS 3 december 1990, tB/S 1990, nr. 149, m.nt. J.B.J.M. ten Berge 29

ARRS 4 december 1990, AB 1991, 687, m.nt. Sewandono 2

ARRS 4 december 1990, AB 1991, 597, m.nt. H.J. Simon 2

ARRS 8 maart 1991, tB/S 1991, nr. 28a m.nt. B.W.N. de Waard 29, 33

ARRS 5 september 1991, tB/S 1991, nr. 118 29, 159

ARRS 26 november 1991, AB 1992, 378 29

ABRS

ABRS 2 december 1994, AB 1995, 212 m.nt. B.J.P.G. Roozendaal, N.M. van Waterschoot 33

ABRS 13 juni 1996, Rabw 1997, nr. 7, m.nt. Voermans 28, 36

ABRS 16 december 1996, AB 1998, 32 m.nt. B.J. Schueler 33, 35, 179

ABRS 24 januari 2000, AB 2000, 199, m.nt. J.L. Boxum; JB 2000, 66, m.nt. R.J.N.S. 36, 179

ABRS 4 april 2003, AB 2003, 315 m.nt. BPV 33

Vz. ARRS

Vz ARRS 26 oktober 1984, tB/S XIII, nr. 16, m.nt. De Waard 44

Vz ARRS 22 februari 1985, tB/S VIII, nr. 88 29

Vz ARRS 8 maart 1991, tB/S 1991, nr. 28a, m.nt. de Waard 37

Vz ARRS 3 maart 1992, AB 1992, 356 m.nt. PvB 30

KB

KB 8 januari 1985, AB 1985, 266 53

AGvB

AGvB 20 december 1991, AB 1992, 294 22

CBB

CBB 22 april 1975 (*Van Haaster v. Productschap voor Siergewassen*), SEW 1975, p.449 167

CBB 24 februari 1976, SEW 1977, p. 577-583 66

CBB 23 december 1980, AB 1981, 321 en 322 m.nt. Van der Wielen 66

CBB 6 augustus 1996, JB 1996/219 m.nt. E.v.d.L 179

CBB 1 november 2000, (*Kühne en Heitz*), JB 2000/355 m.nt. E..van der Linden; AB 2001, 32, m.nt. J.H. van der Veen; NTER 2001, p. 29-35 m.nt. M. de Jong 35, 174

RvB

RvB Arnhem 13 september 1990, Rechtspraak Nemesis 1991, nr. 142 109

RvB Arnhem, 6 februari 1992, RSV 1992/166 114, 124, 129

RvB Groningen 8 mei 1992, JSV 1992/265 101

- RvB 's-Hertogenbosch 17 december 1991, Rechtspraak Nemesis 1992, nr. 229 115, 138
- RvB 's-Hertogenbosch 15 november 1992, RSV 1992/192 146
- RvB 's-Hertogenbosch 30 april 1992, JSV 1992/172 98
- RvB Roermond 2 mei 1990, RSV 1991/40 112
- RvB Roermond 12 maart 1991, NJCM-Bulletin 16-6 (1991), p. 554, m.nt. C.M. Sjerps 73
- RvB Rotterdam, 14 januari 1992, RSV 1992/165 129

Rechtbank

- Rb. Breda 10 maart 1993, JSV 1993/107 95
- Rb. Breda, 12 oktober 1993, JSV 1993/324 102
- Rb 's-Hertogenbosch 8 juli 1992, RSV 1993/12 104, 125
- Rb. Maastricht 27 mei 1998, AB 1998, 337 m.nt. Pennings 153
- Rb. Utrecht 26 januari 1993, RSV 1993/205 99, 102
- Rb. Utrecht, 6 januari 1993, RSV 1993/205 102
- Rb. Rotterdam 13 oktober 1992, JSV 1992/319 100
- Pres.Rb.'s-Gravenhage 17 januari 1985, AB 1985, 154 91

Hof

- Hof 's-Gravenhage 13 maart 1985, AB 1985, 253 m.nt. F.H. van der Burg 91

Literatuurlijst

W. Alexander

Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken, RM Themis 5/6 (1986), p. 492-502

E.A. Alkema

De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse Constitutie, preadvies Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1991

E.A. Alkema

Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandsche staatsrechtelijke verhoudingen; wie leidt de wals van de gelijkheid; Preadvies Staatsrechtconferentie 1986, Ars Aequi Libri, Serie staats- en bestuursrecht, Nijmegen 1987

J.A.M. van Angeren

De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, diss. Leiden 1968

I.P. Asscher-Vonk, L. Betten en W.J.P.M. Fase (red.)

Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid; studie naar de invloed van de derde EG-richtlijn op de Nederlandse wetgeving, Kluwer, Deventer 1986

Tom Barkhuysen

Art. 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten, diss. RUL 1998

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'De betekenis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid, O & A, 2002, 4, p. 102-116

J.B.J.M. ten Berge

Heesch-Van de Akker, Hoge Raad 16 mei 1986, in: F.H. van der Burg, P.J.J. van Buuren en J.H. van der Veen (red.), AB-klassiek, Zwolle 1994, p. 165-174

F.R. Böhtlingk, J.H.A. Logeman

Het wetsbegrip in Nederland, Alphen aan den Rijn 1966

A.F.M. Brenninkmeijer

De ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in de AAW, NJB 1981, afl. 24, p. 613-620

F.H. van der Burg

Formele rechtskracht, vertrouwensbeginselen en derde-beroep, in: Een stellig annotator, Opstellen aangeboden aan Dr. J.R. Stellinga ter gelegenheid van zijn aftreden als voorzitter van de redactie van het tijdschrift Nederlandse Jurisprudentie/Administratief-rechtelijke Beslissingen (Stellinga-bundel), Zwolle 1982, p. 1-20

M.C. Burkens

Gelijke behandeling (art. 1.1) in: A.K. Koekkoek e.a., Grondrechten, commentaar op Hoofdstuk I van de herziene grondwet, Nijmegen 1982

Comité Gelijke Rechten Nu

Gelijke behandeling in de AAW, Rechtshulp nr. 6/7, 1990, p. 2-10

E.J. Daalder, Cécile M. Bitter

Formele rechtskracht van overheidsbesluiten, Bestuur, nr. 3, maart 1990, p. 74-77

A.M. Donner

Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel, Alphen aan den Rijn 1987

A.M. Donner

De rechtskracht van administratieve beschikkingen, diss. VU Amsterdam, Alphen aan den Rijn 1941

A.M. Donner

Terugblik op zijn dissertatie in *Ars Aequi* 34 (1985), p. 679

H. Drion

Nondiscriminatie, *RM Themis-6* (1980), p. 489-492

J. Drion

Stare decisis, Het gezag van precedentes, in: *Verzamelde Geschriften van J. Drion*, Deventer 1968, p. 142-170

W. Duk

De zachte kern van het bestuursrecht, *RM Themis* (1978), p. 576-577

W. van Gerven

The horizontal effect of directive provisions revisited: The reality of catchwords, in: Curtin en Heukels (eds.), *Liber amicorum Schermers*, Dordrecht 1994

O.A. Haazen

Algemeen Deel van het rechterlijk overgangsrecht, Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer, diss. KUB, 2001

H.Ph.J.A.M. Hennekens

De Hoge Raad en de formele rechtskracht, *De Gemeentestem* 6962, p. 149-153

A.W. Heringa

Van Europese Conventie tot Nederlandse constitutie voor de Rechten van de Mens, in: 40 jaar Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens, Leiden 1990, p. 317-335

A.W. Heringa en A. Woltjer

Gelijke behandeling in de sociale zekerheid: 'Straatsburg' scherpt de eisen aan, *NJB* 1997, afl. 37, p. 1710-1716

J.P. de Jong

Bestuursrecht van vreemde herkomst, diss. KUB, Zwolle 1988

P.J.G. Kapteyn en P. Verloren van Themaat

Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1995

T. Koopmans

Legislature and Judiciary - Present trends, in: *Juridisch Stippelwerk*, Deventer 1991, p. 211-214

T. Koopmans

De Polsstok van de rechter (1979), in: *Juridisch Stippelwerk*, Deventer 1991, p. 253-264

B.H. Ter Kuile

De invloed van Francovich op Nederlandse wetgeving en bestuur, *NTB* 92/4, p. 113-120

J.C.M. Leijten

Overgangsrecht I en II, *NJB* 1972, p. 364-373 en p. 389-400

W.M. Levelt-Overmars

De uitspraken van de CRvB d.d. 5-1-1988 over artikel 26 BuPo-Verdrag, *NJB* 1988, afl. 18, p. 589-599

E.C.H.J. van der Linden

Formele en materiële rechtskracht, De kleren van de keizer, diss. UM, Den Haag 1998

J.P. Loof e.a.

