

Kroniek van het algemeen bestuursrecht

Over integrale geschilbeslechting, de opmars van het evenredigheidsbeginsel en voortschrijdende Europeanisering

Tom Barkhuysen & Willemien den Ouden¹

De roep om maatschappelijk relevante rechtsbescherming in het sociaal domein leidt tot voorstellen voor uitbreiding van de rechtsmacht en uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter die het vernietigingsberoep ten aanzien van het besluit vóór voorbijgaan. Of het uiteindelijk echt zover zal komen moeten wij afwachten. Zeker is dat de tendens van de indringendere rechterlijke toetsing van besluiten die wij eerder beschreven krachtig doorzet. Datzelfde geldt voor de Europeanisering van het bestuursrecht; de rechtsontwikkeling op dat gebied heeft een hoog tempo. Op andere terreinen is er ook de nodige dynamiek bij het tegemoetkomen aan steeds weer nieuwe vragen uit de rechtspraktijk. Genoeg actualiteiten dus voor een gevarieerde kroniek.

1. Integrale geschilbeslechting en andere Awb-ontwikkelingen

In onze vorige kroniek² zijn wij al uitgebreid ingegaan op de discussie over de rechtsbescherming in het sociaal domein. Met name bij besluiten genomen op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 zou de bestuursrechtelijke rechtsbescherming zoals die nu is geregeld in de Algemene wet bestuursrecht niet goed werken. Besluitvorming op grond van de Wmo 2015 volgt namelijk vaak niet de reguliere Awb-procedure van aanvraag en beschikking. Burgers die behoefte hebben aan zorg, zoeken samen met de gemeente en private zorgaanbieders naar een oplossing op maat. Deze integrale aanpak, waarbij wordt gewerkt met keukentafelgesprekken, het 'besluitloos' doorverwijzen naar algemene voorzieningen en individuele maatwerkvoorzieningen die pas worden geconcretiseerd in ondersteuningsplannen van particuliere zorgaanbieders,³ kan gemakkelijk leiden tot versnippering of verdamping van (reële) rechtsbeschermingsmogelijkheden voor de burger.

Boorsma, Bootsma & Geleijnse konden in hun najaarskroniek⁴ in dat kader al melding maken van het advies van regeringscommissaris Scheltema over integrale geschilbeslechting in het sociaal domein. In zijn advies stelt Scheltema dat de integrale besluitvorming, die plaatsvindt in het sociaal domein, vraagt om integrale rechtsbescherming, die in de Awb zou moeten worden geregeld. Concreet betekent dit dat de burger een geschil over bijvoorbeeld zijn Wmo-aanspraken in zijn geheel – integraal dus – aan de orde zou moeten kunnen stellen bij de bestuursrechter. Die laatste moet niet alleen besluiten kunnen toetsen, maar ook opdrachten kunnen geven aan de zorgaanbieders – bestuursorganen én private partijen – ten aanzien van hun feitelijk handelen. De bestuursrechter zou het geschil ex nunc moeten beoordelen en er zouden langere bezwaartermijnen moeten gelden. De reikwijdte van deze nieuwe Awb-regeling zou in eerste instantie beperkt zijn tot geschillen over Wmo-aanspraken en de uitvoering van de Participatie-

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 bestrijkt de periode oktober 2017 t/m maart 2018.

Noten

2. T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek

van het algemeen bestuursrecht. Over rechtseenheid, meer burger- en concurrentenvriendelijkheid en "individual gerechtigheid"', *NJB* 2017/834, afl. 15.

3. Zie over die praktijk M.F. Vermaat, 'Resultaatgericht indiceren: je weet pas wat je krijgt als je het hebt. Rechtsbescherming

en de Wmo 2015', *NTB* 2018/6.

4. A. Boorsma, J. Bootsma & A. Geleijnse, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over verduidelijking en toepassing van (verouderde) spelregels, vernieuwing en digitalisering', *NJB* 2017/1906, afl. 35.

wet (ook al zijn de problemen in de jeugdzorg volgens sommigen van vergelijkbare aard).⁵

Dit advies is ter consultatie op internet gepubliceerd.⁶ In de reacties klinkt instemming met de analyse van de regeringscommissaris door. Zo meent ook het College voor de Rechten van de Mens dat de rechtsbescherming van de burger in gevaar is gekomen door de decentralisaties en bijbehorende nieuwe beslissings- en uitvoeringstrajecten. Het College onderschrijft de urgentie van een aanpassing van de Awb op dit punt. Maar er is ook veel kritiek, bijvoorbeeld over het feit dat een ingrijpende wijziging van de Awb met gevolgen voor de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter wordt voorgesteld zonder voorafgaand breed debat. Kritiek is er ook op het punt dat de bestuursrechter bevoegd wordt om opdrachten te geven aan private zorgaanbieders en zo de contractuele afspraken tussen gemeente en zorgaanbieders kan doorkruisen.

Hetzelfde gemengde beeld geeft het januarinumnummer van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, dat zelfs geheel is gewijd aan de rechtsbescherming in het sociaal domein en het advies van de regeringscommissaris. Zo menen van Heukelom-Verhage⁷ en Marseille⁸ dat er voldoende argumenten zijn om de Awb aan te vullen met een regeling inzake integrale geschillenbeslechting en zien Huisman & Van Ommeren⁹ deze Awb-regeling zelfs al als een oplossing voor gefragmenteerde bestuursrechtelijke rechtsbescherming die wellicht ook op andere rechtsterreinen kan worden toegepast. Klein Egelink¹⁰ daarentegen acht een Awb-wijziging helemaal niet nodig om het handelen van gemeenten en private aanbieders onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen. Uit de (wetsgeschiedenis van de) Wmo zou onmiskenbaar blijken dat het verstrekken van maatschappelijke ondersteuning en de besluitvorming daarover een publieke taak is die wordt beheerst door het publiekrecht. Met dat uitgangspunt strijdige uitvoeringspraktijken zouden niet moeten worden gelegitimeerd met een wijziging van de Awb. Dat zou bovendien alleen maar leiden tot meer onduidelijkheid over wie nu eigenlijk waarvoor verantwoordelijk is. Het risico op onduidelijkheid rond de verantwoordelijkheidsverdeling wordt ook door Brand onderstreept, waarna hij waarschuwt voor het risico dat de bestuursrechter ondergesneeuwd raakt in geschillen over slecht gestofte plinten.¹¹ Den Ouden¹² ten slotte, stelt dat de voorgestelde aanvulling van de Awb gemakkelijk een veel bredere en fundamenteelere aanpassing van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in gang kan zetten dan de toonzetting ervan doet vermoeden. Op veel meer beleidsterreinen wordt immers gewerkt met nieuwe vormen van integrale besluitvorming, in samenwerking met private partijen. Voor de rechtspositie en rechtszekerheid van deze private partijen is volgens haar nog te weinig aandacht in het advies van de regeringscommissaris. In zijn redactioneel bij dit *NTB*-themanummer slaat Kortmann¹³ ook in het bijzonder aan op het voorstel om de bestuursrechter de bevoegdheid te geven om opdrachten te geven aan privaatrechtelijke rechtspersonen tot het verrichten van feitelijke handelingen: dat is nog eens 'het besluit voorbij'! Of deze, in de woorden van Kortmann, 'rechtsbeschermingsrevolutie' daadwerkelijk zal doorzetten is een onderwerp dat ongetwijfeld terug zal keren in

een volgende kroniek. Terzijde kan worden opgemerkt dat een dergelijke 'revolutie' wel goed zou passen bij de trend van het naar elkaar toegroeiende civiel- en bestuursprocesrecht, zoals dat met name in het kader van KEI wordt gepropageerd.¹⁴ Overigens dient daarbij, gelet op het vaak urgente karakter van procedures, de voorzieningenrechter niet uit het oog te worden verloren. Het is dan ook goed dat in deze kroniekperiode aan het functioneren daarvan een bijzonder nummer van *JB Plus* werd gewijd.¹⁵

Niet alleen in het sociaal domein was er discussie over de rechtsbescherming tegen besluiten, ook bij geautomatiseerde ketenbesluitvorming lijkt de reguliere Awb-procedure niet geheel te voldoen

Niet alleen in het sociaal domein was er in deze kroniekperiode discussie over de rechtsbescherming tegen besluiten, ook bij geautomatiseerde ketenbesluitvorming lijkt de reguliere Awb-procedure niet geheel te voldoen. In haar proefschrift¹⁶ beschrijft Van Eck hoe grote uitvoeringsinstanties werken met geautomatiseerde systemen die volautomatisch besluiten tot stand brengen, bijvoorbeeld over AOW-aanspraken, kinderbijslag, toeslagen en belastingen. Deze besluiten berusten op beslisregels (algoritmen) die voor burgers niet beschikbaar en voor bestuursrechters soms nauwelijks te doorgronden zijn. Vaak worden die besluiten, bijvoorbeeld die van de Belastingdienst, doorgegeven aan andere uitvoeringsinstanties, die er weer nieuwe besluiten op baseren. Voor een burger is het lastig om met succes op te komen tegen dergelijke besluiten, onder meer omdat hun totstandkomingsproces nauwelijks valt te controleren en zij tegen elk besluit in de keten apart moeten opkomen. Voor Prins is dit proefschriftonderzoek aanleiding om te pleiten voor verbeterde bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen het digitaliserende bestuur.¹⁷ Zij meent dat de Awb-wetgever hier meer ambitie moet tonen dan tot nu toe met de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer en de Wet digitale overheid. Deze beide wetsvoorstellen liggen overigens (nog steeds) bij de Raad van State voor advies. Het onderzoek van Van Eck leidde al tot Kamervragen waarin aan de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming wordt gevraagd in hoeverre zij reden zien om de relevante wetgeving te wijzigen.¹⁸

Wat waarschijnlijk geen aanleiding zal vormen tot grootscheepse veranderingen in de Awb-rechtsbescher-

ming is het WODC-rapport over de bestuurlijke lus dat al in 2014 (!) uitkwam, maar waarop de minister pas in een brief van 9 februari 2018 aan de Tweede Kamer, reageerde.¹⁹ Net als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Raad voor de rechtspraak, ziet de minister in het rapport geen aanleiding tot wetswijziging. Op dezelfde dag schreef de minister ook een brief aan de Kamer met betrekking tot het evaluatierapport over het relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb) en het passeren van gebreken (art. 6:22 Awb) dat eind 2015 werd gepubliceerd. Ook dit rapport zal niet leiden tot aanpassing van de Awb, althans als het aan de minister ligt.²⁰ Desalniettemin agendeerde de Tweede Kamer de twee rapporten voor het AO bestuursrecht van 29 maart 2018.

