

Kroniek van het algemeen bestuursrecht

Over de menselijke maat en responsiever bestuursrecht in de Awb

Tom Barkhuysen & Willemien den Ouden¹

Opnieuw kan worden geconstateerd dat het bestuursrechtelijke debat vooral is gericht op responsiviteit, evenredigheid en maatwerk. Nadat de bestuursrechters stappen hebben gezet richting een indringendere toetsing van overheidsbesluiten en regelgeving aan onder andere het evenredigheidsbeginsel, is nu ook op het gebied van de wetgeving concrete actie gaande: het wetsvoorstel 'Wet waarborgfunctie Awb' is in preconsultatie gebracht. Maar er worden ook duidelijk grenzen gesteld als het gaat om de burgervriendelijke deformalisering van het bestuurs(proces)recht. Openbaarheid van bestuur blijkt ondanks de nieuwe Wet open overheid nog lang geen rustig bezit. Bij toezicht en handhaving speelt evenredigheid een belangrijke rol, maar ook hun verhouding tot regelingen in het strafrecht. Als het nodig is blijkt de rechter er, ten slotte, niet voor terug te schrikken wet- en regelgeving opzij te zetten onder verwijzing naar Europees recht. Een dynamische kroniekperiode.

1. Voortgaande bewegingen naar burgervriendelijker bestuursrecht

Wetsvoorstel ter versterking van de waarborgfunctie van de Awb

In de najaarskroniek² merkten onze collega-chroniqueurs op dat er al jaren bewegingen gaande zijn richting een burgervriendelijker, responsief bestuursrecht en dat was in deze kroniekperiode niet anders. Een belangrijke ontwikkeling was de start van de preconsultatie van het wetsvoorstel 'Wet versterking waarborgfunctie Awb' op 19 januari 2023,^{3,4} dat volgens de planning begin volgend jaar bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.⁵ Het wetsvoorstel moet bijdragen aan het herstellen van het vertrouwen in de overheid en bevat wijzigingen van de Awb die erop zijn gericht de menselijke maat in het bestuurs(proces)recht te vergroten en de overheid meer 'responsief' te maken. Het beoogt de rechtspositie van de burger bij overheidshandelen te versterken, al wordt in de toelichting al op de eerste pagina benadrukt dat de bijzondere of sectorale wetgeving zelf ook op orde moet zijn.

'Een versterking van de waarborgfunctie van de Awb kan niet als vangnet dienen voor niet goed doordach-

te, te strenge of niet uitvoerbare wetten en regels. Deze dienen zelf te voldoen aan de menselijke maat.'

Desalniettemin kan de Awb worden gewijzigd zodat deze uitgaat van een realistischer mensbeeld. Tegelijkertijd wordt het belang van een 'realistischer bestuursbeeld' benadrukt; dat moet ervoor zorgen dat de concrete verplichtingen voor bestuursorganen om responsief te handelen wel uitvoerbaar blijven.⁶

De meeste voorgestelde wijzigingen werden al aangekondigd in een kabinetsbrief van 11 juli 2022,⁷ die in de najaarskroniek is besproken. Wij noemen enkele belangrijke punten. Ten eerste is er een voorstel voor een nieuwe algemene bepaling die het bestuur verplicht om zich dienstbaar op te stellen bij de uitoefening van zijn taak; het dienstbaarheidsbeginsel (voorgesteld artikel 2:4a).⁸ Dienstbaarheid betekent volgens de toelichting dat het bestuur de burger centraal stelt en voor de burger werkt. Dat vereist dat het bestuursorgaan zich steeds bewust is van de effecten van zijn handelen op de burger en beleid en uitvoering zo inricht dat de belangen van de burger daarmee worden gediend. Ook belangrijk is de uitbreiding van de motiveringsplicht bij besluiten (artikel 3:47 Awb). Een begrijpelijke motivering betekent volgens de toelichting ten eerste dat de motivering in voor de lezer begrijpe-

Dienstbaarheid vereist dat het bestuursorgaan zich steeds bewust is van de effecten van zijn handelen op de burger en beleid en uitvoering zo inricht dat de belangen van de burger daarmee worden gediend

lijke taal moet worden geschreven en ten tweede dat de lezer moet kunnen begrijpen hoe het bestuursorgaan tot dit besluit is gekomen en wat het besluit voor hem of haar betekent. Verder krijgen mensen onder het voorstel een aanspraak op het herstel van kennelijke schrijffouten, rekenfouten of andere kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen met de nieuwe artikelen 3:51 tot en met 3:53 Awb. De toeslagenaffaire heeft onder andere geleerd dat financiële beschikkingen heel ingrijpende gevolgen kunnen hebben en dat financiële wetgeving vaak onduidelijk is voor mensen.⁹ Artikel 4:12 wordt daarom zo gewijzigd dat bestuursorganen burgers vaker moeten horen voordat zij financiële beschikkingen nemen. Bij ingrijpende beschikkingen die een financiële aanspraak met meer dan € 1500 ten nadele van de ontvanger wijzigen, geldt de uitzondering op de hoorplicht niet meer. Voorstel is verder om artikel 4:84 zo te wijzigen dat daarin de jurisprudentie wordt gecodificeerd zodat ook in voorziene gevallen moet worden afgeweken van beleidsregels als het besluit anders onevenredig uitpakt voor betrokkenen. Titel 4.4 van de Awb over bestuursrechtelijke geldschulden wordt zo gewijzigd dat meer rekening wordt gehouden met het doenvermogen en de soms grote gevolgen van geldschulden voor mensen, onder meer door het stimuleren van betalingsregelingen en het beperken van de extra kosten die door de overheid in rekening mogen

worden gebracht. Verder wordt de mogelijkheid om kwijtschelding van geldschulden te verlenen uitgebreid. De aangepaste artikelen 6:7 en 6:11 voorzien in de mogelijkheid dat de bezwaar- en beroepstermijn in bepaalde gevallen wordt verlengd en stimuleren het gebruik maken van de wettelijke ruimte voor verschoonbare termijnoverschrijding in geval van persoonlijke omstandigheden; in de toelichting staat dat de bestuursrechter de lat voor verschoonbaarheid op dit moment te hoog legt. De inzichten van het project Passend Contact met de Overheid zijn op verschillende plaatsen meegenomen om informele beslechting van geschillen over overheidshandelen te bevorderen. Dat is onder meer het geval bij de nieuwe artikelen 3:45a en 3:45b (waarin het vermelden van contactgegevens en het eerder kunnen verkrijgen van onderliggende stukken wordt geregeld) en door aanpassingen in de bepalingen over bezwaar en beroep. De positie van de burger in procedures voor de bestuursrechter wordt versterkt met de invoering van een burgerlijke lus (waardoor burgers in de rechterlijke fase op instructie van de rechter nog met nader bewijs kunnen komen, waar zij nu nog vaak worden afgerekend op het niet uit eigen beweging inbrengen daarvan) en in dat verband worden meer mogelijkheden gecreëerd voor tussenuitspraken door aanpassing van onder meer artikel 8:80a Awb. In de rechtspraak zijn trouwens al voorbeelden te zien van informele burgerlussen.¹⁰

Auteurs

1. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe te Amsterdam, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en lid van de redactie van het *Nederlands Juristenblad*. Prof. mr. drs. W. den Ouden is werkzaam als staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer-plaatsvervanger bij het CBB. Deze kroniek bestrijkt de periode van oktober 2022 tot en met maart 2023.

Noten

2. J.P. Heinrich & I.M. van der Heijden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht. Groot onderhoud aan het bestuursrecht: over het herwinnen van vertrouwen in de rechtsstaat', *NJB* 2022/2362, afl. 33, p. 2671-2685.
3. *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763. Zie ook: rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/01/20/aanbiedings-

brief-tk-toezending-ter-kennisname-teksten-pre-consultatie. Zie voor een uitgebreidere beschrijving daarvan B. Marseille e.a., 'Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb', *NJB* 2023/819, afl. 12, p. 908-919.
4. Overige (voorstellen tot) wijzigingen laten wij deze keer onbesproken, maar er zijn natuurlijk meer ontwikkelingen rond de Awb. Zo kan worden gewezen op het wetsvoorstel 'Versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II' dat op 29 december 2022 aan de RvS is gezonden. Daarin wordt voorgesteld om in art. 8:18 Awb te regelen dat de wrakingskamer bij een kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk-ongegrond wrakingsverzoek kan beslissen het verzoek zonder behandeling ter zitting af te doen. Ook vermeldenswaard is dat de Ministers van BZK en voor Rechtsbescherming het niet nodig vinden in de Awb op te nemen dat burgers altijd het laatste woord moeten krijgen in een zitting bij de bestuursrechter (*Kamerstukken I* 2022/23, 35295, AI). Ten

slotte moet worden vermeld dat ook de inwerkingtreding van de Omgevingswet per 1 januari 2024 gevolgen zal hebben voor de Awb middels de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten via de Wet wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht.
5. *Kamerstukken II* 2022/23, 35510, nr. 112.
6. En daarvoor moet nog heel wat gebeuren, zo lezen wij in M. van der Steen, 'Logische problemen: een bestuurskundig perspectief op de (on)uitvoerbaarheid van beleid en wetgeving', *Regelmaat* 38/2022, afl. 4, p. 293-305, dat ook voor juristen zeer lezenswaardig is. Zie in dat themanummer ook: J.F.L. Roording, 'De juridisering van de uitvoering', *Regelmaat* 2022/38, afl. 4, p. 306-313; en A. Bosman, 'Staat (van) de uitvoering? Een parlementair perspectief', *Regelmaat* 2022/38, afl. 4, p. 332-342.
7. *Kamerstukken II* 2021/22, 35510, nr.

102.

8. Daarover in deze kroniekperiode E.M.M.A. Driessen, *De dienstbare overheid en het ondersteunen van burgerinitiatieven*, Jonge VAR preadvies 2022.
9. Dat was overigens wel eerder bekend. Kortmann wijst erop dat naar aanleiding van het evaluatieonderzoek naar de geldschuldentitel ook al veel verbeteringen hadden kunnen worden doorgevoerd. C.J.N. Kortmann, 'Wetten verbeteren zonder affaire', *NTB* 2023/75, afl. 3, p. 121-122.
10. Vgl. ABRvS 8 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:493 (anders dan de rechtbank oordeelt de Afdeling dat appellant aannemelijk heeft gemaakt dat hij als gevolg van het onrechtmatige besluit schade heeft geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. De Afdeling stelt in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil appellant in een tussenuitspraak alsnog in de gelegenheid om binnen acht weken de berekening van zijn schade nader toe te lichten en te onderbouwen).

Het blijft heel belangrijk dat bestuur en rechter zich blijven realiseren wat rechtsregels in de praktijk betekenen voor mensen die daarmee te maken krijgen en om daar voldoende rekening mee te houden

De preconsultatie is zeer breed ingestoken. Het conceptwetsvoorstel is door de Ministeries van JenV en BZK gezonden aan een groot aantal instanties en personen (zie bijlage 5 bij de stukken) met specifieke vragen om commentaar en advies (bijlage 4). Het gaat om een voorstadium van de bij wetsvoorstellen gebruikelijke (internet) consultatie en biedt aan (vertegenwoordigers van) uitvoeringsorganisaties, decentrale overheden en rechtsprekende instanties de gelegenheid alvast in een eerste impactanalyse de effecten van de beoogde aanpassingen te toetsen. Er zullen dus ongetwijfeld nog de nodige wijzigingen en aanvullingen volgen in de komende jaren. Dat neemt niet weg dat nu al kan worden geconstateerd dat het bestuursrecht door dit wetsvoorstel een stuk rechtvaardiger zou kunnen worden,¹¹ al zal er veel afhangen van de bestuurlijke en rechterlijke cultuur.¹² Het blijft heel belangrijk dat bestuur¹³ en rechter zich blijven realiseren wat rechtsregels in de praktijk betekenen voor mensen die daarmee te maken krijgen¹⁴ en om daar voldoende rekening mee te houden.

