

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/334163438>

# Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over een zilveren jubileumjaar voor de Awb, het werken aan de responsieve en digitale rechtsstaat en voortschrijdende Europeanisering

Article · July 2019

CITATIONS

0

READS

12

2 authors:



[Willemien den Ouden](#)

Leiden University

183 PUBLICATIONS 20 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



[T. Barkhuysen](#)

Leiden University

88 PUBLICATIONS 45 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



The Legitimacy and Effectiveness of Law & Governance in a World of Multilevel Jurisdictions [View project](#)

# Kroniek van het algemeen bestuursrecht

Over een zilveren jubileumjaar voor de Awb, het werken aan de responsieve en digitale rechtsstaat en voortschrijdende Europeanisering

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

2019 is het zilveren jubileumjaar van de Algemene wet bestuursrecht. Dit jaar is het 25 jaar geleden dat de eerste delen van de Awb in werking traden en dat feit is niet onopgemerkt voorbij gegaan. Op een druk-bezocht congres over de jarige wet werd er teruggeblikt, maar zeker ook vooruitgekeken; verschillende veranderingen in het algemeen bestuursrecht zijn noodzakelijk en sommige zelfs al concreet aangekondigd. Daartoe noopt het steeds breder gedeelde inzicht dat de Awb-mens niet bestaat. Dat feit vraagt om een responsieve rechtsstaat, die ook nog eens rekening houdt met de voortgaande digitalisering. Verder heeft de Europeanisering van het bestuursrecht nog steeds een hoog tempo. Genoeg actuele en interessante ontwikkelingen dus, die hebben geleid tot een boordevolle kroniek.

## 1. Awb-ontwikkelingen en -festiviteiten

2019 is het zilveren jubileumjaar voor de Algemene wet bestuursrecht. Het is 25 jaar geleden dat de eerste delen van de Awb in werking traden en dat feit is niet onopgemerkt voorbij gegaan. Hoewel sommigen krachtig bestreden dat het om een heuglijk feit zou gaan,<sup>2</sup> was de stemming op 8 februari 2019 op het drukbezochte congres '25 jaar Awb; verschillende generaties over een jarige wet' zeker feestelijk. In de goed voorbereide<sup>3</sup> kroniekbundel die verscheen voor deze gelegenheid<sup>4</sup> zijn 75 bijdragen opgenomen. Gezamenlijk laten zij zien dat de betekenis van de Awb voor de ontwikkeling van het bestuursrecht in Nederland moeilijk kan worden overschat. Datzelfde geldt voor het belang van het werk van regeringscommissaris Scheltema, die in 1983 werd benoemd en aan wie bij KB gepubliceerd in de *Staatscourant* van 8 februari 2019<sup>5</sup> eervol ontslag werd verleend 'onder dankbetuiging voor de vele en gewichtige bewezen diensten'. Minister voor Rechtsbescherming Sander Dekker (J&V), één van de sprekers op het congres, benadrukte in zijn toespraak dat dit geen holle frase was en bedankte Scheltema uitvoerig voor de ruim 35 jaar (!) waarin hij met hart en ziel aan de Awb heeft gewerkt.

De minister ontvouwde tijdens het congres ook zijn ambities op Awb-gebied voor de komende tijd. Hij pleitte voor het werken aan een responsieve rechtsstaat in plaats van een bureaucratische rechtsstaat. De overheid moet meer maatwerk kunnen leveren waar dat nodig is. Mense-

lijk contact en een redelijk oog voor specifieke gevallen mogen meer ruimte krijgen dan nu vaak het geval is. Het wettelijk recht voor burgers om zich te mogen vergissen, waarvoor eerder wel werd gepleit in dit verband, komt er echter niet. Dit zou 'niet opportuun' zijn, zo schreef staatssecretaris Knops (BZK) eerder al aan de Kamer.<sup>6</sup> Nederlandse overheden hebben al behoorlijk wat ruimte voor het corrigeren van te goeder trouw gemaakte vergissingen. Wel wil minister Dekker laten onderzoeken of in de Awb kan worden geregeld dat bestuursorganen een geldschuld in schrijnende gevallen volledig of deels kunnen kwijtschelden.

Een responsievere rechtsstaat betekent ook onnodige juridisering van geschillen door de overheid bestrijden; daar wil de minister zelfs een speerpunt van maken. De bestuursrechter moet strenger worden en hogere proceskostenvergoedingen opleggen aan overheden die tegen beter weten in procedures voeren tegen hun burgers. Daarvoor zal het Besluit proceskosten bestuursrecht worden aangepast, zo schreef hij eerder ook al in een brief aan de Tweede Kamer.<sup>7</sup> Hij is voornemens om nog voor de zomer een breder plan van aanpak naar de Tweede Kamer te zenden: de overheid moet qua procedeedrag het goede voorbeeld gaan geven.<sup>8</sup> Dat is op zich positief, zij het dat er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de koppeling van dit plan en het al dan niet vergroten van het budget voor de gefinancierde rechtsbijstand. Ten slotte liet de minister weten het wenselijk te vinden dat er in

de Awb een grondslag komt voor de figuur van de ‘amicus curiae’. Op basis van het daarover uitgebrachte rapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State<sup>9</sup> meent hij dat ook met het instrument van meedenkers een bijdrage kan worden geleverd aan een maatschappelijk effectiever en responsiever bestuursrecht. Met het oog op het bevorderen van de rechtseenheid zou daarnaast de mogelijkheid moeten worden gecreëerd om leden van de Afdeling bestuursrechtspraak (en de andere hoogste colleges) te benoemen als raadsheer in buitengewone dienst bij de Hoge Raad. Dit door aanpassing van artikel 5a Wvra. Een dergelijke mogelijkheid bestaat omgekeerd namelijk al wel en dat draagt naar het oordeel van de minister in de praktijk ook al bij aan de rechtseenheid. Een mooi interview met de voorzitters van de vier hoogste bestuursrechtelijke colleges laat zien dat er op dit moment goed wordt samengewerkt om rechtseenheid te bevorderen, met name ook door goede persoonlijke verhoudingen.<sup>10</sup> Tegelijk toont dat de kwetsbaarheid van onze huidige praktijk aan. Wat immers als deze verhoudingen – onverhoopt – wat zouden bekoelen? Gelet daarop doet de wetgever er goed aan de voorstellen van de commissie Scheltema over structurele rechtseenheidsvoorzieningen uit 2016 nog eens nader te bestuderen.<sup>11</sup> De rechtsontwikkeling kan ook worden gediend door terugkoppeling van de effecten van wetgeving door rechters. Daaraan besteedt het tijdschrift *Regelmaat* aandacht. De balans slaat in beide bijdragen positief uit, maar er wordt wel gewezen op het belang van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie.<sup>12</sup>

Oud-regeringscommissaris Scheltema is ook een warm voorstander van het werken aan een responsieve rechtsstaat. Dat meldde hij niet alleen in zijn dankwoord op het Awb-congres, maar schreef hij ook in een bijdrage over wetgeving in de responsieve rechtsstaat.<sup>13</sup> In een responsieve rechtsstaat dient de wetgever ervoor te zorgen dat rechtsregels hanteerbaar zijn voor de doorsneeburger.

#### 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 2018 t/m 3 april 2019.

#### Noten

2. A.Q.C. Tak, ‘Van rechtsbescherming naar machtsbescherming, De Algemene wet bestuursrecht 25 jaar’, *NJB* 2018/159.  
3. Zie daarover A.T. Marseille, ‘Op naar 25 jaar Awb: verslag van een rondetafelgesprek’, *NTB* 2018/64.  
4. T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters en R. Schöllsels (red.), *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019. Gratis te

downloaden via <https://verenigingbestuursrecht.nl/2019/02/jubileumbundel-25-jaar-awb-in-eenheid-en-verscheidenheid/>.

5. Besluit van 22 januari 2019, houdende verlening van eervol ontslag aan prof. mr. M. Scheltema als regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht, *Stcrt.* 2019, 3444.  
6. *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 302. Zie in die zin ook een brief van minister Dekker van 17 januari 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 31753, 158.  
7. *Kamerstukken II* 2018/19, 31753, 155.  
8. *Kamerstukken II* 2018/19, 31753, 158 en 159.  
9. J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd. Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling bestuursrecht-spraak*, rapport Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (september 2018), [www.rijksoverheid.nl/documenten/](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/)

De wetgever zou zich moeten richten op de burger die écht bestaat.<sup>14</sup> Dat zijn burgers die doorgaans weinig specifieke kennis hebben van het recht en zelfs als zij dat wel hebben regelmatig over een beperkt doen-vermogen beschikken, zoals de WRR in zijn rapport ‘Weten is nog geen doen’ uit 2017 overtuigend heeft laten zien.<sup>15</sup> Ook als de wetgever regels ontwerpt die voor de meeste burgers goed te hanteren zijn, zullen zij in sommige situaties of voor sommige mensen te hoge eisen stellen. Dan moet er maatwerk kunnen worden geboden. In dat kader pleit ook Scheltema voor een Awb-bepaling in de geldschuldentitel over betalingsregelingen en kwijtschelding. Verder geeft hij in overweging artikel 3:4 Awb aan te vullen met een artikel 3:4a dat als volgt zou kunnen luiden: ‘Indien de toepassing van een wettelijke regel leidt tot nadelige gevolgen die onevenredig zijn in verhouding tot de met die regel te dienen doelen, en de belanghebbende hiervan geen verwijt kan worden gemaakt, kan van de regel worden afgeweken voor zover dat nodig is om tot een meer evenwichtige regeltoepassing te komen.’ Een dergelijke ‘maatwerkbevoegdheid’, zoals Damen het verwoordt en die hij zeer toejuicht, kan voorkomen dat toepassing van de wet leidt tot niet-voorzien en niet-aanvaardbare situaties, een ‘juridisering de goede kant op’, aldus Damen.<sup>16</sup>

De Awb moet niet alleen worden aangepast en aangevuld om een responsieve rechtsstaat en overheid vorm te geven, minstens zo belangrijk is dat aan de digitale rechtsstaat wordt gewerkt. Çapkurt & Schuurmans betogen overtuigend dat de Awb hier een blinde vlek bevat.<sup>17</sup> De Awb richt zich op het besluit als het belangrijkste moment van machtsuitoefening door het bestuur, maar binnenkort zal de impact van dataverzameling en -opslag, dataverwerking, -verrijking en -uitwisseling op de rechtspositie van burgers enorm zijn, juist daar is normering van overheidshandelen en rechtsbescherming in de toekomst van belang.<sup>18</sup> De schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

rapporten/2019/02/08/de-amicus-curiae-geëvalueerd. Zie ook R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, ‘De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?’, *AA* 2019/01.

10. A.T. Marseille & M. Wever, ‘De vier hoogste bestuursrechtelijke colleges over de bestuursrecht-spraak nu en in de toekomst’, *NTB* 2019/7.

11. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-781382.pdf>.

12. R.M. van Male, ‘Is terugkoppeling naar de wetgever een taak van de bestuursrechter? Ja, maar op het juiste moment en op transparante wijze’, *RegelMaat* 2018/06; A.G. van Dijk, ‘Terugkoppeling door de rechter, wat moet de wetgever daarvan vinden?’, *RegelMaat* 2018/06.

13. M. Scheltema, ‘Wetgeven in de responsieve rechtsstaat’, *Regelmaat* 2018 (33), 3.

14. Zie in die zin ook M.H. Ippel, ‘De mens als maatstaf voor de regels van het algemeen bestuursrecht’, *NTB* 2018/63.

15. Zie daarover ook A.F.M. Breninkmeijer, ‘De burger tussen ambities en doelstellingen van de Awb’, in: *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 39-48.

16. L.J.A. Damen, ‘Van Awbmens naar responsieve burger?’, in: *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 113-122.

17. F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, ‘Blinde vlek in de Awb: data’, in: *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 253-265.

18. Zie daarover ook M. van Eck, M. Bovens & S. Zouridis, ‘Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat’, *NJB* 2018/2101. Zie over digitale vraagstukken voor het bestuursrecht ook I. Sluiter, ‘Over Bitcoin, Blockchain en Bestuursrecht. Een impressie van bestuursrechtelijke vragen die met de Bitcoin opkomen’, *JBplus* 2018/3 en het themanummer daarover van *Regelmaat* 2019/1.

## Er zullen duidelijkere, algemene bestuursrechtelijke datanormen moeten worden ontwikkeld dan de huidige algemene beginselen van behoorlijk bestuur

bieden weliswaar flexibiliteit om bepaalde normen ook op datagebruik als feitelijk handelen toe te passen, maar van een sturende Awb-rol kan zeker nog niet worden gesproken.

De noodzaak om met prioriteit te studeren op de vraag hoe bestuursorganen, waaronder toezichthouders,<sup>19</sup> moeten worden genormeerd, werd onderstreept door Van Ettehoven. Hij benadrukte op het Awb-congres in zijn speech dat de zogenaamde PAS-uitspraak<sup>20</sup> (die in de najaarskroniek is besproken) nog maar het begin was van de ingewikkelde vraagstukken waarvoor bestuursrechters komen te staan door de digitaliseringstendens. Er zullen duidelijkere, algemene bestuursrechtelijke datanormen moeten worden ontwikkeld dan de huidige algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Jak en Bastiaans wijzen er in een bijdrage voor dit blad op dat de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) die in 2018 in werking trad, regels geeft voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid.<sup>21</sup> Zo bevat artikel 22 AVG een verbod op het volledig geautomatiseerd tot stand komen van besluiten op basis van persoonsgegevens. Verder bevatten de hoofdstukken 2 en 3 van de AVG algemene normen voor geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten; vereist wordt daarin onder andere dat geautomatiseerde, op algoritmes gebaseerde besluitvorming zoveel mogelijk onafhankelijk, controleerbaar en transparant moet zijn. Dat zijn belangrijke eisen, die rechterlijke controle mogelijk maken. Op dit vlak deed ook de Afdeling advisering van de Raad van State een duid in het zakje met haar (ongevraagde) advies over de normering van geautomatiseerde overheidsbesluitvorming.<sup>22</sup>

Uit het recent verschenen, eerste jaaroverzicht van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht blijkt dat er ook in dit gremium aandacht is voor de bestuursrechtelijke gevolgen van de digitaliseringstendens.<sup>23</sup> De Commissie schrijft daarin dat de nadruk in haar besprekingen inmiddels is komen te liggen op nieuwe rechtsvragen waarover de betrokken colleges nog niet hebben geoordeeld. In dat verband is onder meer gesproken over digitale bestanden, systemen en programma's die ten grondslag liggen aan besluiten alsmede over de vraag in hoeverre deze digitale informatie als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' kunnen worden geduid, die het bestuursorgaan op grond van artikel 8:42 Awb aan de bestuursrechter dient over te leggen.

In de digitaliseringstendens past ook het conceptwetsvoorstel van de Wet elektronische publicatie algemene bekendmakingen en mededelingen, dat de internetconsultatie heeft doorlopen. De Awb staat nu nog toe dat algemene niet aan specifieke personen gerichte besluiten

alleen bekend worden gemaakt in dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen. In dit conceptwetsvoorstel is een verplichting tot digitale bekendmaking opgenomen, via overheid.nl. Inmiddels zijn ook de resultaten van een uitvoeringstoets van dit conceptwetsvoorstel die werd uitgevoerd in opdracht van de VNG bekend. Daarin wordt geconcludeerd dat de toenemende digitalisering van producten en informatiestromen binnen de decentrale overheid veel kansen biedt. Maar er wordt ook gewaarschuwd dat er een groep burgers is die niet digitaal mee kan of wil komen en dat deze groep met een steeds verder digitaliserende samenleving in het contact met de overheid buiten de boot dreigt te vallen.<sup>24</sup>

### 2. De voortdurende discussie over de spankracht van de kernbegrippen

De traditionele bespreking van de kernbegrippen in deze kroniek moet vooraf worden gegaan door de opmerking dat het debat over de vraag of zij toereikend zijn voor de normering van het moderne overheidshandelen en rechtsbescherming daartegen aanzwelt.<sup>25</sup> In de najaarskroniek van Geleijnse, Heinrich & Bootsma<sup>26</sup> werd daaraan, onder het door Zijlstra besproken begrip 'ontstatisch',<sup>27</sup> al de nodige aandacht besteed en er is alle reden om dat in deze kroniek ook te doen. Er is namelijk opnieuw veel aandacht voor de uitbesteding van overheidstaken en de consequenties die dat heeft voor de legitimatie en normering van de uitvoering van die taken en de rechtsbescherming.<sup>28</sup>

Dat kwam niet in de laatste plaats door een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 8 oktober 2018,<sup>29</sup> die de behoefte van de burger aan integrale rechtsbescherming glashelder maakt. De uitspraak draait om het zogenaamde 'resultaatsgericht indiceren' waartoe veel gemeenten in het kader van de Wmo 2015 zijn overgegaan. Het college van burgemeester en wethouders van Steenbergen gaf een beschikking af waarin slechts het te bereiken resultaat werd vermeld; een schoon en leefbaar huis. Het was vervolgens aan de gecontracteerde zorgaanbieder om te komen met een leveringsplan, waarin werd geconcretiseerd welke werkzaamheden zouden worden verricht om dat resultaat te bereiken, wie dat zou doen en met welke frequentie. Wachtend op behandeling van zijn zaak in hoger beroep vroeg de geadresseerde van de beschikking, een chronisch zieke COPD-patiënt met huisstofallergie, een voorlopige voorziening aan. Hij meende dat deze beschikking te weinig houvast bood voor zijn rechten en was het er niet mee eens dat de zorgaanbieder de omvang van de huishoudelijke ondersteuning tussentijds kon wijzigen. De uitvoering voldeed in de praktijk ook niet: de GGD had tijdens twee onderzoeken vastgesteld dat sprake was van vervuiling in de woning en de gemeente greep niet in. Waar de Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde dat de cliënt daarover moest klagen bij de zorgaanbieder, zag de voorzieningenrechter dat heel anders. Hij deed direct uitspraak in de bodemzaak en oordeelde dat het college in strijd handelde met het rechtszekerheidsbeginsel. De door de gemeente opgestelde beleidsregels die maatstaven bevatten voor een schoon en leefbaar huis, konden de zaak niet redden, nu deze niet op deugdelijk onderzoek waren gebaseerd.

Hoewel velen deze uitspraak zagen als de doodssteek voor het resultaatsgericht indiceren,<sup>30</sup> moet dat volgens

minister De Jonge (VWS) nog even worden afgewacht: hij wilde wachten op meer jurisprudentie om de bredere effecten voor regelgeving en gemeentelijk beleid te kunnen beoordelen.<sup>31</sup> Een vervolguitspraak kwam op 6 februari 2019,<sup>32</sup> maar dat betreft een proces-verbaal van een mondelinge uitspraak; de CRvB lijkt niet veel woorden meer vuil te willen maken aan de kwestie. Inmiddels hebben ministers Dekker (rechtsbescherming) en Ollongren (BZK) plannen om te onderzoeken of het mogelijk is om met enkele gemeenten en zorgaanbieders te experimenteren met de integrale afhandeling van klachten en geschillen van burgers. Daarvoor moet eerst een experimenteerwet worden opgesteld die een tijdelijke afwijking van de Awb mogelijk maakt. Dat schrijft minister De Jonge (VWS) in een brief aan de Tweede en Eerste Kamer, die hadden gevraagd om de klachtenprocedure uit de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) van toepassing te verklaren.<sup>33</sup> De Jonge schrijft dat hij overeenkomstig het eerder in deze kroniek besproken advies van regeringscommissaris Scheltema over geschilbeslechting in het sociaal domein van 2017, wil komen tot integrale rechtsbescherming tegen het besluit van de gemeente en het optreden van de zorgaanbieder. In zijn advies stelde Scheltema overigens dat die integrale rechtsbescherming in de Awb zou moeten worden geregeld. Volgens hem zou de burger een geschil over bijvoorbeeld zijn Wmo-aanspraken in zijn geheel aan de orde 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.

Dat voorstel leidde in de kroniekperiode tot een uitgebreide beschouwing over de taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter van de hand van Wiggers-Rust in dit blad.<sup>34</sup> Zij meent dat, gezien de vergaande strekking en reikwijdte van het voorstel van Scheltema, met mogelijke impact ook buiten het sociaal domein, eerst verder onderzoek noodzakelijk is. Er zijn

immers talloze vormen van publiek-private samenwerking<sup>35</sup> (waarvan de burger naast profiteren gemakkelijk de dupe kan worden, zo voegen wij daaraan toe).<sup>36</sup> Wijziging van de rechtsbescherming in dat soort gevallen vraagt dus een principiële doordenking. Vooralsnog ziet zij meer in een goede samenwerking en afstemming tussen rechters dan in een kostbare herverdeling van rechtsmacht. De reactie van de regering op het voorstel van Scheltema laat ondertussen nog op zich wachten.