Wel waarschijnlijk is een wijziging in hoofdstuk 3 van de Awb over besluiten. De Minister voor Rechtsbescherming heeft onlangs een wetsvoorstel ter consultatie vrijgegeven dat voorziet in een nieuwe Awb-afdeling 'Coördinatie van samenhangende besluiten'.²¹ Deze dient in de plaats te komen van de huidige afdeling 3.5 Awb (Samenhangende besluiten) en van afdeling 3.6 Wro (Coördinatie bij verwezenlijking van ruimtelijk beleid) en van paragraaf 3.5 Wabo (Coördinatie met de voorbereiding van watervergunningen). Doelstelling is – naast uniformering – het versterken van de regierol van het coördinerend bestuursorgaan en verdere stroomlijning van de voorbereiding van samenhangende besluiten en van de rechtsbescherming die tegen die besluiten openstaat. Evenals de huidige Awb-coördinatie-regeling heeft de nieuw voorgestelde regeling een facultatief karakter, zij kan dus bij wettelijk voorschrift of bij besluit van toepassing worden verklaard. Opvallend is dat onder de nieuwe regeling niet alle besluiten tegelijkertijd hoeven te worden gecoördineerd. Bepaalde besluiten kunnen van coördinatie worden uitgezonderd. Verder kan het coördinerend bestuursorgaan bij wijze van uiterste middel in de plaats treden van een betrokken ander bestuursorgaan. Ook is voorzien in de mogelijkheid van een gebundelde beroepsgang.

Tot slot kan in Awb-verband worden vermeld dat de in 2016 opgerichte 'Regiegroep Awb-beleid' inmiddels is

omgedoopt tot de 'Regieraad Responsieve Overheid', die een budget kreeg van maar liefst drie ton. Deze gelden zijn bestemd voor 'beleid gericht op de Algemene wet bestuursrecht'.²² De Regieraad, die onder leiding staat van regeringscommissaris Scheltema, dient in ieder geval na te denken over het voorkomen van juridisering door de overheid zelf.²³

2. Kernbegrippen

Onder het kopje kernbegrippen behandelen wij ditmaal eerst het besluitbegrip, omdat de in de vorige kroniek al aangekondigde conclusie van staatsraad A-G Widdershoven over de vraag wanneer een bestuurlijke waarschuwing een besluit is, inmiddels is verschenen.²⁴ Dit naar aanleiding van een verzoek tot intrekking van een waarschuwing gebaseerd op artikel 28a Arboret, inhoudende dat bij een volgende overtreding van de relevante Arboretgeving een bevel tot stillegging zou kunnen worden opgelegd aan het betreffende bedrijf. Volgens de staatsraad advocaat-generaal is een bestuurlijke waarschuwing een besluit als deze – zoals in de voorgelegde casus – is gebaseerd op een wettelijk voorschrift en de waarschuwing een 'essentieel en onlosmakelijk onderdeel' vormt van het sanctieregime, omdat zij een noodzakelijke voorwaarde is om bij een volgende overtreding een bestuurlijke sanctie of maatregel te kunnen opleggen. Als tegen zo'n waarschuwingsbesluit geen bezwaar wordt gemaakt of beroep wordt ingesteld, krijgt het formele rechtskracht. Deze formele rechtskracht geldt alleen voor het waarschuwingsbesluit en het rechtsgevolg waarop het is gericht en niet voor de daaraan ten grondslag gelegde feitelijke en juridische oordelen. Waarschuwingen die niet op de wet, maar uitsluitend op beleid zijn gebaseerd en informele waarschuwingen, vormen geen besluit. Dergelijke waarschuwingen kunnen in de regel niet worden aangevochten bij de bestuursrechter. Dat ligt anders als het voor de geadresseerde van zo'n waarschuwing onevenredig bezwaar is om te moeten wachten tot een sanctie wordt opgelegd. In dat geval zou een waarschuwing voor de rechtsbescherming met een Awb-besluit gelijk moeten worden gesteld volgens de staatsraad A-G. Dat kan bijvoorbeeld

5. Zie daarover G.H.G.M. van Berkel, 'Jeugdhulp op de lange baan. Melding of aanvraag?', *NJB* 2018/495, afl. 10.

6. Zie www.internetconsultatie.nl/geschilbeslechtingsaaldomein/reacties.

7. S. van Heukelom-Verhage, 'Integrale geschilbeslechting vanuit gemeentelijk perspectief', *NTB* 2018/4.

8. A.T. Marseille, 'Aanpassing Awb ten behoeve van integrale geschilbeslechting in het sociaal domein?', *NTB* 2018/12.

9. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het sociaal domein', *NTB* 2018/7.

10. E. Klein Egelink, 'De toetsing door de bestuursrechter bij integrale besluitvorming in het sociaal domein', *NTB* 2018/11.

11. J. Brand, 'Voldoet de gereedschapskast van de bestuursrechter in het sociale

domein niet langer?', *NTB* 2018/5.

12. W. den Ouden, 'Toetsingsmaatstaven voor geschillen bij integrale besluitvorming: het perspectief van de private zorgaanbieder', *NTB* 2018/10.

13. C.N.T. Kortman, 'Zonder crisis geen revolutie', *NTB* 2018/2.

14. De invoering van KEI in het bestuursrecht loopt overigens serieuze vertraging op, blijkt uit *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 405.

15. Vgl. D.A. Verburg e.a., 'De voorlopige voorziening: Di(c)k voor mekaar?', *JB Plus* 2017/4; D.A. Verburg, 'De beperkingen van de zevenmijlslaarzen', *JB Plus* 2017/4; M.M. van Driel, 'De voorzieningenrechter kan (bijna) alles', *JB Plus* 2017/4; A.T. Marseille, 'De voorlopige voorziening als inspiratiebron voor de bodemprocedure',

JB Plus 2017/4.

16. M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg). Geheel te lezen op: https://pure.uvt.nl/portal/files/20399771/Van_Eck_Geautomatiseerde_ketenbesluiten.pdf.

17. J.E.J. Prins, 'Bestuursrecht & digitalisering', *NJB* 2018/404, afl. 8. Ook B.J. van Eetkoven meent dat de Awb niet is toegesneden op de werkelijkheid van primaire besluiten die volledig geautomatiseerd worden genomen. Zie van zijn hand het artikel 'Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big data tijdperk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu ... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer:

Wolters Kluwer 2018.

18. Vragen van de leden Middendorp en Koopmans (VVD) van 13 februari 2018.

19. *Kamerstukken II* 2017/18, 34107, 2.

20. *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 407. Kritisch over het relativiteitsvereiste dat volgens hem beter kan worden afgeschaft is Barkhuysen in zijn redactioneel 'Naar een bredere kring van handhavers van bestuursrechtelijke normen?', *NJB* 2018/138, afl. 3.

21. www.internetconsultatie.nl/awbomgevingswet.

22. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 775 VII, 45.

23. Bijlage bij *Handelingen Kamerstukken II* 2017/18, 29, item 3.

24. Conclusie van 24 januari 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:249.

het geval zijn wanneer het handhavingsbeleid waarop de waarschuwing is gebaseerd voor een langere periode negatieve gevolgen verbindt aan een waarschuwing en er dus bewijsproblemen kunnen ontstaan wanneer de waarschuwing (veel later) wordt gevolgd door een sanctie.

Tot op heden was de Afdeling, anders dan de CRvB, nog niet erg geneigd om waarschuwingen als besluiten te zien.²⁵ Als de grote kamer van de ABRvS de conclusie volgt, zal dat dus consequenties hebben voor de bestaande handhavingspraktijk. Bij wettelijk geregelde waarschuwingen (bijvoorbeeld op grond van de Wet arbeid vreemdelingen en de Arboret) dient dan een rechtsgangverwijzing te worden opgenomen. Het risico op meer bezwaarprocedures lijkt ons reëel, net als een zoektocht van bestuursorganen naar niet-appellabele alternatieven. Voor ontvangers van een waarschuwing geldt dat zij bij navolging van de voorstellen van Widdershoven in veel gevallen eerder rechtsbescherming kunnen zoeken. Vaak zal dat ook verstandig zijn om bewijsproblematiek te voorkomen.

