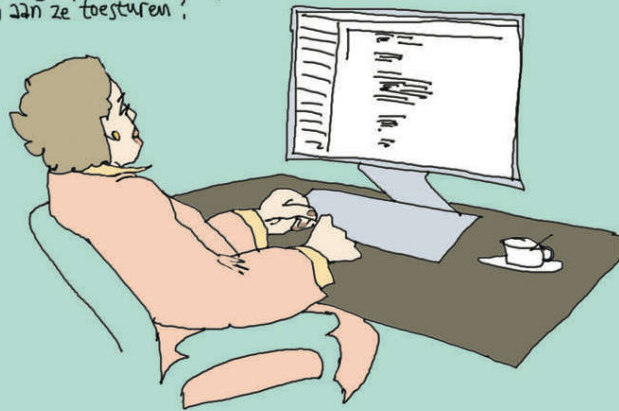


KRONIEKEN

BESTUURSPROCESRECHT INSOLVENTIERECHT

Janneke, wil jij mijn mail aan de tegenpartij even laten printen en aan ze toesturen?



INHOUD

Kroniek Bestuursprocesrecht

- 59 Digitaal procederen
- 60 Bekendmaken, verzenden en ontvangen
- 60 Verschoonbaarheid
- 60 Belang
 - 60 Procesbelang
 - 61 Rechtstreeks, eigen, afgeleid en objectief belang
 - 61 Afstand/gevolgen van enige betekenis
 - 62 Concurrentie
 - 62 Overheidsorganen en hun belangen
 - 62 Rechtspersonen en feitelijke werkzaamheden
- 62 Bezwaarschriftprocedure
- 63 Niet tijdig beslissen
- 63 (Hoger) beroep
 - 63 Relativiteit
- 64 Verzoekschriftprocedure
- 64 Incidenteel hoger beroep
- 64 Goede procesorde
- 65 Indringendheid toetsing
- 65 Bewijsrecht
 - 66 Bewijs en boeteprocesrecht

- 67 Finale geschilbeslechting
- 67 Overige (hoger)beroepsperikelen
- 68 Misbruik van (proces)recht
- 69 Redelijke termijn
- 69 Wraking
- 69 Slot

Kroniek Insolventierecht

- 70 Faillietverklaring
- 71 IPR
- 72 Girale betaling
- 72 Verrekening
- 72 Boedelschuld
- 72 Procesrecht
- 73 Tuchtrect
- 73 Pauliana
- 73 Pensioen
- 74 Exhibitieplicht
- 74 WSNP
- 74 Bestuurdersaansprakelijkheid
- 76 Aansprakelijkheid curator
- 76 Retentierecht
- 76 Prepack

- 77 Ondernemingsraad
- 77 Peeters/Gatzen
- 77 Fiscaal
- 77 Bodemvoorrecht
- 78 Surseance
- 78 Huur
- 78 Hypotheek
- 79 Pandrecht
- 79 Overeenkomsten
- 80 Crediteuren



COLOFON

Publicatiedatum 23 oktober 2018

98e jaargang

Het *Advocatenblad*, het blad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 10 keer per jaar en wordt uitgegeven door Boom juridisch. De van de Nederlandse orde van advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

Hoofdredacteur
Kees Pijnappels

Samenstelling
Nathalie Cloude-mans-Voogd

Advocaat-redactieleden
Jan Wouter Ali, Albert van der Bent, Yola Geradts, Karol Hillebrandt, Jack Linsen, Robert Malowicz, Coline Norde, Christiane Verfuurden, Paulien Willemsen, Rogier Wolf

Beeldredactie
Charlotte Helmer

Illustraties
Floris Tilanus

Vormgeving
Textcetera, Den Haag

Correctie
Sandra Braakmann

Druk
Wilco, Amersfoort

Citeerwijze
Adv.bl. 2018-8, Kroniek Bestuursprocesrecht, p. *Adv.bl.* 2018-8, Kroniek Insolventierecht, p.

Aan dit nummer werkten mee
Jan Coen Binnerts, Marieke Dankbaar, Floris Dix, Arjen van Haandel, Rachel Hoeneveld, Jaap van der Meer, Murielle van der Plas, Bastiaan Rolevink, Suzan Winkels-Koerselman

Redactionele bijdragen
Bijdragen kunnen naar redactie@advocatenorde.nl. Per 500 woorden leveren deze 1 opleidingspunt op. De redactie heeft het recht bijdragen in te korten. De redactie is telefonisch bereikbaar op nummer 070-335 35 70.

Boom juridisch
Selma Soetenhorst-Hoedt (uitgever)

Bureau van de orde
Neuhuyskade 94, 2506 XM Den Haag, postbus 30851, 2500 GW Den Haag, info@advocatenorde.nl, 070-335 35 35, helpdesk@advocatenorde.nl, 070-335 35 54.

