



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Bestuursrecht en de crisis; internationalisering en effectiviteit**

Ouden, W. den; Polak, J.E.M.

### **Citation**

Ouden, W. den, & Polak, J. E. M. (2009). Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Bestuursrecht en de crisis; internationalisering en effectiviteit. *Nederlands Juristenblad*, 84(14), 864-873. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15060>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15060>

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

# Kroniek van het algemeen bestuursrecht

## Bestuursrecht en de crisis; internationalisering en effectiviteit

Willemien den Ouden en Jaap Polak<sup>1</sup>

WAS BESTUURSRECHT HEEL LANG EEN ERG NATIONAAL VAK, IN DE KRONIEKEN VAN DE LAATSTE JAREN IS AL VAAK AANDACHT BESTEED AAN DE VOORTSCHRIJDENDE INTERNATIONALISERING ERVAN. IN TIJDEN VAN CRISIS WORDT DIE INTERNATIONALISERING EENS TE MEER DUIDELIJK, MAAR OOK LOS DAARVAN VALT DE INTERNATIONALE (EUROPESE) ACHTERGROND VAN ACTUELE BESTUURSRECHTELIJKE ONDERWERPEN OP, ZOALS BIJ DE DIENSTENWET, DE OVERSCHRIJDING VAN DE REDELIJKE TERMIJN DOOR BESTUUR EN RECHTER EN DE TERUGVORDERING VAN ESF-SUBSIDIES. EN OOK BIJ EEN NATIONAAL PROCESRECHTELIIK ONDERWERP ALS DE BESTUURLIJKE LUS MOET WORDEN BEDACHT DAT DE ROEP OM EFFECTIVITEIT DOOR MIDDEL VAN EEN LUS VEELAL WORDT INGEGEVEN DOOR DE WENS OM DE VERTRAGING BIJ DE UITVOERING VAN PROJECTEN TE REDUCEREN DIE WORDT VEROORZAAKT DOOR UITSPRAKEN VAN DE BESTUURSRECHTER OVER MOGELIJKE STRIJD MET VANUIT EUROPA OPGELEGDE MILIEUNORMEN.

### 1. Bestuursrecht ten tijde van crisis

Het zal geen verbazing wekken dat de kredietcrisis het afgelopen half jaar ook de bestuursrechtjuristen heeft beziggehouden. Scheltema gaat in op de voor de hand liggende vraag of er wel voldoende toezicht is gehouden op de banken.<sup>2</sup> Hij meent dat internationale toezichtsarrangementen tegenwoordig onontbeerlijk zijn voor de financiële markt<sup>3</sup> en stelt vast dat daarover in de praktijk door internationaal samenwerkende nationale toezichthouders ook al afspraken worden gemaakt. Een duidelijke juridische status hebben die afspraken overigens veelal niet en Scheltema verwacht dan ook dat de grensoverschrijdende samenwerking de komende tijd tot de nodige bestuursrechtelijke vragen zal leiden. Het is immers de nationale (bestuurs)rechter die moet worden geadieerd bij toezichtsgeschillen en deze heeft slechts een toetsingskader voor nationale toezichtsactiviteiten tot zijn beschikking. Ook Doorenbos vraagt in dit blad aandacht voor toezichtsvraagstukken die een direct gevolg zijn van de turbulentie

op de financiële markten.<sup>4</sup> Hij noemt de wijziging van de Wet op het financieel toezicht, waarmee belangrijke regelgevende bevoegdheid aan de AFM en DNB worden toegekend een blanco cheque voor de toezichthouders. Volgens Doorenbos zijn de bijzondere omstandigheden die zich moeten voordoen voordat genoemde toezichthouders van hun regelgevende bevoegdheid gebruik mogen maken nauwelijks omschreven en ook het bereik van de voorschriften die mogen worden uitgevaardigd is met begrippen als 'stabiliteit van de financiële sector' weinig scherp omljnd. De bestuurlijke boeten die bij overtreding van deze voorschriften door dezelfde toezichthouders kunnen worden opgelegd kunnen zeer hoog oplopen en Doorenbos meent dat de rechtsbescherming daarbij weinig voor zal stellen. De bestuursrechter moet immers toetsen aan wetgeving die door de boeteoplegger zelf is vastgesteld.

Vanzelfsprekend spelen er ook vragen rond het staatssteunrecht in deze tijd van grootscheepse reddingsoperaties. Adriaanse, Barkhuysen en Van Emmerik vragen

# Het blijkt voor de Commissie mogelijk om binnen 24 uur een oordeel te geven over de verenigbaarheid van complexe miljardendeals met de gemeenschappelijke markt

zich in dat verband af of de normale staatssteun- en staatsrechtelijke regels nog gelding hebben, of dat er in feite sprake is van noodrecht.<sup>5</sup> De Europese Commissie heeft in ieder geval een Mededeling het licht doen zien met als titel 'De toepassing van staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis'.<sup>6</sup> Deze mededeling mag wel als noodbeleid worden aange-merkt, het blijkt voor de Commissie mogelijk om binnen 24 uur een oordeel te geven over de verenigbaarheid van complexe miljardendeals met de gemeenschappelijke markt. Ook bij deze auteurs leest men zorgen over de rechtsbescherming van met name concurrenten van de steunontvangende financiële instellingen. De inhoudelijke oordelen over steunmaatregelen van de staten zijn vaak dermate complex dat de Europese rechter zijn oordeel over de verenigbaarheid niet snel boven dat van de Commissie zal stellen. Zorgen hebben Adriaanse c.s. verder om het budgetrecht en het recht op inlichtingen van de Tweede Kamer, die bij belangrijke besluiten feitelijk buiten spel stond. Nu geen gebruik werd gemaakt van reeds bestaande financiële wetgeving, zoals de Noodwet financieel verkeer en het crisiskader van de Comptabiliteitswet, pleiten zij ervoor dat bestaande wetgeving goed wordt doordacht voor noodgevallen en internationaal wordt afgestemd, zodat in de toekomst zo veel mogelijk kan worden gehandeld op basis van een duidelijk en effectief juridisch kader.

Er werd niet alleen geschreven over de crisis en het bestuursrecht; er werd ook geprocedeerd. Veel aandacht trokken de Koninklijke Besluiten van 31 oktober 2008 waarbij de besluiten van GS van de provincie Noord-Holland en andere decentrale overheden om een gerechtelijke procedure te starten om een executorialie titel te verkrijgen waarmee eerder gelegd beslag op IJslandse tegoeden zouden kunnen worden geëxecuteerd, werden vernietigd.<sup>7</sup> Volgens de regering is het in strijd met het algemeen belang wanneer decentrale overheden op eigen houtje proberen geld dat zij hadden ondergebracht bij IJslandse banken terug te halen, terwijl de Nederlandse staat in onderhandeling is met de IJslandse regering over een oplossing voor alle Nederlandse gedupeerden. Naar verluidt hadden verschillende decentrale overheden zo'n € 225 miljoen uitstaan bij IJslandse banken;<sup>8</sup> dat beroep

zou worden ingesteld tegen het vernietigingsbesluit viel dus wel te verwachten. Ten tijde van de afronding van deze kroniek is de zitting bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State net achter de rug en is het wachten op de uitspraak.