Voor ontvangers van een waarschuwing geldt dat zij bij navolging van de voorstellen van Widdershoven in veel gevallen eerder rechtsbescherming kunnen zoeken

Een interessante conclusie dus, die een speciaal tintje heeft omdat de staatsraad A-G bij het schrijven daarvan voor het eerst gebruik kon maken van reacties van geïnteresseerden. 'Een ieder' kon een standpunt over de vraag of een bestuurlijke waarschuwing een besluit is, indienen. Er kwamen 25 reacties van 'meedenkers' afkomstig uit onder meer de wetenschap, de advocatuur, het bedrijfsleven en van overheidsinstanties. Wie dat precies zijn blijft onbekend: de A-G koos ervoor hen niet met naam te noemen omdat die mogelijkheid niet vooraf was gecommuniceerd naar de inzenders. Wel geeft de staatsraad A-G een algemene verantwoording van zijn gebruik van de inbreng van de meedenkers. Ook verwijst hij geregeld geanonimiseerd naar een of meerdere reacties. De staatsraad A-G wijst er terecht op dat deze werkwijze niet volledig transparant is, 'maar bij deze conclusie is het helaas niet anders.' De inzet van dergelijke meedenkers vergt – wanneer daarmee voldoende ervaring²⁶ is opgedaan – daarom uiteindelijk expliciete regeling. Eerst in het procesreglement, waarna later ook een basis kan worden opgenomen in de Awb (die in art. 8:45a al wel een bijzondere regeling kent voor het betrekken van de Europese Commissie en de ACM).²⁷

Verder is er rond het besluitbegrip in de kroniekperiode niet veel schokkends gebeurd. Noemenswaardig is een uitspraak van 20 december 2018.²⁸ Daarin merkt de Afdeling bestuursrechtspraak de brief, waarmee een onbevoegde ambtenaar reageerde op een tot het college van B&W van Leeuwarden gericht verzoek om een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan, aan als besluit. Gelet op de inhoud en bewoordingen van de brief vormde deze een reactie op de aanvraag. Met de brief is daarop volgens de Afdeling concreet en ondubbelzinnig beslist, nu daarin is vermeld dat op basis van het vastgestelde beleid geen medewerking kan worden verleend: daarmee werd de aanvraag afgewezen. Dat de brief geen rechtsmiddelenclausule bevatte is voor haar besluitkarakter niet doorslaggevend. Dat het besluit onbevoegd (want niet door de daartoe gemandateerde ambtenaar) was genomen en dat daarin ten onrechte niet was vermeld dat het namens het college is genomen, betekent ook niet dat de brief geen besluit vormt. De vraag of een handeling een besluit vormt, en dus *gericht* was op rechtsgevolg, moet immers worden onderscheiden van de vraag of degene, die de op rechtsgevolg gerichte handeling heeft verricht, bevoegd was namens een bestuursorgaan dat besluit te nemen. Het bevoegdheidsgebrek doet dus niet af aan het besluitkarakter van de brief en kan bovendien worden hersteld bij het besluit op bezwaar, aldus de Afdeling. Doordat de brief in casu een afwijzingsbesluit vormt, was er overigens geen sprake van een vergunning van rechtswege, zoals de aanvrager had gehoopt.

Voor de rechtspraktijk belangrijk is de uitspraak van de CRvB waarin hij het opleggen van een bijdrage voor een maatwerkvoorziening als een besluit kwalificeert.²⁹ Op grond van de Wmo 2015 kan de gemeenteraad in een verordening bepalen dat een cliënt een bijdrage verschuldigd is. Volgens de Raad vloeit de bijdrageverplichting niet rechtstreeks voort uit de verordening, maar uit een uitvoeringsbesluit van B&W, waarin wordt beoordeeld of de toegekende maatwerkvoorziening van dien aard is dat daarvoor een bijdrage kan worden gevraagd. Vervolgens neemt het GAK een uitvoeringsbesluit waarin de omvang van de bijdrage wordt vastgesteld, gerelateerd aan het inkomen van de cliënt.

Tot slot verdient vermelding de binnen een ultrakorte termijn gedane uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in een geschil tussen de Stichting Meer Democratie en de Minister van BZK.³⁰ De Stichting stelde dat een passage in de Nota naar aanleiding van het verslag³¹ bij het intens bediscussieerde wetsvoorstel tot intrekking van de Wet raadgevend referendum³² kon worden gezien als een schriftelijke weigering van de minister om een besluit te nemen over de vraag of over deze wet een referendum kan worden gehouden, zodat op grond van artikel 6:2 Awb beroep open zou staan. De minister had namelijk gesteld dat een (appellabel) referendabiliteitsbesluit op grond van artikel 6 van de Wet raadgevend referendum bij de intrekkingwet niet aan de orde zou zijn. Dit omdat laatstgenoemde wet erop gericht is de Wrr (inclusief art. 6) in te trekken; voor een referendabiliteitsbesluit is straks dus geen basis meer. Volgens de ABRvS heeft de minister daarmee geen besluit genomen over de vraag of te zijner tijd over de intrekkingwet een referendum kan worden gehouden en was zij daartoe ook nog

niet bevoegd. Op grond van artikel 6 Wrr kan de minister een referendabiliteitsbesluit namelijk pas nemen nadat een wetsvoorstel door beide Kamers is aangenomen en is bekrachtigd, wat bij de intrekkingwet nog niet het geval is. De gewraakte passage kan daarom geen appellabele schriftelijke weigering zijn een besluit te nemen, aldus de Afdeling, want artikel 6:2 aanhef en onder a Awb ziet slechts op de weigering een besluit te nemen, indien het bestuursorgaan ten tijde van de weigering bevoegd is tot het nemen van dat besluit. Ondertussen lijkt het erop dat de Intrekkingwet, ondanks de kritiek die daarop is geuit, het Staatsblad gaat halen. De Stichting Meer Democratie heeft aangekondigd het er dan niet bij te laten zitten. Zij wil de beoogde intrekking, zonder dat daarover een referendum mogelijk is, aan de rechter voorleggen.³³ De hier besproken procedure bij de Afdeling was daarvoor waarschijnlijk een opmaat om te voorkomen later het verwijt te krijgen niet te zijn opgekomen tegen een mogelijk appellabel besluit. Een mooie illustratie van juridisering als gevolg van onduidelijkheid over het besluitkarakter.³⁴

Over het bestuursorgaanbegrip kunnen wij relatief kort zijn. Zeer interessant is een civiel vonnis van de Rechtbank Den Haag van 14 februari 2018,³⁵ waarin de relatief nieuwe jurisprudentielijn van de ABRvS inzake b-bestuursorganen wordt toegepast. Onder verwijzing naar de uitspraken van de Afdeling van 17 september 2014³⁶ (door de rechtbank aangeduid als 'verduidelijkingsuitspraken'), komt zij tot het oordeel dat de (inmiddels ontbonden) Stichting Borgstellingsfonds voor de Landbouw, anders dan de bestuursrechter (waaronder de Afdeling) voorheen oordeelde, niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan. Deze eerdere uitspraken zijn namelijk uit 1994 en 1995 en juist als het gaat om waarborgfondsen heeft de Afdeling na die tijd blijk gegeven van 'voortschrijdend inzicht' ten aanzien van het aanmerken van privaatrechtelijke rechtspersonen als b-orgaan, bijvoorbeeld met betrekking tot de Stichting Waarborgfonds Eigen Woning.³⁷ Nu niet werd voldaan aan het inhoudelijk vereiste, was de Stichting (niet langer) een b-orgaan, aldus de rechtbank. Daardoor konden de door de Rabobank betwiste 'toekenningen verliesdeclaratie' ook geen subsidievaststellingsbesluiten zijn (zoals de Staat had gesteld om zich vervolgens te beroepen op de formele rechtskracht die de subsidiebesluiten zouden hebben gekregen). Partijen zijn dus gebonden aan de overeenkomst. Op grond van de redelijke uitleg daarvan wordt de Staat veroordeeld tot betaling van een bedrag van ruim

€ 99 000 vermeerderd met de wettelijke rente.

De uitspraak laat zien dat de implicaties van de 'verduidelijkingsuitspraken' nog lang niet altijd duidelijk zijn. Dat is van groot belang voor de rechtspraak, waarin op grote schaal privaatrechtelijke fondsen worden ingericht met publieke middelen, waaruit vervolgens leningen en garanties worden verstrekt aan ondernemers. Een goed voorbeeld daarvan geeft de consultatieversie van een wetsvoorstel dat de oprichting van de Nederlandse financierings- en ontwikkelingsinstelling Invest-NL mogelijk moet maken,³⁸ waarvoor de Staat € 2,5 miljard als startkapitaal ter beschikking wil stellen. Invest-NL krijgt de rechtsvorm van een naamloze vennootschap die zal deelnemen in ondernemingen, leningen en garanties zal verstreken en in mandaat subsidieregelingen zal uitvoeren. Dit alles om 'maatschappelijke transitieopgaven' te realiseren en de Nederlandse economie te versterken. Opvallend is dat in paragraaf 7 van de (concept) toelichting, de verhouding tot bijvoorbeeld de Comptabiliteitswet 2016 en het BW uitgebreid aan bod komt, maar de relatie met de Awb en het bestuursorgaanbegrip onbesproken blijft. Het is zaak dat dit in het uiteindelijke wetsvoorstel wel gebeurt zodat er geen onzekerheid bestaat over het karakter van de instelling en daarmee ook van haar besluiten.

