

Brummen en de omvang van de devolutieve werking in het bestuursrechtelijk appel

*Paulien Willemsen*¹

1. Inleiding

Boudewijn de Waard heeft een belangrijke rol gespeeld bij de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursprocesrecht. In het bestuursprocesrecht zijn burgers niet verplicht met een advocaat bij de bestuursrechter te procederen. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat de procedure laagdrempelig is en de bestuursrechter een actieve rol speelt. Als men echter de jurisprudentie bekijkt, kan men zich afvragen of dit uitgangspunt nog wel juist is en of een burger er niet beter aan doet een advocaat in de arm te nemen. Ik ga in deze bijdrage niet in op de vraag of verplichte procesvertegenwoordiging wenselijk is en of een dergelijk stelsel op gespannen voet zou kunnen staan met bijvoorbeeld artikel 6 EVRM ten aanzien van partijen die zich om financiële redenen niet kunnen veroorloven (meer) advocaatkosten te maken. Ik ga evenmin in op de vraag of hier wellicht nog strengere normen gelden voor rechtsbescherming tegen de overheid. Zeer interessante vragen, maar eerst moet de voorvraag worden beantwoord: kunnen burgers zichzelf voldoende vertegenwoordigen? In dit artikel behandel ik een klein deel van deze voorvraag: de verhouding tussen de devolutieve werking van het hoger beroep, incidenteel hoger beroep en de Brummenlijn. Ik betrek daarbij mede het civiele recht.

2. De positie van de geïntimeerde en de positieve devolutieve werking in het civiele appel

Het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2012² vormt een uitzondering op de hoofdregel van de devolutieve werking in het civiele appel en laat om die reden goed het verschil zien tussen het civiele systeem en het systeem in het bestuursprocesrecht. De Hoge Raad oordeelde dat de hoofdregel van de devolutieve werking geen toepassing vindt voor zover in het dictum de vordering van eiser is toegewezen waardoor het vonnis in zoverre in kracht van gewijsde is gegaan.

De casus was als volgt. In november 2007 ondertekent een werkgever een arbeidsovereenkomst met een werknemer. In maart 2008 schrijft de werkgever aan de werknemer dat de arbeidsovereenkomst conform diens verzoek met wederzijds goedvinden per 1 april 2008 wordt ontbonden. De werknemer kan zich vinden in het ontslag per 20 mei 2008, maar gaat niet akkoord met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 1 april 2008. De werknemer vordert een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst in stand is gebleven tot 20 mei 2008 en dat de werkgever zal worden veroordeeld hem het loon te voldoen over de periode van 20 november 2007 tot 20 mei 2008. De werkgever betwist dat er een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen en voert subsidiair aan dat de werknemer hooguit over de periode van 1 januari 2008 tot 1 april 2008 recht heeft op salaris omdat hij zijn arbeidskracht buiten die periode niet meer ter beschikking heeft gesteld.

De kantonrechter oordeelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst van 20 november 2007 tot 20 mei 2008, maar honoreert het subsidiaire verweer van de werkgever en wijst de vordering dan ook toe voor alleen de periode van 1 januari 2008 tot 1 april 2008. De werknemer gaat in hoger beroep tegen de gedeeltelijke afwijzing van zijn vordering. Onder verwijzing naar de devolutieve werking van het appel beoordeelt het hof of er een

¹ Paulien Willemsen is als universitair docent bestuursrecht verbonden aan de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtsleer van de Universiteit Utrecht en advocaat bij LNW Advocaten .

