

# Kroniek van het algemeen bestuursrecht

Over rechtseenheid, meer burger- en concurrenten-vriendelijkheid en ‘individual gerechtigheid’

Tom Barkhuysen & Willemien den Ouden<sup>1</sup>

De reorganisatie van de bestuursrechtspraak wil maar niet vlotten. Het wetsvoorstel over de organisatie van de hoogste bestuursrechtspraak werd plotseling ingetrokken, maar over mogelijkheden om desondanks te komen tot meer rechtseenheid wordt nog druk gediscussieerd. Het relativiteitsvereiste werd echt gerelativeerd in deze kroniekperiode en ook het transparantievereiste is voor het eerst met succes ingeroepen, in beide gevallen was het argument van concurrentievervalsing van doorslaggevend belang. Ook werd afscheid genomen van oude doctrines op het terrein van de toetsing van besluiten op herhaalde aanvragen en de evenredigheid van beleidsregels. Ondertussen gaat de rechtsontwikkeling op diverse andere terreinen van het bestuursrecht verder. Genoeg voer voor een gevarieerde kroniek.

## 1. De organisatie van de hoogste bestuursrechtspraak: it ain't over till it's over

In de afgelopen jaren hebben wij in deze kroniek regelmatig verslag gedaan van de pogingen om de organisatie van de bestuursrechtspraak te hervormen en van de verhitte discussies daarover. Konden Boorsma, Bootsma & Geleijne in hun laatste najaarskroniek<sup>2</sup> nog melden dat de behandeling van het wetsvoorstel Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak vordert, bij het schrijven van deze voorjaarskroniek liggen de kaarten er heel anders bij; het zal weinigen zijn ontgaan dat het wetsvoorstel inmiddels is ingetrokken. De daarin voorgestelde wijzigingen kwamen er, kort gezegd, op neer dat de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zouden worden opgeheven, dat de zaken die nu vallen onder de rechtsmacht van de Centrale Raad van Beroep zouden worden ondergebracht bij de vier gerechtshoven, met de mogelijkheid van cassatie bij de Hoge Raad en dat de rechtsmacht van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (waarbinnen adviserende en rechtsprekende taken verder werden gescheiden) zou worden uitgebreid met de zaken die nu vallen onder het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Die wijzigingen gaan nu dus niet door.

De doodsteek voor het wetsvoorstel kwam vanuit de Tweede Kamer, die enkele amendementen aannam die de ministers Plasterk (BZK) en Van der Steur (V&J) met klem

hadden ontraden.<sup>3</sup> Het betrof een amendement van Taverne (VVD) en Recourt (PvdA) dat regelde dat de leden van de grondwettelijke Raad van State niet in de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS) kunnen worden benoemd. De huidige regeling is dat maximaal tien personen zowel lid kunnen zijn van de Afdeling advisering, als van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dat amendement raakte aan de grondwettelijke positie van de Raad van State, aldus de ministers, nu daardoor de ABRvS en haar rechtsprekende functie op geen enkele manier meer zouden zijn ingebed in de grondwettelijke Raad van State. Daarmee zouden de eenheid van de Raad van State en de gelijkwaardigheid van zijn adviserende en rechtsprekende afdelingen in gevaar komen.

Ook enkele amendementen van de Kamerleden Van Nispen (SP), Swinkels (D66) en Van Tongeren (GL) inzake de rechtsmacht over de geschillen die nu door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) worden behandeld, schoten het kabinet in het verkeerde keelgat. De gedachte achter het wetsvoorstel was nu juist dat het stelsel van bestuursrechtsspraak eenvoudiger en transparanter moet worden. In de amendementen werd echter onder andere geregeld dat de rechtspraak van de CRvB zou worden ondergebracht bij een nieuw op te richten, vijfde gerechtshof, in plaats van bij de vier bestaande gerechtshoven, zoals geldt voor vergelijkbare, fiscale geschillen. Voor dat nieuwe gerechtshof zagen de ministers geen enkele reden, de vier bestaande gerechtsho-

ven hebben de schaalgrootte en kennis om alle specialisaties zelfstandig te behandelen. Al met al vond het kabinet de bezwaren tegen deze amendementen zo zwaarwegend dat het er de voorkeur aan gaf het wetsvoorstel in te trekken, zo blijkt uit een brief van 16 november 2016.<sup>4</sup> Op verzoek van de Kamer heeft het kabinet in een latere brief nog meer inzicht gegeven in de (grondwettelijke) bezwaren.<sup>5</sup>

Deze gebeurtenissen vormen treffend illustratiemateriaal in een artikel van Brenninkmeijer & Grootelaar onder de titel 'De strijd om de rechterlijke macht'.<sup>6</sup> Daarin geven zij een uitgebreid overzicht van de ontwikkeling van de

## Nogal therapeutische taal, die suggereert dat de perikelen van de afgelopen periode bij sommige colleges hard zijn aangekomen

bestuurlijke problemen in de rechterlijke macht die zijn ontstaan als gevolg van de modernisering van de rechterlijke organisatie die aan het einde van de vorige eeuw is ingezet. In zijn reactie daarop schrijft Nick Huls dat de mislukte poging om te komen tot eenheid aan de top van het bestuursrecht alleen maar verliezers kent. Hij verwacht dat een nieuw kabinet met een verdergaand plan van aanpak zal komen dat bepaalt hoe rechterlijk leiderschap over de hele linie er werkelijk uit moet zien. Dat zou een logisch antwoord vormen op de torpedering van het nu ingetrokken wetsvoorstel door de hoogste bestuursrechters en hun politieke bondgenoten, aldus Huls.<sup>7</sup>

Ook Schlössels is kritisch over het 'debacle' rond het wetsvoorstel, maar hij houdt voorlopig rekening met de realiteit dat er in de nabije toekomst meerdere hoogste bestuursrechters zullen zijn. Hij pleit daarom voor 'doorploegen in de polder' in het belang van de rechtseenheid,<sup>8</sup> en wel op basis van de voorstellen van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht,<sup>9</sup> waarvan in de voorjaarskroniek al kort verslag is gedaan. Hoewel deze commissie vooruitlopend op de indiening van het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel werd ingesteld<sup>10</sup> en moest adviseren

binnen de lijnen daarvan, kunnen haar adviezen volgens Schlössels nog steeds van waarde zijn om rechtseenheid en bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling te bevorderen. De Commissie heeft een gedifferentieerde aanpak aanbevolen, in de vorm van een driedeling in belangrijke, middelzware en lichte rechtseenheidsvragen. Lichte vragen kunnen worden opgepakt met de huidige informele afstemmingsvormen en de bereikte resultaten kunnen via verwijzingen in de rechtspraak inzichtelijk worden gemaakt. Middelzware vragen kunnen worden behandeld door een 'gewone' meervoudige of een grote kamer (ex artikel 8:10a lid 4 Awb). Deze kamers kunnen voor die gelegenheid worden aangevuld met één of meer staatsraden of raadsheren uit een ander rechtcollege, inclusief de Hoge Raad. Zware rechtseenheidsvragen ten slotte, kunnen worden behandeld door een formele rechtseenheidskamer, die zou bestaan uit vijf leden, waarvan twee speciale leden die 'staatsraden of raadsheren voor rechtseenheid' worden genoemd. In dat verband moeten de nodige kruisbenoemingen kunnen plaatsvinden. Op zich is deze gedifferentieerde aanpak nog steeds een mogelijkheid, aldus Schlössels, zij het dat deze speciale leden (van de Hoge Raad) niet alleen afkomstig moeten kunnen zijn van de Afdeling maar ook van de andere hoogste bestuursrechters, te weten de CRvB en het CBb.

Hoewel de voorstellen van de Commissie in het algemeen positief zijn ontvangen,<sup>11</sup> is er ook kritiek. Zo worden de drie categorieën als in de praktijk lastig af te bakken ervaren en kunnen er bij de door de Commissie voorgestelde amicus curiae regeling vragen worden gesteld vanuit het perspectief van de onpartijdigheid van de rechter. Het zwaarst aangezet is de kritiek op de 'fröbeloplossing'<sup>12</sup> die de Commissie voorstelt voor de verdere regeling van de 'bestuursrechtelijke conclusie', die op dat vlak 'niet te veel overhoop wil halen'. Zij stelt daarom voor leden van het parket van de HR als staatsraden voor rechtseenheid aan te stellen en hen specifiek te belasten met het nemen van conclusies, terwijl staatsraden, benoemd als raadsheer voor rechtseenheid in de HR moeten kunnen optreden als waarnemend advocaat-generaal. Dat is volgens verschillende auteurs geen goede zaak; de functie van A-G zou organisatorisch moeten worden ingebed in een onafhankelijk en professioneel parket. Een gezamenlijk parket lijkt de voorkeur te hebben, onder andere om zo voldoende capaciteit, ondersteuning en expertise bijeen te brengen, terwijl tegelijkertijd een uitstekende basis voor uitwisseling van expertise tussen de betrokken rechtsgebieden ontstaat.

### Auteurs

1. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de redactie van het *NJB*. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, raadsheer plaatsvervanger bij het CBb en medewerker van het *NJB*. Deze kroniek beslaat de periode van grofweg oktober 2016 tot en met eind maart 2017.

### Noten

2. A.J. Boorsma, J. Bootsma & C.A. Geleijne, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2016/1813, afl. 35.  
3. *Kamerstukken II* 2016/17, 34389, 22.  
4. *Kamerstukken II* 2016/27, 34389, 23.  
5. Brief van 10 maart 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 34389, 24.  
6. A.F.M. Brenninkmeijer & H.A.M. Grootelaar, 'De strijd om de rechterlijke macht', *Rechtstreeks* (Periodiek Raad voor de rechtspraak) 2016, afl. 2, p. 12-45.