Over het belanghebbendebegrip was in deze kroniekperiode minder debat, maar in de jurisprudentie vindt men wel interessante ontwikkelingen. In de vorige kroniek werd al melding gemaakt van de uitspraak van de ABRvS van 23 augustus 2017 waarin zij de toepassing van het criterium 'gevolgen van enige betekenis kunnen ondervinden' van een besluit verduidelijkt. Die uitspraak is inmiddels van de nodige commentaren voorzien.³⁹ Daarin wordt de nadere uiteenzetting zeer gewaardeerd. Wel waarschuwt Tolsma voor het risico op een toenemend aantal discussies over de mate van feitelijke effecten van besluiten aan de hand van onderzoeksrapporten en deskundigenadviezen. Een uitgebreide beoordeling van feitelijke effecten bij de afbakening van de kring van belanghebbenden sluit naar haar mening niet goed aan bij de laagdrempelige en relatief goedkope rechtsbescherming die de bestuursrechter zou moeten bieden. Uit de genoemde uitspraak maakt zij op dat de correctie op de hoofdregel, dat iemand die effecten ondervindt van de activiteit die met een besluit wordt toegestaan,⁴⁰ in beginsel belanghebbende is, terughoudend moet worden toegepast, namelijk alleen wanneer er daadwerkelijk gerede

25. ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4598, AB 2012/115, m.nt. F.R. Vermeer.

26. Er wordt nu nog geëxperimenteerd. Vergelijk ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903 waarin de Afdeling zelf vijf experts benaderde en vroeg om hun visie op een kostenramingsvraag.

27. Vergelijk in algemene zin over wetgevingsexperimenten M.J. Jacobs, *Experimentele wetgeving* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

28. ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3514.

29. CRvB 25 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3358, AB 2017/396, m.nt. Bruggeman.

30. ABRvS 2 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:364.

31. *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 6, p. 15.

32. Zie daarover in dit blad in de kroniekperiode E. van Vugt, 'Intrekking van de Wet raadgevend referendum', *NJB* 2018/59, afl. 2 en W.J.M. Voermans, 'De Catch-22 van de intrekking van de wet raadgevend referendum', *NJB* 2018/544, afl. 11.

33. Zie www.meerdemocratie.nl/civicrm/

[contribute/transact?reset=1&id=5](https://www.internetconsultatie.nl/contribute/transact?reset=1&id=5).

34. Vergelijk ook een procedure tegen de vaststelling van het perceeloppervlakte in het kader van een bedrijfstoelagenregeling waar uiteindelijk blijkt dat dit geen appellabel besluit is in Cbb 17 augustus 2017, ECLI:NL:CBB:2017:2015.

35. Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162.

36. ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379.

37. ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568.

38. www.internetconsultatie.nl/oprichtinginvestnl.

39. ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2271, AB 2017/348, m.nt. H.D. Tolsma, *JB* 2017/143, m.nt. R. Benhadi en *TBR* 2017/160, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

40. De kring van belanghebbenden wordt per vergunde activiteit bepaald, zo blijkt uit ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:168, AB 2018/79, m.nt. H.D. Tolsma, *JB* 2018/33 (geen annotatie erbij).

Indien een natuurlijk persoon opkomt voor een naar zijn aard eigen en persoonlijk belang, staat de omstandigheid dat ook grote aantallen anderen in een soortgelijk eigen en persoonlijk belang worden getroffen, er niet aan in de weg dat hij belanghebbende is

twijfel bestaat of iemand wel gevolgen van enige betekenis ondervindt.

Die visie vindt bevestiging in een uitspraak van de Afdeling van 15 november 2017,⁴¹ inzake Twente Airport. Daarin overweegt zij dat 'voor het beantwoorden van de vraag of gevolgen van enige betekenis ontbreken is, anders dan waarvan provinciale staten uitgaan, niet bepalend of de te verwachten gevolgen niet significant zijn, maar of die gevolgen dermate gering zijn dat een persoonlijk belang ontbreekt.' Echter, in een uitspraak van 6 december 2017,⁴² oordeelt de ABRvS dat appellanten met uitzicht over de Noordzee vanuit hun woning die onder omstandigheden de windturbines die als gevolg van een kavelbesluit op grond van de Wet windenergie op zee zullen worden geplaatst kunnen zien, desalniettemin geen persoonlijk belang hebben bij dat kavelbesluit. Daarvoor is de afstand tussen de kust en de kavels (ten minste 22,2 kilometer) te groot. Voor windparken op land hanteert de Afdeling inmiddels als uitgangspunt dat gevolgen van enige betekenis aanwezig kunnen worden geacht binnen een afstand van tien keer de tiphoogte van de voor appellanten dichtstbijzijnde windturbine, gemeten vanaf de voet van de windturbine. De Afdeling gaat ervan uit dat de gevolgen van het zicht op het windpark voor het woon- en leefklimaat op een afstand van meer dan tien keer de tiphoogte in beginsel te beperkt zijn om nog te kunnen spreken van gevolgen van enige betekenis. Ook meent zij dat op die afstand in beginsel geen andere gevolgen van enige betekenis van het windpark zijn te verwachten, zoals geluid- of slagschaduw hinder van enige betekenis.⁴³ Dat er geen omwonenden zijn die worden aangemerkt als belanghebbenden bij vergunningen benodigd voor de aanleg en exploitatie van een windpark, wil natuurlijk niet zeggen dat daartegen niet kan worden geprocedeerd door rechtspersonen die algemene belangen behartigen. Althans voor zover 'een algemeen (...) belang dat zij zich statutair ten doel stellen te behartigen en waarvoor zij zich daadwerkelijk inzetten, bij het besluit rechtstreeks is betrokken.'⁴⁴ Ook de civiele rechter kan een rol spelen voor personen die bestuursrechtelijk als niet-belanghebbend worden aangemerkt.

In een principiële zaak⁴⁵ over de privacy van treinreizigers komt het belanghebbendebegrip ook aan bod. Enige tijd geleden schafte NS de papieren treinkaartjes af en verplichtte alle reizigers voortaan een OV-chipkaart te gebruiken. Reizigers die omwille van hun privacy voor een anonieme OV-chipkaart kozen, krijgen geen voordeelurenkorting. Een individuele treinreiziger die zo zijn korting kwijtraakte vroeg de Autoriteit Persoons-

gegevens om handhavend op te treden, maar dat verzoek werd geweigerd. Nadat de Rechtbank Gelderland de Autoriteit had opgedragen de zaak alsnog serieus te onderzoeken, deed de ABRvS op 20 september 2017 uitspraak in hoger beroep.⁴⁶ Zij acht de reiziger belanghebbend bij het afwijzingsbesluit nu hij ter bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer anoniem, maar mét voordeel wil kunnen reizen. Omdat met voordeelurenkorting reizen op dit moment slechts mogelijk is met een persoonlijke OV-chipkaart, moet hij het volle tarief betalen. Dit raakt de financiële positie van de reiziger en levert reeds daarom een eigen en persoonlijk belang op. Indien een natuurlijk persoon opkomt voor een naar zijn aard eigen en persoonlijk belang, staat de omstandigheid dat ook grote aantallen anderen in een soortgelijk eigen en persoonlijk belang worden getroffen, er niet aan in de weg dat hij belanghebbende is, aldus de Afdeling. Ook inhoudelijk krijgt de reiziger overigens grotendeels gelijk: de autoriteit had zijn handhavingsverzoek niet mogen afwijzen zonder in deze specifieke zaak voldoende onderzoek te doen.

Noemenswaardig in de context van het belanghebbendebegrip is ten slotte een uitspraak van het CBb van 20 juli 2017,⁴⁷ waarin het College oordeelt dat het enkele feit dat een appellant, die een handhavingsverzoek had gedaan dat was afgewezen, in bezwaar onvoldoende onderscheid maakt tussen zijn identiteit als natuurlijk persoon en als bestuurder/enig aandeelhouder van zijn bedrijf onvoldoende is om zijn bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren; het College ziet (voortaan) net als de ABRvS ruimte om het door de particulier ingesteld bezwaar of beroep toe te rekenen aan het bedrijf. Deze uitspraak werd in de kroniekperiode van een instructief commentaar voorzien door Tolsma en Ypinga,⁴⁸ die uiteen zetten hoe langs deze weg een niet-ontvankelijkheidsverklaring wegens een afgeleid belang wordt voorkomen en hoe deze uitzondering aansluit op de ratio van de leer van het afgeleid belang. Daarmee moet immers worden voorkomen dat tegen de wil van een geadresseerde van een besluit daartegen wordt geprocedeerd. Dat risico speelt in dit soort gevallen niet.