² HR 30 maart 2012, ECLI: NL: HR:2012: BU8512, NJ, 2012, 583, m.nt. Krans.

arbeidsovereenkomst bestond. In de procedure in cassatie is de vraag of het hof de grenzen van de rechtsstrijd heeft geschonden. Meer specifiek gaat het om de grenzen van de procedure in hoger beroep. De werkgever heeft geen incidenteel appel ingesteld en heeft dan ook geen grief gericht tegen de beslissing van de kantonrechter dat er een arbeidsovereenkomst bestond. Dat stond in hoger beroep dus vast en dat had het hof dus niet mogen beoordelen, zo betoogt de werknemer in cassatie. De Hoge Raad oordeelt dat nu de werkgever heeft nagelaten (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de kantonrechter voor zover daarbij de vordering van de werknemer was toegewezen het hof het primaire verweer van de werkgever niet meer in zijn beoordeling van het hoger beroep kon betrekken. De klacht slaagt dan ook.

In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest schrijft A-G Spier:

‘Wanneer Fafianie (de werknemer, PW) het gelijk aan zijn zijde zou hebben zou dat tot merkwaardige en ook tot onwenselijke uitkomsten leiden. Het zou betekenen dat een gedaagde die in eerste aanleg gedeeltelijk ongelijk heeft gekregen en die daarin om hem moverende redenen berust in appel zou moeten verschijnen om (voorwaardelijk) incidenteel beroep in te stellen om te voorkomen dat in ander verband zou worden voortgebouwd op een oordeel over de kwestie waaromtrent hij de strijd opgeeft.’

De grenzen van het geschil in hoger beroep worden in beginsel bepaald door de appeldagvaarding en de memorie van grieven. Een eventueel incidenteel beroep is ook van belang voor die grenzen, maar een incidenteel beroep is lang niet altijd nodig om de in eerste aanleg gevoerde verweren aan het oordeel van de appelrechter voor te leggen. Voor zover de geïntimeerde in het dictum van het vonnis van de eerste rechter in het gelijk is gesteld, behoeft hij de stellingen die hij in dit verband in eerste instantie heeft verdedigd, maar die door de eerste rechter buiten behandeling zijn gelaten of verworpen, niet door een incidenteel appel aan de appelrechter voor te leggen, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.3.2. De devolutieve werking brengt mee dat indien de geïntimeerde in een dergelijk geval bedoelde stellingen ook in incidenteel appel aan het hof zou voorleggen, dat ‘dubbelop’ zou zijn. Dit is de hoofdregel. De vraag is: geldt deze hoofdregel ook in een geval als het onderhavige? De Hoge Raad beantwoordt de vraag ontkennend. Niet aanvaard kan worden, zo oordeelt hij, dat in een geval als dit het primaire verweer van de geïntimeerde op grond van de genoemde hoofdregel van de devolutieve werking opnieuw zou kunnen (en moeten) worden beoordeeld, zonder dat de geïntimeerde incidenteel appel heeft ingesteld — ook niet voorwaardelijk — tegen het voor hem ongunstige, op de verwerping van zijn verweer berustende gedeelte van het dictum, teneinde te voorkomen dat dit gedeelte van het dictum in kracht van gewijsde gaat en de daaraan ten grondslag liggende beslissing van de eerste rechter gezag van gewijsde verkrijgt (rov. 3.3.4, tweede volzin). De Hoge Raad motiveert het buiten toepassing laten van de devolutieve werking met een beroep op het voorkomen van tegenstrijdige onherroepelijke uitspraken. Als de appelrechter over hetzelfde geschilpunt een ander oordeel geeft dan de rechter in eerste aanleg en zijn uitspraak gaat in kracht van gewijsde, bestaan met betrekking tot dat geschilpunt immers twee tegenstrijdige rechterlijke uitspraken (rov. 3.3.4, slotzin). Het hof was dus niet bevoegd om het verweer van de werkgever dat geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan opnieuw te beoordelen.

Een verweer in eerste aanleg dat is verworpen en heeft geleid tot een voor de (thans) geïntimeerde ongunstig deel van het dictum, wordt in een door de wederpartij ingesteld appel dus niet opnieuw beoordeeld, indien de geïntimeerde geen incidenteel appel heeft ingesteld tegen dit voor hem ongunstige deel van het dictum. Dat is in wezen een uitzondering op de devolutieve werking van het appel.

