

dure niet mocht wijzigen van een vergelijkende toets naar binnenkomst van de aanvragen. Een verschil tussen de casus uit de uitspraak van het CBb en die van de Afdeling is dat in de hier geannoteerde uitspraak de wijziging van de methode juist *beoogde* de gelijke kansen van de aanvragers ten goede te komen, terwijl bij het verlenen van een ontheffing aan de eerste aanvrager in plaats van aan de 'beste' aanvrager na een vergelijkende toets evident nadelig kan zijn voor de gelijke kansen van de aanvragers. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat volgens de Afdeling en het CBb een switch-verbod geldt, tenzij er geen afbreuk wordt gedaan aan de gelijke kansen van de aanvragers. Nu de Afdeling in deze uitspraak niet refereert aan de conclusie van de Staatsraad advocaat-generaal of aan de uitspraak van het CBb kan dit niet met zekerheid worden geconcludeerd.

4. Een vervolgvraag is of in dit geval geen afbreuk is gedaan aan de gelijke kansen van de aanvragers. Het college stelt immers dat loten onder alle aanvragers die op die dag hun aanvraag hebben ingediend, eerlijker was dan de rangorde te bepalen op basis van een systeem dat niet naar behoren functioneerde. Geobox is bij die loting geëindigd op plaats 222 van de 225 volledige aanvragen. Het is niet verwonderlijk dat Geobox zich door de wijziging van de verdeelmethode benadeeld voelt. Zij heeft namelijk geprobeerd om op 10 mei 2016 om 00.05 haar aanvraag in te dienen en veronderstelt dat als er geen technische problemen zouden zijn geweest zij in dat geval in aanmerking zou zijn gekomen voor subsidie en in ieder geval niet als drie na laatste. Het oordeel van de Afdeling maakt het mogelijk dat een bestuursorgaan bij onverwachte complicaties zoals een technische storing, dit praktisch kan oplossen door middel van een loting. Het bestuursorgaan had echter ook twee alternatieven. Ten eerste had het bestuursorgaan in de subsidie-regeling de loting al als 'back-up' in de vorm van een subsidiaire verdeelmethode kunnen opnemen. Ten tweede had het bestuursorgaan er ook voor kunnen kiezen om de procedure te annuleren en op een later moment – als de technische problemen verholpen waren – opnieuw te starten. De Europese Commissie heeft hier bijvoorbeeld recent in het kader van het project WiFi4EU voor gekozen

(https://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-4158_en.htm). Het uitstellen van het aanvraagtijdstip zou zowel het rechtszekerheids- als gelijkheidsbeginsel (inclusief transparantieplichting) hebben gediend. Het zou mijns inziens dan ook dogmatisch zuiverder zijn geweest als de Afdeling – in lijn met de conclusie van de Staatsraad advocaat-generaal – had geoordeeld dat met het wijzigen van de verdeelpro-

cedure het (formele) gelijkheidsbeginsel is geschonden. Vervolgens had de Afdeling dan kunnen beoordelen of dit gebrek gepasseerd zou kunnen worden met toepassing van art. 6:22 Awb.

5. Samenvattend kan worden gesteld dat met deze uitspraak een belangrijke stap is gezet in de ontwikkeling van het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten, nu duidelijk is dat het gelijkheidsbeginsel ook in acht moet worden genomen bij de verdeling van schaarse subsidies. Dit gelijkheidsbeginsel is een sterk beginsel dat, zo blijkt uit deze uitspraak, onder omstandigheden prevaleert boven het rechtszekerheidsbeginsel. Het is winst dat de gelijke kansen van aanvragers bij de verdeling van schaarse rechten een centrale plek krijgen. Ook om die reden is deze ontwikkeling toe te juichen. Het zou echter wel wenselijk zijn geweest als de Afdeling in deze uitspraak enkele woorden had gewijd aan de verhouding tussen deze uitspraak en hetgeen is gesteld in de conclusie van de Staatsraad advocaat-generaal over schaarse vergunningen in de *Vlaarding*-uitspraak. Meer in het bijzonder valt het op dat de Afdeling in deze uitspraak in het geheel niet ingaat op de transparantieplichting die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel, voorafgaand aan en tijdens de verdeelprocedure. Hierdoor blijven er na het lezen van deze uitspraak toch nog enkele vragen onbeantwoord.

