

## Formele rechtskracht, doeltreffendheidsbeginsel, evidentie criterium

HvJ EU 20-05-2021, ECLI:EU:C:2021:398, m.nt. T.N. Sanders (X (Véhicules-citernes GPL))

**Instantie**

Hof van Justitie van de Europese Unie

**Datum**

20 mei 2021

**Magistraten**

A. Prechal, N. Wahl, F. Biltgen, L.S. Rossi, J. Passer

**Zaaknummer**

C-120/19

**Noot**

T.N. Sanders

**Roepnaam**

X (Véhicules-citernes GPL)

**JCDI**

JCDI:ADS274867:1

**Vakgebied(en)**

EU-recht (V)

**Brondocumenten**

ECLI:EU:C:2021:398, Uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Unie, 20-05-2021

ECLI:EU:C:2021:78, Conclusie, Hof van Justitie van de Europese Unie (Advocaat-Generaal), 28-01-2021

### Essentie

Formele rechtskracht, doeltreffendheidsbeginsel, evidentie criterium

### Noot

Auteur: T.N. Sanders<sup>[1]</sup>

*Dit arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie is – al naar gelang je mening over de formele rechtskracht – heel goed nieuws of heel slecht nieuws. In het kort oordeelt het Hof dat de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voor wat betreft de toepassing van de (genuanceerde) formele rechtskracht niet strijdig is met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel. Die benadering houdt in dat een in rechte onaantastbaar besluit voor juist wordt gehouden, ook al het is misschien strijdig met Unierecht, tenzij het 'evident' is dat het besluit strijdig is met het Unierecht. In dat geval wordt er een uitzondering gemaakt op de formele rechtskracht. Uit dit arrest blijkt dat het Hof deze benadering aanvaardbaar vindt, zo lang het evidentie criterium "niet zodanig restrictief [wordt] toegepast dat de mogelijkheid voor een rechtzoekende om de daadwerkelijke nietigverklaring van het betreffende voorschrift te verkrijgen in feite louter fictief is."*

*Ik ben blij met dit arrest omdat ik een voorstander ben van het behouden van de formele rechtskracht. Ik vind de prijs die wij in rechtvaardigheid betalen in ruil voor de rechtszekerheid van de formele rechtskracht aanvaardbaar. Tegelijkertijd kwam het arrest voor mij eerlijk gezegd een beetje als een verrassing. Het was beslist geen vanzelfsprekendheid dat het Hof dit zou gaan oordelen. Sterker nog, ik ging ervanuit dat, gelet op de Ciola- (HvJEU 29 april 1999, EU:C:1999:212) en Man Sugar- (HvJEU 6 april 2006, EU:C:2006:233) arresten van het Hof, het Hof het leerstuk van de formele rechtskracht feitelijk naar de prullenbak zou gaan verwijzen. In ieder geval in situaties waar sprake is van strijdigheid met het Unierecht. Het alternatief was in mijn gedachten namelijk dat het Hof de Ciola- en Man Sugar-arresten zou gaan loslaten. Dat leek mij niet heel waarschijnlijk omdat dan het doeltreffendheidsbeginsel en de werking van het Unierecht (sterk) zouden worden afgezwakt. Ik verwachtte dus dat dit arrest het begin van het einde van de formele rechtskracht zou zijn.*

*Dat zag ik echter verkeerd. Het Hof houdt vast aan Ciola en Man Sugar, maar spaart ook de (genuanceerde) formele rechtskracht in dit lpg-tankwagens-arrest. De kool en de geit zijn dus gespaard! Alhoewel, als ik het arrest van het Hof goed*

*begrijp, dan waren de kool en de geit technisch gezien niet eens in hetzelfde gebouw in dit geval. De kool liep dus nooit gevaar als gevolg van de geit. Daar kom ik straks nog wel op terug.*

*In deze noot bespreek ik de achtergrond van het arrest, het oordeel van het Hof, waarom het zo een belangrijk arrest is maar ook waarom de conclusie van het Hof zeker geen vanzelfsprekendheid is.*

## Overwegingen van het hof

“Tweede prejudiciële vraag

**58**

*Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het Unierecht, met name het doeltreffendheidsbeginsel, in de weg staat aan een nationale procedurele regel die inhoudt dat de mogelijkheid tot nietigverklaring van een met het Unierecht strijdig voorschrift dat is opgelegd bij een administratief besluit dat in beginsel voor een bepaalde categorie rechtzoekenden in rechte onaantastbaar is, waarbij de grond voor de nietigverklaring erin bestaat dat dit voorschrift niet handhaafbaar zou zijn indien de naleving ervan door middel van een toekomstig besluit werd afgedwongen, afhankelijk van de voorwaarde dat de rechtzoekende aantoont dat het op basis van een summier onderzoek dat geen ruimte voor twijfel laat, evident is dat het betreffende voorschrift niet had mogen worden vastgesteld in het licht van het Unierecht.*

*Ontvankelijkheid*

[...]