## 2. Awb-actualiteiten

Kon Daalder in zijn najaarskroniek nog melden dat de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb per 1 januari 2009 werd verwacht,<sup>9</sup> inmiddels weten wij dat het niet voor 1 juli van dit jaar zal worden. De behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer duurt langer dan verwacht: de senatoren stelden kritische vragen over onder meer de relatie tussen de bestuurlijke boete, een van de belangrijkste onderwerpen die in de vierde tranche worden geregeld, en strafrechtelijke sancties.<sup>10</sup> Zij toonden zich bezorgd over de rechtsbescherming bij de oplegging van bestuurlijke boetes. In dat verband presenteerde het kabinet een nota over dit onderwerp, waarin een afwegingskader wordt gegeven aan de hand waarvan de wetgever in de toekomst een keuze kan maken tussen de mogelijkheden van een bestuurlijke boete, reguliere strafrechtelijke handhaving en de strafbeschikking in het kader van de Wet OM-afdoening.<sup>11</sup> Het kabinet stelt dat bij die keuze de effectiviteit van de handhaving voorop moet staan. Interessant is daarbij het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de zogenaamde 'besloten context', waarin toepassing van de bestuurlijke boete voor de hand zou liggen, en de 'open context' waarin strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt zou moeten zijn. Van een besloten context is sprake wanneer er een specifieke rechtsbetrekking bestaat tussen de overheid en burgers of bedrijven en sprake is van gericht toezicht door een gespecialiseerd bestuursorgaan. Als voorbeeld wordt genoemd het geval van een ondernemer met een warenmarktvergunning waarop toezicht wordt gehouden door de marktmeester. Een voorbeeld van de open context is het overschrijden van de maximumsnelheid, waarvoor algemene surveillance met camera's of politie nodig is; in dat geval ontbreekt een specifieke rechtsbetrekking en is er ook geen gespecialiseerd bestuursorgaan met het toezicht belast. Het criterium 'open-of-gesloten-context' zal ongetwijfeld

### Auteur

1. Prof. mr. drs. W. den Ouden is hoogleraar staats- en bestuursrecht in Leiden; prof. mr. J.E.M. Polak is hoogleraar bestuursrecht in Leiden, lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en medewerker van dit blad.

### Noten

2. M. Scheltema, 'Verwachting.

Grenzeloos bestuursrecht', *NTB* 2008, p. 83-84.

3. Daarover ook A. Verhoeven in Redactionele signalen, *SEW* 2008, p. 463.  
4. D.R. Doorenbos, 'Crisiswetgeving blanco cheques voor toezichthouders', *NJB* 2008, 1856, afl. 37, p. 2360-2361.  
5. P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, 'Staatssteun en kredietcrisis. Staats(steen)rechtelijk noodrecht

gewenst?', *NJB* 2008, 2053, afl. 42, p. 2622-2626.

6. *PbEG* C 270/B t/m C 270/14.  
7. *Stb.* 2008, 442.  
8. Althans zo berichtten de media. Zie bijvoorbeeld *Trouw* op 8 november 2008, 'Bos zal Noord-Holland c.s. geen euro geven'.  
9. E.J. Daalder, Kroniek van het algemeen bestuursrecht, 'Over de omvang van de

rechtsbescherming, rechtseenheid en verschillen in benadering', *NJB* 2008, 1733, afl. 34, p. 2128-2136.  
10. *Kamerstukken I* 2008/09, 29 702 B en D.  
11. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D. Zie P.W.S. Boer en D.R.P. de Kok, 'Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties', *NJB* 2009, 551, afl. 11, p. 551.

aanleiding geven tot de nodige discussies binnen het handhavingsdebat.

Ook de inwerkingtreding van de door Daalder in zijn najaarskroniek behandelde Wet elektronische bekendmaking is uitgesteld; het wordt waarschijnlijk nog later voordat art. 3:42 van de Awb wordt gewijzigd.<sup>22</sup> Het ook door Daalder genoemde wetsvoorstel Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter werd inmiddels wel bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>23</sup> Hetzelfde geldt voor het wetsvoorstel Dienstenwet waarin een nieuwe Awb-paragraaf 4.1.3.3 getiteld 'Positieve beschikking bij niet tijdig beslissen' is opgenomen.<sup>24</sup> Met de Dienstenwet wordt uitvoering gegeven aan de Dienstenrichtlijn, die onder meer verplicht tot het invoeren van de figuur van de van rechtswege verleende vergunning na verstrijken van de beslistermijn voor vergunningen die onder het bereik van de richtlijn vallen. Deze figuur wordt vaak de *lex silencio positivo* genoemd. Kernbepaling van de nieuwe Awb-paragraaf is art. 4:20b lid 1 dat bepaalt dat 'indien niet tijdig op de aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist, de gevraagde beschikking van rechtswege (is) gegeven.' De beschikking van rechtswege geldt als een gewone beschikking in de zin van art. 1:3 Awb lid 2, waartegen dus de normale beroepsmogelijkheden open staan. Dat kan ertoe leiden dat het besluit alsnog in bezwaar wordt herroepen of gewijzigd door het bestuursorgaan; echter het bestuursorgaan zal daartoe niet uit eigen beweging kunnen overgaan. Wel bestaat er straks ingevolge het nieuwe art. 4:20f een bevoegdheid voor bestuursorganen om aan een van rechtswege verleende beschikking alsnog voorschriften te verbinden of daaraan verbonden voorschriften in te trekken, evenwel uitsluitend 'voor zover dit nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen'. In dat laatste geval bestaat er een verplichting om geleden schade te vergoeden. De nieuwe Awb-regeling heeft een facultatief karakter en is straks dus van toepassing indien dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Het was de bedoeling dat dit ook zou gaan gelden voor dienstenvergunningen. Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer diende mevrouw Vos (PvdA) echter een amendement in dat de strekking heeft dat de *lex silencio positivo* op dienstenvergunningen altijd van toepassing is, tenzij anders is bepaald bij wettelijk voorschrift.<sup>25</sup> Op het moment van afsluiten van deze kroniek was er nog niet over dit amendement gestemd. Het kabinet had eerder al bekend gemaakt dat de *lex silencio* bij 24 vergunningsstelsels zou worden ingevoerd; die zouden dus komen te staan naast de 21 stelsels waarin deze figuur al bestaat of binnenkort wordt ingevoerd.<sup>26</sup> Of deze plannen zullen veranderen naar aanleiding van het genoemde amendement moet worden afgewacht.

Ook het wetsvoorstel tot aanpassing van de termijnen om te beslissen op bezwaar en administratief beroep en op Wob-verzoeken is bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>27</sup> De termijnen waarbinnen deze besluiten moeten worden genomen zullen, in verband met de inwerkingtreding van de komende Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen,<sup>28</sup> aanzienlijk worden uitgebreid. Voor besluiten op Wob-verzoeken gaat het om een verdubbeling van twee naar vier weken. Het is de bedoeling dat beide regelingen gelijktijdig in werking treden, maar ten aanzien van de

Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen heeft de regering toegezegd dat dit niet later zal worden dan 1 januari 2010.

### 3. Wob

Ook rechtspraak over openbaarheid van overheidsinformatie trok in deze kroniekperiode de aandacht. Wij doelen natuurlijk op de procedure van *RTL Nieuws* over de weigering van (inmiddels ex-)minister Vogelaar om de volgorde van de '40 Vogelaarwijken' bekend te maken. De minister beriep zich op de wettelijke weigeringsgrond dat openbaarmaking onevenredige benadeling zou kunnen opleveren. De Rechtbank Amsterdam had in haar uitspraak van 10 juli 2008 met die weigering korte metten gemaakt en de minister opgedragen de volgorde bekend te maken. De rechtbank overwoog dat reeds van de openbaar gemaakte lijst met veertig aandachtswijken een stigmatiserende werking uitgaat, dat niet voldoende was gemotiveerd waarom de onderlinge rangorde extra stigmatiserend zou zijn en waarom de bewoners van de wijken door een eventuele extra stigmatisering onevenredig zouden worden benadeeld. De minister ging in hoger beroep en kreeg gelijk van de Afdeling in haar uitspraak van 24 december 2008. De Afdeling besliste dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat openbaarmaking van de rangorde kan leiden tot onevenredige benadeling van de bewoners. Daarbij wordt geoordeeld dat de rangorde een stigmatiserend effect kan hebben dat verder gaat dan de