A. Drahmann

AB 2018/407

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

13 juni 2018, nr. 201704037/1/A1

(Mrs. R. van der Spoel, F.C.M.A. Michiels, G.T.J.M. Jurgens)

m.nt. T.N. Sanders

Art. 5:34 Awb

NJB 2018/1320

ABkort 2018/266

Gst. 2018/140

ECLI:NL:RVS:2018:1963

Verzoek om intrekking last onder dwangsom met terugwerkende kracht terecht afgewezen nu maximale dwangsom reeds is verbeurd.

Het college heeft terecht geweigerd met toepassing van art. 5:34 Awb over te gaan tot intrekking van de last onder dwangsom. Daarbij is van belang dat art. 5:34 Awb niet is bedoeld voor een situatie waarin het maximum aan te verbeuren dwang-

sommen reeds is bereikt. In dit geval is een eenmalige dwangsom opgelegd en was deze dwangsom reeds door de overtreders verbeurd. Tegen het dwangsombesluit van 18 januari 2013 en de invorderingsbeschikking van 21 oktober 2013 zijn door appellante rechtsmiddelen aangewend en na de uitspraak van de Afdeling van 26 november 2014 zijn deze besluiten in rechte onaantastbaar geworden. In deze procedure had appellante kunnen aanvoeren dat de in het besluit van 18 januari 2013 gestelde begunstigingstermijn te kort was om aan de last te kunnen voldoen, hetgeen zij niet heeft gedaan. Daarnaast had appellante het college tijdig, voor afloop van de begunstigingstermijn, kunnen vragen met toepassing van art. 5:34 Awb de last op te heffen dan wel te verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan haar verplichting te voldoen, zodat zij geen dwangsom zou verbeuren. Het onderhavige verzoek heeft zij evenwel eerst op 23 mei 2016 bij het college gedaan. Een andere uitleg van art. 5:34 Awb zou met zich brengen dat na afloop van de bezwaar- en beroepstermijn en de begunstigingstermijn, door middel van een procedure tegen de weigering de last in te trekken nogmaals aan de orde zou kunnen worden gesteld of de opgelegde last onder dwangsom, gelet op de daarin opgenomen begunstigingstermijn en een nadien gestelde onmogelijkheid, rechtmatig is. Gelet op het voorgaande heeft het college, nu de dwangsom reeds door appellante was verbeurd ten tijde van de indiening van haar verzoek, terecht geen grond gezien om de last met toepassing van art. 5:34 Awb op te heffen.

Uitspraak op het hoger beroep van:
Appellante, te Nieuwerkerk aan den IJssel, gemeente Zuidplas,
tegen de mondelinge uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 24 maart 2017 in 16/9325 in het geding tussen:
Appellante,
en
Het college van burgemeester en wethouders van Zuidplas.

Procesverloop

Bij besluit van 1 juli 2016 heeft het college geweigerd de op 18 januari 2013 aan appellante opgelegde last onder dwangsom op te heffen dan wel het in te vorderen bedrag te verminderen dan wel de inning van de dwangsom op te schorten. Het verzoek om het reeds door appellante betaalde bedrag terug te storten is eveneens afgewezen.

Bij besluit van 17 oktober 2016 heeft het college het door appellante daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 24 maart 2017 heeft de rechtbank het door appellante daartegen ingestelde beroep niet-ontvankelijk verklaard. Het proces-verbaal van deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 maart 2018, waar appellante, vertegenwoordigd door gemachtigde, en het college, vertegenwoordigd door mr. H. van Raaijen en A. Polak, zijn verschenen.

Na deze zitting is de zaak door de enkelvoudige kamer van de Afdeling verwezen naar een meervoudige kamer.

Met toestemming van partijen is afgezien van een hernieuwde behandeling van de zaak ter zitting. De Afdeling heeft het onderzoek gesloten.

Overwegingen

Inleiding

1. Bij besluit van 18 januari 2013 heeft het college appellante onder oplegging van een dwangsom gelast de woonark, met een hoogte van 4,10 m en van 3,80 m na het ballasten en het zakken daarvan, in de Ringvaart op het adres locatie-a te Nieuwerkerk aan den IJssel (hierna: het perceel) te verlagen tot een hoogte van 3 m of te verwijderen en verwijderd te houden. Bij besluit van 21 oktober 2013 heeft het college besloten over te gaan tot invordering van een door appellante verbeurde dwangsom van € 20.000. Na de uitspraak van de Afdeling van 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4285, zijn voormelde besluiten in rechte onaantastbaar geworden.

