

gemeente Blaricum. Zo ingewikkeld was het 'behandeltraject' volgend op het retourneren van het initiële, tijdig ingediende hoger beroepschrift' toch niet? De gemeente Blaricum was bij de postverwerking medio 2021 toch wel professioneler dan Klimaatgarant, een onderneming voor energie neutrale woningen?  
L.J.A. Damen

## AB 2023/47

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

6 juli 2022, nr. 202104198/1/A3  
(Mrs. N. Verheij, W. den Ouden, J.M. Willems)  
m.nt. J. Tingen\* en C.N.J. Kortmann

Art. 3:4 lid 2 Awb; art. 3:38 BW

Module Ruimtelijke Ordening 2022/8605  
ECLI:NL:RVS:2022:1900

**De burgemeester sluit een horecagelegenheid omdat de exploitatievergunning wegens een ontbindende voorwaarde van rechtswege vervalt. Het is niet evident dat het voorschrift niet mocht worden vastgesteld en handhaving is niet onevenredig.**

*In de vergunning staat: "De vergunning vervalt wanneer een wijziging is gekomen in de exploitatie van het horecabedrijf, dan wel wanneer de exploitatie is overgegaan op een andere ondernemer." Het gaat om een ontbindende voorwaarde: als een van de genoemde feiten zich voordoet, dan vervalt de vergunning van rechtswege. Dat betekent dat de vergunning vervalt zonder dat daar nog een handeling van iemand voor nodig is. Op grond van artikel 38 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek kan een rechtshandeling onder een voorwaarde worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. Dat artikel is gelet op artikel 59 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Artikel 38 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing op de vergunning zoals die in deze zaak voorligt. Het is daarom mogelijk om in de vergunning een ontbindende voorwaarde op te nemen. Het is om die reden niet evident dat de burgemeester dit voorschrift niet in de vergunning had mogen opnemen. Het is ook niet evident dat het voorschrift in strijd is met de APV, de Dienstenwet, de Dienstenrichtlijn, fun-*

*damentele rechtsbeginselen en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De rechtbank is terecht tot hetzelfde oordeel gekomen. Dat betekent dat in rechte uitgegaan moet worden van de gelding van dit voorschrift en dat appelland in deze procedure over de last onder bestuursdwang de rechtmatigheid daarvan niet meer kan aanvechten.*

Uitspraak op het hoger beroep van appelland, handelend onder de naam bedrijf, tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 19 mei 2021 in zaak nr. 20/3000 in het geding tussen:

Appelland,  
en  
De burgemeester van Enkhuizen.

### Procesverloop

Bij besluit van 12 december 2019 heeft de burgemeester appelland onder aanzegging van bestuursdwang gelast om het zonder vergunning exploiteren van horeca-inrichting bedrijf te staken en gestaakt te houden.

Bij besluit van 12 december 2019 heeft de burgemeester een verbeurde dwangsom van € 5.000 van appelland ingevorderd.

Bij besluit van 4 februari 2020 heeft de burgemeester de last onder bestuursdwang ingetrokken.

Bij besluit van 15 april 2020 heeft de burgemeester de door appelland tegen de besluiten van 12 december 2019 gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 19 mei 2021 heeft de rechtbank het door appelland daartegen ingestelde beroep niet-ontvankelijk verklaard voor zover het is gericht tegen de ongegrondverklaring van het bezwaar tegen de invordering van de dwangsom. Voor zover het beroep is gericht tegen de ongegrondverklaring van het bezwaar tegen de opgelegde last onder bestuursdwang heeft de rechtbank het beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appelland hoger beroep ingesteld.

De burgemeester heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Appelland heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak op de zitting van 13 mei 2022 behandeld, waar appelland, bijgestaan door mr. W.J.M. Loomans, advocaat te Hoorn (NH), en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. W. van Houten en M. Brieffies, zijn verschenen.

\* J. Tingen is advocaat in Amsterdam.

## Overwegingen

### Inleiding

1. De burgemeester heeft appelland op 8 augustus 2013 een vergunning verleend voor de exploitatie van bedrijf in Enkhuizen. De vergunning geldt voor een terras en twee zogenoemde lokaliteiten, een bovenverdieping en een kelder. In de vergunningvoorschriften staat dat de vergunning vervalt wanneer er een wijziging is gekomen in de exploitatie van het horecabedrijf dan wel wanneer de exploitatie is overgegaan op een andere ondernemer.