*Ten gronde*

**68**

Om te beginnen zij eraan herinnerd dat – zoals in de punten 28 en 63 van dit arrest is uiteengezet – artikel 8:69a Awb met zich meebrengt dat de verwijzende rechter, niettegenstaande het in punt 57 van dit arrest gegeven antwoord op de eerste prejudiciële vraag, het voorschrift van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde omgevingsvergunning niet op verzoek van een rechtzoekende als X zal kunnen vernietigen op de enkele grond dat dit voorschrift in strijd is met artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/68. Volgens zijn eigen vaststellingen heeft deze richtlijnbevestiging immers niet tot doel het belang te beschermen dat X heeft bij de fysieke bescherming van de in de nabijheid van het betreffende tankstation gelegen woonwijk, zodat die bepaling in dit stadium reeds moet worden geacht in beginsel in rechte onaantastbaar te zijn voor een rechtzoekende als X. Niettemin zet de verwijzende rechter uiteen dat X op grond van het Nederlandse bestuursrechtelijke beginsel dat inhoudt dat in een vergunning – ook al is zij in principe onaantastbaar geworden voor een rechtzoekende als X – geen voorschrift mag worden opgenomen waarvan de bevoegde autoriteit de naleving door de adreessaat niet kan afdwingen door middel van een later besluit tot handhaving van dat voorschrift, uiteindelijk de vernietiging van het in het geding zijnde voorschrift kan verkrijgen in het kader van haar eveneens bij de verwijzende rechter aanhangige beroep tegen de vergunning waarbij dat voorschrift is opgelegd, op voorwaarde evenwel dat voldaan is aan het evidentie criterium, dat wil zeggen – zoals in punt 29 van dit arrest in herinnering is gebracht – de regel van Nederlands recht die behelst dat het op basis van een summier onderzoek dat geen ruimte voor twijfel laat, evident moet zijn dat het betreffende voorschrift niet had mogen worden opgelegd omdat het in strijd was met hogere rechtsnormen.

**69**

*Dienaangaande zij opgemerkt dat, bij het ontbreken van een Unieregeling ter zake, de procedurevoorschriften die ertoe strekken de bescherming van de door de rechtzoekenden aan het Unierecht ontleende rechten te waarborgen, op grond van het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat zijn, met dien verstande evenwel dat zij niet ongunstiger mogen zijn dan die welke gelden voor soortgelijke nationale situaties (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dat zij de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel) (arrest van 18 december 2014, CA Consumer Finance, C-449/13, EU:C:2014:2464, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).*

**70**

*In casu blijkt uit de vaststellingen van de verwijzende rechter dat het evidentie criterium in overeenstemming is met het gelijkwaardigheidsbeginsel, aangezien bij de toepassing van dit criterium geen onderscheid wordt gemaakt tussen strijdigheid met hogere nationale rechtsnormen en strijdigheid met Unierechtelijke normen.*

**71**

*De verwijzende rechter uit evenwel twijfels over de overeenstemming van dat criterium met het doeltreffendheidsbeginsel.*

## 72

*In dit verband zij eraan herinnerd dat elk geval waarin de vraag rijst of een nationale procedurele bepaling de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht rekening houdend met de plaats van die bepaling in de procedure als geheel, alsook met het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure, bij de verschillende nationale instanties. Daartoe moet in voorkomend geval rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure (arrest van 16 juli 2020, Caixabank en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 en C-259/19, EU:C:2020:578, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak).*

## 73

*De verwijzende rechter zet met name uiteen dat het in het Nederlandse bestuursrecht neergelegde evidentie criterium ertoe strekt het rechtszekerheidsbeginsel te waarborgen, zodat de handhaafbaarheid en bijgevolg de rechtmatigheid van definitieve besluiten slechts met succes kunnen worden betwist wanneer de strijdigheid van die besluiten met hogere rechtsregels – zoals de Unierechtelijke normen – manifest is.*

## 74

*In dit verband zij eraan herinnerd dat het rechtszekerheidsbeginsel behoort tot de in het Unierecht erkende algemene beginselen. Zo heeft het Hof onder meer geoordeeld dat het feit dat een administratief besluit definitief is geworden bijdraagt tot de rechtszekerheid, en dat het Unierecht niet vereist dat een orgaan in beginsel moet terugkomen van een dergelijk definitief geworden administratief besluit (arrest van 16 oktober 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat in bepaalde omstandigheden rekening kan worden gehouden met de bijzonderheden van de situaties en van de in het geding zijnde belangen teneinde een evenwicht te vinden tussen het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht (arrest van 4 oktober 2012, Byankov, C-249/11, EU:C:2012:608, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).*

