



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek materieel bestuursrecht

Voermans, W.J.M.

Citation

Voermans, W. J. M. (1999). Kroniek materieel bestuursrecht. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3457>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3457>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Dit tweede deel van de jaarlijkse¹ kroniek bestuursrecht beschrijft de ontwikkelingen in het materieel bestuursrecht tussen de tweede helft van 1998 en het begin van 1999. Het eerste deel, bestuursprocesrecht, werd in het vorige nummer gepubliceerd.

Vakgroep Staats- en bestuursrecht

Katholieke Universiteit Brabant²

Kernbegrippen van de Awb

Bestuursorgaan: 'overwegende overheidsinvloed'

De beoordeling van het b-criterium van art. 1:1 Awb blijft lastig en komt regelmatig aan de orde in de rechtspraak. Op grond waarvan kan worden vastgesteld of een persoon of college 'met enig openbaar gezag is bekleed'. Vermeldenswaard is de uitspraak van de ABRvS waarin de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen als bestuursorgaan wordt aangemerkt (ABRvS, 12 november 1998, AB 1999, 30 m.nt. MSV). De Afdeling

Dat het criterium van de 'overwegende overheidsinvloed'³ in de jurisprudentie niet steeds (gelijkelijk) wordt gehanteerd, blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de President van de Rb. Amsterdam van 23 oktober 1998 (*Awb-katern* 1998, 79). De president laat het criterium onbesproken, maar gaat na of aan een orgaan van het Gemeenschappelijk Begeleidingsinstituut Ondernemingsraden overheidstaken zijn opgedragen en daarvoor de benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. De Wet op de ondernemingsraden voorziet daar niet in en dus wordt het GBIO niet als bestuursorgaan aangemerkt.

Belanghebbende

In de uitspraak van de CRvB van 7 mei 1998 (AB 1998, 306, m.nt. Hennekens) wordt nog eens bevestigd dat het feit dat een bestuursorgaan een bepaald belang, gelet op het specialiteitsbeginsel, niet mag betrekken bij een besluit nog niet betekent dat de desbetreffende partij die opkomt voor dat belang geen belanghebbende is. Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen het belang als ontvankelijkheidsvereiste en de door het bestuursorgaan bij het besluit te betrekken belangen.

Besluit

Belangwekkend is de ontwikkeling van de rechtspraak op het vlak van de zogenoemde bestuurlijke rechtsoordelen. Daarbij gaat het over de vraag of een oordeel van een bestuursorgaan over de toepasselijkheid van een regeling in een bepaald geval op rechtsgevolg is gericht en mitsdien kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het oordeel van het bestuur dat een bedrijf vergunning- of meldingsplichtig is of dat een bepaalde handeling valt onder de werksfeer van het gebruiksverbod van een bestemmingsplan.

Strikt genomen gaat het hier om standpunten – vaak in de vorm van mededelingen



oordeelt dat de Stichting bij het verstrekken van hypotheekgarantie openbaar gezag uitoefent en mitsdien als bestuursorgaan moet worden aangemerkt, omdat de Minister van VROM beschikt over de bevoegdheid tot goedkeuring van verschillende besluiten en invloed heeft op de samenstelling van het bestuur van de Stichting. Uit deze mogelijkheden tot invloed van de minister leidt de Afdeling blijkbaar af dat er sprake is of althans kan zijn van overwegende overheidsinvloed.

¹ In *Advocatenblad* 1998-17, 1998-18 en 1999-2.

² Deze kroniek werd geschreven door mr E.W. van Blommestein, prof. dr Ph. Eijlander, mr M.C.D. Embiegt, mr A.M.L. Jansen, mr C.J.A.M. Merks, mr drs. B.M.J. van der Meulen, mr W.M.C.J. Rutten, prof. mr B.P. Vermeulen en dr W.J.M. Voermans. Willemijn van Blommestein, Philip Eijlander en Wim Voermans voerden de redactie.

³ Zie daarover ook de zogenoemde Schipholuitspraak, ABRvS 30 oktober 1996, JB 1996, 231, m.n. Stuink.

aan betrokkenen – van bestuursorganen die feitelijk van aard zijn en dus niet als besluit kunnen worden aangemerkt. Alleen als met de uitlating nadere invulling aan een wettelijke regeling wordt gegeven dat ook van substantiële betekenis is voor de betrokkenen én dat oordeel ook als een rechtsgevolg van de geïnterpreteerde algemene regel zelf is aan te merken, terwijl niet kan worden gewacht op een beroepbaar vervolgbesluit blijkt er sprake van een voor beroep vatbaar besluit (zie bijv. CBB 21 juli 1998, *JB* 1998, 223).

