

Kroniek van het algemeen bestuursrecht

Eenheid, snelheid en effectiviteit

Willemien den Ouden en Jaap Polak¹

NA VIJFTIEN JAAR AWB BLIJKT DAT HET ALGEMENE BESTUURSRECHT NOG VERRE VAN UITGEKRISTALLISEERD IS EN DAT HET NIET ALTIJD BEVREDIGEND WERKT. BINNENKORT IS EEN WETSVOORSTEL TE VERWACHTEN TOT HERVORMING VAN HET BESTUURRECHT WAARIN DE MOGELIJKHEID WORDT GECREËERD VOOR DE HOOGSTE BESTUURSRECHTELIJKE INSTANTIES OM GEBRUIK TE MAKEN VAN EEN 'GROTE KAMER'. OOK ZAL HET MOGELIJK WORDEN OM IN EEN BESTUURSRECHTELIJKE ZAAK EEN CONCLUSIE TE VRAGEN. EN HET BELANGHEBBENDEBEGRIIP IS NOG ALTIJD GEEN RUSTIG BEZIT.

Het algemeen bestuursrecht blijft zich in een rap tempo ontwikkelen. In het najaar van 2009 is de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen in werking getreden en in december volgde de Dienstenwet, waarmee een regeling voor de 'lex silencio positivo' aan de Awb werd toegevoegd. Ook de Wet bestuurlijke lus trad in werking en de eerste toepassingen daarvan zijn al terug te vinden in de jurisprudentie. De hoogste bestuursrechters stemmen in steeds meer uitspraken uitdrukkelijk op elkaar af en proberen waar mogelijk geschillen definitief te beslechten, maar de roep om meer snelheid en eenheid klinkt onverminderd. Er wordt dus reikhalzend uitgezien naar het wetsvoorstel tot aanpassing van het bestuursprocesrecht, dat rond de verschijning van deze kroniek bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.²

Awb-actualiteiten

In hun najaarskroniek³ besteedden Daalder en Palmboom al aandacht aan het vijftienjarig bestaan van de Awb en de vraag in hoeverre de doelstellingen van de Awb, het bevorderen van de eenheid, het systematiseren en vereenvoudigen en waar mogelijk codificeren van bestuursrecht, in die periode dichterbij zijn gekomen.⁴ In de bundel 'Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb', die wordt uitgegeven om dit derde lustrum te vieren, is heel uitgebreid over deze materie geschreven.⁵ De feestbundel zal rond de publicatiedatum van deze kroniek verschijnen en bevat bijna vijftig bijdragen waarin verleden, heden en toekomst van de Awb van alle kanten worden belicht. Uit die bijdra-

gen wordt duidelijk dat de Awb de verschillende werelden van de bijzondere delen van het bestuursrecht dichter bij elkaar heeft gebracht, maar dat er nog allerlei vraag- en discussiepunten open liggen en het algemene bestuursrecht op tal van punten nog verre van uitgekristalliseerd is en niet steeds bevredigend werkt.⁶

Dat maakt het des te belangrijker dat de ontwikkelingen in wetgeving, jurisprudentie en literatuur geordend en toegankelijk gemaakt worden en in perspectief worden geplaatst. Toe te juichen valt daarom dat er een nieuwe druk is verschenen van de twee delen van het *Groningse Handboek Bestuursrecht*.⁷ Datzelfde geldt voor de nieuwe uitgaven van de *JB-Select*⁸ en de *AB-Klassiek*.⁹

Terwijl de gebeurtenissen binnen het bestuursrecht van de laatste decennia¹⁰ worden besproken, geanalyseerd en bekritiseerd, gaan de ontwikkelingen verder. Op 1 oktober 2009 zijn door de inwerkingtreding van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen een nieuwe Paragraaf 4.1.3.2 en Afdeling 8.2.4a aan de Awb toegevoegd.¹¹ Als bekend verbeurt een bestuursorgaan, dat een beschikking op aanvraag niet neemt binnen de wettelijke beslistermijn – na een schriftelijke ingebrekestelling door de aanvrager – een dwangsom per dag die kan oplopen tot € 1240. Daarmee is niet gegarandeerd dat er alsnog zo spoedig mogelijk een besluit op de aanvraag zal worden genomen. De aanvrager kan daarom ook rechtstreeks beroep instellen bij de bestuursrechter tegen het niet tijdig nemen van het besluit. De rechter zal dan in beginsel buiten zitting en binnen acht weken uitspraak doen. In

Vrijwel steeds wordt bij gegrondverklaring van het beroep wegens niet tijdig beslissen een dwangsom van € 100 per dag opgelegd met een maximum van € 15 000

de uitspraak wordt in beginsel bepaald dat het bestuursorgaan binnen twee weken alsnog een besluit neemt en wordt een nadere dwangsom opgenomen voor het geval het bestuursorgaan (opnieuw) in gebreke blijft.

In de jurisprudentie die tot nu toe verscheen¹² speelt het overgangsrecht een belangrijke rol; er zijn altijd partijen tot wie de nieuwe regels nog niet zijn doorgedrongen. In gevallen waarin, zoals onder het oude regime was voorgeschreven, bezwaar werd gemaakt tegen het uitblijven van het gevraagde besluit en ook een voorlopige voorziening werd aangevraagd, hebben voorzieningenrechters het bezwaarschrift gekwalificeerd als ingebrekestelling als bedoeld in art. 4:17 lid 3 Awb en wordt het verzoek kennelijk niet ontvankelijk verklaard.¹³ Ook in gerechtelijke bodemprocedures waar beroep bij de rechter is ingesteld na 1 oktober 2009 en de aanvrager het bestuursorgaan niet eerder schriftelijk in gebreke heeft gesteld, wordt het beroepschrift aangemerkt als ingebrekestelling en wordt het beroep kennelijk niet-ontvankelijk verklaard.¹⁴ Wordt de nieuwe regeling wél juist gevolgd door de aanvrager, dan blijkt de bestuursrechter de termijn van acht weken

tot nu toe ruimschoots te halen. Opvallend is verder de eenheid in de betreffende uitspraken; vrijwel steeds wordt bij gegrondverklaring van het beroep een dwangsom van € 100 per dag opgelegd met een maximum van € 15 000.¹⁵ Slechts een enkele maal is het bestuursorgaan in verzet gekomen tegen de rechterlijke uitspraak omtrent het niet tijdig beslissen.¹⁶

De dwangsom en beroepregeling passen goed in de algemene tendens om bestuurlijke besluitvorming en rechtsbescherming daartegen sneller en effectiever vorm te geven.¹⁷ In diezelfde trend past de nieuwe Afdeling 8.2.2a Awb, die een gevolg is van de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke lus op 1 januari 2010.¹⁸ Over de bestuurlijke lus is in de literatuur al veel geschreven; nieuw is dat inmiddels verslag kan worden gedaan van de eerste jurisprudentie waarin een tussenuitspraak als bedoeld in art. 8:51a Awb wordt gegeven. Zo heeft de Rechtbank Breda in een uitspraak van 29 januari 2010 in tussenuitspraak ten aanzien van een geschil rond een vrijstelling van het bestemmingsplan en verleende bouwvergunning overwogen dat 'het thans aan de rechtbank voorgelegde geschil inmiddels reeds twee jaren loopt, te rekenen vanaf de datum waarop verweerder het bezwaarschrift heeft ontvangen. In dit kader constateert de rechtbank dat de bezwaarfase negen maanden heeft geduurd. Gezien het vorenstaande maken eiser en vergunninghouder aanspraak op definitieve duidelijkheid over hun rechtsposities binnen een zo kort mogelijke termijn. De rechtbank zelf kan het onderhavige geschil momenteel echter niet definitief beslechten. Dit noodzaakt namelijk tot het verrichten van aanvullend onderzoek naar de relevante feiten en af te wegen belangen, en tot het op basis daarvan plegen van een nadere belangenafweging, waartoe de rechtbank niet is geroepen'. Verweerder krijgt vervolgens een termijn van twaalf weken gegund om het

Auteurs

1. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Leiden. Prof. mr. J.E.M. Polak is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Leiden, lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en medewerker van dit blad; dit is de laatste kroniek (mede) van zijn hand. Zij bedanken Machteld Claessens, student-assistent aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden, voor haar nuttige voorbereidingsactiviteiten voor deze kroniek.

