

noemt geen feiten of omstandigheden die een rechtvaardiging vormen om de mogelijkheid voor het overleggen van documenten te beperken tot de besluitvormingsfase.

7.7. Onze conclusie: er bestaat in dit geval geen geldige reden voor afwijking van de hoofdregel dat de belanghebbende een document – in de zin van art. 4:2 lid 2 Awb – kan overleggen tijdens de gehele procedure over de vraag of zijn aanvraag mocht worden afgewezen door het bestuursorgaan.

8. Sterker, volgens ons bestaat aanleiding om vast te houden aan de hoofdregel bij geschillen over de aanspraak op een verblijfsvergunning. In zoverre verwijzen wij naar punt 2.2 van deze annotatie. Als de vreemdeling niet goed weet welke documenten moeten worden aangeleverd en de staatssecretaris tijdens de besluitvormingsfase verzuimt om duidelijk te maken wat nodig is voor toewijzing van de aanvraag, behoort de vreemdeling een eerlijke kans te krijgen om vergissingen tijdens de beroepsfase te herstellen. Hierbij moet men bedenken dat het gaat om bescherming van elementaire mensenrechten, waardoor art. 6 EVRM en art. 47 Handvest Grondrechten EU nadrukkelijk in beeld komen. L.M. Koenraad en D.A.R. Snelders

*de verlening van de exploitatievergunning werd bijgestaan door een professioneel gemachtigde.*

Uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het verzoek van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Omry B.V., te Amsterdam, om het treffen van een voorlopige voorziening (art. 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb)) en, met toepassing van art. 8:86 van die wet, op de hoger beroepen van:

1. Omry B.V., te Amsterdam,
  2. Appellant sub 2A,
  3. Appellant sub 2B,
  4. Appellant sub 2C, en
  5. Appellant sub 2D,
- (hierna: appellant sub 2 en anderen), allen te Amsterdam, appellanten, tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam (hierna: de rechtbank) van 16 juli 2020 in zaken nrs. 20/1972, 20/1974, 20/1880 en 20/1882 in het geding tussen: Omry B.V., en Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam.

### Procesverloop

Bij besluit van 29 april 2019 heeft het college Omry B.V. onder oplegging van een dwangsom gelast om het gebruik van het pand Ferdinand Bolstraat 46 als fastfood restaurant onder de naam Wok to Walk, te staken en gestaakt te houden.

Bij besluit van 6 maart 2020 heeft het college het door Omry B.V. daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 16 juli 2020, 20/1972, 20/1880, 20/1974 en 20/1882, heeft de rechtbank het door Omry B.V. daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Die uitspraak verwijst voor de motivering naar de uitspraak van de rechtbank van 6 september 2019, 19/1630. Beide uitspraken zijn aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben Omry B.V. en appellant sub 2 en anderen hoger beroep ingesteld.

Omry B.V. heeft de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Appellant sub 2 en anderen, Omry B.V. en het college hebben nadere stukken ingediend.

De voorzieningenrechter heeft de verzoeken ter zitting behandeld op 1 september 2020, waar Omry B.V., vertegenwoordigd door mr. M.H.J. van Riessen, advocaat te Amsterdam, gemachtigde A en gemachtigde B, appellant sub 2 en anderen, in

### AB 2021/85

#### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

17 november 2020, nr. 202004234/1/R1 en 202004234/2/R1  
(Mr. R. Uylenburg)  
m.nt. T. Groot\*

Art. 2:1 lid 1 sub c Wabo; art. 5:32 lid 1 Awb

ECLI:NL:RVS:2020:2723

#### **Last onder dwangsom wegens het gebruik van een pand als Wok to Walk-restaurant in strijd met het bestemmingsplan. Vertrouwensbeginsel par 1 en professioneel gemachtigde.**

*Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de rechtbank terecht overwogen dat Omry B.V. geen geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel kan doen. Daarbij spelen de onderstaande omstandigheden (in r.o. 5.2) een rol. Die omstandigheden dienen te worden beschouwd in het licht van de omstandigheid dat Omry B.V. al in de procedure tegen*

\* T. Groot is advocaat bij de sectie bestuursrecht van Stijl Advocaten.

persoon van appellant sub 2A, en het college, vertegenwoordigd door mr. H.J. van der Wal, zijn verschenen.