## Wie zich tot de juristerij beperkt ziet altijd maar een deel van de werkelijkheid

stigmatisering die het gevolg is van de eerdere aanwijzing van de (wel bekend gemaakte) 40 wijken.<sup>29</sup> Wie zich tot de juristerij beperkt ziet altijd maar een deel van de werkelijkheid, want inmiddels heeft *RTL Nieuws* op 10 februari 2009 bekendgemaakt dat zij de hand heeft weten te leggen op de volgorde van de eerste 20 'buurten' en deze heeft gepubliceerd.<sup>20</sup>

Minder hot, maar voor de praktijk niet onbelangrijk is de uitspraak van de Afdeling over een verzoek tot openbaarmaking van documenten bij een gemeentebestuur die zich bij een Regionale Klachtencommissie Ongewenste Omgangsvormen zouden bevinden. De Klachtenregeling brengt met zich dat die commissie niet functioneert onder verantwoordelijkheid van het college van B&W. Documenten die zich bij die commissie bevinden berusten dus niet onder het college en vallen buiten de reikwijdte van de Wob. Als de commissie advies heeft uitgebracht aan het college is dat anders: dat advies en de daarbij behorende stukken berusten dan onder het college, zodat de Wob daarop van toepassing is.<sup>22</sup> Omdat het veelal om vertrouwelijke kwesties gaat kunnen weigeringsgronden van de Wob van toepassing zijn, maar daarover ging deze zaak niet. Ten slotte is van praktisch belang de uitspraak waarin

de Afdeling overweegt dat als men per mail om informatie kan verzoeken daarmee nog niet de weg is geopend om langs elektronische weg een Wob-verzoek te doen; dat moet meer expliciet gebeuren.<sup>22</sup>

#### 4. Bestuursprocesrecht

In zijn najaarskroniek is Daalder al ingegaan op de uiteenlopende voorstellen om in verschillende wetten tot een bestuurlijke lus te komen.<sup>23</sup> Een regeling voor de lus was ondermeer vervat in het breed opgezet concept voor een wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht uit mei 2006, dat na een consultatieronde is aangepast. De ministerraad is met het aangepaste voorstel op 11 juni 2008 akkoord gegaan en de Raad van State heeft over het wetsontwerp in deze kroniekperiode advies uitgebracht. Dat aangepaste voorstel is nog niet gepubliceerd. Wel werd naar buiten gebracht dat het voorstel ook de invoering van het vanuit ons burgerlijk recht en het Duitse bestuursprocesrecht al bekende relativiteitsvereiste bevat: dat zou dus betekenen – thans simpel gezegd – dat een belanghebbende niet langer met succes argumenten in de strijd kan werpen, ontleend aan voorschriften die niet in zijn belang zijn geschreven.<sup>24</sup> De Awb kent nu nog het in de wetsgeschiedenis voor de totstandkoming op 1 januari 1994 vastgelegde uitgangspunt dat als een belanghebbende eenmaal 'binnen' is (als belanghebbend wordt beschouwd), een besluit ook voor vernietiging in aanmerking komt, als de belanghebbende met recht bepleit dat een besluit strijdig is met normen die niet in zijn belang zijn geschreven. Zoals bekend is over de wenselijkheid van de invoering van die eis de laatste jaren een uitgebreid bestuursrechtelijk debat gevoerd.<sup>25</sup> Over de verdere inhoud van het wetsontwerp valt op dit moment nog niet veel te zeggen; het ligt in de rede dat veel van wat het conceptvoorstel uit 2006 al inhield (onder meer verruiming van de mogelijkheden tot het passeren van vormgebreken en de invoering van incidenteel hoger beroep<sup>26</sup>) daarin is teruggekeerd. Wij verwijzen naar de bespreking van die onderwerpen in eerdere kronieken. Omdat de invoering van de bestuurlijke lus in de Awb, die ook in dat concept uit 2006 was

voorzien, door de omvang van de wetswijzigingen en de daardoor te verwachten lange periode van invoering, te lang zou duren is er het eerder in deze kronieken besproken initiatiefvoorstel van Vermeij, Koopmans en Neppérus ingediend,<sup>27</sup> dat in deze kroniekperiode in de literatuur veel aandacht heeft gekregen. De initiatiefnemers hebben zich niet laten ontmoedigen door het wat kritisch getoonzette advies van de Raad van State van 10 april 2008. Dat blijkt uit het op onderdelen wel aangepaste voorstel en hun reactie op het advies van 8 juli 2008. In het advies was onder meer uiteengezet, dat een analyse van de werkelijke problemen die de voortgang van de wettelijke procedures onder druk zetten wordt gemist en dat de procedureel hinderlijke aspecten van een vernietiging van een besluit in de toelichting niet worden afgewogen tegen aspecten van zorgvuldigheid van besluitvorming en rechtsbescherming van belanghebbenden.<sup>28</sup> Daarbij sluit aan de opmerking van onder meer Schlössels in zijn ook overigens bepaald niet positieve 'Verwachting' in het NTB dat het risico bestaat dat bestuursorganen het minder nauw zullen nemen met de zorgvuldige voorbereiding omdat (bepaalde) juridische gebreken toch nog hangende beroep kunnen worden hersteld.<sup>29</sup> De initiatiefnemers merken van hun kant niet ten onrechte op dat de bestuurlijke lus geen bevoegdheden geeft die het bestuur nog niet had en dat de enige 'bescherming' die verdwijnt, de *schijn* is dat een vernietiging op formele gronden leidt tot een besluit dat tegemoet komt aan de verlangens van de eisende partij. In zekere zin, zo vervolgen zij, leidt toepassing van de bestuurlijke lus zelfs tot betere rechtsbescherming, aangezien partijen met de bestuurlijke lus sneller weten waaraan zij toe zijn.

Hier komt tot uiting dat de lus vanuit verschillende intenties wordt bepleit: vanuit bestuurderskant wordt zij vooral gezien als een efficiencymaatregel teneinde de procedurele doorlooptijd van projecten te bekorten en sneller tot uitvoering te kunnen brengen, terwijl vanuit de literatuur tenminste mede wordt gepleit voor de lus omdat ook de andere deelnemers aan het proces meer hebben aan oplossingsgerichte bestuursrechtspraak dan

#### Noten

12. Brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 12 december 2008: *Kamerstukken II 2008/09*, 31 084 en 31 343 (R1846), nr. 10 (bijgevoegd als attachment). Zie in dat verband *Regelmaat 2008*, 6: themanummer over ICT en wetgeving met daarin onder meer bijdragen van T.C. Borman, 'Het ambacht: De gevolgen van de Wet elektronische bekendmaking voor de aanwijzingen voor de regelgeving' (p. 243 e.v.) en M.M. Groothuis, 'Wetgeving en ICT' (p. 219 e.v.).
13. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 867, nr. 1-3.
14. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 579, nr. 1-3.
15. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 579,

#### nr. 8 herdruk.

16. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 579, nr. 5 en 6 en *Kamerstukken II 2008/09*, 29 515, nr. 274.
17. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 751, nr. 1-4.
18. *Kamerstukken I 2007/08*, 29 934, K. 19. ABRvS 24 december 2008, AB 2009, 24 (m.nt. P.J. Stolk).
20. [www.depers.nl/binnenland/284155](http://www.depers.nl/binnenland/284155).
21. ABRvS 21 januari 2009, *NJB 2009*, 250, p. 332/334; in dezelfde uitspraak wordt een vergelijkbaar oordeel geveld over documenten van de gemeentelijke vertrouwenspersoon.
22. ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 8 (m.nt. P.J. Stolk), en *JB 2009/15* (m.nt. M.O.-V).
23. E.J. Daalder, t.a.p., *NJB 2008*, 1733,

in het bijzonder p. 2133 en het daar opgenomen notenapparaat.