7. N.J.H. Huls, 'Twee wicked problems van de rechterlijke macht', *Rechtstreeks* (Periodiek Raad voor de rechtspraak) 2016, afl. 2, p. 56-59.

8. R.J.N. Schlössels, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht: en nu doorploegen in de polder!', *NTB* 2017/3.

9. Rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht 'Rechtseenheid tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State', bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34389, 9.

10. *Stcr.* 2015, 47139.

11. Zie naast Schlössels 2017 ook J. Kennis & Y.E. Schuurmans, 'Rapport Commissie rechtseenheid bestuursrecht. Differentiatie in rechtseenheidsvoorzieningen', *NJB* 2016/1756, p. 2455 e.v. en R. Ortlep, 'Tussen droom en daad: advies van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht', *JBplus* 2016/4, p. 199-220.

12. In de woorden van Schlössels.

Hoe het nu verder gaat en of het verder gaat, is intussen de vraag. Vanuit de politiek zijn er signalen dat er 'doorgepakt' zou moeten worden. Tegelijkertijd presenteren de Hoge Raad, Afdeling, CRvB en het CBB – net voor het begin van de formatiebesprekingen – een gezamenlijk verzoek aan de politiek om voorlopig geen institutionele veranderingen door te voeren, de betrokken colleges 'rust' te gunnen om zichzelf waar nodig te 'hervinden' en verder te gaan met de inhoudelijke samenwerking om langs die weg de rechtseenheid te bewaken en te bevorderen. Nogal therapeutische taal, die suggereert dat de perikelen van de afgelopen periode bij sommige colleges hard zijn aangekomen.<sup>13</sup> Het is de vraag of deze kwestie daarmee inderdaad in de koelkast gaat. Er ligt immers ook een rapport van de al genoemde Commissie rechtseenheid – met daarin de president van de Hoge Raad en de voorzitter van de Afdeling – waarin de nodige bezwaren worden geschetst die kleven aan de huidige informele rechtseenheidsvoorzieningen. Van daar: it ain't over till it's over.

### 2. Kernbegrippen: het besluitbegrip onder vuur

Rond de kernbegrippen van de Awb bleef het in de kroniekperiode in de jurisprudentie relatief rustig, al waren er natuurlijk de gebruikelijke afbakingsperikelen. Zo besloot de Afdeling dat een brief van het college van B&W van de gemeente Bronckhorst inzake het niet vergoeden van door appellante gestelde schade niet als besluit kwalificeerde.<sup>14</sup> Het betrof gestelde schade als gevolg van feitelijk handelen (sloop en grondverbeteringswerkzaamheden) waarover eerder tevergeefs civielrechtelijk was geprocedeerd en waarover de gemeente mondeling had aangegeven niet van plan te zijn in die schade tegemoet te komen. De brief vormde een antwoord op een verzoek van appellante om dit mondelinge standpunt schriftelijk te bevestigen, wat iets anders is dan een verzoek om een zelfstandig schadebesluit te nemen, aldus de Afdeling.

Ook een brief van het dagelijks bestuur van het Waterskip Fryslân als reactie op een melding van het voorname tot het aanleggen van een dam met duiker vormde geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, omdat deze niet was gericht op rechtsgevolg.<sup>15</sup> In de algemene regels van de keur was namelijk bepaald dat voor de voorgenoemde activiteit geen vergunningsplicht geldt. De regels vereisten geen reactie van het dagelijks bestuur op meldingen, noch volgde daaruit een bevoegdheid voor het dagelijks bestuur om de voorgenomen activiteit toe te staan of te weigeren. Deze uitspraak illustreert dat de kwalificatie van bevestigingsbrieven naar aanleiding van een melding per geval op grond van de omstandigheden van dat geval moet gebeuren, met ongetwijfeld de nodige procedures 'voor de zekerheid', om formele rechtskrachtrisico's te vermijden.<sup>16</sup>

In een brief van de Minister van VWS waarin de minister een BV verbiedt een voedingssupplement in Nederland in de handel te brengen ziet het CBB ook geen besluit omdat de bevoegdheid tot het geven van een dergelijk (voorafgaand) verbod in het Nederlandse recht ontbreekt. Deze bevoegdheid kan ook niet worden afgeleid uit een toepasselijke Unierechtelijke verordening, die verwijst naar nationale wettelijke voorschriften die zo'n verbod mogelijk maken. Ook van een bestuurlijk rechtsoor-

deel was geen sprake nu de vitaminepreparaten al op de Nederlandse markt werden verhandeld zodat het uitlokken van een handhavingsbesluit feitelijk al aan de orde was. Een dergelijk besluit afwachten en daartegen procederen is geen onevenredig belastende weg naar de bestuursrechter.<sup>17</sup>

De e-mail van de RDW naar aanleiding van een verzoek op grond van artikel 43e van de WVV 1994 om de catalogusprijs zoals vermeld in het kentekenregister van een voertuig te wijzigen was volgens de Afdeling bestuursrechtspraak wel een besluit, kort gezegd omdat

## De uitbesteding van overheidstaken mag niet leiden tot versnippering van de rechtsbescherming

het verzoek daarin werd afgewezen.<sup>18</sup> Annotator Bitter vraagt zich af wat het rechtsgevolg is van een beslissing op een dergelijk verzoek, maar stelt meer in het algemeen vast dat afbakingsvragen rond het besluitbegrip, dat als toegangspoort tot de bestuursrechter fungeert, altijd zullen blijven rijzen. Dat neemt volgens haar niet weg dat de praktijk aardig uit de voeten kan met dit begrip en de rechtspraak die daarover is gevormd. Zij voorspelt in haar noot (een uitgebreidere beschouwing in de 100-jaar *AB* annotatiereeks) dat ondanks alle discussies over het besluitbegrip en wenselijke alternatieven daarvoor, de komende 25 jaar nog wel met het besluitbegrip zal worden gewerkt.

De discussie over het besluitbegrip als toegangspoort tot de bestuursrechter ging ook in deze kroniekperiode verder, vooral in het kader van de gewenste rechtsbescherming in het sociaal domein. In een *NTB*-special waarin de bijdragen aan het afscheidssymposium voor Schreuder-Vlasblom werden gepubliceerd, schreef Bart Jan van Ettekoven, die op 1 mei a.s. Jaap Polak opvolgt als voorzitter van de ABRvS, een bijdrage over maatschappelijk adequate rechtsbescherming en een eventuele update van de Awb.<sup>19</sup> Dit naar aanleiding van recente uitspraken van de Centrale Raad over de uitvoering van de Wmo 2015.<sup>20</sup> Besluitvorming op grond van de Wmo 2015 wijkt vaak af van de normale Awb procedure van aanvraag en beschikking nu er wordt gewerkt met keukentafelgesprekken en besprekingen in wijkteams om te komen tot zorg op maat. Als er wel een besluit wordt genomen, is dit regelmatig zeer globaal geformuleerd ('u heeft recht op een schoon en leefbaar huis'). De concretisering daarvan wordt overgelaten aan de particuliere zorgaanbieders die door de gemeenten worden ingeschakeld voor de uitvoering.<sup>21</sup> Over de geschillen die ontstaan rond die concrete uitvoering, kan de CRvB als besluitenrechter in een systeem van vernietigingsberoep niet veel zeggen. Hij heeft via het stellen van concrete eisen aan de collegebesluiten op grond van het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel getracht toch indivi-

duale rechtsbescherming te bieden in die gevallen, begrijpelijk aldus Van Ettehoven, nu de rechtsbeschermingskant door de wetgever bij de Wmo 2015 is veronachtzaamd. Uitgangspunt moet volgens hem zijn dat een complex van samenhangende handelingen ter uitvoering van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking in handen moeten worden gelegd van de bestuursrechter. Deze moet in staat worden gesteld besluit én (feitelijke) handelingen ter invulling en uitvoering van dat besluit te beoordelen, ook als dat handelen van private uitvoerders betreft. Daarvoor zou de wetgever een adequate set met normen moeten ontwikkelen. Dan hoeft de bestuursrechter niet langer te goochelen met het besluitbegrip. Als een dergelijke regeling in het sociaal domein het wenselijke resultaat oplevert – maatschappelijk adequate rechtsbescherming –, kan deze op meer beleidsterreinen van toepassing worden verklaard, om deze uiteindelijk onderdeel uit te laten maken van het algemeen bestuursprocesrecht, aldus Van Ettehoven. Ook Scheltema benadrukt in zijn bijdrage dat de uitbesteding van overheidstaken niet mag leiden tot versnippering van de rechtsbescherming.<sup>22</sup> Dat de bestuursrechter kunstgrepen is gaan toepassen in het sociaal domein om rechtsbescherming te kunnen bieden is logisch: het huidige bestuursrecht houdt onvoldoende rekening met deze vorm van uitbesteding. Hij verwijst daarbij naar een advies van de Raad van State over interbestuurlijke verhoudingen, waarin wordt gesteld dat herziening van de rechtsbescherming in het sociaal domein urgent en dringend noodzakelijk is.<sup>23</sup> Eerder berichtten wij al dat er een ambtelijke werkgroep is ingesteld die gaat onderzoeken of een Awb-regeling voor integrale geschilbeslechting wenselijk is.<sup>24</sup> In de toelichting op de begroting van het Ministerie van Justitie en Veiligheid is vermeld dat het ‘wetsvoorstel tot aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht om te komen tot integrale geschilbeslechting in het sociaal domein’ verder wordt vorm gegeven.<sup>25</sup>

Zo staat (de relevantie van) het besluitbegrip in ieder geval in het sociaal domein, wel degelijk onder druk.