## 75

*In deze context blijkt uit de toelichting van de verwijzende rechter dat het evidentie criterium, dat een nationale procedurele regel is, er – doordat hij inhoudt dat een rechtzoekende als X slechts kan doen vaststellen dat een in een definitief besluit opgenomen voorschrift niet kan worden afgedwongen en bijgevolg slechts de vernietiging van dit voorschrift kan verkrijgen indien wordt aangetoond dat het betreffende voorschrift kennelijk in strijd is met het Unierecht – toe strekt een juist evenwicht te vinden tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht, door in de regel met het oog op de bescherming van de rechtszekerheid een groter gewicht toe te kennen aan het feit dat het betreffende voorschrift definitief is, ook al wordt – onder strikte voorwaarden – toegestaan dat daarvan wordt afgeweken.*

## 76

*Gelet op deze doelstelling moet worden geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel in principe niet in de weg staat aan een nationale procedurele regel als het evidentie criterium.*

## 77

*Opdat wordt gewaarborgd dat die doelstelling daadwerkelijk wordt bereikt, mag dat criterium echter niet zodanig restrictief worden toegepast dat de voorwaarde van kennelijke strijdigheid met het Unierecht tot gevolg heeft dat de mogelijkheid voor een rechtzoekende als X om de daadwerkelijke nietigverklaring van het betreffende voorschrift te verkrijgen in feite louter fictief wordt.*

## 78

*Indien dit het geval zou zijn, zou het doeltreffendheidsbeginsel, dat – zoals in punt 69 van dit arrest in herinnering is gebracht – vereist dat een nationale procedurele regel de toepassing van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, immers duidelijk niet in acht zijn genomen.*

## 79

*Voorts zou de verwijzende rechter rekening kunnen houden met het in punt 24 van dit arrest in herinnering gebrachte feit dat de Nederlandse autoriteiten er de voorkeur aan hebben gegeven het in het hoofdgeding aan de orde zijnde voorschrift niet bij of krachtens algemeen verbindend voorschrift verplicht te stellen, omdat zij van mening waren dat een dergelijk*

## 80

Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door de arresten van 29 april 1999, *Ciola* (C-224/97, EU:C:1999:212), en 6 april 2006, *ED & F Man Sugar* (C-274/04, EU:C:2006:233), die de verwijzende rechter vermeldt. Deze twee arresten zijn immers geweest in een andere context dan die welke ten grondslag ligt aan het hoofdgeding, zodat de daaruit voortvloeiende lijn in de rechtspraak irrelevant is voor de onderhavige zaak.

## 81

In de eerste plaats heeft het Hof in het arrest van 29 april 1999, *Ciola* (C-224/97, EU:C:1999:212), in wezen geoordeeld dat het beginsel van de voorrang van het Unierecht vereist dat een definitief geworden administratief besluit dat in strijd is met het Unierecht, buiten toepassing wordt gelaten bij de beoordeling van de juistheid van een later besluit dat gebaseerd is op dat eerdere besluit, waarbij het Hof tevens heeft gepreciseerd dat het geding dat tot dat arrest heeft geleid, geen betrekking had op de rechtmatigheid als zodanig van dat eerdere besluit. In het hoofdgeding gaat het daarentegen in wezen om de vraag of een regel van nationaal procesrecht die het juist mogelijk maakt om een administratief besluit dat in beginsel definitief is ten aanzien van een bepaalde categorie rechtzoekenden, buiten toepassing te laten in geval van kennelijke strijdigheid van dat besluit met in het bijzonder het Unierecht, strookt met het doeltreffendheidsbeginsel.

## 82

In de tweede plaats heeft het Hof in het arrest van 6 april 2006, *ED & F Man Sugar* (C-274/04, EU:C:2006:233), in wezen geoordeeld dat een besluit waarbij een sanctie was opgelegd, niet kon worden gerechtvaardigd door het enkele feit dat op basis van dezelfde verordening reeds een definitief besluit tot terugvordering van de restitutie was vastgesteld. Een dergelijke situatie is evenwel niet vergelijkbaar met die welke ten grondslag ligt aan het hoofdgeding. Zoals in het vorige punt in herinnering is gebracht, heeft de situatie in het hoofdgeding namelijk in wezen betrekking op de vraag of een nationale procedurele regel die onder bepaalde voorwaarden toestaat dat een definitief administratief besluit buiten toepassing wordt gelaten, verenigbaar is met het doeltreffendheidsbeginsel.

## 83

Gelet op een en ander dient op de tweede prejudiciële vraag te worden geantwoord dat het Unierecht, met name het doeltreffendheidsbeginsel, niet in de weg staat aan een procedurele regel van het nationale bestuursrecht die inhoudt dat de mogelijkheid tot nietigverklaring van een met het Unierecht strijdig voorschrift dat is opgelegd bij een administratief besluit dat in beginsel voor een bepaalde categorie rechtzoekenden in rechte onaantastbaar is, waarbij de grond voor de nietigverklaring erin bestaat dat dit voorschrift niet handhaafbaar zou zijn indien de naleving ervan door middel van een toekomstig besluit werd afgedwongen, afhankelijk van de voorwaarde dat de rechtzoekende aantoont dat het op basis van een summier onderzoek dat geen ruimte voor twijfel laat, evident is dat het betreffende voorschrift niet had mogen worden vastgesteld in het licht van het Unierecht, met dien verstande evenwel dat deze regel – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – niet zodanig restrictief mag worden toegepast dat de mogelijkheid voor een rechtzoekende om de daadwerkelijke nietigverklaring van het betreffende voorschrift te verkrijgen in feite louter fictief is.