## Overwegingen

### Algemeen

1. Omry B.V. exploiteert het wokrestaurant 'Wok to Walk' aan de Ferdinand Bolstraat 46 te Amsterdam. Het college acht dit gebruik in strijd met het bestemmingsplan en heeft haar daarom een last onder dwangsom opgelegd om het gebruik te staken.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het college bevoegd was om handhavend op te treden tegen het wokrestaurant en dat het van die bevoegdheid ook gebruik mocht maken.

Omry B.V. betoogt in hoger beroep dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het gebruik als wokrestaurant onder het overgangsrecht van het bestemmingsplan valt, zodat het is toegestaan. Daarnaast doet Omry B.V. een beroep op het vertrouwensbeginsel en acht zij handhaving gelet op de omstandigheden van het geval onevenredig.

Appellant sub 2 en anderen zijn omwonenden en stellen hinder te ondervinden van het wokrestaurant. In hoger beroep betogen zij dat de begunstigingstermijn van de last onder dwangsom is verstreken, zodat al dwangsommen zijn verbeurd.

2. In dit geval kan nader onderzoek redelijkerwijs niet bijdragen aan de beoordeling van de zaak en bestaat ook overigens geen beletsel om met toepassing van artikel 8:86, eerste lid, van de Awb onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak.

### Het hoger beroep van Omry

#### Overgangsrecht

3. Omry B.V. exploiteert sinds augustus 2018 het wokrestaurant 'Wok to Walk' in het pand Ferdinand Bolstraat 46 te Amsterdam. Persoon is eigenaar van het pand en exploiteerde daar voorheen bedrijf. Het vorige bestemmingsplan 'Noord-/Zuidlijn 1999' maakte zowel detailhandel als horeca mogelijk. Op 30 juni 2017 trad het nieuwe bestemmingsplan 'Noord/Zuidlijn De Pijp' in werking op grond waarvan het gebruik van het pand ten behoeve van horeca niet is toegestaan. Het gebruik dat op die datum (hierna: de peildatum) bestond, mag op grond van het overgangsrecht worden voortgezet.

3.1. Omry B.V. betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college bevoegd was een last onder dwangsom op te leggen omdat geen sprake is van een overtreding van het

bestemmingsplan. Hij voert hiertoe aan dat het bestaande gebruik van het pand voor horeca onder het overgangsrecht van het bestemmingsplan mocht worden voortgezet. Volgens haar was het gebruik van het pand door [persoon] in de loop der tijd verschoven van detailhandel in de vorm van een bakkerij naar horeca. Hierbij voert zij aan dat op de peildatum koffie, frisdranken en etenswaren zoals patat, shoarma en kebab werden verkocht en dat er zitgelegenheid was. In dat verband wijst zij op verschillende door haar overgelegde verklaringen en foto's. Hieruit volgt volgens Omry B.V. dat het gebruik van het pand voor horecadoeleinden niet is geïntensiveerd of gewijzigd door omzetting van het gebruik naar het wokrestaurant.

3.2. Het overgangsrecht, zoals neergelegd in artikel 22.2, van de planregels, luidt voor zover van belang:

"a. Het gebruik van grond en bouwwerken dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van het bestemmingsplan en hiermee in strijd is, mag worden voortgezet;

b. Het is verboden het met het bestemmingsplan strijdige gebruik, bedoeld in het eerste lid, te veranderen of te laten veranderen in een ander met dat plan strijdig gebruik, tenzij door deze verandering de afwijking naar aard en omvang wordt verkleind; [...]."

3.3. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, bijvoorbeeld in haar uitspraak van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2102, is het aan degene die een beroep doet op het overgangsrecht van een bestemmingsplan om aannemelijk te maken dat het met het bestemmingsplan strijdige gebruik op de peildatum plaatsvond en nadien is voortgezet. Daarom is het in dit geval aan Omry B.V. om aannemelijk te maken dat het pand op 30 juni 2017 werd gebruikt voor horeca.