Naast het wetsvoorstel en de memorie van toelichting is er bij de preconsultatie ook een document meegezonden met een mogelijke wijziging van artikel 3:4 Awb (evenredigheidsbeginsel).¹⁵ Minister Bruins Slot (BZK) gaf hierover uitleg in de beantwoording van Kamervragen over de kabinetsbrief van 11 juli 2022.¹⁶ Zij schrijft over dit afzonderlijke document:

‘Het betreft een stuk dat nog in discussie is. We willen de meedenkkraft en reflecties vanuit de belanghebbende organisaties benutten en daarmee de discussie verder brengen. Vanwege de fundamentele aard van het voorstel wordt de stakeholders in de preconsultatie gevraagd om in hun reflectie in ieder geval de gevolgen voor bestuursorganen en de rechterlijke macht te betrekken.’

Het betreft inderdaad een fundamenteel stuk waarin wordt voorgesteld dat artikel 3:4 lid 2 Awb voortaan zo zal luiden:

‘De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt.’

Volgens de toelichting maakt de uitbreiding van artikel 3:4 lid 2 met de cursief weergegeven zinsnede ondubbelzinnig duidelijk dat het evenredigheidsbeginsel van toepassing is bij alle wettelijke voorschriften, dus ook bij wetten in formele zin. De regering erkent dat het in eerste

instantie aan de wetgever is om te zorgen voor evenredige wetten met een duidelijk omschreven doel en met ruimte voor de uitvoering om knelgevallen op te lossen, maar gemaakte inventarisaties van mogelijke ‘hardheden’ in wetgeving laten zien dat er sprake is van achterstallig onderhoud en ook overigens valt niet uit te sluiten dat een wet niet aan die standaard voldoet. Daarom is als ultimum remedium dit ‘veiligheidsventiel’ nodig. Dit zou betekenen dat bij beoordeling van een aangevochten besluit de rechter ook een formeel wettelijk voorschrift op grond van artikel 3:4 Awb buiten toepassing kan laten als hij van oordeel is dat sprake is van onevenredig harde gevolgen. Het voorgestelde artikel 3:4 lid 2 Awb maakt geen onderscheid tussen gebonden en discretionaire bevoegdheden of tussen formele wetten en andere wettelijke voorschriften. Wel verwacht de regering blijkens de toelichting dat het karakter van formele wetten in de praktijk zal leiden tot een verschil (en naar wij aannemen verlichting) in toetsingsintensiteit; dit karakter zal kunnen meewegen als factor op de glijdende schaal waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden, zoals uiteen is gezet in de *Harderwijk-uitspraak*.¹⁷

Onder het kopje ‘Staatsrechtelijke aspecten’ behandelt het evenredigheidsdocument de vraag of deze verruimde toetsingsbevoegdheid verenigbaar is met artikel 120 Grondwet. Dat zou het geval zijn omdat deze bepaling zich niet verzet tegen toetsing van de wet in formele zin aan een beginsel dat is vastgelegd in een andere (formele) wet en er dus, aldus het betoog in de toelichting, van toepassing van het evenredigheidsbeginsel *contra legem* geen sprake meer is. Of deze toelichting eenieder direct zal overtuigen is de vraag. Het aanbrengen van deze wijziging in de Awb en doorvoeren daarvan in de rechtspraak zal een ingrijpende wijziging betekenen in de taakverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter en roept bovendien de vraag op of er nu sprake is van een poging om een hiërarchie aan te brengen tussen verschillende formeel-wettelijke bepalingen. Wij vermoeden daarom dat het laatste woord over dit voorstel nog niet is gezegd, maar de discussie is belangrijk genoeg om breed te worden gevoerd.

Ontwikkelingen in de rechtspraak

Dat blijkt ook uit de vragen die bestuursrechters voorleggen aan hun collega's staatsraden A-G. Onze collega-chroniqueurs verwezen in de najaarskroniek al naar een heus vierluik van conclusies over de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁸ Inmiddels kunnen wij berichten over de einduitspraak na de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Snijders over de beperkingen van het grondwettelijke toetsingsverbod voor de toet-

sing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel. Snijders noemde twee mogelijkheden voor de rechter om aan de strikte toepassing van een wet in formele zin te ontkomen wanneer dit tot onevenredige uitkomsten zou leiden: de beginselconforme toepassing van de wet, of, wanneer dat niet mogelijk is, de *contra legem*-toepassing van rechtsbeginselen. Dat laatste is volgens Snijders alleen in uitzonderlijke gevallen mogelijk, namelijk als de wetgever bepaalde gevallen of uitkomsten bij de totstandkoming van een wet niet voor ogen heeft gehad, wat goed moet worden onderbouwd omdat zowel het primaat van de wetgever als het toetsingsverbod met zich brengen dat de rechter er in beginsel van moet uitgaan dat wetgeving berust op een behoorlijke afweging van belangen voor de gevallen die zij bestrijkt. Voor Snijders blijft rechterlijke terughoudendheid dus het uitgangspunt. Hij zag daarmee minder ruimte dan de staatsraden A-G Wattel en Widdershoven¹⁹ in hun conclusie van 7 juli 2021, die de tijd rijp achtten voor een engere interpretatie van het toetsingsverbod zodat 'wetsbepalingen van dwingend recht ook kunnen worden getoetst aan internrechtelijke rechtsbeginselen'. In de einduitspraken²⁰ van 1 maart 2023 gaat de grote kamer grotendeels mee in de conclusie van Snijders.²¹

In de belangrijkste uitspraak²² draaide de zaak om de dwingend geformuleerde bepaling van artikel 1.3 lid 2 aanhef en onder b Wet kinderopvang (Wko), waarin is geregeld dat kinderopvangtoeslag slechts tot drie maanden voor de aanvraag met terugwerkende kracht kan worden toegekend. De appellante in deze zaak stelde dat er maatwerk moest worden geleverd. Zij woonde nog niet lang in Nederland, zij voldeed aan alle voorwaarden voor de kinderopvangtoeslag, maar had deze te laat aangevraagd waardoor zij in 2014 een bedrag van ruim € 4500 misliep. De Afdeling stelt eerst vast dat deze bepaling dwingend is geformuleerd en geen mogelijkheid geeft

om van de driemaandentermijn af te wijken. Deze bepaling kan niet worden getoetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb, omdat volgens die bepaling slechts een belangenafweging wordt gemaakt voor zover niet uit een wettelijk voorschrift een beperking voortvloeit, wat hier het geval is gezien de dwingende aard van de betreffende bepaling in de Wko. Vervolgens oordeelt de grote kamer dat wetten in formele zin ook niet aan het evenredigheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel kunnen worden getoetst: bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling staat het toetsingsverbod eraan in de weg dat een wet in formele zin wordt getoetst aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht, aldus de Afdeling. Daarbij acht zij van belang dat de (grond)wetgever zich momenteel buigt over de vraag of het toetsingsverbod in stand moet blijven,²³ een proces dat de Afdeling niet wil doorkruisen door het toetsingsverbod anders uit te leggen dan voorheen.²⁴ Zij acht een *contra-legem* toepassing van algemene rechtsbeginselen wel mogelijk wanneer toepassing van de formele wet wegens daarin niet verdisconteerde omstandigheden zou leiden tot strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel. Daarbij wijst zij erop dat de niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden verschillend van aard kunnen zijn. Zo kunnen zijn gelegen in het handelen van het bestuursorgaan bij de uitvoering of de toepassing van de wettelijke bepaling of het kan gaan om gevolgen van de toepassing van de wettelijke bepaling die niet stroken met wat de wetgever kan hebben bedoeld of voorzien. Met een verwijzing naar de wetgeschiedenis van de driemaandentermijn oordeelt de Afdeling dat van dat laatste in dit geval geen sprake is: aangenomen moet worden dat de gevolgen daarvan door de wetgever zijn voorzien en bedoeld. Aan de vraag of toepassing van de bepaling leidt tot strijd met het evenredigheidsbeginsel komt de Afdeling in deze uitspraak dus niet toe.

11. In die zin T. Barkhuysen, 'Naar een materieel rechtvaardiger bestuursrecht', *NJB* 2023/324, afl. 5, p. 359. Er klinken echter ook kritische geluiden, zie bijvoorbeeld C.J.N. Kortmann, 'De wetgever als Zeeuws Meisje. Over misplaatste zuinigheid bij de voorgenomen verruiming van bezwaartermijnen in het bestuursrecht', *NJB* 2023/820, afl. 12, p. 920-922.

12. Daarover Y.E. Schuurmans, 'Codificatie van mensgericht bestuursrecht', *RM Themis* 2022, afl. 6, p. 269-272.

13. Daarover wordt in de literatuur ook veel geschreven. Zie in deze kroniekperiode bijvoorbeeld M.H. Ippel & P. Beirnaert, 'Goede uitvoering van wetgeving vanuit het burgerperspectief', *Regelmaat* 2022/38, afl. 4, p. 314-331; L. Hulst, B. Marseille & N. Steenhagen, 'Hoe kan het burgerperspectief bij de overheid vaste voet aan de grond krijgen?', *NJB* 2022/2791, afl. 39, p. 3210-3218; en H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *Ars Aequi* 2022, nr. 10, p.

755-765.

14. Aldus ook M. Scheltema, 'Procederen tegen de burger. Maakt het recht van de burger een vijand?', *NTB* 2023, afl. 2, p. 57-58, waarin hij ingaat op de situatie waarin de overheid tegen de burger procedeert.

15. Bijlage 3.

16. Brief van 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 35510, nr. 112, zie het antwoord op vraag 30.

17. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten (*Harderwijk*).

18. Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, 7 juli 2021,

ECLI:NL:RVS:2021:1468 (toetsing van herstelsancties en andere bestuurlijke maatregelen aan het evenredigheidsbeginsel); zie daarover in deze kroniekperiode M. Feenstra, 'De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties', *NTB* 2022/345, afl. 10, p. 591-599; Concl. A-G P.J. Wattel 16 februari

2022, ECLI:NL:RVS:2022:516 (toetsing van besluiten die berusten op een gebonden bevoegdheid in een avv aan het evenredigheidsbeginsel); Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440 (toetsing besluiten die berusten op een discretionaire bevoegdheid met een grondslag in beleidsregels aan het evenredigheidsbeginsel); en Concl. A-G G. Snijders 18 mei 2022,

ECLI:NL:RVS:2022:1441 (toetsing formele wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel).

19. Zie voor een vergelijking van de verschillende conclusies J. Uzman, 'Twee rechts, één averechts? De conclusie van A-G Snijders over het toetsingsverbod en het evenredigheidsbeginsel in de optocht van de tijd', *O&A* 2022/59, afl. 3, p. 124-127. Zie daarover verder R.J.N. Schlössels, M.C.A. Hermans & M.H.W.C.M. Theunisse, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2022/309, afl. 9, p. 567-579.