Datzelfde geldt tot op zekere hoogte ook voor het b-bestuursorgaanbegrip.<sup>26</sup> Ook dat Awb-sleutelbegrip is de laatste tijd bediscussieerd in omstandigheden waarin overheden hun taken geheel of gedeeltelijk in private handen hebben gelegd. Het gaat om situaties waarin overheden de allocatie van publieke middelen voor maatschappelijke initiatieven overlaten aan private organisaties. Uit de veelbesproken 17 september uitspraken van de ABRvS uit 2014<sup>27</sup> werd duidelijk dat privaatrechtelijke rechtspersonen die publieke gelden verstrekken aan derden zonder dat dit is geregeld in een wettelijk voorschrift, slechts optreden als een bestuursorgaan wanneer zowel aan het financiële als aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. Den Ouden beschrijft in haar *NTB*-bijdrage hoe gemakkelijk bestuursorganen aan de hand van deze criteria kunnen bewerkstelligen dat de private organisaties die zij inschakelen of waarin zij zelf participeren niet kwalificeren als bestuursorgaan.<sup>28</sup> Als er geen sprake is van een bestuursorgaan vormen de beslissingen over de publieke gelden ook geen besluit én staan publiekrechtelijke normen en de bestuursrechter buiten spel. Mede gezien de omvang van de betrokken publieke gelden<sup>29</sup> is het de vraag of dit een wenselijke situatie is en of de bestuursrechter niet zou moeten corrigeren door het bestuursorgaanbegrip weer strategischer in te vullen.<sup>30</sup>

Schreuder-Vlasblom zelf – die naast dat zij afscheid nam als Staatsraad in deze kroniekperiode een nieuwe druk uitbracht van haar handboek bestuursprocesrecht<sup>31</sup> – voelt minder voor deze – in de woorden van Jurgens<sup>32</sup> – veroveringsstrategieën vanuit het bestuursrecht. In haar afscheidslezing<sup>33</sup> vraagt zij aandacht voor de eigen identiteit van het bestuursrecht dat ziet op openbare gezagsuitoefening door de overheid om het algemene of publieke belang te dienen. De – vaak gestelde – begerlijk-

13. 'Bestuursrechtspraak in hoogste instantie' d.d. maart 2017 te vinden op de websites van de diverse colleges, zoals op <rechtspraak.nl>.

14. ABRvS 5 oktober 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:2646.

15. ABRvS 25 januari 2017,

ECLI:NL:RVS:2017:164, *JOM* 2017/119.

16. Zie hierover R.M. van Male, T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, 'Bestuurshandelingen' (kroniek), *NTB* 2016/55, p. 414-415 over 'Meldingsstelsels'.

17. CbB 28 december 2016,

ECLI:NL:CBB:2016:405, *AB* 2017/81, m.nt. R. Ortlep, *JB* 2017/47.

18. ABRvS 21 september 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:2525, *AB* 2016/452, m.nt. C.M. Bitter.

19. B.J. van Ettehoven, 'Herrie rond de keukentafel. Over de WMO 2015 en maatschappelijk adequate rechtsbescherming', *NTB* 2016/50.

20. CRvB 18 mei 2016,

ECLI:NL:CRVB:2016:1491; *AB* 2016/263, m.nt. A. Tollenaar; *USZ* 2016/234, m.nt.

C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 18 mei 2016,

ECLI:NL:CRVB:2016:1404; *AB* 2016/204,

m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; *USZ*

2016/209, m.nt. M.F. Vermaat; *RSV*

2016/108, m.nt. H.F. van Rooij en

C.W.C.A. Bruggeman.

21. Zie daarover ook A.T. Marseille, 'Huis-houdelijke hulp in de Wmo 2015; bureaucratic rationality versus rechtszekerheid', *AA* 2016, afl. 9, p. 637-642.

22. M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?', *NTB* 2016/49.

23. *En nu verder! Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein*, Den Haag: Afdeling advisering Raad van State 2016.

24. *Kamerstukken I* 2015/16, 32402, S.

25. *Kamerstukken II* 2016/17, 34550 VI, 2, p. 13.

26. Waarover weinig relevante jurisprudentie valt te vermelden. Gewezen kan worden op ABRvS 19 oktober 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:2746, waarin de stichting Technisch Bureau Bouwnijverheid niet

wordt aangemerkt als bestuursorgaan nu

aan haar niet bij wettelijk voorschrift open-

baar gezag is toegekend. Het betreft een

door cao-partijen opgerichte Stichting die

haar bevoegdheden ontleent aan de cao

Bouw en de cao Bter. Cao's zijn privaatrech-

telijke overeenkomsten. De algemeen ver-

bindendverklaring van cao-bepalingen heeft

weliswaar een publiekrechtelijk karakter,

maar die kan de algemeen verbindend

verklaarde bepalingen zelf geen tot open-

baar gezag toekennende wettelijke voor-

schriften maken.

27. ABRvS 17 september 2014,

ECLI:NL:RVS:2014:3379 en

ECLI:NL:RVS:2014:3394, *AB* 2015/129,

m.nt. J.A.F. Peters; *JB* 2014/202, m.nt.

L.J.M. Timmermans; *JG* 2014/63, m.nt.

A.A. al Khatib en T. Barkhuysen; *AB klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters.

28. W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52.

29. Daarover J.E. van den Brink & W. den

Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek

geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, afl. 39.

30. Zie ook J.A.F. Peters, 'Het klassieke

b-orgaan in de nieuwe tijd', *JBplus* 2016,

afl. 3, p. 177-195, die zich naar aanleiding

van de recente jurisprudentie afvraagt of

het (complexe) b-orgaanbegrip, zoals wij

dat nu kennen wel volgehouden kan wor-

den in een modern bestuursrechtelijk sys-

teem.

31. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescher-*

*ming en bestuurlijke voorprocedure*,

Deventer: Kluwer 2017

32. G. Jurgens, 'Positiebepaling van het

bestuursrecht: verovering of zending?',

*NTB* 2016/48.

33. M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit

van het bestuursrecht', *NTB* 2016/53.

heid van de bestuursrechtelijke procedure – snel, eenvoudig en relatief goedkoop – mag geen reden zijn om deze procedure open te stellen voor gevallen waarvoor deze niet is bedoeld. Als er onvoldoende grond is om openbaar gezag aan te nemen, moet er een goed begaanbare, betaalbare weg naar de civiele rechter open staan, aldus Vlasblom. Als die er niet is, moet dat in het burgerlijk procesrecht worden opgelost. Naarmate het bestuursrecht zich de problemen van de andere rechtsgebieden gaat aantrekken zal de eigen identiteit versloffen en zal het debat niet langer gaan over de essentie en de gewenste ontwikkeling van het bestuursrecht zelf, maar gestuurd worden door ontwikkelingen op andere rechtsgebieden. Geen veroveringsstrategie dus, maar meer een zendingsbenadering op het gebied van de rechtsbescherming.

Over het belanghebbendebegrip was minder debat, maar dit kernbegrip heeft in de jurisprudentie wel een interessante ontwikkeling doorgemaakt.<sup>34</sup> Niet heel spannend, maar voor de praktijk wel belangrijk, is de uitspraak waarin de ABRvS duidelijk maakt dat met een onderbreking van de feitelijke werkzaamheden waaruit blijkt dat een rechtspersoon een belang behartigt dat rechtstreeks bij het aangevochten besluit is betrokken, niet heel snel de status als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, lid 1 en 3 Awb verloren gaat.<sup>35</sup> De Afdeling acht een periode van vier maanden tussen de dag waarop in ieder geval nog feitelijke werkzaamheden werden verricht en de datum waarop een bezwaarschrift werd ingediend te kort om een duurzame onderbreking vast te stellen.

### Opvallend zijn verschillende uitspraken van 5 oktober 2016 waarin de vraag aan de orde komt in hoeverre een derde belanghebbend kan zijn bij een verzoek tot handhaving wegens concurrentievervalsing

In een uitspraak betreffende een besluit waarin maatwerkvoorschriften met betrekking tot afscherming van assimilatieverlichting voor een rozenkwekerij, komt aan de orde in hoeverre omwonenden een persoonlijk belang hebben dat hen voldoende onderscheidt van alle omwonenden die 's nachts last kunnen hebben van de oranje gloed die deze verlichting veroorzaakt.<sup>36</sup> Dat er in de wijde omgeving woningen zijn die de gloed kunnen waarnemen betekent niet dat appelland geen persoonlijk belang heeft, omdat hij stelt te worden getroffen in een naar zijn aard individueel belang namelijk zijn woongenot. Nu volgens de Richtlijn Lichthinder de effecten van lichtuitstraling op grote afstand hinder kunnen veroorzaken is niet uit te sluiten dat appelland door het vaststellen

van (soepeler) maatwerkvoorschriften gevolgen van enige betekenis kan ondervinden; hij is bij dat besluit dus belanghebbend.