3.4. De voorzieningenrechter acht met de rechtbank aannemelijk dat door persoon op de peildatum belegde broodjes, koffie en frisdrank werden verkocht. Dat is namelijk vermeld op reclameborden die te zien zijn op een foto van Google Streetview uit 2017. Daarop staat ook Turkse pizza vermeld. Daarnaast werden broden verkocht. Te zien is dat die op stellages achter de toonbank zijn uitgesteld. Verder valt op grond van door Omry B.V. overgelegde foto's niet uit te sluiten dat ook broodjes shoarma werden verkocht en dat er enige zitgelegenheid was. De verkoop van patat heeft Omry B.V. niet aannemelijk gemaakt. Verder zijn de door haar ingebrachte verklaringen van klanten over de aard van het bedrijf onvoldoende overtuigend, mede omdat de onafhankelijkheid van die verklaringen onvoldoende vaststaat.

Gelet hierop, en de ruimtelijke uitstraling vanaf de straat die op de peildatum in hoofdzaak wees op de verkoop van brood en belegde broodjes, acht de voorzieningenrechter evenals de rechtbank niet door Omry B.V. aannemelijk gemaakt dat het gebruik van het pand op de peildatum als horeca dient te worden aangemerkt. Daarom heeft de rechtbank terecht overwogen dat het overgangsrecht uit artikel 22.2, onder b, van de planregels niet van toepassing is op het gebruik als wokrestaurant, zodat het college bevoegd was handhavend op te treden. Het betoog faalt.

#### *Vertrouwensbeginsel*

4. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

5. Omry B.V. betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het college van handhavend optreden had moeten afzien omdat er sprake is van strijd met het vertrouwensbeginsel. Omry B.V. stelt in dit verband dat zij erop heeft vertrouwd dat zij de horeca-activiteiten mocht voortzetten op basis van een aantal stukken en omstandigheden en als gevolg daarvan kosten voor de verbouwing heeft gemaakt. Die betreffen in de eerste plaats de brief van het college van 6 juni 2017 waarin staat dat voor het gebruik als wokrestaurant geen omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan nodig was. In de tweede plaats betreft het de verlening van de exploitatievergunning van 30 juni 2017. In de derde plaats betreft het een e-mail van een senior medewerker bouwvergunningen van de gemeente van 5 juli 2018 waarin staat dat het overgangsrecht niet in de weg staat aan een omgevingsvergunning voor het bouwen voor het vervangen van twee bestaande afvoerkanalen door één afvoerkanaal en het plaatsen van installaties op het dak van de bestaande aanbouw. In de vierde plaats betreft het de oorspronkelijk hiervoor verleende omgevingsvergunning van 17 juli 2018. In de vijfde plaats betreft het de omgevingsvergunning voor het veranderen van de voorgevel ter hoogte van de begane grond en het plaatsen van gevelreclame van 21 juni 2018. Dit geheel aan toezeggingen

dient volgens Omry B.V. in onderlinge samenhang te worden beschouwd. Omry B.V. wijst in dit verband op een uitspraak van de Afdeling van 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1946, waarin de Afdeling de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal mr. P.J. Wattel van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896, heeft toegepast.

5.1. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is onder meer vereist dat de betrokkene aannemelijk maakt dat van de zijde van de overheid toezeggingen of andere uitlatingen zijn gedaan of gedragingen zijn verricht waaruit de betrokkene in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon en mocht afleiden of en zo ja, hoe het bestuursorgaan in een concreet geval een bevoegdheid zou uitoefenen.

5.2. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de rechtbank terecht overwogen dat Omry B.V. geen geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel kan doen. Daarbij spelen de onderstaande omstandigheden een rol. Die omstandigheden dienen te worden beschouwd in het licht van de omstandigheid dat Omry B.V. al in de procedure tegen de verlening van de exploitatievergunning werd bijgestaan door een professioneel gemachtigde.