Kosten

## 84

Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 betreffende het vervoer van gevaarlijke goederen over land, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/103/EU van de Commissie van 21 november 2014, moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat strengere constructievoorschriften worden vastgesteld dan die welke zijn neergelegd in de bijlagen A en B bij de op 30 september 1957 te Genève gesloten Europese Overeenkomst betreffende het internationale vervoer van gevaarlijke goederen over de weg, in de versie die van toepassing was op 1 januari 2015, zoals een door de autoriteiten van een lidstaat bij een administratief besluit in de vorm van een omgevingsvergunning vastgesteld voorschrift op grond waarvan een tankstation zich enkel met vloeibaar petroleumgas mag laten bevoorraden door tankwagens die zijn voorzien van een bijzondere hittewerende bekleding als die welke in het hoofdgeding aan de orde is.
- 2) Het Unierecht, met name het doeltreffendheidsbeginsel, staat niet in de weg aan een procedurele regel van het

*ationale bestuursrecht die inhoudt dat de mogelijkheid tot nietigverklaring van een met het Unierecht strijdig voorschrift dat is opgelegd bij een administratief besluit dat in beginsel voor een bepaalde categorie rechtzoekenden in rechte onaantastbaar is, waarbij de grond voor de nietigverklaring erin bestaat dat dit voorschrift niet handhaafbaar zou zijn indien de naleving ervan door middel van een toekomstig besluit werd afgedwongen, afhangt van de voorwaarde dat de rechtzoekende aantoont dat het op basis van een summier onderzoek dat geen ruimte voor twijfel laat, evident is dat het betreffende voorschrift niet had mogen worden vastgesteld in het licht van het Unierecht, met dien verstande evenwel dat deze regel – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – niet zodanig restrictief mag worden toegepast dat de mogelijkheid voor een rechtzoekende om de daadwerkelijke nietigverklaring van het betreffende voorschrift te verkrijgen in feite louter fictief is."*

## Noot

### 1.

De formele rechtskracht is weinig geliefd. De kern van de leer van de formele rechtskracht houdt in dat als er geen gewone rechtsmiddelen meer openstaan tegen een besluit, het besluit dan in rechte onaantastbaar is (ook wel aangeduid als 'onherroepelijk', ook al is die term technisch incorrect – zie B.J. Etekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006/3). Als een besluit in rechte onaantastbaar is dan kan niet meer ter discussie worden gesteld of dat besluit rechtsgeldig of rechtmatig is. Dit betekent dat als een besluit in rechte onaantastbaar wordt, het besluit werking heeft en ook wordt geacht rechtmatig te zijn qua inhoud en wijze van totstandkoming. Deze leer wordt in zowel het bestuursrecht als het civiele recht gehanteerd.

### 2.

De civiele rechter hanteert de leer van de formele rechtskracht ten dele vanwege het belang van een goede rechtsmachtverdeling. Dat argument gaat natuurlijk niet op voor de bestuursrechter. Bij de bestuursrechter draait het allemaal om rechtszekerheid: het moet een keer klaar zijn. Belanghebbenden en de overheid moeten weten waar zij aan toe zijn.

### 3.

Ik hoop de lezer van de *O&A* denk ik niet alle nuances van het leerstuk te gaan uitleggen, maar voor een overzicht van het leerstuk verwijs ik graag naar mijn preadvies uit 2019 (T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht', in: J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de formele rechtskracht*, VAR-preadviezen 2019, p. 82 e.v.).

### 4.

Over de jaren heen zijn er de nodige discussies geweest over het leerstuk in de literatuur. In de kern genomen komt het erop neer dat er drie stromingen zijn in de literatuur. Streng, minder streng en 'weg ermee'. Mijn opvattingen vallen in de eerste categorie. Het preadvies van Jaap Polak vertegenwoordigt de tussencategorie (zie: J.E.M. Polak, 'De toekomst van de formele rechtskracht: een inleidende beschouwing', in: J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de formele rechtskracht*, VAR-preadviezen 2019, p. 7 e.v.) en de opvattingen van Tijn Kortmann zijn representatief voor de derde categorie (zie: C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', *RMThemis* 2009-6).