Opvallend zijn vooral verschillende uitspraken van 5 oktober 2016 waarin de vraag aan de orde komt in hoeverre een derde belanghebbend kan zijn bij een verzoek tot handhaving wegens concurrentievervalsing. Een eerste uitspraak heeft betrekking op de exploitant van een kartcircuit die stelt last te hebben van het feit dat de Junior track op het TT-circuit van Assen zonder vergunning wordt gebruikt voor kartactiviteiten.<sup>37</sup> De exploitant is beducht voor omzetverlies en verzoekt het college van B&W van Assen om tot handhaving over te gaan, welk verzoek wordt afgewezen. Volgens de Stichting die het TT-circuit van Assen exploiteert is de exploitant van het kartcircuit bij dat besluit niet belanghebbend, maar dat ziet de Afdeling, in navolging van de rechtbank, anders. Zij herhaalt haar vaste jurisprudentie dat degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks is betrokken bij een besluit, kwalificeert als belanghebbende. Daarvoor moet sprake zijn van activiteiten in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment. Op beide circuits, die gemeten over de weg ongeveer 45 km van elkaar liggen, vinden kartwedstrijden plaats. Bovendien maakte een Duitse kartvereniging gebruik van beide circuits. Dat op het TT-circuit hoofdzakelijk andere activiteiten plaatsvinden dan kartwedstrijden en de kartwedstrijden voor haar in financieel opzicht van ondergeschikt belang zijn, is niet relevant volgens de Afdeling. Zij kijkt naar de activiteiten ten aanzien waarvan om handhaving is verzocht. Deze activiteiten komen overeen met de activiteiten die de kartcircuitexploitant uitoefent en voor hem zijn dat geen activiteiten van ondergeschikt belang, hij heeft dus belang bij het handavingsbesluit.

In twee andere uitspraken van dezelfde datum komen de Vereniging Nautilus, een vakbond die opkomt voor de belangen van werknemers in de zeevaart, en enkele individuele werknemers op tegen de afwijzing van hun verzoek aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om handhavend op te treden tegen de exploitant van een zee-sleepdienst wegens overtreding van de Wmm en de WAV. Deze exploitant zou zijn werknemers van buiten de EU zonder tewerkstellingsvergunning laten werken en onderbetalen. De werknemers die werken bij een concurrerend bedrijf stellen dat de sleepdienst zich zo schuldig maakt aan oneerlijke concurrentie waardoor zij het risico lopen hun baan te verliezen. De Afdeling acht hen belanghebbend bij het besluit dat volgde op hun verzoek om een boete op te leggen, er is een reële mogelijkheid dat zij daardoor worden geschaad in een aan het fundamentele recht op arbeid ontleend belang. Overtreding van genoemde wetten kan immers leiden tot verslechtering van de concurrentiepositie van het bedrijf waarbij de werknemers werkzaam zijn.<sup>38</sup> De vakbond is ook belanghebbend bij de weigering om een boete op te leggen. Met het door haar ingediende handavingsverzoek beoogt Nautilus International op te komen tegen de door haar gestelde onderbetaling van buitenlandse zeevarenden. Onderbetaling heeft nadelige gevolgen voor de arbeidsrechtelijke positie en werkgelegenheid van de leden van Nautilus International, werkzaam in de nautische sector. Het belang van deze leden is rechtstreeks betrokken bij de besluiten waarin de minister zich op het

## Het aannemen van deze zogenaamde ‘opstapbaan’ zou staatssteun faciliteren. Volgens de Raad ketst dat argument af op het relativiteitsvereiste omdat betrokkene kennelijk niet wordt beschermd door de staatssteunregels

standpunt heeft gesteld dat hij geen overtreding van de WAV en de Wmm heeft geconstateerd en dus geen bestuurlijke boete heeft opgelegd.<sup>39</sup>

### 3. Breder ontwikkelingen op het terrein van het bestuursprocesrecht

Ook over het aan het belanghebbende begrip verwante relativiteitsvereiste was in deze kroniekperiode het nodige te doen en ook hier leidde het argument van concurrentievervalsing tot rechtsontwikkeling. Nadat Staatsraad A-G Widdershoven eind 2015 een correctie op de toepassing van het relativiteitsvereiste mogelijk en onder omstandigheden wenselijk achtte en de Afdeling die conclusie op de hoofdlijn volgde,<sup>40</sup> schreven de auteurs van de najaarskroniek dat de algemene verwachting is ‘dat het effect van de correctie beperkt zal zijn’. Dat deze effecten evenwel niet illusoir zijn, blijkt uit drie uitspraken van 28 december 2016.<sup>41</sup> Daarin stond ter discussie of een verzoek van de Slijtersunie tot handhaving optreden tegen enkele supermarktexploitanten op grond van de Drank- en Horecawet (Dhw) door burgemeesters mocht worden afgewezen. De betreffende supermarktexploitanten hadden in een aparte ruimte een zogenaamde borrelshop geopend, zonder dat daarin steeds een leidinggevende aanwezig was, zoals de Dhw volgens de Slijtersunie vereist. Volgens de burgemeesters was het voldoende als de leidinggevende elders in de supermarkt aanwezig is.

De Afdeling komt tot de conclusie dat artikel 24 van de Dhw inderdaad vereist dat in de borrelshop een leidinggevende aanwezig moet zijn (en dat handhaving dus geboden was), maar ook dat de betreffende bepaling strekt tot bescherming van het belang van het voorkomen van gezondheidsrisico's en maatschappelijke problemen en niet is geschreven voor de bescherming van de concurrentiebelangen van zelfstandige slijterijen. In beginsel staat artikel 8:69a Awb dus aan vernietiging van het bestreden besluit in de weg. De Afdeling onderzoekt echter eerst (ambtshalve

zo lijkt het op basis van de formulering van de uitspraak) of – ter correctie – met succes een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan worden gedaan. Daarvoor is nodig ‘dat een bedrijf daadwerkelijk is benadeeld doordat aan dat bedrijf, in een situatie die wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende vergelijkbaar is, verplichtingen zijn opgelegd waaraan zijn concurrent als gevolg van de schending van de betrokken norm niet hoeft te voldoen’. Omdat dat in casu het geval is, draagt schending van artikel 24 Dhw bij aan het oordeel dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Het relativiteitsvereiste staat zodoende in dit geval niet aan vernietiging van het aangevochten besluit in de weg, aldus de Afdeling. Daarmee is de toepassing van dit vereiste voor het eerst echt gecorrigeerd of, zo men wil, gerelativeerd.

Overigens blijft de toepassing van het relativiteitsvereiste in veel omgevingsrechtelijke zaken de weg naar een vernietiging blokkeren. Noemenswaardig is een uitspraak waarin bij de beoordeling van een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan het relativiteitsvereiste aan toetsing aan het Unierechtelijke staatssteunrecht<sup>42</sup> in de weg stond volgens de Afdeling.<sup>43</sup> Zij overwoog eerder<sup>44</sup> dat het argument van ongeoorloofde staatssteun slechts bij het oordeel over de financieel-economische uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan aan de orde kan komen, omdat de vraag of sprake is van staatssteun niet relevant is in het kader van de beoordeling van de ruimtelijke effecten van een bestemmingsplan. Daaraan voegt zij nu toe dat omwonenden, die geen concurrent zijn van de onderneming die via het aangevochten bestemmingsplan zou worden bevoordeeld, bij een beroep op het staatssteunrecht aanlopen tegen het relativiteitsvereiste, omdat artikel 108 lid 3 VWEU kennelijk niet strekt tot bescherming van hun belangen, die bestaan uit het behouden van een goed woon- en leefklimaat. Dat ligt anders voor concurrenten; zij kunnen door ongeoorloofde staatssteun verbonden aan een bestemmingsplan in hun concurrenten-

34. Zie daarover ook H.D. Tolsma, ‘De belanghebbende: koerswijzigingen belicht’, *JBplus* 2017, p. 27-40.

35. ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3431, *JOM* 2016/1325.

36. ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3100, *NJB* 2016/2331, *JM* 2017/30, m.nt. E.J.H. Plambeck & F.A.M. van de Ven.

37. ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2648, *JB* 2016/219, *JOM* 2017/193.

38. ABRvS 5 oktober 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:2649, *AB* 2017/22, m.nt. R. Stijnen; *JV* 2016/305.

39. ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2645, *AB* 2017/23, m.nt. R. Stijnen; *JB* 2016/218.

40. ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, *TBR* 2016/56, m.nt. Moesker; *JB* 2016/88; en *JIN* 2016/141, m.nt. R.J.N. Schlössels; *AB* 2016/249, m.nt. T.E.P.A. Lam.

41. ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453 (*Sint-Oedenrode*); ABRvS 28 december 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:3451 (*Someren*); ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3454 (*Schijndel*), *JG* 2017/12, m.nt. T. Barkhuysen en M. Claessens. Zie over deze uitspraken de annotaties van B.J.P. Stamrood in *AB* 2017/110-112. Vergelijk L.F. Wiggers-Rust, ‘Ius et iustitia en de correctie Langemeijer’, *NJB* 2016/1755, afl. 34.

42. Zie daarover ook A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie* (diss. Leiden),

Deventer: Kluwer 2016.

43. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, *NJB* 2016/2132, *JB* 2016/242; *JBO* 2016/330, m.nt. D. van der Meijden; *TBR* 2017/27, m.nt.

H.C.V.M. Moesker.

44. ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585, *NJB* 2015/1153; *BR* 2015/71 m.nt. H.J. Breeman; *TBR* 2017/10, m.nt. H.J. de Vries.

tiebelangen worden geraakt, belangen die wel door artikel 108 VWEU worden beschermd. Zij kunnen dus wel schending van dat artikel ten grondslag leggen aan hun betoog dat het bestemmingsplan niet uitvoerbaar is.<sup>45</sup> In het verlengde daarvan ligt een uitspraak van de Centrale Raad waarin betrokkene met een beroep op het staatssteunrecht probeert te ontkomen aan het in het kader van de WWB moeten accepteren van een zogenaamde 'opstapbaan'. Het aannemen van deze baan zou staatssteun faciliteren. Volgens de Raad ketst dat argument af op het relativiteitsvereiste omdat betrokkene kennelijk niet wordt beschermd door de staatssteunregels nu hij geen concurrent is van de gesteunde entiteit, noch is onderworpen aan een heffing die integraal deel uitmaakt van de steunmaatregel.<sup>46</sup>

Naast het relativiteitsvereiste zorgden ook andere procesrechtelijke leerstukken in deze kroniekperiode voor spraakmakende jurisprudentie. Zo besloot de Afdeling op 22 juni 2016 om het zogenoemde *ne bis*-beoordelingskader bij opvolgende asielaanvragen niet langer toe te passen,<sup>47</sup> omdat de afdoeningsmodaliteiten van de Europese Procedurerichtlijn<sup>48</sup> door de Nederlandse wetgever zijn overgenomen in de Vreemdelingenwet, wat een ander beoordelingskader voor de bestuursrechter met zich brengt. Ook de jurisprudentie van het EHRM vormde blijkens de uitspraak aanleiding om het *ne bis*-beoordelingskader bij opvolgende asielaanvragen los te laten. Om rechtseenheid te bewerkstelligen besloot de Afdeling het *ne bis*-beoordelingskader ook niet langer van toepassing te achten op andere besluiten op grond van de Vreemdelingenwet of besluiten op grond van de Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers.

Dat deed natuurlijk onmiddellijk de vraag rijzen of bij andersoortige herhaalde aanvragen dit beoordelingskader wel van toepassing zou blijven. Op 23 november 2016<sup>49</sup> bleek dat niet het geval: anders dan voorheen beoordeelt de bestuursrechter niet meer ambtshalve of een rechtzoekende nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden aan zijn herhaalde aanvraag of verzoek om terug te komen op een eerder besluit ten grondslag heeft gelegd. Het besluit van het bestuursorgaan wordt bij de rechterlijke toetsing als uitgangspunt genomen. Als het bestuursorgaan de aanvraag of het verzoek op inhoudelijke gronden afwijst, dan toetst de bestuursrechter het besluit op die aanvraag of dat verzoek aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden als ware dit het eerste besluit over die aanvraag of dat verzoek. Als het bestuursorgaan – overeenkomstig – toepassing geeft aan artikel 4:6 lid 2 Awb, dan toetst de bestuursrechter aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden en eventueel door het bestuursorgaan gevoerd beleid, slechts of het bestuursorgaan zich terecht, en zorgvuldig voorbereid en deugdelijk gemotiveerd, op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn. Dat is slechts anders indien het vasthouden aan het eerdere besluit desondanks evident onredelijk zou zijn. De Centrale Raad is op dezelfde lijn gaan zitten.<sup>50</sup>

Ook op het gebied van de toetsing aan beleidsregels werd de rechterlijke toets geïntensiveerd in de afgelopen kroniekperiode. Op grond van artikel 4:84 Awb handelt een bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben

die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Tot nog toe was de lijn in de rechtspraak van de ABRvS dat van 'bijzondere omstandigheden' als bedoeld in artikel 4:84 Awb slechts sprake kan zijn als het gaat om omstandigheden waarmee bij het vaststellen van de beleidsregel geen rekening is gehouden.<sup>51</sup> Omstandigheden die (geacht werden) reeds in de beleidsregel (te) zijn verdisconteerd, waren dus geen bijzondere omstandigheden die konden dwingen tot afwijking van beleidsregels.<sup>52</sup> In een uitspraak van 26 oktober 2016 overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak echter dat deze 'verdisconteerde omstandigheden' niet alleen vanwege die redenen buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Zij overweegt daarbij dat in de praktijk is gebleken dat ook al zijn deze omstandigheden bij het opstellen van de beleidsregel bezien, vooraf vaak niet kan worden voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval tot onevenredige gevolgen kunnen leiden. Daarom dient een bestuursorgaan steeds alle omstandigheden van het geval mee te nemen in de besluit-

## De tendens van de toenemende intensiteit van toetsing van besluiten door de bestuursrechter die in eerdere kronieken werd gesignaleerd, heeft zich in de afgelopen periode stevig doorgezet

vorming en te bezien of deze moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden die maken dat het handelen overeenkomstig de beleidsregel onevenredige gevolgen zou hebben. Een andere invulling dus van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb, waarvan wij, gelet op de impact, aannemen dat deze informeel is afgestemd met de andere colleges.<sup>53</sup> Annotator Bröring merkt op dat deze uitspraak voor de bestuurs- en rechtspraktijk grote impact heeft, te weten dat bestuursorganen bij het nemen van beschikkingen oog moeten houden voor alle omstandigheden van het (individuele) geval, met inbegrip van de gevolgen van de toepassing van de beleidsregels. Zij zullen meer dan voorheen oog moeten hebben voor de (materiële) uitkomst van de toepassing van beleidsregels.

Al met al kan worden geconcludeerd dat de tendens van de toenemende intensiteit van toetsing van besluiten door de bestuursrechter die in eerdere kronieken werd gesignaleerd, zich in de afgelopen periode stevig heeft doorgezet. De uitspraken getuigen volgens Bröring ook van meer 'burgervriendelijkheid' en aandacht voor 'individuele gerechtigheid'.

Aandacht voor deze 'individual gerechtigheid' mag matig worden genoemd in de meest recente jurispruden-

tie rond het alcoholslot, waarin de taakafbakening tussen civiele en bestuursrechter centraal staat. Hoewel zowel de HR als de Afdeling eerder negatief heeft geoordeeld over het Alcohol Slot Programma (ASP), gaven zij daarbij direct aan dat de gevolgen van die oordelen voor eerdere zaken niet relevant zouden zijn. De Hoge Raad gaf expliciet aan dat zijn arrest geen aanleiding mag vormen voor herziening van eerder afgedane gevallen en de Afdeling overwoog dat haar uitspraak voor het CBR geen reden hoeft te zijn om tot heroverweging van eerder genomen ASP-besluiten te komen.<sup>54</sup> Twee chauffeurs die als gevolg van rijden onder invloed hun rijbewijs zijn kwijtgeraakt, die de verplichting tot deelname aan het ASP kregen opgelegd én die strafrechtelijk werden vervolgd vallen in de categorie 'onevenredig getroffen' volgens de genoemde Afdelingsuitspraak, maar zij hebben destijds geen bezwaar gemaakt tegen de besluiten en de strafbeschikkingen die daarvoor werden gegeven. Dat leek op dat moment gezien de stand van de jurisprudentie zinloos. Verder hebben de chauffeurs niet aan het ASP deelgenomen (omdat zij dit niet konden financieren) wat ertoe leidt dat zij vijf jaar lang geen nieuw rijbewijs kunnen krijgen. Zij kloppen aan bij de civiele rechter en eisen dat het CBR hen hun rijbewijs teruggeeft, zonder oplegging van het ASP. De Hoge Raad is echter streng en stelt dat de burgerlijke rechter niet bevoegd is te oordelen over vordering tot teruggave rijbewijs. De beslissingen van het CBR om het ASP op te leggen en het rijbewijs ongeldig te verklaren is immers een (inmiddels onaantastbaar) besluit. Hij houdt zodoende stevig vast aan (dat deel van) de leer van de formele rechtskracht inhoudende dat de burgerlijke rechter uitgaat van de rechtmatigheid van een besluit, indien dit besluit niet is aangevochten bij de bestuursrechter, óók wanneer vaststaat dat indien tijdig beroep zou zijn ingesteld, het besluit zou zijn vernietigd. Dat komt hem op stevige kritiek van Drion te staan die dit soort juridisch verdedigbare uitspraken, materieel onverteerbaar noemt en wijst op het risico dat er in twijfelgevallen met bestuurs-

rechtelijke hagel wordt geschoten.<sup>55</sup> Daaraan moet worden toegevoegd dat de bestuursrechter, als meest gereede rechter, hier wellicht ook soelaas had kunnen bieden door wel een herzieningsplicht aan te nemen.

Bij een bespreking van de bredere ontwikkelingen mag de digitalisering van het procesrecht niet ontbreken, dat komt immers steeds dichterbij, ook voor het algemene bestuursrecht. Interessant is dat er op sommige terreinen al vrijwillig wordt proefgedraaid zodat in de rechtspraak ervaring kan worden opgedaan. Gelet op het experimentele karakter daarvan betoont de Rechtbank Den Haag zich van haar soepele kant en ziet af van niet-ontvankelijk verklaren op grond van artikel 6:6 Awb van een één dag te laat ingediend verzoek om een voorlopige voorziening.<sup>56</sup> In eerdere kronieken lieten we echter ook voorbeelden zien van een veel striktere opstelling.<sup>57</sup>

Ten slotte is er deze kroniekperiode<sup>58</sup> veel aandacht voor de inbedding en inzet (door de rechter) van deskundigen.<sup>59</sup> Wanneer kan en mag de rechter op een deskundige varen en wanneer zal hij zelf een deskundige moeten benoemen? Dit mede als gevolg van de EHRM-uitspraak inzake Korošec.<sup>60</sup> De Rechtbank Midden-Nederland deed een geslaagde poging het daaruit voortvloeiende kader in een uitspraak neer te leggen.<sup>61</sup>

#### 4. Toezicht en handhaving

Het terrein van toezicht en handhaving blijft onverminderd aandacht trekken,<sup>62</sup> net als de privatisering daarvan.<sup>63</sup> Een paar krenten uit de pap. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad een nadere invulling gegeven aan het begrip 'medepleger' zoals dat in artikel 5:1 Awb over het overtredersbegrip voorkomt.<sup>64</sup> Om als medepleger te worden aangemerkt dient te worden aangetoond dat zo bewust en nauw is samengewerkt met de pleger dat van medeplegen kan worden gesproken. Daartoe is in het bijzonder van belang dat wordt aangetoond dat en waarom de bijdrage van de mogelijke medepleger van vol-

45. ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3386, JOM 2016/1322.