### Wijziging van de exploitatie en de last onder dwangsom

2. Eind 2018 heeft appelland de bovenverdieping en een deel van het terras overgedragen aan een andere exploitant. Bij besluit van 11 juli 2019 heeft de burgemeester een preventieve last onder dwangsom opgelegd. De reden daarvoor was dat er volgens de burgemeester door het afstoten van een lokaliteit en een deel van het terras een wijziging in de exploitatie van het horecabedrijf had plaatsgevonden, waardoor de vergunning van 8 augustus 2013 is vervallen. Als gevolg daarvan beschikte appelland niet langer over de op grond van artikel 2:28, eerste lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening Enkhuizen 2017 (hierna: de APV) benodigde vergunning. De burgemeester heeft appelland daarom gelast om bedrijf op of na 12 juli 2019 niet zonder de daartoe benodigde vergunning te exploiteren. Als appelland dat wel zou doen, zou hij een dwangsom van € 5.000 ineens moeten betalen.

2.1. Appelland heeft vervolgens op 18 juli 2019 een aanvraag voor een exploitatievergunning ingediend. De burgemeester heeft die aanvraag bij besluit van 1 oktober 2019 echter buiten behandeling gesteld, omdat appelland op 16 september 2019 nog niet de benodigde aanvullende stukken had aangeleverd.

### Last onder bestuursdwang en verbeurde dwangsom

3. Op 8 en 23 november 2019 zijn controles uitgevoerd. Volgens de daarvan opgemaakte controlerapporten van 10 en 24 november 2019 is tijdens de controles geconstateerd dat appelland bedrijf zonder vergunning exploiteerde. De burgemeester heeft daarom bij brief van 28 november 2019 appelland geïnformeerd dat hij het voorname had om een last onder bestuursdwang op te leggen en appelland om zijn zienswijze gevraagd. Appelland heeft geen zienswijze ingediend.

3.1. De burgemeester heeft bij besluiten van 12 december 2019 appelland gelast om het zon-

der vergunning exploiteren van bedrijf te staken en gestaakt te houden en de verbeurde dwangsom van € 5.000 ingevorderd. De burgemeester heeft daarbij te kennen gegeven dat als appelland geen gevolg zou geven aan de last, de lastgeving door of in opdracht van hem feitelijk zou worden toegepast, bijvoorbeeld door de toegang van bedrijf te verzegelen. Op 24 december 2019 heeft de burgemeester bedrijf feitelijk gesloten.

3.2. Bij brief van 28 januari 2020 heeft de burgemeester appelland laten weten dat de sluiting per direct is opgeheven. Bij besluit van 4 februari 2020 heeft de burgemeester de last onder bestuursdwang ingetrokken omdat appelland inmiddels een vergunningaanvraag had ingediend en er daardoor zicht was op legalisatie.

3.3. De burgemeester heeft de bezwaren tegen de besluiten van 12 december 2019 op 15 april 2020 ongegrond verklaard.

### Aangevallen uitspraak

4. De rechtbank heeft geoordeeld dat de bevoegdheid tot invordering van de dwangsom is verjaard en dat de burgemeester de dwangsom dus niet meer kan invorderen, zodat appelland geen belang meer heeft bij een inhoudelijk oordeel en het beroep in zoverre niet-ontvankelijk is. De rechtbank heeft het beroep tegen het besluit op bezwaar over de last onder bestuursdwang ongegrond verklaard.

### Hoger beroep

5. Het hoger beroep gaat niet over het oordeel van de rechtbank over de verjaring van de bevoegdheid tot invordering van de dwangsom.