### 3. Jurisprudentie over de kernbegrippen

Ook in deze kroniekperiode was er weer een stroom aan jurisprudentie over de kernbegrippen, wij behandelen enkele opvallende uitspraken omdat er eenvoudigweg te veel ontwikkelingen zijn.<sup>37</sup>

#### Bestuursorgaanbegrip

Wij beginnen met het bestuursorgaanbegrip van artikel 1:1 Awb, dat in deze kroniekperiode tot interessante jurisprudentie leidde. Zo oordeelde het CBB in een uitspraak van 27 november 2018 over de vraag of de privaatrechtelijke rechtspersoon Taxi Centrale Schiphol (TCS) optreedt als (b-)bestuursorgaan wanneer zij aansluitingen van taxichauffeurs schorst als maatregel wegens 'overtredingen'.<sup>38</sup> De Amsterdamse taxiverordening vereist dat vergunninghouders in de Amsterdamse opstapmarkt aangesloten zijn bij een door de gemeente Amsterdam toegelaten taxiorganisatie (TTO), zoals TCS. Ook is daarin geregeld dat een schorsing van de aansluiting door een TTO als automatisch gevolg heeft dat ook de taxivergunning verstrekt door het college van B&W voor een gelijke periode wordt geschorst. Verder is in de Taxiverordening voorgeschreven welke onderwerpen ten minste in het maatregelenprotocol van toegelaten taxicentrales moeten zijn opgenomen en welke minimale maatregelen zij moeten nemen als bepaalde 'overtredingen' worden geconstateerd. Een taxichauffeur die met een schorsingsbeslissing van TCS werd geconfronteerd omdat hij de aanwijzingen van een ver-

19. Zie over toezichthouders, de AVG en de Awb J.P. de Jong, 'AVG, UAVG en Awb. Onderzoeksbevoegdheden, corrigerende maatregelen, toezicht, handhaving en implementatievraagstukken', *NTB* 2018/53.  
20. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454.  
21. N. Jak & S. Bastiaans, 'De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid', *NJB* 2018/2102.  
22. [www.raadvanstate.nl/@112661/w04-18-0230/](http://www.raadvanstate.nl/@112661/w04-18-0230/).  
23. [www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1215&summary\\_only=&category\\_id=8](http://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1215&summary_only=&category_id=8).  
24. [www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2018/11/27/wet-digitale-publicatie-algemene-bekendmakingen-en-mededelingen](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2018/11/27/wet-digitale-publicatie-algemene-bekendmakingen-en-mededelingen). Vgl. T. Barkhuysen, 'Algemene besluiten alleen nog digitaal publiceren?', *NJB* 2018/1644.  
25. Een opvallend aantal auteurs is kritisch

op dit punt in de meermalen genoemde Awb jubileumbundel, waaronder Lukas van den Berge (p. 3-12) en Raymond Schlössels (p. 133-142).  
26. A. Geleijnse, J.P. Heinrich & J. Bootsma, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2018/1867.  
27. S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54.  
28. Zie onder andere J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming tegen de private uitvoering van publieke taken: bestuursrechter of geschilleninstantie?', in: *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 623-632, en N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht', in: *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 101-112. Zie in dat verband ook het recent verschenen handboek van P.J. Huis-

man & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheids handelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.  
29. CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, *AB* 2019/90, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.  
30. [www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/uitspraak-crvb-doodsteek-resultaatgericht.9600048.lynkx](http://www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/uitspraak-crvb-doodsteek-resultaatgericht.9600048.lynkx), G. Boogaard, 'Resultaatgerichte indicaties vragen om resultaatgerichte rechtsbescherming - Pleidooi voor minder recentraliserende jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep', *NJB* 2019/530.  
31. *Kamerstukken II* 2018/19, 29538, 278.  
32. CRvB 6 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:676.  
33. *Kamerstukken II* 2018/19, 29358, 279.  
34. L.F. Wiggers-Rust, 'Rechtsbescherming in het sociaal domein. Verdelen of verbijn-

den?', *NJB* 2018/2050.  
35. Zie bijv. Van Rooij die uitgebreid ingaat op de vermenging van verantwoordelijkheden van publieke en private partijen bij de handhaving van de openbare orde in het semipublieke domein, zoals in winkels, horecagelegenheden en het openbaar verkeer: A.E. van Rooij, 'Publiek-private handhaving van de openbare orde in het semipublieke domein', *JBplus* 2018/2.  
36. Zie voor een voorbeeld een oordeel van de No van 16 juli 2018 (*AB* 2018/386, m.nt. P.J. Stolk), waarin de ombudsman oordeelt dat de gemeente verantwoordelijk blijft voor uitbestede schuldhulpverlening.  
37. Zie uitgebreider R.M. van Male, T.G. Öztürk & G.A. van der Veen, 'Kroniek bestuurshandelingen', *NTB* 2018/75.  
38. CBB 27 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:634.

keersregelaar en een gastheer van de gemeente Amsterdam niet direct had opgevolgd, maakte daartegen bezwaar bij B&W. Zijn bezwaar werd niet-ontvankelijk verklaard nu er geen sprake zou zijn van een besluit. De taxichauffeur vond dat zo de Awb werd omzeild en dat hem effectieve rechtsbescherming werd onthouden.

Het CBb verwijst in deze zaak naar de bekende jurisprudentie over b-bestuursorganen van de ABRvS van 17 september 2014.<sup>39</sup> Daaruit volgt dat openbaar gezag in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift aan privaatrechtelijke rechtspersonen kan worden toegekend. Nu TCS geen publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten was toegekend, is TCS geen bestuursorgaan, aldus het College. Dat in de gemeentelijke verordening gedetailleerd werd bepaald aan welke eisen een TTO moet voldoen om voor toelating in aanmerking te komen en welke eisen een TTO daartoe aan de aangesloten taxichauffeurs dient te stellen én te handhaven door middel van de aansluitingsovereenkomsten, maakt nog niet dat sprake is van publiekrechtelijke gezagsuitoefening door de TTO ten aanzien van de aangesloten taxichauffeurs, aldus het CBb. De publiekrechtelijke gezagsuitoefening blijft namelijk plaatsvinden door middel van besluiten van B&W gericht tot TTO, of rechtstreeks gericht aan de betrokken taxichauffeur, langs de weg van verlening, wijziging, schorsing of intrekking van de publiekrechtelijke taxivergunning. Het CBb overweegt verder dat de door de ABRvS geformuleerde uitzondering op de regel dat openbaar gezag in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift kan worden toegekend, hier niet kan gelden omdat de TTO geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekt. Zo wordt opnieuw duidelijk dat de b-bestuursorgaanjurisprudentie het mogelijk maakt publieke taken weg te zetten bij private partijen en daarmee ook buiten de publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming te plaatsen. Het gevolg hiervan is dat de civiele rechter zich moet gaan buigen over dit soort kwesties, terwijl qua inhoud de bestuursrechter nu juist de meer gerede rechter lijkt.

Een interessante nieuwe loot aan de stam van de hiervoor al aangehaalde b-bestuursorganenjurisprudentie van de ABRvS betreft de vraag of een b-bestuursorgaan dat subsidie verstrekt, dat mag doen zonder wettelijke grondslag. Die vraag kwam aan de orde met betrekking tot de Stichting Cultuur Eindhoven (SCE), die minder subsidie dan aangevraagd had verstrekt aan de Stichting Openbare Bibliotheek Eindhoven. In het hoger beroep stelt de Afdeling ambtshalve aan de orde of SCE als privaatrechtelijke rechtspersoon met enig openbaar gezag is bekleed, zoals SCE zelf meent. Dat was niet toegekend bij wettelijk voorschrift, maar hier deed zich de uitzondering op die eis voor. Omdat SCE subsidies verstrekt die in over-

wegende mate worden gefinancierd door de gemeente Eindhoven en de gemeente zich ook inhoudelijk vergaand met het handelen van SCE bemoeit, was aan het financiële en inhoudelijke vereiste voldaan. SCE werd daarom inderdaad aangemerkt als een b-bestuursorgaan. Op de daarna volgende vraag of SCE subsidies mag verstrekken zonder wettelijk voorschrift volgt een antwoord dat SCE niet had verwacht. Artikel 4:23 Awb eist een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking en die eis geldt ook voor (alle) b-bestuursorganen. SCE is dus weliswaar een buitenwettelijk bestuursorgaan, maar mag geen subsidiebesluiten nemen. De ABRvS overweegt daarbij dat de eis van een wettelijke grondslag voor subsidieverstrekking 'een belangrijk element van de subsidietitel in de Awb vormt, dat daarin door de wetgever welbewust is verankerd en waaraan de (bestuurs)rechter dus niet voorbij kan gaan'. Onder het instructieve kopje 'Hoe nu verder na deze uitspraak?' bespreekt zij dat dit gebrek bij gemeentelijke verordening moet worden gerepareerd. Op die manier worden regelgevers die subsidieverstrekking willen uitbesteden aan een privaatrechtelijke rechtspersoon gedwongen daarvoor een wettelijke regeling op te stellen.

Deze uitspraak houdt terecht vast aan de wil van de Awb-wetgever, die wenst dat subsidiegelden worden verstrekt volgens het systeem van titel 4.2 Awb en dat valt te waarderen. Zij heeft evenwel grote consequenties voor de subsidiepraktijk, waarin veel van dit soort privaatrechtelijke rechtspersonen als subsidieverstrekker actief zijn zonder dat daarvoor wettelijke voorschriften zijn opgesteld. Die worden vaak *juist niet* opgesteld omdat het financierende bestuursorgaan de behoefte heeft de subsidieverstrekking 'op afstand te plaatsen' zoals ook speelde bij de gemeente Eindhoven. De uitspraak kan dus gemakkelijk tot consequentie hebben dat bestuursorganen nog meer gebruik gaan maken van de mogelijkheden die de huidige jurisprudentie geeft om privaatrechtelijke rechtspersonen die publieke middelen alloceren niet aangemerkt te laten worden als b-bestuursorgaan. Dat zij dat reeds doen wordt in de literatuur beschreven.<sup>40</sup> Ook de bijzondere wetgever, laat zich op dit vlak niet onbetuigd, zo laat het wetsvoorstel inzake Invest-NL zien, dat in januari bij de Tweede Kamer werd ingediend.<sup>41</sup> Invest-NL zal beschikken over een 'investeringskapitaal' van € 2,5 miljard aan publieke middelen waaruit geldverstrekingen zullen plaatsvinden die zeer veel gelijkenis vertonen met subsidies. Bovendien is Invest-NL in het wetsvoorstel belast met de uitvoering van bepaalde ministeriële subsidieregelingen. In de memorie van toelichting (par. 8.7) wordt uitvoerig uitgelegd dat Invest-NL geen b-bestuursorgaan is en dat is ook expliciet in het wetsvoorstel bepaald (artikel 5 lid 2). De toelichting maakt heel duidelijk dat de bijzondere wetgever de uitgaven van deze gelden niet publiekrechtelijk