Noten

2. Aldus de Minister van Justitie in zijn brief aan de Tweede Kamer van 21 januari 2010 inzake de herstructurering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, 30 585, nr. 28.
3. Eric Daalder & Annelien Palmboom, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Vijftien jaar Awb', *NJB* 2009, 1702, afl. 34, p. 2181-2188.

4. Zie over vijftien jaar Awb ook J.E.M. Polak, 'Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht', *Trema* 2009, p. 378-383.
5. T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.
6. Kritisch over de vruchten van vijftien jaar Awb is F.P. Zwart, 'Vijftien jaar Algemene wet bestuursrecht: een alternatieve evaluatie', *Trema* 2010, p. 22 e.v.
7. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 792, en L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid, Bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 396.
8. R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB-Select. Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009, p. 556.
9. T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB-Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 661.

10. En soms ook bestuursrechtelijke bijzonderheden van ver daarvoor: *Oude meesters, Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, uitgave bij gelegenheid van het zeventigjarig bestaan van de VAR, Vereniging voor bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2009.
11. *Stb.* 2009, 383. Zie voor een uitgebreide toelichting op deze wet: M.J.E. Boudesteijn, 'Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen', *BR* 2010/1, p. 1-6. Zie ook onlangs in dit blad R. Stijnen, 'Wet dwangsom beroep bij niet tijdig beslissen (II)', *NJB* 2010, 377, afl. 8, p. 468 e.v.
12. Daarover onder meer P. Wattel, 'Treuzelenderwijs', *NJB* 2010, 164, afl. 4, p. 215.
13. Zie bijv. Vz. ABRvS 3 december 2009, *LJN* BK8223 en Rb. Haarlem (vzr.) 29 oktober 2009, *LJN* BK1628.
14. Rb. Roermond 27 januari 2010, *LJN* BL1021.
15. Rb. Haarlem 4 januari 2010, *LJN* BK8420, Rb. Breda 27 november 2009,

LJN BL0269, Rb. Rotterdam 22 december 2009, *LJN* BK8154, Rb. 's-Gravenhage 7 januari 2010, *LJN* BK9762 (in afwijking van de andere zaken betreft in dit geschil de maximale dwangsom € 10 000). Een uitzondering vormt Rb. Roermond 21 januari 2010 (*LJN* BL0965), waarin vanwege de complexiteit van de zaak een langere beslistermijn werd gegund en een hogere dwangsom werd opgelegd.
16. Rb. Breda 13 januari 2010, *LJN* BL0275.
17. Zie over deze trend onder meer F.C.M.A. Michiels, 'Een snelweg voor besluitvorming', *AA* 2009, p. 531-535, A. ten Veen & A. Collignon, 'De redelijke termijn voor bestuursorgaan en rechter', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, a.w., en in dezelfde bundel L.M. Koenraad, 'Groei pijn van het bestuursprocesrecht. De zoektocht naar meer effectiviteit van bestuursrechtspraak.'
18. *Stb.* 2009, 597.

nodige nadere onderzoek uit te voeren.¹⁹ Ook andere rechtbanken maken van de nieuwe regeling gebruik,²⁰ al blijkt er soms ook reden om, ondanks een verzoek daartoe, de lusregeling niet toe te passen.²¹

Het wetsvoorstel Crisis- en herstelwet (Chw) is nu toch op 16 maart door de Eerste Kamer aanvaard. Vlak na de kabinetscrisis werd in de Eerste Kamer gesteggeld over de vraag of het wetsvoorstel, waarin op belangrijke punten (tijdelijk) wordt afgeweken van kernbepalingen van de Awb, door de Eerste Kamer als controversieel op de lange baan zou worden geschoven. De fracties van het CDA en VVD brachten met steun van de ChristenUnie naar voren dat dat niet zou moeten gebeuren vanwege het belang van de wet voor de bestrijding van de economische crisis en ook de PvdA stemde uiteindelijk voor.

De Eerste Kamer toonde zich, na beantwoording van aanvullende vragen,²² eerder kritisch en belegde in februari een hoorzitting waarin experts om hun mening werd gevraagd. Deze bleken, net als sommige collega's in de literatuur,²³ niet overtuigd door het wetsvoorstel. Belangrijke afwijkingen in de Chw van de algemeen geldende regels van de Awb zullen waarschijnlijk terugkeren in het voor het wetsvoorstel tot aanpassing van het bestuursprocesrecht, dat het hele bestuursrecht zal bestrijken. Daarbij gaat het dan vooral om het relativiteitsvereiste, waarover hierna meer en de uitbreiding van het bereik van art. 6:22 Awb, waardoor ook materiële gebreken in een besluit door de rechter kunnen worden gepasseerd als belanghebbenden daardoor niet worden geschaad. De indiening van het 'algemene' wetsvoorstel tot aanpassing van het bestuursprocesrecht bij de Tweede Kamer was opnieuw vertraagd 'omdat de beschikbare wetgevingscapaciteit in belangrijke mate is ingezet voor de Chw'²⁴ maar staat nog wel gepland voor maart 2010. Toch zal de behandeling zeker ook verdere vertraging oplopen.

Dit wetsvoorstel zal niet alleen moeten leiden tot het voorkomen van onnodige beroepsprocedures, het versnellen van die procedures en meer effectieve geschillenbeslechting, maar ook een bijdrage moeten leveren aan de rechtseenheid binnen de bestuursrechtspraak.²⁵ Dat blijkt uit de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 21 januari 2010²⁶ over de rechtseenheid, waarom door de Tweede Kamer was verzocht in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State,²⁷ waarvan de afronding van de behandeling in de Eerste Kamer wellicht ook zal worden vertraagd. De Eerste Kamer verlangde ontvangst van deze brief *voorafgaand* aan de ten tijde van de kabinetscrisis nog geplande plenaire behandeling van het wetsvoorstel. In de brief valt te lezen dat de kwestie van de rechtseenheid in de afgelopen jaren een beperkt probleem is gebleken, waarvoor een oplossing kan worden gevonden zonder daartoe een volledige institutionele hervorming in gang te zetten. Voor een dergelijke hervorming zag het (inmiddels gevallen) kabinet daarom geen aanleiding. Wel zal, als het aan minister Hirsch Ballin ligt, in het genoemde wetsvoorstel tot aanpassing van het bestuursprocesrecht de mogelijkheid worden gecreëerd voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven om in richtinggevende zaken, gebruik te maken van een zogenaamde 'grote kamer'. Dat maakt voor de buitenwe-

reld zichtbaar dat het betreffende college de zaak van groot gewicht acht voor de rechtseenheid of de rechtsvorming.²⁸ Verder zal dit wetsvoorstel het mogelijk maken om in een bestuursrechtelijke zaak een conclusie te vragen, bijvoorbeeld aan een lid van een van de genoemde colleges, maar ook aan een lid van het parket van de Hoge Raad. De minister blijkt een voorstander te zijn van de wettelijke verankering van een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer van de ABRvS, de CRvB en het CBB, waaraan de colleges prejudiciële vragen kunnen stellen. Nader zal worden gezien of de Hoge Raad hierbij in enigerlei vorm kan worden betrokken. Voorlopig werken de verschillende bestuursrechters in de praktijk verder aan rechtseenheid door in hun uitspraken uitdrukkelijk naar elkaars jurisprudentie te verwijzen.²⁹

Effectiviteit in het bestuursrecht; finale geschillenbeslechting en meer

In het aangekondigde wetsvoorstel tot hervorming van het bestuursprocesrecht zullen ook instrumenten worden opgenomen om de effectiviteit van de bestuursrechtspraak te verbeteren. Belangrijk is in dat verband dat de uitspraakbevoegdheden van het huidige art. 8:72 lid 4 Awb zullen worden verruimd. In de genoemde brief van 21 januari wijst Hirsch Ballin verder op de inwerkingtreding op 1 januari jl. van de Wet bestuurlijke lus en schrijft hij dat waar de waarde van een herkansing bij de rechter niet langer opweegt tegen de extra doorlooptijd van een rechtszaak in hoger beroep, aanleiding kan bestaan om maar in één instantie beroep open te stellen of het instellen van hoger beroep aan een verlot te binden.