Bij brief van 23 mei 2016 heeft appellante verzocht met toepassing van artikel 5:34 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) het besluit van 18 januari 2013 in te trekken. Zij stelt daarbij dat de besluitvorming omtrent vergunningverlening nog immer niet in rechte onaantastbaar is en het voor haar om die reden onmogelijk is aan de last te voldoen en zij het gevoel heeft dat het besluit van 18 januari 2013 een boete behelst.

2. Artikel 5:34 van de Awb luidt:

“1. Het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, kan op verzoek van de overtreders de last opheffen, de looptijd ervan opschorten voor een bepaalde termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijk onmogelijkheid voor de overtreders om aan zijn verplichtingen te voldoen.

2. Het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, kan op verzoek van de overtreder de last opheffen indien de beschikking een jaar van kracht is geweest zonder dat de dwangsom is verbeurd.”

Aangevallen uitspraak

3. De rechtbank heeft overwogen dat op grond van artikel 5:34, eerste lid, van de Awb het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd de last kan opheffen, de looptijd ervan opschorten voor bepaalde termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid van de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen. Volgens de rechtbank kan appellante na het verstrijken van de begunstigingstermijn niet met succes een beroep doen op artikel 5:34, eerste lid, van de Awb, omdat in dit geval sprake is van een verbeurde van de dwangsom ineens. Om die reden kan hetgeen appellante wenst te bereiken met haar beroep niet worden bereikt en bestaat er volgens de rechtbank geen procesbelang. Dit zou anders kunnen zijn als appellante zou hebben gesteld schade te hebben geleden ten gevolge van het bestreden besluit, maar dat heeft zij in beroep volgens de rechtbank niet gedaan. De rechtbank heeft het beroep van appellante gelet op het voorgaande niet-ontvankelijk verklaard.

Hoger beroep

4. Appellante betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat zij ten gevolge van de opgelegde last onder dwangsom en andere besluitvorming over de door haar aangevraagde omgevingsvergunningen voor de woonark schade heeft geleden en dat deze schade bij het college bekend was vanaf 2013. Volgens appellante is toepassing van artikel 5:34 van de Awb de enige mogelijkheid om de opgelegde last onder dwangsom in te trekken dan wel het innen van de verbeurde dwangsom te stoppen. Daarnaast heeft het college bij de beoordeling van de inning van de dwangsom volgens appellante niet deugdelijk gemotiveerd waarom in haar geval geen gebruik is gemaakt van toepassing van de redelijkheid en de billijkheid.

4.1. De rechtbank heeft bij de beantwoording van de vraag of appellante procesbelang heeft, gezien van artikel 5:34 van de Awb in dit geval kan worden toegepast en komt daarbij tot de conclusie dat het college niet met toepassing van artikel 5:34, eerste en tweede lid, van de Awb de last onder dwangsom kan intrekken. Naar het oordeel van de Afdeling betoogt appellante terecht dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij geen procesbelang heeft en dat haar beroep ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard, nu zij be-

lang heeft bij een oordeel over de vraag of het college terecht heeft geweigerd artikel 5:34 van de Awb toe te passen.

Het betoog slaagt.

5. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 17 oktober 2016 beoordelen in het licht van de daartegen in eerste aanleg voorgedragen beroepsgronden.

Beroep

6. Appellante betoogt dat het college ten onrechte niet is overgegaan tot intrekking van het besluit van 18 januari 2013 met toepassing van artikel 5:34 van de Awb omdat het voor haar onmogelijk was, gelet op de daarmee gepaard gaande financiële gevolgen, om de woonboot terug te brengen tot een hoogte van 3,00 m en dat het gelet op de bij besluit van 1 juni 2015 aan haar verleende omgevingsvergunning voor een woonboot van 3,45 m niet meer noodzakelijk zou zijn de woonboot tot 3,00 m terug te brengen indien de aan haar verleende omgevingsvergunning in rechte onaantastbaar wordt.