3. Bredere ontwikkelingen op het terrein van het bestuursprocesrecht: intensiteit van rechterlijke toetsing

De intensiteit van de rechterlijke toetsing van besluiten blijft een populair en belangrijk onderwerp van debat. Ortlep & Zorg schreven een artikel over de ontwikkeling van de zogenaamde marginale toetsing van bestuurlijke afwegingen onder de Awb.⁴⁹ Zij menen dat de geconditio-

neerde respons van de bestuursrechter om terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling van besluiten die berusten op ruime bestuursbevoegdheden plaats maakt voor toetsing op maat. Wij delen die analyse: de opmars van (toetsing aan) het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht is onmiskenbaar.⁵⁰ Een aansprekend voorbeeld geeft een uitspraak van de ABRvS van 29 november 2017,⁵¹ over de intrekking van een marktvergunning van een marktkraamhouder die een vreemdeling in zijn marktkraam klanten zou hebben laten bedienen. Voor die gestelde overtreding had hij ook al een WAV-boete van € 6000 om de oren gekregen, tegen welk besluit hij niet was opgekomen. Het besluit tot intrekking van de vergunning wordt door de Afdeling niet als punitief beschouwd, maar desalniettemin vrij intensief getoetst. Nu het intrekkingbesluit grote gevolgen heeft voor de marktkoopman had het college zorgvuldig onderzoek moeten doen naar de aard en de zwaarte van de overtreding, de persoonlijke omstandigheden en de

Met het evenredigheidsbeginsel stevig in de hand kan de bestuursrechter werken aan meer rechtvaardige uitkomsten bij geschillen

gevolgen in dit geval en op die basis moeten motiveren waarom in de betreffende omstandigheden toepassing van de betreffende Haagse verordening (waarin het intrekkingbesluit werd voorgeschreven) niet kennelijk onredelijk is. De Afdeling oordeelde op die grond dat het intrekkingbesluit niet zorgvuldig was voorbereid en stuurde de zaak terug naar het Haagse college voor verdere besluitvorming.

Op sanctiegebied ook opvallend was een uitspraak van 20 september 2017,⁵² waarin een besluit tot invorde-

ring van een dwangsom van € 20 000 ter discussie stond. In casu was het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom niet aangevochten, maar in andere procedures kwam vast te staan dat van een overtreding geen sprake was. In dat licht meent de Afdeling dat het college van B&W van Ede in deze zaak niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot het invorderen van de dwangsom gebruik kon maken; het invorderingsbesluit wordt vernietigd. In deze lijn past ook de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1152). Naar zijn mening moet een bestuursorgaan bij de invordering van een verbeurde dwangsom of het verhaal van de kosten van bestuursdwang rekening houden met alle relevante omstandigheden. Dat kunnen ook omstandigheden zijn die zien op het oorspronkelijke handhavingsbesluit waarbij de last is opgelegd. Onder andere moet rekening worden gehouden met bijzondere omstandigheden, zoals de financiële positie van de belanghebbende en de samenloop van herstelsancties. Dat kan ook een relative-ring van de formele rechtskracht impliceren.

Een meer spectaculaire evenredigheidscorrectie op de soms lastig te verteren resultaten van de leer van de formele rechtskracht vinden wij in een uitspraak van de ABRvS van 18 oktober 2017,⁵³ waarin een subsidievestigingsbesluit werd aangevochten. Het college van GS van de provincie Zuid-Holland had de subsidie lager vastgesteld omdat de welzijnsinstelling in kwestie de door het college opgelegde verplichting om topinkomens te beperken niet (voldoende) had nageleefd. Tegen de verleningsbeschikking, waarin deze verplichting was opgenomen, was niet opgekomen. Ondanks het feit dat de verplichting dus onaantastbaar was geworden, aarzelt de Afdeling niet om het lagere vaststellingsbesluit – dat op schending van die verplichting was gebaseerd – indringend te toetsen. Zij stelt eerst vast dat de subsidieverordening die ten grondslag ligt aan de topinkomensverplichting in strijd is met de artikelen 4:38, eerste lid, en 4:39 van de Awb en daarom onverbindend is.⁵⁴ Met die wetenschap in het achterhoofd kunnen GS niet in redelijkheid gebruik maken van hun discretionaire bevoegdheid om de subsidie lager vast te stellen omdat de subsidieontvanger niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan (art. 4:46 Awb lid 2 sub b). Dit ondanks het feit dat de gewraakte verplichting formele rechtskracht heeft gekregen en dus eigenlijk niet meer ter discussie kan staan. Het vaststellingsbesluit wordt daarop vernietigd wegens

41. ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3126.

42. Ook in ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3323 worden geen gevolgen van enige betekenis aangenomen ondanks (enig) zicht vanuit de woning op een vergunde camperplaats; hetzelfde geldt blijkens ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:254 voor omwonenden van een vergund reststoffencentrum.

43. ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616.

44. ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:217, AB 2018/80, m.nt.

H.D. Tolsma.

45. Zie www.privacyfirst.nl/aandachtsvel-den/wetgeving/item/1087-rechtszaak-over-privacydiscriminatie-ov-chipkaart-bij-raad-van-state.html.

46. ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2555.

47. CbB 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:414.

48. CbB 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:293, AB 2017/414, m.nt. H.D. Tolsma en J.H.N. Ypinga.

49. R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat:

einde van een geconditioneerde respons?', AA 2018/1.

50. Zie daarover T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB* 2018/445, afl. 9.

51. ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3245.

52. ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2547, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders.

53. ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden.

54. Inmiddels heeft ook de Commissie van

Aanbestedingsexperts – met verwijzing naar de Afdelingsjurisprudentie inzake subsidieverplichtingen rond topinkomens – geoordeeld dat topsalarissen (ook) niet via aanbestedingsvoorwaarden mogen worden aangepakt, omdat deze onvoldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. Zie voor advies 415: www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/advies/advies-415-een-korting-op-de-prijs-wegens-overschrijding-van-topinkomens-van-bestuurders.

strijd met artikel 3:4 Awb, tweede lid.

Wij menen dat deze indringendere toetsing een positieve ontwikkeling mag worden genoemd. Met het evenredigheidsbeginsel stevig in de hand kan de bestuursrechter werken aan meer rechtvaardige uitkomsten bij geschillen. Wel is het belangrijk dat deze nieuwe aanpak snel verder uitkristalliseert in de jurisprudentie ter wille van de rechtszekerheid. Met name de vragen welke evenredigheidstoetsing aan de orde is, hoe die er concreet uitziet en tot welke resultaten dit kan leiden, verdienen een meer gedetailleerd antwoord. Daarbij kan het Unierecht als inspiratiebron dienen. De evenredigheidstoets is daarin immers preciezer ontwikkeld via de drieslag van het onderzoeken van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in *stricto sensu* (de evenwichtigheid) van een aangevochten maatregel in relatie tot het daarmee te dienen doel: een geschikte en noodzakelijke maatregel mag niet onredelijk bezwarend zijn voor de betrokken burgers. Deze indeling geeft op zijn minst meer structuur aan de

Voor de zelfstandige toets aan formele rechtsbeginselen zou een werkelijke vernieuwing in de aanpak van de bestuursrechter betekenen

evenredigheidstoets van de rechter.

Dat punt⁵⁵ komt ook terug in de diepgravende conclusie van staatsraad A-G Widdershoven,⁵⁶ inzake de toetsing van algemeen verbindende voorschriften. Volgens de staatsraad A-G zijn er goede redenen om de exceptieve toetsing van *avv's* door de bestuursrechter indringender vorm te geven en de zogenoemde 'willekeurstoetsing', zoals ontwikkeld in het *Landbouwvliegers*-arrest uit 1986, (helemaal) los te laten. Veel algemeen verbindende voorschriften worden immers door het bestuur vastgesteld dat daartoe slechts beperkt of helemaal niet democratisch is gelegitimeerd. Bovendien kan het bestuur door regeltechniek – namelijk de vervanging van verguningsbevoegdheden door algemene regels – de rechter op afstand zetten, althans wanneer die laatste deze regels alleen via de 'willekeursluis' toetst. Widdershoven meent dat om het evenwicht binnen de Trias te herstellen een indringendere rechterlijke toetsing nodig is. Daarbij merkt hij op dat democratische controle en rechterlijke (exceptieve) toetsing twee verschillende en niet inwisselbare vormen van controle zijn: de rechter toetst aan het recht, dat is principieel anders dan de primair politieke controle van de democratische organen. Bovendien toetst de rechter aan de hand van concrete zaken, waarin kan blijken dat de gevolgen van een *avv* voor bepaalde personen of groepen ingrijpender zijn dan waarvan de regelgever destijds is uitgegaan.

Bestuursrechters zouden volgens de A-G *avv's* moe-

ten kunnen toetsen aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen en deze buiten toepassing laten of onverbindend verklaren als zij in strijd komen met een algemeen rechtsbeginsel. De intensiteit van de rechterlijke toetsing dient volgens Widdershoven afhankelijk te zijn van de beslissingsruimte die het orgaan heeft wegens de aard en inhoud van de bevoegdheid om de voorschriften vast te stellen. Zo moet de bestuursrechter in zijn toetsing aan het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging (art. 3:4 Awb lid 2) terughoudend zijn als een bestuursorgaan een ruime beslissingsruimte heeft, bijvoorbeeld vanwege de feitelijke of technische complexiteit van de materie of omdat bij die beslissing politieke afwegingen worden gemaakt. Wel kan de rechter de manier waarop aan de beslissingsruimte inhoud is gegeven toetsen aan het zorgvuldigheidsbeginsel en aan het beginsel van een deugdelijke motivering. Als het voorschrift meer ingrijpt in het leven van de burger en daarbij diens fundamentele rechten aan de orde zijn, behoort de materiële toetsing van de bestuursrechter en ook zijn toetsing aan artikel 3:2 Awb en aan het motiveringsbeginsel intensiever te zijn. Ten slotte betoogt de A-G dat bestuursorganen in beginsel ook zelf bevoegd en verplicht zijn om de door hen toegepaste algemeen verbindende voorschriften te toetsen aan hoger recht en deze in geval van strijd buiten toepassing te laten. Deze bevoegdheid betreft in zijn ogen zowel de toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht, als die aan hoger nationaal recht, inclusief de algemene rechtsbeginselen.