Geconstateerd kan worden dat de wetgever veel aandacht heeft voor meer effectiviteit in het bestuursrecht. Hetzelfde geldt voor de literatuur, vooral met betrekking tot het omgevingsrecht. Veel stof tot nadenken bieden de inspirerende preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht van Schueler, Van Ettehoven en Hoekstra,³⁰ die aantonen dat niet alleen vanuit het bestuur en de politiek op meer efficiënte besluitvorming en rechtspraak (en in verband daarmee op beperking van rechtsbescherming) wordt aangedrongen. Deze preadviezen verdienen het om nader te evalueren tot welke concrete voorstellen zij zouden moeten leiden, omdat zij er blijk van geven effectiviteit en snelheid te willen combineren met een adequaat niveau van rechtsbescherming.

De jurisprudentie over mogelijkheden en verplichtingen voor bestuursrechter om te komen tot finale geschillenbeslechting ontwikkelt zich verder. Gesproken wordt over een verplichting om de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting te onderzoeken, zowel waar het bestuursrecht in eerste aanleg als de tweede aanleg betreft.³¹ Veelvuldig wordt gebruikgemaakt van de moge-

Herkansing bij de rechter zou niet langer opwegen tegen de extra doorlooptijd van een rechtszaak in hoger beroep

lijkheid om de rechtsgevolgen van vernietigde besluiten in stand te laten,³² of zelf in de zaak te voorzien.³³ Maar er zijn natuurlijk grenzen. Een voorbeeld daarvan geeft een uitspraak van de ABRvS van 12 augustus 2009 met een instructieve noot in de AB van De Waard,³⁴ waarin de ABRvS tot de conclusie komt dat de rechtbank ten onrechte de rechtsgevolgen van een besluit in stand heeft gelaten. Het bestuursorgaan had weliswaar de aangevochten beslissing op bezwaar onderbouwd, doch waar concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van de conclusie van het advies bestonden, kon de inhoud van het vernietigde besluit de rechterlijke toets niet doorstaan, zodat de rechtbank geen gebruik had mogen maken van de bevoegdheid te bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven. Een uitspraak als deze maakt duidelijk dat het ook met toepassing van de bestuurlijke lus zal voorkomen dat de rechter tot het oordeel komt dat een hersteloperatie van het bestuursorgaan niet succesvol is geweest, waardoor het geschil alsnog niet definitief zal kunnen worden beslecht.

Over een heel ander soort 'effectiviteit in het bestuursrecht' schreef Anoëska Buijze: in hoeverre speelt de effectiviteit van een bestuursbesluit een rol en moet deze een rol spelen bij de toetsing door de bestuursrechter? Daarbij gaat het dan vooral over de evenredigheids-toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb. Buijze beschrijft dat het Luxemburgse Hof van Justitie de relatie tussen proportionaliteit en effectiviteit duidelijker gestalte geeft dan de bestuursrechter in Nederland.³⁵ Gelijk De Moor-van Vugt en Gerards eerder hebben gedaan,³⁶ bepleit zij een meer materiële toetsing door de bestuursrechter binnen het kader van een proportionaliteits- of evenredigheidstoets in plaats van het beteugelen van het bestuur met steeds meer procedurele vereisten.

Centrale begrippen: belanghebbende, besluit en bestuursorgaan

Daalder en Palmboom schreven in hun najaarskroniek terecht dat het belanghebbendebegrip nog geen rustig bezit is. Wel kan worden geconstateerd dat de strengere lijn die is uitgezet in de zogenaamde 1 oktober 2008-uitspraken over art. 1:2 lid 3 Awb, voor zogenoemde procedeeclubs in de afgelopen periode nauwelijks tot niet-ontvankelijkheden heeft geleid.³⁷ Dat is niet verbaazingwekkend want milieuorganisaties van enige omvang en activiteit, wijkcomités en dergelijke worden door de nieuwe lijn niet geraakt. In tegendeel, verenigingen van bewoners³⁸ en bijvoorbeeld ook ouders die zich het belang van een gezond leefklimaat van hun kinderen op school³⁹ aantrekken kunnen tegen besluiten waarbij de door die verenigingen gebundelde belangen betrokken zijn ongehinderd opkomen.

Van Ettekovén stelt in zijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht dan ook dat de 1 oktober 2008-rechtspraak wat hem betreft nog niet ver genoeg gaat. Hij tendert in de richting van het stellen van eisen aan de representativiteit van milieuorganisaties, zoals dat bijvoorbeeld in Duitsland gebeurt. Ondertussen zal de invoering van de Wabo – die voorlopig overigens nog op zich laat wachten – wellicht tot effect hebben dat de kring van belanghebbenden bij besluiten die nu gegrond zijn op andere regelgeving dan milieuregelgeving, wordt vergroot. Het is de vraag of de wetgever zich dat wel heeft gerealiseerd. De kring van belanghebbenden bij een milieuvergunning is immers vaak ruimer dan bijvoorbeeld die van een bouwvergunning, eenvoudigweg omdat de milieueffecten zich op een grotere afstand van een bedrijf laten gevoelen dan de ruimtelijke uitstraling van het te bouwen bedrijfsgebouw. Als de bouw- en milieuvergunning straks in één Wabo-besluit worden samengevoegd, ligt het als

Noten

19. Rb. Breda 29 januari 2001, L/JN BL4288. Eerder al een toepassing van de bestuurlijke lus in Rb. Breda 12 januari 2010, L/JN BL1100. Zie ook Rb. Breda 17 februari 2010, L/JN BL4066.
20. Bijv. Rb. Almelo 10 februari 2010, L/JN BL3711.
21. Rb. Utrecht 13 januari 2010, L/JN BK9262 en Rb. Breda 12 januari 2010, L/JN BL1088.
22. Nadere memorie van antwoord van 1 februari 2010: *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127, E.
23. Bijv. F. Spijker & K. van Zijveld, 'De crisis voorbij? Het herstellend vermogen van de Crisis- en herstelwet', *BR* 2009, 156, p. 783-792. Zie voor kritisch commentaar verder onder meer S.E. Zijlstra, 'Van de gelegenheid is gebruik gemaakt... Misbruik van bevoegdheid door en onder de Crisis- en herstelwet', *NTB* 2009, p. 36. Zie ook A. Toebees, 'De Crisis- en herstelwet: een versnelling? Verslag van de VAR-studiemiddag', *NTB* 2010 en het

TBR-themanummer over de Chw, *TBR* 2010, 1.

24. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 84, p. 22.

25. Daarover ook B.J. van Ettekovén, 'Rechtseenheid vanuit het perspectief van de rechtbanken. Over de toekomstige organisatie van de bestuursrecht-spraak' en A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Rechtseenheid als kwaliteitsvraagstuk', beide bijdragen aan de genoemde bundel over het vijftienjarig bestaan van de Awb.

26. *Kamerstukken II* 2009/10, 30 585, nr. 28.

27. Motie-Heerts/Anker, *Kamerstukken II* 2008/09, 30 585, nr. 26, en *Kamerstukken I* 2008/09, 30 585, D.

28. Zie daarover ook J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Motivering van rechtsvormende uitspraken door de Afdeling bestuursrechtspraak', *NTB* 2009, p. 219 e.v., en A.T. Marseille, 'Belemmeringen voor (zichtbare) bestuursrechtelijke rechtsvorming', *AA* 2010, p. 90 e.v.

29. Zie bijv. CBB 25 november 2009, *AB* 2010, 37 (m.nt. Ortlep) en CRvB 28 oktober 2009, L/JN BK2095. Overigens blijft het voorkomen dat de verschillende hoogste bestuursrechters Awb-bepalingen verschillend uitleggen. Zie bijv. HR 25 april 2008 (inzake het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stuk-ken' van onder meer art. 7:4 en 8:42 Awb), onlangs geannoteerd door Damen in *AB* 2009, 407.

30. B.J. Schueller, B.J. van Ettekovén & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het Omgevingsrecht*, publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht 2009.

31. Onder meer: ABRvS 12 augustus 2009, *AB* 2009, 368 (m.nt. B.W.N. de Waard) en ABRvS 9 september 2009, nr. 20080919/1. Zie ook ABRvS 20 mei 2009, *JV* 2009, 290 en ABRvS 10 juni 2009, *AB* 2009, 369 (m.nt. M. Nijhuis en W. den Ouden).