Appelland betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de burgemeester aan de vergunning niet het voorschrift had mogen verbinden dat de vergunning bij een gewijzigde exploitatie van rechtswege vervalt. Volgens appelland bestaat voor een dergelijk voorschrift geen wettelijke grondslag. Het voorschrift is in strijd met de APV, de Dienstenwet en Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376; hierna: de Dienstenrichtlijn). Ook tast het voorschrift de fundamentele beginselen van rechtszekerheid en rechtsbescherming aan, aangezien bij het van rechtswege vervallen van de vergunning geen bezwaar en beroep openstaat. De rechtbank heeft volgens appelland ten onrechte geoordeeld dat hij tegen dat voorschrift had moeten opkomen toen de vergunning werd verleend en dat hij de rechtmatigheid van het voorschrift in de procedure tegen de last onder bestuursdwang niet meer aan de orde kan stellen. Tijdens de zitting bij de Afdeling heeft appelland nog gewezen op het arrest van het Europees Hof

voor de Rechten van de Mens van 13 januari 2015 in zaak nr. 65681/13 (Vékony tegen Hongarije). Volgens appellant volgt uit dit arrest dat het van rechtswege vervallen van de vergunning ook in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM), zodat het betreffende vergunningvoorschrift niet gesteld had mogen worden en daarom buiten toepassing moet blijven.

Daarnaast betoogt appellant dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat er geen bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan de burgemeester van handhaving had moeten afzien. Gelet op de conclusie van de staatsraden advocaat-generaal van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, moet de sluiting van bedrijf vol getoetst worden op evenredigheid. De sluiting is volgens appellant disproportioneel omdat de overtreding alleen bestond uit het niet opnieuw indienen van een vergunningaanvraag, de belangen van bescherming van de openbare orde en het waarborgen van een goed woon- en leefklimaat niet in het geding waren en de sluiting uitgerekend op kerstavond plaatsvond.

#### *Beoordeling van het hoger beroep*

##### *Kan appellant de rechtmatigheid van de exploitatievergunning in deze procedure aan de orde stellen?*

6. De exploitatievergunning is op 8 augustus 2013 verleend en tegen dat besluit is geen bezwaar gemaakt. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de vergunning daardoor in rechte onaantastbaar is geworden, zodat van de gelding van de aan de vergunning verbonden voorschriften moet worden uitgegaan. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling kunnen vergunningvoorschriften waartegen beroep heeft opengestaan, worden gehandhaafd zonder dat nagegaan hoeft te worden of die voorschriften rechtmatig zijn vastgesteld. Dat is in het belang van de rechtszekerheid. Van de rechtsgeldigheid van vergunningvoorschriften moet worden uitgegaan als deze niet zijn herroepen of vernietigd in de daarvoor bedoelde bezwaar- of beroepsprocedure. Die voorschriften zijn dan in rechte onaantastbaar en uitgangspunt is dat dergelijke voorschriften afdwingbaar zijn. Op dit uitgangspunt is een uitzondering mogelijk als evident is dat het voorschrift niet gesteld had mogen worden. Een dergelijke bijzondere omstandigheid kan ertoe leiden dat uit de belangenafweging die aan een besluit tot handhaving vooraf dient te gaan, de conclusie moet worden getrokken dat van handhaving van dat voorschrift dient te worden afgezien. Zie de uitspraak van de Afdeling van 30 ja-

nuari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260, onder 35. De Afdeling moet dus beoordelen of evident is dat het vergunningvoorschrift dat de vergunning bij een gewijzigde exploitatie van rechtswege vervalt niet gesteld had mogen worden.

##### 6.1. In de vergunning staat:

"De vergunning vervalt wanneer een wijziging is gekomen in de exploitatie van het horecabedrijf, dan wel wanneer de exploitatie is overgegaan op een andere ondernemer."

Het gaat om een ontbindende voorwaarde: als een van de genoemde feiten zich voordoet, dan vervalt de vergunning van rechtswege. Dat betekent dat de vergunning vervalt zonder dat daar nog een handeling van iemand voor nodig is. Op grond van artikel 38 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek kan een rechtshandeling onder een voorwaarde worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. Dat artikel is gelet op artikel 59 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Artikel 38 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing op de vergunning zoals die in deze zaak voorligt. Het is daarom mogelijk om in de vergunning een ontbindende voorwaarde op te nemen. Het is om die reden niet evident dat de burgemeester dit voorschrift niet in de vergunning had mogen opnemen. Het is ook niet evident dat het voorschrift in strijd is met de APV, de Dienstenwet, de Dienstenrichtlijn, fundamentele rechtsbeginselen en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De rechtbank is terecht tot hetzelfde oordeel gekomen. Dat betekent dat in rechte uitgegaan moet worden van de gelding van dit voorschrift en dat appellant in deze procedure over de last onder bestuursdwang de rechtmatigheid daarvan niet meer kan aanvechten.