### 5.

Ergens in 2018-2019 heeft de Afdeling gekozen voor de lijn Polak. De Afdeling heeft toen de leer van de formele rechtskracht in het bestuursrecht genuanceerd. Zo overweegt de Afdeling (ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466):

*"[m]ede gelet op de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152, genomen in zaak nr. 201605406/2/A1, welke zaak niet tot een uitspraak heeft geleid omdat het hoger beroep in die zaak is ingetrokken, overweegt de Afdeling dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is."*

### 6.

Iets daarvoor werd ook de leer ten aanzien van artikel 4:6 Awb (de herhaalde aanvraag) gewijzigd in die zin dat de

weigering om terug te komen van een onaantastbaar besluit voor de Afdeling niet meer aanvaardbaar was als die weigering evident onredelijk is (ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131). Die rechtspraak heeft geleid tot het kunnen afdwingen van de intrekking van een evident onrechtmatig, maar in rechte onaantastbaar, besluit (zie bijvoorbeeld: ABRvS 28 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:908, waarin de Afdeling de weigering om een evident onrechtmatig, maar onaantastbaar, boetebesluit in te trekken evident onredelijk acht). Tot slot heeft de Afdeling ook eenzelfde soort correctie toegepast bij ketenbesluitvorming in het subsidierecht (ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768).

7.

Gezamenlijk noem ik deze gewijzigde leer van de formele rechtskracht binnen het bestuursrecht de leer van de genuanceerde formele rechtskracht.

## Het Unierecht

8.

Het was echter spannend of de formele rechtskracht niet op Unierechtelijke bezwaren zou stuiten. Het Unierecht dicteert immers vanuit het doeltreffendheidsbeginsel dat je niet door middel van nationaal procesrecht een aanspraak op het Unierecht of een verplichting uit het Unierecht kan frustreren. Als er in een onaantastbaar besluit iets staat dat strijdig is met het Unierecht, dan zou je vanuit dat perspectief kunnen denken: dan moet de formele rechtskracht daarvoor wijken. Dat leek met name te volgen uit de *Ciola*- (HvJ EU 29 april 1999, EU:C:1999:212) en *Man Sugar*- (HvJEU 6 april 2006, EU:C:2006:233) arresten van het Hof. De Afdeling zat daar ook mee in zijn maag:

*“De Afdeling merkt op dat uit deze arresten lijkt te volgen dat de rechtmatigheid van een vergunningvoorschrift ten volle aan de orde kan worden gesteld in het kader van het beroep tegen het sanctiebesluit, althans dat genoemde arresten onvoldoende aanknopingspunten geven voor het oordeel dat in beginsel mag worden uitgegaan van de handhaafbaarheid van een in rechte onaantastbaar geworden vergunningvoorschrift.”* (ABRvS 30 januari 2019 ECLI:NL:RVS:2019:260)

9.

Ik verklap het maar alvast: het Hof ziet dat dus anders. Die arresten zijn volgens het Hof *“irrelevant”* voor de lpg-tankwagens zaak. Om dit allemaal goed te snappen moeten we denk ik even oprispen wat er ook alweer aan de hand was in de *Ciola*- en *Man Sugar*-arresten. Tijd dus om even de rechtsgeschiedenis in te duiken!

10.

In het *Ciola*-arrest ging het om een Oostenrijkse havenexploitant. Ciola mocht op grond van een aan hem verleende beschikking maximaal 60 van de 200 ligplaatsen beschikbaar stellen aan *“eigenaren die in het buitenland woonden”*. Die beschikking werd definitief. Ciola liet zich niets gelegen aan het voorschrift en verhuurde ligplaatsen 61 en 62 aan inwoners van (respectievelijk) Duitsland en Liechtenstein. Daarop kreeg hij in 1996 twee boetes van 75.000 Oostenrijkse Shilling (zo'n € 5.000). Tegen die boetes ging Ciola vervolgens procederen. Het Hof verklaarde in het *Ciola*-arrest dat de beperking in de voorschriften in strijd was met artikel 59 EG-verdrag. Vervolgens ging het om de vraag of de Oostenrijkse procesregel, dat je niet meer een definitief voorschrift ter discussie kan stellen in een latere (bestraffende) procedure, gerespecteerd kon worden. Dat klinkt toch heel erg als de formele rechtskracht in Nederland, vind je niet? Als klap op de vuurpijl betoogde de Oostenrijkse regering r.o. 24 *Ciola*-arrest) dat met het negeren van die nationale procesregel *“de beginselen van rechtszekerheid, bescherming van het gewettigd vertrouwen of van regelmatig verkregen rechten”*, in het geding zouden komen. Dat is ongeveer het enige argument wat ik kan verzinnen voor het hanteren van de leer van de genuanceerde formele rechtskracht in het bestuursrecht.

11.

Het Hof oordeelde in het *Ciola*-arrest dat de nationale rechter in zo een geval dan inderdaad het definitieve, maar vanuit het Unierecht bezien onrechtmatige, deel van de beschikking buiten toepassing moet laten. Want, zo redeneert het Hof, het is irrelevant of het een wet of een besluit betreft, het Unierecht moet gewoon doeltreffend zijn. Dus oordeelt het Hof dat: *“een verbod, dat [...] bij een definitief geworden individuele concrete beschikking is uitgevaardigd, en dat in strijd is met de vrije dienstverrichting, buiten toepassing moet worden gelaten bij de beoordeling van de gegrondheid van een geldboete waarmee de niet-naleving van dat verbod na de datum van de toetreding wordt bestraft.”* Ciola mocht dus gewoon ligplaatsen 61 en 62 verhuren aan 'Ausländers', ook al was het voor hem geldende verbod definitief geworden.