32. Zie voor een overzicht met literatuurverwijzingen Ortlep onder ABRvS 21 oktober 2009, *AB* 2010, 29.

33. Zie voor een overzicht met literatuurverwijzingen Ortlep onder ABRvS 11 maart 2009, *AB* 2010, 30.

34. ABRvS 12 augustus 2009, *AB* 2009, 368. Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 2 december 2009, *AB* 2010, 34 (m.nt. B.W.N. de Waard).

35. A.W.G.J. Buijze, 'Effectiviteit in het bestuursrecht', *NTB* 2009, p. 228-237.

36. Zie J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees Recht Effectueren*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2007 en zie reeds de dissertatie van A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten*, Tilburg 1994.

37. Zie daarover, ook voor literatuurverwijzingen, onze kroniek *NJB* 2009, 688, in het bijzonder p. 869.

38. ABRvS 24 juni 2009, *AB* 2009, 336 (m.nt. A.T. Marseille).

39. ABRvS 11 november 2009, *NJB* 2009, 2110, p. 2707.

De invoering van het relativiteitsbeginsel in het bestuursrecht zal ondanks de kabinetscrisis toch wel haar beslag krijgen

de huidige rechtspraak met betrekking tot het belanghebbendebegrip wordt gecontinueerd, voor de hand dat wie eenmaal 'binnen' is omdat hij milieubezwaren heeft, ook belanghebbende is met zijn bezwaren tegen de bouwaspecten van het besluit, ook al zou deze persoon naar de huidige stand van de rechtspraak niet als belanghebbende kwalificeren bij de bouwvergunning. Dit lijkt niet te stroken met de wens van de wetgever om slechts partijen die werkelijk worden geraakt in hun belangen rechtsbescherming te verlenen tegen overheidsbesluiten.⁴⁰

Die wens kan onder meer tot werkelijkheid worden door de introductie van het relativiteitsvereiste als beperking van het soort beroepsgronden waarop belanghebbenden zich mogen beroepen, dat zoals hiervoor aangegeven in de al genoemde Chw is neergelegd.⁴¹ Of liever gezegd, een relativiteitsvereiste, nu de uiteindelijke tekst de werking van het beginsel wellicht niet onaanzienlijk inperkt ten opzichte van de oorspronkelijke tekst. Gedoeld wordt op de toevoeging dat de bestuursrechter een besluit alleen niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel moet vernietigen, wanneer deze regel of dit beginsel 'kennelijk' niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.⁴² Die toevoeging lijkt van belang, nu met name de rechtspraak met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad (waarbij de 'kennelijk-eis' niet geldt (zie art. 6:163 BW)) zich zo lijkt te hebben ontwikkeld, dat bij twijfelgevallen het beroep op het relativiteitsvereiste wel slaagt (denk aan de bekende zaak van de Iraanse vluchtelingen).⁴³

De invoering van het relativiteitsbeginsel in het bestuursrecht zal ondanks de kabinetscrisis op korte of wat langere termijn wel haar beslag krijgen. Over de wenselijkheid kan verschillend worden gedacht. Begrijpelijk is de wens van de wetgever om barrières op te werpen voor beroepsgronden die berusten op oneigenlijke gronden. Daar staat tegenover dat het de vraag is of het relativiteitsvereiste dat zal bewerkstelligen en dat de invoering van een relativiteitsvereiste gedurende de eerste tijd na de invoering ervan de taak van de bestuursrechter niet eenvoudiger zal maken. Ingewikkelde jurisprudentie rond het relativiteitsverweer van de zijde van de overheid of de geadresseerde van een (voor hem) begunstigend besluit dat wordt aangevochten, kan worden verwacht. Die praktische problemen worden wel verminderd als het 'kennelijkheidsbeginsel' zoals opgenomen in de relativiteitsbepaling van de Chw, ook zal zijn neergelegd in het wetsvoorstel tot aanpassing van het bestuursprocesrecht.

Een bijzonder soort toegangsbeperking namelijk voor het besluitnemende bestuursorgaan zelf, was aan de

orde in een tweetal Kieswetzaken, waarin een hoofdstembureau met een beroep zijn eigen besluit ongedaan wilde maken. De ABRvS besloot in haar mondelinge uitspraken van 29 januari 2010, dat dit niet mogelijk was: 'Dit rechtsmiddel is niet gegeven om een bestuursorgaan de mogelijkheid te bieden een door hemzelf genomen besluit ongedaan te maken, ook niet indien het meent niet bevoegd te zijn tot intrekken of wijzigen van dat besluit.' Het hoofdstembureau werd niet als belanghebbende aangemerkt en de beroepen waren derhalve niet-ontvankelijk.⁴⁴

Wie is geïnteresseerd in de problematiek van toegangs- of beroepsgrondenbeperkingen moet zeker de komende jaarvergadering van de Vereniging voor Bestuursrecht bezoeken op 21 mei te Utrecht. Daar worden preadviezen van de hand van Besselink, Jurgens en De Poorter besproken over toegangsbeperkingen tot de rechter.

Besluit

In de al genoemde bundel over het vijftienjarig bestaan van de Awb komt ook het besluitbegrip uitgebreid aan bod. Backes & Sander Jansen vinden het in hun bijdrage – in navolging van onder meer het rapport van de VAR Commissie Rechtsbescherming⁴⁵ en Raymond Schlössels in zijn oratie⁴⁶ – tijd om de rechtsmacht van de bestuursrechter aanzienlijk uit te breiden. Al verleent de bestuursrechter soms rechtsbescherming waar een strikte benadering van het besluitbegrip dat niet mogelijk zou maken, zoals in de zogenaamde rechtsoordelen jurisprudentie, zij vinden dat verwrongen. Het is inderdaad zo dat de rechtspraak om een rechtsoordeel uit oogpunt van het geven van effectieve rechtsbescherming toch beroepbaar te maken, het probleem in zich bergt dat het moeilijk is precies te weten wanneer zo'n oordeel wel en wanneer zo'n oordeel niet beroepbaar is.⁴⁷ Uitgangspunt is dat zo'n oordeel niet beroepbaar is, nu het immers niet op rechtsgevolg gericht is. Maar uitzonderingen worden dus aangenomen, als het uitlokken van een 'echt' besluit uit oogpunt van rechtsbescherming onevenredig bezwarend is.

Zo'n uitzondering was aan de orde in een situatie waarin een brief van het bevoegde bestuursorgaan een concrete beoordeling bevatte van de vergunningplicht voor een evenement, toegespitst op de specifieke omstandigheden die aan de orde waren. In die brief werd uitdrukkelijk vermeld onder welke condities geen vergunningplicht gold. Door de ABRvS werd daarbij van belang geacht dat de appellanten (omwonenden) tegen een vergelijkbaar oordeel met betrekking tot hetzelfde evenement in het vorig jaar tijdig bezwaar hadden gemaakt en om handhavend optreden hadden verzocht om onomkeerbare gevolgen te voorkomen. Eerst na afloop van het evenement werd op dat verzoek afwijzend beslist en het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard. Mede gezien deze voorgeschiedenis oordeelde de ABRvS dat in de brief onmiskenbaar lag besloten dat het bestuursorgaan tegen het houden van het evenement op de in de brief beschreven wijze niet handhavend zou optreden wegens het ontbreken van een vergunning ingevolge de Natuurbeschermingswet 1998. Zo werd toch een rechtsgevolg geconstrueerd; anders zou de rechtsbescherming van de belanghebbende tegenstanders van het evenement te zeer geweld worden aangedaan.⁴⁸ Daarentegen werd geen besluit aangenomen in een geval waarin het college van B&W van Zutphen het Leger des

Een uitspraak van de ABRvS roept herinneringen op aan de Hirsi Ali-affaire die leidde tot het aftreden van toenmalig minister Verdonk

Heils informeerde over de geluidsnormen die golden voor diens kerkgebouw. Het werd niet onevenredig bezwarend geacht een geschil over de interpretatie van die norm aan de orde te stellen wanneer het mocht komen tot een handhavingsbesluit. De enkele onzekerheid of een bepaalde activiteit mag worden voortgezet maakt het afwachten van het handhavingsbesluit dus nog niet tot een onevenredig bezwarende weg.⁴⁹

