

08/1914.07/pva

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Zitting van 10 april 2009

Rolnummer 08/03/03736

REPLIEK van mr. R. Menschaert inzake

Marten K.,

wonende te (3607 SE) Maarssen,
eiser tot cassatie, hierna te noemen K,
advocaat: Mr. R. Menschaert;

tegen

de publiekrechtelijke beroepsorganisatie Nederlandse Orde van Accountant-Administratieconsulenten, hierna te noemen NOvAA
gevestigd en kantoorhoudend te 's-Gravenhage,
verweerster in cassatie,
advocaat Mr. M.W. Scheltema.

Edelhoogachtbaar College!

Inleiding

- (1) De feiten zoals vermeld door NOvAA onder punt 1 Inleiding, vereisen de volgende aanvullingen:
 - a) De uitspraak van het CBB op 21 september 2006 (LJN: AY8684) inzake X was nog onbekend op de datum van toetsing (24 december 2004) bij K door de Raad van Toezicht Beroepsuitoefening Accountants-Administratieconsulenten (hierna te noemen Raad van Toezicht) en de datum van de factuur van de Raad van Toezicht (31 december 2004) aan K. Zowel NOvAA, de Raad van Toezicht zelf als K gingen er op dat moment nog vanuit dat er sprake was van een bevoegdlijk genomen besluit genomen door een bestuursorgaan van de NOvAA. Pas enige tijd na de uitspraak van het CBB op 21 september 2006, werd algemeen bekend dat:
 - I. de Raad van Toezicht geen bestuursorgaan van de NOvAA was (ro 5.6) en dat, als de Raad van Toezicht dat wel zou zijn,
 - II. ook geen sprake kon zijn van een bevoegdlijk genomen besluit omdat een toereikende wettelijke grondslag voor de doorbelasting van de onderhavige toetsingsfacturen ontbrak (ro 5.12).

NOvAA heeft deze feiten op verschillende wijze en op verschillende momenten pas later aan haar leden gecommuniceerd. Nieuwsberichten en ledenvergaderingen waren immers noodzakelijk om via aangepaste verordeningen en wetwijzigingen de gevolgen van het CBB-vonnis ongedaan te maken. Daarbij werd aangegeven of geïmpliceerd dat, hoewel een publiekrechtelijke grondslag voor de toetsingskosten ontbrak, geen restitutie van de toetsingsfacturen zou volgen omdat op privaatrechtelijke of morele gronden toch betaling verschuldigd was en via wetwijzigingen een wettelijke grondslag zou gaan ontstaan. Ook uit een brief aan alle leden¹ d.d. 27 maart 2007 blijkt dat NOvAA naar aanleiding van de CBB-uitspraak een beroep doet op vrijwillige medewerking bij haar leden om mee te werken aan toetsingen en een wetwijziging noodzakelijk acht om de gevolgen van deze CBB-uitspraak te repareren². De brief stelt bovendien dat nieuwe toetsingen alleen verricht worden nadat ieder te toetsen lid zijn betalingsbereidheid tot uitdrukking brengt door ondertekening van een opdrachtbevestiging. Ook de correspondentie tussen NOvAA en K inclusief de brief van NOvAA d.d. 11-9-2007 aan de advocaat van K³ bevestigt het privaatrechtelijke karakter van de toetsingen. In het slot daarvan wordt K opgeroepen op morele gronden af te zien van zijn verzoek om restitutie. Daarmee maakte NOvAA duidelijk dat geen sprake was van een besluit in de zin van de AWB waartegen bezwaar en beroep mogelijk was.

- b) K heeft niet willen afzien van restitutie omdat, anders dan in noot 2 op pagina 1 van de Schriftelijke Toelichting van NOvAA wordt gesteld, het verplichte lidmaatschap van de NOvAA een belemmering vormt voor de goede uitvoering van zijn werkzaamheden als accountant. Over dit onderwerp verenigingsdwang bij beroepsuitoefening lopen diverse procedures bij uw college en het CBB. De opmerking onder 2.1.1 van de Schriftelijke Toelichting dat sprake is van een deze zaak overschrijdend belang bevestigt dat hier sprake van een proefproces in deze context.
- c) In haar ro 5.7 heeft het CBB opgemerkt dat door het ontbreken van de wettelijke grondslag niet hoeft te worden onderzocht of het onder aI opgemerkte bevoegdheidsgebrek van de Raad van Toezicht, bij voorbeeld door mandatering in de hiervoor bedoelde zin, nog voor deze uitspraak zou kunnen worden geheeld. In ro 3.5 van haar Conclusie van Antwoord merkt NOvAA op dat er inmiddels een mandaatbesluit tot stand is gekomen (zie ook noot 14 op pag. 8 van de Schriftelijke Toelichting van NOvAA). Eindoordelen die voor 21 september 2006 door de Raad van Toezicht zijn gegeven, zijn volgens NOvAA krachtens art. 4 van het besluit Mandaat door het bestuur van de NOvAA bekrachtigd (Staatscourant 2006, 203). Bij nalezing van de tekst van dit art. 4⁴ blijkt echter

¹ Zie productie 2 van de Conclusie van Antwoord NOvAA, toegelicht bij punt 4.2.