20. ECLI:NL:RVS:2023:772 en ECLI:NL:RVS:2023:852.

21. Dat de weg van *judicial restraint* zou worden gekozen, was al voorzichtig voorspeld door Mijnenhuis & Uzman in hun annotatie bij GHvJ 7 september 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:83, AB 2023/68, waarin het hof oordeelde dat artikel 101 van de Staatsregeling van Curaçao zo moet worden uitgelegd dat de rechter landsverordeningen niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen en dat er geen sprake was van niet-verdisconteerde omstandigheden.

22. ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

23. Zie daarover ook A.E.M. Leijten, 'Toetsen of niet toetsen, that's the question', *JBPlus* 2022/7, nr. 3, p. 99-112.

24. Terzijde valt op dat de Afdeling vaker grijpt naar het plaatsen van een oproep aan de wet- en regelgever om problemen op te lossen waartoe de rechter geen of te weinig ruimte heeft. Vgl. bijvoorbeeld ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:832; en ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1245.

Ook deze zaak maakt weer duidelijk hoe belangrijk conclusies en uitspraken van grote kamers zijn voor de ontwikkeling van het bestuursrecht

Ook deze zaak maakt weer duidelijk, hoe belangrijk conclusies en uitspraken van grote kamers zijn voor de ontwikkeling van het bestuursrecht.²⁵ Dat werd ook geconcludeerd tijdens een symposium onder de titel '10 jaar conclusies en grote kamer in de Awb' dat op 19 januari 2023 werd georganiseerd door de hoogste bestuursrechters.²⁶ Dat leidde tot een NTB-special waarin de bijdragen van de sprekers op die dag – Minister voor Rechtsbescherming Weerwind, president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven T.G.M. Simons, rechter M.J.M. Verhoeven, advocaat en hoogleraar T. Barkhuysen, hoogleraar J.E. van den Brink en president van de Hoge Raad G. de Groot – zijn gepubliceerd. Een aantal bijdragen maakt duidelijk dat de institutionele inbedding van de grote kamer en de A-G nog zou kunnen worden verbeterd.²⁷

In het licht van de evenredigheidstoetsing is ten slotte ook vermeldenswaard dat de Commissie Rechtseenheid bestuursrecht blijkens haar jaaroverzicht over 2022²⁸ heeft gesproken over de wijze van rechterlijke toetsing van buitenwettelijk begunstigend beleid. Uit de rechtspraak van de verschillende colleges volgt dat als er wordt geprocedeerd tegen een besluit dat op grond van buitenwettelijk en begunstigend beleid is genomen (denk aan een besluit waarin iemand niet in aanmerking wordt gebracht voor een compensatie), de bestuursrechter dit beleid zeer terughoudend dient te toetsen aan onder meer algemene rechtsbeginselen en fundamentele rechten. De bestuursrechter aanvaardt het bestaan en de inhoud van dergelijk beleid als een gegeven. De rechterlijke toetsing is beperkt tot de vraag of het bestuursorgaan het beleid consistent heeft toegepast en de vraag of er fundamentele rechten zijn geschonden. In de Commissie is gesproken over de vraag of er aanleiding is voor een indringendere toetsing. De Afdeling heeft in een uitspraak van 2 november 2022 uiteindelijk het bestaande toetsingskader niet verlaten.²⁹ Wel heeft zij in die uitspraak in reactie op het betoog van appelland die opkwam tegen een afwijzend besluit dat een meeromvattende toetsing zou passen in de ontwikkeling waarin de bestuursrechter indringender toetst, aandacht geschonken aan de vraag hoe die intensievere toetsing eruit zou kunnen zien. In dat licht overweegt de Afdeling dat voor een toetsing die verder gaat dan de toetsing op consistentie en aan fundamentele rechtsbeginselen, zou kunnen worden aangesloten bij de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften die geen wet in formele zin zijn. Dit betekent dat een buitenwettelijk begunstigende beleidsregel zou worden getoetst op rechtmatigheid, waaronder de verenigbaarheid met hogere regelgeving. Ook zouden de algemene rechtsbeginselen en

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer vormen.

2. Andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Niet alleen het evenredigheidsbeginsel kreeg in de afgelopen periode veel aandacht, dat geldt zeker ook voor het vertrouwensbeginsel. Onze collega-chroniqueurs plaatsten hun najaarskroniek zelfs geheel in het kader van het herwinnen van vertrouwen in de rechtsstaat. Dat zal geen gemakkelijkere opgave zijn geworden door het rapport *Groningers boven gas* dat de parlementaire enquêtecommissie aardgaswinningen Groningen op 24 februari 2023 heeft aangeboden aan de Tweede Kamer.³⁰ De pijnlijke hoofdconclusie van dit rapport is dat de belangen van de Groningers door de overheid, de NAM en de betrokken aardoliemaatschappijen structureel zijn genegeerd bij de gaswinning. De situatie die zo heeft kunnen ontstaan noemt de Commissie 'rampzalig'; de gaswinning in Groningen is uitgelopen op een ongekend systeemfalen, van zowel publieke als private partijen die hun plichten hebben verzaakt. In het starre gasgebouw dat zij vormden was weinig oog voor belangen van de buitenwereld. Niet alleen de bevingen, ook de gebrekkige schadeafhandeling heeft schade toegebracht aan de Groningers en datzelfde geldt voor de zwalkende versterkingsaanpak. De Commissie concludeert dat 'Nederland zijn ereschuld aan Groningen moet inlossen'.

En zo ligt er een tweede rapport van een parlementaire enquêtecommissie waarnaar kan worden verwezen voor de noodzaak van de al in de vorige kroniek aangekondigde Staatscommissie Rechtsstaat, die het functioneren van de rechtsstaat zal analyseren en voorstellen zal doen voor versterking daarvan. Daarbij zal de commissie nadrukkelijk aandacht hebben voor bescherming van burgers tegen onvoorziene en ongewenste gevolgen van overheidsmaatregelen.³¹ Goed is dat wij nu kunnen melden dat de leden daarvan inmiddels zijn geïnstalleerd.³² De Staatscommissie zal naar verwachting eind 2024 rapporteren over haar bevindingen.

Natuurlijk waren er op het gebied van het vertrouwensbeginsel ook de nodige ontwikkelingen in de rechtspraak. De driestappentoets die de bestuursrechter uitvoert bij een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt verder uitgewerkt³³ en leidt soms tot succes.³⁴ In een uitspraak van het CBb van 18 oktober 2022³⁵ bijvoorbeeld, oordeelt het College dat een ondernemer mocht uitgaan van informatie die was geplaatst op de website van de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie voor Accountants over de regeling Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL). De betreffende tekst was afkomstig van een medewerker van RVO, de organisatie die de regeling uitvoerde voor de Minister van EZK. RVO was ervan op de hoogte dat deze tekst op de website van de NBA zou worden geplaatst en heeft daar stilzwijgend mee ingestemd. De NBA had bij de tekst ook vermeld dat deze informatie van RVO afkomstig was. Als de NBA dat doet, is daarmee de schijn gewekt dat deze informatie onder verantwoordelijkheid van de Minister van EZK door RVO aan de NBA is verstrekt, aldus het College. Bovendien is de schijn gewekt dat RVO de informatie heeft verstrekt om te publiceren zodat ondernemers daar hun handelen op kunnen afstemmen. Daar-

om rekent het CBb de toezegging toe aan de minister en slaagt het beroep op het vertrouwensbeginsel.

Een tweede voorbeeld biedt een uitspraak van de ABRvS van 1 maart 2023,³⁶ waarin het draaide om een eigenaar van een parkeerterrein die dat terrein met een slagboom had afgesloten en daarbij betaalapparatuur en borden had geplaatst, nadat de gemeentelijke parkeeradviseur hem in verschillende mails had bevestigd dat het parkeerterrein niet openbaar was en dus mocht worden afgesloten. De Afdeling oordeelt dat de eigenaar de gerechtvaardigde verwachting mocht hebben dat zij het parkeerterrein mocht afsluiten. Dat wil echter niet zeggen dat deze verwachting moet worden gehonoreerd. Het college van B&W was al langer bezig met een parkeerplan voor een groter gebied, waarvan het parkeerterrein deel uitmaakt en waarin aan de hand van inspraakrondes ook met de belangen van omwonenden en winkeliers rekening zou worden gehouden. Het belang van de eigenaar bij de exploitatie van het parkeerterrein legt het daartegen af, dus mocht het college gebruik maken van zijn handhavingsbevoegdheid. Wel moet het college de schade vergoeden die de eigenaar heeft geleden door te vertrouwen op de toezegging. Daarmee enigszins vergelijkbaar is een uitspraak van 22 maart 2023 waarin de ABRvS oordeelt dat een college van B&W ten onrechte voorafgaand aan het besluit tot weigeren van de omgevingsvergunning geen onderzoek heeft gedaan naar het bieden van enige vorm van compensatie voor het niet nakomen van opgewekt gerechtvaardigd vertrouwen. Om deze reden wordt het weigeringsbesluit vernietigd.³⁷

Ook het specialiteitsbeginsel heeft in de kroniekperiode een burgervriendelijkere invulling gekregen dan voorheen. In een uitspraak van de ABRvS van 7 december 2022³⁸ staat te lezen dat 'anders dan in eerdere rechtspraak, waarin is overwogen dat geen beperkingen zijn gesteld aan de feiten of omstandigheden die bij de beoordeling van het levensgedrag mogen worden betrokken (...) de Afdeling (overweegt) dat, gelet op het specialiteitsbe-

ginsel, zoals neergelegd in artikel 3:4, eerste lid, van de Awb, de feiten en omstandigheden die worden meegewogen in het oordeel over het levensgedrag van de vergunningaanvrager relevant moeten zijn voor de exploitatie van een horecabedrijf'. Daarmee geeft zij een nadere invulling aan eerdere rechtspraak, waarin werd geoordeeld dat, indien de voorwaarde dat een betrokkene niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mag zijn niet nader is gespecificeerd, uitsluitend die gedragingen meewegen op grond waarvan het voor eenieder evident is dat daarmee niet aan die voorwaarde is voldaan.

Het gelijkheidsbeginsel ten slotte mocht vooral in de bestuursrechtelijke literatuur op veel belangstelling rekenen, met name als gevolg van het *Didam*-arrest van de Hoge Raad.³⁹

3. Kernbegrippen

Na al deze inleidende beschrijvingen van de manier waarop rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden ingezet om te komen tot een mensvriendelijker bestuursrecht, komen wij nu dan toe aan de bestuursrechtelijke kernbegrippen,⁴⁰ waarmee wij de kroniek meestal aanvangen.

Bestuursorgaan

Over het begrip bestuursorgaan is in deze kroniekperiode niet veel jurisprudentie verschenen, maar een uitspraak van de ABRvS van 1 februari 2023⁴¹ was wel interessant. Daarin draaide het om de vraag of een e-mail van de Regionale urgentiecommissie Tilburg (een commissie waarin werd samengewerkt door vijf woningbouwcorporaties) waarmee een aanvraag om een voorrangsverklaring werd afgewezen als een besluit kon worden aangemerkt. In dat kader onderzoekt de Afdeling of de urgentiecommissie kan worden beschouwd als een buitenwettelijk b-bestuursorgaan, vanwege een beslissende mate van zeggenschap van de gemeente in de woonruimteverdeling. In deze uitspraak wordt dus een criterium dat normaliter⁴² wordt

25. In dat verband kan deze mooie uitgave worden vermeld: D. Brugman & C.N.J.

Kortmann, *Tien jaar conclusies in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2022.