Eenzelfde terughoudende benadering valt te ontwaren in een uitspraak van de ABRvS die herinneringen oproept aan de Hirsi Ali-affaire die leidde tot het aftreden van toenmalig minister Verdonk. In uitspraken van de ABRvS van 8 juli 2009 wordt aangesloten op de door die affaire bekend geworden jurisprudentie van de Hoge Raad. Die jurisprudentie houdt in dat een voor 1 april 2003 verleend naturalisatiebesluit waarin valse of fictieve persoonsgegevens zijn opgenomen, de betrokkene, behoudens bijzondere omstandigheden, niet identificeert en daarom geen rechtsgevolg heeft. Ook in deze zaak had appellant zich niet van de juiste naam bediend. De ABRvS overweegt dat het naturalisatiebesluit dat dateert van voor 1 april 2003 gezien de rechtspraak van de Hoge Raad waarbij de ABRvS zich aansluit, betrokkene niet identificeert waardoor dit besluit geen rechtsgevolg heeft en betrokkene nimmer de Nederlandse nationaliteit heeft verkregen. De brief van de minister waarin deze zijn rechtsoordeel meedeelde dat het KB van 12 oktober 1999 waarbij betrokkene het Nederlandschap was verleend, voor hem geen rechtsgevolgen had vanwege de opgave van valse persoonsgegevens, was derhalve niet voor bezwaar en beroep vatbaar. Betrokkene wordt nog wel de juiste weg gewezen in het doolhof van de rechtsbeschermingsmogelijkheden door de toevoeging dat het hem overigens vrijstaat door middel van een verzoek tot vaststelling van het Nederlandschap op de voet van art. 17 lid 1 Rijkswet op het Nederlanderschap, het in de brief van 29 mei 2007 vervatte rechtsoordeel van de minister ter toetsing aan de rechtbank te 's-Gravenhage voor te leggen.⁵⁰

Is de lijn bij rechtsoordelen derhalve dat meestal geen beroepbaar besluit wordt aangenomen, bij op wettelijke voorschriften gebaseerde waarschuwingen of beslis-

singen omtrent iemands rechtspositie geldt als hoofdregel dat zulke beslissingen wél besluiten zijn, al is misschien niet meteen duidelijk wat de juridische gevolgen zijn voor de betrokkenen van zo'n beslissing. Een interessant voorbeeld vormt een opdracht van de korpsbeheerder van de politieregio Rotterdam-Rijnmond aan een ambtenaar die was ingeroosterd voor de buitendienst om, vanwege zijn kapsel in de vorm van een zogeheten hanenkam, geen buitendienst, maar binnendienst te verrichten. Deze opdracht werd per e-mailbericht aan appellant bevestigd. De korpsbeheerder betoogde dat de opdracht om binnendienst te doen niet meer is dan een normaal sturingsmiddel en dat betrokkene niet in enig rechtspositioneel belang was getroffen. De Centrale Raad was echter van oordeel dat de wijziging van buiten- naar binnendienst op één lijn kan worden gesteld met een gedeeltelijke onthefing van de taken die betrokkene regulier verrichtte, ook al had de wijziging slechts betrekking op twee werkdagen en kwalificeert de opdracht als een beroepbaar besluit. Na aldus zijn rechtsmacht te hebben geconstrueerd kwam de Centrale Raad tot het principiële oordeel dat de opdracht om vanwege de gekozen haardracht binnendienst te verrichten, raakt aan de persoonlijke levenssfeer en onaanvaardbaarheid van het lichaam.⁵¹ Anders dan het geval was in de uitspraak van de Centrale Raad van 7 april 2005 die betrekking had op een wenkbrauwpiëcing,⁵² kan bij deze haardrachtkwesie niet worden gezegd dat de opdracht uitsluitend gevolgen heeft tijdens diensttijd. De opdracht impliceert immers dat wil appellant zijn werk weer volledig kunnen verrichten, hij zijn kapsel aan de wensen van de korpsbeheerder zal moeten aanpassen, hetgeen uit de aard der zaak ook geldt buiten werktijd. Na kennis te hebben genomen van foto's van het kapsel achtte de Centrale Raad het standpunt van de korpsbeheerder dat de uiterlijke verschijning van appellant in strijd is met de eisen van representativiteit en professionaliteit, zodat een beperking op de persoonlijke levenssfeer en de onaanvaardbaarheid van het lichaam gerechtvaardigd zou zijn te achten, onhoudbaar. Wellicht dat deze casuspositie zelfs het onderwijs over het besluitbegrip voor studenten enigszins aansprekend kan maken!

Noten

40. Zie over dit alles naast de genoemde preadviezen van Schueler, Van Ettekov en Hoekstra ook V.M.Y. van 't Lam, 'Het belanghebbende-begrip en het relativiteitsvereiste in het milieu en ruimtelijke ordeningsrecht', *AA* 2009, p. 640 e.v.
41. Daarover B.J. Schueler, 'De relativiteitsvereiste: sneller of beter?', *TBR* 2010, p. 35-41.
42. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127,

nr. 7, p. 45.

43. HR 13 april 2007, *AB* 2008, 16 (m.nt. G.A. van der Veen), *NJ* 2008, 576 (m.nt. J.B.M. Vranken) en *RvdW* 2007, 397.
44. ABRvS 29 januari 2010, nr. 201001012/1/H2 en 201001005/1/H2.
45. Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*.

- Van toetsing naar geschilbeslechting, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
46. R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen) 2003.
47. Zie in die zin ook recent W. Konijnenbelt, 'Bestuurlijke rechtsoordelen, rechterlijke rechtsoordelen. Verwachting', *NTB* 2009, 41 en de noot van R. Ortlep onder ABRvS 8 juli 2009, *AB* 2009, 363.
48. ABRvS 10 juni 2009, *JB* 2009, 174

- en *JM* 2009, 91 (m.nt. Zijlmans) (reeds genoemd in de vorige kroniek van het algemeen bestuursrecht van de hand van Daalder en Palmboom).
49. ABRvS 8 juli 2009, *AB* 2009, 363 (m.nt. R. Ortlep).
50. ABRvS 8 juli 2009, *AB* 2009, 392 (m.nt. R. Ortlep).
51. CRvB 24 december 2009, *LJN* BK 8782.
52. CRvB 7 april 2005, *TAR* 2005, 88.

Wat de meer principiële vraag betreft hoe het verder moet met het besluitbegrip meent Van Angeren senior, jarenlang lid van de commissie-Scheltema, dat het een gemiste kans is van de Awb-wetgever dat niet ten minste ook feitelijke handelingen onder het besluitbegrip zijn gebracht.⁵³ Ook Daalder, die toch bekend staat als 'verdediger' van het besluitbegrip, geeft in zijn openingsbijdrage aan het eerste nummer van het *NTB* van dit jaar aan dat hij verwacht dat het besluitbegrip in de komende jaren niet meer de rechtsingang van de bestuursrechter blijvend zal bepalen. Koeman deed op dit vlak interessante suggesties in zijn afscheidsrede als hoogleraar aan de UvA en in zijn bijdrage aan de bundel over het vijftienjarig bestaan van de Awb.⁵⁴

Bestuursorgaan

Ook het begrip bestuursorgaan blijft tot jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters aanleiding geven. In haar uitspraak over de status van de Stichting waarborgfonds Kinderopvang⁵⁵ stelt de ABRvS onder verwijzing naar de klassieke uitspraak Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers⁵⁶ dat, nu het gaat om een privaatrechtelijke rechtspersoon waaraan geen overheidstaak is opgedragen ter uitvoering waarvan publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, moet worden bezien wat de rol is van de overheid bij het door het Waarborgfonds verstrekken van borgstellingen aan kinderopvanginstellingen. Op grond van de parlementaire geschiedenis stelt de ABRvS dat de overheid bij de financiering van kinderopvang een stimulerende

behoeven van de minister. Annotator Peters concludeert naar aanleiding van deze uitspraak dat bij de beoordeling van de overheidsinvloed op de besteding van overheids gelden door dit soort stichtingen de ABRvS zich lijkt te concentreren op de mogelijkheid van de overheid om zich met concrete beslissingen te bemoeien.