6.1. Het college heeft terecht geweigerd met toepassing van artikel 5:34 van de Awb over te gaan tot intrekking van de last onder dwangsom. Daarbij is van belang dat artikel 5:34 van de Awb niet is bedoeld voor een situatie waarin het maximum aan te verbeuren dwangsommen reeds is bereikt. In dit geval is een eenmalige dwangsom opgelegd en was deze dwangsom reeds door de overtreder verbeurd. Tegen het dwangsombesluit van 18 januari 2013 en de invorderingsbeschikking van 21 oktober 2013 zijn door appellante rechtsmiddelen aangewend en na de uitspraak van de Afdeling van 26 november 2014 zijn deze besluiten in rechte onaantastbaar geworden. In deze procedure had appellante kunnen aanvoeren dat de in het besluit van 18 januari 2013 gestelde begunstigingstermijn te kort was om aan de last te kunnen voldoen, hetgeen zij niet heeft gedaan. Daarnaast had appellante het college tijdig, voor afloop van de begunstigingstermijn, kunnen vragen met toepassing van artikel 5:34 van de Awb de last op te heffen dan wel te verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan haar verplichting te voldoen, zodat zij geen dwangsom zou verbeuren. Het onderhavige verzoek heeft zij evenwel eerst op 23 mei 2016 bij het college gedaan. Een andere uitleg van artikel 5:34 van de Awb zou met zich brengen dat na afloop van de bezwaar- en beroepstermijn en de begunstigingstermijn, door middel van een procedure tegen de weigering de last in te trekken nogmaals aan de orde zou kunnen worden gesteld of de op-

gelegde last onder dwangsom, gelet op de daarin opgenomen begunstigingstermijn en een nadien gestelde onmogelijkheid, rechtmatig is. Gelet op het voorgaande heeft het college, nu de dwangsom reeds door appellante was verbeurd ten tijde van de indiening van haar verzoek, terecht geen grond gezien om de last met toepassing van artikel 5:34 van de Awb op te heffen.

Het betoog faalt.

Slot en conclusie

7. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 1 juli 2016 van het college alsnog ongegrond verklaren.

8. Van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen is niet gebleken.

9. De griffier van de Raad van State zal aan appellante het door haar betaalde griffierecht voor het hoger beroep terugbetalen.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 24 maart 2017 in 16/9325;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond;

IV. verstaat dat de griffier van de Raad van State appellante het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 250 (zegge: tweehonderdvijftig euro) voor de behandeling van het hoger beroep terugbetaalt.

Noot

1. Ik heb een probleem. Volgens mij moet ik een VAR preadvies schrijven over een paradox. Die paradox houdt verband met de leer van de formele rechtskracht en 'evident' onrechtmatige, maar in rechte onaantastbare, besluiten. Het vervelende aan paradoxen is dat er geen logische oplossing voor lijkt te zijn. Dat betekent dat wat ik ook op papier zet, uiteindelijk zal het niet kunnen kloppen. Mijn preadvies is bij voorbaat gedoemd om succesvol te falen. Een verontrustende maar tegelijkertijd geruststellende gedachte. Nu vraagt de AB-lezer zich vast af: hartstikke interessant, Thomas, maar wat heb ik daar mee te maken, waarom staat het in de AB en wat heeft jouw probleem met deze uitspraak te maken (de AB is immers niet een soort dagboek voor annotatoren). Welnu, het probleem waar ik mee worstel is één van de pijlers van het bestuursrecht. Zonder de

formele rechtskracht zou het bestuursrecht radicaal anders werken en er anders uitzien. Deze uitspraak is een mooi voorbeeld van hoe de logica die volgt uit het bestaan van die leer effecten heeft op de toepassing van de Awb. Het biedt daardoor een mooie kans voor mij om een discussie (verder) aan te zwengelen over de vraag of er iets zou moeten veranderen aan die formele rechtskracht. Omdat diverse bestuursrechters volgens mij al feitelijk ingrijpen in de werking van de formele rechtskracht, lijkt het mij ook belangrijk om in de AB te signaleren dat er iets lijkt te veranderen.