**Opnieuw wordt duidelijk dat de b-bestuursorgaanjurisprudentie het mogelijk maakt publieke taken weg te zetten bij private partijen en daarmee ook buiten de publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming te plaatsen**

genormeerd wenst te zien: 'Dit zou inhouden dat Invest-NL tot de overheid moet worden gerekend in de zin dat op haar handelen publiekrechtelijke wettelijke kaders van toepassing zijn, zoals de Algemene wet bestuursrecht, de Wet openbaarheid van bestuur, de Wet Nationale ombudsman, de Archiefwet en mogelijk de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Het wetsvoorstel is niet voorbereid vanuit het idee dat Invest-NL een bestuursorgaan is om redenen als hiervoor aangegeven. Door de toepasselijkheid van uiteenlopende publiekrechtelijke kaders zou de kwalificatie als bestuursorgaan een verstrekende impact hebben op de wijze van opereren van Invest-NL, waaronder die met betrekking tot het karakter van rechtsbescherming, openbaarheid en rekening en verantwoording.' Ook de Raad van State vroeg aandacht voor de positionering van Invest-NL en de verhouding met de Awb.<sup>42</sup>

### **Belanghebbendebegrip**

Wij noemen hier slechts enkele voorbeelden van uitspraken uit de kroniekperiode die duidelijk mogen maken dat de invulling van het belanghebbendebegrip nog steeds regelmatig tot vragen leidt.<sup>43</sup>

In een uitspraak van 7 november 2011 bepaalt de Afdeling bestuursrechtspraak<sup>44</sup> dat bij de vraag of iemand belanghebbende is bij de aanwijzing van een locatie voor een ondergrondse restafvalcontainer (ORAC) geldt dat iemand dat is 'wanneer de locatie op zodanig korte afstand van zijn woning is voorzien dat hij daarvan gevolgen, bijvoorbeeld geluid- of geuroverlast, kan ondervinden. Iemand is voorts belanghebbende als die locatie is bedoeld voor de inzameling van zijn afval. Doorgaans kan er van worden uitgegaan dat het daarbij gaat om de ORAC-locatie die het dichtst bij iemands woning is gelegen, omdat daarvan door diegene in de praktijk doorgaans gebruik zal worden gemaakt.'

Iemand die tegen een paaltje op het fietspad is gereden, dat daar door het waterschap is geplaatst en die in verband met daardoor ontstaan letsel kosten heeft moeten maken is niet belanghebbend bij de weigering dat paaltje te verwijderen, nu hij geen bijzonder persoonlijk belang had bij het gebruik van het betreffende fietspad. Dat hij, anders dan de andere fietsers, tegen het paaltje op het fietspad is gereden, daardoor letsel heeft opgelopen en in dat verband kosten heeft gemaakt, maakt niet dat hij zich ten aanzien van het gebruik van het fietspad in voldoende mate onderscheidt van andere gebruikers van het fietspad.<sup>45</sup> Enigszins vergelijkbaar is een oudere uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat passanten op een openbare weg geen belanghebbenden zijn bij een besluit tot het aldaar instellen van cameratoezicht.<sup>46</sup>

## **De toelichting bij het wetsvoorstel inzake Invest-NL maakt heel duidelijk dat de bijzondere wetgever de uitgaven van deze gelden niet publiekrechtelijk genormeerd wenst te zien**

Een uitspraak van de Afdeling van 10 oktober 2018 is vermeldenswaardig omdat daaruit blijkt dat de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten strenger is geworden.<sup>47</sup> Niet langer is voldoende dat een ondernemer werkzaam is in hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied om als belanghebbende bij een handhavingsbesluit jegens een concurrent te kwalificeren. De Afdeling overweegt dat appellant 'de Kaasboerderij' weliswaar werkzaam is in hetzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied als de overige exploitanten van minicampings in de gemeente Veere, en dus een concurrent is van die exploitanten, maar dat de Kaasboerderij uit hoofde van het zijn van concurrent niet zonder meer belanghebbende is bij elk besluit dat haar concurrenten betreft. 'Dat is alleen het geval als haar belang rechtstreeks is betrokken bij dat besluit of in dit geval bij het nog te nemen besluit. Of dat het geval is, hangt af van de aard van het (te nemen) besluit en de gevolgen die de Kaasboerderij daarvan ondervindt.' Volgens annotator Wieland sluit deze jurisprudentie aan bij de 'gevolgen van enige betekenis-jurisprudentielijn,' die dus wordt doorgetrokken voor concurrenten.

In deze kroniekperiode was er ook aandacht voor de vraag wanneer de aanvrager van een vergunning belanghebbend is bij de afwijzing van de door hem ingediende aanvraag. Een aanvrager van een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk wordt in beginsel verondersteld belanghebbende te zijn bij een beslissing op de door hem ingediende aanvraag. Dit is anders indien aannemelijk is gemaakt dat het bouwplan niet kan worden verwezenlijkt, zo overwoog de ABRvS eerder in een uitspraak van 26 juli 2017.<sup>48</sup> Deze jurisprudentie blijkt van overeenkomstige toepassing op een aanvraag om een omgevingsvergunning voor het vellen van een boom.<sup>49</sup> In een uitspraak van 23 januari 2019 wordt deze lijn verder doorgetrokken naar de aanvraag van een vergunning als

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

40. In deze kroniekperiode in J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Van regel naar uitzondering. Over hoe de Awb veel "subsidierelaties" niet of nauwelijks normeert', in: 25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 213-224 en J.E. van den Brink, *Realistisch*

*revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

41. *Kamerstukken II* 2018/19, 35123, 1-3.

42. *Kamerstukken II* 2018/19, 35123, 4.

43. Daarover J.R. van Angeren, 'Het belanghebbendebegrip vanuit de advocaat', in: 25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 597-612.

44. ABRvS 7 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3573.

45. ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3107.

46. ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:590, AB 2019/87, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

47. ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3292, AB 2018/421, m.nt. J. Wieland. Eerder al ABRvS 20 juni

2018, ECLI:NL:RVS:2018:2001, AB 2018/287, m.nt. J. Wieland.

48. ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2002, AB 2017/297 en ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2710.

49. ABRvS 19 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3048, AB 2018/393, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

bedoeld in de Wet beheer rijkswaterstaatswerken voor het realiseren van aanvullende voorzieningen bij een energielaadpunt voor motorvoertuigen.<sup>50</sup> De gevraagde vergunning zag op het plaatsen van aanvullende voorzieningen op gronden die in eigendom zijn van de Staat, die daarvoor geen privaatrechtelijke toestemming zou verlenen. Nu de aanvrager stelde dat de Staat privaatrechtelijke toestemming niet zonder meer kan weigeren en zij een civiele procedure was gestart om die toestemming alsnog te verkrijgen kan volgens de Afdeling niet op voorhand worden gezegd dat de gevraagde voorzieningen niet kunnen worden gerealiseerd. Daarom was de aanvrager in deze zaak wel belanghebbende.

Maar de belangrijkste ontwikkeling op het gebied van het belanghebbendebegrip in deze kroniekperiode was het gevolg van een omvangrijke conclusie van raadsheer A-G Widdershoven over het leerstuk van het afgeleid belang, geschreven op verzoek van de President van de Centrale Raad van Beroep.<sup>51</sup> Aan deze conclusie lagen twee zaken ten grondslag. De eerste had betrekking op een zorgverlener die wilde opkomen tegen een besluit van het college van burgemeester en wethouders gericht aan één van zijn cliënten, waarin stond dat de laatste zijn persoonsgebonden budget niet meer bij deze zorgverlener mocht besteden wegens zorg van onvoldoende kwaliteit. De tweede zaak zag op de vraag of een verzekeringsmaatschappij belanghebbend kan zijn bij het besluit tot toekenning van een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan een werknemer van een failliete werkgever, waardoor die uitkering op de garantsteller zal worden verhaald.

In zijn conclusie formuleert de A-G eerst twee ankerpunten die als minimumvereiste zouden moeten gelden. Het eerste ankerpunt is het congruentievereiste, op grond waarvan een derde door de bestuursrechter als belanghebbende bij een besluit moet worden aangemerkt – en dus niet als ‘afgeleid belanghebbende’ buiten de deur moet worden gehouden – als dat besluit in beginsel jegens hem onrechtmatig kan zijn in de zin van artikel 6:162 BW en dus aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW wordt voldaan. Dit ankerpunt beoogt te voorkomen dat een te strikte hantering van de leer van het afgeleid belang door de bestuursrechter ertoe leidt dat een derdebelanghebbende voor een doeltreffende rechtsbescherming tegen een besluit moet en kan uitwijken naar de burgerlijke rechter. Dit kan leiden tot tegenstrijdige rechtspraak tussen de bestuursrechter en civiele rechter over hetzelfde besluit en is volgens de A-G bovendien in strijd met de gedachte dat de bestuursrechter speciaal is ingesteld om de rechtmatigheid van besluiten te beoordelen. Als tweede normatieve ankerpunt geldt dat een derde partij toegang moet hebben

tot de bestuursrechter als hij door een besluit wordt geraakt in een recht of rechtens beschermd belang.

Op die basis formuleert de A-G vijf richtinggevende vuistregels voor toekomstige toepassing van het leerstuk van het afgeleid belang door de bestuursrechters. Ten eerste is het leerstuk van afgeleid belang niet aan de orde als een derde partij is die bij een besluit, naast een mogelijk afgeleid belang, een zelfstandig eigen belang heeft dat bij het besluit rechtstreeks betrokken is. Dit eigen belang kan bijvoorbeeld liggen in de reële mogelijkheid dat de derde in een aan een zakelijk of fundamenteel recht ontleend eigen belang wordt geschaad (vuistregel 1). Verder zou het leerstuk van een afgeleid belang volgens de A-G niet aan een derde moeten worden tegengeworpen als zijn bij het besluit betrokken belang materieel niet parallel loopt met dat van de eerst betrokkene (vuistregel 2) en ook niet wanneer de betrokkenheid van zijn rechtspositie bij het besluit een zelfstandige aanspraak op rechtsbescherming rechtvaardigt (vuistregel 3). Een afgeleid belang kan wel aan de derde worden tegengeworpen als zijn belang parallel loopt met dat van de eerst betrokkene en zijn belang uitsluitend via een contractuele relatie met de eerst betrokkene bij dat besluit betrokken is (vuistregel 4). Ten slotte zou in plaats van de verwevenheidscorrectie die de ABRvS nu soms toepast om de bestuurder of enig aandeelhouder als belanghebbende aan te merken als alleen hij en niet de vennootschap zelf beroep tegen het besluit heeft ingesteld, dat beroep moeten worden toegerekend aan de vennootschap, aldus de A-G (vuistregel 5). In overeenstemming met deze conclusie kwam de grote kamer van de CRvB (van vijf rechters van wie er twee afkomstig waren van de CRvB, een uit het CBB en twee van de ABRvS) in een uitspraak van 5 maart 2019<sup>52</sup> tot het oordeel dat de appellanten in de voorliggende zaken moesten worden beschouwd als belanghebbenden en dat zij de gewraakte besluiten dus bij de bestuursrechter konden aanvechten. Nu de conclusie duidelijk een breder bereik heeft dan het sociaal domein en een grote kamer uitspraak deed, wordt verwacht dat zij betekenis zal hebben voor de bestuursrechtspraak in den brede. Dit onderwerp komt dus ongetwijfeld terug in volgende kronieken.