Voor de keuze van de Hoge Raad pleit dat deze benadering het risico op tegenstrijdige

uitspraken uitsluit.

Geïntimeerde moet echter wel (voorwaardelijk) incidenteel appel instellen om een verweer uit eerste aanleg te handhaven. In zijn annotatie onder deze uitspraak merkt Krans op dat dit klemmend wordt in het door A-G Spier in zijn conclusie sub 4.2 genoemde geval dat een gedaagde die in eerste aanleg gedeeltelijk ongelijk heeft gekregen en daarin om hem moverende redenen berust, in appel moet verschijnen om daarin (voorwaardelijk) incidenteel beroep in te stellen om te voorkomen dat in ander verband zou worden voortgebouwd op een kwestie waarover hij de strijd opgeeft.

Het arrest, zo merkt Krans ten slotte op, betekent in elk geval dat een (aanstaand) geïntimeerde die in eerste aanleg gedeeltelijk gelijk kreeg, alert moet zijn met het tijdig instellen van een (voorwaardelijk) incidenteel appel om te voorkomen dat een verweer dat hij in eerste aanleg voerde niet door de appelrechter wordt beoordeeld als de zaak door het slagen van een grief weer open ligt.

Het opvallende van deze uitspraak is natuurlijk voor bestuursprocesrechtjuristen dat de uitzondering in het civiele recht de hoofdregel is in de Brummen-jurisprudentie.

3. Brummen en de wenselijke omvang van de positieve devolutive werking in het bestuursprocesrecht

Zoals bekend, houdt de Brummen-jurisprudentie in dat het niet instellen van hoger beroep tegen een eerdere uitspraak van de rechtbank tot gevolg heeft dat, indien in beroep tegen de hernieuwde beslissing op bezwaar beroepsgronden worden aangevoerd die door de rechtbank in die eerdere uitspraak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn verworpen, de rechtbank van de juistheid van het eerder gegeven oordeel over die beroepsgronden heeft uit te gaan. De Brummen-jurisprudentie is niet van toepassing waar het gaat om onbesproken beroepsgronden.³

De Brummen-lijn heeft ook gevolgen voor het devolutive traject. In het bestuursprocesrecht wordt aangenomen dat het dan strikt genomen niet gaat om de Brummen-lijn, deze is strikt genomen voorbehouden aan de situatie dat er sprake is van een hernieuwde beslissing op bezwaar. De strekking, zo is de gedachte, is echter dezelfde: een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen beroepsgrond waartegen niet in hoger beroep wordt opgekomen staat in rechte vast, hetzij in het geding omtrent een hernieuwde beslissing op bezwaar (zuivere Brummen-lijn), hetzij in het devolutive traject (onzuivere Brummen-lijn).⁴ De Brummenlijn geldt ook in die zin dat, indien hetgeen het bestuursorgaan aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd, door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud wordt verworpen en het bestuursorgaan geen hoger beroep instelt, dit tot gevolg heeft dat in het vervolg van de procedure wordt uitgegaan van de juistheid van de aan de vernietiging ten grondslag gelegde overwegingen.

Had de kantonrechter in de zojuist besproken casus het oordeel neergelegd in een bindende eindbeslissing, dan had de zaak er anders uitgezien. De leer van de bindende eindbeslissing brengt mee dat de rechter in het civiele recht die een beslispoint in een zaak uitdrukkelijk en zonder voorbehoud afdoet daar in beginsel aan is gebonden. Als de rechter in eerste aanleg aan zijn uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing is gebonden, is de appelrechter dit in de regel ook indien deze beslissing niet in appel wordt bestreden. Vaak zal een bindende eindbeslissing in een tussenuitspraak staan. In de tussenuitspraak wordt in de *overwegingen* uitdrukkelijk en zonder voorbehoud een einde aan een deel van de rechtsstrijd gemaakt, maar dit wordt nog niet in het dictum opgenomen. Voor zover de appellat tegen

³ ABRvS 19 januari 2005, AB 2005, 115, m.nt. Willemsen; JB 2005/79; ABRvS 11 april 2007, zaaknr. 200602896/1.