2. Eerst een hypothetische casus. Een burger heeft zitten slapen. Hij komt niet op tijd op tegen een besluit dat evident onrechtmatig is. Later wordt hij daarmee geconfronteerd door het bestuursorgaan die hem in een opvolgend besluit de rekening presenteert. Wat kan de burger dan nog? Tegen een onaantastbaar besluit valt niet zo heel veel meer te doen gelet op de leer van formele rechtskracht. Uit die leer volgt namelijk dat als een besluit onaantastbaar wordt, het rechtsgeldig en rechtmatig moet worden geacht door de rechter. Hoe onrechtmatig het besluit ook eigenlijk is. Daar zijn wat uitzonderingen op, maar die uitzonderingen zijn feitelijk alleen van toepassing als de burger geen eerlijke kans heeft gehad om tegen het besluit op te komen (met andere woorden: dat er in de procedure zodanig fouten zijn gemaakt dat de burger geen redelijke kans had om het besluit ter toetsing voor te leggen). Als de burger gewoon heeft zitten slapen, gaan die uitzonderingen niet op. Dit betekent dat het besluit ten uitvoer kan worden gebracht – hoe onrechtmatig het ook is. Op deze leer en de logica die daarachter schuilt is een belangrijk deel van het bestuursrecht ingericht. Het beïnvloedt ook de invulling van concrete Awb-bepalingen. Zoals bijvoorbeeld (in de hier geannoteerde uitspraak) hoe art. 5:34 Awb wordt toegepast: de mogelijkheid om aan het bestuursorgaan te vragen om een last op te heffen in gevallen waarin er sprake is van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijk onmogelijkheid voor de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen.

3. In deze uitspraak is het besluit tot opleggen van een last onder dwangsom onaantastbaar geworden, dus staat vast dat dat besluit rechtsgeldig en rechtmatig is. De dwangsom is verder eenmalig, is reeds verbeurd en de invorderingsbeschikking is ook in rechte onaantastbaar geworden. De burger probeert via een verzoek op grond van art. 5:34 Awb de last op te laten heffen, met als kennelijk doel om onder betaling van de verbeurde dwangsom uit te komen. Daarmee probeert hij de rechtmatigheid van de last in feite via een omweg opnieuw ter discussie te stellen.

Dat kan om een aantal redenen niet, volgens de Afdeling, maar mijn oog viel op het laatste argument. Het kan niet, want dat 'zou met zich brengen dat na afloop van de bezwaar- en beroepstermijn en de begunstigingstermijn, door middel van een procedure tegen de weigering de last in te trekken nogmaals aan de orde zou kunnen worden gesteld of de opgelegde last onder dwangsom, gelet op de daarin opgenomen begunstigingstermijn en een nadien gestelde onmogelijkheid, rechtmatig is'. Kraakhelder. Dit kan niet, omdat als het wel zou kunnen, het onaantastbaar worden van de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking een wassen neus wordt. Je kan dan immers altijd nogmaals de rechtmatigheid van een onaantastbaar besluit ter discussie stellen. Daar kan ik mij helemaal in vinden.

4. Wat is dan precies mijn probleem? Mijn probleem is dat ik de logica in deze uitspraak ijzersterk vind en dat ik eigenlijk vind dat die ook in andere gevallen van besluiten met formele rechtskracht moet worden toegepast – ook als dat op zichzelf genomen ertoe leidt dat wij een onrechtmatig besluit voor rechtmatig houden. Dat komt omdat ik het juist onrechtvaardig vind als er wordt ingegrepen omwille van de rechtvaardigheid. Dat klinkt als een mooie paradox, vind je niet?

5. Eerst nog kort een drietal voorbeelden van gevallen waarin bestuursrechters de formele rechtskracht van besluiten terzijde schuiven met het oog op het bewerkstelligen van een rechtvaardige uitkomst.

6. Ten eerste de 'evident onredelijk'-lijn van de Centrale Raad van Beroep (zie: CRvB 31 januari 2018, AB 2018/308, m.nt. A.T. Marseille) en de Afdeling (ABRvS 28 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1033), inhoudende dat aan het bestuursorgaan verzocht kan worden om terug te komen op een onaantastbaar besluit en dat dit verzoek moet worden gehonoreerd als het vasthouden aan het onaantastbare besluit 'evident onredelijk' is. Het besluit is onaantastbaar, maar over de band van een nieuw verzoek bewerkstellig je dan toch dat het besluit opnieuw (marginaal) wordt getoetst.

7. Ten tweede de bijzondere omstandigheid bij invordering. Een bijzondere omstandigheid kan ook gelegen zijn in gebleken onrechtmatigheid van de lastgeving. Het besluit om de last onder dwangsom op te leggen is onaantastbaar, maar wordt dan feitelijk geneutraliseerd bij de invordering omdat 'in dit bijzondere geval niet in redelijkheid van de bevoegdheid tot invordering gebruik gemaakt kon worden' vanwege gebleken onrechtmatigheid van de last onder dwangsom

(ABRvS 20 september 2017, AB 2017/356, met mijn annotatie).