Recentelijk kwam de kwalificatie van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen als bestuursorgaan overigens opnieuw aan de orde in een uitspraak van de ABRvS.⁵⁷ Het ging om beslissingen van de Stichting om schulden aan de Stichting, die zijn ontstaan omdat zij als borg werden uitgekeerd aan de hypotheekverstrekker, terug te vorderen bij de schuldenaar of kwijt te schelden. De ABRvS stelde in dat kader vast dat zij eerder oordeelde dat er een 'nauwe betrokkenheid' bestond tussen de Stichting en de rijksoverheid en die situatie niet was veranderd omdat de geldmiddelen van de Stichting nu onder meer van het Rijk en van gemeenten afkomstig zijn, dat het Rijk financiële risico's draagt voor de Stichting en diverse beslissingen van de Stichting de goedkeuring van de Minister voor Wonen, Wijken en Integratie behoeven, waaronder de beslissing tot het vaststellen van de standaardovereenkomst van borgtocht en tot het vaststellen van de borgtochtvoorwaarden. Belangrijk is dat de goedkeuringsbevoegdheid van deze minister zich ook uitstrekt tot de kwijscheldingsregeling die in casu ter discussie stond. Daarom moet de beslissing over het verzoek tot kwijschelding, waarmee uitvoering wordt gegeven aan de kwijscheldingsregeling en die ten

De overheidsfinanciering van een privaatrechtelijke organisatie die waarborgen verstrekt ten behoeve van bepaalde activiteiten is niet voldoende om openbaar gezag aan te nemen

rol voor zichzelf zag weggelegd vanwege het maatschappelijke belang van voldoende kinderopvang, maar dat zij het realiseren van kinderopvang niet als taak aan zich heeft getrokken. De (omvangrijke) financiële bijdrage van onder meer de Minister van VWS aan het Waarborgfonds moet in dat kader worden geplaatst en vloeit niet voort uit een voormalige overheidstaak zoals van belang werd geacht ten aanzien van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen, waarvan wel werd vastgesteld dat zij openbaar gezag uitoefende bij het verstrekken van waarborgen. Dat ligt voor de Stichting Waarborgfonds Kinderopvang dus anders; ondanks het feit dat het garantiekapitaal waarover het Waarborgfonds beschikt volledig afkomstig is van de overheid en het feit dat het Waarborgfonds overheids gelden slechts mag gebruiken voor het doel waarvoor deze ter beschikking zijn gesteld, is er geen sprake van openbaar gezag bij het toekennen van borgstellingen. Daarvoor is de band tussen de minister en het Waarborgfonds onvoldoende intensief, onder meer omdat het Waarborgfonds zelf criteria vaststelt waaraan aanvragen voor borgstellingen dienen te voldoen, individuele aanvraag zelf beoordeelt, daarover niet rapporteert aan de minister en zelf modelakten en overeenkomsten vaststelt die geen goedkeuring

nauwste samenhangt met het besluit tot het verlenen van een hypotheekgarantie, ook als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb worden aangemerkt, aldus de ABRvS.

De (volledige) overheidsfinanciering van een privaatrechtelijke organisatie die waarborgen verstrekt ten behoeve van bepaalde activiteiten is dus niet voldoende om openbaar gezag aan te nemen; de ABRvS bekijkt nauwgezet de invloed die de overheid heeft op de (concrete) werkzaamheden van dit soort organisaties.

Europese invloeden op de Awb

In onze voorjaarskroniek van 2009 besteedden wij al aandacht aan de Dienstenwet, die inmiddels (op 28 december 2009) in werking is getreden.⁵⁸ Daardoor is de Awb een Paragraaf 4.1.3.3 getiteld 'Positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen' rijker.⁵⁹ Het toen besproken amendement Van Dijk/Vos,⁶⁰ inhoudende dat de *lex silencio positivo* altijd van toepassing is op dienstenvergunningen, tenzij expliciet anders is bepaald bij wettelijk voorschrift werd door de Tweede Kamer aangenomen. Thans valt in art. 28 Dienstenwet te lezen dat in afwijking van art. 4:20a Awb, paragraaf 4.1.3.3 Awb van toepassing is op een aanvraag om een dienstenvergunning, tenzij bij wettelijk

voorschrift anders is bepaald. De Dienstenwet kent nu dus het 'ja, tenzij-principe', terwijl de algemene regeling in de Awb uitgaat van de 'nee, tenzij-regel'.

De Dienstenrichtlijn en de Dienstenwet hebben voor het algemeen bestuursrecht ook buiten de LSP-regeling relevantie. De voorschriften uit de Dienstenrichtlijn die betrekking hebben op het verlenen van dienstenvergunningen die in aantal beperkt zijn, hebben de aandacht (opnieuw)⁶¹ gevestigd op het verdelingsvraagstuk binnen het publiekrecht. Worden schaarse publieke rechten in Nederland wel verdeeld op een manier die voldoet aan de Europese eisen? De vereisten uit de Dienstenrichtlijn hebben betrekking op de selectieprocedure – die onpartijdig en transparant moet zijn – en op de vergunningsduur van schaarse dienstenvergunningen: zij moeten voor een passende duur worden verleend en mogen niet automatisch worden verlengd. Wolswinkel betoogt dat niet is uitgesloten dat deze Europese eisen een bredere strekking hebben en ook betekenis kunnen hebben voor vergunningstelsels op het terrein van het vrije verkeer van goederen en concessieovereenkomsten betreffende diensten.⁶² Ook Drahmans stelt in haar preadvies voor de Jonge VAR 2009 dat het transparantiebeginsel zoals dat voortvloeit uit het aanbestedingsrecht en de Dienstenrichtlijn, breder zou moeten worden toegepast.⁶³ Zij acht het nog te vroeg om te komen tot een codificatie van het transparantiebeginsel dat geldt voor alle besluiten, maar pleit wel voor aanvulling van de Awb met een regeling voor de verdeling van schaarse besluiten. Deze regeling zou niet alleen moeten gelden voor vergunningen, maar voor alle besluiten waarvan het aantal beperkt is door schaarste, dus ook voor concessies en subsidies.⁶⁴ Ook daarbij geldt immers dat geïnteresseerde partijen gelijke kansen moeten hebben en onpartijdig overheidshandelen gewaarborgd moet worden. Haar voorstellen zien op de drie onderdelen van de

Worden schaarse publieke rechten in Nederland wel verdeeld op een manier die voldoet aan de Europese eisen?

selectieprocedure waarvoor in de Europese regelgeving en jurisprudentie vanuit het transparantiebeginsel eisen zijn geformuleerd. Het gaat om de opening van de procedure, waarbij vooral een voldoende toegankelijke bekendmaking van belang is, de uitvoering ervan, die transparant en onpartijdig moet worden vormgegeven en ten slotte de afsluiting van de procedure, waarbij de rechter de naleving van het transparantiebeginsel moet kunnen controleren.⁶⁵

Ondertussen lijkt de bestuursrechter zich bij verdelingsvraagstukken nog aardig te redden met de traditionele algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daalder en Palmboom wezen in hun kroniek al op twee uitspraken waarin de ABRvS de uitkomsten van verdeelprocedures voor de toekenning van subsidies die niet onpartijdig c.q. inzichtelijk werden uitgevoerd vernietigde wegens strijd met het motiveringsbeginsel.⁶⁶ In een uitspraak van 3 juni 2009, maakt het CBB duidelijk dat een bestuursorgaan dat schaarse vergunningen verdeelt onder omstandigheden verplicht is tot het creëren van mededingingsruimte.⁶⁷ Het College leidt uit het zorgvuldigheidsbeginsel af dat wanneer het beperkte aantal vergunningen dat op grond van een gemeentelijke verordening kan worden afgegeven voor zogenaamde speelautomatenhallen reeds was vergeven voor onbepaalde tijd, op het moment dat er weer ruimte ontstaat een vergunning te verlenen (omdat één van de

Noten

53. J.A.M. van Angeren, 'Gemiste kansen in het Awb-project. Een pleidooi voor ruimere bevoegdheden van de bestuursrechter', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, a.w.
54. E.J. Daalder, 'Een nieuw begin', *NTB* 2010, p. 1, N.S.J. Koeman, 'Een wereld te winnen', afscheidsrede UvA en ook van zijn hand: 'Het perspectief van de advocaat', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, a.w. Zie ter ere van zijn afscheid als hoogleraar: M.N. Boeve & R. Uyenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010.
55. ABRvS 15 juli 2009, AB 2009, 247 (m.nt. Hans Peters), JB 2009, 193.
56. ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (m.nt. S.E. Zijlstra).
57. ABRvS 23 december 2009, nr. 200903627/1/H2.
58. Zie daarover Ch. W. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een

- nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009, p. 307-317.
59. *Stb.* 2009, 505. Daarover uitgebreid: M.J. Jacobs, 'LSP in de Awb. De totstandkoming van de positieve beschikking bij niet tijdig beslissen in de Awb', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, a.w.
60. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 8 herdruk, nadien gewijzigd in *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 14.
61. Eerder al F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen; De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004.
62. C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009, p. 287 e.v.
63. A. Drahmans, *Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?*, Preadvies Jonge VAR 2009; www.verenigingvoorbestuursrecht.nl.