Veelal zal een dergelijke benadering de burger ook niet schaden in zijn belangen; het bestuurlijk oordeel kan immers in een procedure tegen het daarop volgende besluit (bijvoorbeeld de weigering van een vergunning) worden betrokken. Onder omstandigheden kan er echter wel sprake zijn van aantasting van de rechtszekerheid van de burger. In de jurisprudentie wordt in dit verband wel het criterium 'onevenredig bezwarend' of 'onevenredig belastend' gebruikt,⁴ dergelijke beroepen werden ontvankelijk verklaard. Van aantasting van de rechtszekerheid kan sprake zijn indien de belangen van een burger substantieel worden geschaad door te verlangen dat hij moet wachten op een (volgend) besluit of het volgen van een procedure. Een voorbeeld uit de rechtspraak is de uitspraak van de ABRvS van 20 november 1998 (*AB* 1999, 82, m.nt. FM), waarin werd overwogen dat het oordeel over de vraag of de

verkoop van vuurwerk in strijd is met het gebruiksverbod van het bestemmingsplan als een besluit wordt aangemerkt. De Afdeling vond blijkbaar dat niet van betrokkene mag worden verwacht dat deze eerst vuurwerk gaat verkopen in afwachting van een eventueel handhavingsbesluit van het bestuur. Dit schaadt de rechtszekerheid van betrokkene te zeer.

In de afbakening van het Awb-besluit ten opzichte van de privaatrechtelijke rechtshandeling wordt in de jurisprudentie nogal eens teruggevallen op het criterium van de uitoefening van een algemene publiekrechtelijke bevoegdheid of een publieke taak. Om tot een besluit te kunnen komen wordt uiteraard eerst gezien of er sprake is van een specifieke wettelijke grondslag, maar indien deze ontbreekt wordt onder omstandigheden toch een besluit aangenomen indien de beslissing is genomen op grond van een algemene publiekrechtelijke bevoegdheid of in het kader van de uitoefening van een publieke taak. Zo heeft de ABRvS op 11 mei 1998 (*AB* 1998, 298, m.nt. Jacobs) bijvoorbeeld bepaald dat de beslissing van een bestuursorgaan op de aanvraag van een subsidie, ondanks het ontbreken van een specifieke subsidieregeling, een besluit in de zin van de Awb is. De Afdeling wijst op de algemene publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeenteraad als bedoeld in art. 108 jo. lid 2 *Gemw.*

Een recent voorbeeld van de toepassing van het 'publieke taak'-criterium is de uitspraak van de Afdeling waarin de weigering van een waterschapsbestuur om een regeling te treffen inzake schadevergoeding als een besluit wordt aangemerkt, omdat 'het besluit kan worden genomen op grond van de bevoegdheid, die het bestuur van het waterschap binnen het kader van de doelstelling van het waterschap heeft' (ABRvS 17 augustus 1998, *AB* 1998, 389, m.nt. AvH).

Besluiten van algemene strekking

Nu het kabinet gekozen heeft voor uitstel van het vervallen van art. 8:2 Awb, waarin algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels worden uitgezonderd van het bezwaar en beroep bij de bestuursrechter,⁵ blijft de tussencategorie van de (overige)

besluiten van algemene strekking van belang. Het gaat in de praktijk om besluiten die niet zijn aan te merken als beleidsregel of algemeen verbindend voorschrift noch als 'zuivere' beschikkingen. De vraag is dan of in de rechtspraak de mogelijkheid van beroep bij de bestuursrechter tegen dergelijke besluiten wordt aanvaard.

In de jurisprudentie lijkt zich een lijn af te tekenen die (onder meer) het criterium van de zelfstandige normerende betekenis van dergelijke besluiten als uitgangspunt neemt. Besluiten die de tijd, plaats of reikwijdte van algemeen verbindende voorschriften nader bepalen zijn voor beroep vatbaar bij de bestuursrechter⁶, terwijl besluiten die slechts de rechtskracht van algemeen verbindende voorschriften bepalen dat niet zijn. Zo achtte de Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1999 (*RAwb* 99, 5357) het besluit appelabel, waarin de door de Bestuurscommissie Openbaar Onderwijs Diemen vastgestelde schooltijdenregeling aangemerkt werd als een besluit van algemene strekking, dat geen algemeen verbindend voorschrift was nu het het karakter van zelfstandige normstelling ontbeerde (concretiseerde immers slechts de omvang van de werking van de *Leerplichtwet*). In de literatuur wordt hiervoor wel het onderscheid aangebracht tussen concretiserende en constitutionele besluiten van algemene strekking.⁷

Attributie, delegatie en mandaat

Goorloofbaarheid van delegatie

In Rb. Assen 4 februari 1998 (*Awb-katern* 1998, 59) is een geschil aan de orde over de vraag welk orgaan toepassing mag geven aan een hardheidsclausule in een gemeentelijke

4 Zie F.C.M.A. Michiels, *Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming*, *AAe* 1998, p. 695-700, J.M.H.F. Teunissen, *Het bestuurlijk rechtsoordeel als besluit*, *Gst.* 1998, 7077, nr.1 en H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Het rechtsoordeel als ongewenst rechtsfenomeen*, *Gst.* 1999, 7092, nr.1. Zie daarover ook F.J. van Ommeren in zijn *NTB-kroniek Bestuurshandelingen*, *NTB*, 1999, 4, p. 101 en 102.

5 Wet uitstel verval art. 8:2 Algemene wet bestuursrecht, *Srb.* 1998, 650. Zie daarover de bijdrage van Ph. Eijlander, *De discussie over het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels*, 'Gaar het nog over de belangen van de burger?', *NTB* 1999, 6, p. 143 e.v.

6 Dit gold bijvoorbeeld voor de vaststelling van een numerus fixus voor de propedeuse van de studie geneeskunde (Pres. Rb. Utrecht, 31 augustus 1994, *Rechtspraak Bestuursrecht (VUGA)* 94/95, m.n. FvO).