²Punt 13 dagvaarding in eerste instantie

³Producties bij Conclusie van Antwoord van NOvAA meer in het bijzonder productie 8

⁴Tekst van artikel 4 Besluit Mandaat: Bekrachtiging; voor rekening nemen

Het bestuur neemt de op bijlage 1 bij dit Besluit genoemde beslissingen van de Raad van Toezicht AA's, die een eendoordeel als bedoeld in artikel 11 lid 2 Verordening PPT inhouden, voor zijn rekening en bekrachtigt deze. Tevens verstaat het bestuur van de NOvAA, met inachtneming van hetgeen in de vorige leden is bepaald, dat de beslissingen van de Raad van Toezicht

dat dit mandaat slechts geldt voor eendoordelen zoals bedoeld in art. 11 van de Verordening Periodieke Preventieve Toetsing (PPT). Dit mandaat strekt zich dus kennelijk niet uit tot toetsingsfacturen. Wat daarvan moge zijn, de bevoegdheid tot mandatering geregeld in afdeling 10.1.1 van de Algemene Wet Bestuursrecht (AWB) in de situatie dat het bevoegde bestuursorgaan, in dit geval NOvAA, zelf geen bevoegdelijk genomen besluit kon nemen omdat een toereikende wettelijke grondslag voor de doorbelasting van de onderhavige toetsingsfacturen ontbrak (zie onder a II hierboven), kan zeker niet achteraf met terugwerkende kracht via mandatering worden hersteld.

Uit dien hoofde staat dus vast zoals onder punt a hierboven genoemd, dat de Raad van Toezicht geen bestuursorgaan van de NOvAA was en ook niet via mandaat achteraf bevoegd is geworden of nog kon worden om krachtens publiekrecht dergelijke facturen uit te schrijven.

Middel 1: Besluit in de zin van de AWB?

- 2) NOvAA stelt in haar Schriftelijke Toelichting onder 2.2 dat de kantonrechter terecht heeft vastgesteld dat sprake is van een besluit in de zin van de AWB terwijl middel 1 juist stelt dat geen sprake is van een besluit in de zin van de AWB. Om haar stellingen kracht bij te zetten verwijst NOvAA naar ro 4.1 juncto 1.9 van het vonnis van de voorzieningenrechter. Daar citeert de Rechtbank (delen van) rechtsoverwegingen 5.4 tot 5.10 uit het vonnis van het CBB 21 september 2006 inzake X.
- 3) Het begrip “besluit in de zin van de AWB” is onder art. 1:3 gedefinieerd als “*een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudend een publiekrechtelijke rechtshandeling*”. Zoals hiervoor onder 1 betoogd staat vast dat de Raad van Toezicht geen bestuursorgaan is wat betreft de onderhavige factuur en dat ook NOvAA iedere wettelijke bevoegdheid voor deze soort publiekrechtelijke rechtshandelingen ontbrak.
- 4) Het is juist dat het CBB in haar vonnis nergens expliciet vermeldt dat wel of niet sprake is van een besluit in de zin van de AWB. Dat is ook niet nodig nadat het CBB heeft vastgesteld dat de Raad van Toezicht geen bestuursorgaan van de NOvAA was en ook geen sprake kon zijn van een bevoegdelijk genomen besluit wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag. Er blijft uiteraard wel sprake van een besluit van de Raad van Beroep dan wel NOvAA. Dat besluit is dan een privaatrechtelijk besluit of rechtshandeling te beoordelen naar de gewone regels van het Burgerlijke Wetboek (BW). Het is immers het een of het ander. Ieder ander oordeel zou de zorgvuldige balans in het Nederlandse recht tussen privaaten publiek recht ernstig verstoren. Als ieder besluit waarvan het CBB (nog) niet heeft vastgesteld dat het een besluit in de zin van de AWB is, een besluit in de zin

AA's, die een eendoordeel inhouden als bedoeld in artikel 11, lid 3, letter b Verordening PPT zoals deze gold tot 1 januari 2005 en artikel 11, lid 3, letter a Verordening PPT zoals deze gold vanaf 1 januari 2003 tot 1 januari 2006, een eendoordeel inhouden als bedoeld in artikel 11, lid 4, letter a Verordening PPT zoals deze geldt ná 1 januari 2006.