Het betoog slaagt niet.

##### *Was de sluiting van bedrijf onevenredig?*

7. Niet in geschil is dat de burgemeester bevoegd was om een last onder bestuursdwang op te leggen omdat appellant een horecagelegenheid exploiteerde zonder de daarvoor benodigde exploitatievergunning. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal bij een 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. Alleen onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevraagd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat.

Verder kan handhavend optreden onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen, zodat van optreden in die concrete situatie moet worden afgezien. Tussen partijen is in geschil of handhavend optreden in dit geval onevenredig is.

7.1. In de uitspraak van 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, onder 7.10, heeft de Afdeling overwogen dat als de beroepsgronden daartoe aanleiding geven, de bestuursrechter de (uitkomst van de) belangenafweging die ten grondslag ligt aan besluiten zal toetsen aan de norm die is neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. De bestuursrechter zal daarbij niet langer het willekeurcriterium voorop stellen. De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is afhankelijk van een veelheid aan factoren en verschilt daarom van geval tot geval. Geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid spelen daarbij een rol, maar de toetsing daaraan zal niet in alle gevallen op dezelfde wijze (kunnen) plaatsvinden. Zo maakt het verschil of het gaat om een algemeen verbindend voorschrift, een ander besluit van algemene strekking of een beschikking en ook of het gaat om een belastend besluit, een begunstigend besluit of een besluit met een hybride karakter. De intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt bepaald door onder meer de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn.

7.2. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de gevolgen van de sluiting voor appellant niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Appellant wordt niet gevolgd in zijn stelling dat sluiting van bedrijf onevenredig was omdat de burgemeester op grond van de vergunning van 8 augustus 2013 al over alle benodigde gegevens beschikte en dat het alleen gaat om het afstoten van een lokaliteit en een deel van het terras. Die omstandigheden doen er immers niet aan af dat er sprake was van een gewijzigde exploitatie en dat appellant als gevolg daarvan een nieuwe vergunning nodig had. De burgemeester heeft er terecht op gewezen dat het van groot belang is dat de vergunningen op orde zijn, zodat hij een goed overzicht heeft van de horecagelegenheden in Enkhuizen. De burgemeester mocht daarbij betrekken dat het uit een oogpunt van openbare orde van belang is dat duidelijk is wie zeggenschap over een

horecagelegenheid heeft, zodat hij bij incidenten weet wie hij moet aanspreken. Appellant wordt ook niet gevolgd in zijn betoog dat sluiting van bedrijf een onevenredige maatregel was omdat het de burgemeester er alleen maar om te doen was dat hij een nieuwe exploitatievergunning zou aanvragen. De gevolgen van de sluiting voor appellant waren groot, maar hij had deze kunnen voorkomen. De burgemeester heeft hem er al vanaf januari 2019 meerdere keren duidelijk en op verschillende manieren op gewezen dat hij een nieuwe exploitatievergunning moest aanvragen, waaronder in het besluit over de preventieve last onder dwangsom van 11 juli 2019 en in een e-mailbericht van 31 oktober 2019. Appellant heeft daar tot na de feitelijke sluiting op 24 december 2019 geen gehoor aan gegeven. Dat de burgemeester bedrijf net voor de kerstdagen heeft gesloten, leidt gelet op het langdurig nalaten om een vergunning aan te vragen tenslotte ook niet tot het oordeel dat de sluiting onevenredig was. Gezien het besluit van 12 december 2019 kon appellant een sluiting tijdens de kerstdagen zien aankomen.

Het betoog slaagt niet.

#### Slotsom

8. Het hoger beroep is ongegrond. De uitspraak van de rechtbank dient te worden bevestigd, voor zover aangevallen.

9. De burgemeester hoeft geen proceskosten te vergoeden.

#### Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de uitspraak van de rechtbank, voor zover aangevallen.