46. CRvB 21 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:607, NJB 2017/636.

47. ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759, AB 2016/253, m.nt. M. Reneman; JB 2016/166.

48. Zie voor andere Europeesrechtelijke invloed op het procesrecht ABRvS (vz.) 20 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3350, JB 2017/26 waaruit volgt dat sneller dan voorheen in hoger beroep uitzettingsbesluiten van vreemdelingen worden geschorst gelet op EHRM 5 juli 2016, appl. nr. 29094/09 (A.M./Nederland), EHRM 2016/228, m.nt. J. Uzman.

49. ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, NJB 2016/2241; JG 2016/65, m.nt. M. Claessens en N. Jak; JB 2017/7, m.nt. L.J.M. Timmermans.

50. CRvB 20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872, JB 2017/13,

m.nt. L.J.M. Timmermans; AB 2017/102, m.nt. H.E. Bröring; USZ 2017/93, m.nt.

E. van den Bogaard; CRvB 3 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:895 en 881.

51. ABRvS 6 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC:3627, JB 2008/62

52. ABRvS 16 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS6225, Gst. 2005/136, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

53. ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring; JB 2016/235, m.nt. L.J.M. Timmermans.

54. HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen; JB 2015/50, m.nt. B. de Kam; ABRvS 4 maart 2015,

ECLI:NL:RVS:2015:622; AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen; JB 2015/57, m.nt. A.M.M.M. Bots.

55. C.E. Drion, 'Verongelukken in het recht', NJB 2017/308, afl. 6.

56. Rb. Den Haag 27 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2029.

57. Vergelijk recent ook Rb. Den Haag (zp. Den Bosch) 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1160 (bewijslast niet ontvangen notificaties ligt bij gemachtigde nu technisch onderzoek geen problemen aan het licht bracht met betrekking tot het systeem).

58. Vergelijk voor overige ontwikkelingen I.C. Bierkens, J.A. de Boer, L.A. van Heusden, C.J.A.M. Merckx & J.C.A. de Poorter, 'Bestuursprocesrecht' (kroniek), NTB 2016/46.

59. Zie de bijdragen P. Lemmens, 'De deskundige, het bestuur, de rechter en het recht van de partijen op een eerlijk proces', NJB 2017/472, afl. 9; en G. de Groot, 'Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het Korošec-arrest', NJB 2017/473, afl. 9 met verdere verwijzingen, alsmede het Vooraf van T. Barkhuysen, 'Knelpunten bij de inzet

van deskundigen in het bestuursrecht', NJB 2016/1603, afl. 31.

60. EHRM 8 oktober 2015, appl. nr. 77212/12, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

61. Rb. Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6305, JWR 2017/11, m.nt. W.H. Regterschot.

62. Zie voor een overzicht J.P. Heinrich, M.L. Batting & R.W. Veldhuis, 'Handhaving van bestuursrecht' (kroniek), NTB 2016/54. Vergelijk ook het nieuwe boek F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Kluwer 2016.

63. Zie daarover Y.E. Schuurmans & S.H. Ranchordás, 'The mysteryguests in het bestuursrecht: fraudeonderzoek door particuliere recherchebureaus', NTB 2016/51.

64. CBB 30 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:30.



doende gewicht is geweest. Het EHRM, op zijn beurt, lijkt eerdere strenge *ne bis in idem*-jurisprudentie voor bestraffende sancties weer wat af te zwakken.<sup>65</sup>

De evenredigheid van sancties blijft een belangrijk thema.<sup>66</sup> Zo oordeelde de Afdeling dat het cumulatieve effect als gevolg van beboeting van verschillende vennootschappen binnen hetzelfde concern van invloed kan zijn op de boetehoogte. Een beroep op beperkte draagkracht slaagt echter niet als binnen hetzelfde concern de tekorten van een dochtermaatschappij door een andere wel financieel draagkrachtige dochter worden aangevuld.<sup>67</sup> Boetematigingen in afwijking van boetebeleidsregels vanwege onevenredigheid zijn ook regelmatig aan de orde. Daarbij is de vaste formule dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete leidt tot een evenredige sanctie. In een zaak over een aan een zorgstichting opgelegde boete matigde de Afdeling deze met 50%. Reden daarvoor was dat het boetebeleid – dat in algemene zin door de beugel kan – inhoudende dat de boetehoogte wordt afgestemd op het totaal aantal werknemers in dit bijzondere geval onevenredig uitpakte. Anders dan waar de minister bij zijn beleidsregel in het algemeen van uit is gegaan, betekent meer werkne-

### In een voorzieningenuitspraak wordt kritiek geuit op het feit dat in het strafrecht wel en in het bestuursrecht niet automatisch schorsende werking wordt aangenomen bij het aanwenden van rechtsmiddelen tegen bestraffende sancties

mers bij een stichting als de onderhavige namelijk niet dat er een groter bedrijfsresultaat is en dat de draagkracht daarom groter is, aldus de Afdeling.<sup>68</sup>

Bijzonder is ook een voorzieningenuitspraak waarin kritiek wordt geuit op het feit dat in het strafrecht wel en in het bestuursrecht niet automatisch schorsende werking wordt aangenomen bij het aanwenden van rechtsmiddelen tegen bestraffende sancties. Mede om deze reden wordt geoordeeld dat verweerder moet onderbouwen waarom van hem niet gevergd kan worden de bezwaarprocedure af te wachten alvorens een boete in te vorderen.<sup>69</sup> Ten slotte maakte de Afdeling in het kader van een beroep tegen een besluit waarin een betalingsregeling is opgenomen duidelijk dat ook als de evenredigheid van de boete vaststaat, nog bezien moet worden of deze regeling al dan niet evenredig uitpakt. Uiteindelijk kon de betalingsregeling niet door de beugel omdat betrokkene als gevolg daarvan door de grens van het bestaansminimum zou zakken.<sup>70</sup>

### 5. Openbaarheid van bestuur: van WOB naar Woo?

Of de WOB inderdaad zal worden vervangen door de Wet open overheid (Woo) is nog de vraag.<sup>71</sup> De behandeling in de Eerste Kamer is aangegrepen om onderzoek te doen naar de invoeringskosten.<sup>72</sup> Dit onderzoek is op verzoek van minister Plasterk uitgevoerd door enkele topambtenaren en zij becijferen dat de kosten voor de implementatie wel eens zouden kunnen oplopen tot € 1 miljard. Dit vanwege het extreem grote aantal documenten waarop de Woo van toepassing is, in combinatie met de op grond daarvan vereiste handelingen per document. Daarbij gaat het echter om niet meer dan een quick scan, zodat moet worden bezien of de inschatting juist is. Een ander rapport, van SEO, schat de jaarlijkse kosten op € 50 tot 100 miljoen en wijst ook op opbrengsten. Wat daar ook van zij; de invoering van de Woo zou een majeure operatie zijn. Wellicht kan een gefaseerde invoering worden overwogen, zoals wij die ook kennen van het KEI-project inzake de digitalisering van de rechtspraak.

Tot die tijd doen we het met de WOB, waarbij de Afdeling weer enkele afleveringen toevoegde aan het jurisprudentiële feuilleton over bestrijding van misbruik van deze wet.<sup>73</sup> Een grote stap op dat punt is gezet met de inwerkingtreding per 1 oktober 2016 van de wet die de dwangsomregeling bij niet tijdig beslissen loskoppelt van de WOB.<sup>74</sup> De berichten uit de praktijk over de effecten daarvan zijn positief. De stroom Wob-verzoeken die er alleen op waren gericht om na overschrijding van de beslistermijn dwangsommen op te strijken – een lucratieve tak van sport – lijkt te zijn opgedroogd.<sup>75</sup> Het bloed kruipt echter waar het niet gaan kan. De nieuwe melkkoe is gevonden in de vorm van verzoeken om inzage in de eigen gegevens op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens waarop de dwangsomregeling wel van toepassing is. Meer werk aan de winkel voor de wetgever dus, hoewel het jammer is dat de goeden hier weer eens onder de kwaden moeten lijden; de dwangsomregeling kan immers wel degelijk een nuttige functie vervullen in de strijd tegen te traag bestuur. Wellicht een extra reden voor een algemene anti-misbruikregeling in de Awb.