### **Besluitbegrip**

Over het besluitbegrip zijn wij, vanwege de omvang die deze kroniek dreigt te krijgen, kort. Noemenswaardig is de jurisprudentie die in deze kroniekperiode volgde op de uitspraak van 2 mei 2018 van de ABRvS,<sup>53</sup> waarin zij overwoog dat een op een wettelijke bepaling gebaseerde waarschuwing in ieder geval een besluit is als de waarschuwing een noodzakelijke voorwaarde is voor het toepassen van een sanctiebevoegdheid. Deze uitspraak volgde als bekend op de conclusie van A-G Widdershoven over de bestuurlijke waarschuwing.<sup>54</sup> maar maakte nog niet duidelijk of de Afdeling de A-G op alle punten volgde. Inmiddels is ook de vraag beantwoord in hoeverre een bestuurlijke waarschuwing die *niet* is gebaseerd op een wettelijk voorschrift een besluit vormt. De Afdeling expliciteerde<sup>55</sup> dat een bestuurlijke waarschuwing die is gebaseerd op beleid<sup>56</sup> of geheel informeel is, geen besluit is; daartegen kan men dus in beginsel geen bezwaar en beroep aantekenen. Deze waarschuwingen kunnen wel met een besluit worden gelijkgesteld, wanneer de alternatieve weg om een

## De A-G formuleert vijf richtinggevende vuistregels voor toekomstige toepassing van het leerstuk van het afgeleid belang door de bestuursrechters



rechterlijk oordeel erover te krijgen onevenredig bezwaar is. Daarvan kan volgens de Afdeling sprake zijn in drie door de AG genoemde gevallen, die in deze zaken echter niet aan de orde waren.

De in de najaarskroniek al aangekondigde conclusie van A-G Widdershoven over de gedoogbeslissing is inmiddels verschenen.<sup>57</sup> Daarin betoogt hij dat een gedoogverklaring, uitsluitend voor zover zij een afwijzing van een handhavingsaanvraag van een derde impliceert, een beschikking vormt. De gedoogverklaring zelf is geen beschikking. De afwijzing van de handhavingsaanvraag kan door een derde bij de bestuursrechter worden aangevochten en in die procedure staat dan (indirect) ook de gedoogverklaring ter discussie. De overtreder heeft bij een rechterlijk oordeel over de afwijzing van de handhavingsaanvraag geen belang en kan hiertegen dus geen bezwaar en beroep instellen.

Wanneer er ambtshalve of op verzoek van een overtreder een gedoogverklaring wordt verleend, geldt hetzelfde, maar dan op grond van artikel 6:2, onder a, Awb, waaruit volgt dat de weigering om een besluit te nemen met een besluit wordt gelijkgesteld voor de bezwaar- en beroepsmogelijkheden. Tegen de in het gedoogbesluit geïmpliceerde weigering om een bestuurlijke sanctie toe te passen kan een derde beroep instellen bij de bestuursrechter en in die procedure staat dan ook (indirect) de gedoogverklaring ter discussie. De overtreder heeft bij een rechterlijk oordeel over de weigering geen procesbelang en kan hiertegen dus in beginsel geen beroep instellen. Wanneer de gedoogverklaring of de weigering en intrekking ervan, die allemaal geen besluiten vormen, slechts kunnen worden aangevochten langs een alternatieve (bestuursrechtelijke) rechtsweg die onevenredig bezwaar is, moet een uitzondering worden gemaakt, aldus Widdershoven; in die bijzondere gevallen zou tegen deze beslissingen wel beroep open moeten staan bij de bestuursrechter. In de onderliggende zaak was daarvan volgens hem geen sprake. De geadresseerde van een gedoogbeschikking onder voorwaarden kon namelijk redelijk eenvoudig een appellabel besluit uitlokken waardoor hij (indirect) een oordeel van de bestuursrechter over de gedoogbeslissing kon verkrijgen.<sup>58</sup>

Tot slot genereerde de zaak over het al dan niet houden van een referendum over de Wet tot intrekking van de Wet op het raadgevend referendum (Wrr) ook nog interessante jurisprudentie over het besluitbegrip. Als rechtsingang voor de toetsing van de rechtmatigheid van de beslissing tot het niet houden van een referendum over

de Intrekkingswet neemt de Afdeling niet het niet tijdig nemen van een expliciet besluit daarover. De Afdeling merkt als het relevante appellabele besluit aan de brief waarin de minister aangaf niet meer bevoegd te zijn te besluiten om een referendum te houden over deze wet, nu de Intrekkingswet onmiddellijke werking heeft. In meer algemene zin overweegt de Afdeling dat schriftelijke reacties van bestuursorganen op verzoeken om aanwending van een bepaalde bestuursbevoegdheid, inhoudende dat die bevoegdheid niet bestaat of zich niet uitstrekt tot het voorgelegde geval, als besluit worden aangemerkt. Dit is volgens de Afdeling slechts anders indien in het geheel geen bevoegdheid voorhanden is waarop inwilliging van een verzoek zou kunnen worden gebaseerd.<sup>59</sup>

#### 4. Bredere ontwikkelingen op het terrein van het bestuursprocesrecht

Er kan ook in breder verband het nodige worden opgemerkt over het bestuursprocesrecht.<sup>60</sup> Over de betekenis van 25 jaar Awb voor de bestuursrechter schreef Schueler een uitgebreide analyse.<sup>61</sup> Hij laat zien dat de Awb-rechter anno 2019 een andere is dan de wetgever in 1994 voor ogen heeft gehad. Zo ging de wetgever uit van de vrije bewijsleer, maar de bestuursrechter heeft de feitenvaststelling inmiddels primair tot een verantwoordelijkheid van partijen gemaakt. De bewijslast komt vaak op de schouders van burgers te liggen, die dat niet altijd tijdig door hebben. Verder is de bestuursrechter in de laatste twintig jaar veel meer aandacht gaan besteden aan effectieve geschilbeslechting en in dat kader veel minder terughoudend geworden over wat er moet gebeuren na vernietiging van een aangevochten besluit, terwijl de Awb-wetgever de bestuursrechter op dit vlak nog 'in zijn hok wilde houden'.<sup>62</sup> De door de Awb-wetgever gewenste over-

## De door de Awb-wetgever gewenste overgang van objectieve rechtmatigheidstoetsing naar subjectieve rechtsbescherming heeft een fundamentele verandering gebracht in het bestuursprocesrecht

50. ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:198.

51. Conclusie van 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474.

52. CRvB 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:655 en ECLI:NL:CRVB:2019:669.

53. ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449, AB 2018/224, m.nt. R. Ortlep.

54. Conclusie van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249.

55. ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3484 en ABRvS 5 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3946, AB 2019/41, m.nt. R. Ortlep.

56. Zie in die zin ook Cbb 22 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:30.

57. Conclusie van 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:86.

58. Zie voor een pleidooi vaker een appellabel besluit aan te nemen en mogelijk zelfs een verklaring voor recht mogelijkheid te introduceren: J.R. van Angeren, T. Barkhuysen & N. Jak, 'Stop het toppunt van jurisprudentie. Een gedoogbeslissing moet appellabel zijn bij de bestuursrechter', *NJB* 2019/640.

59. ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:98.

60. Vgl. J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden, C.J. de Lange & G.J. Stoepker, 'Kroniek Bestuursprocesrecht', *NTB* 2018/67.

61. B.J. Schueler, 'De Awb-rechter na 25 jaar: een karakterschets', *Trema*, januari 2019.

62. Een en ander blijkt ook uit de inmiddels ook voor de hoogste bestuursrechtelijke vastgestelde professionele standaarden ([www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/professionele-standaarden-hoger-beroep.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/professionele-standaarden-hoger-beroep.pdf)). Zie over dergelijke standaarden A.T. Marseille, W. Swinkels & H.M. de Jong, 'Professionele standaarden en de praktijk van de zitting bij de bestuursrechter', *NTB* 2018/73, die laten zien dat zij niet echt een voorspellende waarde hebben voor het verloop van een zitting.

### In drie recente handhavingsuitspraken geeft de Afdeling een meer ontspannen uitleg aan de betekenis van de leer van de formele rechtskracht in handhavingszaken

gang van objectieve rechtmatigheidstoetsing naar subjectieve rechtsbescherming heeft een fundamentele verandering gebracht in het bestuursprocesrecht. De Awb-rechter oordeelt in 2019 over concrete belangengeschillen tussen individuen en bestuursorganen. Alleen in dat kader toetst hij of besluiten in overeenstemming zijn met het geldende recht. Daarbij loopt een responsieve bestuursrechter vaak op tegen de grenzen van de wet, die vaak weinig of helemaal geen ruimte laten voor een belangenafweging. Wie werkelijkheid wil maken van een responsieve bestuursrechter zal moeten accepteren dat daardoor de relatie tussen recht en wet verandert, aldus Schueler. Daarbij passen ontwikkelingen als de verruiming of intensivering van de exceptieve toetsing van wettelijke regels aan hogere normen en een minder terughoudende toets van besluiten die zijn gebaseerd op regels die beoordelings- of beleidsvrijheid inhouden van het bestuur. Dat laatste punt wordt door Van Ettehoven onderstreept in een bijdrage over werken aan moderne(r) bestuursrechtsspraak.<sup>63</sup> Bestuursrechters moeten meebewegen om de balans in de trias op orde te houden. Van Ettehoven vermeldt in dat verband een lopend project bij de ABRvS over de intensiteit van de rechterlijke toetsing en meldt ook dat de Afdeling al is gestart met indringender toetsing bij boetebesluiten en zaken waarin grondrechten een belangrijke rol spelen.<sup>64</sup>

Die indringender toetsing gaat gepaard met een gewijzigde formulering. Schlössels schrijft dat de ABRvS de begrippen 'marginale toetsing, beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid' 'in de ban' heeft gedaan en in plaats daarvan spreekt over beslissingsruimte.<sup>65</sup> Onder dat begrip vallen beleidsruimte en beoordelingsruimte, ruimte is een beter woord dan vrijheid, nu geen enkele bevoegdheid geheel vrij is aan te wenden. Schlössels beschrijft hoe de Nederlandse leerstukken van marginale toetsing en beleids- en beoordelingsvrijheid verwantschap vertonen met Duitse en Engelse leerstukken. Uiteindelijk draait het om de intensiteit van de toetsing van bestuursrechtelijke discretie en de bestuursrechter moet zo goed mogelijk inzichtelijk maken hoe de verschillende soorten van discretie worden getoetst, welke factoren de indringendheid van die toetsing bepalen en hoe en waarom toetsingsformules worden gehanteerd. Een eerste voorwaarde voor inzichtelijke toetsing vindt hij een helder dogmatisch kader en vanuit dat perspectief is sleutelen aan staande dogmatiek, die ons verbindt met verwante rechtsstelsels, volgens Schlössels riskant. Naar zijn smaak wordt met deze terminologische interventie geen overtuigend doel gediend, waarbij hij Ortlep aan zijn zijde vindt.<sup>66</sup>