#### Noot

1. "Dit zijn mijn beste dagen en ik kan niet open. Hoe kan je dit een ondernemer aandoen, deze tijd van het jaar? Ik heb altijd een vergunning gehad. Waarom kan deze niet blijven staan? Ik snap hier echt helemaal niets van." Aldus de horecaondernemer uit Enkhuizen die een dag voor kerst zijn bedrijf gesloten ziet worden door de burgemeester, naar aanleiding van – in essentie – een administratiefout (Lotte Stekelbos, 'Peter raakt zijn kroeg kwijt in Enkhuizen: "Hoe kan je dit iemand aandoen, vlakt voor kerst?"', *NH Nieuws* 24 december 2019). Zo begrijpelijk als de bovenstaande uitspraak is voor een jurist, zo onbegrijpelijk blijkt die voor de ondernemer. Aan aandacht voor burgerperspectief in het bestuursrecht ontbreekt het niet. Alle goede bedoelingen

ten spijt, een responsiever bestuursrecht heeft er nog niet toe geleid dat de kloof tussen deze burger en het bestuur is beslecht. In de bovenstaande korte uitspraak passeren veel interessante thema's de revue. In deze annotatie bespreken wij het evidentie criterium en gaan wij in het bijzonder in op ontbindende voorwaarden in vergunningvoorschriften. We beginnen met een samenvatting van de feiten.

2. Wat was er aan de hand? In 2013 verleende de burgemeester van Enkhuizen een exploitatievergunning voor een horecabedrijf met een terras en twee lokaliteiten. In de voorschriften stond dat de vergunning vervalt bij een wijziging in de exploitatie, dan wel als de exploitatie overgaat op een andere ondernemer. Eind 2018 verkoopt de exploitant de bovenverdieping van de kroeg en een gedeelte van het terras, waardoor de vergunning van rechtswege vervalt. De exploitant dient in de zomer van 2019 een nieuwe aanvraag in. Maar de verstrekte gegevens en beschikden blijken onvoldoende voor de beoordeling van de aanvraag. De burgemeester laat de aanvraag buiten behandeling. Het een en ander resulteert in een last onder bestuursdwang van 12 december 2019, inhoudende dat kort gezegd de tent moet sluiten. De ondernemer weigert, waarop de burgemeester op 24 december 2019 feitelijk het bedrijf sluit.

3. De exploitant betoogt dat de burgemeester het voorschrift, dat de vergunning van rechtswege vervalt bij een gewijzigde exploitatie, nooit had mogen vaststellen. Dit raakt de problematiek van de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming. Volgens vaste jurisprudentie moet in het belang van rechtszekerheid van de rechtsgeldigheid van vergunningvoorschriften uit worden gegaan als die onherroepelijk zijn. Dit is slechts anders als "voor eenieder op voorhand evident zou moeten zijn" dat het voorschrift niet aan het onherroepelijke besluit mocht worden verbonden (ABRvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4648 en ABRvS 24 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ6851, AB 2007/198, m.nt. A.T. Marseille). Zo een bijzondere omstandigheid kan ertoe leiden dat uit de belangenafweging die aan een besluit tot handhaving vooraf dient te gaan, de conclusie volgt dat van handhaving van het voorschrift moet worden afgezien. Dit zogenoemde evidentie criterium 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 (ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260). Dit criterium wordt vrij streng toegepast (R. Ortlep en M. van Zanten, 'De Purmerend-zaak: de leer van de formele rechts-

kracht in ketenbesluitvorming', *JBplus* 2021/4, nr. 13). Uitspraken waarin wordt voldaan aan het evidentie criterium, en de bestuursrechter dus de formele rechtskracht van een onherroepelijk besluit doorbreekt, komen niet vaak voor (zie als uitzondering op de regel ABRvS 28 april 2021 ECLI:NL:RVS:2021:908, AB 2021/282, m.nt. G.J. Stoepker en CRvB 31 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:363, AB 2018/308, m.nt. A.T. Marseille. Zie verder G.J. Stoepker en D.T. van der Leek, 'Daar lusten de honden geen brood van! Handvatten voor de evident onredelijk-toets bij toepassing van artikel 4:6, tweede lid, Awb', *NTB* 2019/40, p. 404). Hoewel er signalen zijn dat de lijn van de Afdeling iets aan het versoepelen is (zie ABRvS 10 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:271, AB 2021/195, m.nt. T.N. Sanders), geldt dat als een voorschrift eenmaal onherroepelijk is, men er doorgaans aan gebonden is, ook als dat tot voor de burger onbegrijpelijke situaties leidt. Na een uitgebreide analyse over de wenselijkheid van dit systeem, concludeert Sanders dat het niet anders kan. Het tegenovergestelde zou volgens hem namelijk nog onrechtvaardiger zijn: het wijzigen van de regels tijdens het spel om een bepaalde uitkomst te forceren (T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht in het bestuursrecht', in: *De toekomst van de formele rechtskracht*, VAR-reeks 162, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 119, 123 en 128).