- Ook de twee andere preadviseurs schreven over (Europese) rechtsbeginselen: M. Verhoeven, *Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief* en J.E. van den Brink, *Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel*, preadviezen Jonge VAR 2009.
64. Zie over de aanbesteding van subsidies en de rol van (onder meer) het transparantiebeginsel daarbij: E.C.L. Prenen, 'Subsidiëtering', *Gst* 2009, p. 315-321.
65. Zie over dat laatste onderdeel ook T. Barkhuysen, 'De inbedding van Europese procesrechtelijke normen in nationale procedures waarbij de overheid betrokken is', in: *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 59-68. Zie over de mogelijkheden van de bestuursrechter (en belanghebbenden) om de uitkomsten van verdeelprocedures bij schaarse besluiten te controleren verder E.J. Daalder,

- 'De Awb en de toegang tot informatie tijdens bestuursrechtelijke procedures', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, a.w.
66. ABRvS 25 februari 2009, AB 2009, 222 (m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade) en ABRvS 22 juli 2009, nr. 200901444/1/H2. In CBB 18 september 2009, AB 2009, 386 (m.nt. G.J.M. Cartigny) toetst het College het besluit op de aanvraag om een schaarse zendfrequentievergunning te wijzigen i.v.m. ontvangstproblemen indringend op zorgvuldigheid. Zie ook Rb. Amsterdam 27 oktober 2009, LJN BK1302, waarin een besluit tot afwijzing van een subsidieaanvraag in een tenderprocedure in strijd met art. 2:4 Awb wordt geoordeeld en waartegen hoger beroep werd aange-tekend, ten tijde van afsluiting van deze kroniek was de hoorzitting bij de ABRvS al gehouden.
67. CBB 3 juni 2009, AB 2009, 373 (m.nt. C.J. Wolswinkel), JB 2009, 188.

vergunningen wordt ingetrokken), andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Zij moeten op de hoogte worden gebracht van het 'vrijkomen' van een vergunning. Nu dat in casu niet was gebeurd wordt de beslissing op het bezwaar gericht tegen het besluit tot vergunningverlening vernietigd, waarbij het CBB, net als de ABRvS in de door Daalder en Palmboom genoemde uitspraken, kiest voor strijd met het motiveringsbeginsel van art. 7:12 Awb.

Onder het kopje Europese invloeden en de Awb moet ten slotte ook worden vermeld dat op 9 oktober 2009 het wetsvoorstel NERpe bij de Tweede Kamer is ingediend.⁶⁸ Aanleiding voor dit wetsvoorstel is de toenemende mate waarin vrijwel alle Nederlandse publieke entiteiten te maken krijgen met Europese wet- en regelgeving. Bij schending daarvan is de regering als vertegenwoordiger van de lidstaat Nederland steeds verantwoordelijk ten opzichte van de Europese Unie⁶⁹ en is ook gehouden eventuele boeten wegens schending van het Europese recht te betalen. Het wetsvoorstel voorziet daarom in een uitbreiding van de toezichtsmogelijkheden van de rijksoverheid op andere publieke entiteiten, zoals provincies, gemeenten en waterschappen. Indien deze decentrale overheden hun Europese plichten niet nakomen, kan de minister die het aangaat een (bindende) aanwijzing geven. Wanneer de aanwijzing niet binnen de daartoe gestelde termijn wordt opgevolgd, kan de minister in de plaats treden van de betreffende entiteit. Ook krijgt de minister een verhaalsrecht op grond waarvan hij, bij aansprakelijkheid van Nederland, de schade kan verhalen op de publieke entiteit die verantwoordelijk is. Inwerkingtreding van het wetsvoorstel zal gevolgen hebben voor art. 10:39 Awb, waarin is bepaald dat (in het kader van bestuurlijk toezicht) een besluit tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen binnen dertien weken na bekendmaking kan worden vernietigd.⁷⁰ Aan dit artikel wordt een nieuw, vierde lid toegevoegd waarin staat dat deze bepaling niet van toepassing is op vernietigingen vanwege strijd met het EU-recht.

Toezicht en handhaving

Zoals eerder in deze kronieken gesignaleerd, is er naar aanleiding van de crisis in de financiële wereld veel te doen over de vraag of het bestuurlijk toezicht in die sector adequaat is geregeld. Of liever gezegd; over de vraag hoe het beter kan worden geregeld. In hun preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland leggen Arjan Scheltema en zijn vader Michiel Scheltema er de nadruk op dat de onder toezicht gestelde zich medeverantwoordelijk moet voelen voor het publieke belang, hetgeen consequenties moet hebben voor de privaatrechtelijke structuur van de onderneming. Het klassieke denken van een publiekrechtelijk toezicht dat grenzen stelt aan een in beginsel geheel vrije privaatrechtelijke organisatie, blijkt in de praktijk niet bevredigend te werken. Publieke belangen moeten veel meer onderdeel gaan uitmaken van de besluitvorming van ondernemingen in de financiële wereld, omdat zij nu eenmaal mede publieke belangen behartigen.⁷¹ Het verband tussen de vennootschapsrechtelijke structuur en het financieel toezicht komt ook tot uiting in de verwachting van Peters in

het *NTB* die wijst op de rol van de regering bij benoeming en ontslag van bestuurders van De Nederlandse Bank en de rol van de regering als enig aandeelhouder van DNB.⁷² In een redactioneel in *Ars Aequi* schrijven Nik de Boer en Marjolijn van Rest dat er weliswaar wat gedaan wordt aan verbetering van het Europees toezicht, maar dat de voorgestelde hervormingen in het door de raad van ministers bereikte akkoord over de door de Europese Commissie voorgestelde maatregelen nog te vaag en niet streng genoeg zijn. De autonomie van de lidstaten zou te zeer in tact blijven.⁷³

Voor de dagelijkse praktijk is van belang, wie de kosten van toezicht moet betalen. Een interessante bijdrage aan de discussie daarover levert Michiels in zijn artikel over doorberekening van controlekosten.⁷⁴ Hij legt daarbij de vinger op een zwakke plek, namelijk dat door bestudering van de huidige wetgeving, het beleid, de praktijk en de rechtspraak geen duidelijkheid kan worden verkregen in hoeverre doorberekening van de kosten van toelating en toezicht toelaatbaar is.

Op het terrein van de handhaving bestaat er verder veel aandacht voor de vraag op welke wijze de bestuursrechter met punitieve sancties dient om te gaan.⁷⁵ In essentie zijn er twee benaderingen denkbaar. De ene benadering gaat uit van het feit dat met het onderbrengen van de boete in de Awb de rol van de rechter een toetsende is en dat hij ook bij een volle toetsing aan het evenredigheidsbeginsel dus niet, althans niet geheel zijn eigen oordeel in de plaats moet stellen van het bestuursorgaan als het gaat om de hoogte van de op te leggen boete. De andere benadering is dat het hier om (bestuurlijk) strafrecht gaat waarbij de rechter – gelijk hij doet bij een eis van het Openbaar Ministerie – wel zijn eigen oordeel in de plaats moet stellen van hetgeen het bestuur in het besluit heeft neergelegd. De eerste benadering is die van de algemene bestuursrechter, terwijl de tweede benadering tot uiting komt in de rechtspraak van de Hoge Raad als belastingrechter (en de strafrechter). Ondertussen is het wel zo dat ook de ABRvS een steeds meer intensieve toetsing aan de dag legt en dat het verschil dus afneemt,⁷⁶ zeker wanneer men bedenkt dat de tijd dat de strafrechter zich niets gelegen liet liggen aan de beleidslijnen van het Openbaar Ministerie, ook ver achter ons ligt.