7 Vgl. J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de overheid, Nederlands algemeen bestuursrecht 1*, Deventer 1996, p. 153 en 154.



huisvestingsverordening. Ten aanzien van de stelling van B&W dat de bevoegdheden aan de woningstichting als gedelegeerd moeten worden beschouwd, meikt de rechtbank op dat ingevolge het bepaalde in art. 10:15 Awb slechts sprake kan zijn van delegatie indien daarin bij wettelijk voorschift is voorzien. In casu was dat niet zo. Niet de woningstichting, maar B&W zullen dus op het verzoek om toepassing van de hardheidsclausule moeten beslissen.

In ABRvS 29 oktober 1998 (*JB* 1998, 279, m.nt. RJNS) kwam onder meer de vraag aan de orde of de gemeenteraad een beschikingsbevoegdheid van het college van B&W

moet worden aangemerkt. Problematischer is de vraag of een deelgemeenteraad gedelegeerde bestuursbevoegdheden mag subdelegeren aan een algemeen bestuur.⁸

In ABRvS 15 februari 1999 (*JB* 1999, 67, *Gst* 7098, nr. 2, *AB-kort* 1999, 167) achtte de Afdeling een algemeen delegatiebesluit van de gemeenteraad aan B&W tot het vaststellen van voorbereidingsbesluiten van postzegelplannen strijdig met het stelsel van de WRO.

Naleving voorschriften delegatie-besluit

De uitspraak van het CBB 8 juli 1998 (*AB* 1998, 417, m.nt. JHvdV) verdient de aandacht. Daarin wordt geconcludeerd dat



kan overdragen aan het dagelijks bestuur van een deelgemeenteraad. Volgens de Afdeling kan de noodzakelijke wettelijke basis hiervoor worden gevonden in art. 165 lid 1 juncto art. 90 Gemeenw. Uit de genoemde bepalingen kan worden afgeleid dat de Gemeentewet voorziet in een wettelijke basis voor (rechtstreekse) delegatie van bevoegdheden van het college aan het algemeen bestuur van een deelgemeenteraad, welk bestuur als bestuursorgaan

het niet naleven van – bij delegatiebesluit gestelde – voorschriften (het vooraf raadplegen van een raadscommissie en het naderhand inlichten van de raad) niet de tot een krachtens delegatie ongeldig genomen besluit leidt. Het College acht de rechtszekerheid in deze van groot belang.

Geoorloofdheid van mandaat

In ABRvS 22 september 1998 (*JB* 1998, 254, m.nt. RJNS) acht de Afdeling het toelaatbaar dat een besluit inzake de onthouding van goedkeuring aan een bestemmingsplan *ter ondertekening* aan een ambtenaar wordt gemandateerd. Een dergelijk ondertekening-mandaat (vgl. art. 10:11 Awb) is anders dan een beslissings- of afdoeningsmandaat (zie art. 10:1 Awb). Ten aanzien van het afdoe-

ningsmandaat is de Awb en de relevante jurisprudentie helder. Een besluit waarbij goedkeuring aan een bestemmingsplan wordt onthouden mag gelet op art. 10:3 lid 2 aanhef en onder d Awb niet in mandaat worden genomen. Gelet op art. 10:3 lid 2 aanhef en onder c Awb is een beslissingsmandaat evenmin toegestaan indien er weliswaar geen sprake is van het onthouden van goedkeuring, maar er desalniettemin over ingebrachte bedenkingen dient te worden beslist (ABRvS 28 oktober 1997, *AB* 1997, 458, *Gst* 7066, nr. 4). In vervolg hierop oordeelt de ABRvS 24 november 1998 (*Gst* 7091, nr. 4, m.nt. HH, *AB* 1999, 79, m.nt. A de Gier) dat deze bevoegdheid evenmin door het college van GS gemandateerd kan worden aan een of meer van zijn leden. Het stelsel van de WRO voorziet zich hiertegen en vormt een uitzondering op art. 166 Provinciewet.⁹ Echter in Vz ABRvS 14 april 1998 (*AB* 1998, 307, m.nt. PvB, *Gst* 1998, 7090, nr. 8, m.nt. J.M.H.F. Teunissen) oordeelt de voorzitter dat het niet ontoelaatbaar is dat GS aan een ambtenaar de bevoegdheid mandateert te beslissen omtrent de goedkeuring van een wijzigingsplan waartegen bedenkingen zijn ingebracht. Omdat het hier een wijzigingsplan (ex art. 11 WRO) betrof, waartegen geen bedenkingen bij GS kunnen worden ingediend, verwacht de voorzitter niet dat de Afdeling in het bodemgeschil zal oordelen dat het besluit onbevoegdlijk is genomen.