Op zichzelf klopt de stelling van Omry B.V. dat in de brief van 6 juni 2017 staat dat voor het gebruik als wokrestaurant geen omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan nodig was. In de brief is echter ook vermeld dat het beoogde gebruik wel in strijd zou zijn met het nieuwe bestemmingsplan 'Noord/Zuidlijn De Pijp'. Ook is vermeld dat de aanhoudingsplicht van artikel 3.3 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht niet geldt voor gebruik, zodat het college genooddakt was een aanvraag aan het oude bestemmingsplan te toetsen. Uit deze brief volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter duidelijk dat alleen geen omgevingsvergunning voor het gebruik als wokrestaurant was vereist voor zover dat gebruik onder gelding van het toenmalige bestemmingsplan 'Noord/Zuidlijn 1999' zou worden aangevangen. Op 30 juni 2017 is het nieuwe bestemmingsplan 'Noord/Zuidlijn De Pijp' in werking getreden. Dit betekent dat als het gebruik als wokrestaurant voor die datum was aangevangen, het gebruik onder het gebruiksovergangsrecht van het nieuwe bestemmingsplan zou zijn toegestaan. Dat was echter niet zo. Pas rond 1 maart 2018 is Omry B.V. begonnen met de verbouwing. Het gebruik als wokrestaurant is in augustus 2018 aangevangen. Dit betekent dat Omry B.V. ruim voor aanvang van de verbouwing op de hoogte kon en moest zijn van de omstandigheid dat het gebruik, indien dit zou aanvangen na 30 juni 2017, niet langer zou worden toegestaan.

Voorts kan in de exploitatievergunning die bij besluit van de burgemeester van 30 juni 2017 is verleend niet als een zodanig duidelijke toezegging worden gelezen dat Omry B.V. de waarschuwing uit de brief van 6 juni 2017 kon negeren.

Verder zijn de nieuwe afvoerkanalen, installaties, de verandering van de voorgevel en ter hoogte van de begane grond en de gevelreclame weliswaar bedoeld voor de wijziging van het gebruik naar horeca, maar voor het oorspronkelijke gebruik als bakker zouden dergelijke zaken ook nodig kunnen zijn geweest. Bovendien levert zowel het oude als het nieuwe bestemmingsplan geen weigeringsgrond op die in de weg stond aan het verlenen van omgevingsvergunning voor deze bouwkundige ingrepen. Daarom bestaan in de verleende omgevingsvergunning van 17 juli 2018 voor de afvoerkanalen de installaties, de correspondentie daarover en de omgevingsvergunning voor het veranderen van de voorgevel ter hoogte van de begane grond en het plaatsen van gevelreclame van 21 juni 2018 geen toezeggingen over het toegestane gebruik als bedoeld in het bestemmingsplan.

Het betoog faalt.

*Evenredigheid en omgevingsvergunning voor gebruik in afwijking van het bestemmingsplan geweigerd*

6. Omry B.V. betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat handhavend optreden onevenredig is en dat de rechtbank onvoldoende gewicht heeft toegekend aan de bijzondere omstandigheid dat zij door het gemeentebestuur op het verkeerde been is gezet en als gevolg daarvan kosten voor de verbouwing heeft gemaakt. Daarnaast is het pand mooi verbouwd, zijn de werknemers voor hun baan afhankelijk van het voortbestaan van het wokrestaurant en zijn de klachten over geluidsoverlast door het treffen van een technische voorziening inmiddels weggenomen. Om deze redenen acht Omry B.V. handhaving onevenredig en had het volgens haar op de weg van het college gelegen om zo nodig een omgevingsvergunning te verlenen voor het gebruik als wokrestaurant in afwijking van het bestemmingsplan.

6.1. Voor zover Omry B.V. stelt dat zij door het gemeentebestuur op het verkeerde been is gezet, verwijst de voorzieningenrechter naar het overwogene onder 4 en verder.