Gelukkig zijn er ook inhoudelijke Wob-ontwikkelingen te melden. Zo creëerde de Afdeling de mogelijkheid voor een Wob-verzoeker om de gemeenteraad te vragen om een door de raad opgelegde geheimhouding op te heffen.<sup>76</sup> Op grond van de Gemeentewet kan geheimhouding worden opgelegd aan onder meer de gemeenteraad omtrent hetgeen in een besloten vergadering wordt behandeld en omtrent de inhoud van de stukken die worden overgelegd. Bij een dergelijk geheimhoudingsbesluit zijn in beginsel slechts degenen aan wie geheimhouding is opgelegd, belanghebbende. De Afdeling heeft de kring van belanghebbenden nu gelijkgetrokken met die bij een Wob-verzoek<sup>77</sup> en aldus het bereik van de openbaarheidsregeling vergroot. Verder is interessant een Afdelingsuitspraak die goed illustreert wanneer financiële gegevens vertrouwelijk zijn en niet openbaar mogen worden gemaakt op grond van de Wob.<sup>78</sup> Het betrof een verzoek aan de NZa om openbaarmaking van tarieven van zorgaanbieders. Dat was volgens de Afdeling terecht afgewezen omdat het ging om bedrijfs- en/of fabricagegegevens. Hoewel een prijs van een zorgproduct een gegeven is dat uitsluitend de financiële bedrijfsvoering

betreft, kan in dit geval, gelet op de samenhang van de prijs van een DBC-zorgproduct met de andere verzochte gegevens, ook de prijs als een bedrijfs- en fabricagegegeven worden aangemerkt, aldus de Afdeling. Hierbij neemt zij in aanmerking dat de NZa aannemelijk heeft gemaakt dat die prijzen een voorspellende waarde hebben voor toekomstige onderhandelingen en dat een onderhandelingspartij zijn voordeel kan doen met de openbaar gemaakte prijzen over

## Het doel waarvoor om informatie wordt gevraagd moet een expliciete rol gaan spelen in de belangenafweging van het bestuursorgaan, alsmede wie de verzoeker is

voorgaande jaren. Verder oordeelde de Afdeling dat het in de Advocatenwet geregelde toezicht op advocaten en de openbaarmaking van tuchtrechtelijke maatregelen van dien aard is dat het dient te worden aangemerkt als een bijzondere openbaarmakingsregeling met een uitputtend karakter. De WOB is daarop niet van toepassing.<sup>79</sup> Belangrijk is ook een uitspraak over de verhouding van de WOB tot de Archiefwet.<sup>80</sup> De Afdeling legt uit dat – anders dan de WOB – de Archiefwet geen informatiestelsel maar een documentenstelsel bevat. De openbaarheidsbeperkingen die ingevolge de Archiefwet mogelijk zijn, zijn dan ook niet aan de informatie in de documenten gekoppeld, maar aan het document in zijn geheel. Bij dit stelsel past niet dat de rijksarchivaris een document bewerkt – bijvoorbeeld door het te anonimiseren – alvorens daarin inzage te geven, aldus de Afdeling. Verder kan ook door de beugel het beleid dat ten aanzien van beperkt openbare archiefstukken geen kopieën worden verstrekt, maar alleen inzage in die stukken wordt gegeven.

Ten slotte aandacht voor een EHRM-uitspraak die impact zal hebben op de omgang met Wob-verzoeken afkomstig van 'public watchdogs' zoals journalisten en belangenorganisaties.<sup>81</sup> Deze uitspraak van de Grote Kamer is van belang, omdat deze een erkenning inhoudt van de bescherming van het recht om informatie van de overheid te ontvangen op grond van artikel 10 EVRM. Begin dit jaar heeft de ABRvS verwijzend naar deze uitspraak het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM voor het eerst afhankelijk gesteld van de hoedanigheid van de verzoeker. De laatste bleek niet onder het beschermingsbereik van artikel 10 EVRM te vallen.<sup>82</sup> Voor de huidige praktijk onder de WOB betekent dit dat waar artikel 10 EVRM wel toepasselijk is de absolute weigeringsgronden van artikel 10 WOB niet zonder meer (zonder nadere belangenafweging en motivering) mogen worden toegepast. De relatieve weigeringsgronden van artikel 10 en 11 WOB zullen waar nodig verdragsconform moeten worden ingevuld. Bijzonder daarbij is dat het doel waarvoor om informatie wordt gevraagd een expliciete rol moet gaan spelen in de belangenafweging van het bestuursorgaan, alsmede wie de verzoeker is. Dat is lastig want de systematiek van de WOB gaat ervan uit dat het doel van het verzoek en de persoon van de verzoeker niet relevant zijn en dat steeds in abstracto het belang van algemene openbaarheid moet worden afgewogen tegen een belang dat samenhangt met een weigeringsgrond. Tegelijk lijkt de soep hier niet heel heet te worden gegeten, althans voor zover het gaat om de relatieve weigeringsgronden. Het belang van openbaarheid heeft daar immers al een plaats in de wettelijk voorgeschreven belangenafweging. Verder roept de uitspraak de interessante vraag op of artikel 10 EVRM een ruimer bereik heeft dan de WOB als het gaat om de vraag welke documenten bij welke organisaties kunnen worden opgevraagd. De WOB is van toepassing op bestuursorganen in de zin van de Awb en organisaties die onder de verantwoordelijkheid van dergelijke organen werkzaam zijn (artikel 1a lid 1 juncto 3 lid 1 WOB).<sup>83</sup> Dit betekent dat bepaalde organen zijn uitgezonderd van toepassing van de WOB. Denk daarbij onder meer aan de Staten-Generaal, rechterlijke organen, de Raad voor de rechtspraak, de Raad van State en zijn afdelingen, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman (zie artikel 1:1 lid 2 Awb). Het overheidsbe-

65. EHRM 15 november 2016, appl. nr. 24130/11 en. 29758/11 (*A en B/Noorwegen*). Zie ook het Vooraf van P.J. Wattel, 'Bis in idem', *NJB* 2017/205, afl. 4.

66. Vergelijk ook B.F. Keulen & H.E. Bröring, *Bestraffende sancties in het strafrecht en bestuursrecht*, Den Haag: Paris 2016.

67. ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2501, *JV* 2016/274.

68. ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2962, *JAF* 2016/664; en *JBO* 2016/313, m.nt. D. van der Meijden, *JB* 2017/4.

69. Rb. Amsterdam (vzr.) 21 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9126.

70. ABRvS 1 maart 2017,

ECLI:NL:RVS:2017:538.

71. Dat heeft niet verhinderd dat er in de literatuur de nodige aandacht is voor de nieuwe wet. Vergelijk A.P.W. Duijkersloot, J.A.E. van der Jagt-Jobsen & L. Maas, 'Van Wob naar Woo: de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen en intern beraad', *NTB* 2016/45; A.M. Klingenberg, 'Tijd voor verandering: leidt de Wet open overheid tot meer openheid?', *AA* 2017, afl. 1, p. 20-24.

72. *Kamerstukken I* 2016/17, 33328, F.

73. Zie voor een compleet overzicht de kroniek van E.C. Pietermaat & N.N. Bontje, 'Openbaarheid en behoorlijkheid' (kroniek), *NTB* 2017/12.

74. *Kamerstukken I* 2015/16, 34106, B en C.

75. Vergelijk M.A.H. Engelen-Gatzen, 'Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur; einde misbruik?', *PB* 2016/100.

76. ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3140, *AB* 2017/11, m.nt. M.A.J. West; *JB* 2017/19, m.nt.

J.L.W. Broeksteeg, *Gst.* 2017/50, m.nt. J. Korzelijs en C.N. van der Sluis.

77. Deze zaak had dus ook hiervoor onder het kopje 'kernbegrippen' kunnen worden behandeld.

78. ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3415, *AB* 2017/50, m.nt. A.C. Hendriks.

79. ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:715.

80. ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:620.

81. EHRM van 8 november 2016, appl. nr. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottsag/Hongarije*), *AB* 2017/1, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

82. ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:498.

83. Vergelijk N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Wet open overheid', *NJB* 2016/1475, afl. 29.

grip onder artikel 10 EVRM kent dergelijke beperkingen echter niet. De Woo is op dat punt beter toegesneden op de vereisten van artikel 10 EVRM dan de huidige WOB. Verdere jurisprudentie moet worden afgewacht.

### 6. Overheidsaansprakelijkheid

Wat betreft het overheidsaansprakelijkheidsrecht<sup>84</sup> springt in deze kroniekperiode het meest in het oog dat de Afdeling een nieuwe invulling heeft gegeven aan het causaliteitscriterium dat wordt gehanteerd in het besluiten aansprakelijkheidsrecht.<sup>85</sup> Anders dan de Hoge Raad hanteerde de Afdeling daar steeds een lijn die ervan uitging dat het causale verband ontbreekt indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuiste besluit ook een rechtmatig besluit zou hebben kunnen worden genomen.<sup>86</sup> In de zogenaamde *Biolicious*-zaak lijkt de Afdeling te willen aansluiten bij de Hoge Raad, die een andere lijn hanteert. Zij overweegt, onder verwijzing naar het arrest *Wevers/Hengelo*,<sup>87</sup> dat niet alleen maatgevend is of een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen (het ging om het instellen van een bijzondere warenmarkt), maar of – in algemene zin – een dergelijk besluit had kunnen worden genomen en aannemelijk is dat het verantwoordelijke bestuursorgaan dat ook zou hebben gedaan. Dat zal in beginsel kunnen worden aangenomen als het bestuursorgaan, na ver-

## De Afdeling heeft een nieuwe invulling gegeven aan het causaliteitscriterium dat wordt gehanteerd in het besluiten aansprakelijkheidsrecht

nietiging, opnieuw beslist en een vergelijkbaar besluit neemt en dat besluit onherroepelijk wordt, maar het kan ook worden afgeleid uit andere omstandigheden. In dit geval heeft het bestuursorgaan na vernietiging geen vergelijkbaar besluit genomen, maar vindt de Afdeling het desalniettemin aannemelijk dat het bestuursorgaan destijds, als het had geweten dat het specifieke besluit niet rechtmatig was, een vergelijkbaar, wel rechtmatig besluit zou hebben genomen. Daarmee staat vast dat het oorzakelijk verband tussen het instellingsbesluit en de schade ontbreekt.