Abonnementen
De abonnementsprijs bedraagt € 240 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens het online-archief vanaf 2001 én een e-mailtoezending. Kijk op www.advocatenblad.nl voor meer informatie en het afsluiten van een abonnement. Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan. Valte de aanvang van een abonnement niet samen met het kalenderjaar, dan wordt over het resterende gedeelte van dat jaar een evenredig deel van de abonnementsprijs in

rekening gebracht. Het abonnement kan **alleen** schriftelijk tot uiterlijk 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een jaar verlengd. Voor vragen over uw abonnement kunt u contact opnemen met Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tijdschriften@boomdistributiecentrum.nl.

Adreswijzigingen
Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tijdschriften@boomdistributiecentrum.nl. Adreswijzigingen van advocaten: adres@advocatenorde.nl.

Media-advisie
Maarten Schuttel

Advertentieaandeelname
Capital Media Services B.V., Staringstraat 11, 6521 AE Nijmegen
Tel. 024-360 77 10, mail@capitalmediaservices.nl

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaardigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervaardiging t.b.v. de (elektronische) ontsluiting van (delen van) het *Advocatenblad* in enige vorm.

KRONIEK BESTUURSPROCEDURERECHT

Voor deze Kroniek golden de tussen 1 april 2017 en 1 juli 2018 in AB Rechtspraak Bestuursrecht ('AB') en/of Jurisprudentie Bestuursrecht ('JB') gepubliceerde uitspraken als uitgangspunt. In deze kroniekperiode viel met name de voorzichtige neiging van met name de Afdeling bestuursrechtspraak op tot een meer indringende toetsing. Verder hebben de hoogste bestuursrechters op meerdere gebieden verduidelijking gevraagd aan de advocaten-generaal, wat leidde tot conclusies over onder meer bewijsvergaring in boetezaken, exceptieve toetsing en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, die zo allemaal hun invloed hadden op het bestuursprocesrecht. Daarnaast waren er de *usual suspects*, zoals de kring van belanghebbenden in met name het omgevingsrecht en het gebruik van hedendaagse communicatiemiddelen in de relatie overheid-burger. De ontwikkelingen rond digitaal procederen willen echter niet vlotten. Met dat laatste trappen we af.

DOOR / JAN COEN BINNERTS, MARIEKE DANKBAAR & RACHEL HOENEVELD

DIGITAAL PROCEDEREN

Nu het KEI-project op de klippen is gelopen, is van enige uniformering in het digitale bestuursprocesrecht geen sprake. Er is momenteel een ware digitale lappendeken, die – als wij het goed zien – er als volgt uitziet. Buiten het vreemdelingenrecht geldt dat rechtbanken, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven de gelegenheid bieden aan alle partijen, met of zonder gemachtigde, om met een web-formulier digitaal (hoger) beroep in te stellen. Digitaal (hoger) beroep bij

de Afdeling kan alleen worden ingesteld door burgers, aldus de website van de Afdeling. Daarna verloopt het verdere verkeer echter weer per post. In asiel- en bewaringszaken in eerste aanleg daarentegen moet (sinds 12 juni 2017) een partij met een advocaat digitaal procederen (via 'Mijn rechtspraak'), doordat daarvoor de artikelen 8:36a-c Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking zijn getreden. In hoger beroep hoeft hij dat weer niet, maar mag hij dat sinds 29 juni jl. wel (via een eigen portal van de Afdeling: 'Mijn zaak'). Dat omvat niet alleen het indienen

van een rechtsmiddel, maar ook de gehele verdere communicatie met en dus ook vanuit de rechtbank c.q. de Afdeling. De eerste bedrijfsgevallen hebben zich al voorgedaan, namelijk van wel geplaatste, maar niet gevonden e-mailnotificaties en 'taken', zoals termijnen dan heten; zie ABRvS 29 januari 2018 (*JB* 2018, 52, notificatie gemist), 21 maart 2018 (*JB* 2018, 78, geen ontvangstbevestiging gekregen) en 21 maart 2018 (*JB* 2018, 79, taak niet zichtbaar voor opvolgend raadsman). Wij hadden wel enig begrip voor de advocaat die daar geen zin in had en zijn cliënt op eigen naam beroep liet instellen met een door hem opgesteld beroepschrift, verzonden vanaf de fax van de advocaat. Gek genoeg vielen rechtbank en Afdeling daar languit over en verklaarden de vreemdelling niet-ontvankelijk. Het beroep moest geacht worden te zijn ingediend door de advocaat – wat dus feitelijk kennelijk niet zo was – en die had daarmee de verplichting tot digitaal procederen geschonden, aldus ABRvS 20 april 2018 (*JB* 2018, 92).