Daarnaast heeft het college zich op het standpunt gesteld dat het niet bereid is mee te werken aan de legalisatie van het wokrestaurant. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (bijvoorbeeld de uitspraak van 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2568) volstaat in beginsel het enkele feit dat het college niet bereid is een om-

gevingsvergunning te verlenen voor afwijking van het bestemmingsplan voor het oordeel dat geen concreet zicht op legalisering aanwezig is. In hetgeen Omry B.V. heeft aangevoerd, ziet de voorzieningenrechter, met de rechtbank, geen aanknopingspunten voor het oordeel dat op voorhand moet worden geconcludeerd dat het door het college ingenomen standpunt rechtens onjuist is en de vereiste vergunning, indien een daartoe strekkende aanvraag wordt ingediend, niet kan worden geweigerd. De voorzieningenrechter neemt daarbij in aanmerking dat het college laagwaardige horeca een bedreiging acht voor de kwaliteit van dit deel van de Ferdinand Bolstraat en het woon- en leefklimaat in de directe omgeving.

Gelet op deze bedreiging voor de kwaliteit van dit deel van de Ferdinand Bolstraat en het woon- en leefklimaat in de directe omgeving heeft de rechtbank voorts terecht overwogen dat handhavend optreden niet zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat het college had moeten afzien van handhavend optreden. Het betoog faalt.

Het hoger beroep van appellant sub 2 en anderen

7. Appellant sub 2 en anderen betogen dat de rechtbank er ten onrechte van uit is gegaan dat de begunstigingstermijn van de last onder dwangsom met de e-mail van 6 april 2020 van Monique Stelwagen namens de gemeente is verlengd tot vier weken na de uitspraak van de rechtbank. Daardoor is de begunstigingstermijn verstreken. Hieruit volgt volgens hen dat al dwangsommen zijn verbeurd.

7.1. In deze procedure is het besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom aan de orde. De vraag of dwangsommen zijn verbeurd en zo ja of deze dwangsommen in redelijkheid door het college kunnen worden ingevorderd, dan wel of in redelijkheid daarvan kan worden afgezien, dient aan de orde te komen in een procedure in het kader van een, al dan niet op aanvraag, door het college te nemen invorderingsbesluit. Zo'n besluit is tot op heden niet door het college genomen, en kan dus ook niet op de voet van artikel 5:39 van de Awb door de voorzieningenrechter in de voorliggende procedure worden betrokken. De Afdeling ziet dan ook geen aanleiding om wat appellant sub 2 en anderen naar voren heeft gebracht over de verbeurde dwangsommen inhoudelijk te bespreken.

*Conclusie*

8. De hoger beroepen van Omry B.V. en appellant sub 2 en anderen zijn ongegrond. De uitspraak van de rechtbank dient te worden bevestigd. Dat betekent dat het college handhavend

kan en mag optreden tegen het gebruik van het pand Ferdinand Bolstraat 46 als fastfood restaurant onder de naam Wok to Walk.

9. De bevestiging van de aangevallen uitspraak heeft tot gevolg dat de begunstigingstermijn één week na verzending van deze uitspraak verstrijkt, zodat de dwangsommen kort na deze uitspraak verbeuren. Ter voorkoming van dit gevolg zal de daarom met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, van de Awb bepalen dat de in het besluit van het college van 31 juli 2020 opgenomen begunstigingstermijn wordt verlengd tot drie weken na verzending van deze uitspraak.

10. Gelet hierop bestaat aanleiding het verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening af te wijzen.

11. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### Beslissing

De voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. bevestigt de aangevallen uitspraak;
- II. bepaalt dat het besluit van 29 april 2019 tot oplegging van de last onder dwangsom met terugwerkende kracht wordt geschorst tot drie weken na de dag van verzending van deze uitspraak”;
- III. wijst het verzoek af.