- van de AWB zou zijn, heeft een dergelijke redenering grote gevolgen. Als gevolg zou ieder verweer tegen privaatrechtelijke rechtshandelingen van publieke rechtspersonen altijd beoordeeld moeten worden naar regels van publiek recht. Toch beperkt het BW in art. 1 lid 3 de uitzonderingen op het private recht voor publiekrechtelijke rechtspersonen expliciet tot de in de 1e titel van Boek 2 BW(art. 5 daargelaten) genoemde uitzonderingen.
- 5) Anders dan de NOvAA in punt 2.2.4 van haar Schriftelijke Toelichting betoogt, mag voor een dergelijke fundamentele herziening van de balans tussen privaot- en publiek recht, van de kantonrechter een uitvoerige motivatie worden verwacht.
 - 6) De stelling van NOvAA in punt 2.2.5 van haar Schriftelijke Toelichting dat uit de uitspraak van het CBB onder ro 5.4 dat X ontvankelijk was volgt dat sprake zou zijn van een besluit in de zin van de AWB kan ook niet standhouden. Onder ro 5.5 staat immers aanvullend: “5.5 *Uit het hiervoor overwogene volgt dat ter toetsing voorligt een beslissing op een tijdig gemaakt bezwaar tegen een als besluit in de zin van de Awb te kwalificeren factuur.*” Met de onderstreepte woorden bedoelde het CBB juist expliciet aan te geven dat nog onderzocht moest worden of sprake was van een besluit in de zin van de AWB. De verdere rechtsoverwegingen maken duidelijk dat daarvan geen sprake was. Ter zijde zij overigens opgemerkt dat in hoger beroep maar twee opties bestaan als het CBB het bestuursorgaan in haar besluitvorming niet kan volgen: vernietiging van een besluit (8:72 AWB) dan wel niet-ontvankelijk verklaren (6:6 AWB). Het vernietigen van een besluit betekent dus niet dat ieder vernietigd besluit een besluit in de zin van de AWB zou moeten zijn. Ook een besluit dat lijkt op een besluit in de zin van de AWB of dat pretendeert te zijn, wordt echter vernietigd.
 - 7) Gezien bovenstaande kan de Rechtbank derhalve niet worden gevolgd in haar oordeel onder ro 4.1 dat sprake zou zijn van een besluit in de zin van art. 1:3 AWB en heeft deze wezenlijke wijziging op de definitie van besluit in de zin van de AWB en daarmee de verhouding tussen privaot- en publiek recht in ieder geval onvoldoende gemotiveerd.

Middel 2: Formele Rechtskracht?

- 8) De leer van de formele rechtskracht is eveneens ontwikkeld om het evenwicht tussen publiek- en privaot recht te handhaven. De leer van de formele rechtskracht is echter uitsluitend van toepassing voor besluiten in de zin van de AWB. Nu geen sprake is van een besluit in de zin van de AWB, vloeit daaruit voort dat op die grond ook geen sprake kan zijn van een onaantastbaar besluit zoals het vonnis onder ro 4.2 stelt.
- 9) Voorzover daarvan wel sprake zou zijn, heeft de Hoge Raad van oudsher uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht aanvaard “*wanneer de bezwaren verbonden aan het beginsel van de formele rechtskracht door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat hierop, gezien de bijzonderheden van het gegeven*

geval, een uitzondering moet worden gemaakt⁵.” Deze uitzonderingsjurisprudentie is daarna meermaals bevestigd en kan als vaste jurisprudentie worden getypeerd.

10) Het betreft de volgende arresten die als toonzettend worden ervaren:

- HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 ,AB 1986, 573, m.nt. F.H. van der Burg (Heesch/Van de Akker). *De benadeelde was door toedoen van de gemeente ‘misleid door het burgerrechtelijk uiterlijk van het stelsel’, met andere woorden het kon de benadeelde niet worden tegengeworpen dat hij (ten onrechte) geloofde dat hij bezwaar en beroep niet mogelijk was, nu de gemeente er alles aan had gedaan om hem in die waan te brengen. Dat de benadeelde zulk een beroep achterwege heeft gelaten, valt hem derhalve niet aan te rekenen.*
- HR 11 november 1988, NJ 1990, 563(Ekro/Staat) + HR 12 oktober 2001, NJ 2001, 636 waarin de HR in rov. 3.4.2 overweegt: "De omstandigheid dat aan de overheid is toe te rekenen dat de belastingplichtige geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van beroep op de belastingrechter, kan grond zijn voor het aannemen van een uitzondering als zo-even bedoeld [leer van de formele rechtskracht, W-vG] (vgl. HR 14 mei 1993, nr. 8080, NJ 1993, 641)."
- HR 14 mei 1993 (Aruba/Playa Liquor), NJ 1993, 641: Een uitzondering op de formele rechtskracht bestaat in de situatie waarin het aan de overheid is toe te rekenen dat de belastingplichtige niet tijdig gebruik heeft gemaakt van zijn recht om bezwaar en beroep in te stellen tegen de aanslag .
- HR 18 juni 1993 (Van Aarle/Sint Oedenrode), NJ 1993, 643: De aan het beginsel van de formele rechtskracht verbonden bezwaren kunnen door bijzondere omstandigheden zo klemmend worden dat op dit beginsel, gezien de bijzonderheden van het gegeven geval, een uitzondering moet worden gemaakt. Van zodanige uitzondering kan met name sprake zijn wanneer de burger en het overheidslichaam het erover eens zijn dat het door een orgaan van het overheidslichaam genomen besluit onrechtmatig was.
- HR 23-02-2007, (DNB/Bankdirecteur) LJN: AX3070, C05/142HR. Het betreft een bankdirecteur wiens vordering tot schadevergoeding door uw Hoge Raad wordt toegewezen na verloop beroepstermijn. In verband met het verloop van het geding na verwijzing wordt nog het volgende overwogen. DNB heeft zich in haar memorie van grieven, nr. 59, erop beroepen dat ingevolge art. 6:11 Awb na publicatie van de uitspraak van het CBB van 11 januari 2000, voor [eiser] de mogelijkheid openstond binnen een redelijke termijn alsnog bezwaar te maken en, zo nodig, beroep aan te tekenen tegen het besluit. [eiser] heeft dit echter niet gedaan. Volgens DNB is het besluit daarom in elk geval onaantastbaar geworden in 2000, na ommekomst van die verlengde bezwaartermijn. Bij de beoordeling van dit verweer dient de rechter naar wie het geding wordt verwezen, het volgende in aanmerking te nemen. In het midden kan blijven of de bestuursrechter [eiser] ontvankelijk zou hebben geacht indien hij binnen een redelijke termijn na publicatie van de uitspraak van het CBB van 11 januari 2000, op de voet van art. 6:11 Awb, alsnog bezwaar en, zo nodig, beroep had ingesteld tegen het besluit. Het feit dat hij dit niet heeft gedaan, brengt in de bijzondere omstandigheden van het geval - waarin [eiser] ervan is uitgegaan en ervan mocht uitgaan dat hem geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel tegen het besluit ten dienste stond, terwijl dit rechtsmiddel alsnog ter beschikking kwam op een moment waarop een voldongen feit was ontstaan als gevolg waarvan hij niet meer in ongedaanmaking van dat besluit was geïnteresseerd, maar nog