⁴ Ortlep onder ABRvS 10 juli 2008, AB 2008, 270.

een eindbeslissing in eerste aanleg geen grief heeft aangevoerd, blijft deze buiten de rechtsstrijd, behoudens de werking van de openbare orde en de devolutieve werking van het hoger beroep binnen het door de grieven omsloten gebied. Dit vloeit voort uit het grievenstelsel. Dit wordt ook wel de negatieve zijde van de devolutieve werking genoemd. Het grievenstelsel beperkt de rechtsstrijd. De positieve zijde van de devolutieve werking breidt de rechtsstrijd weer uit. Indien een grief van appelland slaagt en dit tot een nadelig resultaat voor geïntimeerde zou leiden, moet het hof ambtshalve alle door geïntimeerde in eerste aanleg ingenomen stellingen en weren die niet uitdrukkelijk zijn prijsgegeven, opnieuw beoordelen.

Een bindende eindbeslissing krijgt pas gezag van gewijsde als het vonnis waarin zij is vervat in kracht van gewijsde is gegaan. Omdat zij onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd in appel kan een dergelijke beslissing nog geen gezag van gewijsde hebben. Het gezag van gewijsde wordt in het civiele recht niet ambtshalve toegepast.

De bestuursrechter verricht lang niet altijd een originele rechtsoverweging. Het zijn meestal bestuursorganen die zorgdragen voor de totstandkoming van een originele rechtsoverweging door het nemen van besluiten. Met finaliteit wordt lang niet altijd bedoeld het nemen van een besluit door een bestuursrechter, maar vaak de duidelijkheid die een rechterlijke uitspraak zoveel mogelijk moet bieden voor de verdere gelding en uitwerking van de rechtsbetrekking. Een uitspraak is in die zin bepalend voor de context van het vervolg. In het Nederlandse bestuursprocesrecht maken de uitdrukkelijk verworpen beroepsgronden en de corrigerende oordelen van de rechter onderdeel uit van het dictum. In het civiele recht is dat, zoals zojuist bleek, meestal niet het geval. Dit feit heeft belangrijke consequenties voor de vraag of iets valt onder de devolutieve werking van het appel en de vraag wanneer men incidenteel moet appelleren. Zoals ik al opmerkte, zou de geïntimeerde geen incidenteel appel hebben hoeven instellen als de kantonrechter had gekozen voor de bindende eindbeslissing. Dit biedt de geïntimeerde meer bescherming. Wel kan men om een andere reden, te weten dat er sprake is van een ongelijkwaardige positie tussen de appelland en de geïntimeerde in appel (ik kom daar zo nog op terug) vinden dat de positieve kant van de devolutieve werking beperkt moet worden. Maar eerst is van belang om vast te stellen of er in het bestuursprocesrecht een goede reden is om het anders te doen. Dus kort en goed: moeten wij verworpen gronden of corrigerende oordelen wel zien als onderdeel van het dictum? Kunnen deze ook niet beter worden beschouwd als bindende eindbeslissingen die voor wat betreft de geïntimeerde automatisch vallen binnen de omvang van het appel? En in de zuivere Brummenlijn-situatie zou deze bindende eindbeslissing gezag van gewijsde hebben gekregen. Volgens mij kunnen we dat toch beter niet doen. Immers, als het bestuursorgaan of een derde niet in hoger beroep gaat en de burger dus niet valt onder de bescherming van de positieve devolutieve werking, zal de burger zich niet snel realiseren dat het bestuursorgaan zich zou kunnen beroepen op de binding van deze overwegingen middels het gezag van gewijsde van de bindende eindbeslissing. Zou men hiertegen bescherming willen bieden, dan zou men de zuivere Brummenlijn en eigenlijk het gezag van gewijsde van bindende beslissingen los moeten laten. Omdat het bestuursorgaan in de meeste gevallen de originele rechtsoverweging verricht is binding via de rechterlijke uitspraak dan veel minder mogelijk en zal de duidelijkheid die een rechterlijke uitspraak zoveel mogelijk moet bieden voor de verdere gelding en uitwerking van de rechtsbetrekking veel minder mogelijk zijn. Een procedure zou op die manier erg lang kunnen gaan duren. Dan maar liever een uitspraak van de rechtbank waarin de rechtbank geen misverstand laat bestaan over wat is beslist en wat daartegen kan worden gedaan.