Hoewel de ABRvS vasthoudt aan de beginselplicht tot handhaving en daarmee het discretionaire karakter van de handhavingsbevoegdheid, zoals bekend in vergaande mate heeft beperkt,⁷⁷ schreef Vlemminx een bijdrage waarin hij betwijfelt of de ruimte die aan bestuursorganen wordt gelaten om steeds met weer een nieuwe beslissing te komen bij overtreding van wettelijke voorschriften wel in overeenstemming is met het EVRM.⁷⁸

De rechtspraak over handhaving is verder veel te omvangrijk om in deze kroniek te kunnen bespreken. Verwezen zij naar de vakliteratuur.⁷⁹ Wel noemen wij de uitspraak van de ABRvS over de al jaren slepende vraag, of en zo ja op welke wijze gemeenten kunnen verlangen, dat coffeeshops in grensgemeenten onderdanen van andere lidstaten weren. De ABRvS heeft prejudiciële vragen gesteld in haar uitspraak van 8 april 2009 aan het EU-hof, waarover op 29 april 2010 in Luxemburg door partijen zal worden gepleit. Omdat de desbetreffende coffeeshophou-

der van de Maastrichtse rechtbank gelijk had gekregen kan hij dus in ieder geval zolang de procedure loopt geopend blijven.⁸⁰

Overheidsaansprakelijkheid

Ook voor het terrein van de overheidsaansprakelijkheid geldt dat daaraan in deze kroniek slechts summier aandacht kan worden besteed.⁸¹ Aandacht verdient het mooie proefschrift van Schutgens waarop hij in Nijmegen cum laude promoveerde.⁸² Zijn onderwerp, onrechtmatige wetgeving, was lange tijd wat in de vergetelheid, maar komt weer in de belangstelling te staan. Het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2009, waarin werd beslist dat het toetsingsverbod ook in de weg staat aan de toekenning van onevenredige schade op grond van het égalitébeginsel als de schade een gevolg is van een wet in formele zin, is door verschillende schrijvers bekritiseerd.⁸³ Echt verrassend kon het oordeel van de Hoge Raad na het *Harmonisatiewet-*

arrest, maar wellicht meer nog het *Kooren-Maritiem-arrest*⁸⁴ echter niet worden genoemd. Immers, met name uit laatstgenoemd arrest blijkt dat wie égalitéschade die verband houdt met wetgeving in formele zin vergoed wil zien, slechts via een beroep op art. 1 Eerste Protocol van het EVRM (eigendomsrecht) een kans maakt. Zo kan namelijk het toetsingsverbod (via art. 94 Gw) worden omzeild. Recent kreeg in de media veel aandacht een uitspraak van de Rechtbank Den Haag, waarin een uitsluiting van mensen van Iraanse afkomst discriminatoir wordt geoordeeld.⁸⁵ De uitspraak laat zien dat de weg naar de civiele rechter als het gaat om onrechtmatige regelgeving meer kan opleveren dan een dode mus. Desalniettemin laten Schuurmans en Voermans in hun bijdrage voor de bundel ter ere van het vijftienjarig bestaan van de Awb zien dat het verlangen van juristen uit de hoek van het publiek recht om beroep tegen algemeen verbindende voorschriften mogelijk te maken, nog niet is uitgedoofd.⁸⁶ •

Als het gaat om onrechtmatige regelgeving kan de weg naar de civiele rechter meer opleveren dan een dode mus

Noten

68. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 1-4.

69. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 3, p. 3.

70. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 3, p. 3.

71. A. Scheltema en M. Scheltema, 'Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt', in: *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en strafproces. Rechtshandhaving door privaatrecht*, (Preadviezen 2009 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Zie ook H.D. Stout, 'De borging van publieke belangen en de Awb. Het is tijd voor hybriditeit!' (Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, a.w.), waarin zij bepleit om in de Awb eisen te stellen aan de statuten van nutsbedrijven.

72. J.A.F. Peters, 'De Prins, de Minister en de Bank', *NTB* 2009, 26 (verwachting). Zie over de rol van DNB in de Icesave-affaire onder meer H.M. Vlieter-van Dort, 'Icesave: If something seems too good to be true, it probably is', *AA*, 2009, p. 810 e.v.

73. Nik de Boer en Marjolijn van Rest, 'Betere tijden voor het Europees Financieel Toezicht?', *AA* 2009, p. 617.

74. F.C.M.A. Michiels, 'Doorberekening van controlekosten: een nieuw beleid

noodzakelijk?', *NTB* 2010, p. 253-262.

75. En de vraag wanneer de intrekking van een begunstigende beschikking een punitieve sanctie is: C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', *NTB* 2009, p. 173 e.v.

76. Zie ABRvS 17 februari 2010, nr. 200903420/1: 'Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling (...) vloeit het volgende voort. De minister heeft in redelijkheid de in de beleidsregels opgenomen boetenormbedragen kunnen vaststellen, zodat hij deze bij de vaststelling van de hoogte van de boete als uitgangspunt dient te nemen. Gelet op de aard van het te nemen besluit zal de minister bij de besluitvorming in het concrete geval echter ook het in artikel 3:4 van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dienen te nemen. Dit betekent dat de minister zich bij het vaststellen van de hoogte van een boete moet afvragen of de uit de boetenormbedragen voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het door de wetgever beoogde doel. Tot de omstandigheden van het geval behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Wanneer het toepassen van het boetenormbedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en

geboden. Artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat op het opleggen van boete als waarom het hier gaat van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid dient te toetsen of de door de minister in het concrete geval opgelegde boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Indien de rechter van oordeel is dat dit niet het geval is en hij op die grond het besluit vernietigt, neemt hij bij het zelf bepalen van de hoogte van de boete de boetenormbedragen eveneens als uitgangspunt.'

77. Zie bijv. ABRvS 7 oktober 2009, *JB* 2009, 249.

78. Frank Vlemminx, 'In the name of the law. Straatsburgse lessen over wetsnaleving en effectieve geschilbeslechting', *NJB* 2009, 1097. Zie in dit verband ook de uitspraak ABRvS van 23 december 2009 inzake Baarle Nassau, *NJB* 2010, 190, p. 247.

79. Zie met name de kronieken in het *NTB*, laatstelijk die van J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, 'Handhaving van bestuursrecht', november 2009, p. 156-168. Zie voorts de bijdragen *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, a.w., van H.E. Bröring & H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', B.W.N. de Waard, 'De matigende rechter. Evenredigheid en bestuurlijke

boeten', A.B. Blomberg, 'Herstelsancties en hun effectivering onder de Algemene wet bestuursrecht', J.J. Bade & L.H. Waller, 'De vierde tranche en de waarborgen in de rechtspraktijk van de bestuursrechter', L.J.J. Rogier, 'Bestraffende sancties in de Awb' en van J.J. Brouwer & A.E. Schilder, 'Onmiddellijke ordehandhaving en de Awb'.

80. ABRvS 8 april 2009, *JB* 2009, 131.

81. Zie daarover vooral de kronieken van Van Ravels in het *NTB*, laatstelijk zijn kroniek Schadevergoeding waaronder onrechtmatige overheidsdaad in september 2009, p. 206-217.

82. R.M. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

83. HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 253 (m.nt. M.R. Mok). Zie de kroniek Schadevergoeding van B.P.M. van Ravels, *NTB* 2009, 29, ook voor verdere literatuurverwijzingen.

84. Respectievelijk HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (m.nt. M. Scheltema) en HR 14 april 2000, *AB* 2001, 135 (m.nt. T.A. van Kampen).

85. Zie daarover het voorwoord van Inge van der Vlies in dit blad, 'Discriminatie naar nationaliteit', *NTB* 2010, 270.

86. Y.E. Schuurmans en W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermeel', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, a.w.