4. De Afdeling onderzoekt in de hier geannoteerde uitspraak *summier* of op voorhand duidelijk moest zijn dat het betreffende voorschrift niet mocht worden vastgesteld. Zij constateert dat er sprake is van een ontbindende voorwaarde in de zin van artikel 3:38 Burgerlijk Wetboek (BW). Dat artikel leent zich op grond van de schakelbepaling van artikel 3:59 BW voor overeenkomstige toepassing in het publiekrecht. Daarmee is voor de Afdeling de kous af. Hoe dit te duiden? Voorschriften onder voorwaarden zijn op zichzelf niet nieuw (ABRvS 6 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6470, AB 2007/230, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en ABRvS 2 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5506, AB 2007/96, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden). Maar voor zover ons bekend verwees een bestuursrechter nog niet eerder naar het Burgerlijk Wetboek als grondslag voor zo een vergunningvoorschrift. Dat roept de vraag op of artikel 3:38 BW kan worden gezien als een adequate wettelijke grondslag voor de bevoegdheid van de burgemeester van Enkhuizen om voorschriften vast te stellen. De bepaling vermeldt slechts "dat een rechtshandeling onder tijdsbepaling of voorwaarden [kan] worden verricht". Die grondslag is op zijn minst vrij algemeen. Kennelijk bevat de APV van Enkhu-

zen, waarop de exploitatievergunning is gebaseerd, geen toereikende grondslag voor de bevoegdheid van het stellen van een ontbindende voorwaarde. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het vaststellen van een voorschrift zonder wettelijke grondslag mogelijk is. Vaak wordt verwezen naar het adagium: wie het meerdere mag (weigeren van de beschikking), mag ook het mindere (voorschriften aan de beschikking verbinden). Zie bijvoorbeeld Conclusie A-G Widdershoven 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116, r.o. 5.14, met verwijzingen, en Raad van State (België) 20 mei 2021, zaaknr. A. 230.919/VII-40.837, AB 2022/215, m.nt. L.M. Koenraad en R. Ortlep. Anderzijds staat het zonder grondslag opleggen van beperkingen aan burgers op gespannen voet met het legaliteitsvereiste (Schlössels en Zijlstra, *Bestuursrecht sociale rechtsstaat band 1*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 545). Met de verwijzing naar de grondslag in het Burgerlijk Wetboek omzeilt de Afdeling in ieder geval deze principiële vraag. Zij stelt dat het mogelijk is, gelet op het BW, om een ontbindende voorwaarde in een vergunning op te nemen en dat het daarom niet evident is dat de burgemeester dit voorschrift niet had mogen vaststellen.

5. Wij vinden deze redenering van de Afdeling veel te kort door de bocht. En dat lichten we toe. Op grond van artikel 3:38 BW is een voorwaardelijke rechtshandeling mogelijk, *tenzij* uit de wet of de aard van die rechtshandeling anders voortvloeit. In dat geval kan de rechter, als dat mogelijk is, de rechtshandeling converteren in een geldige (artikel 3:42 BW). Ook kan hij concluderen dat de rechtshandeling (partieel) nietig is (artikel 3:40 en 3:41 BW). Geen ontbindende voorwaarde kan worden gesteld in strijd met een gesloten wettelijk stelsel van bescherming van zwakkere partijen, zoals in geval van huurbescherming (HR 19 april 1996, NJ 1996/684 (*Ijsselmuiden/Brouwers*)) en arbeidsrechtelijke ontslagbescherming (HR 2 november 2012, NJ 2012/700 (*HTM/Mohabir*)). In dat geval zou de ontbindende voorwaarde namelijk gebruikt kunnen worden om de limitatieve gronden voor opzegging en ontbinding te omzeilen. Het is niet moeilijk om de analogie te zien met de verlening van een exploitatievergunning. Ook dan gaat het om de verlening van een recht voor onbepaalde duur waarvan de opzegging wettelijk is geregeld, namelijk in de vorm van de gronden voor intrekking van de vergunning. Zelfs als de intrekking niet wettelijk ingekaderd is, dan wordt het intrekkingbesluit in elk geval genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die bescherming wordt de burger ontzegd als de vergunning van rechtswege vervalt door de vervulling van een ontbindende voorwaarde. De analogie met

het arbeidsrecht en het huurrecht gaat verder, want ook het publiekrecht dient ter bescherming van de zwakkere partij, de burger, tegen de overheid.