⁵ HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 ,AB 1986, 573, m.nt. F.H. van der Burg (Heesch/Van de Akker), Ro 3.3.2

slechts in schadevergoeding - immers niet mee dat DNB zich erop zou kunnen beroepen dat het besluit in 2000 alsnog jegens [eiser] formele rechtskracht zou hebben gekregen.

11) De onderhavige situatie is vergelijkbaar met bovengenoemde uitzonderingen.

- -Vergelijkbaar met de situatie bij *Heesch/Van de Akker* wekte NOvAA eerst de indruk dat bezwaar en beroep tegen de factuur zinloos was tenzij sprake was van calculatiefouten en NOvAA overigens in eerste instantie kennelijk het standpunt huldigde dat sprake was van een privaatrechtelijk meningsverschil⁶. Beroep lag juridisch dus niet voor de hand en K kan niet worden verweten dat hij bij de keuze van het juiste rechtsmiddel geen rekening heeft gehouden met toekomstige onvoorziene ontwikkelingen in de jurisprudentie (Zie HR 25-11-1977 NJ1978/255, Loosdrechtse Plassenschap). K kan daarom niet worden aangerekend dat hij meende dat bezwaar en beroep niet mogelijk was.

Nadat het CBB-vonnis voluit bekend werd gemaakt, ook naar K, wekte NOvAA de indruk dat de Raad van Toezicht geen bestuursorgaan van de NOvAA was en ook geen sprake kon zijn van een bevoegdelijk genomen besluit omdat een toereikende wettelijke grondslag voor doorbelasting van de onderhavige toetsingsfacturen ontbrak en wet- en regelgeving daarom moesten worden aangepast.

- -Vergelijkbaar met *Ekro/Staat* was ook hier allereerst aan de NOvAA toe te rekenen dat de K geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van beroep binnen de beroepstermijn .
- -Vergelijkbaar met *Aruba/Playa Liquor* was ook hier allereerst sprake van aan de NOvAA toe rekenen omstandigheden dat de K geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van beroep binnen de beroepstermijn.
- -Vergelijkbaar met *Van Aarle/Sint Oedenrode* was ook hier allereerst aan de NOvAA toe te rekenen dat de K geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van beroep binnen de beroepstermijn omdat hij ongerechtvaardigd vertrouwen in NOvAA stelde. Evenals bij Sint Oedenrode is ook hier sprake van een onrechtmatig besluit dat, achteraf gezien, bestuursrechtelijk niet had mogen worden genomen toen ook NOvAA bevestigde dat de facturering plaatsvond door een niet bevoegd bestuursorgaan en voldoende wettelijke grondslag ontbrak.

⁶RO 2.2 van het CBB-arrest luidt: *Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.*

- Op 24 december 2004 heeft bij appellant een toetsing als bedoeld in de Verordening PPT plaatsgevonden.

- Op 31 december 2004 heeft verweerder appellant een factuur voor deze toetsing gezonden ten bedrage van ? 1.800,- exclusief BTW.

- Bij brief gedateerd 8 februari 2005 heeft appellant hiertegen bezwaar gemaakt.

- Na enige correspondentie tussen partijen heeft verweerder appellant bij brief van 23 juni 2005 bericht dat het hier geen kwestie betreft waarop de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is.