In Vz ABRvS 1 april 1999 (*JB* 1999, 119, m.nt. ARN) is de vraag aan de orde of mandaat van de bevoegdheid van GS tot het beslissen over een verklaring van geen bezwaar ex art. 19 WRO geoorloofd is. Hiervoor werd al duidelijk dat de Afdeling mandaat van de goedkeuring van een bestemmingsplan door GS aan een individueel GS-lid of een ambtenaar ongeoorloofd vindt *als deze daarbij op bedenkingen beslist*. De verwantschap met het administratief beroep vormde voor de Afdeling het argument voor deze opvatting. In de onderhavige uitspraak geeft de voorzitter een voorlopig oordeel over de geoorloofdheid van mandaat door GS van de beslissing over de verlening van de daarvoor vereiste verklaring van geen bezwaar. Hij sluit zich daarbij aan bij de opvatting van de Rb. Maastricht in haar uitspraak van 25 februari 1999 (*JB* 1999, 81,

⁸ Zie in dit kader de analyse van S.L. Zijlstra, *Herzie de Gemeentewet (opnieuw)*, *Gst* 7084, i.h.b.p. 521-522.

⁹ Op grond van art. 166 Provinciewet kunnen GS de uitoefening van een of meer van hun bevoegdheden opdragen aan een of meer leden.

m.nt. ARN). De Rb. Maastricht achtte deze mandaatverlening wél geoorloofd. De Vz. ABRvS overweegt dat nu tegen de verlening van vrijstelling niet rechtstreeks bedenkingen kunnen worden ingebracht bij GS, de afgegeven verklaringen van geen bezwaar niet met een besluit tot goedkeuring van een bestemmingsplan en een procedure in administratief beroep gelijkgesteld kunnen worden.

Mandaat aan niet-ondergeschikten

Een interessante uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is de uitspraak van 14 mei 1998 (*AB* 1998, 287, m.nt. FM, *JB* 1998, 162, *Gst.* 1998, nr. 7080, 3, m.nt. HH, *AA* 1998, 9, p. 779-784, met een noot van C.A.J.M. Kortmann onder de titel 'Monsterlijk mandaat'). Deze uitspraak behelst de beslissing in de hoofdzaak van Vz. ABRvS 28 juli 1997 (*Gst.* 1997, nr. 7064, 5, m.nt. HH). Aan de orde was een bijzondere vorm van mandaat aan niet-ondergeschikten, namelijk van de minister aan de colleges van gedeputeerde staten. Ingevolge art. 10:4 Awb is mandaat aan niet-ondergeschikten mogelijk, wel dient de mandataris in dat geval het mandaat te aanvaarden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat mandatering aan niet-ondergeschikten van andere bestuurslagen door de wetgever niet principieel en uitdrukkelijk is uitgesloten, mede gezien de behoefte daaraan in de praktijk.¹⁰ De Afdeling geeft in deze uitspraak duidelijk aan dat mandaatverleningen aan andere bestuurslagen tot een absolute uitzondering moeten worden beperkt. De Afdeling wijst er onder andere op, dat de onderscheiden colleges van gedeputeerde staten een verschillend beleid zouden kunnen voeren. Dit kan er makkelijk toe leiden dat in vergelijkbare situaties verschillend wordt geoordeeld. Volgens de Afdeling past dit niet binnen een mandaatsverhouding.

De gevolgen van gebreken in mandaat

Gebreken in mandaat kunnen tot vernietig-

ging van een bestreden besluit leiden, soms is het mogelijk dat die gebreken worden gepasseerd met toepassing van art. 6:22 Awb. De jurisprudentie over dit onderwerp is nog niet uitgekristalliseerd. In de uitspraak CBB 14 april 1998 (*AB-kort* 1998, 336, *AB* 1998, 283, m.nt. JHvdV) is het bestreden besluit ondertekend door het sectorhoofd Juridische Aangelegenheden van de Algemene Directie van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie. Het College oordeelde dat in casu een bekrachtigingsbesluit de gebreken kon helen die kleefden aan het beweerdelijk namens het Centraal Bestuur genomen besluit. Dit bekrachtigingsbesluit werd beschouwd als een rechtsgeldig door of namens de Algemene Directie als rechtsopvolger van het Centraal Bestuur genomen besluit. Het bevoegdheidsgebrek werd daarmee geheeld. In CRvB 19 november 1998 (*AB-kort* 1999, 34, *TAR* 1999, 22) wordt geoordeeld dat de gebrekige mandaatverlening voldoende wordt geheeld doordat het bevoegde orgaan het besluit alsnog voor zijn rekening heeft genomen. Anders oordeelde het CBB in de uitspraak van 1 december 1998 (*AB* 1999, 130, m.nt. JHvdV). Een namens het Centraal Bureau voor de Arbeidsvoorziening – in administratief beroep – genomen besluit was genomen door een onbevoegde en behoefde bekrachtiging. Uit het Bekrachtigingsbesluit Beroepszaken 1997 was niet af te leiden dat het bestreden besluit ook daadwerkelijk door de Algemene Directie was bekrachtigd. Reeds hierom was het CBB niet bereid om het bestreden besluit toe te rekenen aan het bevoegde orgaan. Rb. Den Haag 9 september 1998 (*JV* 1998, 208) vernietigde ambtshalve een in mandaat genomen besluit tot intrekking van de vluchtelingenstatus, nu blijkens een niet gepubliceerde instructie van de staatssecretaris ter zake geen mandaat verleend was aan ambtenaren van de IND om tot intrekking over te gaan. In ABRvS 23 oktober 1997 (*AB* 1998, 386, m.nt. MSV) werd geoordeeld dat het onbevoegdelijk nemen van een besluit geen schending van een vormvoorschrift is. Bekrachtiging achteraf doet niet af aan het feit dat de besluiten onbevoegdelijk genomen zijn. De Afdeling vernietigt de besluiten. Op aangegeven gronden oordeelt de Afdeling dat het besluit, hoewel onbevoegdelijk genomen, wat

de inhoud betreft de rechterlijke toets kan doorstaan. Uit het oogpunt van proceseconomie bepaalt zij dat de rechtsgevolgen in stand blijven. Deze redenering is van belang omdat de vernietiging impliceert dat vergoeding van het griffierecht en een proceskostenvergoeding wordt toegekend. Bij passering van een mandaatsgebrek als vormvoorschrift zou dat niet het geval zijn.