4. De omvang van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijke hoger beroep

Het algemene bestuursprocesrecht kende lang geen incidenteel appel. In de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is voorzien in incidenteel appel. De genoemde wet is op 1 januari 2013 in werking getreden, maar de bepalingen inzake incidenteel hoger beroep zijn daarvan uitgezonderd. Die gelden sinds 1 juli 2013.

Geïntimeerde heeft ook de mogelijkheid om het incidenteel appel voorwaardelijk in te stellen, meer in het bijzonder onder de voorwaarde dat de rechter het principaal appel geheel of gedeeltelijk gegrond zal bevinden.⁵ Een voorwaardelijk incidenteel hoger beroep vervalt als het hoger beroep niet-ontvankelijk of ongegrond is, dan wel wordt ingetrokken. In het laatste geval deelt de griffier de indiener mee dat zijn hoger beroep is vervallen.⁶ Het voorwaardelijk appel weerspiegelt de verdedigingsfunctie van het incidenteel appel. Voorwaardelijk incidenteel appel ligt dus voor de hand als men niet volledig gelijk heeft gekregen en men bereid is daarin te berusten.

Mede uit het bovenstaande volgt het kader waarbinnen de appelrechter zijn oordeel heeft te geven. Dit kader wordt bepaald door de gronden van de (principaal en eventueel de incidenteel) appellants(en) en de devolutieve werking van het appel.⁷ De omvang van het geding van het hoger beroep wordt – afgezien van de ambtshalve toetsing – alleen bepaald door de gronden van de appellants(en). Artikel 8:69 lid 1 Awb is van overeenkomstige toepassing.⁸ Hetgeen echter door de verweerder in hoger beroep tegenover de gronden wordt aangevoerd, moet in appel eveneens in de beoordeling worden betrokken. Anders kan de rechter de juistheid van de gronden niet wegens. Om een en ander helder te maken wordt dit aangeduid met de eerste fase.⁹

Deze eerste fase omvat tevens de situatie dat bij wijze van uitzondering de rechtsstrijd uitgebreid kan worden door geïntimeerde. Dit is mogelijk als sprake is van een zo nauwe verwevenheid tussen hetgeen appellants aan de orde heeft gesteld en hetgeen de geïntimeerde vervolgens in het verweerschrift aanvoert bij wijze van ‘eigen’ beroepsgronden dat de rechter het ene standpunt niet los van het andere kan beoordelen.¹⁰ Schreuder-Vlasblom geeft een helder voorbeeld waar zij schrijft: “De rechtbank kan een besluit tot ontslag wegens herhaaldelijk plichtverzuim vernietigen omdat ze bepaalde incidenten anders dan het bestuur niet als zodanig aanmerkt althans minder ernstig acht en daarom de verzuimen tezamen onvoldoende zwaarwegend acht. Het bestuur komt alleen op tegen die overwegingen. Dan is in hoger beroep toch het gehele complex feiten dat het verweten plichtsverzuim opleverde aan de orde en oordeelt de appelrechter dus ook over de door de rechtbank wel aanvaarde elementen van dat verzuim.”¹¹

⁵ Artikel 8:112 lid 1 Awb

⁶ Artikel 8:112 lid 2 Awb

⁷ Zie voor de positie van verweerder in relatie tot de (incidenteel) appellants het arrest van de belastingkamer van de HR van 19 december 2014, AB 2015, 63 met lezenswaardige noot van Marseille én De Waard.