Een ander bestuursrechtelijk leerstuk dat duidelijk ter discussie staat<sup>67</sup> en aan verandering onderhevig is, is de leer van de formele rechtskracht. Wat betreft de toepassing van de leer van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming merkten wij in onze vorige kroniek al op dat de jurisprudentie aan het veranderen is.<sup>68</sup> In drie recente handhavingsuitspraken<sup>69</sup> geeft de Afdeling bestuursrechtsspraak in navolging van een eerdere conclusie van A-G Wattel<sup>70</sup> een meer ontspannen uitleg aan de betekenis van de leer van de formele rechtskracht in handhavingszaken. Voorop staat nog steeds dat een belanghebbende in de procedure tegen een invorderingsbeschikking naar aanleiding van een verbeurde dwangsom of een kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Het uitgangspunt blijft dus dat dergelijke gronden moeten worden aangevoerd in de procedures tegen de handhavingsbesluiten zelf. Maar in 'uitzonderlijke gevallen' kunnen in de procedure tegen de invorderings- of kostenverhaalsbeschikking wél gronden worden aangevoerd die de rechtmatigheid van het handhavingsbesluit raken. Zo'n uitzonderlijk geval is bijvoorbeeld de situatie waarin 'evident' is dat het handhavingsbesluit onjuist is. Bewijslast dat van een dergelijke situatie sprake is ligt bij de belanghebbende. Wij vermoeden dat deze uitzonderlijke gevallen niet vaak zullen voorkomen, in ieder geval was daarvan in de drie genoemde uitspraken geen sprake.

Ook het CbB lijkt deze 'evidentiële lijn' al toe te passen, maar dan in het kader van artikel 4:6 Awb. Het College overweegt in een uitspraak van 15 januari 2019<sup>71</sup> dat als de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het bestuursorgaan zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn, dat feit de afwijzing van het verzoek om terug te komen van een besluit in beginsel kan dragen. Dat neemt volgens het CbB niet weg dat de bestuursrechter tot het oordeel kan komen dat de weigering om terug te komen van een eerder genomen onaantastbaar besluit 'evident onredelijk is'. Daarvan was in die uitspraak overigens ook geen sprake.

De Centrale Raad van Beroep neemt een vergelijkbare positie in, maar komt tot het oordeel dat er wel sprake is van evidente onredelijkheid ten aanzien van door het UWV opgelegde boetes die inmiddels onaantastbaar zijn mede omdat de Centrale Raad in latere zaken<sup>72</sup> heeft geoordeeld dat deze boetes onder omstandigheden onevenredig hoog zijn. Bij gebrek aan wettelijke regels en beleid om herzieningsverzoeken van dergelijke vaststaande boetes te beoordelen, heeft de CRvB zelf uitgangspunten geformuleerd voor het beoordelen van herzieningsverzoeken. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen boetes die op het moment van het herzieningsverzoek al zijn afbetaald en boetes die nog niet zijn afbetaald. Als de boete op dat moment al helemaal is betaald, hoeft het UWV de boete niet te herzien. Dit is anders als de boete hoger was dan de maximale boete die de strafrechter zou hebben opgelegd. Als dat zo is dan moet het UWV de boete herzien naar deze maximale boete. Als de boete nog niet (helemaal) is betaald, dan moet het UWV de herzieningsverzoeken inhoudelijk beoordelen en herzien. De

CRvB geeft ook vuistregels voor deze beoordeling. Voor de betrokkenen in deze zaken heeft de CRvB geoordeeld dat het evident onredelijk is om de aan hen opgelegde boetes niet te herzien en deze boetes aan de hand van deze vuistregels verlaagd.<sup>73</sup> Dat is een bijzondere stap, temeer omdat de Afdeling bestuursrechtspraak dat bij de cumulatie van sancties bij rijden onder invloed (kosten alcoholslot en boete) nog uitsloot en de Hoge Raad bij een daaropvolgende schadeclaim betrokkenen de formele rechtskracht tegenwierp.<sup>74</sup> Diezelfde Centrale Raad maakt duidelijk dat voor de vraag of een met het Unierecht strijdig onaantastbaar besluit niet alleen het kader uit de HvJ EU-uitspraak inzake *Kühne & Heitz*<sup>75</sup> bepalend is maar dat daarbij ook de eis van Unietrouw en doeltreffendheid een aanvullende rol kan spelen. Daardoor zou er in theorie een herzieningsverplichting kunnen bestaan ondanks het feit dat tegen een besluit niet tot in hoogste instantie is geprocedeerd, aldus Ortlep in zijn noot onder de uitspraak.<sup>76</sup>

Verder moet worden vermeld dat de ABRvS prejudiciële vragen heeft gesteld over de Unierechtelijke grenzen bij de toepassing van de leer van de formele rechtskracht.<sup>77</sup> De zaak draait om een tankstation in Purmerend dat ook LPG verkoopt. Volgens een omwonende zouden Nederlandse veiligheidsvoorschriften over de wijze waarop het tankstation moet worden bevoorrad met LPG geen deel mogen uitmaken van de vergunning voor dat tankstation wegens strijd met het Unierecht. De gewraakte vergunningsvoorschriften zijn echter onaantastbaar geworden. In dat verband vraagt de Afdeling het Hof onder meer of zij mag uitgaan van de rechtmatigheid van onaantastbaar geworden vergunningvoorschriften die in strijd zijn met het Europese recht. Interessant is dat de Afdeling in haar verwijzingsuitspraak het evidentie criterium uitlegt aan het Hof. Zij overweegt dat het Nederlandse recht niet uitsluit dat een onaantastbaar vergunningvoorschrift alsnog door de rechter wordt beoordeeld wanneer evident is dat het vergunningvoorschrift niet gesteld had mogen worden. Dit evidentie criterium, zo vervolgt de Afdeling 'houdt in dat er bij voorbaat, zonder dat daartoe nader onderzoek is vereist, dan wel slechts na summier onderzoek, geen twijfel over bestaat dat het desbetreffende vergunningvoorschrift niet gesteld had mogen worden.' De Afdeling vraagt zich vervolgens af hoe dit nationale criterium zich verhoudt tot het doeltreffendheidsbeginsel, als onderdeel van de leer van de nationale procedurele autonomie.

Bij deze behandeling van mogelijke nuanceringen van de onaantastbaarheid van besluiten past ook aandacht voor de vraag of deze ook aan de orde kunnen zijn als het gaat om rechterlijke uitspraken. Voor deze periode is in dat opzicht vermeldenswaardig dat het HvJ EU heeft uitgemaakt dat het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsvereiste niet zo ver gaat dat een in Oostenrijk bestaande herzieningsmogelijkheid ten aanzien van rechterlijke uitspraken na een veroordelende uitspraak van het EHRM wordt uitgebreid naar schendingen van EU-rechtelijke grondrechten.<sup>78</sup> Dat is temeer interessant omdat Nederland ook een dergelijke regeling kent in artikel 457 Sv.

Het is gezien al deze ontwikkelingen bepaald gelukkig te noemen dat de VAR-jaarvergadering van 2019 gaat over de toekomst van de formele rechtskracht. Op 24 mei wordt te Utrecht de discussie daarover gevoerd op basis van vier preadviezen die inzoomen op de rol van de formele rechtskracht van besluiten in de competentieafbakening tussen de bestuursrechter en zijn civielrechtelijke collega, de rol van de formele rechtskracht in ketenbesluitvorming en de Unierechtelijke grenzen die gelden bij toepassing van de leer van de formele rechtskracht. Ook is er een rechtsvergelijking met Duitsland waar geen vergelijkbaar leerstuk geldt.

Een potentieel bommetje onder ons bestuursprocesrecht legt de Rechtbank Limburg met zes prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.<sup>79</sup> Stichting Dierenrecht en Stichting Leefbaar Buitengebied hebben geen zienswijzen ingediend tegen een ontwerpbesluit en hebben daarom op grond van artikel 6:13 Awb geen toegang tot de bestuursrechter. De rechtbank vraagt zich af of het afsluiten van de mogelijkheid om in beroep te gaan vanwege het ontbreken van belanghebbendheid en vanwege het niet indienen van zienswijzen verenigbaar is met de Richtlijn industriële emissies, de M.e.r.-richtlijn en het Verdrag van Aarhus.

Voor het procesrecht is het ten slotte van belang te melden dat op 19 januari 2019 Protocol 16 EVRM voor Nederland officieel in werking is getreden.<sup>80</sup> Met dit Protocol is het voor de hoogste nationale rechters mogelijk geworden om 'advisory opinions' aan het EHRM te vragen over de interpretatie en toepassing van het EVRM.

## 5. Toezicht en handhaving

In het voorgaande zijn al de lessen aan de orde gekomen aan de hand van uitspraken waarin toezicht en handha-

63. B.J. van Etekoven, 'Werken aan moderne(r) bestuursrechtspraak', *NTB* 2018/71.

64. Vgl. R. Kegge, 'Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter', *JBplus* 2018/4.

65. R.J.N. Schlössels, 'Discretionaire dogmatiek... anders de Afdeling bestuursrecht-spraak?', *NTB* 2018/52.

66. In zijn noot onder ABRvS 14 november 2018, *AB* 2018/437.

67. Zie in deze kroniekperiode bijv. een pleidooi voor een niet te vérstreckende invulling van de leer van de formele rechtskracht (bij de toepassing van het zoge-

naamde samenhangcriterium): N. van Triet, 'Formele rechtskracht en het samenhangcriterium: De (rest)functie van de civiele rechter', *O&A* 2018/25.

68. T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Over integrale geschilbeslechting, de opmars van het evenredigheidsbeginsel en voortschrijdende Europeanisering', *NJB* 2018/740.

69. ABRvS 27 februari 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:466/623/624.

70. Conclusie van 4 april 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:1152.

71. CBB 15 januari 2019,

ECLI:NL:CBB:2019:20.

72. CRvB 24 november 2014,

ECLI:NL:CRVB:2014:3754.

73. CRvB 7 maart 2019,

ECLI:NL:CRVB:2019:659 e.v.

74. Vgl. met verwijzingen naar de relevante uitspraken C.E. Drion, 'Verongelukken in het recht', *NJB* 2017/308.

75. ECLI:EU:C:2004:17.

76. CRvB 11 oktober 2018,

ECLI:NL:CRVB:2018:3224, *AB* 2018/463,

m.nt. R. Ortlep. Vgl. R. Ortlep, 'Het meest

bedrieglijke Awb-artikel en de heroverwegingsplicht naar het Unierecht', in: *25 jaar*

*Awb, In eenheid en verscheidenheid,*

Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 479-488.