Beslissen op bezwaar in mandaat

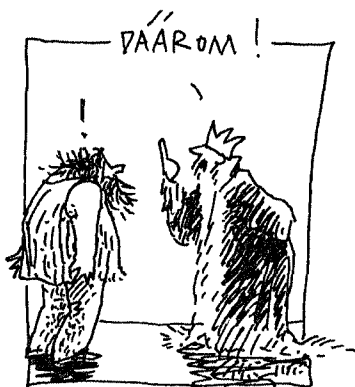
In Rb. Amsterdam 13 januari 1998 (Awb-katern 1998, 37) wordt overwogen dat art. 10:3 lid 3 Awb ertoe strekt de schijn van vooringenomenheid te vermijden bij degene die de beslissing op het bezwaarschrift neemt. Dit verbod gaat niet zo ver dat een beslissing op bezwaar niet mag worden ondertekend door een ander (opvolgend) persoon in dezelfde functie. De rechtbank ziet in de ondertekening van het besluit geen reden voor vernietiging van dit besluit. Of de bevoegdheid om op een bezwaarschrift te beslissen ingevolge de Algemene Bijstandswet in mandaat door een wethouder kan worden uitgeoefend, was aan de orde in CRvB 17 maart 1998 (*AB* 1998, 187, *RAwb* 1998, 128 m.a. tB). De Raad stemt in met het standpunt dat art. 29a, lid 2 Abw (respectievelijk art. 120 Abw) in de weg staat aan het verlenen van mandaat aan gemeente-ambtenaren om op een bezwaarschrift in het kader van deze wet te beslissen. De Raad ziet echter geen grond om te oordelen dat aard en strekking van de hier relevante wetgeving zich tegen bedoeld mandaat aan de wethouder verzet. In ABRvS 30 maart 1999 (*JB* 1999, 109) wordt overwogen dat het beslissen op bezwaar een zekere controle inhoudt op degene die het primaire besluit heeft genomen en op diens beleid. Daarmee is niet verenigbaar dat een ambtenaar een door het bestuursorgaan zelf genomen besluit in bezwaar heroverweegt. Deze wijze van beslissen op bezwaar beantwoordt volgens de Afdeling niet aan de in art. 7:11 lid 1 Awb voorgeschreven heroverwegingsplicht.

2 1 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

Motiveren

Over het verschil in de deugdelijkheids- en de kenbaarheids van de motiveringsplicht heeft de CRvB op 26 juni 1998 (*RAwb* 1999, 8 m a BdW) zich uitgesproken. Zie ook ABRvS 25 juni 1998 (*AB-kort* 1998, 417). Art 4 16 (oud, 3 46 nieuw) Awb is in tegenstelling tot art 4 17 (oud, 3 47 nieuw) Awb geen vormvoorschrift, maar een inhoudelijk voorschrift. Art 4 16 Awb stelt geen eisen aan de bekendmaking en kan als inhoudelijk voorschrift niet worden gepasseerd op grond van art 6 22 Awb.

Wat betreft de (ver)waarde motiveringsplicht bij de afwijking van richtlijnen kan worden verwezen naar uitspraken op het terrein van het milieurecht (Vz ABRvS



motiveren!

6 november 1998, *AB* 1999, 128 en ABRvS 26 november 1998, *AB* 1999, 129 m nt Jongma) en het vreemdelingenrecht (ABRvS 17 juli 1998, *RAwb* 1999, 4 m a Klap)

Horen

Met betrekking tot de hoorplicht bij de besluitvorming heeft de CRvB op 26 juni 1997 (*RAwb* 1998, 112 m a Klap) geoordeeld dat het horen niet primair ziet op de rechtsbescherming van belanghebbende maar

op de juiste vaststelling van de feiten en belangen betrokken bij het besluit.

De Nationale ombudsman achtte de hoorplicht niet aan de orde bij een bestuurs-handeling die niet gericht is op rechtsgevolg, te weten een waarschuwingsbrief (NO 28 april 1999, *JB* 1999, 147).