### Noot

1. De hier geannoteerde uitspraak is een interessante handhavingszaak over een last onder dwangsom wegens het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van een pand aan de Ferdinand Bolstraat 46 te Amsterdam als wokrestaurant. Appellante Omry B.V. beroept zich op het vertrouwensbeginsel onder verwijzing naar een aan haar gerichte brief van 6 juni 2017 van het college. In deze brief staat dat voor het gebruik als wokrestaurant geen omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan nodig was. Appellante meent daaraan het vertrouwen te kunnen ontnemen dat het college van handhavend optreden zou afzien. De Afdeling denkt daar anders over. Volgens de Afdeling kan uit die brief slechts worden afgeleid dat het gebruik als wokrestaurant is toegestaan, zover dat gebruik onder gelding van het toenmalige bestemmingsplan zou worden aangevangen. Dat is echter niet zo. Het gebruik als wokrestaurant is namelijk een jaar later aangevangen. Daardoor is dit gebruik niet langer toegestaan onder het gebruiksovergangsrecht van het nieuwe bestemmingsplan, aldus de Afdeling.

2. De andere door appellante ingebrachte stukken en omstandigheden – waaronder een exploitatievergunning van de burgemeester en omgevingsvergunningen voor bouwen van het college – lijkt de Afdeling irrelevant te achten voor stap 1 van het vertrouwensbeginsel. Deze hebben namelijk geen betrekking op het gebruik van de Ferdinand Bolstraat 46. Appellante had blijkbaar moeten beseffen dat de genoemde besluiten geen toezeggingen bevat die specifiek betrekking hebben op het gebruik dat op basis van het bestemmingsplan – daaronder begrepen het overgangsrecht – is toegestaan. Weliswaar zit het wettelijke systeem zo in elkaar dat voor een ruimtelijke ontwikkeling verschillende vergunningen en/of toestemmingen nodig kunnen zijn, waarvan burgers en bedrijven op de hoogte moeten zijn, maar de Afdeling gaat blijkbaar zelfs zo ver dat burgers en bedrijven tevens bekend moeten zijn met het feit dat omgevingsvergunningen enerzijds kunnen zien op een toestemming voor gebruik en anderzijds op een (enkele) toestemming voor bouwen (vergelijk ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1970, AB 2020/410, en ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2871).

Getuigt dit van een burgervriendelijk(er) perspectief op het vertrouwensbeginsel (ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302)? Ik betwijfel het. Zie over burger(on)vriendelijkheid ook de noot van Albers in JB 2021/5.

3. De Afdeling hecht ogenschijnlijk veel waarde aan het feit dat appellante al in de procedure tegen de verlening van de exploitatievergunning werd bijgestaan door een professioneel gemachtigde (r.o. 5.2). Voor zover mij bekend is er nog geen uitspraak van de Afdeling waarin professionele rechtsbijstand zo een doorslaggevend gewicht heeft en zo expliciet is tegengeworpen aan een appellant(e) als hier het geval is. Wél is in de nu al klassieke uitspraak over de Amsterdamse dakopbouw (ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302) het volgende overwogen in r.o. 11.2:

“Bij de vraag of een toezegging is gedaan, speelt ook de deskundigheid van de betrokkene een rol.”

Hiermee volgt de Afdeling de conclusie van A-G Wattel van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896, waarin bij punt 3.16 staat dat bij stap 1 bij de justitiabele ‘gesubjectieerd (moet worden) naar diens eventuele bijzondere (on)deskundigheid of professionele marktdeelnemerschap’.

4. Voormeld ‘deskundigheids criterium’ lijkt toegepast in ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:118 (zie daarover mijn noot in AB 2020/243). In deze uitspraak beroept appellant zich op een e-mail van een oud-medewerker

van de gemeente Eindhoven. Uit die e-mail zou volgens appelland blijken dat het overgangsrecht van het bestemmingsplan van toepassing is en dat vergunningverlening voor het verbouwen van een woonhuis naar twee appartementen mogelijk is, indien een erkend onderzoeksbureau een positief advies over parkeren uitbrengt. Dit is in een latere e-mail van een andere ambtenaar bevestigd, zo stelt appelland. De Afdeling overweegt dat er een aaneenschakeling van contacten is geweest tussen appelland, diens gemachtigde en de gemeenteambtenaren. De Afdeling citeert de e-mail waarop appelland zich beroept, waarin het volgende staat:

“Op basis van de overgelegde stukken komen wij tot de conclusie dat overgangsrecht van toepassing is. Wij toetsen nog even het parkeren; eventueel nog even advies van verkeer. Mocht dit negatief uitvallen hebben wij contact.”