Verder is van belang een uitspraak waarin de Afdeling bestuursrechtspraak een overzicht geeft van haar jurisprudentie inzake planschade.<sup>88</sup> Handig voor de praktijk om snel duidelijkheid te krijgen bij vragen op dit gebied. Op dit terrein ligt er ook een consultatieversie van het voorstel Invoeringswet Omgevingswet waarin een regeling voor nadeelcompensatie is opgenomen bij planschade die – als deze in werking treedt – als bijzondere regeling voor zou moeten gaan op de algemene nadeelcompensatiebepalingen van titel 4.5 Awb. Juist daarop en op de verhoging van het minimumforfait bestaat de nodige kritiek.<sup>89</sup>

Tot slot twee andere overheidsaansprakelijkheidszaken die de aandacht trokken. Om te beginnen verliezen de pelsdierhouders hun zaak bij de Hoge Raad. Deze wijst de mede op het EVRM-eigendomsrecht gebaseerde stelling af dat naast een tienjarige overgangstermijn een aanvullende schadevergoedingsregeling had moeten worden getroffen.<sup>90</sup> Succesvol zijn wel gedupeerden van de gaswinning in Groningen. De rechtbank acht de NAM aansprakelijk voor zowel hun materiële als hun immateriële schade op grond van een onrechtmatige daad.<sup>91</sup> Zeker de aansprakelijkheid voor immateriële schade is opmerkelijk gelet op de daarvoor doorgaans gehanteerde, hoge drempels.

### Europeesrechtelijke ontwikkelingen

Over de Unierechtelijke invloeden op het Nederlandse bestuursrecht zijn wij kort deze keer. Niet omdat er op dat vlak niets interessant te melden valt: integendeel zelfs! Er gebeurde al met al zoveel op het gebied van Unierechtelijke beïnvloeding van het bestuursrecht dat wij blij zijn te kunnen verwijzen naar de recente *NTB*-kroniek Europees staats- en bestuursrecht.<sup>92</sup> Er verscheen weer een flink aantal noemenswaardige publicaties waarin de Europeanisering van het Nederlandse bestuurs(proces)recht wordt besproken en geanalyseerd<sup>93</sup> en de VAR heeft zelfs een commissie ingesteld die zich buigt over dat thema. Opvallend is dat de stevige vraagtekens die op politiek en bestuurlijk niveau worden geplaatst bij de toenemende Europese invloeden, met als culminatiepunt de Brexit, niet tot nauwelijks tot het (bestuurs)rechtelijke debat lijken door te dringen.<sup>94</sup> Dat laatste debat lijkt toch nog vooral gericht op effectieve implementatie.

Wij concentreren ons hier verder op de verdeling van schaarse publieke rechten, waarover onder invloed van EU-recht belangrijke ontwikkelingen zijn te melden. De Staatsraad A-G werd eerder verzocht een conclusie te schrijven over de vraag of er een (nationale) rechtsnorm is op grond waarvan het bestuur bij het verdelen van schaarse vergunningen gegadigden de gelegenheid moet bieden mee te dingen naar de beschikbare vergunningen. Een van de vragen was verder of de eis van transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen al deel uitmaakt van de (Nederlandse) algemene beginselen van behoorlijk bestuur, of dat hier sprake is van een nieuw zelfstandig rechtsbeginsel, het transparantiebeginsel. Inmiddels is er een uitspraak (ABRvS 2 november 2016)<sup>95</sup> waarvan de strekking is dat het transparantievereiste afgeleid moet worden uit het gelijkheidsbeginsel en dat daaruit serieuze procedurele en materiële eisen volgen die nageleefd moeten worden om eerlijke verdeling te garanderen en nieuwkomers op een markt geregeld een kans te bieden.

Kort en goed komen deze eisen op het volgende neer.<sup>96</sup> Schaarse vergunningen kunnen om te beginnen in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verleend. De vergunninghouder wordt namelijk bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, voor nieuwkomers wordt het immers nagenoeg onmogelijk om nog toe te treden tot de markt. Het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet (vaak een gemeentelijke verordening) of andere besluiten (bijvoorbeeld een bestemmingsplan of omgevingsvergunning) kunnen verder de verplichting om mededingingsruimte te creëren beper-

## Schaarse vergunningen kunnen in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verleend

ken. Een dergelijke beperking kan echter niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Het is weliswaar aan de eigenaar van een pand om te beslissen over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie, maar het bestuur moet het belang van het bieden van mededingingsruimte meewegen en hier blijk van geven. Om gelijke kansen te realiseren moet het bestuur bij de vergunningverlening voorts een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig en voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

84. Zie ook T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, 'Overheidsaansprakelijkheid' (kroniek), *NTB* 2017/8.

85. ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462, *AB* 2017/88, m.nt. C.N.J. Kortmann.

86. ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587 (*Ameland I*), AA 2005/276, m.nt. L.J.A. Damen.

87. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, *JB* 2016/129, m.nt. L.J.M. Timmermans; *TBR* 2016/124, m.nt. F.A. Mulder en F.A. Linssen.

88. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, *JG* 2016/61, m.nt. T. van Have, J.J. Thoonen en E. Baljic; *AB* 2016/399, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema; *Gst.* 2017/11, m.nt. L.J. Gerritsen en M.J.O. Copier.

89. G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, 'De regeling van planschade in de Omgevingswet, Ondoordachte voorstellen met rigoureuze gevolgen', *NJB* 2016/1942, afl. 38.

90. HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *JB* 2017/36, m.nt. D.G.J. Sanderink.

91. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017,

ECLI:NL:RBNNE:2017:715, *JOM* 2017/276.

92. A.P.W. Duijkersloot, R. Ortlep, M.J.M. Verhoeven & R.J.G.M. Widdershoven, 'Europees staats- en bestuursrecht' (kroniek), *NTB* 2017/4. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak Cbb 15 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:381 (*treinvertraging en handhaving*), *AB* 2017/54, m.nt. C.N.J. Kortmann.

93. Zie bijv. R.J.N. Schlössels, 'Constitutionalisering van behoorlijk bestuur', *JBplus* 2016, p. 221-239; D.G.J. Sanderink, 'De doorwerking van het EVRM en het Unierecht in vergunningstelsels in drie-hoeksverhoudingen', *NTB* 2016/44; M.B. Weijers, F.C. van der Jagt, R. Klein & R. Tak, *Grensoverschrijdend bestuursrecht* (preadvies Jonge VAR 2016), Den Haag: BJu 2017; A.C.J. de Moor-van Vugt, 'Blurred lines: vervaging van de magische lijn bij de handhaving van het Unierecht', *NTB* 2017/6; M.R. Botman, 'De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van de Richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief', *Trema* 2017, afl. 1, p. 35-37; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis*

Er is inmiddels ook een uitspraak van de Afdeling waarin het transparantievereiste wordt toegepast op het onderwijsbekostigingsgebied.<sup>97</sup> Strecking van deze uitspraak is dat ook bij de stichting van nieuwe scholen gelijke kansen moeten worden geboden aan concurrerende schoolbesturen. Daarmee lijkt deze transparantielijn zich dus niet te beperken tot schaarse vergunningen.<sup>98</sup>

### 7. Afsluiting

Hoe nu de ontwikkelingen in deze kroniekperiode te waarderen? Onze indruk is dat het bestuurs(proces)recht na een periode van formalisering en afstandelijke toetsing met het oog op doelmatig bestuur, nu weer meer in balans komt door ook zeggenschap en (individuele) rechtsbescherming voldoende tot hun recht te laten komen.<sup>99</sup> Deze ontwikkeling werd in vorige kroniekperiodes al ingezet, maar wordt nu stevig doorgetrokken. Dat is positief te waarderen en zorgt er ook voor dat de afstand van het bestuursrecht tot het strafrecht en privaatrecht kleiner wordt.<sup>100</sup> Dat is nodig omdat het recht een samenghangend geheel is dat coherent moet functioneren.<sup>101</sup> Met het oog daarop is het te hopen dat er ondanks alles aandacht blijft voor het verbeteren en in dat kader transparanter maken van de rechtseenheidsvoorzieningen. Dat is mogelijk, ook zonder majeure reorganisaties van de rechterlijke organisatie. ●

van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest, Deventer: Kluwer 2017.

94. Belangrijk hier in positieve zin te vermelden is de intrekking van het wetsvoorstel Taverne strekkende tot het afschaffen van het rechterlijk toetsingsrecht aan verdragen (*Kamerstukken II* 2016/17, 33359 (R1986), 9 met motivering in 8 (nota naar aanleiding van het verslag). Vergelijk T. Barkhuysen, 'Is onze rechtsstaat Trump-proof?', *NJB* 2017/471, afl. 9.

95. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel; *JB* 2017/1, m.nt. L.J.M. Timmermans; *JG* 2016/64, m.nt. T. Barkhuysen & A. Span.

96. Zie daarover ook A.W.G.J. Buijze, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBplus* 2016, afl. 4, p. 240-256; C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *Regelmaat* 2017, afl. 1. Vergelijk ook J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij verdeling van schaarse publieke rechten* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2016.

97. ABRvS 18 januari 2017,

ECLI:NL:RVS:2017:86, *JB* 2017/41.

98. De VNG heeft ook een ledenbrief uitgebracht met voorlichting over de betekenis voor gemeenten (nr.17/012 te vinden op [www.vng.nl](http://www.vng.nl)).

99. Daarvan getuigen ook (bijdragen in) R. Ortlep, F. Groothuise, J. Kiewiet & R. Nehmelman (red.), *De rechter onder vuur*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2016; L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding – naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2016.

100. Een voorbeeld daarvan biedt de 'normalisering' van de ambtenaar. Vergelijk J.A.F. Peters, 'De "genormaliseerde" ambtenaar en de overheidswerkgever', *NTB* 2017/1.

101. Ook de toenemende (regelgevende) rol van gemeenten roept vragen op als het gaat om de coherentie van onze rechtsorde. Vergelijk T. Barkhuysen, 'De verstadstatelijking van Nederland', *NJB* 2017/145, afl. 3, mede naar aanleiding van ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342 (*vuurwerkverbod Hilversum*), *JG* 2017/6, m.nt. T. Barkhuysen en P. Swagemakers.