24. *Bestuursrecht Actueel 2008*, afl. 9.
25. Zie eerder kronieken met vele verwijzingen en meer recent Ch.W. Backes, 'Europeesrechtelijke implicaties van een eventuele invoering van het relativiteitsvereiste in het Nederlandse bestuursprocesrecht', in *Grensverleggend bestuursrecht*, p. 297-308, Ten Berge-bundel, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
26. Zie A.M.M.M. Bots, 'Het incidenteel hoger beroep in het Voorontwerp herziening bestuursprocesrecht', *Gst. 2008*, 7301 (die positief is over het feit dat de invoering van het incidenteel hoger beroep tegemoet komt aan een duidelijke behoefte, maar anderzijds waarschuwt voor het feit dat het bestuursprocesrecht

er weer ingewikkelder op wordt), en K.F. Bolt, 'Incidenteel (hoger) beroep in het bestuursprocesrecht', *NTB 2008*, 28 (die de komst van de mogelijkheid van incidenteel hoger beroep ook toejuicht, maar de aanpassing te beperkt vindt en bepleit dat een toegelaten belanghebbende in eerste aanleg ook een eigen beroepschrift moet kunnen indienen). Zie voor de huidige situatie, waarbij er nog geen incidenteel hoger beroep bestaat: CRvB 22 oktober 2008, AB 2008, 358 (m.nt. Marseille).- 27. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, 28. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4.
- 29. R.J.N. Schlössels, 'Verwachting, de andere kant van de lus', *NTB 2008*, p. 35.

# Vanuit bestuurderskant wordt de lus vooral gezien als een efficiencymaatregel terwijl vanuit de literatuur wordt gepleit voor de lus omdat ook de andere deelnemers aan het proces gebaat zijn bij een oplossingsgerichte bestuursrechtspraak

aan een vooral procedureel gerichte afdoening. Daarmee schieten immers ook die andere deelnemers uiteindelijk vaak weinig op.<sup>30</sup> Het is denkbaar dat beide effecten zich zullen voordoen. Waarschijnlijk zullen sommige projecten die anders voor langere tijd zouden worden vertraagd door de lus sneller tot uitvoering kunnen komen. Daarnaast zullen er ook gevallen zijn waarbij ook ten behoeve van andere belanghebbenden dan het bestuur een meer finale oplossing van het geschil kan worden bereikt. Schueler heeft er in dit verband in zijn toespraak ter gelegenheid van de installatie van Simons tot president van de Centrale Raad van Beroep op gewezen dat de lus ook mee brengt dat de rechter meer druk kan uitoefenen op het bestuur om een meer definitieve standpuntbepaling te formuleren over de resterende punten van geschil. Hij stelt dat het zo zou moeten zijn dat wanneer het bestuur na een herstelbesluit er niet in is geslaagd om tot een rechtmatig besluit te komen, het bestuur 'sneller bakzeil zou moeten halen'.<sup>31</sup>

Dat zoveel mogelijk materiële bestuursrechtspraak wenselijk is, is weinig omstrede. Wel kan men verschillend denken over de vraag of de formalisering van de bestuurlijke lus dat zal bereiken en of zij niet zoveel processuele complicaties oproept dat zij zeker in de eerste tijd juist meer aandacht voor formele dan voor materiële vragen zal oproepen.<sup>32</sup> Om een hoofdissue te noemen: de bestuursrechter zal bij de einduitspraak gebonden zijn aan een uitdrukkelijke en zonder voorbehoud gegeven beslissing over een juridisch of feitelijk beslispunt dat in de overwegingen van de tussenuitspraak is neergelegd, behoudens het uitzonderlijke geval dat de tussenuitspraak voor herziening (waarvoor de initiatiefnemers thans uitdrukkelijk verwijzen naar de zoals bekend zeer zware criteria van art. 8:88 Awb), wat begrijpelijk is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid, doch ook complicerend kan zijn, bijvoorbeeld als er inmiddels andersluidende rechtspraak van de hogere beroepsrechter is. Ook kan men verschillend aankijken tegen de bepaling dat de bestuursrechter zoveel mogelijk moet aangeven hoe het gebrek kan worden hersteld, wat wellicht teveel op meeprocederen aan de kant van het bestuur gaat lijken, zoals in de kritiek van de Raad van State naar voren komt. De Raad geeft aan dat de rechter slechts kan aangeven hoe de voorbereiding van een besluit kan verlopen, maar dat het aan het bestuur is om in het gebrek te voorzien. Schueler heeft in een positief, maar genuanceerd betoog in *Bouwrecht* opgemerkt dat hier duidelijk wordt waarin zijns inziens het grootste probleem van de bestuursrechtspraak schuilt, men kan niet tevoren zeggen hoe het bestuur moet handelen, wel achteraf constateren dat er een fout is gemaakt en dat de bestuursrechter kennelijk goed is in wijsheid achteraf en slecht in het formule-

ren van normen vooraf die zekerheid bieden.<sup>33</sup> Van tevoren aangeven hoe het bestuur inhoudelijk moet gaan besluiten kan vanuit het oogpunt der machtscheiding bovendien echt bezwaarlijk zijn.<sup>34</sup>

### Jurisprudentie

De rechtspraak gaat intussen wel door op de in de vorige kronieken<sup>35</sup> reeds gesignaleerde ingeslagen weg om ook zonder bestuurlijke lus vaker tot definitieve geschilbeslechting te komen.<sup>36</sup> Ook op andere wijze dan via finale geschilbeslechting wordt aan meer effectieve bestuursrechtspraak bijgedragen. Gewezen kan worden op de lijn dat na een buitenbehandelingstelling in bezwaar overgelegde gegevens wel kunnen worden meegenomen en dat dus de lijn dat het dan alleen zou moeten gaan over de vraag of de buitenbehandelingstelling juist is, is verlaten,

## De rechtspraak gaat door om ook zonder bestuurlijke lus vaker tot definitieve geschilbeslechting te komen

al gaat de benadering dat het daarbij om een bevoegdheid en niet om een verplichting gaat sommigen, zoals Marseille, niet ver genoeg.<sup>37</sup>

Paulien Willemsen heeft in een even interessant als uitvoerig preadvies verkend of bestudering van het Duitse en het Franse bestuursrecht ons verder kan helpen bij de mogelijkheden om verder te komen met finale geschilbeslechting. De Duitse bestuursrechtspraak kent een intensief toetsende bestuursrechter wat – voor wie eenmaal binnen is, dat ligt daar vaak wat moeilijker – voor finale geschilbeslechting positief is. Het Franse bestuursrecht vertoont weliswaar een tendens tot verruiming van de mogelijkheden, maar is toch, zo maken wij uit haar preadvies op, eerder minder ver dan wij, als het op finale geschilbeslechting aankomt, wat overeenkomt met de klassiek afstandelijke benadering van de Franse bestuursrechter. Concrete verbeteringen voor ons systeem laten zich niet gemakkelijk uit beide stelsels af leiden.<sup>38</sup>

### Kernbegrippen

In de afgelopen jaren heeft de rechtspraak met betrekking tot het begrip belanghebbende een aantal verruimingen laten zien. Zo is de 'afgeleid belang'-rechtspraak aanmerkelijk genuanceerd (zij die een tegengesteld belangen

hebben, hebben naar huidige inzichten een eigen belang, economisch eigenaren hebben een eigen rechtsreeks belang, enz.) en zijn ook de mogelijkheden van rechtspersonen die collectieve belangen behartigen uitgebreid.<sup>39</sup> Deze verruimingen konden vrijwel allemaal in de literatuur op instemming rekenen. Dat ligt genuanceerder als het gaat om de vooral in uitspraken van 1 oktober 2008 verduidelijkte, al door Daalder in zijn kroniek gesignaleerde strengere benadering van ideële organisaties met een zeer ruime doelstelling en weinig of geen andere feitelijke werkzaamheden dan het voorbereiden en voeren van bestuursrechtelijke procedures. Die strengere benadering is geënt op de wettelijke eisen die art. 1:2 lid 3 stelt. Daarover is terstond een stortvloed van reacties verschenen.<sup>40</sup> Instemmend, zij het met kanttekeningen is Schlössels:

*'Juist bij rechtspersonen die algemene belangen in rechte willen behartigen – en in het bijzonder bij landelijk (of zelfs mondiaal) opererende rechtspersonen zonder legitimerend ledensubstraat – ligt immers het gevaar op de loer dat zij als naar binnen gekeerde 'papieren procedeerclub' optreden en zo het rechtsbeschermingssysteem oneigenlijk gebruiken. Oneigenlijk in die zin dat slechts de rechtspersoon (waarachter soms slechts een bestuur schuilgaat of de facto soms zelfs maar één persoon die zich bedient van enkele 'stromannen') geen enkel ander doel nastreeft dan de handhaving van het objectieve publiekrecht los van ieder ledenbelang en los van elke concrete, feitelijke maatschappelijke activiteit die de persoon verricht.'*

Vooraf interpreterend en met kanttekeningen zijn de reacties van Michiels<sup>41</sup> (in een annotatie waarvoor hij de AB-jaarprijs 2008 kreeg!), Wolderop<sup>42</sup> en Van den Broek.<sup>43</sup>

Duidelijk niet positief zijn de Groningse wetenschappers Jans en Tolma in dit blad<sup>44</sup> en Damen in *Ars Aequi*,<sup>45</sup> terwijl ook Van der Veen kritisch is.<sup>46</sup> In de genoemde kritische Groningse artikelen wordt betoogd dat de wetsgeschiedenis, waarbij de *actio popularis* werd afgeschaft, geen steun geeft aan het feit dat de Afdeling de in art. 1:2 lid 3 Awb vastgelegde wettelijke criteria om te toetsen of een rechtspersoon een belang in het bijzonder behartigt, statutaire doelstelling en feitelijke werkzaamheden, meer serieus neemt en wordt er de nadruk op gelegd dat de uitleg tegevoet zou komen aan wensen uit de Tweede Kamer.

Deze stortvloed aan reacties ontnemt wellicht het zicht op het feit, dat de meer stringente lijn in de praktijk slechts een beperkte betekenis heeft: zij heeft slechts rechtspersonen getroffen met een zeer algemene doelstelling, die zich op het voeren van procedures richtten en waarbij conform het citaat van Schlössels een zeer beperkt aantal natuurlijke personen betrokken zijn. Anders dan wanneer wensen van sommigen in de Tweede Kamer in wetgeving zouden worden omgezet,<sup>47</sup> behoeven rechtspersonen variërend van bijvoorbeeld Milieudefensie, Greenpeace<sup>48</sup> en de Vereniging van Natuurmonumenten op grond van deze jurisprudentie, als het gaat om procedures waarbij milieubelangen aan de orde zijn, niet voor niet-ontvankelijkheid te vrezen. Datzelfde geldt voor de talloze verenigingen of stichtingen die gericht zijn op de leefbaarheid van buurten of wijken en die de belangen van de buurtbewoners bundelen conform de statutaire doelstelling.<sup>49</sup>

Wat het besluitbegrip betreft is voor de praktijk van belang de uitspraak van de Afdeling dat iemand wiens

#### Noten

30. Zie in de beginperiode van het denken over de lus: B.J. Schueller, *Vernietigen en opnieuw voorzien* (diss. Utrecht), Zwolle 1994, J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtpraak* (oratie Leiden), Deventer 2000, B.J. van Etekoven, 'Alternatieven van de bestuursrechter, observaties vanuit de eerste lijn', VAR-advies 2001, VAR-reeks 126.

31. B.J. Schueller, 'De bestuursrechter als geschilbeslechter', *Trema* 2008, nr. 4. In dezelfde zin zijn oratie, uitgesproken op 10 februari te Utrecht getiteld 'Wijsheid achteraf'.

32. Vergelijk de titel van het verslag van de VAR-studiemiddag op 23 juni 2008 van B.F.C. van Rheenen, 'De bestuurlijke lus. Leidt de bestuurlijke lus tot een oplossing of een knoop?', *NTB* 2008, 29.

33. B.J. Schueller, 'De lus als ontknoping van het proces. De introductie van de bestuurlijke lus in de Awb', *TBR* 2008, 153.

34. In dezelfde zin B.J. van Etekoven in zijn jaarrede op de jaarvergadering 2008 als VAR-voorzitter 'Voor elke klus een bestuurlijke lus', [www.verenigingvoorbestuursrecht.nl](http://www.verenigingvoorbestuursrecht.nl).

35. Zie in die van Daalder, t.a.p., onder punt 4 met uitgebreide verwijzingen.

36. Zie CRvB 19 december 2008, *AB* 2009, 18 (m.nt. A. Tollenaar); vergelijk ook CRvB 17 september 2008, *AB* 2008, 372 (m.nt. A. Tollenaar); zie voor wat betreft het Cbb vooral de in de kroniek van Daalder reeds besproken uitspraak van het Cbb van 23 juli 2008, *AB* 2009, 5, thans voorzien van een noot van G.J.M. Cartigny, waarin al wordt gelust over de band van een vervangend besluit ex art. 6:19 Awb en voor de Afdeling: ABRvS 10 december 2008, *JB* 2009/39, en *ABkort* 2009, 32, waarin het criterium voor gedektverklaren wordt verruimd en nader bepaald. In vergelijkbare zin: ABRvS 26 maart 2008, nr. 200705490/1 en 12 november 2008, nr. 200801526/1.

37. ABRvS 1 oktober 2008, *AB* 2009, 17 (m.nt. A.T. Marseille); zie daarover ook uitgebreid de Kroniek Bestuursprocesrecht van J.C.A. de Poorter, *NTB* 2008, 32 n.a.v. ABRvS 16 juli 2008, nr. 200706919/1.

38. P.A. Willemsen, *Een meer definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief*, preadvis voor de Nederlandse Vereniging voor

Rechtsvergelijking, Nijmegen 2008.

39. Zie P.J.J. van Buuren en G.T.J.M. Jurgens, 'Ontwikkelingen in het belanghebbendebegrip: de rechter vaart een ruimere koers', in: *Grensverleggend Bestuursrecht* (ten Berge-bundel), p. 325-347, in het bijzonder p. 339 e.v. en de Kroniek Bestuursprocesrecht van J.C.A. de Poorter, *NTB* 2008, 32.

40. Zie: [www.weblogs.nrc.nl/weblog/uitspraak/2008/10/02/van-beroep-belanghebbende](http://www.weblogs.nrc.nl/weblog/uitspraak/2008/10/02/van-beroep-belanghebbende).

41. Onder *AB* 2008, 239.

42. *BR* 2008, p. 905 en *BR* 2009, p. 46-47.

43. J.H.G. van den Broek, *BR* 2009, p. 51-54.

44. Kars de Graaf, Jan Jans en Hanna Tolsma, 'Milieuorganisaties door de man gel. De wetgever gepasseerd', *NJB* 2009, 60, afl. 2, p. 80. Zie de reactie daarop van Willem Konijnenbelt, 'Gemangelde milieuorganisaties' en het Naschrift van de auteurs 'Napleiten?', *NJB* 2009, 393 en 394.

45. L.J.A. Damen, "'Beroepsklagers' verjaagd uit de heilige tempel van het bestuursrecht aan het Lange Voorhout?', *AA* 2009, p. 51-59.