⁸ Zie M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p.1201.

⁹ Voor deze paragraaf heb ik gebruik gemaakt van een eerder verschenen publicatie, te weten P.A. Willemsen, De toegang tot het bestuursrechtelijk hoger beroep gewogen, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Hoger beroep: renovatie en innovatie. Het appel in het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, pp. 107-135.

¹⁰ CRvB 22 oktober 2008, *LJN* BG1621, *AB* 2008, 358 m.nt. Marseille; ABRvS 10 juli 2008, 200803901/1; *AB* 2008, 270, m.nt. Ortlep; *JB* 2008/188; *JV* 2008/315.

¹¹ Zie M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1209. Zie recent CRvB 11 december 2014, *AB* 2015, 62

Slaagt een grond van de appellant én zou dat op zichzelf tot vernietiging van de bestreden uitspraak moeten leiden, dan dient de appelrechter krachtens de devolutieve werking het onderliggende geschil te beoordelen zoals zich dat in eerste aanleg heeft ontwikkeld en in hoger beroep wellicht nader is toegespitst of uitgewerkt. Echter, de appelrechter dient daarbij de door de eerste rechter uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen gronden waartegen niet in hoger beroep is gekomen te eerbiedigen. Hij dient enkel de in eerste aanleg niet behandelde gronden van geïntimeerde die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven alsnog te onderzoeken. Anders geformuleerd: door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen gronden waartegen niet in hoger beroep is gekomen, worden door de Afdeling niet devolutief beoordeeld.¹² Illustratief op dit punt is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 12 augustus 2009.¹³ De Afdeling overwoog:

“Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Ten aanzien van het beroep van [wederpartij] tegen het besluit van 10 oktober 2007 overweegt de Afdeling dat, voor zover met het vorenoverwogene niet op de bij de rechtbank voorgedragen beroepsgronden is beslist, aan deze gronden niet wordt toegekomen. Over die gronden is door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud een oordeel gegeven, waartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Evenmin is sprake van een nauwe verwevenheid tussen het oordeel over die gronden, dan wel onderdelen van het bij de rechtbank bestreden besluit waarop ze betrekking hebben, en hetgeen in hoger beroep aan de orde is gesteld. Deze beroepsgronden vallen thans dientengevolge buiten het geschil. Gelet op het vorengaande, zal de Afdeling het beroep van [wederpartij] tegen het besluit van 10 oktober 2007 alsnog ongegrond verklaren.”

De gedachte zal zijn dat het middel van hoger beroep strekt tot verkrijging van een gunstiger uitspraak. Het geschil, voor zover de uitspraak strekt ten gunste van appellant, wordt niet in nadere overweging genomen. Wat reeds te zijnen gunste is beslist, blijft aan het oordeel van de appelrechter onttrokken. Wil verweerder bereiken dat ook dit wordt getoetst, dan had hij zelf moeten appelleren. Gronden van de verweerder waar de rechtbank niet aan toe is gekomen, dienen zoals net al werd opgemerkt wel alsnog te worden beoordeeld.¹⁴

Het bestuursrechtelijke appel draagt derhalve slechts ten aanzien van onbesproken gronden van geïntimeerde een tweede fase in zich. Het bespreken van de onbesproken gronden van verweerder brengt mee dat wat door de appellant als gedaagde of als eiser in eerste aanleg tegenover de stellingen van de verweerder is aangevoerd in appel eveneens in de beoordeling moet worden betrokken, tenzij appellant zijn desbetreffende stellingen heeft prijsgegeven.¹⁵

Anders dan in het civiele appel draagt het bestuursrechtelijke appel derhalve in beperktere mate, namelijk slechts ten aanzien van onbesproken gronden van geïntimeerde, een tweede fase in zich.