26. Zie als resultaat daarvan: raadvanstate.nl/bestuursrechtspraak/10-jaar-conclusie-en-grote-kamer/.

27. F.M. Weerwind, 'Juridische vlinders', *NTB* 2023/39, afl. 2, p. 59-60; T.G.M. Simons, 'De conclusie en de grote kamer tussen de hoogste bestuursrechters', *NTB* 2023/40, afl. 2, p. 61-63; M.J.M. Verhoeven, 'Convergentie, inspiratie en de vooruitschauwende werking', *NTB* 2023/41, afl. 2, p. 64-65; T. Barkhuysen, 'O jee of holidajee', *NTB* 2023/42, afl. 2, p. 66-68; J.E. van den Brink, 'Een grotere rol van de wetenschap bij conclusies en uitspraken van de grote kamer', *NTB* 2023/43, afl. 2, p. 69-71; G. de Groot, 'Conclusies en grote kamer in het bestuursrecht als instrumenten om bij te dragen aan consistente en vertrouwenwek-

kende rechtspraak', *NTB* 2023/44, afl. 2, p. 72-77; en L.A. van Heusden, M.K.G. Tjepkema & J. Verbeek, 'Verslag symposium 10 jaar conclusie en grote kamer in de Awb', *NTB* 2023/45, afl. 2, p. 78-80.

28. Te vinden op de website rechtspraak.nl.

29. ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3135.

30. *Kamerstukken II* 2022/23, 35561, nrs. 5-11.

31. Aldus het Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat van 10 februari 2023, *Stcrt.* 2023, 7635.

32. rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2023/02/03/benoeming-overige-leden-staatscommissie-rechtsstaat.

33. Zie voor concrete aanbevelingen op dat gebied N. van Triet, *Afspraken en aanspraken. Overheidsverplichtingen voor een schending van gerechtvaardigd vertrouwen, op het grensvlak van het bestuursrecht en het civiele recht* (diss. Nijmegen), Deventer:

Wolters Kluwer 2023.

34. Maar ook heel vaak niet. Zie voor zo'n voorbeeld met een kritische annotatie CrvB 27 september 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2110, *AB* 2023/37, m.nt. L.J.A. Damen.

35. CrvB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:706.

36. ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:807.

37. ABRvS 22 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1155.

38. ABRvS 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3620.

39. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778. Zie in deze kroniekperiode daarover o.a. A. Knook, 'Een stappenplan na Didam', *O&A* 2022/58, afl. 3, p. 119-123 en S.E. Zijlstra, 'Didam en de wetgever', *NTB* 2023-01.

40. Daarover ook en uitgebreider: R. Bessie, R.M. van Male, F.M.E. Schulmer & G.A. van

der Veen, 'Bestuurshandelingen', *NTB* 2023/9, afl. 1, p. 28-40.

41. ABRvS 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:392, *NJB* 2023/543.

Eenzelfde toets vindt plaats in ABRvS 22 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1127.

In een uitspraak van ABRvS 15 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1014, wordt echter vastgehouden aan de eis dat een privaatrechtelijke rechtspersoon slechts een buitenwettelijk b-bestuursorgaan kan zijn wanneer deze geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekt.

42. Sinds de conclusie over het b-bestuursorgaanbegrip van A-G Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2014:2260) en de daarop volgende uitspraken van de ABRvS van 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ECLI:NL:RVS:2014:3394.

gehanteerd bij de beoordeling of een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekt kan worden beschouwd als een buitenwettelijk b-orgaan, toegepast in een casus waarin het draaide om een urgentieverklaring. De conclusie was overigens dat er geen sprake was van een bestuursorgaan.

Belanghebbende

Ook over het belanghebbendebegrip verscheen interessante jurisprudentie. Opnieuw was er veel te doen over de vraag wanneer er 'slechts' sprake is van een afgeleid belang waardoor er geen sprake is van een belanghebbende. In een annotatie onder drie uitspraken bespreekt Hans Tolsma hoe drie hoogste bestuursrechters daarover

Opnieuw was er veel te doen over de vraag wanneer er 'slechts' sprake is van een afgeleid belang waardoor er geen sprake is van een belanghebbende

oordelen langs de lijnen van de (grotendeels op jurisprudentie gebaseerde) vuistregels, die door staatsraad A-G Widdershoven werden geformuleerd in zijn conclusie⁴³ over de toepassing van het afgeleid belang. In een uitspraak van het CBB van 25 oktober 2022⁴⁴ wordt het afgeleid belang tegengeworpen aan een zelfstandig adviseur van pluimveehouders die opkomt tegen een besluit tot algemeen verbindend verklaren van voorschriften op het gebied van onderzoek en innovatie van de brancheorganisatie. Zijn belang loopt parallel aan dat van de pluimveehouders en het bestreden besluit heeft enkel gevolgen voor de adviseur via de met de pluimveehouders gesloten adviseringsovereenkomsten. Hij heeft dus geen zelfstandig eigen belang dat rechtstreeks bij het besluit is betrokken, aldus het College, dat ook oordeelt dat er evenmin sprake is van een situatie die zelfstandige rechtsbescherming rechtvaardigt. In een uitspraak van het CRvB van 23 november 2022⁴⁵ komt de Raad tot het oordeel dat twee zorgleveranciers geen belanghebbenden zijn bij een besluit tot terugvordering van PGB's bij hun cliënt. Hun belangen zijn niet rechtstreeks betrokken omdat de gevolgen van dat besluit zich voordoen in de relatie tussen de budgethouder en het zorgkantoor. Voor zover de zorgverleners van dat besluit financiële gevolgen (zullen) onderkennen, vloeien die niet rechtstreeks voort uit dat besluit. Dat het zorgkantoor de vordering op de budgethouder op hen wil verhalen is immers een gegeven dat niet rechtstreeks met het terugvorderingsbesluit is verbonden en het feit dat de budgethouder zijn eventuele civiele vordering op de zorgverleners aan het zorgkantoor heeft gecedeerd bevestigt slechts dit niet-rechtstreekse verband, aldus de Raad.

De derde uitspraak van het drieluik van Tolsma betreft een in de vorige kroniek reedsesignaleerde uitspraak van de ABRvS⁴⁶ over de Stichting Waarborgfonds Sociale Woningbouw, die hoewel haar belang via een contractuele relatie wordt geraakt, toch wordt aangemerkt als belanghebbende bij besluiten tot (gedeeltelijke) afwijzing van aanvragen tot saneringssubsidies van twee woningbouwcorporaties, onder andere omdat de Stichting evident zwaarder wordt getroffen. Tolsma merkt naar aanleiding van de besproken uitspraken op dat alleen het CBB de vuistregels ook expliciet benoemt in de beoordeling en dat dat de voorkeur verdient omdat dit het lastige belanghebbendebegrip inzichtelijker maakt voor de rechtspraak. Dat gebeurt echter niet in een recente uitspraak van 15 februari 2023 van de ABRvS van 15 februari 2023⁴⁷ waarin de Afdeling oordeelt dat hoewel bij een besluit tot intrekking van een Wbr-vergunning in beginsel slechts het belang van de vergunninghouder rechtstreeks is betrokken, het enkele feit dat er een contractuele relatie bestaat tussen de vergunninghouder en een derde niet betekent dat het belang van die derde bij dat besluit alleen al daarom als een afgeleid belang moet worden aangemerkt. Onderzocht moet worden of deze derde los van die contractuele relatie ook een zelfstandig belang heeft bij dat besluit. Dat blijkt in casu het geval omdat de derde door het intrekkingbesluit haar bedrijfsactiviteiten op de vergunde locatie moest beëindigen en het besluit daarmee directe gevolgen had voor de bestaande bedrijfsvoering, zoals het opvangen van gederfde inkomsten en het overplaatsen of ontslaan van werknemers. De exploitante werd dus geraakt in een zelfstandig belang en heeft daarom een rechtstreeks belang bij het intrekkingbesluit.

Naast het leerstuk van het afgeleid belang blijft ook de vraag wie belanghebbend is bij besluiten van algemene strekking de pennen in beweging gehouden. Wie heeft er een persoonlijk belang waarmee hij zich onderscheidt van de 'amorphe massa'?⁴⁸ Deze vraag kwam aan de orde in een uitspraak van de ABRvS van 23 november 2022,⁴⁹ waarin het geschil draaide om een verkeersbesluit over een kruispunt dat werd genomen in het belang van de verkeersveiligheid als bedoeld in artikel 2 Wegenverkeerswet 1994. De Afdeling wijst op vaste jurisprudentie die inhoudt dat met het stellen van de belanghebbendeneis 'een zekere begrenzing is beoogd voor de mogelijkheid tegen een besluit bezwaar te maken en beroep in te stellen. Het is niet de bedoeling van de wetgever geweest om tegen een verkeersbesluit beroep open te stellen voor eenieder.' Bij verkeersbesluiten zal dus van geval tot geval moeten worden onderzocht wie daarbij belanghebbende is op grond van bijzonder, individueel belang bij dat besluit, dat zich in voldoende mate onderscheidt van de belangen van andere weggebruikers. Daarbij is niet van belang of de belangen waarop een partij zich beroept een relatie hebben met het doel van de verkeersbesluiten en het antwoord op de vraag of artikel 2 WvW 1994 al dan niet strekt ter bescherming van die belangen. In deze zaak heeft de appelland gesteld dat het verkeersbesluit leidt tot afremmen en optrekken van het verkeer en daarmee tot een hogere geluidsbelasting op en in zijn woning die ligt op korte afstand van het kruispunt en tot overlast door trillingen. Daarmee ondervindt hij directe gevolgen en is hij belanghebbende.

Besluit

Wat betreft het besluitbegrip is interessant ABRvS 21 december 2022,⁵⁰ over een besluit tot goedkeuring faunabeheerplan 'Winterganzen Fryslân 2018-2020', een besluit tot vaststelling van het maximale aantal ganzen dat via ondersteunend afschot bij verjaging in de periode van 1 oktober 2019 tot 31 mei 2020 mag worden geschoten. Laatstgenoemd besluit is een concretiserend besluit van algemene strekking waartegen beroep openstaat, aldus de Afdeling, waarbij zij inspiratie put uit jurisprudentie over het besluit tot vaststellen van een subsidieplafond.