The rights to property. The influence of article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law, Maastricht 2002

S.K. Martens

De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, afl. 14, p. 747-758

M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes

Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid, RM Themis 1995/9, p. 383-404

P. Nicolai

Beginnelsen van behoorlijk bestuur, Deventer 1990

F.M. Noordam

Inleiding sociale zekerheidsrecht, Deventer 1992

F.M. Noordam

Weduwnaarspensioen met terugwerkende kracht, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken, mei 1991, p. 33-35

Jessurun d'Oliveira

De meerwaarde van rechterlijke uitspraken Arrêts de règlements en precedents, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, geschrift nr. 10, Deventer 1973

M.V. Polak

Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht, RM Themis-3 (1984), p. 228-260

Sacha Prechal

Bommen ruimen in Maastricht: wijziging van art.119 EEG, NJB 1992/11, p. 349-354

Sacha Prechal

Ondeugdelijke communautaire wetgeving: de pensioenrichtlijn, NJB 1990/33, p. 1299-1303

H. van der Schaar

AAW, een getalsmatige toets, Nemesis nr. 4, juli/aug. 1990, p. 178-180

Paul Scholten

Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel (met aanvullingen van mr G.J. Scholten), Zwolle 1974

J.G. Steenbeek

Rechtshandeling en rechtsgevolg in het Staats- en administratief recht, diss., Assen 1958

M. Steinmetz

De grondslagen in de AAW, Nemesis nr. 2, maart/april 1990, p. 67-76

L. Strikwerda

Art. 11 AB: middel om de rechter in het rechte spoor te houden? Ars Aequi, XXIII (1974), p. 1-17.

F.A.M. Stroink

Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging, Zwolle 1993

C. Tomuschat

Equality and Non-discrimination under the International Convention on Civil and Political Rights, Fs.H.Schlochauer, Berlin 1981

W.G. Vegting

Het Nederlands Administratief Recht, Eerste Deel, Alphen aan den Rijn 1954

J. van der Velde

Het 'vrije spel der rechtelijke krachten', Over het tweetrapskarakter van de Europese mensenrechtenbescherming en de beoordelingsmarges van artikel 5 en 6 EVRM, preadvies Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1991

E.M. Vermeulen

Het gemeenschapsrecht en de formele rechtskracht van Awb-besluiten, in: JBPlus 2002/1, p. 38-48

J.B.M. Vranken, mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zwolle 1995

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt

Hoofdstukken van Administratief recht, 's-Gravenhage 1979

Van Wijk/Konijnenbelt

Hoofdstukken van Administratief Recht, Culemborg 1988

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male

Hoofdstukken van Bestuursrecht, Den Haag 1999

J. Wouters

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake bedrijfspensioenen: de 'Post-Barber'-arresten van het Hof van Justitie, NJCM-Bulletin 20-3 (1995), p. 274-298

F.P. Zwart

Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht, NJB 1997, afl. 3, p. 108-114

Curriculum vitae

Rob Bakker is op 16 mei 1956 geboren te Dordrecht. In 1974 behaalde hij aan het Gemeentelijk Lyceum in deze stad zijn diploma gymnasium-β. Na een aanvankelijk begonnen studie wiskunde aan de toenmalige Technische Hogeschool Delft heeft hij in Leiden de studie Nederlands recht gevolgd en deze in 1983 afgerond. Inmiddels was hij al enige tijd werkzaam voor het Parlementair Documentatiecentrum verbonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Tussen 1984 tot 1995 was hij werkzaam als universitair docent aan de juridische faculteit van (toen nog) de Rijksuniversiteit Limburg. Sinds 1995 is hij werkzaam in de rechtbank Maastricht, eerst als gerechtsauditeur, sinds begin 1997 als rechter en sinds begin 2003 als vice-president.