46. G.A. van der Veen, 'Het gevoel en de tijdsgeest tegen de actiegroepen', *Redactioneel, TvO* 2008-123.

47. De VVD heeft in maart 2008 aangekondigd een initiatiefvoorstel in te dienen om het beroepsrecht van milieuorganisaties te beperken, omdat – zo stelt het weblog van Paul de Krom van 20 maart 2008 – 'de VVD er genoeg van heeft dat notoire bezwaarmakers als Milieudefensie' grote projecten blijven proberen te blokkeren. Zo'n initiatief is, daargelaten zijn politieke wenselijkheid, vanwege het Verdrag van Aarhus problematisch.

48. Zie voor een uitspraak van het Cbb waarbij Greenpeace, procederend tegen een uitvoervergunning voor verarmd uranium aan Urenco, opkwam voor belangen die zij blijkens haar statuten niet behartigt: Cbb 2 december 2008, *AB* 2009, 12 (m.nt. I. Sewadono), *JB* 2009/51.

49. Vergelijk de verwijzing in de uitspraken van de Afdeling van 1 oktober 2008 naar het klassieke *Oeverlanden*-arrest HR 17 juni 1986, *AB* 1987, 123.

## Het bekritiseerde trechteren in de rechtspraak is niet meer zo in

gedoogbesluit na bezwaar van andere belanghebbenden wordt ingetrokken, daartegen (anders dan voorheen) wel bij de bestuursrechter kan procederen. Daarmee is niet de rechtspraak van de baan dat een intrekking van een gedoogbesluit normaliter geen besluit is.<sup>50</sup> Een gedoogbesluit is echter voor derden wel aan te vechten. Als die derden dan succes hebben en het gedoogbesluit wordt in bezwaar ingetrokken, is de beslissing op bezwaar een voor beroepbaar besluit in de zin van art. 1:3 Awb, ook al wordt de oorspronkelijk gedoogde dan geconfronteerd met de intrekking van een gedoogbesluit die normaliter niet appelabel is. Daarbij wordt overwogen, dat indien een voor bezwaar en beroep vatbaar gedoogbesluit wordt genomen, de procedure door alle daarbij belanghebbenden tot in laatste instantie moet kunnen worden voortgezet.<sup>51</sup> Verder leert de rechtspraak over art. 6:13 Awb dat het enkele jaren geleden in de literatuur bekritiseerde trechteren in de rechtspraak niet meer zo in is, zozeer zelfs dat Besselink in een bijdrage in *JBplus* nu op onderdelen een strengere benadering bepleit.<sup>52</sup>

### 5. Overheidsaansprakelijkheid: overschrijding van redelijke termijn door bestuur en rechter en relativiteit

In deze kroniekperiode was er op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid vooral aandacht voor ontwikkelingen met betrekking tot het overschrijden van de redelijke termijn.<sup>53</sup> Daalder noemde in zijn kroniek al de belangrijke uitspraken van de Afdeling van 4 juni 2008 en de Centrale Raad van Beroep van 11 juli 2008 die door Barkhuysen en van Emmerik in dit blad zijn besproken.<sup>54</sup> De ontwikkelingen op dit terrein bleven ook daarna stormachtig. De Afdeling besliste op 3 december 2008, dat immateriële schadevergoeding ook in het vreemdelingenrecht aan de orde is bij overschrijding van de redelijke termijn, hoewel art. 6 EVRM op dat terrein volgens de rechtspraak van het EHRM niet geldt.<sup>55</sup> Geoordeeld wordt dat het rechtszekerheidsbeginsel als algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan art. 6 EVRM mede ten grondslag ligt, evenzeer binnen de nationale rechtsorde geldt en ertoe noopt dat een procedure ook los van die bepaling binnen een redelijke termijn tot finale vaststelling leidt. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de rechtspraak van het EHRM over de uitleg van art. 6 EVRM. Dat betekent dat bij overschrijding van de redelijke termijn spanning en frustratie als grond voor schadevergoeding wordt verondersteld, waarbij het tegendeel aannemelijk moet worden gemaakt, wil de overheid aan een veroordeling wegens immateriële schadevergoeding ontkomen. Voor de vraag wanneer de redelijke termijn is overschreden zijn in het bijzonder de uitspraken van de Afdeling van 24 december 2008 en de Centrale Raad van Beroep van 26 januari 2009 van belang.<sup>56</sup> In de uitspraak van de Afdeling die in de kern gaat over de vraag of de gemeente Aemland een benzinepomphouder schadevergoeding moet betalen in verband met de verlening van een bouwvergunning aan een concurrent die eerder door de Afdeling werd vernietigd wegens strijd met het bestemmingsplan, werd

daarnaast schadevergoeding gevraagd wegens de te lange duur van de behandeling van deze schadezaak. Geoordeeld werd dat voor zaken als deze in beginsel een totale lengte van ten hoogste vijf jaar redelijk is te achten, waarbij de behandeling van het bezwaar ten hoogste een jaar mag duren, de behandeling van het beroep ten hoogste twee jaar en de behandeling van het hoger beroep eveneens ten hoogste twee jaar. Deze procedure had echter onder meer door de soms aan het bestuursrecht eigen ping pong-procedures elf jaar en ruim twee maanden geduurd. Nu de beslissing op bezwaar in de eerste ronde van deze schadeprocedure al veel te lang had geduurd en de rechtbank en de Afdeling steeds binnen de hiervoor genoemde termijn voor de behandeling van beroep en hoger beroep waren gebleven, werd de gemeente aansprakelijk gehouden voor de overschrijding van de termijn van vijf jaar. Van de overschrijding met in totaal ruim zes jaar en twee maanden werd vijf jaar en acht maanden aan de gemeente toegerekend (nu enkele maanden waren te wijten aan het procesgedrag van de pomphouder).

Worden in deze uitspraak dus indicatieve normen gegeven voor de beantwoording van de vraag, wanneer de redelijke termijn is overschreden, daarnaast wordt ook een tarief bepaald en wel van € 500 per half jaar dat de redelijke termijn wordt overschreden, waarbij het totaal naar boven wordt afgerond.

De Centrale Raad hanteert diezelfde tariefstelling in zijn uitspraak van 26 januari 2009. Voor wat betreft de termijnen wordt voor bestuursrechtelijke sociaal verzekeringszaken een kortere totale termijn aangehouden, namelijk vier jaar in plaats van de door de Afdeling gehanteerde vijf jaar, waarbij een half jaar voor bezwaar, anderhalf jaar voor het beroep en twee jaar voor het hoger beroep als standaarden worden genoemd.<sup>57</sup> Is de behandelduur in een of meer instanties langer geweest, terwijl daarvoor geen goede reden bestaat, en heeft de gehele procedure langer dan vier jaar geduurd, dan is de redelijke termijn in de procedure als geheel overschreden en wordt een schadevergoeding toegekend.

Wordt in deze zaken rekening gehouden met de mogelijkheid dat een te lange duur in een instantie vervolgens door een vlotte behandeling wordt gecompenseerd, inmiddels heeft de Afdeling beslist, dat compensatie niet aan de orde kan zijn, wanneer de overschrijding bij de eerste rechter al aan de orde is gesteld en dan de totale termijn voor de procedure tot dan toe is overschreden zonder dat daar een goede reden voor is (dus bij de termijnen die de Afdeling hanteert gaat het dan om drie jaar, één jaar voor bezwaar en twee jaar voor de procedure bij de rechter).<sup>58</sup> Anders zou de rechtbank een verzoek om schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn kunnen afwijzen, omdat de hoger beroepsinstantie het hoger beroep mogelijk zo snel behandelt dat de totale termijn niet wordt overschreden. Dat zou een merkwaardig gevolg van het instellen van hoger beroep zijn, dat de appellante de kans loopt een schadevergoeding wegens al opgelopen vertraging mis te lopen. In die uitspraak wordt bovendien beslist dat ook rechtspersonen immateriële schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn kunnen krijgen.