De uitgebreide voorbereidingsprocedure

In bijzondere wetgeving komen varianten voor op de uitgebreide voorbereidingsprocedures van de Awb. In de praktijk kan dit tot onduidelijke situaties leiden. De Afdeling bestuursrechtspiraak heeft op 19 november 1998 (*AB* 1999, 72 m nt FM) bepaald dat de procedure van art 3 Wet gemeenschappelijke regelingen niet de waarborgen van de procedure van de par 3 5 2 t/m 3 5 5 Awb bevat, waardoor de bezwaarschiftprocedure niet mocht worden overgeslagen, zie eveneens ABRvS 27 november 1996 (*AB* 1997, 76 m nt PvB). Hiertegenover staat ABRvS 27 juni 1995 (*JB* 1995, 205).¹¹ De planprocedure van de art 3 t/m 5 van de Wet op de bejaardenzorg bevatte essentiële waarborgen van de in afdeling 3 5 6 Awb geregelde uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure en kon voor de toepassing van art 7 1 lid 1 onder d Awb op een lijn worden gesteld met de in dat artikel onderdeel genoemde procedure. In de uitspraak van de ABRvS van 15 januari 1999 (*RAwb* 1999, 74 m a BdW) werd beslist dat indien het besluitvoorgaan de uitgebreide voorbereidingsprocedure buiten toepassing laat een bezwaarprocedure gevolgd moet worden, zie ook ABRvS 6 december 1996 (*JB* 1997, 44 m nt RJGH S). In ABRvS 29 september 1998 (*AB-kort* 1998, 618) was de Afdeling genegen het volgen van afdeling 3 5 6 Awb – in plaats van 3 5 2-3 5 4 – als vormverzuim te passeren, nu geen (andere) belanghebbenden bleken te zijn geschaad. Daarnaast staat bij stilzitten van het besluit, het dus niet feitelijk uitvoering geven aan afdeling 3 5 Awb, rechtsreeks beroep bij de rechter open (ABRvS 29 augustus 1996, *JB* 1996, 200 m nt RJGH, *RAwb* 1998, 18 m a Widdershoven en V7 ABRvS 15 oktober 1998, *RAwb* 1999, 50 m a BdW, *JB* 1998, 276 m nt ARN).

2 1 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

Toezicht op de naleving

In CBB 21 juli 1998, *RAwb* 1999, 16 m a O J D M L Jansen heeft het CBB beslist dat een schriftelijke inlichtingenvoordeeling van toezichthouder De Nederlandsche Bank N V, op grond van art 19 lid 1 Wet toezicht beleggingsinstellingen (Wtb) niet is aan te merken als een besluit in de zin van art 1 3 Awb. Hoewel afdeling 5 2 Awb niet van toepassing is op het toezicht in financiële toezichtwetten, kan de redenering van het CBB ook worden gehanteerd bij schriftelijke inlichtingenvoordeelingen op basis van deze afdeling.

Het CBB redeneert als volgt. In art 19 lid 2 Wtb is voorzien in de verplichting de door de toezichthouder gevraagde medewerking te verlenen. Deze verplichting geldt krachtens de wet, niet krachtens enig bestuursbesluit. Dat de wet haar toepasselijkheid in concreto afhankelijk heeft gesteld van een verzoek van de toezichthouder doet daaraan niet af. Zo'n verzoek heeft tot rechtsgevolg dat de verplichting van toepassing wordt op de aangezochte (rechts)persoon, maar het verzoek strekt daar niet toe. Het rechtsgevolg treedt in ingevolge de wettelijke bepaling houdende de potentiële verplichting.

Sanctioneren van toezicht

Een ieder is op grond van art 5 20 Awb verplicht de door een toezichthouder gevraagde medewerking te verlenen. Het niet verlenen van medewerking is strafrechtelijk gesanctioneerd in art 184 Wetboek van Strafrecht. De vraag kan worden gesteld of het toezicht op



¹¹ Zie eveneens deel 1 van de kroniek bestuursrecht onder de kop *Prerogative bezwaarschiftverplichting?*

de naleving ook bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. De Awb stelt immers zelf geen sanctie op het niet-naleven van de medewerkingsverplichting.

Deze vraag moet in ieder geval ontkennend worden beantwoord als het gaat om een bestuursorgaan dat zelf geen toezichtsbevoegdheid heeft, zoals blijkt uit ABRvS 30 maart 1999 (*AB* 1999, 284 m.nt. FM, *Gst.* 7101, nr. 5 m.nt. CG). In deze zaak hadden B&W op grond van art. 78 (oud) Huisvestingswet (zie art. 5:20 Awb) aan appellanten bepaalde inlichtingen gevraagd (zie art. 5:16 Awb). Toen deze uitbleven, legden B&W aan appellanten op grond van art. 136 lid 1 (oud), juncto 125 lid 1 (oud), Gemeentewet een bestuurlijke dwangsom op. De Afdeling maakte korte metten met deze handelwijze van B&W. De in art. 78 (oud) neergelegde verplichting om inlichtingen te verstrekken gold alleen wanneer daarom door de in art. 75 (oud) Huisvestingswet genoemde toezichthoudende ambtenaren (zie het vereiste in art. 5:11 Awb) werd gevraagd. B&W konden dus geen sanctie opleggen ter afdwining van de medewerking aan het toezicht, omdat zij niet zelf de toezichtsbevoegdheid hadden.¹²

Bestuursdwang

In beginsel is het stellen van een (begunstigings)termijn bij een bestuursdwangbesluit vereist ingevolge art. 5:24 lid 4 en 5 Awb. In haar uitspraak van 16 november 1998 (*JB* 1999, 9 m.nt. RJGH S, *Gst.* 7091, nr. 7 m.nt. C.P.J. Goorden) oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak dat – nu er geen sprake is van spoedeisendheid – het begrip ‘met onmiddellijke ingang’ niet kan gelden als het stellen van een termijn als bedoeld in art. 130 lid 2 (oud) Gemeentewet (zie art. 5:20 lid 4 Awb). Haar oordeel wijkt af van dat van de rechtbank die het ontbreken van een termijn niet ontoelaatbaar had geacht omdat de last alleen het staken van het illegale gebruik van een pand behelsde. Vergelijk wat betreft de begunstigingstermijn bij een last onder

dwangsom, Vz. ABRvS 24 februari 1998 (*JB* 1998, 94 m.nt. RJGH S, *RAwb* 1998, 126 m.a. A.J.C. de Moor-van Vugt).