Vervolgens oordeelt de Afdeling dat het contact in het licht moet worden gezien van deze e-mail, zodat er nimmer een concrete toezegging is gedaan dat vergunning wordt verleend. “Verder had de gemachtigde van appelland kunnen beseffen — en heeft hij dit, gelet op het verhandelde ter zitting, ook beseft — dat het bouwovergangsrecht noch het gebruiksovergangsrecht basis kon bieden voor het verlenen van de vergunning”, aldus de Afdeling. De persoon van de professioneel gemachtigde wordt er min of meer bij gehaald met de overweging dat hij had kunnen begrijpen dat aan het overgangsrecht geen rechten kunnen worden ontleend. In r.o. 5.2 van de hier geannoteerde uitspraak gebeurt dat nog explicieter en met meer gewicht (zie 3). Uit deze uitspraak en die van 15 januari 2020 kan het volgende opgemaakt worden. Het lijkt erop dat burgers en bedrijven nadeel kunnen ondervinden van een professioneel gemachtigde, als die hen niet goed voorlicht en voorbereidt. Ik vraag mij alleen wel af of dat de bedoeling kan zijn geweest van het burgervriendelijk(er) perspectief dat de Afdeling sinds 29 mei 2019 hanteert.

T. Groot

## AB 2021/86

### AFDELING BESTUURSRECHTSpraak VAN DE RAAD VAN STATE

21 oktober 2020, nr. 201905713/1/A3  
(Mrs. H.G. Sevenster, E. Steendijk, J.J. van Eck)  
m.nt. H.S. ten Cate\*

Art. 3 Archiefwet; art. 3 Wob

Computerrecht 2021/5  
ECLI:NL:RVS:2020:2477

**Niet alle chatberichten hoeven te worden bewaard van de Archiefwet: de AVG kan hier ook aan in de weg staan. Bij een Wob-verzoek moeten chatberichten echter wel worden bewaard.**

*Uit artikel 3 van de Archiefwet volgt dat overheidsorganen verplicht zijn de onder hen berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren, alsmede zorg te dragen voor de vernietiging van de daarvoor in aanmerking komende archiefbescheiden. Sms- en WhatsApp-berichten die bij het uitvoeren van overheidstaken gebruikt zijn, vallen onder de reikwijdte van de Wob en van de Archiefwet. Dat betekent niet dat het niet bewaren van sms- en WhatsApp-berichten in strijd is met de Archiefwet. Een digitaal postvak met sms- of WhatsApp-berichten is als zodanig geen archiefbescheid in de zin van de Archiefwet. Daar komt bij dat de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: de AVG) een belangrijke rol speelt bij dit soort persoonlijke digitale postvakken. Het bewaren van digitale postvakken met sms- dan wel WhatsApp-berichten impliceert het (blijven) verwerken van veel persoonsgegevens en daarvoor gelden op grond van de AVG eisen van grondslag, noodzaak en proportionaliteit. De AVG kan daarom zelfs dwingen bepaalde gegevens niet langer te bewaren. Hieruit volgt dat het niet bewaren van digitale postvakken met sms- en WhatsApp-berichten op een privé-telefoon niet in strijd is, of in ieder geval niet hoeft te zijn, met de Archiefwet.*

*Een bestuursorgaan dient dan ook na de indiening van een verzoek om informatie op grond van de Wob de documenten waarop dat verzoek ziet, te bewaren. Omdat de minister hoger beroep had ingesteld kon hij hiermee wachten. Wel moest de minister zorgen dat de sms- en WhatsApp berichten niet verloren zouden gaan. De Afdeling constateert dat de minister eerst na de uitspraak van de Afdeling van 20 maart 2019 actie heeft ondernomen*

\* H.S. ten Cate is juridisch adviseur bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, gespecialiseerd in openbaarheid en informatieverstrekking.