- - Vergelijkbaar met DNB/Bankdirecteur vertegenwoordigde K hier het spiegelbeeld van de situatie bij DBN. Eerst hield DNB vol dat bezwaar en beroep juridisch bestuursrechtelijk onmogelijk was (bij K wel juridisch bestuursrechtelijk mogelijk maar feitelijk zinloos). Vervolgens stelde DNB in cassatie, na de betreffende uitspraak van CBB waaruit bleek dat bezwaar en beroep wel mogelijk was, dat sprake was van formele rechtskracht. Uw Raad heeft dit argument terecht verworpen nu het bankdirecteur niet kon worden verweten dat hij niet tijdig bezwaar en beroep heeft ingesteld tegen het oorspronkelijke DNB-besluit.
- 12) Onder punt 2.3.2 van haar Schriftelijke Toelichting merkt NOvAA op dat de regel van de formele rechtskracht ook geldt ten aanzien van onbevoegd genomen besluiten. Deze opmerking is op zich veelal juist. De volgende stelling van NOvAA onder punt 2.3.3 is echter onjuist. NOvAA stelt hier dat de kantonrechter terecht concludeerde dat uit de formele rechtskracht van een besluit voortvloeit dat het besluit (de factuur van 24 december 2004) onaantastbaar is geworden. Deze stelling houdt echter geen rekening met bovenstaande uitzonderingsjurisprudentie. Het houdt ook geen rekening met het feit dat bijna twee jaar verstreken tussen de toetsing bij K en het bekend worden van het arrest van het CBB en het feit dat het alleen NOvAA en niet K verweten kan worden dat hij niet tijdig beroep heeft ingesteld. Hier was sprake van “misleiding” van K door NOvAA, mogelijk geboren uit slordigheid, slecht advies of onnozelheid. Ook de slotconclusie van NOvAA onder punt 2.3.3 van haar Schriftelijke Toelichting getuigt van een soortgelijke slordigheid. Hier merkt NOvAA op dat de vernietigingsgrond voor CBB was de in haar ro 5.8 gedane constatering dat de Raad voor Beroep geen bestuursorgaan was. Uit ro 5.10 van het CBB-vonniss valt evenwel al af te leiden dat het CBB daarnaast meende: *“Ook om een andere reden kan het bestreden besluit niet in stand blijven. Voor het College is namelijk komen vast te staan dat voor de doorberekening van de kosten van toetsing geen wettelijke grondslag bestaat.”*
- 13) De overige opmerkingen van NOvAA onder de punten 2.3.4 tot 2.3.6 van haar Schriftelijke Toelichting inzake de formele rechtskracht en de daarbij opgevoerde jurisprudentie betreffen uitvoerige herhalingen van eerdere onjuiste of onvolledige stellingen van NOvAA. Gezien voorgaande behoeven deze opmerkingen geen verder commentaar. De opmerking dat NOvAA aan de leer van de uitzonderingen op de formele rechtskracht geheel voorbij is gegaan, is reeds eerder afdoende toegelicht.
- 14) De opmerking van NOvAA onder de punten 2.3.7 tot 2.3.9 van haar Schriftelijke Toelichting inzake de motiveringsplicht, vereist daarentegen wel commentaar. Hier verwijst NOvAA naar de motivering van de Rechtbank in haar ro 4.2. Het aldaar door de Rechtbank gestelde qua feiten is op zich juist. Inderdaad zou in theorie het CBB bij tijdig beroep wederom hebben kunnen vaststellen dat de Raad van Beroep geen bestuursorgaan was en de wettelijke grondslag ontbrak. Ook is op zich juist de laatste volzin van ro 4.2 van de Rechtbank: *“Tenzij hier een uitzondering gemaakt moet worden op het beginsel van de formele rechtskracht is sprake van een*