Ook de Hoge Raad liet zich niet onbetuigd: de belastingkamer sprak op oudejaarsdag 2008 uit, dat opgelegde

## In de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de overheid ingeperkt door een voor velen onverwacht ruime uitleg van het relativiteitsvereiste

boetes procentueel moeten worden gematigd met 5% (bij overschrijding van de redelijke termijn met zes maanden of minder), respectievelijk 10% (bij overschrijding met meer dan zes maanden doch minder dan twaalf maanden) met een maximale compensatie van € 2500 en geen vermindering bij een boete lager dan € 1000. Daarmee sluit de Hoge Raad bij de matiging van boetes niet aan bij het door de Afdeling en Centrale Raad in andere dan boetezaken gehanteerde bedrag van € 500 schadevergoeding per half jaar overschrijding.<sup>59</sup> Alle mogelijke vragen over 'redelijke termijnkwesities' zijn zeker nog niet beantwoord: wordt vervolgd dus, wellicht door wetgeving die verdere rechterlijke vindingsrijkeheid overbodig maakt.

De uitspraak van de Afdeling in de schadezaak van de Amelandse benzinepompouder is daarbij vooral van belang voor het *relativiteitsvereiste*. Zoals bekend geldt dat vereiste in het burgerlijk recht bij onrechtmatige daad, dus ook bij de onrechtmatige overheidsdaad en dus ook als de bestuursrechter (op grond van art. 8:73 Awb of naar aanleiding van een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit) over onrechtmatige daadzaken oordeelt; dit ondanks het feit, dat het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht in het algemeen thans nog niet geldt: nog niet, want, zoals we hiervoor zagen wordt dit anders als het wetsontwerp Aanpassingswet bestuursprocesrecht, waarover de Raad van State inmiddels heeft geadviseerd, wet zou worden. In de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de overheid ingeperkt door een voor velen onverwacht ruime uitleg van het relativiteitsvereiste in de arresten *Duwbak-Linda* en de *Iranese asielzoekster*.<sup>60</sup> Vooral de laatste uitspraak kwam voor velen als een verrassing, omdat het niet aansprakelijk houden van de overheid op grond van het relativiteitsvereiste in een situatie dat een burger de bestuursrechtelijke procedure inhoudelijk heeft gewonnen (een verblijfsvergunning was geweigerd, doch na vernietiging door de vreemdelingenrechter alsnog verleend), let-

terlijk en figuurlijk een hoeksteen van de rechtspraak van de Hoge Raad 'bestuursrechterlijk onrechtmatig betekent civielrechtelijk onrechtmatig' relativeert. De Afdeling heeft die lijn onder verwijzing naar dat arrest van de Hoge Raad in vreemdelingenzaken gevolgd. In de uitspraak in de *Amelandse benzinepomp*-zaak trekt zij die ontwikkeling niet door naar de ruimtelijke ordening: hoewel de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet beoogt concurrentieverhoudingen te reguleren, is de afgifte van een bouwvergunning in strijd met een bestemmingsplan wel onrechtmatig jegens de concurrent die de vernietiging van die vergunning bewerkstelligde vanwege de rechtszekerheid die besloten ligt in het limitatief-imperatief (dat wil zeggen: gebonden) stelstel van de Woningwet: in verband daarmee mogen ook concurrenten erop rekenen dat zolang een bestemmingsplan geldt, niet een daarmee strijdige vergunning wordt afgegeven.<sup>61</sup> Overigens is de aansprakelijkheid van de gemeente in tijd beperkt, in verband met het feit, dat zij enkele jaren na de vernietiging van de bouwvergunning met een vrijstelling van het bestemmingsplan de concurrerende benzinepomp alsnog een wel rechtsgeldige vergunning heeft verleend.

Deze uitspraak leert de voorstanders van een snelle invoering van het relativiteitsvereiste – waaronder Kamerleden die de mogelijkheden van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming doorgeschoten vinden – dat ook als die invoering een feit zal worden hun verwachting dat de rechtsbescherming daardoor zal afnemen wellicht enigszins moet worden getemperd.

Naar verluidt wil de Minister van Justitie verder gaan met het Voorontwerp Schadevergoeding en bestuurscompensatie, dat meer duidelijkheid boogt te brengen in de bevoegdheidsverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Backes betoonde zich kritisch over dat voorstel in zijn Maastrichtse oratie en pleit in een rijk, rechtsgelijkend georiënteerd betoog voor een radicalere oplossing.<sup>62</sup>

### Noten

50. Hetgeen samenhangt met het feit, dat tegen een daaropvolgend handhavingsbesluit wel kan worden opgekomen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 augustus 2008, nr. 200708941/1.

51. ABRvS 30 juli 2008, AB 2008, 365 (m.nt. F. Vermeer), en JB 2008/199 (m.nt. C.L.G.F.H.A. Albers), waarmee wordt teruggekomen van ABRvS 5 juli 1999, AB 1999, 280 (m.nt. Schreuder-Vlasblom) en JB 1999/199.

52. H.J.M. Besselink, 'Art. 6:13 Awb; een tussenstand', *JBplus* 2008, p. 197-207.

53. Zie bijvoorbeeld P. van Dijk, 'Een effective remedy in de zin van artikel 13 EVRM bij overschrijding van de

redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM-bestuursrechtelijke procedures', in *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 115-134, en in dezelfde bundel M. Schreuder-Vlasblom, 'Dertig jaar later; de redelijke termijn als nationale uitdaging', p. 453-496.

54. T. Barkhuysen en M. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel', *NJB* 2008, 1266.

55. ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 70 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik), *JB* 2009/13.

56. ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009/42 (m.nt. C.L.G.F.H. Albers), *USZ* 2009, 75 (m.nt. Barkhuysen & Van

Emmerik) en CRvB 26 januari 2009, *JB* 2009/66 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik).

57. Voor boetezaken hanteert de Afdeling overigens, in navolging van HR 22 april 2005, eveneens vier jaar.

58. ABRvS 4 maart 2009, 200803215/1.

Uit die uitspraak blijkt verder dat ook rechtspersonen, al dan niet verbonden met de overheid, bij overschrijding van de redelijke termijn met succes immateriële schadevergoeding kunnen claimen.

59. HR 31 december 2008, *LJN* BDO191.

60. HR 7 mei 2004, AB 2005, 127 (m.nt.

FvO). En HR 13 april 2007, AB 2008, 16 (m.nt. G.A. van der Veen) en *JB* 2007/100 (m.nt. GevM).

61. Daarover zal veel worden geschreven, zie uitgebreid in O&A 2009 dat voor of rond dit kronieknummer verschijnt: B.P.M. van Ravels, 'De Amelandse benzinestations – de koers van de Afdeling in het besluitenansprakelijkheidsrecht', alsmede een evenzeer bij de afronding van deze kroniek nog te verschijnen noot van L.J.A. Damen in *Ars Aequi*.

62. Ch.W. Backes, *Suum cuique* (oratie Maastricht), 27 november 2008, [www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=4JNCGF.LK05IBJWPD72IO&taal=nlte](http://www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=4JNCGF.LK05IBJWPD72IO&taal=nlte).