5. Slotbeschouwing

Het civiele stelsel strekt in de woorden van de Hoge Raad ter bescherming van de geïntimeerde die daardoor wordt behoed voor de nadelige gevolgen van het niet instellen van incidenteel beroep zijnerzijds. Bakels heeft erop gewezen dat er aldus in de positie van de

¹² Zie bijvoorbeeld: ABRvS 8 december 2005, 200507024/1, *JV* 2006/39; ABRvS 12 augustus 2009, 200900197/1/V6.

¹³ ABRvS 12 augustus 2009, 200805552/1/V6.

¹⁴ ABRvS 1 december 2004 LJN:AR6769, nr. 200400017/1.

¹⁵ Zie verder ook M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 556-557.

appellant die grieven moet aanvoeren en van de geïntimeerde die dat niet hoeft een zekere onevenwichtigheid is geslopen.¹⁶ Ras merkt terecht op dat dit de consequentie is van het laten vallen van de eis van incidenteel appel en van het uitslijpen van het vereiste dat het verweer of de grond is gehandhaafd.¹⁷

Men vraagt zich als niet-civilist af waarom de lijn die in het bestuursprocesrecht wordt gevolgd niet ook in het civiele procesrecht wordt toegepast. Dat zou onmiddellijk het probleem oplossen dat geïntimeerde van rechtswege aanspraak heeft op een volledige tweede fase terwijl appellant alleen recht heeft op de beoordeling van zijn grieven. Het incidenteel appel haalt de scherpe kantjes van deze lijn af.

Wattel merkt in zijn heldere conclusie bij het arrest van de HR van 4 december 2009 op dat de vergaande bescherming van de geïntimeerde ten aanzien van de verworpen gronden in het civiele recht niet onomstreden is, onder meer omdat de huidige leer tot veel complicaties bij de hoven leidt en (daardoor) tot veel cassatieberoepen.¹⁸ Wattel komt daarom met een tussenoplossing voor het fiscale recht. Hij betoogt voor een geval waarin het gaat om een in eerste aanleg verworpen stelling van de geïntimeerde die bij aanvaarding niet tot een beter resultaat voor die partij zou hebben geleid: “[V]an de geïntimeerde mag verwacht worden dat hij een stelling waar hij aan hecht, maar die in eerste aanleg verworpen is, in hoger beroep herhaalt, maar dat hoeft niet reeds bij (incidenteel) hoger beroep.”¹⁹ Die oplossing doet volgens de A-G “het meeste recht aan de belangen van beide procespartijen en tegelijk aan de proceseconomie en de procesoverzichtelijkheid: de geïntimeerde moet weliswaar zijn in eerste aanleg verworpen stellingen herhalen in hoger beroep, maar dat kan hij in elke stand van het geding doen mits het verdedigingsbeginsel en de (overige) goede procesorde gerespecteerd worden”.²⁰ In het arrest van 4 december 2009 kiest de Hoge Raad voor het fiscale recht voor deze oplossing.²¹

Een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen beroepsgrond/corrigerend rechtsoordeel waartegen niet in hoger beroep wordt opgekomen staat in rechte vast. Zoals ik al opmerkte, zal de gedachte zijn dat het middel van hoger beroep strekt tot verkrijging van een gunstiger uitspraak. Het geschil, voor zover de uitspraak strekt ten gunste van appellant, wordt niet in nadere overweging genomen. Wat reeds te zijnen gunste is beslist, blijft aan het oordeel van de appelrechter onttrokken. Wil verweerder bereiken dat ook dit wordt getoetst, dan had hij zelf moeten appelleren. Het is een verbetering van de positie van de verweerder dat dit nu kan middels incidenteel appel. Appellant heeft het in de hand over welke stellingen en weren uit de eerste aanleg hij het oordeel van de appelrechter wenst te vernemen, dus is het in zijn belang en daarmee aan hem die wens in gronden om te zetten. Voor geïntimeerde betekent de invoering van incidenteel appel een verbetering van zijn positie, omdat hij daardoor wordt behoed voor de nadelige gevolgen van het niet instellen van principaal appel. Met name als de rechtbank beide partijen gedeeltelijk gelijk heeft gegeven, kan het voorkomen dat de ene partij berust en de andere partij appelleert. In dat geval, ik citeer Verheij, “kan de berustende partij, in voetbaltermen, in hoger beroep alleen nog maar gelijkspelen of verliezen, maar niets meer winnen, tenzij zij zelf alsnog ook in hoger beroep gaat”.²² Indien de andere partij pas