Rechtsbescherming tegen bestuursdwangbesluiten

De vraag wat het rechtskarakter is van een weigering tot het feitelijk uitvoeren van een bestuursdwangaanschrijving blijft tot jurisprudentie leiden. Jurisprudentie die overigens een grillig karakter vertoont: soms wordt een besluit/beschikking aangenomen, zoals in ARRvS 22 mei 1984 (*AB* 1985, 153) dan weer wordt een feitelijke handeling aangenomen, zoals in Vz. ABRvS 23 januari 1995 (*KG* 1995, 164). ABRvS 1 september 1998 (*Gst.* 7090, nr. 5 m.nt. C.P.J. Goorden) sluit aan bij de voorzittersuitspraak. Een weigering van een bestuursorgaan tot het feitelijk uitvoeren van een bestuursdwangaanschrijving is niet aan te merken als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb, maar als een feitelijk handelen. Alleen indien de aanschrijving niet grotendeels was uitgevoerd en een zodanig lange periode was verlopen dat daaruit was op te maken dat B&W waren teruggekomen op de aanschrijving zou er sprake geweest zijn van een besluit. In casu was daarvan geen sprake.

Last onder dwangsom

In haar uitspraak van 30 oktober 1998 (*JB* 1998, 262) geeft de Afdeling bestuursrechtspraak duidelijk aan dat een last onder dwangsom alleen kan worden opgelegd aan een overtreder (art. 136 (oud) Gemeentewet; thans art. 5:32 Awb) en dat is degene die het te handhaven wettelijk voorschrift daadwerkelijk heeft geschonden. Zie in dit verband ook Vz. ABRvS 6 februari 1998 (*Gst.* 7080, nr. 5 m.nt. C.P.J. Goorden). Volgens de Afdeling is de illegale bouwer de overtreder van art. 40 Woningwet en niet degene die het illegale bouwwerk in stand houdt. Dientengevolge kan aan een nieuwe eigenaar van een illegaal bouwwerk geen last onder dwangsom worden opgelegd.¹³

Aan de overtreder kan overigens geen last onder dwangsom worden opgelegd als hij het – feitelijk of juridisch – niet in zijn macht heeft aan de overtreding een einde te maken. Of dat zo is, kan in de praktijk weleens lastig zijn om uit te maken, zoals blijkt uit Vz.

ABRvS 31 juli 1998 (*AB* 1999, 45 m.nt. C.L. Knijff). In deze zaak was door gedeputeerde staten aan een rechtspersoon een last onder dwangsom opgelegd voor iedere keer dat de milieuvergunning voor een inrichting, die mede door deze rechtspersoon werd geëxploiteerd, werd overtreden. Volgens de rechtspersoon was het dwangsombesluit aan de verkeerde gericht, omdat hij het niet in zijn macht zou hebben om de overtreding te beëindigen.

De voorzitter overweegt dat met betrekking tot de vraag of de last onder dwangsom aan de betreffende rechtspersoon mocht worden gericht dat als overtreder in ieder geval moet worden aangemerkt degene die de inrichting drijven als bedoeld in art. 8:20 Wm. De houder van de vergunning, zijnde in casu de betreffende rechtspersoon, mag in beginsel worden beschouwd als drijver van de inrichting. Uit de stukken blijkt dat de rechtspersoon nog steeds één van de rechtspersonen is die de inrichting drijft. Dat dit wordt gedaan in samenwerking met anderen doet hieraan niet af. Dat de bedrijfsvoering van het gedeelte van de inrichting waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden in de praktijk door één van de andere drijvers wordt uitgevoerd, maakt dit niet anders.

Invorderen dwangsom

Op grond van art. 5:33 lid 2 juncto art. 5:26 lid 4 Awb kan bij voorbeeld een gemeente opheffing van de schorsende werking van verzet tegen een dwangbevel tot invordering van verbeurde dwangsommen vragen. In Pres. Rb. Alkmaar 5 november 1998 (*KG* 1998, 327) kwam de vraag aan de orde of de gemeente zulks ook in kort geding kan vorderen. De president beantwoordt de vraag bevestigend. Volgens hem verhindert het enkele feit dat wellicht ook de rechtsgang van art. 5:26 lid 4 Awb kan worden gevolgd niet zonder meer dat de gemeente vanwege het door haar gestelde spoedeisende belang in kort geding een ordemaatregel vraagt. De procedure van art. 5:26 lid 4 Awb is dus geen exclusieve.

Bestuurlijk gedogen

De vraag hoeveel ruimte een bestuursorgaan heeft om wel of niet van zijn bevoegdheid tot het nemen van een sanctiebesluit gebruik te

11 Zie eveneens deel 1 van de kroniek bestuursrecht, onder de kop *Prorogatie bezwaarschijftverplichting*

maken, blijft de gemoederen in de jurisprudentie bezighouden, met name in de sfeer van het ruimtelijk bestuursrecht en het milieurecht. Begrippen als 'beginselaanspraak op/beginselflicht tot handhaving' doemen hierbij regelmatig op.