8. Ten derde de 'u-bocht van de evenredigheid' bij de terugvordering van subsidies. Er is bij een onaantastbaar subsidieverleningsbesluit een onrechtmatige subsidievoorwaarde gesteld. Over de band van het besluit om die subsidie lager vast te stellen en het teveel betaalde terug te vorderen (wegens het schenden van die subsidievoorwaarde) oordeelt de Afdeling dat de bepaling waarop die subsidievoorwaarde berust onverbindend is, zodat het terugvorderingsbesluit onevenredig uitpakt en om die reden onrechtmatig is (ABRvS 18 oktober 2017, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden).

9. Wat is nu de overeenkomst tussen deze uitspraken en de uitspraak die ik hier annoteer? De gemene deler is volgens mij dat in alle gevallen een burger probeert om een (in zijn ogen) onrechtvaardig maar inmiddels onaantastbaar besluit te laten toetsen over de band van een ander besluit. En in sommige gevallen gaat de bestuursrechter daar dus in mee, maar in de hier geannoteerde uitspraak niet.

10. Mijn eerste instinct is om te schrijven dat wat de bestuursrechters in de drie genoemde voorbeelden doen gewoon hartstikke mooi is. Het is 'substance over form'. Hoera! De burger wint het van de vervelende regeltjes en aan het einde van de dag heeft rechtvaardigheid gezegevierd. Wat kan daar in vredesnaam op tegen zijn?

11. Bij nader inzien baart het mij juist zorgen. In de kern genomen wordt er met al deze 'noodluikjes' een uitzondering gemaakt op een procedurele regel ('klaar is klaar'), om een materieel rechtvaardige uitkomst te bewerkstelligen. Dat is aanlokkelijk omdat je daarmee uiteindelijk rechtvaardigheid bewerkstelligt, maar de prijs die ervoor wordt betaald is dat het systeem als geheel minder rechtszeker wordt. Daarmee wordt de rechtvaardigheid van dat systeem als geheel uitgehouden. Paradoxaal leidt de wens voor meer rechtvaardigheid volgens mij juist uiteindelijk tot minder rechtvaardigheid.

12. Vergelijk het met voetbal. Ajax wint met 2-0 van Feyenoord, maar Feyenoord speelde eigenlijk aantrekkelijker (aanvallend) voetbal. Bovendien werd een speler van Feyenoord onterecht met rood van het veld gestuurd na een schwalbe van een Ajacied (dat doen ze immers wel vaker, die Ajacieden). Feyenoord verzoekt om het resultaat te herzien en de scheidsrechter stemt daarmee in. De scheidsrechter besluit in die procedure om de regel, dat de wedstrijd klaar is bij het laatste fluitsignaal, na afloop van de wedstrijd terzijde te stellen en kent Feyenoord drie doelpunten toe. Feyenoord heeft opens met 3-2 gewonnen. Want dat is de rechtvaardige uit-

komst: het beste team met het mooiste spel moet winnen.

13. Wie dit een belachelijk voorbeeld vindt: toegegeven, het recht is geen spel en als Ajax met 2-0 wint is dat geen 'evident onredelijke' uitkomst (tenzij je het Vak S in de Kuip vraagt) – dus zo goed is mijn voorbeeld niet. Maar het voorbeeld illustreert denk ik wel mooi de kern van mijn bezwaar, namelijk dat het wijzigen van een procedurele regel om een materieel rechtvaardige uitkomst te bewerkstelligen niet alleen de rechtszekerheid aantast (want kennelijk is 'klaar' toch niet altijd 'klaar'), maar uiteindelijk ook het systeem als geheel minder rechtvaardig maakt. Hoe rechtvaardig je immers een procedurele regel als je die terzijde gaat stellen omwille van de materiële rechtvaardigheid in het individuele geval? Als dat fluitsignaal niets betekent in 'extreme' gevallen, waarom moet dat fluitsignaal dan wél in alle andere gevallen iets betekenen?