6. Misschien is het hiermee nog niet 'evident' dat de ontbindende voorwaarde niet in de exploitatievergunning opgenomen had mogen worden, maar het is nog veel minder evident dat het wel mocht. En daarmee zijn we er nog niet, want ook artikel 3:59 BW, de schakelbepaling, kent een tenzij-clausule, die de Afdeling wel noemt, maar waar zij verder niets mee doet. Toepassing van artikel 3:38 BW in het publiekrecht is volgens artikel 3:59 BW niet mogelijk als de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen verzet. Hiervoor zetten wij al uiteen dat de aard van de rechtshandeling (een eenzijdig opgelegd, belastend voorschrift) en de aard van de rechtsbetrekking (ongelijkwaardige partijen) niet bepaald pleiten voor het toelaten van een ontbindende voorwaarde in een exploitatievergunning. Maar er is nog een extra argument waarom de aard van de rechtsbetrekking zich verzet tegen overeenkomstige toepassing en dat heeft te maken met de rechterlijke toetsing. Of uit de aard van de rechtshandeling voortvloeit dat de ontbindende voorwaarde juridisch niet houdbaar is, wordt in de civiele sfeer (logischerwijs) in veel gevallen pas vastgesteld zodra de ontbindende voorwaarde wordt ingeroepen. De civiele rechter toetst dan niet terughoudend: dat de ontbindende voorwaarde al (veel) eerder is overeengekomen doet voor hem niet ter zake. De hier besproken Afdelingsuitspraak laat zien dat dat in het bestuursrecht anders ligt. Ook in het bestuursrecht ontstaat het geschil over de ontbindende voorwaarde pas als deze wordt ingeroepen, maar door de formele rechtskracht van de vergunning kan de bestuursrechter de geldigheid van die voorwaarde helemaal niet vol toetsen: hij moet zich beperken tot de vraag of het voorschrift evident onrechtmatig is. Anders gezegd, de rechtsbescherming tegen ongeldige voorwaarden is in het publiekrecht veel ongunstiger voor de zwakkere partij dan in het civiele recht. Dat lijkt ons een sterke aanwijzing dat artikel 3:59 BW zich verzet tegen overeenkomstige toepassing van artikel 3:38 BW. Met als conclusie dat het voorschrift in de exploitatievergunning evident een wettelijke grondslag ontbeert en dus onverbindend is.

7. De Afdeling heeft in 2006 in het kader van subsidiebesluiten overwogen dat een ontbindende voorwaarde bij een vaststellingsbesluit niet door de beugel kon, omdat deze titel 4.2 van de Awb doorkruist (ABRvS 20 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7173, 2.9.2 t/m 2.9.4). Ook daarmee kan in de hier geannoteerde uitspraak

een analogie worden getrokken. Artikel 2:28 Algemene plaatselijke verordening Enkhuizen 2017 bepaalt namelijk dat de burgemeester een exploitatievergunning intrekt als sprake is van een gewijzigde exploitatie waarvoor geen nieuwe exploitatievergunning is aangevraagd. De APV-bepaling vertoont duidelijke gelijkens met het vergunningvoorschrift. Had de burgemeester een intrekingsbesluit genomen op basis van de APV van Enkhuizen, dan had de exploitant een adequate rechtsingang gehad en waren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het juridisch kader geweest. In plaats daarvan beroept de burgemeester zich op de ontbindende voorwaarde in de exploitatievergunning. Daardoor geldt het strenge evidentiecriteria en komt de exploitant aanzienlijk minder rechtsbescherming toe. Net als in de uitspraak van 20 augustus 2006 ligt de conclusie voor de hand dat de ontbindende voorwaarde het stelsel van de APV doorkruist. Overigens heeft de Afdeling (ook in 2006) ten aanzien van een ontbindende voorwaarde in een onherroepelijk subsidievestigingsbesluit geoordeeld dat de rechtmatigheid daarvan, gelet op de formele rechtskracht, niet meer aan de orde kan zijn (ABRvS 2 augustus 2006,

ECLI:NL:RVS:2006:AY5506, AB 2007/96, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden). Die uitspraak is toen zeer kritisch ontvangen door de annotatoren en wij vragen ons af of de uitkomst van die zaak anno 2023 nog hetzelfde zou zijn. Uit de genoemde uitspraak van 20 augustus 2006 blijkt immers onomwonden dat een subsidie niet onder voorwaarde mag worden vastgesteld: enig nader onderzoek is daar niet voor nodig.