Als de bestuursrechters A-G Widdershoven volgen in zijn visie betekent dit dat de hoofdregel dat de bestuursrechter terughoudend moet zijn bij het toetsen van *avv's* aan hogere regelgeving of algemene rechtsbeginselen op zijn minst sterk wordt genuanceerd. Vooral de zelfstandige toets aan formele rechtsbeginselen zou een werkelijke vernieuwing in de aanpak van de bestuursrechter betekenen. Wij wachten dus in spanning af op de vervolgstappen van de hoogste bestuursrechters.

4. Toezicht en handhaving

Toezicht en handhaving blijven de gemoederen ook bezig houden, zij het relatief minder dan in eerdere kroniekperiodes. Om die reden volgen hierna slechts een paar aandachtspunten. Matiging van boetes wegens strijd met het evenredigheidsvereiste is inmiddels gemeengoed. Heel bijzonder was het feit dat de Afdeling in deze kroniekperiode een boete matigde wegens strijd met het fair play-beginsel. Het is echter de vraag of dit veel navolging gaat krijgen, gelet op de bijzondere feiten van de casus die te ingewikkeld zijn om hier uit de doeken te doen.⁵⁷

Voor de praktijk en vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming is relevant dat de betaling van een dwangsom niet verhindert dat er op verzoek van betrokkene een invorderingsbeslissing wordt genomen die aan de rechter kan worden voorgelegd.⁵⁸ Ook relevant is dat de Afdeling voor het eerst een uitzondering heeft aangenomen op de beginselplicht tot handhaving wanneer het belang dat met het handhavend optreden wordt nastreefd niet kan worden bereikt met de maatregel die met het handhavingsbesluit is opgelegd.⁵⁹ Daarbij ging het om een last tot het planten van ten onrechte gekapte eiken

die echter op grond van recente regelgeving niet meer toegestaan zouden zijn. Tot nu toe werd – buiten concreet zicht op legalisatie – alleen een uitzondering aangenomen bij incidentele of bagatelovertreden.

Verder kan nog worden gewezen op een uitspraak van de grote kamer van het CbB na de conclusie van raadsheer A-G Keus.⁶⁰ Daaruit volgt dat de una-via regeling van artikel 5:44 Awb kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van de beboete betrokkene in de zin van artikel 8:69a Awb. Bijzonder is dat in deze uitspraak een schending van de cautieplicht van artikel 5:10a Awb wordt aangenomen waarbij het CbB ook wijst op de verplichting van artikel 6 EVRM en artikel 47 en 48 EU Handvest. Eerder al baseerde de Afdeling een rechtsvormende uitspraak over bewijsregels bij boetebesluiten mede op de conclusie van A-G Keus.⁶¹ De komende periode zal de ontwikkeling op dit punt zeker niet stilstaan.⁶² Dat geldt ook voor de toepassing van de *ne bis in idem* regel bij bestraffende sancties. Het EHRM betoonde zich hier al eerder iets soepeler dan voorheen, met name bij met elkaar verband houdende straffen.⁶³ Het HvJ EU lijkt wat strenger te zijn, maar sluit onder voorwaarden dubbele bestraffende sancties ook niet helemaal uit.⁶⁴

Op wetgevingsvlak kan worden vermeld dat er voornemens zijn om de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb ook via een last onder bestuursdwang handhaafbaar te maken.⁶⁵ Opvallend in dat kader is een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep die, anders dan de rechtbank, oordeelt dat reisgegevens van studenten OV-chipkaarthouders kunnen worden gezien als 'zakelijke gegevens' in de zin van artikel 5:17 Awb en dus mede op de voet van artikel 5:20 Awb bij Translink kunnen worden afgedwongen.⁶⁶

5. Openbaarheid van bestuur

Op het terrein van de openbaarheid van bestuur waren er enkele belangrijke ontwikkelingen die het verdienen kort aangestipt te worden. Om te beginnen maakte de Afdeling uit dat de Wob niet van toepassing is op processtukken die derden via de griffie kunnen verkrijgen, maar wel op stukken over een bestuurlijke aangelegenheid die zich in het procesdossier bevinden en die als zodanig los van dit procesdossier bij het bestuursorgaan kunnen worden opgevraagd. Volgens de Afdeling biedt artikel 8:79 Awb lid 2 ter zake van het procesdossier in een uitputtende en beperkende regeling.⁶⁷

Het vermelden waard is verder dat omdat TNO een

a-bestuursorgaan is, ook het private contractonderzoek dat TNO uitvoert moet worden gezien als een onder de Wob vallende bestuurlijke aangelegenheid. Dat de wetgever dit met de TNO-wet niet heeft beoogd doet daaraan niet af.⁶⁸ Verder zijn door publiekrechtelijke onderzoeksorganisaties zoals NWO gebruikte onderzoeksgegevens voor een niet op deze organisaties zelf betrekking hebbend onderzoek niet te kwalificeren als een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van de Wob. Deze betreffen immers niet het bestuurlijk functioneren van deze organisaties, zoals dat wel het geval kan zijn met informatie over de opzet en financiering van een onderzoek. In 2007 had de Afdeling dergelijke gegevens bij een Wob-verzoek aan het adres van de Erasmus Universiteit nog wel als zodanig aangemerkt hoewel dit ook extern onderzoek (de bestuurscultuur in Edam-Volendam) betrof. De Afdeling benoemt deze zaak nu als een 'uitzonderlijk geval'.⁶⁹

Voor de ambtenaren die Wob-verzoeken moeten beoordelen had de Afdeling relatief goed nieuws als het gaat om feitelijke gegevens die zijn verweven met persoonlijke beleidsopvattingen. Die laatste mogen op grond van artikel 11 WOB 1992 worden geweigerd maar feitelijke gegevens niet. De Afdeling maakt nu duidelijk dat als er sprake is van een verwevenheid tussen feiten en beleidsopvattingen in beginsel het openbaar maken van het gehele betrokken onderdeel van het document kan worden geweigerd. Binnen een zelfstandig onderdeel van een document hoeft dan niet meer per zin of zinsdeel een afweging te worden gemaakt.⁷⁰ Verder kunnen documenten van externe derden, zoals adviseurs die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad, alleen als zodanig kwalificeren als de derde uitsluitend adviseert in het belang van het betrokken overheidsorgaan en geen ander belang heeft dan vanuit de eigen ervaring en deskundigheid een opvatting te geven.⁷¹ Nog geen Afdelingsuitspraak maar wel goed om te melden is een uitspraak waarin WhatsApp- en sms-berichten onder bepaalde voorwaarden worden gezien als Wob-bare 'documenten'. Daarbij is van belang dat het gaat om het gebruik van telefoons waarvan het abonnement op de naam van het bestuursorgaan staat.⁷²

Door de implementatie van EHRM-rechtspraak⁷³ onder artikel 10 EVRM staat nu vast dat de absolute weigeringsgronden uit de Wob – in ieder geval in theorie – relatief kunnen worden en dat de belangen van journalisten of wetenschappers extra gewicht in de schaal kunnen leggen om documenten openbaar te krijgen.⁷⁴ Overigens

55. Zie punt 7.8 en 8.7 van de conclusie.

56. Conclusie van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

57. ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2796.

58. ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2674, AB 2017/363, m.nt. T.N. Sanders, JB 2017/193, JG 2017/55, m.nt. O. Schuwer, Gst. 2018/22, m.nt. I.M. van der Heijden.

59. ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:34.

60. CbB 26 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:343, AB 2017/430,

m.nt. R. Stijnen.

61. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818. Daarover Y.E. Schuurmans in TvT 2017/32.

62. Vergelijk Y.E. Schuurmans, 'Rechtsvorming bewijsrecht in bestuurlijke boetezaken', JB Plus 2017/4.

63. EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, AB 2017/188, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (A en B/Noorwegen).

64. HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16 (Garlsson e.a.).

65. www.internetconsultatie.nl/awbomgevingwet.

66. CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269.

67. ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2180.

68. ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2334.

69. ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:321, JB 2018/35, m.nt. M.R. Kruisselbrink.

70. ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:314, JB 2018/36, m.nt. M.R. Kruisselbrink.

71. ABRvS 20 december 2017,

ECLI:NL:RVS:2017:3497, JB 2018/23.

72. Rb. Midden-Nederland 28 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5979, JG 2018/1, m.nt. T. Barkhuysen en N. Jak, AB 2018/34, m.nt. M.A.J. West.