77. ABRvS 30 januari 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:260.

78. HvJ EU 24 oktober 2018,

ECLI:EU:C:2018:853, *AB* 2019/118,

m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

79. Rb. Limburg 21 december 2018,

ECLI:NL:RBLIM:2018:12159.

80. *Stb.* 2019, 8.

ving centraal staan. Voor het overige zijn we over dit thema relatief beknopt.<sup>81</sup>

Belangrijk om te noemen is dat het CbB A-G Wattel<sup>82</sup> volgt in zijn conclusie over de complexiteit van de Meststoffenwet en het legaliteitsvereiste bij het opleggen van bestuurlijke boetes. Het boetesysteem is volgens het CbB op zichzelf in overeenstemming met in internationale verdragen verankerde grondrechten, maar een veehouder moet in verband met het grondrecht van de onschuldpresumptie wel voldoende kans krijgen zich tegen de aan zijn mestboekhouding ontleende bewijsvermoedens te verweren. Dat kan hij alleen als de minister de door hem gebruikte correctiefactoren en marges (op tijd) onthult. De minister hield deze echter deels geheim om te voorkomen dat veehouders hun gedrag daarop kunnen afstemmen. Daarmee kunnen de boetes de toets der kritiek niet doorstaan en dat is voor het CbB reden om de opgelegde boetes te schrappen.<sup>83</sup>

### In het bestuursrecht geldt net als in het strafrecht dat voor medeplegen een bewuste en nauwe samenwerking vereist is van de overtreders

Verder stond de jaarvergadering van de Jonge VAR 2018 dit jaar in het teken van feitelijk leidinggeven en bestraffende sancties in het bestuursrecht bij samenwerkingsverbanden. Betekent samen werken ook samen de klos?<sup>84</sup> Daarbij komen de perspectieven van het milieu-recht, het economisch bestuursrecht en het strafrecht aan de orde en wordt ook een poging tot synthese gedaan. De Afdeling deed op dit terrein ook een interessante uitspraak in de kroniekperiode.<sup>85</sup> Daaruit volgt dat in het bestuursrecht net als in het strafrecht geldt dat voor medeplegen een bewuste en nauwe samenwerking vereist is van de overtreders. Niet nodig is dat de rollen van de verschillende overtreders inwisselbaar zijn. Een overtreder kan beboet worden als medepleger wanneer zijn intellectuele en materiële bijdrage aan het feit van voldoende gewicht is, hetgeen onder meer kan blijken uit de onderlinge taakverdeling. De Afdeling oordeelde in deze zaak dat ondersteunende activiteiten al voldoende kunnen zijn om tot medeplegen te concluderen. Verder paste de Afdeling in een boetezaak weer eens een bestuurlijke lus toe met het oog op de vaststelling van de hoogte van een bestuurlijke boete. Het bestuursorgaan moet in dat verband beter (proberen te) motiveren dat de opgelegde boete gelet op de bedrijfsgrootte gerechtvaardigd is. Daarbij moet niet alleen naar aantallen werknemers worden gekeken, maar kan ook een rol spelen of deze werknemers al dan niet parttime werken.<sup>86</sup> Qua boetehoogte is het nog aardig om te wijze op een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waaruit volgt dat overschrijding van de ter-

mijn van artikel 5:51 lid 1 Awb (het binnen dertien weken na optekening van een boeterapport nemen van een boetebesluit) kan worden verdisconteerd bij het vaststellen van het boetebedrag.<sup>87</sup>

Ook oordeelde de Afdeling dat een boete aan een buitenlands bedrijf kan worden opgelegd omdat de overtreding op Nederlands grondgebied heeft plaatsgevonden.<sup>88</sup> In deze categorie past ook een uitspraak van de Centrale Raad waarin de vraag centraal stond of voor de intrekking van uitkeringen in het buitenland verzameld bewijs zou mogen worden gebruikt. Daarvoor is Nederlands recht, waaronder verdragenrecht, beslissend. Volgens de Nederlandse regels doet niet ter zake of de Turkse regels correct zijn toegepast bij het onderzoek naar verzwezen onroerend goed. Gemeten naar de Nederlandse regels is in deze zaken het bewijs rechtmatig verkregen. Het privéleven van betrokkenen was niet geschonden, zij konden dat bewijs aanvechten en het is niet op onbehoorlijke wijze verkregen. De gemeenten en de SVB mochten het bewijs daarom gebruiken.<sup>89</sup>

Verder geeft de Afdeling een toetsingskader inzake het omgaan met het ondervragingsrecht bij bestuurlijke boetes die (mede) zijn gebaseerd op de inzet van mystery-guests. Om de naleving van de Drank- en Horecawet te controleren wordt een mystery-guest ingezet waarna bij overtredingen een bestuurlijke boete wordt opgelegd. De verklaringen van een dergelijke bezoeker zijn getuigenverklaringen in de zin van artikel 6 lid 3 aanhef en onder d EVRM. Er moet daarom volgens de Afdeling een gegronde reden zijn om de identiteit van dergelijke getuigen geheim te houden. Wanneer een veroordeling alleen of in beslissende mate berust op anonieme verklaringen van getuigen dienen voldoende compenserende maatregelen te worden genomen. De identiteit van de getuigen dient in ieder geval bekend te zijn bij de rechter.<sup>90</sup>

### 6. Openbaarheid van bestuur en beginselen

De Wet open overheid (Woo) die de Wob zou moeten opvolgen leeft! De Kamerleden Snels (GroenLinks) en Van Weyenberg (D66) hebben bij de Tweede Kamer een nieuw initiatiefvoorstel aanhangig gemaakt, waarmee zij hun bij de Eerste Kamer aanhangige initiatiefvoorstel Woo aanpassen.<sup>91</sup> Deze aanpassingen zien met name op het kosteneffectiever maken van de regeling. Het eerder voorziene verplichte register voor documenten moet bijvoorbeeld daarom het veld ruimen. Er is een goede kans dat het aldus aangepaste voorstel het gaat redden in het parlement. Tegelijkertijd met de aanhangigmaking van de novelle heeft de Minister van BZK in een brief aan de Eerste Kamer namelijk gemeld dat overleg 'heeft geleid tot overeenstemming over een aantal concrete aanpassingen in het wetsvoorstel die zowel positief bijdragen aan de verruiming van openbaarheid van overheidsinformatie als aan de uitvoerbaarheid van het voorstel'.<sup>92</sup>

Ondertussen werkt de rechtspraak aan het bij de tijd houden van de huidige Wob. De Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State heeft in een uitspraak van 20 maart 2019 bevestigd dat ook WhatsApp- en sms-berichten onder de reikwijdte van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) vallen. Dat geldt niet alleen voor WhatsApp- en sms-berichten die staan op werkelefoons, maar ook voor berichten die staan op privételefoons van

bestuurders of ambtenaren.<sup>93</sup> Daarmee gaat de Afdeling terecht verder dan de rechtbank<sup>94</sup> in eerste aanleg, die van oordeel was dat de Wob niet van toepassing is op berichten op privételefoons.

Qua algemene beginselen van behoorlijk bestuur wijzen we op drie krenten uit de pap.<sup>95</sup> Om te beginnen op een conclusie van A-G Wattel die betoogt dat de beschermende werking van het vertrouwensbeginsel moet worden vergroot. Als de bestuursrechter moet beoordelen of een overheidsorgaan dat vertrouwen heeft gewekt toch mag handhaven, moet hij volgens Wattel drie stappen doorlopen. Het moet ten eerste gaan om een toezegging, of een uitlating die de burger mag opvatten als een toezegging. Ten tweede moet die toezegging zijn gedaan door het bestuursorgaan zelf, of door een persoon van wie de burger redelijkerwijs mocht aannemen dat die de huidige opvattingen van het bevoegde overheidsorgaan weergaf. Als derde stap moet een afweging worden gemaakt tussen de belangen van de persoon aan wie de toezegging is gedaan, de belangen van derden (zoals omwonenden of concurrenten) en de belangen van de samenleving. Volgens Wattel zou in de rechtspraak makkelijker moeten worden aangenomen dat aan de eerste twee stappen is voldaan, en zou het zwaartepunt meer bij de belangenafweging moeten komen te liggen. Op die manier kan ook eerder worden toegekomen aan de vraag of de burger die gerechtvaardigd vertrouwd heeft, mogelijk een schadevergoeding toekomt.<sup>96</sup> Afgewacht moet worden of de ABRvS mee gaat in dit betoog.

Een andere te signaleren krent betreft een niet vaak voorkomend geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel. Een gemeente gedoogde in het ene geval wel en in het andere niet de verkoop aan de weg via fruitstalletjes die in strijd was met het bestemmingsplan. De stelling van de gemeente was dat er geen sprake was van gelijke gevallen nu de stalletjes onder verschillende bestemmingsplannen vielen en ook verschillende bestemmingen waren toegekend. De Afdeling bestuursrechtspraak volgt de gemeente daarin niet. Het gedoogbeleid van de gemeente is namelijk niet beperkt tot een bepaald plan. Dit geldt voor het

gehele grondgebied van de gemeente. Nu op minimaal drie andere plaatsen in de gemeente fruit wordt verkocht in strijd met het bestemmingsplan en niet wordt voldaan aan de voorwaarden van het gedoogbeleid, heeft de gemeente haar beslissing om handhavend op te treden tegen de verkoopactiviteiten op het perceel van de fruitstalhouder volgens de Afdeling niet goed gemotiveerd.<sup>97</sup>

Ten slotte heeft de Afdeling in twee uitspraken wat meer reliëf gegeven aan het verbod op vooringenomen besluitvorming van artikel 2:4 Awb. Het feit dat de Staat als publiekrechtelijke rechtspersoon aandelen houdt in TenneT maakt niet dat de betrokken ministers, die ruimtelijke besluiten nemen ten gunste van deze onderneming, vooringenomen zijn.<sup>98</sup> En ook de interesse van een gemeenteraadslid in een woning binnen een door die gemeenteraad nieuw vast te stellen bestemmingsplan levert geen strijd op met het verbod van vooringenomenheid.<sup>99</sup>

## 7. Overheidsaansprakelijkheid

Onder dit kopje<sup>100</sup> mag niet ongenoemd blijven het arrest van het Hof Den Haag inzake *Urgenda*.<sup>101</sup> Met een meer op artikel 2 en 8 EVRM gebaseerde redenering komt het hof tot dezelfde uitkomst als de rechtbank. Gevolg daarvan is dat de Staat gehouden is per eind 2020 de uitstoot van CO<sub>2</sub> in Nederland met 25% te reduceren ten opzichte van 1990. Een echte 'hard case' met interessante vragen over de verhouding tussen rechter en politiek waarover de Hoge Raad zich nu moet buigen. Ook het gasdossier Groningen blijft de gemoederen bezig houden. Een poging meer rust en draagvlak te creëren is het concept-wetsvoorstel voor de bestuursrechtelijke afhandeling van de mijnbouwschade in Groningen. De civiele rechter zou daarmee grotendeels buitenspel komen te staan ten faveure van de volgens de regering snellere en effectievere bestuursrechter. Maar ook daarover kan nog de nodige discussie worden gevoerd tussen voor<sup>102</sup> en tegenstanders<sup>103</sup> van dit plan.