8. Wij vinden het kortom moeilijk te begrijpen dat de Afdeling in het geheel geen aandacht heeft besteed aan de 'tenzij'-clausules in artikel 3:38 en 3:59 BW. Zowel aan de civiele rechtspraak van de Hoge Raad over huur- en arbeidsrechtelijke ontslagbescherming, als aan de bestuursrechtelijke rechtspraak van de Afdeling over het doorkruisen van gesloten wettelijke stelsels, zijn sterke argumenten te onlenen dat het voorschrift evident niet gesteld mocht worden. Het voorschrift ontnemt de exploitant een adequate rechtsingang, terwijl het wettelijke systeem van de Awb en de APV Enkhuizen er juist op gericht zijn de exploitant, als zwakkere partij in een geschil met de overheid, bij intrekking van zijn vergunning rechtsbescherming te bieden. Bovendien leidt de opvatting van de Afdeling tot onnodige procedures. De exploitant wordt nu immers gedwongen om tegen de exploitatievergunning op te komen, terwijl het op het moment van de verlening van die vergunning nog helemaal niet zeker is of die ontbindende voorwaarde ooit vervuld zal worden. Wij pleiten er dan ook voor dat bestuursorganen

terughoudend zijn bij het gebruik van ontbindende voorwaarden in vergunningvoorschriften en dat rechters dit gebruik kritisch toetsen. Juist dát dient wat ons betreft de rechtszekerheid.

J. Tingen en C.N.J. Kortmann

## AB 2023/48

### CENTRALE RAAD VAN BEROEP

13 juli 2022, nr. 21/3117 WIA

(Mr. W.J.A.M. van Brussel)

m.nt. R. Ortlep

Art. 3:309 BW

ABkort 2022/300

NJB 2022/1878

ECLI:NL:CRVB:2022:1486

### **Bestuursrecht van onderen. Door fout van UWV is zodanig lange tijd verstreken, dat appellant redelijkerwijs geen rekening meer hoefde te houden met een vaststelling op een lager bedrag.**

*Het Uww heeft in 2012 het uitkeringssysteem onjuist ingevuld. Hierdoor werd geen signaal van de Belastingdienst ontvangen over de inkomensgegevens van appellant. Pas na de ziekmelding van appellant op 1 mei 2019 is deze fout aan het licht gekomen en heeft het Uww dit gecorrigeerd. Vervolgens heeft de Belastingdienst op 26 november 2019 de gegevens over de jaren 2012 tot en met 2018 aangeleverd en heeft het Uww – voor zover nog van belang – vastgesteld dat de winst over de jaren 2012 en 2013 zodanig hoog was dat er over die jaren geen recht op uitkering bestaat.*

*De Raad is van oordeel dat het in 2020 vaststellen van de WIA-uitkering op een lager bedrag dan de over de jaren 2012 en 2013 verstrekte voorschotten, in strijd komt met het beginsel van rechtszekerheid. In dit geval is er ten gevolge van een nalatigheid van het Uww een zodanig lange tijd verstreken sinds de WIA-uitkering als voorschot is betaald, dat appellant met het op een lager bedrag vaststellen van de als voorschot verleende WIA-uitkering redelijkerwijs geen rekening meer hoefde te houden. Dat appellant zelf niet bij het Uww heeft geïnformeerd over het uitblijven van een beslissing over de vaststelling van het recht op WIA-uitkering, maakt dit niet anders. Het Uww heeft dus in strijd met de rechtszekerheid vastgesteld dat appellant over de jaren 2012 en 2013 geen recht heeft op een WIA-uitkering. De Raad ziet aanleiding om in deze zaak zelf te voorzien en zal de WIA-uitkering over de jaren 2012 en 2013 vaststellen op het bedrag van de over deze jaren verstrekte voorschotten. Dat brengt mee*