- onaantastbaar besluit*”. Toch schuilt daar juist het motiveringsprobleem omdat de Rechtbank niet motiveert waarom geen uitzondering gemaakt moet worden als vaststaat dat het aan NOvAA is te wijten dat K niet tijdig bezwaar heeft gemaakt en beroep ingesteld.
- 15) Ook is op zich juist het gestelde onder punt 2.3.9 van NOvAA's Schriftelijke Toelichting dat, kort samengevat, een bestuursorgaan civielrechtelijk geen ander standpunt kan innemen inzake de verbindendheid van regelgeving dan haar bestuursrechtelijk door de hoogste bestuursrechter is geboden (HR 18 februari 2005, LJN: AO4257, NJ 2005, 283 SER / NVV). Voor deze casus is deze stellingname van uw Raad echter, anders dan NOvAA stelt, wel degelijk relevant. Aangenomen moet immers worden dat die uitspraak van uw Raad in ro 3.5 in de casus SER./NVV: *“van een bestuursorgaan moet worden verwacht dat het, als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft geacht, hetzij het daarheen leidt dat alsnog een verbindende regeling wordt totstandgebracht, hetzij zich ook in andere gevallen aan de uitspraak van die hoogste rechter houdt.”* ook van toepassing is op gevallen zoals K waar de betreffende verordening weliswaar niet onverbindend is verklaard maar de hoogste rechter op wezenlijke onderdelen zoals facturatie stelde dat deze verordening tekort schoot. Juist is dus de opmerking van NOvAA ter zake dat het CBB zich niet in zijn algemeenheid heeft uitgelaten over de verbindendheid van de Verordening Tarieven PPT 2004. Nu het CBB daarentegen wel degelijk heeft geconstateerd dat deze verordening tekort schoot omdat de wettelijke grondslag voor facturering ontbrak en de Raad van Toezicht geen bestuursorgaan was, is NOvAA daaraan ook civielrechtelijk gehouden. NOvAA heeft weliswaar na enkele jaren inderdaad de wet-en regelgeving kunnen aanpassen maar, zoals eerder betoogd, zonder terugwerkende kracht. Derhalve is NOvAA gehouden zich civielrechtelijk aan de uitspraak van het CBB te houden voor alle facturen gedateerd voordat wet-en regelgeving waren aangepast. Afwijkend van de slotconclusie van NOvAA onder haar punt 2.3.10 Schriftelijke Toelichting, betekent voorgaande derhalve dat de regel uit uw arrest SER/NVV van 18 februari 2005 ook hier toepassing dient te vinden.
- 16) Tot slot zij gewezen op de gebrekkige motivering van het vonnis van de kantonrechter inzake de formele rechtskracht onder ro 4.2. Ook van een kantonrechter mag worden verwacht bekend te zijn met de leer van de uitzonderingen op de formele rechtskracht. Deze leer is immers noodzakelijk in het Nederlandse recht om strijdigheid met art. 6 EVRM te voorkomen. Daarnaast mag verwacht worden dat de opmerking van uw Raad onder ro 3.5 uit het arrest SER/NVV van 18 februari 2005 dat een bestuursorgaan gehouden is civielrechtelijk dezelfde standpunten in te nemen zoals haar bestuursrechtelijk is geboden door de hoogste bestuursrechter en dat *“Daarmee is niet te verenigen dat het bestuursorgaan zou beschikken over een verkapt rechtsmiddel tegen een onherroepelijke bestuursrechtelijke uitspraak, en dat daardoor ook na de onverbindendverklaring door de hoogste bestuursrechter voor de betrokken burgers onduidelijkheid blijft bestaan over hun rechtspositie.”* Wegens dit ernstige motiveringsgebrek kan het vonnis van de Rechtbank niet standhouden.

- 17) Gezien het voorgaande moet de eindconclusie derhalve luiden dat deze grief 2 doel treft omdat de omstandigheden van dit geval een uitzonderingspositie op de leer van de formele rechtskracht rechtvaardigde en de kantonrechter in ieder geval onvoldoende heeft gemotiveerd waarom dit niet zo zou zijn.

Middel 3: Strijdigheid met art. 6 EVRM

- 18) Zoals ook NOvAA stelt in de punten 2.4.1 tot 2.4.3 van haar Schriftelijke Toelichting is op zich juist de stelling dat art. 6 EVRM niet strijdig is met de leer van de formele rechtskracht. Echter, dat was niet hetgeen middel 3 betoogt. Middel 3 betoogt dat het niet in overweging nemen van uitzonderingen op de formele rechtskracht het onaanvaardbare gevolg zou hebben dat door toedoen van een overheidsorgaan geen enkele rechtsgang voor K open zou staan.
- 19) NOvAA's stelling onder punt 2.4.3 van haar Schriftelijke Toelichting dat art.6 EVRM geen grondslag vormt voor het maken van uitzonderingen op de formele rechtskracht is simpelweg onjuist. Juist is alleen dat de Nederlandse korte bestuursrechtelijke beroepstermijnen mogelijk niet ter discussie zullen staan op die enkele grond.
- 20) Via diverse arresten (Emmott, Köbler, Kühne en Heitz, Commissie Italie en Metalgesellschaft) is immers inmiddels wel duidelijk geworden dat onder omstandigheden Europese regelgeving waaronder art. 6 EVRM, verplicht om uitzonderingen te maken op het beginsel van de formele rechtskracht. De onderhavige casus dat door toedoen van een overheidsorgaan geen enkele rechtsgang meer open zou staan voor een belanghebbende is weliswaar niet expliciet als zodanig uitgeprocedeerd tot in Straatsburg maar daar kan nauwelijks twijfel over bestaan gezien de tekst en geest van art. 6 EVRM.
- 21) Ook hier moet de conclusie dus zijn dat voorbij kan worden gegaan aan het verweer van NOvAA zodat middel 3 doel treft.

Middel 4: Geen Formele rechtskracht wanneer geen sprake is van een besluit

- 22) Middel 4 richt zich tegen de laatste overweging van de kantonrechter in ro 4.2: *“Tenzij hier een uitzondering gemaakt moet worden op het beginsel van de formele rechtskracht is sprake van een onaantastbaar besluit”*.
- 23) Afwijkend van de conclusie van NOvAA onder punt 2.5.1 van haar Schriftelijke Toelichting houdt dit middel 4 stand gezien het hierboven gestelde bij middel 1, 2 en 3.

Middel 5: Geen uitzonderingen op de formele rechtskracht?