73. EHRM 8 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, AB 2017/1, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

74. ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883, AB 2017/398, m.nt. J. Tingen (MH17).

maakte het EHRM duidelijk dat het uit artikel 10 afgeleide recht op overheidsinformatie niet onbegrensd is. Het moet gaan om informatie die 'ready and available' is zonder dat er allerlei bewerkingen nodig zijn.⁷⁵

Ten slotte gaat de Afdeling nog een stap verder bij het niet-ontvankelijk verklaren van Wob-verzoekers wegens misbruik van recht. Daarvan is niet alleen sprake als het verzoek wordt ingediend om dwangsommen of proceskostenveroordelingen te incasseren. Ook wanneer het doel alleen het aanvechten van een boete is, kan al misbruik aan de orde zijn. In dat geval kunnen immers stukken worden opgevraagd op grond van artikel 7:18 Awb lid 4.⁷⁶

6. Overheidsaansprakelijkheid

Overheidsaansprakelijkheid is een *hot topic*.⁷⁷ Als we dat in brede zin bezien, verdienen hier ook vermelding de uitspraken naar aanleiding van de gaswinning in Groningen. De Afdeling bepaalde in de kroniekperiode dat het besluit tot goedkeuring van het nieuwe winningsplan van de NAM opnieuw moet worden genomen. Onvoldoende gemotiveerd was dat het beoogde winningsniveau de veiligheid niet in onacceptabele mate in gevaar zou brengen.⁷⁸ Daarnaast oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat ook los van de verkoop schadevergoeding kan worden gevorderd wegens waardedaling van de huizen in het gebied.⁷⁹ Tegelijk was er veel kritiek op de vaak trage afhandeling van schadeclaims. Om daaraan tegemoet te komen is er, in afwachting van een definitieve regeling, nu via een protocol tijdelijk voorzien in een fonds dat via één-loket de schade langs bestuursrechtelijke weg afhandelt.⁸⁰ Hopelijk doet dat de niet aflatende kritiek op de schadeafhandeling verstommen.

Meer technisch van aard is een uitspraak van de Afdeling waarin toepassing wordt gegeven aan het causaliteitscriterium dat zij sinds 28 december 2016 hanteert.⁸¹ Het betrof een afwijzing van een handhavingsverzoek die later onterecht bleek te zijn. Volgens de Afdeling kan de schade niet aan het college worden toegerekend indien a) aannemelijk is dat het college ten tijde van het nemen van het besluit een rechtmatig besluit had kunnen nemen dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg gehad zou hebben en b) aannemelijk is dat het college dit besluit ook daadwerkelijk zou hebben genomen. Het college slaagt er in casu in om beide onderdelen aannemelijk te maken. Een intrekking van de vergunning zou niet aan de orde zijn geweest, het college zou echter wel hebben gekozen voor een waarschuwing of een last onder dwangsom. Deze besluiten zouden voor appellant eenzelfde schade tot gevolg hebben gehad. Er zou daardoor namelijk evenmin een (schaarse) standplaats voor de verkoop van vis en snacks zijn vrijkomen waarop hij aanspraak had kunnen maken.⁸²

Zoals bekend is in titel 4.5 Awb een algemene regeling voor nadeelcompensatie opgenomen maar is deze nog niet in werking getreden omdat daarvoor eerst diverse bijzondere nadeelcompensatieregelingen moeten worden aangepast. Daartegen bleek op de departementen de nodige weerstand te bestaan. Er lijkt nu echter toch weer wat vaart in te komen. Onlangs is namelijk een voorstel tot wijziging van de Awb in consultatie gebracht dat de nadeelcompensatieregelingen in bijzondere wetten schrapt die door titel 4.5 Awb overbodig worden.⁸³ Daarnaast voorziet het voorstel er in om de algemene nadeelcompensatieregeling van titel

Vast staat nu dat de absolute weigeringsgronden uit de Wob – in ieder geval in theorie – relatief kunnen worden en dat de belangen van journalisten of wetenschappers extra gewicht in de schaal kunnen leggen om documenten openbaar te krijgen

4.5 Awb alvast in werking te laten treden, maar daarbij een uitzondering te maken voor de omgevingsrechtelijke wetten waarop de speciale nadeelcompensatieregeling van afdeling 15.1 van de Omgevingswet van toepassing zal worden. Daarmee kan titel 4.5 Awb sneller in werking treden ondanks het feit dat de inwerkingtreding van de Omgevingswet is vertraagd.

7. Last but not least: Europeesrechtelijke ontwikkelingen

In onze vorige kroniek richtten wij onze beschouwingen over de Unierechtelijke invloeden op het Nederlandse bestuursrecht vooral op de jurisprudentiële ontwikkelingen rond de verdeling van schaarse publieke rechten. Er is alle reden om ook ditmaal daarmee te beginnen. In deze kroniekperiode rolde de ABRvS haar Unierechtelijk geïnspireerde kader voor de verdeling van schaarse vergunningen namelijk verder uit naar het omgevingsrecht. In een uitspraak van 27 september 2017,⁸⁴ wordt een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan als schaarse vergunning aangemerkt, waarop de verplichting om mededingingsruimte te creëren van toepassing is. Daarbij was van belang dat in deze zaak de binnenplanse afwijkingmogelijkheid slechts één speelautomatenhal toestond en dat het in de APV opgenomen vergunningenplafond voor speelautomatenhallen eveneens uitging van maximaal één vergunning. Bovendien had het college bij de uitoefening van de bevoegdheid tot verlening van een omgevingsvergunning aangegeven dat een bepaalde locatie vanuit ruimtelijk oogpunt 'meer geschikt' was dan een alternatieve locatie. Daaruit leidde de Afdeling af dat concurrerende aanvragen voor een omgevingsvergunning 'in samenhang met elkaar' werden beoordeeld, ervan uitgaande dat ruimtelijk gezien slechts één speelautomatenhal aanvaardbaar was. Omdat het besluit omtrent verlening van de omgevingsvergunning in dit geval mede bepaalde aan wie de (enige en dus schaarse) exploitatievergunning zou worden verleend, werkt de besluitvorming omtrent de omgevingsvergunningen hier ook als een 'verdeelinstrument bij de toedeling van een schaars recht', aldus de Afdeling. Zij komt vervolgens tot het oordeel dat B&W hebben gehandeld in strijd met de transparantieplichting door niet tijdig en adequaat bekend te

maken welke verdelingscriteria⁸⁵ zouden worden gehanteerd voor de beschikbare exploitatievergunning en omgevingsvergunning voor een speelautomatenhal.

Daarmee laat de Afdeling opnieuw zien oog te hebben voor de concurrentiepositie van ondernemers. Dat is verstandig, zo blijkt uit het Leidse proefschrift van Jaap Wieland getiteld *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*. Besluiten van de overheid kunnen immers grote gevolgen hebben voor de concurrentiepositie van ondernemers, van die overheid mag worden verwacht dat zij het gelijke speelveld waarop ondernemers met elkaar concurreren zo min mogelijk verstoort. Daarbij doen zich blijkens het proefschrift interessante vragen voor, ook als het gaat om de toepassing van het relativiteitsbeginsel van artikel 8:69a Awb.⁸⁶

Die aandacht voor de rechtspositie van ondernemers zal verder toenemen als gevolg van een recent arrest van het Hof van Justitie over het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn.⁸⁷ Dit naar aanleiding van prejudiciële vragen van de ABRvS die al in de vorige kroniek werden gemeld. De vragen draaiden om het bestemmingsplan voor een zogeheten Woonplein in de gemeente Appingedam. Daar wilde een eigenaar zijn winkelpand verhuren aan Bristol BV, een keten die schoenen en kleding verkoopt. Hij kwam daarom op tegen de goedkeuring van het betreffende bestemmingsplan waarin was vastgelegd dat op het Woonplein slechts volumineuze detailhandel was toegestaan. Dit om het stadscentrum leefbaar te houden en leegstand te voorkomen. Uit het *Appingedam*-arrest van het HvJ EU volgt dat, anders dan de Afdeling tot dat moment had aangenomen, de Dienstenrichtlijn van toepassing is op detailhandel in goederen, zoals schoenen en kleding. Een andere conclusie zou aan de nuttige werking van de richtlijn afdoen en bovendien niet bijdragen aan rechtszekerheid. Het onderscheid tussen een goed en een dienst is namelijk bijzonder ingewikkeld, omdat detailhandel nauw verbonden is met bijvoorbeeld advies en klantenservice, aldus het Hof. Verder kan een bestemmingsplan vallen onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. Hoewel de Dienstenrichtlijn volgens haar considerans niet van toepassing is op voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, wijst het Hof erop dat de gewraakte voorschriften van het bestemmingsplan in dit geval als gevolg hebben dat niet-volumineuze detailhandel in een geografische zone buiten het stadscentrum van de gemeente Appingedam verboden is. Dergelijke

voorschriften moeten worden getoetst aan de lijst met verboden eisen van artikel 14 en aan de grijze lijst met te evalueren eisen van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn. Dit betekent concreet dat de eisen non-discriminatoir, noodzakelijk om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig moeten zijn. Het Hof merkt daarbij overigens direct op dat het behoud van een leefbaar stadscentrum en het voorkomen van leegstand een dwingende reden van algemeen belang zouden kunnen vormen, die een territoriale beperking rechtvaardigt. Dit alles is aan de nationale rechter om te toetsen. De Afdeling moet de zaak aan de hand van dit kader verder afhandelen. Wordt vervolgd dus.

Kort na het arrest *Appingedam* stelde de ABRvS nieuwe vragen over het nationale recht ten aanzien van schaarse publieke rechten aan de staatsraad A-G. Steen des aanstoots is ditmaal het rijksinpassingsplan 'Windpark Zeewolde', waarmee de bouw van 91 nieuwe windturbines mogelijk wordt gemaakt en tegelijkertijd wordt voorzien in de sanering van 221 bestaande windturbines. Het is de bedoeling dat slechts één initiatiefnemer het windpark kan realiseren. Besloten is dat Windpark Zeewolde B.V. het project mag gaan uitvoeren. Eigenaren van omliggende percelen en eigenaren van bestaande windturbines kwamen op tegen dit besluit omdat de procedure niet transparant zou zijn verlopen. Volgens hen had er een openbare aanbesteding plaats moeten vinden. De voorzitter van de ABRvS vroeg Widdershoven om te onderzoeken of en wanneer bij dit soort ruimtelijke besluiten sprake is van de verdeling van een schaars publiek recht. Ook vraagt hij aan welke eisen de procedure moet voldoen als ruimtelijke besluiten worden genomen die schaarse publieke rechten verdelen. Deze zaak stond gepland voor een zitting op 9 april 2018.