14. Deze uitspraak is denk ik gelijk een mooie illustratie van hoe de neiging om de formele rechtskracht te relativiseren ook kan leiden tot aantasting van de geloofwaardigheid van de bestuursrechter. Als je uitzonderingen op de formele rechtskracht maakt om materiële redenen, dan is de overweging van de Afdeling in de hier opgenomen uitspraak ('het kan niet, want dan omzeil je de formele rechtskracht') eigenlijk helemaal niet meer zo sterk. Kennelijk is de formele rechtskracht wel degelijk (en vrij eenvoudig) te omzeilen – zo lang de bestuursrechter het besluit inhoudelijk maar 'evident onredelijk' (dan wel evident onrechtmatig of onrechtvaardig) vindt. Zo bezien is het argument van de Afdeling in deze uitspraak juist een beetje slap. Als de Afdeling zichzelf de macht toe-eigent om onaantastbare besluiten soms toch aan te tasten, dan kun je volgens mij niet meer (geloofwaardig) volstaan met de constatering dat een onaantastbaar besluit onaantastbaar is. Dan moet het argument niet meer zijn 'nee, want dan omzeil je de formele rechtskracht', dan moet het argument zijn 'nee, want ik heb dat besluit getoetst en ik vind het niet (evident) onrechtmatig'. Daardoor eindigt een procedure eigenlijk nooit. Wat is dan nog precies het nut van de leer van de formele rechtskracht?

15. Begrijp mij niet verkeerd. Dit soort 'noodluikjes' zijn zonder twijfel goed bedoeld. Deze noodluikjes bieden verder een praktische oplossing voor de '1%' van gevallen waarin het systeem de burger echt in de steek laat. Ik heb ook zeker geen principieel bezwaar tegen 'meer rechtvaardigheid' in het individuele geval. Als ik verder ook kijk naar de feitelijke toepassing van de noodluikjes (zie ook het onderzoek in de noot van Bert Marseille in AB 2018/308), dan wordt er door de bestuursrechter gewoon op een zorgvuldige en

terughoudende manier mee omgegaan. Het is dus niet alsof de Staatsraden als een soort Oprah Winfrey's door de zittingszalen gaan lopen om cadeautjes uit te delen ('you get a car, you get a car and you get a car!' - alleen dan wat ingetogener en niet met auto's maar met uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht). Als je dan toch de formele rechtskracht relativiseert, is het gebruik van deze noodluikjes denk ik op zichzelf genomen een niet al te bezwaarlijke manier om dat te doen.

16. Alleen mijn probleem blijft dat het volgens mij ook in deze vorm ten koste gaat van de rechtszekerheid en daarmee van de rechtvaardigheid van het systeem in zijn geheel. De noodluikjes zijn (in mijn beleving) de bestuursrechter die het recht zodanig gaat bewerken dat de toepassing daarvan tot de door hem of haar rechtvaardig geachte uitkomst leidt ('dit moet de uitkomst zijn, dus ik pas het recht zo toe dat ik tot die uitkomst kom'). Le juge est lui-même sa règle. Dat riekt (in mijn beleving) naar willekeur. Die willekeur vind ik nu juist ontzettend onrechtvaardig – veel onrechtvaardiger dan dat een burger de gevolgen ondervindt van het ongebruikt laten verstrijken van een bezwaar- of beroepstermijn. Daarom heb ik zo ontzettend veel moeite met uitzonderingen op de formele rechtskracht omdat iets 'evident onredelijk', 'evident onrechtmatig' of 'evident onrechtvaardig' is.

17. Het is natuurlijk lekker makkelijk voor mij om te zeggen 'zo moet het niet'. Ik ben geen rechter dus ik hoef niet zelf de burger (die eigenlijk gelijk heeft) in de steek te laten. Hoe dan wel? Ik weet het niet. Volgens mij hangt het probleem helaas onontkoombaar samen met de keuze voor het besluit als rechtsingang in het bestuursrecht, de korte bezwaar- en beroepstermijnen en het hanteren van de leer van de formele rechtskracht. Dat betekent dat een echte oplossing een redelijk radicale verandering zou noodzaken. Als we dus niet meer bereid zijn om de bijtijds onredelijke gevolgen van de werking van die drie dingen te accepteren (want om hoeveel gevallen gaat het nu daadwerkelijk?), dan moeten we maar eens de VAR preadviezen uit 2013 (*Het besluit voorbij*) en het proefschrift van Tijn Kortmann uit de kast halen en hele andere richtingen opgaan met het bestuursrecht. Of we moeten iets doen aan de relatief korte bezwaar- en beroepstermijnen in het bestuursrecht en de manier waarop wij omgaan met burgers die een termijn missen. Die richting lijkt A-G Wattel soms ook op te gaan in zijn conclusie over invordering waarin hij dit onderwerp ook aansnijdt (zie r.o. 7.2.2.3 van de conclusie d.d. 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152):

"[d]at een geschil eens ten einde moet komen kan mijns inziens geen rechtvaardiging zijn

voor het evident ten onrechte opeisen van een groot geldbedrag indien de materiële niet-overtreder, zoals in Nederland, maar zes weken de kans heeft om te beseffen dat hij een geschil had moeten beginnen hoewel hij gelijk heeft.”