Verder is in deze kroniekperiode door de Hoge Raad een mede op het *Köbler*-arrest van het HvJ EU gebaseerde onrechtmatige rechtspraakclaim van verkeersvliegers afgevoerd. De laatsten meenden dat in de daaraan voorafgaan-

81. Zie uitgebreid J.P. Heinrich, M.L. Batting & R.W. Veldhuis, 'Kroniek handhaving van bestuursrecht', *NTB* 2019/8. Verder zij gewezen op de Leidse dissertatie van T.N. Sanders, *Invordering door de overheid, De invordering van geldschulden uit herstel sancties onder de Awb*, Den Haag: Bju 2018.

82. Cbb 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187.

83. Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652.

84. De preadviezen zijn te vinden op de website van de VAR: <https://verenigingbestuursrecht.nl/activiteiten/jonge-var-samenwerken-is-samen-de-klos/>.

85. ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2845, AB 2019/28, m.nt. C.M. Saris.

86. ABRvS 14 maart 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:870, AB 2019/102, m.nt. C.M. Saris en J. Tingen.

87. CRvB 5 maart 2019,

ECLI:NL:CRVB:2019:941.

88. ABRvS 2 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:16.

89. CRvB 1 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2911.

90. ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:195, JB 2019/43, m.nt. H.J.B. Sackers.

91. *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, 1-3.

92. *Kamerstukken I* 2018/19, 33328, L.

93. ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899.

94. Rb. Midden-Nederland 28 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5979, AB 2018/34, m.nt. M.A. J. West.

95. Zie uitgebreid R.J.N. Schlössels, 'Kroniek beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB*

2018/66.

96. ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896.

97. ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:694.

98. ABRvS 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2672.

99. ABRvS 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:687.

100. Zie uitgebreid T.W. Franssen & S.A.L. van der Sande, 'Kroniek overheidsaansprakelijkheid', *NTB* 2019/9.

101. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, AB 2018/417, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen. Vgl. de bijdragen aan het speciale nummer, naar aanleiding van 100 jaar *Lin-denbaum/Cohen*, van *RM Themis* 2019, afl. 1.

102. H.E. Bröring, 'Het concept-wetsvoor-

stel Wet Instituut Mijnbouwschade Groningen', *NTB* 2018/58; M. Scheltema, 'Handleiding nadeelcompensatie: best practices in de responsieve rechtsstaat', *NTB* 2018/57; A.T. Marseille, H.E. Bröring & K.J. de Graaf, 'Een gebruikersperspectief op aardbevingschadevergoedingsprocedures', *NJB* 2018/1948, J. van de Bunt, 'Geef de bestuursrechter het voordeel van de twijfel - Reactie op Mijnbouwschade in Groningen. Waar is de civiele rechter?', *NJB* 2019/689, A.T. Marseille, H.E. Bröring & K.J. de Graaf, 'Mijnbouwschadegeschillen - Beter af bij de bestuursrechter dan bij de civiele rechter' (reactie), *NJB* 2019/690.

103. R.H. de Bock, 'Mijnbouwschade in Groningen', *NJB* 2019/3, R.H. de Bock, 'Aardbevingschade hoort thuis bij de civiele rechter' (naschrift), *NJB* 2019/691.

de procedure over de daar aan de orde zijnde rechtsvraag ten onrechte geen prejudiciële vragen waren gesteld, onder meer door de Hoge Raad zelf dus. Uit deze uitspraak blijkt dat de drempel voor een dergelijke aansprakelijkheid aanzienlijk is. Verder blijkt dat de Hoge Raad zichzelf geschikt acht te oordelen omdat er nu eenmaal geen andere cassatierechter is en de samenstelling van de behandelende kamer anders is.<sup>104</sup> Verder strandt bij diezelfde Hoge Raad een claim gebaseerd op de onjuiste omzetting van een EU-richtlijn inzake energiecertificaten. Deze richtlijn beschermt namelijk niet de belangen van de claimende partijen, te weten de deskundigen die deze certificaten moeten opstellen. Daarbij past de Hoge Raad de Unierechtelijke relativiteits eis toe die hij wel inhoudelijk afstemt met de nationale evenknie.<sup>105</sup> In het kader van de rechts eenheid is ook interessant een uitspraak van de Afdeling waarin deze uitmaakt dat voor de bepaling van de schadevergoeding wegens een onterecht opgelegd gebiedsverbod aansluiting moet worden gezocht bij het BW en niet bij de schadevergoedingsregeling in het strafrecht.<sup>106</sup>

Belangrijk om te melden is ten slotte ook dat op 1 januari 2019 een herziening van de 'Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014'<sup>107</sup> in werking is getreden: de 'Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019'. Met de herziening is een nieuwe methode van kracht voor het vaststellen van de schade die onder het normaal maatschappelijk risico blijft in geval van schade door tijdelijke infrastructurele maatregelen. Aan de basis van deze wijziging staat de Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen, die eind 2017 is opgesteld door de werkgroep-Scheltema en in juli 2018 aan de Tweede en Eerste Kamer werd gezonden.<sup>108</sup>

## 8. Overige Europeesrechtelijke ontwikkelingen

Zoals het hoort bij integrale rechtsbeoefening zijn hiervoor al veel belangrijke ontwikkelingen waarbij het Europese recht een rol speelt aan de orde gekomen. In deze paragraaf willen wij als eerste noemen dat de Europeanisering van het bestuursrecht onder invloed van de Dienstenrichtlijn, als beschreven in eerdere kronieken, onverminderd doorzet. De ABRvS en de rechtbanken ontwikkelen in hun jurisprudentie steeds verder wat de Dienstenrichtlijn betekent in het omgevingsrecht. Vertrekpunt daarvoor is de *Appingedam*-uitspraak.<sup>109</sup> Daaruit volgt dat onderbouwing van een beroep op de Dienstenrichtlijn van groot belang is, hetgeen ook geldt voor de gestelde onevenredigheid van beperkingen van diensten. Verder vergt een onderbouwing van de effectiviteit van een detailhandel beperkende planregel concreet onderzoek, dat uit een tweetrapsraket bestaat. Deze bestaat ten eerste uit een analyse van het totaalpakket aan maatregelen, waarvan de planregel deel uitmaakt, en daarna een toets of de concrete planregel een zinvolle bijdrage levert aan het doel van het totaalpakket. Een analyse met specifieke gegevens is voor die toets niet nodig.<sup>110</sup>

Ook Europeesrechtelijk geïnspireerde jurisprudentie over de eerlijke verdeling van de schaarse rechten is verder verrijkt. Met name de uitbreiding van het toepassingsbereik daarvan naar subsidies valt op. Het beginsel dat enige vorm van mededinging moet worden geboden geldt in beginsel ook bij schaarse subsidies waarvan onder

meer sprake is als er een subsidieplafond is ingesteld. Daarbij is een wettelijke regeling waarin maar aan één subsidieontvanger geld wordt toegekend, niet zonder nadere waarborgen toegestaan.<sup>111</sup>

Het Cbb heeft in twee uitspraken een nadere uitleg gegeven over de toepassing van de Wet markt en overheid. Overheden moeten op basis van deze wet hun integrale kosten doorberekenen aan afnemers van hun economische activiteiten. Uit deze wet volgt tegelijkertijd dat overheden dergelijke activiteiten wél onder de kostprijzen mogen aanbieden als het gaat om een dienst van algemeen economisch belang. De betreffende overheid moet de dienst in een aanwijzingsbesluit als DAEB duiden. Het Cbb verduidelijkt in deze uitspraken de eisen waaraan een dergelijk aanwijzingsbesluit moet voldoen. Uit deze uitspraken blijkt dat een 'kaal' aanwijzingsbesluit, waarin alleen staat dat een bepaalde dienst als een DAEB beschouwd wordt, in principe niet volstaat.<sup>112</sup>

## 9. Afsluiting

Klimaatverandering of niet, de bestuursrechtelijke oogst van deze kroniekperiode is bijzonder groot. Het ziet er niet naar uit dat dit de komende jaren anders zal worden. Na jarenlange inzet op marktwerking zien we nu weer meer ruimte voor een grotere rol voor de overheid (in welke gedaante dan ook). Verder worden steeds meer de scherpe randjes afgeslepen van wat wel een heel streng en formalistisch bestuurs(proces)recht was geworden, met wantrouwen jegens de burger als uitgangspunt. De waarborgkant van het bestuursrecht lijkt meer in beeld te komen, met aandacht voor burgers die het hoofd niet makkelijk boven water houden in de complexe samenleving. Waar in het civiele recht de redelijkheid en billijkheid een prominente plaats innemen, begint het evenredigheidsvereiste een vergelijkbare rol in het bestuursrecht op te eisen. Gevolg van dit alles is dat de bestuursrechter zich minder terughoudend opstelt, waarbij wel steeds de vraag opkomt of zijn rechtsmacht niet teveel beperkt wordt door het bestuursorgaan- en besluitbegrip. Deze ontwikkelingen vragen het nodige van de Algemene wet bestuursrecht, die op 25-jarige leeftijd zowel in de kracht van haar leven als jong van geest is en deze uitdagingen dus aan moet kunnen. ●

<sup>104</sup>. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396.

<sup>105</sup>. HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1973, AB 2019/119, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Vgl. ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298, AB 2019/27, m.nt. G.J. van Midden.

<sup>106</sup>. ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:196.

<sup>107</sup>. *Stcrt.* 2018, 66154.

<sup>108</sup>. *Kamerstukken II* 2017/18, 32621, E. Zie over de handleiding de bijdragen in het speciale nummer van O&A 2019, aflevering 1; M. Scheltema, 'Handleiding nadeelcompensatie: best practices in de responsieve rechtsstaat', *NTB* 2018/57.

<sup>109</sup>. ABRvS 20 juni 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:2062, AB 2018/246, m.nt. A.G.A. Nijmeijer gebaseerd op de gelijknamige HvJ EU uitspraak met als nummer ECLI:EU:C:2018:44.

<sup>110</sup>. ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471; Rb. Overijssel 9 november 2018,

ECLI:NL:RBOVE:2018:4291; ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:263;

ABRvS 19 december 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:4195.

<sup>111</sup>. Vgl. ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595.

<sup>112</sup>. Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660; Cbb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661.