Verder verscheen ook in deze kroniekperiode weer veel jurisprudentie over de vraag of een bestuurshandeling is gericht op rechtsgevolg en dus kan worden aangemerkt als besluit. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de CRvB van 6 oktober 2022,⁵¹ over een WhatsApp-bericht dat werd verstuurd door een maatschappelijk werker aan iemand die op basis van een besluit in een inrichting verbleef in een periode die liep tot 16 februari 2019, waarin stond: 'Dat was de laatste verlenging.' Volgens de appellante was aan haar in dit bericht namens het bestuursorgaan meegedeeld dat de opvang na 16 februari 2019 niet zou worden verlengd. De Raad ziet dat anders omdat met de woorden 'laatste verlenging' 'de meest recente verlenging' werd bedoeld. Daarom was het WhatsApp-bericht slechts een mededeling van informatieve aard. Het is voorstelbaar dat appellante het anders opvatte en daarvan is geschrokken, maar dat maakt de zaak niet anders. In deze categorie kan ook worden genoemd een uitspraak van de ABRvS van 14 december 2022⁵² over een brief van de staatssecretaris waarin hij een vreemdeling op de hoogte heeft gesteld van de verlenging van een overdrachtstermijn. Volgens de staatssecretaris was deze brief slechts informierend van aard, maar daar gaat de Afdeling niet in mee. Die stelt dat de verlenging evident op rechtsgevolg is gericht omdat zo de bevoegdheid om de betrokken vreem-

deling over te dragen aan een andere lidstaat blijft bestaan. Wordt er niet verlengd dan kan de staatssecretaris de vreemdeling na afloop van de termijn niet meer overdragen. In een uitspraak van diezelfde datum⁵³ oordeelt de Afdeling dat een zogenaamde MOB-melding (met onbekende bestemming vertrokken) van het COA aan de Afdeling Vreemdelingenpolitie, Identificatie en Mensenhandel geen besluit is, omdat deze melding niet op rechtsgevolg is gericht. Ook verscheen er in deze kroniekperiode de gebruikelijke jurisprudentie over de vraag of een waarschuwing een besluit is⁵⁴ en over de vraag of er sprake is van een bestuurlijk rechtsoordeel over de toepasselijkheid van publiekrechtelijke voorschriften waartegen bij de bestuursrechter rechtsbescherming zou moeten kunnen worden gezocht.⁵⁵

Ten slotte willen wij wijzen op enkele uitspraken die de indruk wekken dat er een tendens is van bestuursorganen die een beleid voeren waarin het moeilijk wordt gemaakt om een besluit te verkrijgen omdat er geen aanvraag kan worden ingediend. Een goed voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam,⁵⁶ over de schermafdruk die een appellant had overgelegd waarop stond te lezen: 'U hebt helaas geen recht op de TONK omdat uw woonlasten te laag zijn. U kunt het formulier niet verder invullen.' Het systeem zorgde ervoor dat in dit soort gevallen niets kan worden ingevuld en dus ontvangt de aanvrager dan geen besluit, aldus het college van B&W van Amsterdam. De rechtbank maakt daarmee korte metten en kwalificeert de schermafdruk als besluit; de mededeling van de schermafdruk is namelijk op rechtsgevolg gericht want aan eiser wordt een aanvraag om een vergoeding geweigerd. In dezelfde categorie horen uitspraken van de CRvB die gaan over het steeds maar buiten behandeling stellen van een aanvraag om bijstand door het college van B&W van Eindhoven omdat niet de juiste formulieren zouden zijn aangeleverd⁵⁷ en het 'ontmoedigingsbeleid' dat de

Schuurmans stelt dat bestuursrechters héél streng moeten zijn op bestuursorganen die aanvragen buiten behandeling plaatsen, die digitale portals inrichten waaruit geen aanvraag of besluit zou rollen

43. CRvB 7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474.

44. Cbb 25 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:723, AB 2023/56, m.nt. H.D. Tolsma.

45. CRvB 23 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2461, AB 2023/55, m.nt. H.D. Tolsma.

46. ABRvS 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2264, AB 2023/57, m.nt. H.D. Tolsma.

47. ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:596, NJB 2023/614.

48. Daarover M.E. Adriaanse, 'Het persoon-

lijk belang bij besluiten van algemene strekking: up to date?', NTB 2022/348, afl. 10, p. 618-624.

49. ABRvS 23 november 2022, ECLI:RVS:2022:3392, NJB 2022/2882, JB 2023/22.

50. ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3909, NJB 2023/341, JM 2023/28, m.nt. L. Boerema.

51. CRvB 6 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2146, JB 2022/203, m.nt. C.L.G.F.H. Albers. AB 2022/365, m.nt. L.J.A. Damen.

52. ABRvS 14 december 2022,

ECLI:NL:RVS:2022:3630, NJB 2023/340.

53. ABRvS 14 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3631.

54. Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3163, AB 2023/9, m.nt. A.C. Hendriks (over een waarschuwing die met het oog op het bieden van adequate rechtsbescherming met een besluit moet worden gelijkgesteld).

55. Zie bijvoorbeeld Cbb 15 november 2022, ECLI:NL:CBB:2022:754, NJB 2022/2733, Abkort 2022/476 (voor het aanmerken van een rechtsoordeel als een besluit bestaat slechts grond in gevallen

waarin niet kan worden geoordeeld dat het rechtsoordeel vooruitloopt op een ten aanzien van betrokkene te verwachten of door hem uit te lokken besluit tot toepassing van de wettelijke regeling waartegen in rechte kan worden opgekomen, zonder dat sprake is van een voor betrokkene onevenredig belastende weg naar de rechter).

56. Rb. Amsterdam 17 mei 2022, ECLI:RBAMS:2022:306, AB 2023/12, m.nt. T. Barkhuysen & L.C. van Boven.

57. CRvB 8 augustus 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1821.

gemeente Breda voert door bijstandsgerechtigden door allerlei hoepels te laten springen voordat zij een aanvraag mogen indienen.⁵⁸ Het zijn voorbeelden die worden genoemd in de vierde Scheltema-lezing, die door Ymre Schuurmans werd verzorgd onder de titel 'Toegang tot het bestuursrecht'.⁵⁹ Daarin uit zij zorgen over bestuursorganen die met oneigenlijke middelen proberen te voorkomen dat een aanvraag wordt ingediend, zodat er ook geen besluit hoeft te worden genomen. Deze voorbeelden geven blijk van een weinig rechtsstatelijke of mensgerichte uitvoeringscultuur die vaak juist toch al kwetsbare burgers raakt. Zij stelt dat bestuursrechters héél streng moeten zijn op bestuursorganen die aanvragen buiten behandeling plaatsen, die digitale portals inrichten waaruit geen aanvraag of besluit zou rollen en op praktijken waarin burgers zelf om een voor beroep vatbaar besluit moeten verzoeken. Dergelijke praktijken overvragen het doenvermogen van kwetsbare burgers en belemmeren de toegang tot het bestuursrecht, aldus Schuurmans.

4. Bestuursprocesrechtelijke ontwikkelingen

Vervolg Aarhus/Varkens in Nood

In de najaarskroniek was er veel aandacht voor het concept-wetsvoorstel dat in consultatie werd gebracht om het recht op toegang in Aarhus-zaken te regelen.⁶⁰ Het concept-wetsvoorstel bevat een aantal nieuwe bepalingen over toegang tot de rechter in procedures tegen Aarhus-besluiten. De ABRvS adviseerde negatief omdat het voorstel de rechter zou verplichten om al in de ontvanke-lijkheidsfase complexe juridische beoordelingen te verrichten, wat zou leiden tot aanzienlijke vertraging bij de behandeling van omgevingsrechtelijke procedures. Er is bovendien een beter alternatief beschikbaar volgens de Afdeling. Het arrest *Varkens in Nood* verplicht namelijk tot twee dingen: a) aan belanghebbenden moet toegang tot de rechter worden verleend, ook als zij geen zienswijze hebben ingediend en b) als het nationale recht niet-belanghebbenden een recht op inspraak geeft, moeten deze niet-belanghebbenden dit recht door een beroep op de rechter kunnen handhaven. Het eerste probleem kan naar het oordeel van de Afdeling worden opgelost door artikel 6:13 te schrappen, althans voor zover het betreft de zienswijzefase. Dat het dan ook niet meer geldt in zaken buiten het omgevingsrecht, is in de praktijk geen probleem. In de praktijk spelen 6:13-kwesties over zienswijzen vooral in het omgevingsrecht. Het tweede probleem kan, zo geeft de Afdeling aan, worden opgelost door de bepalingen die niet-belanghebbenden het recht geven om zienswijzen in te dienen, te schrappen. Deze bepalingen berusten op een miskenning van de functie van rechtsbescherming door de rechter, hetgeen overigens niet betekent dat bestuursorganen niet de opvattingen van anderen dan belanghebbenden kunnen inwinnen. Het is niet verboden om inspraakavonden voor eenieder te organiseren en de inbreng van burgers, bedrijven en organisaties te gebruiken bij een zorgvuldige voorbereiding van een te nemen besluit. Maar daaruit volgt volgens de Afdeling niet dat eenieder ook toegang tot de rechter moet hebben. Die toegang staat alleen open voor een belanghebbende en dat is degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Het nodige huiswerk voor de wetgever dus, maar ondertussen blijven in de rechtspraak ook de nodige vragen opkomen, zoals onder meer naar de betekenis van het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb in Aarhus-zaken. Dit bracht de Afdeling ertoe om in een tussenuitspraak van 15 februari 2023 haar vaste jurisprudentielijn met betrekking tot het relativiteitsvereiste te nuanceren in dit soort zaken.⁶¹ Volgens die vaste rechtspraak kan bij de toepassing van artikel 8:69a Awb de beweerdelijke schending van procedurele normen of formele beginselen van behoorlijk bestuur niet los worden gezien van het beschermingsbereik van de onderliggende materiële normen. Aan deze procedurele normen of formele rechtsbeginselen komt in deze benadering in zoverre geen zelfstandige betekenis toe: wanneer de schending van ingeroepen materiële normen niet tot vernietiging van een besluit kan leiden, geldt dat ook voor de door eisers gestelde daarmee verband houdende schending van procedurele normen of formele beginselen van behoorlijk bestuur. De Afdeling overweegt nu dat haar jurisprudentielijn niet strookt met de Aarhus-rechtspraak.⁶² Volgens de Afdeling zou de onverkorte toepassing van haar lijn in dat kader tot het ongewenste resultaat leiden dat een niet-belanghebbende die zich beroept op de naleving van zijn recht op inspraak (een procedurele norm) in het nationale omgevingsrecht vanwege het ontbreken van belang bij de onderliggende materiële norm (en het dientengevolge tegengeworpen krijgen van relativiteit) alsnog geen doeltreffende toegang heeft tot de rechter. De Afdeling oordeelt daarom dat bij de toepassing van het relativiteitsvereiste aan de procedurele normen over het recht op inspraak voortaan (wel) *zelfstandige* betekenis toekomt. Dat betekent volgens de Afdeling dat voor het kunnen inroepen van een schending van een procedurele norm over het recht op inspraak het beschermingsbereik van de onderliggende materiële norm niet langer bepalend is. De Afdeling zal aan een belanghebbende en een niet-belanghebbende het relativiteitsvereiste niet langer tegenwerpen ten aanzien van een ingeroepen procedurele norm over het recht op inspraak. De Afdeling benadrukt dat deze nuancering uitsluitend is bedoeld voor het recht op inspraak in omgevingsrechtelijke (Aarhus-) zaken en uitsluitend ziet op inspraakrechten die een belanghebbende of een niet-belanghebbende zelf aan het nationale recht ontleent.