12.

Vervolgens kwam Man Sugar. In Man Sugar had een Duitse importeur naar de mening van de Duitse Douane ten onrechte douanerechten teruggevraagd over een lading suiker. De suiker zou naar een derde land gaan, maar er was twijfel over de vraag of dat daadwerkelijk was gebeurd. Er konden namelijk geen betalingsbewijzen worden overlegd. Dat was voldoende voor de Duitse Douane om de verleende restitutie terug te vorderen. De terugvorderingsbeschikking werd niet

aangevochten en werd definitief. Vervolgens legde de Douane een administratieve sanctie op (een bestuurlijke boete). Daar kwam Man Sugar vervolgens wel tegenop, met als argument dat de restitutie ten onrechte was teruggevorderd en de sanctie onterecht was. Daar had Man Sugar een punt, omdat uit een eerder arrest van het Hof in een andere zaak volgde dat de Duitse Douane helemaal geen betaalbewijs mocht verlangen.

13.

Het Hof oordeelde in het *Man Sugar*-arrest dat het feit dat de terugvorderingsbeschikking definitief was, niet relevant was. De sanctie moest op zijn eigen merites worden beoordeeld en in dat kader moest de rechter gewoon (opnieuw) vaststellen of de terugvordering nu wel of niet terecht was.

14.

Toen ik dit speelveld aanschouwde dacht ik: 'daar gaan we'. Het doeltreffendheidsbeginsel zal waarschijnlijk betekenen dat het onaantastbare besluit aantastbaar zal moeten zijn als het in strijd is met het Unierecht. Daarbij komt dat het mij niet onwaarschijnlijk leek dat de Afdeling er vervolgens voor zou kiezen om niet alleen binnen de context van het Unierecht de formele rechtskracht vaarwel te zeggen, maar voor heel het bestuursrecht, in het belang van de eenvormigheid van het recht. Iets soortgelijks deed de Afdeling eerder namelijk ook bij de hoorplicht bij invorderingsbeschikkingen (ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2956).

### Conclusie A-G Tanchev

15.

De Conclusie van A-G Tanchev leek te bevestigen dat het einde nabij was voor de leer van de genuanceerde formele rechtskracht. A-G Tanchev concludeerde dat:

*"[h]et Unierecht, en in het bijzonder de door het Hof in het arrest Ciola ontwikkelde rechtspraak, staat eraan in de weg dat een nationale rechterlijke instantie of een nationaal bestuursorgaan met het Unierecht strijdige voorschriften handhaaft die zijn opgelegd bij een bestuursbesluit waarbij een omgevingsvergunning is verleend, zoals de voorschriften inzake de hittewerende bekleding en de vulslang, ook al mag het besluit zelf eventueel in stand blijven."*

### Het arrest van het Hof

16.

Op 20 mei zat ik in de ochtend continu [Curia.eu](http://Curia.eu) te vernieuwen, in spanning wachtend totdat ik beet had. Stiekem ben ik benieuwd of er ook Staatsraden tegelijkertijd hetzelfde aan het doen waren. Zouden zij het ook zo spannend hebben gevonden? Toen het arrest verscheen was ik, op zijn zachts gezegd, totaal verrast.

17.

In het kort oordeelt het Hof dat de benadering van de Afdeling voor wat betreft de toepassing van de (genuanceerde) formele rechtskracht niet strijdig is met het Unierecht. Een in rechte onaantastbaar besluit mag dus voor juist worden gehouden, ook al is het misschien strijdig met het Unierecht, tenzij het 'evident' is dat het besluit strijdig is met het Unierecht. In dat geval wordt er een uitzondering gemaakt op de formele rechtskracht. Het Hof vindt deze benadering aanvaardbaar, zo lang het evidentie criterium "*niet zodanig restrictief [wordt] toegepast dat de mogelijkheid voor een rechtzoekende om de daadwerkelijke nietigverklaring van het betreffende voorschrift te verkrijgen in feite louter fictief is.*"

### Mijn analyse

18.

Een gegeven paard moet je niet (te veel) in de bek kijken, maar dit is een annotatie (een soort juridische lijkschouwing) dus ik permitteer mij een uitgebreide gebitsinspectie. Ik vond bij eerste lezing het oordeel heel lastig te verenigen met Ciola en Man Sugar. Dat behoeft dus nadere inspectie. Het Hof maakt er dit van:

*"[Ciola en Man Sugar doen geen afbreuk aan de goedkeuring van de genuanceerde formele rechtskracht.] Deze twee arresten zijn immers gewezen in een andere context dan die welke ten grondslag ligt aan het hoofdgeding, zodat de daaruit voortvloeiende lijn in de rechtspraak irrelevant is voor de onderhavige zaak."*

19.