Jan Coen Binnerts, Marieke Dankbaar en Rachel Hoeneveld zijn advocaat bij Pot Jonker Advocaten in Haarlem.

Janneke, wil jij mijn mail aan de tegepartij even via printout en aan ze toesturen?



BEKENDMAKEN, VERZENDEN EN ONTVANGEN

Verzending per koerier is nog steeds niet gelijkwaardig aan verzending per PostNL, zo leert weer CRvB 5 april 2017 (*JB* 2017, 113). Maar CRvB 10 oktober 2017 (*JB* 2017, 209) toont dat aangetekende verzending per PostNL het verzendende bestuursorgaan voor lastige problemen kan stellen, omdat PostNL anders dan vroeger geen fysiek bewijs van ontvangst door de geadresseerde meer verschaft, maar een digitaal bewijsstuk. Verder bewaart zij maar beperkte tijd gegevens over het wel en wee van een aangetekende verzending. Als de geadresseerde na geruime tijd de ontvangst ontkent, kan het bestuursorgaan dus niet altijd meer aantonen dat het stuk wel is aangeboden, omdat navraag daarover bij PostNL dan niet meer mogelijk is. Het bestuursorgaan had dan dus proactief de zending digitaal moeten volgen om die gegevens vervolgens te bewaren.

Niet alleen nationale rechters hebben te maken met het gesoebat over wel verzenden maar niet ontvangen faxen, ook het EHRM houdt zich er mee bezig. In een uitspraak van 31 mei 2016 (*JB* 2017, 98) beoordeelt hij risicoverdeling op dit punt vanuit de gedachte dat de niet-ontvankelijkverklaring alleen op zijn plaats is als het niet doorkomen van een bericht is toe te rekenen aan de verzender. In deze zaak stond echter vast dat een fax was verzonden en aangekomen, maar om onduidelijke redenen ter griffie van het Sloveense gerecht nooit geprint was (papier op?) en daarna verloren was gegaan. Dit is niet voor risico van de verzender. De CRvB is echter overminderd streng in 4 april 2017 (*JB* 2017, 112): verzending van een fax is aanneemelijk gemaakt, maar er is geen sluitend bewijs dat het door de ontvanger (de griffie van de Centrale Raad zelf) is ontvangen. Is dat dan toe te rekenen aan de verzender, vraagt annotator Simon zich af. In ABRvS 30 maart 2018 (*JB* 2018, 88) is wel iets terug te vinden van de gedachte van het EHRM. De rechtbank had een fax gezonden

aan de gemachtigde met een termijn voor het motiveren van het beroep. De gemachtigde had geen fax, maar wel een dienst van zijn telecomprovider die faxen omzette in e-mails en aan hem doorzond. Maar die dienst haalde en het bericht kwam niet door. Dat werd aangemerkt als niet toe te rekenen aan de gemachtigde c.q. diens cliënt en dus werd het niet tijdig motiveren van het beroep verschoonbaar geacht.

Verzenden uit het buitenland kan meer tijd kosten dan de najlweke van artikel 6:9, lid 2 Awb. Uit het buitenland moet je dus niet op de laatste dag een bezwaarschrift verzenden. Maar je mag er wel vanuit gaan dat een brief in het algemeen binnen veertien dagen na verzending aankomt. Als je dus bezwaar maakt binnen vijf weken na aanvang van de bezwaartermijn, wordt het je niet tegengeworpen als het stuk toch pas later dan een week na het verstrijken van de bezwaartermijn het bestuursorgaan bereikt, zie CRvB 23 maart 2017 (*JB* 2017, 110).

Als een gemachtigde in het spel is, moet een besluit aan hem bekend worden gemaakt, wil het in werking treden. Maar wanneer is hij in het spel? In ABRvS 13 december 2017 (*JB* 2018, 18) was de gemachtigde opgetreden tegen een handhavingsbesluit, maar dan is hij niet automatisch ook gemachtigd voor de invordering en kan dat laatste besluit prima aan betrokkene zelf worden gezonden.

Het is vaste rechtspraak van de CRvB dat bij een stelsel waarin een aanspraak van een werknemer op een WIA-uitkering voor de werkgever financiële gevolgen heeft, artikel 3:41 Awb meebrengt dat besluiten omtrent de uitkering ook aan de werkgever bekendgemaakt moeten worden. Om die reden vangt de bezwaartermijn voor de werkgever aan op de dag na bekendmaking van het besluit aan de werkgever. Is het besluit eerder aan de werknemer bekendgemaakt, dan bestaan er voor een en hetzelfde besluit aldus verschillende bezwaartermijnen

(CRvB 15 december 2017, *JB* 2018, 39 en *AB* 2018, 57).