Soms minder strenge handhaving van termijnen en andere formele eisen

De hoogste bestuursrechters bieden al enige tijd meer ruimte voor het aannemen van een verschoonbare overschrijding van bezwaar- en beroepstermijnen.⁶³ Deze verruiming is met name aan de orde als een belanghebbende geen aanvrager is van het gewraakte besluit en hem geen verwijt kan worden gemaakt. Een belanghebbende, niet zijnde de aanvrager, die met het nemen van een besluit niet bekend was en ook redelijkerwijs niet bekend kon zijn, is in ieder geval niet verwijtbaar te laat met het maken van bezwaar of instellen van beroep als hij dat doet binnen twee weken nadat hij te weten is gekomen dat een besluit is genomen dat zijn belangen kan raken. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan echter ook een later gemaakt bezwaar of ingesteld beroep

Volgens het CBb had het op de weg van appellante gelegen om na het indienen van de aanvraag ook zelf mijnrvo.nl in de gaten te houden

als niet verwijtbaar te laat worden aangemerkt. Dat werd nog eens bevestigd door de Afdeling in een uitspraak van 11 januari 2023 waarbij opvalt dat steeds alle omstandigheden van het geval worden betrokken.⁶⁴ Deze lijn kent overigens ook haar grenzen. Zo oordeelde het CBb dat de enkele betwisting van de ontvangst van een notificatiemail onvoldoende is om een termijnoverschrijding van ongeveer drie maanden verschoonbaar te oordelen. Volgens het CBb had het op de weg van appellante gelegen om na het indienen van de aanvraag ook zelf mijnrvo.nl in de gaten te houden.⁶⁵ Al eerder is ook geoordeeld dat onder omstandigheden een belanghebbende door de bestuursrechter niet ambtshalve wordt tegengeworpen niet *tijdig* bezwaar te hebben gemaakt.⁶⁶ Maar dat wil niet zeggen dat het in het *geheel niet* maken van bezwaar niet ambtshalve wordt tegengeworpen, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak in een uitspraak van 11 januari 2023.⁶⁷ Een duidelijk grens in de deformaliseringsbeweging trekt ook het CBb: een aantekening 'laat mij met rust' op een teruggestuurde envelop is geen bezwaarschrift.⁶⁸ Anderzijds wordt er terecht geen ruimte gelaten om een algemeen opengestelde mogelijkheid om digitaal te communiceren met de overheid voor bepaalde personen weer te sluiten. Daar laat artikel 2:15 Awb geen ruimte voor.⁶⁹

Opvallend is verder een uitspraak van het CBb waaruit kan worden afgeleid dat bij niet-ontvankelijke bezwaarschriften steeds bezien moet worden of uit bewoordingen daarvan kan worden afgeleid dat (ook) een verzoek om terug te komen van een onaantastbaar geworden besluit is beoogd.⁷⁰ Ook dat draagt bij aan een burger-vriendelijker bestuursrecht. Datzelfde geldt voor een uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat het college van burgemeester en wethouders een herhaalde aanvraag om een omgevingsvergunning niet met toepassing van arti-

kel 4:6 Awb en onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking mocht afwijzen en daarbij verduidelijkt – en iets verbreedt, zo lijkt het – wat onder nova in de zin van deze bepaling moet worden verstaan.⁷¹ De Afdeling overweegt dat het college had moeten beoordelen of bij de herhaalde aanvraag sprake was van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden. De Afdeling verduidelijkt dat onder nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden moeten worden begrepen feiten of omstandigheden die na het eerdere besluit zijn voorgevallen of feiten of omstandigheden die weliswaar voor het eerdere besluit zijn voorgevallen, maar niet voor dat besluit konden worden aangevoerd. Nieuw gebleken feiten zijn ook bewijsstukken van al eerder gestelde feiten of omstandigheden, als deze niet voor het nemen van het eerdere besluit konden worden overgelegd. Volgens de Afdeling is het beëindigen van de avondleveringen in dit geval een nieuw feit of nieuwe omstandigheid in de zin van artikel 4:6 Awb, zodat het college geen toepassing mocht geven aan artikel 4:6 lid 2 Awb en de herhaalde aanvraag dus niet onder verwijzing naar het eerdere besluit had mogen afwijzen.

Belangrijk voor een burger-vriendelijker bestuursrecht is ook de in de Commissie Rechtsseenheid besproken lijn over de toepassing van artikel 4:5 Awb op basis waarvan een bestuursorgaan kan besluiten een aanvraag niet te behandelen als de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag of voor de voorbereiding van een beschikking, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vulen. Als na een buitenbehandelingstelling met toepassing van artikel 4:5 Awb de gevraagde gegevens in de bezwaarperiode alsnog zijn overgelegd is het bestuursorgaan bevoegd om de buitenbehandelingstelling te handhaven, maar daartoe niet verplicht. Het bestuursorgaan heeft in die situatie de ruimte om alsnog inhoudelijk te beslissen op de aanvraag. Het was vaste rechtspraak van alle colleges dat, bij de beoordeling van de vraag of het bestuursorgaan gebruik heeft mogen maken van de bevoegdheid om de buitenbehandelingstelling in bezwaar te handhaven, de aard en inhoud van het besluit dat strekt tot buitenbehandelingstelling van een aanvraag meebrengen dat in beginsel geen betekenis toekomt aan gegevens of bescheiden die na het nemen van het oorspronkelijke besluit alsnog zijn verstrekt. De Centrale Raad van Beroep heeft in de uitspraak van 13 december 2022 dit uitgangspunt voor

58. CRvB 11 oktober 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2269.

59. Y.E. Schuurmans, 'Toegang tot het bestuursrecht', *NTB* 2023/78, afl. 3, p. 140-146.

60. Vgl. ook G.A. van der Veen, 'De oogst van Varkens in nood', *M & R* 2022/101, afl. 8, p. 619-624; en M.C. Pakkert & J.H.N. Ypinga, *Inpraak in het Nederlandse omgevingsrecht: too little, too late*, Jonge VAR preadvies 2022.

61. ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:606.

62. Respectievelijk ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, AB 2021/202,

m.nt. A.G.A. Nijmeijer & H.D. Tolsma; en HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7.

63. Vgl. ook over andere procesrechtelijke ontwikkelingen M. Dankbaar & L. Feenstra, 'Kroniek Bestuursprocesrecht 2021-2022', *Adv.bl.* 2022, afl. 9, p. 96-106; J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, 'Bestuursprocesrecht', *NTB* 2022/308, afl. 9, p. 559-566.

64. ABRvS 11 januari 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:84, AB 2023/51, m.nt. R. Ortlep.

65. CBb 21 maart 2023, ECLI:NL:CBB:2023:140.

66. ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1730 AB 2021/269, m.nt. L.M. Koenraad, in navolging CRvB 8 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1500.

67. ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:76, AB 2023/86, m.nt. R. Stijnen.

68. CBb 21 maart 2023, ECLI:NL:CBB:2023:141.

69. ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:816. Zie nader over digitalisering B. Aarass, C.L.G.F.H. Albers & R. Ortlep, *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

70. CBb 7 maart 2023, ECLI:NL:CBB:2023:116.

71. ABRvS 25 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:290.

de buitenbehandelingstelling van een bijstandsaanvraag verlaten.⁷² De Centrale Raad van Beroep overweegt daartoe dat bij de belangenafweging die het bestuursorgaan moet maken bij de beslissing om in bezwaar de buitenbehandelingstelling te handhaven, in beginsel alle rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen moeten worden afgewogen. Uit de aard van de bevoegdheid tot handhaving van de buitenbehandelingstelling van een aanvraag om bijstand vloeit voor zo een belangenafweging geen beperking voort. Handhaving van de buitenbehandelingstelling van een bijstandsaanvraag brengt voor de aanvrager – als die in bijstandbehoevende omstandigheden verkeert – mee dat deze een nieuwe aanvraag om bijstand zal moeten doen. Bijstand wordt in beginsel niet toegekend met terugwerkende kracht. Bij toekenning van bijstand op de nieuwe aanvraag zal deze daarom in beginsel niet eerder ingaan dan op de datum van de melding voor die nieuwe aanvraag. Toekenning van bijstand met ingang van de oorspronkelijk beoogde ingangsdatum is dus in beginsel niet meer mogelijk. Indien op basis van de alsnog overgelegde gegevens komt vast te staan dat de aanvrager ook al recht op bijstand had met ingang van de datum van de aanvraag die buiten behandeling is gesteld, heeft de aanvrager dus een zwaarwegend belang bij het alsnog in behandeling nemen van die aanvraag. Immers, hij kan dan over die periode geen bijstand meer krijgen, terwijl hij wel in bijstandbehoevende omstandigheden verkeerde. Daarbij is mede van betekenis dat de bijstand het karakter heeft van een laatste vangnet. Verder zijn bij een besluit tot buitenbehandelingstelling van een bijstandsaanvraag geen belangen van derden betrokken. Dat betekent dat het college tegenover het zwaarwegende belang van de aanvrager een eigen belang bij handhaving van de buitenbehandelingstelling moet stellen om tot een evenwichtige belangenafweging te komen. In algemene zin kan daartegenover aan de zijde van de bijstandverlenende instantie bijvoorbeeld een belang bestaan om de buitenbehandelingstelling in bezwaar te handhaven, gezien de bestuurslast die gepaard kan gaan met het nemen van een inhoudelijke beslissing. Een vergelijkbare uitkomst van een belangenafweging is trouwens ook waarneembaar buiten het sociaalezekerheidsrecht, bijvoorbeeld in het kader van de aanvraag voor een omgevingsvergunning waarbij het ruimtelijk kader hangende deze aanvraag ten nadele van betrokkene wijzigt.⁷³

Ontwikkelingen formele rechtskracht: het evidentie criterium

Het voorheen onneembare bastion van de formele rechtskracht is deze kroniekperiode weer een stukje meer afgebrokkeld.⁷⁴ Zo is er ruimte om een TVL-subsidie vast te stellen op een hoger bedrag dan maximaal voorzien in de

onherroepelijke verleningsbeschikking.⁷⁵ Ook het kracht van gewijsde van eerdere uitspraken met daarin rechtsoordelen wordt onder omstandigheden gerelativeerd met name als het beoordelingskader in opvolgende procedures verschilt (ruimtelijk kader versus planschadekader).⁷⁶ Maar ook hier zijn grenzen waarneembaar, zoals bij verzoeken om terug te komen van onherroepelijke besluiten. Zo overweegt de Afdeling, onder verwijzing naar haar uitspraak van 27 februari 2019,⁷⁷ dat weliswaar in uitzonderlijke gevallen een belanghebbende in de procedure tegen een invorderingsbeschikking met succes gronden naar voren brengt die hij al tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Een uitzonderlijk geval, zo oordeelt de Afdeling, kan bijvoorbeeld worden aangenomen als vaststaat dat er geen overtreding is gepleegd of betrokkene geen overtreder is. Hoewel de vraag of sprake is van een inrichting op zichzelf van betekenis is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een overtreding, is het naar het oordeel van de Afdeling in dit geval niet evident dat de vereniging geen inrichting drijft waarop het Activiteitenbesluit van toepassing kan zijn. In zoverre is geen sprake van een uitzonderlijk geval.⁷⁸ Het moet dus gaan om een evidente onjuistheid van het onherroepelijke besluit en dat is niet heel snel aan de orde, zoals andere rechtspraak ook laat zien.⁷⁹

Het evidentie criterium geldt ook bij verzoeken om terug te komen van onherroepelijke boetebesluiten⁸⁰ en A-G Wattel heeft een conclusie uitgebracht over de vraag hoe dit in te vullen.⁸¹ Hij wijst er op dat het in beginsel evident onredelijk is om heroverweging van een bestuurlijke boete te weigeren als: die onmiskenbaar onjuist is, in de zin dat bij oppervlakkige inhoudelijke beoordeling al duidelijk is ('geen twijfel bestaat') dat elke redelijke (rechts)grond mist of een evident te hoog bedrag is opgelegd, omdat na oppervlakkig onderzoek al evident is dat: beboeting onverenigbaar is met hoger recht; zich een klassieke grond voor doorbreking van formele rechtskracht voordoet; geen overtreding is begaan, of een andere, lichtere, overtreding; de boete (rechts)persoon geen overtreder was; de draagkracht verkeerd is beoordeeld; de verwijtbaarheid verkeerd is beoordeeld; of anderszins excessief is gestraft, bijvoorbeeld boven het strafrechtelijke maximum. Als op basis van deze ('niet pluis'-achtige) omstandigheden vaststaat dat sprake is van een onmiskenbaar onjuist boetebesluit, dan betekent dat volgens Wattel nog niet dat per definitie tot heroverweging moet worden besloten. Eerst moet namelijk nog worden beoordeeld of het in het concrete geval evident onredelijk is om heroverweging van een bestuurlijke boete te weigeren. Omstandigheden die daarbij volgens Wattel een rol kunnen spelen, zijn: de vraag of een rechtsmiddel is ingesteld en zo nee, waarom niet; of het boetebesluit in de bezwaarfase inhoudelijk en zorgvuldig is heroverwogen of niet; en ten slotte tijdsverloop (hoe langer geleden, hoe minder onredelijk om niet op een definitieve beschikking terug te komen). Het is nu wachten hoe de Centrale Raad met deze conclusie zal omgaan.