Hè? Hoe dan? Ook bij Ciola en Man Sugar gaat het toch om opvolgende besluiten? Daarbij is het eerdere besluit definitief, maar in strijd met het Unierecht. Die moest dan toch buiten toepassing worden gelaten? Hoe kan dat niet relevant zijn voor de lpg-tankwagenszaak?

20.

Voor wat betreft Ciola zegt het Hof dat het *Ciola*-arrest inhoudt dat “*een definitief geworden administratief besluit dat in strijd is met het Unierecht, buiten toepassing wordt gelaten bij de beoordeling van de juistheid van een later besluit dat gebaseerd is op dat eerdere besluit*”. Dit, in tegenstelling tot het lpg-tankwagens zaak waarin het gaat om de vraag “*een regel van nationaal procesrecht die het juist mogelijk maakt om een administratief besluit dat in beginsel definitief is ten aanzien van een bepaalde categorie rechtzoekenden, buiten toepassing te laten in geval van kennelijke strijdigheid van dat besluit met in het bijzonder het Unierecht, strookt met het doeltreffendheidsbeginsel*.”

#### 21.

Ik citeer het maar integraal, want ik begreep het zelf niet meteen. Ik zie het verschil tussen Ciola en lpg-tankwagens gewoon niet zo goed. Bij de lpg-tankwagens gaat het in feite om een later handhavingsbesluit waarbij het onaantastbare, maar strijdig met het Unierecht, vergunningvoorschrift eventueel buiten toepassing moet worden gelaten. Dat is toch precies dezelfde situatie als in Ciola? Onrechtmatig maar definitief normstellend besluit, gevolgd door een handhavingsbesluit.

#### 22.

Voor wat betreft Man Sugar zegt het Hof dat het *Man Sugar*-arrest ging om “*een besluit waarbij een sanctie was opgelegd, niet kon worden gerechtvaardigd door het enkele feit dat op basis van dezelfde verordening reeds een definitief besluit tot terugvordering van de restitutie was vastgesteld*.” Dat is totaal anders dan bij lpg-tankwagens om dezelfde reden als waarom het *Ciola*-arrest niet relevant is, aldus het Hof.

#### 23.

Voor mij waren deze passages bij eerste lezing ietwat onwerkelijk. Het was een beetje alsof wij in Nederland met zijn allen denken dat wij naar een zwarte muur zitten te staren. Daarop zegt het Hof: ‘nee hoor, die is wit’. Vervolgens merkt het Hof op dat ‘deze muur van beton is, en die andere muur van bakstenen is’. Toegegeven, dat is inderdaad een verschil, maar is het een relevant verschil?

#### 24.

Na lang te hebben gestaard naar het arrest, passages van het arrest hardop voor te hebben gelezen en 's nachts regelmatig te hebben gepekerd, denk ik dat ik het nu snap. Volgens mij zitten wij in Nederland gewoon naar de verkeerde muur te staren.

#### 25.

Om even de muurmetafoor los te laten, in Ciola en Man Sugar ging het om situaties waarin niet de procesrechtelijke bepaling (‘klaar is klaar, tenzij’) als zodanig ter discussie stond, maar juist situaties waarin gewoon werd gezegd: ‘klaar is klaar’ (dus zonder de ‘tenzij’). Er was geen uitzondering, geen nuancering en geen ontsnappingsluikje. Het eerdere besluit was gewoon definitief. Dat is niet aanvaardbaar voor het Hof, dus bouwde het Hof dat ontsnappingsluikje in dat geval feitelijk in. Daarmee is echter niet gezegd dat het Hof dan altijd een ontsnappingsluikje gaat inbouwen. Als dat ontsnappingsluikje er al is, hoef je het niet zelf te gaan plaatsen.

#### 26.

In de lpg-tankwagenszaak zit er al een ontsnappingsluikje. Het is dus geen wet van meden en perzen, maar is er een ‘tenzij’ toegevoegd aan de rechtsregel. Daarom doet het Hof hier niets. Met andere woorden: als de Afdeling de formele rechtskracht niet genuanceerd zou hebben, dan was het *lpg-tankwagens*-arrest waarschijnlijk gewoon uitgelopen op een soort Ciola 2.0. Dan had het Hof gezegd dat je het vergunningvoorschrift buiten toepassing zou moeten laten. Nu de Afdeling zelf al een uitzondering heeft gemaakt voor excessen, kan het Hof met die stand van zaken leven.

#### 27.

Steun daarvoor zie ik nog in een gedachte-experiment. Wat zou er zijn gebeurd als de leer van de genuanceerde formele rechtskracht in het geval van Ciola zou zijn toegepast? Het lijkt mij dat dit vermoedelijk zou hebben geleid tot de conclusie dat het eerdere voorschrift evident onrechtmatig is en dus buiten toepassing moet worden gelaten. Hetzelfde geldt voor Man Sugar: toepassing van de leer van de genuanceerde formele rechtskracht zou daar hebben geleid tot de conclusie dat de terugvordering evident onrechtmatig was – en de bestuurlijke boete ook.