- 24) Onder punt 2.6.1 en 2.6.2 van haar Schriftelijke Toelichting stelt NOvAA dat dit middel feitelijke grondslag mist omdat de kantonrechter onder 4.3 van het vonnis op dit betoog is ingegaan. Dit is een opmerkelijke stelling om meerdere redenen.
- a) Allereerst stelt de Rechtbank onder haar ro 4.3 dat *“Niet is gesteld dat gedaagde, althans de Raad van Toezicht Beroepsuitoefening AA's voor het verstrijken van de termijn waarbinnen eiser bezwaar had kunnen maken tegen de factuur / besluit d.d. 24 december 2004 zich tegenover eiser op het standpunt heeft gesteld dat de factuur d.d. 24 december 2004 geen besluit is als bedoeld in art. 1:3 van de AWB”* Met deze overweging miskent de Rechtbank het essentiële gegeven dat de oorzaak hiervan is ontstaan door toedoen van NOvAA. Het kan K niet worden verweten dat NOvAA uit slordigheid, slecht advies of onnozelheid regelgeving heeft gemaakt die achteraf bezien kennelijk niet kan standhouden en al haar leden tot ruim na het vonnis van het CBB heeft bijgebracht dat deze regelgeving bindend zou zijn voor alle leden waaronder K. Uit het CBB-vonnis blijkt zelfs dat NOvAA zelf kennelijk ook niet wist of zij een privaatrechtelijke regeling tot stand had gebracht of een publiekrechtelijke. Het is nu eenmaal de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan om onaantastbare regelgeving met voldoende wettelijke grondslag te ontwikkelen. Het bestuursorgaan moet daarom zelf de verantwoordelijkheid voor het ontbreken van wettelijke grondslag financieel dragen en kan dat niet afwentelen op enkele individuen en tegelijk anderen uitzonderen. Deze ook voor de Rechtbank vaststaande feiten waren op zich al voldoende om uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht toe te staan.
- b) Vervolgens stelt de Rechtbank onder haar ro 4.3 dat: *“Overigens is onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat een uitzondering gemaakt moet worden op het beginsel van de formele rechtskracht in dit geval waar eiser pas bij brief d.d. 1 mei 2007, ruim 7 maanden na de uitspraak van het CBB, gedaagde om terugbetaling van het bedrag van € 2.142,- heeft gevraagd.”* Kennelijk maakt de Rechtbank daarmee K het verwijt niet dagelijks alle vonnissen van het CBB te lezen om onmiddellijk daarop te kunnen reageren. Ook sluit de Rechtbank impliciet en ten onrechte de mogelijkheid uit dat NOvAA enige tijd heeft gearzeld of en hoe over dit CBB-vonnis met haar leden te communiceren. Toch heeft NOvAA enige tijd gearzeld zoals blijkt uit de brief aan alle leden⁷ d.d. 27 maart 2007 over dit onderwerp, ruim 6 maanden later. Vervolgens reageert K bij brief d.d. 1 mei 2007 dus binnen ruim een maand na de brief aan alle leden over dit onderwerp. Daaruit blijkt dat het gestelde door de Rechtbank in deze rechtsoverweging diametraal in strijd is met de ook aan de Rechtbank bekende feiten. Het was uitsluitend aan NOvAA te wijten dat K pas kon reageren na verspreiding van NOvAA's brief aan alle leden.
- 25) Nu met bovenstaande iedere feitelijke grondslag aan het onder punt 2.6.1 en 2.6.2 van haar Schriftelijke Toelichting doet ontvallen, kan ook aan NOvAA's

⁷ Zie productie 2 van de Conclusie van Antwoord NOvAA, toegelicht bij punt 4.2.

vervolgconclusie in punt 2.6.3 voorbij worden gegaan. Ook dit middel 5 treft dus doel.

Middel 6: Geen verplichting om op het besluit terug te komen?

- 26) Onder punt 2.7.2 van haar Schriftelijke Toelichting betoogt NOvAA dat de omstandigheid dat in een procedure tussen een bestuursorgaan en een andere burger is komen vast te staan dat een bepaalde heffing niet in rekening kan worden gebracht, geen aanleiding vormt ten opzichte van een burger die niet tijdig bezwaar heeft gemaakt of beroep heeft ingesteld een uitzondering te aanvaarden op het beginsel van de formele rechtskracht. Deze stelling is op zich juist maar houdt, zoals eerder betoogd bij middel 2, geen rekening met bekende opvattingen van uw Raad over de noodzaak tot uitzonderingen op de formele rechtskracht.
- 27) Uit de hiervoor bij middel 2 geciteerde jurisprudentie blijkt ook, in tegenstelling met hetgeen NOvAA betoogt onder haar punt 2.7.3 dat nieuw gebleken feiten en veranderde jurisprudentie wel degelijk dergelijke uitzonderingen rechtvaardigen. De onder punt 2.7.3 door NOvAA geschetste jurisprudentie ter zake geeft slechts een zeer eenzijdig beeld van de stand van zaken.
- 28) De essentie van het in middel 6 gestelde is dat, gezien de feiten, het een bestuursorgaan in het maatschappelijk verkeer niet betaamt om na een uitspraak in hoogste ressort ter verkrijging van financieel voordeel onrechtmatig eigendom te ontnemen en vervolgens vast te houden aan vermeende verschuldigdheid bij de een en niet bij de ander en zodoende uitzonderingen te maken. Het CBB heeft niet voor niets aangegeven dat deze soort kosten voldaan zouden kunnen/moeten worden uit de algemene contributie.
- 29) Deze wezenlijke stelling in middel 6 loopt parallel met de overwegingen van uw Raad onder 3.5 uit het arrest SER/NVV van 18 februari 2005 dat een bestuursorgaan gehouden is civielrechtelijk dezelfde standpunten in te nemen zoals haar bestuursrechtelijk is geboden door de hoogste bestuursrechter en dat daarmee niet is te verenigen dat het bestuursorgaan zou beschikken over een verkapt rechtsmiddel tegen een onherroepelijke bestuursrechtelijke uitspraak.
- 30) Ook al zou het optreden van NOvAA rechtmatig zijn geweest dan nog geldt het gestelde door uw Raad in arrest van 17-9-2004⁸: *“Ook indien een overheidshandeling op zichzelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt, is de overheid op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de onevenredig nadelige gevolgen van zodanige handeling, dat wil zeggen de gevolgen die buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen en die op een beperkte groep burgers of instellingen drukken (vgl. HR 30 maart 2001, nr. C00/083, NJ 2003, 615).”* Zie ook HR 20-06-2003, LJN: AF7902, C02/033. Ook de