5. Openbaarheid

De Wet open overheid is bijna een jaar van kracht, maar er zijn nog steeds zorgen over de openbaarheid van bestuur.⁸² Uit een op hun website gepubliceerd onderzoek

Het voorheen onneembare bastion van de formele rechtskracht is deze kroniekperiode weer een stukje meer afgebrokkeld

van de Open State Foundation en het Instituut Maatschappelijke Innovatie getiteld *Matglas* van maart 2023 blijkt dat de Woo weliswaar had moeten leiden tot een snellere verstrekking van documenten (de wettelijke termijn is verkort van 56 naar 42 dagen), maar dat dit nog niet lukt. In 2021 was de gemiddelde doorlooptijd van een verzoek tot openbaarmaking 161 dagen terwijl die sinds de invoering van de Woo 162 dagen is. Daarmee wordt in maar liefst 84% van de verzoeken de wettelijke termijn overschreden. Verder illustreert een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam dat de nakoming van de zorgplicht van artikel 2.4 Woo om documenten adequaat te bewaren en zo nodig, zelfs wanneer dat enige inspanning vergt, opnieuw te vergaren, geen rustig bezit vormt.⁸³ Uit de uitspraak blijkt dat overheidsmedewerkers beter moeten worden geïnstrueerd hoe om te gaan met het bewaren van documenten en dat overheden daarin niet geheel vrij zijn. Iets vergelijkbaars als het gaat om chatberichten volgt uit een advies van het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding uit januari 2023 met de veelzeggende titel *Kan dit weg? – Neel!*. Ook hier spelen cultuur en werkdruk een rol bij de gebrekkige naleving van bewaarplichtingen.⁸⁴ Ondertussen blijken rechters de ruimere openbaarmakingsregels van de Woo streng te handhaven. Zo maakt de Rechtbank Noord-Nederland in een uitspraak van 4 april 2023 duidelijk dat een beroep op onevenredige benadeling als reden voor niet-openbaarmaking onder de Woo echt een uitzondering is geworden waarvoor een verzwaarde motiveringsplicht geldt (en die bovendien niet samen met andere uitzonderingsgronden kan worden ingeroepen).⁸⁵

Ondertussen worden er ook nog de nodige uitspraken onder de oude Wob gedaan die relevantie hebben voor de uitleg van de Woo. Zo oordeelt de Afdeling in haar uitspraak van 15 februari 2023 dat concept-amendementen in dit geval onder de reikwijdte van de Wob vallen.⁸⁶ De Afdeling overweegt dat, nu de door een raadslid of raadsfractie opgestelde concept-amendementen via een verzoek om ambtelijke bijstand voor juridische toetsing zijn voorgelegd aan drie ambtenaren, de documenten onder het college berusten. De concept-amendementen kunnen volgens de Afdeling bovendien als een bestuurlijk-

ke aangelegenheid worden aangemerkt, omdat ze zijn opgemaakt in voorbereiding op en ten behoeve van besluitvorming. De omstandigheid dat de concept-amendementen uiteindelijk niet bij de besluitvorming zijn betrokken doet hieraan niet af, aldus de Afdeling. Verder komt de Afdeling in een uitspraak van 18 januari 2023 tot het oordeel dat de in de beslissing op een Wob-verzoek ingenomen stelling dat de gevraagde informatie is vernietigd niet leidt tot het vervallen van procesbelang van appellant.⁸⁷ Volgens de Afdeling heeft appellant belang bij een oordeel over de vraag of die stelling juist is. De Afdeling overweegt in lijn met vaste rechtspraak dat, ook als bij ontvangst van het Wob-verzoek op voorhand vaststaat dat de bewaartermijn voor de gevraagde informatie is verstreken, een bestuursorgaan moet nagaan of de gevraagde informatie feitelijk voorhanden is.

6. Handhaving

Op het terrein van de handhaving speelt toetsing aan het evenredigheidsbeginsel eveneens een belangrijke rol zoals hiervoor al is gebleken.⁸⁸ Een mooi voorbeeld daarvan biedt een uitspraak van 1 februari 2023 van de Afdeling.⁸⁹ Daarin past zij de in haar uitspraak van 13 juli 2022⁹⁰ ingezette lijn ten aanzien van het bij het opleggen van boetes op grond van de Wet arbeid vreemdelingen te hanteren onderscheid naar de mate van verwijtbaarheid – verminderde verwijtbaarheid, gewone verwijtbaarheid, grove schuld en opzet – toe op een aan een bedrijf in december 2020 (en in mei 2021 gehandhaafde) Wav-boete en matigt deze van € 48.000 naar € 36.000. De Afdeling overweegt allereerst dat artikel 1 lid 1 aanhef en onder a en onder 1° Besluit uitvoering Wav niet in strijd is met het *lex certa*-beginsel en dat de beboete werkzaamheden niet onder de uitzondering in die bepaling vallen. Volgens de Afdeling heeft de minister voor de zes geconstateerde overtredingen in zoverre terecht een Wav-boete opgelegd. Voor wat betreft de hoogte van de boete overweegt de Afdeling dat uit de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2020 en de daarbij behorende Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav de bestuurlijke boete voor overige rechtspersonen en daarmee gelijkgestelden is gefixeerd op € 8000 per overtreding van artikel 2 lid 1 Wav. Uit de

72. CrvB 13 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2793.

73. Rb. Oost-Brabant 6 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1118.

74. Vgl. M.G. Nielen & M. de Wit, 'Het evidentiecriteria na de Purmerendzaak: is het pleit definitief beslecht?', *NTB* 2022/278, afl. 8, p. 478-485.

75. Cbb 21 februari 2023, ECLI:NL:CBB:2023:77.

76. ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1342.

77. ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466, AB 2019/436, m.nt. T.N. Sanders.

78. ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:616.

79. ABRvS 6 juli 2022,

ECLI:NL:RVS:2022:1900, AB 2023/47, m.nt. C.N.J. Kortmann & J. Tingen (de burgemeester sluit een horecagelegenheid omdat de exploitatievergunning wegens een ontbindende voorwaarde van rechtswege vervalt; het is niet evident dat het voorschrift niet mocht worden vastgesteld en handhaving is niet onevenredig); ABRvS 15 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1032 (niet evident onredelijk dat verzoek tot heroverweging is geweigerd).

80. Vgl. Cbb 6 december 2022, ECLI:NL:CBB:2022:788 (besluit om niet terug te komen van een boetebesluit is niet evident onredelijk); CrvB 29 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2594 (in rechte vaststaande boete alsnog verlaagd).

81. CrvB 6 december 2022,

ECLI:NL:CRVB:2022:2623.

82. T. Barkhuysen, 'De hobbelijke weg naar een open overheid', *NJB* 2023/818, afl. 12, p. 907. Zie in algemene zin voor een overzicht van de ontwikkelingen E.C. Pietermaat & N.N. Bontje, 'Openbaarheid en behoorlijkheid', *NTB* 2023/79, afl. 3, p. 147-167.

83. Rb. Rotterdam 15 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2217.

84. Vgl. C. Prins, 'COVID-19: archivering van een crisis', *NJB* 2021/278, afl. 4, p. 277.

85. Rb. Noord-Nederland 3 april 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1281.

86. ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:556.

87. ABRvS 18 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:154.

88. Zie voor een overzicht van alle ontwikkelingen M.L. Batting, C. de Rond & K. Winterink e.a., *NTB* 2022/43, afl. 2, p. 115-124. Vgl. ook C.L.G.F.H. Albers, 'Het bestuursrechtelijke handhavingsrecht: de groei naar volwassenheid', *RM Themis* 2022, afl. 5, p. 222-238; D. Grootewal & C. Modderman, 'Damoclesbeleid, dwangsommen en maatwerk', *NJB* 2022/2375, afl. 34, 2816-2821.

89. ABRvS 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:427.

90. ABRvS 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1973, AB 2022/310, m.nt. R. Stijnen.

Belangrijk, ook voor de rechtseenheid tussen bestuurs- en strafrecht, is de conclusie van A-G Wattel over de verhouding tussen het begrip ‘overtreder’ in het bestuursrecht en het begrip ‘functioneel daderschap’ in het strafrecht

hiervoor aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 13 juli 2022 volgt dat bij normale verwijtbaarheid 50% van het boetenormbedrag het uitgangspunt is en dat verminderde verwijtbaarheid aanleiding kan zijn om de boete verder te matigen. De Afdeling oordeelt evenwel dat de minister zich in dit geval terecht op het standpunt heeft gesteld dat het bedrijf ernstig nalatig, ernstig onzorgvuldig en ernstig onachtzaam is geweest met betrekking tot haar verplichtingen voortvloeiend uit de Wav en dat daarom sprake is van grove schuld. De Afdeling bepaalt het boetebedrag, zelfvoorzienend in de zaak, daarom op 75% van het boetenormbedrag van € 8000, waarmee de totale boete uitkomt op € 36.000. Ook een schending van de redelijke termijn kan tot boetematiging leiden. In ABRvS 8 maart 2023⁹¹ gaat de Afdeling daartoe over in een zaak waarin de termijnoverschrijding meer dan een jaar bedraagt en sluit zij zich daarbij, anders dan voorheen, aan bij de vaste rechtspraak van de Hoge Raad.⁹² Dat leidt in dit geval tot een matiging van de boete met 25%.