#### 28.

Als dit de verklaring is, dan snap ik het arrest wel een stuk beter. Ik snap dan alleen nog steeds niet helemaal waarom en Ciola en Man Sugar “*irrelevant*” zijn volgens het Hof. Op zichzelf is het juist dat de situatie net wat anders is (daar was juist geen procesregel van toepassing waarmee de door het Hof gewenste uitkomst mogelijk zou zijn geweest), maar met name Ciola lijkt mij de harde buitengrens voor de leer van de formele rechtskracht en dus wel degelijk relevant. Dat Ciola en Man Sugar niet de uitkomst hier dicteren, lijkt mij nu duidelijk, maar dat Ciola en Man Sugar geen relevante gezichtspunten opleveren (en dus ‘irrelevant’ zijn), is dat wat mij betreft niet.



29.

Kortom: met dit arrest worden de kool én de geit gespaard. Dat gebeurt echter niet zozeer omdat het Hof ze uit elkaar moet houden. Ze zaten gewoon in andere gebouwen. Ciola en Man Sugar zijn niet relevant voor de beoordeling van de genuanceerde formele rechtskracht, omdat daar nu juist geen nuance was aangebracht.

30.

In mijn levendige verbeelding zitten er ergens in de coulissen van de Raad van State wat stafjuristen en Staatsraden te high-fiven. Zonder de nuancering van de formele rechtskracht had het Hof waarschijnlijk een andere conclusie getrokken en was het hele leerstuk gedoemd geweest. Toch mooi om op je CV te schrijven: '2016-2021: de formele rechtskracht gered'.

31.

Dan heb ik nog twee losse opmerkingen over dit arrest.

32.

Ten eerste heeft de Afdeling nog de suggestie gedaan dat het nog relevant zou kunnen zijn dat er in Ciola en Man Sugar sprake was van een punitieve sanctie. A-G Tanchev merkt in zijn conclusie op dat het onderscheid niet relevant is (r.o. 68). Het Hof maakt er in het arrest geen woorden aan vuil. Daaruit leid ik af dat het onderscheid voor het Hof niet relevant is.

33.

Ten tweede, kan iemand het Hof alsjeblijft vragen om wat te doen aan de leesbaarheid van zijn arresten? Dit arrest was volstrekt onleesbaar. Het is al ingewikkelde materie, als je het als rechter dan ook op deze manier gaat opschrijven dan snapt niemand het straks meer. Het is verder bijna knap te noemen dat je in staat bent om een zin met 176 woorden, 4 komma's en 4 gedachtestreepjes te maken (r.o. 83), maar toegankelijk is het zeker niet. De kers op de taart is overigens wat mij betreft de meervoudige tangconstructie in r.o. 68. Misschien kan de Klare Taal Bokaal Commissie eens een briefje sturen naar Luxemburg dat de rechters in Luxemburg ook in aanmerking kunnen komen voor die prijs als zij hun best doen?

## Tot slot

34.

Op de VAR-jaarvergadering in 2019 hebben wij met zijn allen nog een rondje 'glazen bol kijken' gedaan over de uitkomst in deze zaak. Ik dacht zelf dat de lpg-tankwagens zaak het einde ging zijn van de formele rechtskracht. Marcelle Renneman (die haar Preadvis over de Unierechtelijke dimensies van de formele rechtskracht had geschreven), kwam ook tot die conclusie. De eerste stelling van Renneman die ter stemming is gebracht bij de vergadering, leverde het beeld op dat 55% dacht dat het Hof een schending van het Unierecht zou aannemen. 23% dacht van niet en de rest onthield zich van stemming (p. 81 Verslag). Ik denk dus niet dat ik de enige ben die dit arrest met verbazing heeft gelezen.

35.

Toch bleek zich in de zaal een soort Unierechtelijk orakel te bevinden in de vorm van Rob Widdershoven. Hij verwees tijdens de discussies naar de ontwikkelingen in Kühne en Heitz en Byankov (ter herinnering: beiden van na Ciola) en stelde de volgende (retorische) vraag: "[z]ou het niet raar zijn dat het Hof enerzijds heel hard vasthoudt aan de regel dat geen enkel besluit hoeft te worden herzien behalve in extreme situaties zoals in Kühne en Heitz en Byankov, en vervolgens te kennen geeft dat die besluiten niet kunnen worden gehandhaafd?" Even later beantwoorde hij de vraag wat er ging komen met het lpg-tankwagens arrest: "[i]k denk [...] dat we, gelet op alle ontwikkelingen aan de andere kant, nog iets subtiels gaan krijgen. Ik mis de logica van een systeem waarin je geen enkel besluit hoeft te herzien maar waarin je besluiten nooit mag handhaven. Dat zou raar zijn." Iets subtiels hebben wij zeker gekregen. Als Rob Widdershoven nu alleen ook zo wijs was geweest om met de 150 aanwezigen ook om een fles wijn te wedden, dan had hij denk ik een flinke wijnkelder kunnen bemachtigen.

Voetnoten

[1]

Thomas Sanders is advocaat en partner bij AKD in Breda en Eindhoven.