Ook noemenswaardig is dat de Wet terugvordering staatssteun er (eindelijk) komt. De Eerste Kamer heeft op dinsdag 20 februari 2018 het wetsvoorstel Wet terugvordering staatssteun zonder discussie aangenomen en deze is inmiddels in het Staatsblad verschenen.⁸⁸ De wet voorziet in de nodige nationaalrechtelijke bepalingen waarmee de terugvordering van onrechtmatig verstrekte staatssteun effectief kan worden vormgegeven. Voor concurrenten van staatssteunontvangers zal dat in de praktijk meer bescherming tegen verstoring van het gelijke speelveld betekenen. Bovendien laat de wetgever zo zien het nationale legaliteitsbeginsel serieus te nemen.⁸⁹

75. EHRM 7 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0207JUD006389809, AB 2018/19, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Bubon/Rusland*).

76. ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3580; ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:44.

77. Vergelijk T.W. Fransen & S.A.L. van der Sande, 'Kroniek Overheidsaansprakelijkheid', *NTB* 2018/17.

78. ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156.

79. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618.

80. *Stcr.* 2018, 6398. Zie daarover J.E. van der Bunt & M.K.G. Tjepkema, 'Een nieuw schadeprotocol voor de mijnbouwschade in Groningen', *NJB* 2018/587, afl. 12.

81. ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3462.

82. ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3187.

83. www.internetconsultatie.nl/awbomgevingswet.

84. ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel, *JB* 2017/183, m.nt. L.J.M. Timmermans.

85. Zie over een passende mate van openbaarheid met betrekking tot de te hanteren verdelingscriteria die 'voldoende richtinggevend' moeten zijn ook ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, AB 2017/390, m.nt. G.J. Stoepker en C.J. Wolswinkel.

86. J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2017.

87. HvJ EU 30 januari 2018, gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Appingedam*). Vergelijk

C.E. Drion, 'Detailhandel is een dienst, een beslissing met verrassende consequenties', *NJB* 2018/300, afl. 6.

88. *Stb.* 2018, 75 (treedt in werking op een bij KB te bepalen tijdstip).

89. Wat geen overbodige luxe is in een tijd waarin het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht erodeert. Zie daarover R. Molendijk & R. Ortlep, 'De erosie van het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht', *JB Plus* 2017/4.

Verder is het van belang te signaleren dat het EHRM het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM wat lijkt te willen uitbreiden. Het is in ieder geval minder streng bij de toets of het gaat om een geschil over een burgerlijk recht dat naar nationaal recht voldoende vaststaat. Het ging in de betreffende uitspraak om de intrekking van een veiligheidsmachtiging. Om de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM aan te kunnen nemen, nam het Hof genoeg met het feit dat als gevolg daarvan de mogelijkheid van betrok-

Mede als gevolg van het accent op effectieve geschilbeslechting en evenredige uitkomsten is er steeds meer sprake van een volwassen vakgebied, waarin inhoud prevaleert boven vorm

kene om zijn werk voort te kunnen zetten in gevaar kwam. Inspiratie daarvoor bood waarschijnlijk artikel 47 EU Handvest, dat een meer algemeen recht op toegang tot de rechter kent.⁹⁰ In het licht van deze laatste bepaling maakte het HvJ EU uit dat, de verplichting om voorafgaand aan een beroep bij de rechter om straffe van niet-ontvankelijkheid eerst bezwaar te maken, door de beugel kan.⁹¹ Nu gaat het hier steeds om het recht op toegang tot de rechter. Schlössels vraagt in het licht van de voortschrijdende digitalisering terecht aandacht voor recht op toegang tot het bestuur. Het gaat hem om het recht om daadwerkelijk door een fysieke vertegenwoordiger van het bestuur te worden gestaan, los van alle 'digitale dwangbuitzen'.⁹² Interessant is dat de veel besproken Europese Algemene Verordening Gegevensbescherming⁹³ paal en perk stelt aan besluiten die louter zijn gebaseerd op automatische verwerkingen zonder menselijke tussenkomst.

Ten slotte is er deze kroniekperiode opnieuw veel aandacht voor de inbedding en inzet (door de rechter)

van deskundigen, geïnspireerd door de *Korošec*-jurisprudentie van het EHRM.⁹⁴ Er werd door de hoogste bestuursrechters een gezamenlijk toetsingskader met een stappenschema ontwikkeld.⁹⁵ Kernvraag daarbij is steeds of er sprake is van bewijsnood bij de appellerende partij, en zo ja, of de rechter die moet compenseren.⁹⁶ Dit kan bijvoorbeeld door de inzet van een eigen deskundige door de rechter, maar op dat punt bestaat grote terughoudendheid in het bestuursrecht. Jansen & Koenraad roepen onder verwijzing naar jurisprudentie van de civiele kamer van de Hoge Raad en de bijbehorende conclusie van de A-G op tot meer ruimhartigheid.⁹⁷ Als door de rechter wel een deskundige wordt benoemd, dan mag op diens conclusies worden afgegaan tenzij partijen deze goed gemotiveerd en voldoende specifiek betwisten.⁹⁸ Ook de onpartijdigheid van de deskundige is van belang in het kader van de *Korošec*-jurisprudentie. De Afdeling ontwierp in deze kroniekperiode zelfs een gedragscode voor gerechtelijke deskundigen, waarin er juist voor dat onderwerp veel aandacht is.⁹⁹

8. Afsluiting

Recent verscheen een fraaie Nijmeegse bundel waarin de toekomst van het bestuursrecht centraal staat.¹⁰⁰ Vaak zijn dergelijke bundels over de toekomst een opmaat naar de ondergang van een vakgebied. Gezien alle hiervoor beschreven ontwikkelingen geldt dat zeker niet voor het bestuursrecht. Integendeel zelfs! Mede als gevolg van het accent op effectieve geschilbeslechting en evenredige uitkomsten is er steeds meer sprake van een volwassen vakgebied, waarin inhoud prevaleert boven vorm. De invloed van het Europese recht mag in dat proces niet worden onderschat. Maar er is geen reden om tevreden achterover te leunen. Diverse onderzoeken laten namelijk zien dat het vertrouwen in de overheid onder druk staat en niet alle burgers in staat zijn om effectief met de overheid te communiceren.¹⁰¹ Het bestuursrecht heeft bij het herwinnen van dat vertrouwen een belangrijke rol te spelen. Niet voor niets staat de jaarvergadering van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR op 18 mei 2018 in het teken van dat vertrouwen in de overheid. Als de wisselwerking tussen praktijk en wetenschap in het bestuursrecht op dit onderwerp net zo goed uitpakt als in het verleden,¹⁰² dan kunnen we de toekomst met vertrouwen tegemoet zien! •

90. EHRM 19 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0919JUD003528911, AB 2018/52, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Regner/Tsjechië*).

91. HvJ EU 27 september 2017, ECLI:EU:C:2017:725 (*Puskar*), JB 2018/1, m.nt. R.J.N. Schlössels.

92. R.J.N. Schlössels, 'Het recht op toegang tot het bestuur', *NTB* 2017/23.

93. *PbEU* 2016, L 119/1.

94. EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

95. ABRvS 30 juni 2017,

ECLI:NL:RVS:2017:1674, AB 2017/365, m.nt. L.M. Koenraad en A.M.L. Jansen (*medisch-deskundige adviseur*); CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/366, m.nt. L.M. Koenraad (*medisch-deskundige adviseur*); CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/367, m.nt. A.M.L. Jansen (*medisch-deskundige adviseur*).

96. Vergelijk A.M.L. Jansen, 'De deskundige blijft in de schijnwerpers staan. Hoe de Nederlandse bestuursrechtspraak 'equality-proof' te maken', *NJB* 2017/1915, afl. 36; M. van Geffen, 'Zagen aan de stoelpoten van de deskundige of een stoel erbij. Equa-

lity of arms in arbeidsongeschiktheidszaken na *Korošec*', *NJB* 2017/1917, afl. 36.

97. HR 15 september 2017,

ECLI:NL:HR:2017:2383, AB 2018/44, m.nt. A.M.L. Jansen en L.M. Koenraad.

98. Vergelijk CRvB 22 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4075, AB 2018/32, m.nt. A.C. Hendriks.

99. Te vinden op www.raadvanstate.nl/onze-werkwijze/bestuursrechtspraak/gedragscode-voor-gerechtigd-deskundigen.html?q=deskundige.

100. R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu ... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

101. Vergelijk WRR-rapport 97, 'Weten is nog geen doen, Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid', Den Haag 2017.

102. De voortekenen zijn goed. Alleen al de aankondiging van het onderwerp van de VAR-jaarvergadering leek aanleiding voor een interessante jurisprudentiewijziging ten aanzien van het vertrouwensbeginsel. Uit ABRvS 19 juli 2017, (ECLI:NL:RVS:2017:1946, AB 2017/425, m.nt. T.N. Sanders) wordt duidelijk dat de Afdeling onder omstandigheden ook gerechtvaardigd vertrouwen aanneemt indien de verwachtingen niet zijn gewekt door het bevoegde bestuursorgaan.