Belangrijk, ook voor de rechtseenheid tussen bestuurs- en strafrecht, is de conclusie van A-G Wattel van 15 februari 2023 over de verhouding tussen het begrip ‘overtreder’ in het bestuursrecht en het begrip ‘functioneel daderschap’ in het strafrecht.⁹³ In de conclusie beantwoordt Wattel de vraag van de Afdeling of er ‘licht’ zit tussen de invulling van beide begrippen bevestigend. Wattel signaleert niet alleen een verschil voor wat betreft de criteria voor daderschap (waaronder de toerekening), maar ook en vooral wat betreft de bewijslastverdeling. Naar de opvatting van Wattel hanteert het bestuursrecht een te ruime invulling van het overtrederbegrip, een benadering die volgens Wattel onvoldoende steun vindt in het recht en niet strookt met de bedoeling van de wetgever om in het bestuursrecht aansluiting te zoeken bij de uitleg die het strafrecht aan daderschap geeft. De bestuursrechter zou daarom volgens Wattel moeten aansluiten bij deze strafrechtelijke uitleg. Voor zover dit tot maatschappelijk ongewenste uitkomsten leidt, bijvoorbeeld vanwege het niet kunnen verhalen van de kosten van bestuursdwang, is het aan de bestuursrechter om hierop te wijzen en aan de wetgever om dat probleem op te lossen. Ook hier is het afwachten wat de Afdeling met de conclusie gaat doen.

Ter afsluiting van dit handhavingsparagraafje kan nog worden gewezen op ABRvS 29 maart 2023,⁹⁴ waarin de Afdeling overweegt dat de enige beperking die de Awb stelt aan de keuze tussen een last onder dwangsom en een last onder bestuursdwang voortvloeit uit artikel 5:32 lid 2 Awb. Dit artikel bepaalt dat het bestuursorgaan niet voor een dwangsom mag kiezen, indien het belang van het betrokken voorschrift zich daartegen verzet. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als het bestuursorgaan niet het risi-

co kan nemen dat de overtreder zich niets aantrekt van de indirecte financiële prikkel van de dwangsom en daardoor een onaanvaardbare of gevaarlijke situatie ontstaat. In een dergelijk geval moet het bestuursorgaan voor de last onder bestuursdwang kiezen, waarmee het bestuur zelf kan ingrijpen. De Afdeling overweegt verder dat het risico dat de kosten van een last onder bestuursdwang moeilijk kunnen worden verhaald op de overtreder mag meespelen bij de afweging om ter beëindiging van de overtreding eerst een last onder dwangsom op te leggen, mits niet op voorhand duidelijk is dat wegens gebrek aan financiële middelen niet aan de last onder dwangsom kan worden voldaan. De enkele omstandigheid dat het college ervan op de hoogte was dat appellant een Wajong-uitkering kreeg, betekent volgens de Afdeling niet dat op voorhand voor het college duidelijk was dat door appellant wegens gebrek aan financiële middelen geheel niet aan de last onder dwangsom zou kunnen worden voldaan.

7. Overheidsaansprakelijkheid en doorwerking Europees recht

Op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid en de doorwerking van Europees recht is het nodige te melden.⁹⁵ Zo oordeelde de Afdeling op 30 november dat het afschaffen van de *rechterlijke* dwangsom in asielzaken in strijd is met het Unierecht.⁹⁶ Op diezelfde dag oordeelde zij ook dat het afschaffen van de *bestuurlijke* dwangsom in asielzaken daarmee niet in strijd is.⁹⁷ Iets eerder, op 8 november 2022, oordeelde het HvJ EU al dat de nationale rechter ambtshalve toetst of vreemdelingenbewaringsmaatregelen rechtmatig zijn,⁹⁸ na vragen van de ABRvS daarover. En om op het terrein van het vreemdelingenrecht te blijven kan nog worden gewezen op een schadevergoedingsuitspraak van 1 maart 2023 van de Afdeling.⁹⁹ Daarin overweegt de Afdeling dat de regels van het nationale vreemdelingenrecht weliswaar tot doel hebben om de vreemdeling in staat te stellen naar Nederland te reizen om in Nederland het gezinsleven met de referent te beleven. Deze regels strekken dus niet tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen van de vreemdeling, maar dat betekent volgens de Afdeling niet dat het in artikel 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste aan vergoeding van de door betrokkene gestelde schade in de weg staat. Artikel 6:163 BW staat namelijk niet in de weg aan vergoeding van de aldus begrote schade wegens aantasting van het gezinsleven van betrokkene zoals onder meer beschermd door artikel 8 EVRM.

Ook de civiele (voorzieningen)rechter betoont zich relatief assertief als het aankomt op naleving van Europese normen in het kader van milieuoverlast. Soms ten goede van bestrijding van overlast zoals de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 14 september 2022.¹⁰⁰ Daarin

wordt de overheid verplicht om op grond van artikel 8 EVRM maatregelen te nemen tegen stankoverlast. Maar soms ook ten goede van een zorgvuldige omgang met bedrijven die overlast veroorzaken, zoals in de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 5 april 2023.⁹¹ De voorzieningenrechter oordeelt dat de Staat met de invoering van de voorgenomen tijdelijke regeling niet de juiste procedure heeft doorlopen. Volgens Europese regels inzake de ‘balanced approach’ kan de Staat het aantal vliegtuigbewegingen van een luchthaven alleen verminderen na het doorlopen van een zorgvuldig proces. Dat proces houdt onder andere in: de Staat moet verschillende maatregelen die de geluidshinder kunnen verminderen in kaart brengen, de Staat moet alle belanghebbenden raadplegen en een vermindering van het aantal vliegtuigbewegingen is pas toegestaan als duidelijk is dat andere maatregelen om de geluidshinder te beperken onvoldoende werken.

Het EHRM heeft zich in zijn uitspraak van 4 oktober 2022 gebogen over de vraag of de Nederlandse Belastingdienst al dan niet in strijd met het in artikel 6 EVRM vervatte zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel in kort geding een dwangsom vorderde om informatie van de belastingplichtige te verkrijgen over zijn Luxemburgse bankrekeningen.⁹² De vaste jurisprudentie van het EHRM laat zien dat bij het onder dwang verkrijgen van wilsonafhankelijk materiaal (materiaal dat in fysieke zin ‘bestaat’ onafhankelijk van de wil van de betrokkene) zoals bankafschriften geen strijd met het *nemo tenetur*-beginsel aan de orde is, onder de voorwaarde dat geen sprake is van een *fishing expedition* en er geen sprake is van ontoelaatbare dwang. Er is geen sprake van een *fishing expedition* in het geval dat autoriteiten verzoeken om specifieke, voorafgaand aan het verzoek reeds bestaande documenten waarvan die autoriteiten al wisten (uit andere bron) dat zij bestonden. Dit in tegenstelling tot verzoeken om documenten waarvan vermoed wordt dat ze mogelijk bestaan, maar de autoriteiten daarvan niet zeker kunnen zijn. In dit laatste geval is wel sprake van een ongeoorloofde *fishing expedition*. Ontoelaatbare dwang wordt door het Hof restrictief uitgelegd, in die zin dat daarvan alleen sprake is indien de dwang in strijd met het folterverbod uit artikel 3 EVRM is uitgeoefend, zoals in de zaak *Jalloh/Duitsland*. Het Hof oordeelt dat het verzoek ziet op reeds bestaande documenten. Daarnaast oordeelt het EHRM dat de autoriteiten van het bestaan op de hoogte waren, omdat reeds vaststond dat de verzoeker destijds een omkrekening in Luxemburg had. Daarom was volgens het Hof geen sprake van een *fishing expedition* toen de Belastingdienst een kort geding aanhangig maakte. Ook lijkt het Hof mee te

Ook de civiele (voorzieningen-) rechter betoont zich relatief assertief als het aankomt op naleving van Europese normen in het kader van milieuoverlast

wegen dat de veroordeling door de voorzieningenrechter ziet op specifieke documenten. Ten slotte merkt het Hof nog op dat de veroordeling tot het betalen van een dwangsom indien de verzoeker niet zou voldoen aan de uitspraak van de voorzieningenrechter, niet kan worden gezien als ontoelaatbare dwang. Daarom bestaat er geen strijd met artikel 6 EVRM.

Onder dit kopje en ook betrekking hebbend op bankafschriften moet ook nog worden gewezen op een uitspraak van de Centrale Raad van 20 december 2022. Daarin wordt – en dat is zeldzaam – wel bewijs uitgesloten, nu wegens strijd met artikel 8 EVRM.⁹³ Het buiten medeweten van betrokkene rechtstreeks en over een lange periode opvragen van de bankafschriften bij de bank is volgens de Centrale Raad in de gegeven omstandigheden in strijd met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Ook vormt het een niet-gerechtigde inbreuk op het recht op respect voor het privéleven als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM. Nu de bewijsmiddelen in dit geval zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, moet het gebruik van dit onrechtmatig verkregen bewijs onder alle omstandigheden ontoelaatbaar worden geacht.

8. Ten slotte

Zoals wij inmiddels gewend zijn, moeten wij constateren dat het weer een levendige kroniekperiode is geweest, waarin zoveel is gebeurd en geschreven dat wij niet aan alles konden toekomen in deze kroniek. Onderwerpen zoals onder meer subsidies en verdeling van schaarse publieke rechten hebben wij moeten laten voor wat het is. Maar daarover verscheen wel de nodige literatuur.⁹⁴ Ook veel andere verschenen literatuur hebben wij geen plaats kunnen geven.⁹⁵ Wel denken we met deze kroniek de lezer de belangrijkste ontwikkelingen te hebben kunnen presenteren. Dat geeft hopelijk de nodige houvast in deze periode van transitie die het bestuursrecht doormaakt. •

91. ABRvS 8 maart 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:913.

92. HR 19 december 2008,

ECLI:NL:HR:2008:BD0191.

93. ABRvS 15 februari 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:579.

94. ABRvS 29 maart 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:1259.

95. Vgl. T. Duijkersloot, R. Ortlep,

M. Verhoeven & R. Widdershoven,

‘Europees staats- en bestuursrecht’,

NTB 2022/279, afl. 8, p. 486-498.

96. ABRvS 30 november 2022,

ECLI:RVS:2022:3353, AB 2023/60, m.nt.

V.M. Bex-Reimert.

97. ABRvS 30 november 2022,

ECLI:RVS:2022:3352, AB 2023/61, m.nt.

V.M. Bex-Reimert.

98. HvJ EU 8 november 2022,

ECLI:EU:C:2022:858.

99. ABRvS 1 maart 2023,

ECLI:NL:RVS:2023:842.

100. ABRvS 14 september 2022,

ECLI:RBDHA:2022:9119, AB 2022/350,

m.nt. L.M. Nijenhuis.

101. Rb. Noord-Holland 5 april 2023,

ECLI:NL:RBNHO:2023:3010.

102. EHRM 4 oktober 2022,

ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215,

AB 2022/368, m.nt. R. Stijnen.

103. CRvB 20 december 2022,

ECLI:NL:CRVB:2022:2792.

104. Vgl. J. Kennis, S.O. Visch & J.P. Heinrich,

‘Subsidies en bestuursrechtelijke geldschulden’, NTB 2022/350, afl. 10, p. 683-702; D.

Bakker, *Tenderen naar een eerlijke verdeling*

van lusten en lasten?, Jonge VAR preadvies

2022; V.A. van Waarde, ‘Revolverende fond-

sen in een ‘publiekrechtelijk’ jasje’, NTB

2022/347, afl. 10, p. 609-617.

105. Ook daarvan zijn echter overzichten te

vinden in – vanzelfsprekend – het *NJB* maar

ook in de rubriek Literatuur in het NTB.