¹⁶ F.B. Bakels, ‘Enkele processuele onevenwichtigheden in de rechtspraak over het hoger beroep in burgerlijke zaken’, *WPNR* 1990, 5951, p. 149

¹⁷ H.E. Ras (bewerkt door A. Hammerstein), *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 76.

¹⁸ Zie de conclusie van A-G Wattel voor HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

¹⁹ Zie punt 5.23 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt.

P.A. Willemsen.

²⁰ Zie punt 5.28 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

²¹ HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

²² Zie zijn annotatie onder 2 bij ABRvS 19 november 2003, *LJN* AN8368, *AB* 2004, 384.

tegen het einde van de beroepstermijn hoger beroep instelt, is dat echter praktisch onmogelijk. Dit is ongelukkig als een partij slechts heeft berust om van de zaak af te zijn. Geïntimeerde moet dan tijd en geld blijven steken in een zaak waarin hij niets meer kan winnen. Omgekeerd heeft de appellant niets te verliezen, behalve in het uitzonderlijke geval dat de rechter ambtshalve aan een kwestie van openbare orde moet toetsen. Dit werkt minder kansrijke hoger beroepen in de hand.²³ Om die reden is het incidenteel hoger beroep mijns inziens terecht ingevoerd.

Invoering van het incidenteel appel kan dus de schade die men zou kunnen lijden als men geen principaal appel instelt tegen uitdrukkelijk verworpen gronden kunnen beperken, maar niet geheel wegnemen. Immers, als het bestuursorgaan en/of een derde geen hoger beroep instelt, is men ook dan gebonden aan de verworpen grond. Een gevaar dat men zich, nu incidenteel appel is ingevoerd, wellicht minder realiseert. Maar de keuze voor een systeem waarin een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen beroepsgrond/corrigerend rechtsoordeel waartegen niet in hoger beroep wordt opgekomen in rechte vast staat, hetzij in het geding omtrent een hernieuwde beslissing op bezwaar, hetzij in het devolutieve traject (de onzuivere Brummenlijn)²⁴ heeft eigen (in mijn ogen zeer nuttige) doelstellingen en velen zullen het prettig vinden dat de scherpe kantjes nu een beetje van de onzuivere Brummenlijn af zijn als gevolg van de mogelijkheid van incidenteel appel. Maar het verzachten van de gevolgen van de Brummenjurisprudentie is een neveneffect en niet de primaire reden om incidenteel appel in te voeren. Die primaire reden is het verbeteren van de positie van de geïntimeerde. Zijn positie wordt natuurlijk wel weer mede bepaald door de onzuivere Brummenlijn, maar dat is voor de appellant niet anders. De keuze voor incidenteel appel en niet voor het uitbreiden van de devolutieve werking lijkt mij een evenwichtige als men kijkt naar de scheve positie van de appellant in het civiele recht en belangrijker: naar de noodzaak dat een rechterlijke uitspraak zoveel mogelijk duidelijkheid moet bieden voor de verdere gelding en uitwerking van de rechtsbetrekking.

²³ Zie ook Verheij in zijn annotatie onder 2 bij ABRvS 19 november 2003, *LJN AN8368*, *AB* 2004, 384.

²⁴ Zie ABRvS 14 februari 2007, nr. 200604951/1, *AB* 2007, 126 m.nt. Ortlep en Willemsen. Zie voor de introductie van de termen 'zuivere' en 'onzuivere Brummenlijn' de annotatie van Ortlep bij ABRvS 10 juli 2008, nr. 200803901/1, *AB* 2008, 270.