In haar uitspraak van 2 februari 1998 (*AB* 1998, 181 m.nt. FM, *Gst.* 7082, nr. 8 m.nt. J.M.H.F. Teunissen) overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak dat in een geval als in casu, waarin zonder bouwvergunning is gebouwd en die activiteit niet kan worden gelegaliseerd het bestuur niet alleen bevoegd, maar in beginsel – behoudens eventuele bijzondere omstandigheden – zelfs gehouden is tot optreden met bestuursdwang. Voor het



vooropstellen van zo'n gehoudenheid bestaat des te meer reden als door een derde uitdrukkelijk is verzocht om tegen een illegale situatie op te treden. Zie voor een soortgelijke redenering: ABRvS 22 december 1998 (*JB* 1999, 28 m.nt. RJN S) waarin sprake is van intrekking van een verleende bouwvergunning en het alsnog weigeren daarvan.

In ABRvS 9 april 1998 (*AB* 1998, 238 m.nt. R.J. van der Meulen) waarin het gaat om het gebruik van gronden en opstellen in strijd met het bestemmingsplan rept de Afdeling niet over een gehoudenheid, maar legt zij veeleer de nadruk op de bevoegdheid tot optreden. Zie ook Rb. Den Haag 27 juli 1998 (*JB* 1998, 193 m.nt. RJN S). In ABRvS 18 december 1998 (*JB* 1999, 16) komt daarentegen weer de uit eerdere jurisprudentie (bijv. ABRvS 20 mei 1997, *JB* 1997, 157)

bekende 'beginselaanspraak op handhaving van het bestemmingsplan' naar voren. Zie ook de uitspraak Pres. Rb. Utrecht 17 februari 1999 (*JB* 1999, 78 m.nt. FV-dJ, KG 1999, 119).

In ABRvS 6 augustus 1998 (*Gst.* 7088, nr. 7 m.nt. P.J. Hödl) trekt de Afdeling de handhavingslijn tot op zekere hoogte door naar het milieurecht. Volgens de Afdeling dient bij de handhaving van de milieuwetgeving als uitgangspunt te gelden dat tegen niet-naleving wordt opgetreden. Er kunnen zich echter uitzonderlijke gevallen voordoen waarin een illegale situatie wordt gedoogd. Als een van de basisvereisten voor gedogen geldt dat te verwachten is dat de illegale activiteit op korte termijn wordt gelegaliseerd. Gedogen kan alleen als een tijdelijke overgangssituatie worden beschouwd. Daar in casu een gedoogtermijn ontbreekt, is er sprake van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Onder omstandigheden kunnen handhaven en gedogen samengaan, zoals blijkt uit ABRvS 2 oktober 1997 (*AB* 1998, 374 m.nt. GJ, *Gst.* 7077, nr. 6 m.nt. H.J.A.M. van Geest). De Afdeling achtte het mogelijk dat het in werking zijn van een inrichting zonder de vereiste milieuvergunning met legalisatie in het vooruitzicht werd gedoogd, daar sluiting van de inrichting disproportioneel zou zijn, maar vond wel dat het bestuur in redelijkheid niet had kunnen afzien van minder verstreckende handhavingsmaatregelen, zoals een last onder dwangsom.

Het tegenovergestelde lijkt te kunnen worden afgeleid uit ABRvS 17 augustus 1997 (*AB* 1998, 373 m.nt. onder nr. 45 GJ). Hierin gaf de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat een dwangsom op grond van art. 18.9 Vm (thans vervallen) niet kan worden gehanteerd ter handhaving van een soepeler norm dan hetgeen bij vergunningvoorschrift is bepaald. Als verweerders een soepeler norm willen handhaven, dienen zij eerst het betreffende voorschrift in die zin aan te passen.

Subsidiëring

Het is niet nieuw dat bij de beëindiging van meerjarige subsidiërelaties een redelijke termijn in acht moet worden genomen. Tegenwoordig berust dit vereiste op art. 4:51

Awb, waarin is geregeld dat indien aan een subsidie-ontvanger voor drie of meer achtereenvolgende jaren subsidie is verstrekt de – gehele of gedeeltelijke – weigering van de subsidie voor een daarop volgende periode op de grond dat veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich tegen het voortzetten verzetten, slechts geschiedt met inachtneming van een redelijke termijn.

Wat als redelijk kan worden gekwalificeerd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de inhoud van de toepasselijke bijzondere subsidieregeling. In de praktijk betekent dit dat van het bestuursorgaan verwacht mag worden dat de vermindering van de subsidie niet alleen tijdig, maar ook duidelijk en ondubbelzinnig wordt aangekondigd. Zo zal een gemeentelijke nota waarin in algemene zin wordt gewezen op de noodzaak van bezuinigingen in de sector niet volstaan. Het best kan het bestuursorgaan het voornemen aankondigen in een afzonderlijke brief, waarin de omvang van de vermindering concreet wordt genoemd (zie bijv. ABRvS 7 april 1997, *AB* 1997, 412, m.nt. Verheij).