⁸LJN: AO7887, Hoge Raad, C03/068HR

jurisprudentie van de Raad van State⁹ volgt deze lijn. Ook al zou het optreden van NOvAA gericht zijn op het openbaar belang en rechtmatig, kan niet worden volgehouden dat het risico dat het ene lid van NOvAA wel restitutie krijgt en het andere niet, behoort tot het maatschappelijk risico van K. Dat maakt de civielrechtelijke weigering van NOvAA om schadevergoeding toe te kennen op zich al onrechtmatig. NOvAA hanteert daarnaast verkapte rechtsmiddelen tegen een haar onwelgevallig onherroepelijke bestuursrechtelijke uitspraak in hoogste ressort.

- 31) In herinnering zij gebracht de noot¹⁰ van AG T. K bij het arrest HR 3 april 1998, NJ 1998, 726, met onderstaand citaat: *“de openbare dienst moet, door de aard van zijn functioneren, soms nadeel toebrengen aan de justitiabelen, maar hij kan dit nadeel niet geheel of ten dele afwentelen op een bepaald individu of op een beperkte groep”*. Los van de vraag of sprake is van civiel of publiekrecht, leidt dit beginsel er toe dat K recht heeft op dezelfde compensatie als X in het onderhavige CBB-arrest.
- 32) Het in middel 6 gestelde is overigens slechts een verwijzing naar algemeen aanvaarde rechtsbeginselen, ook gecodificeerd in Europees recht. In in eerste instantie is al verwezen naar artikel 1 eerste protocol EVRM. Uit het middel blijkt duidelijk en onweersproken dat X wel werd gecrediteerd maar K niet. Daarmee ontstaat strijdigheid met het rechtsbeginsel *“égalité devant les charges publiques”* en het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel is slechts deels neergelegd in art. 3:4 AWB. Meer universeel is het vastgelegd in art. 1 lid 2 van het 12e Protocol bij EVRM: *“Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op met name, een van de in het eerste lid genoemde gronden.”* Onder de in het eerste lid genoemde gronden valt iedere status zoals het lidmaatschap van NOvAA alsmede het wel of niet gerestitueerd krijgen van onrechtmatig uitgeschreven facturen.

⁹Zie noot 20 bij HR 30 maart 2001 LJN: AB0801: *op grond van het uit het algemene rechtsbeginsel van “égalité devant les charges publiques” volgt dat bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige - buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende - schade als gevolg van een op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden*. ABRS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB; ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB. 21 HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB onder nr. 639; AB 1991, 241 m.nt. FHvdB; het arrest wordt ook besproken in AA 1991 blz. 656 e.v. door P.J.J. van Buuren, in Adv.blad 1991 blz. 342 e.v. door K. van Duyvendijk, in Regelmaat 1991, blz. 105 e.v. door R.M. van Male en in Kwartaalbericht NBW 1991 blz. 96 e.v. door J. Spier.

¹⁰“Onevenredig” in de Lefferse zin van het woord betekent dus (kan niet anders betekenen dan): onevenredig in verhouding tot het nadeel dat door alle andere getroffen ondernemers, i.c. varkensmesters, wordt geleden. Het is daarom een heel ander begrip onevenredig dan dat gehanteerd in art. 3:4 Awb. Daar gaat het om nadeel dat onevenredig is in verhouding tot de doelen die met de regelgeving moeten worden bereikt, d.w.z. om toepassing van het evenredigheidsbeginsel. De onevenredigheid uit de Leffers-doctrine is evenwel toepassing van het gelijkheidsbeginsel: de openbare dienst moet, door de aard van zijn functioneren, soms nadeel toebrengen aan de justitiabelen, maar hij kan dit nadeel niet geheel of ten dele afwentelen op een bepaald individu of op een beperkte groep (*“égalité devant les charges publiques”*).

33) Op bovengenoemde gronden kan slechts geconcludeerd worden dat NOvAA's verweer geen stand kan houden en ook dit middel 6 dus doel treft.

Tot persistit
Advocaat