Een terecht punt, maar mijn argument is dat het probleem dan niet zozeer de rechtsregel ‘klaar is klaar’ (de formele rechtskracht) is, maar dat de overtreder:

“maar zes weken de kans heeft om te beseffen dat hij een geschil had moeten beginnen.”

Dan moeten we daar eens goed naar gaan kijken en niet de rechtszekerheid gaan aantasten door de formele rechtskracht te gaan ondermijnen.

18. Tot slot een eerste poging van mij om de paradox te formuleren waar ik mee worstel. Een rechtvaardig bestuursrecht is volgens mij rechtszeker. De formele rechtskracht waarborgt die rechtszekerheid door middel van de procedurele regel ‘klaar is klaar’. Als op die procedurele regel een uitzondering wordt gemaakt omdat een andere materiële uitkomst gewenst is, dan gaat dat ten koste van de rechtszekerheid van het systeem als geheel. Minder rechtszekerheid leidt tot minder rechtvaardigheid omdat de uitzondering op die procedurele regel volledig afhankelijk zal zijn van de vraag of de bestuursrechter het onaantastbare besluit ‘evident onrechtvaardig’ vindt of niet. Geen besluit is meer onaantastbaar – zolang de rechter het maar onrechtvaardig acht. ‘Meer rechtvaardigheid’ leidt daardoor uiteindelijk juist tot ‘minder rechtvaardigheid’. Dat lijkt mij een klassieke paradox.

T.N. Sanders

AB 2018/408

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

2 mei 2018, nr. 201704963/1/V3

(Mrs. H.G. Sevenster, R. Van der Spoel, C.M. Wissels)

m.nt. M.A.K. Klaassen

Art. 20 VWEU; art. 8.17 VB 2000

NJB 2018/1155

ABkort 2018/208

ECLI:NL:RVS:2018:1490

Houders van een afgeleid verblijfsrecht op basis van de Nederlandse nationaliteit van hun minderjarige kind komen niet in aanmerking voor een duurzaam verblijfsrecht in de zin van art. 16 Richtlijn 2004/38/EG.

[H]et afgeleide verblijfsrecht van de vreemdeling krachtens art. 20 VWEU [kan] niet worden aangemerkt als rechtmatig verblijf dat in aanmerking kan worden genomen voor de verkrijging van een duurzaam verblijfsrecht als bedoeld in art. 8.17 lid 1 aanhef en onder b VB 2000. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat de vreemdeling op grond van haar afgeleide verblijfsrecht aanspraak kan maken op een duurzaam verblijfsrecht.

Uitspraak met toepassing van art. 8:54 lid 1 Awb op het hoger beroep van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, appelland, tegen de uitspraak van de Rechtbank Den Haag (zp. Haarlem) van 22 mei 2017 in 16/22534 in het geding tussen:

De vreemdeling,

en

De staatssecretaris.

Procesverloop

Bij besluit van 2 juni 2016 heeft de staatssecretaris een aanvraag van de vreemdeling om afgifte van een document als bedoeld in artikel 9, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000), waaruit een duurzaam verblijfsrecht als gemeenschapsonderdaan blijkt, afgewezen.

Bij besluit van 5 september 2016 heeft de staatssecretaris het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 22 mei 2017 heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, het door de vreemdeling gemaakte bezwaar gegrond verklaard, het besluit van 2 juni 2016 herroepen, de staatssecretaris opgedragen aan de vreemdeling het document als bedoeld in artikel 9, tweede lid, van de Vw 2000 af te geven en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

Tegen deze uitspraak heeft de staatssecretaris hoger beroep ingesteld.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

Overwegingen

1. De vreemdeling verblijft bij haar twee minderjarige kinderen, beiden van Nederlandse nationaliteit. Zij heeft sinds 15 april 2011 een afgeleid verblijfsrecht krachtens artikel 20 van het VWEU. Deze uitspraak gaat over de vraag of de vreemdeling gelet op dat verblijf in aanmerking komt voor een duurzaam verblijfsrecht als bedoeld in artikel 16 van de Verblijfsrichtlijn.

2. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.