### 6. Legaliteitsbeginsel en bevoegdheidskwesties

Ook verschenen in deze kroniekperiode de einduitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak in de ESF-zaken.<sup>63</sup> Daarin geeft de Afdeling toepassing aan de prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie EG.<sup>64</sup> In dat arrest stond onder meer de vraag centraal of Nederlandse bestuursorganen rechtstreeks bevoegdheden kunnen ontleenen aan een bepaling van een EG-verordening die daarvoor niet direct geschreven lijkt te zijn. Het antwoord van het hof was op dit punt niet voor iedereen even helder, maar de Afdeling maakt er kennelijk uit op dat in casu bevoegdheden inderdaad rechtstreeks aan de betreffende verordeningbepaling kunnen worden ontleend, nu zij overweegt dat 'deze bepaling derhalve de grondslag voor de bevoegdheid van de lidstaat Nederland tot terugvordering (schept)'. Vervolgens past de Afdeling, conform de overwegingen en het dictum van het hof, het Europese vertrouwensbeginsel

geval gaf de Nederlandse regeling geen bevoegdheid om tot vernietiging van de mais over te gaan. De Minister van LNV stelde vervolgens dat hij toch tot vernietiging was verplicht op grond van een beschikking van de Europese Commissie inzake te treffen noodmaatregelen om verspreiding van de maiswortelkever te voorkomen. Het CBB overwoog in dat verband dat 'verweerders verwijzing naar beschikking 2003/766/EG niet weg (neemt) dat pas uitvoering kan worden gegeven aan daaruit voortvloeiende communautaire verplichtingen, als het nationale recht daartoe in een bevoegdheid voorziet en aan de voorwaarden voor uitoefening van deze bevoegdheid is voldaan.' Er wordt dus, in dit geval geen bevoegdheid aangenomen rechtstreeks op basis van Europese voorschriften. Belangrijk verschil met de ESF casus is, zoals annotator Ortlep terecht opmerkt, dat het in laatstgenoemde zaak ging om terugvorderingsverplichtingen op grond van een communautaire verordening,

## Het heeft er alle schijn van dat het Nederlandse vertrouwensbeginsel zoals gecodificeerd in titel 4.2 Awb voor subsidierelaties bij Europese subsidies geen betekenis meer heeft

toe en niet, zoals voorheen gebruikelijk was, een Europees ingekleurd nationaal vertrouwensbeginsel. Deze werkwijze pakt bepaald ongunstig uit voor de betreffende subsidieontvangers; bij toepassing van het communautaire vertrouwensbeginsel is er bij geconstateerde onregelmatigheden geen plaats voor verdere afwegingen: alle gelden moeten worden teruggevorderd. Op de stelling van één van de appellanten dat zij recht heeft op schadevergoeding omdat het terugvorderingsbesluit is genomen in strijd met het Nederlandse vertrouwensbeginsel gaat de Afdeling verder niet in.<sup>65</sup> Het heeft er alle schijn van dat het Nederlandse vertrouwensbeginsel zoals gecodificeerd in titel 4.2 Awb voor subsidierelaties bij Europese subsidies geen betekenis meer heeft.

Ook de voorzieningenrechter van het CBB oordeelde in de afgelopen kroniekperiode in een voorlopig oordeel dat een Nederlands bestuursorgaan, te weten de Minister van LNV, een bevoegdheid had ontleend aan een bepaling in een Europese verordening. De minister had zodoende gebruik gemaakt van een bevoegdheid die hem krachtens publiekrecht is toegekend, waarmee de ter discussie staande beslissing kon worden gekwalificeerd als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.<sup>66</sup> Opgemerkt moet worden dat er in dit geval wel een Nederlandse regeling was waarin de Minister van LNV uitdrukkelijk was aangewezen als de bevoegde autoriteit ten aanzien van de uitvoering van de betreffende communautaire bepaling, wat binnen de ESF-regelgeving niet het geval was.

Een bevoegdheidsvraagstuk met een communautair tintje was ook aan de orde in een uitspraak van het CBB in een geschil rond de vernietiging van een partij mais, teneinde de verspreiding van de maiswortelkever te voorkomen.<sup>67</sup> De betreffende partij was echter niet besmet en er bestond ook geen verdenking dat zij dat was; in dat

die op grond van art. 249 EG rechtstreeks toepasselijk is binnen de lidstaten, terwijl het in de maiszaak draaide om een communautaire verplichting van het bestuursorgaan voortvloeiende uit een beschikking.

Afgewacht moet worden in welke gevallen Nederlandse bestuursrechters bereid zullen zijn aan te nemen dat een bevoegdheidsgrondslag voor Nederlandse bestuursorganen direct – dus zonder verdere uitvoeringsbepalingen in Nederlandse regelgeving – in Europese regelgeving kan worden gevonden.

Een nationale bevoegdheidskwestie was aan de orde in de uitspraak van de Afdeling in het geschil tussen Onur Air en de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat dat ontstond doordat de laatste de aan Onur Air verleende toestemming om van en naar Nederland te vliegen tijdelijk opschortte; Onur Air zou niet aan de veiligheidsvoorschriften voldoen. De vraag stond centraal op welke grond de staatssecretaris bevoegd was om vliegmaatschappijen om veiligheidsredenen te verbieden het Nederlandse luchtruim te gebruiken, nu een geschreven wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt. Onder verwijzing naar de uitspraak *Long Lin*<sup>68</sup> overweegt de Afdeling dat de Nederlandse staat aan zijn soevereiniteit, die in beginsel volle rechtsmacht impliceert over het Nederlandse territorium, de bevoegdheid ontleent om dat te doen.<sup>69</sup> Dat geen geschreven publiekrechtelijke grondslag wordt geëist in verband met de soevereiniteit, getuigt wellicht van een soepele opvatting met betrekking tot het legaliteitsbeginsel. Een andere opvatting was in dit geval bezwaarlijk: de Afdeling wijst op het zeer zware belang van de veiligheidsaspecten van het luchtverkeer. Van een strenge benadering op grond van het legaliteitsbeginsel getuigt wel haar uitspraak van 19 november 2008 inzake aan het besluit tot toelating van zorginstellingen verbonden verplichtingen die moesten

waarborgen dat investeringen die hebben plaatsgevonden met publieke middelen anders dan ten dienste van de gezondheidszorg zouden kunnen worden gebruikt.<sup>70</sup> De Afdeling stelt vast dat de wetgever in de Wet toelating zorginstellingen 'kennelijk welbewust' heeft gekozen voor een stelsel waarin de eisen te stellen aan toegelaten instellingen kunnen voortvloeien uit de wet zelf, een daarop

gebaseerde AMvB, dan wel uit voorschriften verbonden aan de toelating van individuele instellingen, al naar gelang object en strekking van de te stellen eis. Binnen dat stelsel is de minister niet bevoegd eisen te verbinden aan toelatingsbesluiten die treden in onderwerpen die reeds in de wet zelf aan de orde zijn, of die worden geregeld in de AMvB. ●

#### Noten

63. Zaaknr. 200502910/1, 200502951/1, 200505580/1 en 200502898/1.

64. HvJ EG 13 maart 2008, zaak C-383-385/06, *NJ* 2008, 349 (m.nt. M.R. Mok), *AB* 2008, 207 (m.nt. W. den Ouden), *JB* 2008/104 (m.nt. A.J.B.). Zie ook W. den Ouden, *De terugvordering van Europese*

*subsidies in Nederland. Over legaliteit, rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel*, (oratie UL), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

65. Zie in dat verband ook Cbb 28 oktober 2008, *AB* 2008, 374 (m.nt. Ortlep), waarin een vergelijkbaar schadeverzoek gemotiveerd word afgewezen, onder

meer omdat uit de communautaire context een beperking van de te maken belangenafweging voortvloeit.

66. Cbb (vzr.) 28 augustus 2008, *AB* 2008, 344 (m.nt. Ortlep).

67. Cbb 18 september 2008, *AB* 2008, 359 (m.nt. Ortlep).

68. ARRvS 10 april 1995, *AB* 1995, 498

(m.nt. G.A. van der Veen).

69. ABRvS 3 september 2008, 200708486/1.

70. ABRvS 19 november 2008, 200804090/1.