VERSCOONBAARHEID

Besluiten waren aantoonbaar ter post bezorgd, maar betrokkene kon aanneemelijk maken deze pas enkele maanden later te hebben ontvangen. *So far, so good*. Maar dan moet je wel zo spoedig mogelijk – lees: binnen veertien dagen – bezwaar maken en niet nog eens zes weken nemen (CRvB 21 maart 2017, *JB* 2017, 94 en 111). Dat is nog steeds staand recht, maar probeert u het eens open te brengen met een beroep op EHRM 26 januari 2017 (*JB* 2017, 99). Volgens het Europees Hof gaat een beroepstermijn pas lopen op het moment dat iemand effectief van de inhoud van het te bestrijden oordeel of de hoogte is. En waarom zou dan plotseling een andere, kortere termijn gelden dan zes weken als die effectieve kennisgeving buiten de schuld van de belanghebbende pas later plaatsvindt, zo vraagt annotator Simon zich af. Je kunt niet vertrouwen op een aanmelding bij de e-mailservice van www.overheid.nl om zo op de hoogte te worden gehouden van alle mogelijk voor jou relevante besluiten. Als de e-mailservice bijvoorbeeld wel de aanvraag van een omgevingsvergunning vermeldt, maar de vergunningverlening niet automatisch wordt geregistreerd, dan mis je de boot als je niet zelf actief de voortgang in de gaten houdt. Termijnoverschrijding als gevolg van dat nalaten, is niet verschoonbaar (ABRvS 13 december 2017, *JB* 2018, 17 en *AB* 2018, 133).

BELANG

Procesbelang

Appellanten klagen over het besluit om geen inspraak toe te passen ter voorbereiding van een winkeltijdenverordening. Die is inmiddels vastgesteld en gaan gelden. Volgens de Afdeling (22 november 2017, *JB* 2018, 7) houden zij procesbelang, omdat een oordeel over de rechtmatigheid van de beslissing géén inspraak toe te passen, van belang kan zijn bij de vaststelling van een nieu-

we winkeltijdenverordening. Een ons inziens opmerkelijke uitspraak, als helemaal niet zeker is of voor de hand ligt dat er spoedig een nieuwe winkeltijdenverordening komt.

Rechtstreeks, eigen, afgeleid en objectief belang

Kom je op voor een naar zijn aard individueel belang (woongenot, eigendom) dan beschik je over een persoonlijk belang dat door een omgevingsrechtelijk besluit kan worden geraakt. Dat vele anderen óók geraakt worden in een soortgelijk belang, maakt dat niet anders, zoals in het geval waarbij het ging om een maatwerkvoorschrift ter bestrijding van lichthinder die in de verre omgeving waarneembaar was (ABRvS 23 november 2016, *AB* 2017, 284).

In ABRvS 21 februari 2018 (*JB* 2018, 61) ging het om een industrieterrein dat was beveiligd met camera's, die ook de openbare weg beschermen. Iemand die er regelmatig langskwam vanwege familiebezoek vroeg het college om handhavend daartegen op te treden. Het verzoek werd afgewezen op de grond dat de verzoekster geen eigen, individueel belang had. Dat bleef in stand. Het beroep dat verzoekster nog deed op haar belang bij haar door artikel 8 EVRM beschermd privéleven, was echter zo gek nog niet. Maar de Afdeling vond uiteindelijk dat alle omstandigheden bijeengenomen (er hing een waarschuwingsbordje, de beelden werden maar zeven dagen bewaard en alleen geraadpleegd als er een incident was) er van inmenging geen sprake was, zodat de verzoekster inderdaad geen eigen belang had.

Iemand die opkwam tegen een besluit van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) tot het opstellen van selectielijsten op grond van de Archiefwet, ving bot en werd niet belanghebbend geacht. De selectielijsten betroffen (delen van) MIVD-archieven. Het feit dat hij onderzoek deed en de bewuste archieven veelvuldig raadpleegde, noch het feit dat hij er zelf mogelijk in voor kwam, maakte dat zijn belang bij het

selectiebesluit zich in voldoende mate onderscheidde van dat van anderen (ABRvS 3 mei 2017, *JB* 2017, 121). Slechts een afgeleid belang bij een besluit over zijn moeders bijstand had een zoon die al dan niet bij haar inwoonde, dat was nu net de discussie in verband met de toepassing van de kostendelersnorm (CRvB 2017, *JB* 2017, 201). Een eigen, en niet slechts afgeleid belang hadden daarentegen de eigenaren van percelen bij het buiten behandeling stellen van een aanvraag van een omgevingsvergunning voor werken op hun percelen, die door een ander was ingediend. De werken werden namelijk ook door de eigenaren gewenst (ABRvS 25 oktober 2017, *JB* 2017, 205). De eigenaar van een perceel waarop een ander een jachtrecht heeft, wordt weer niet rechtstreeks in zijn belang geraakt door het opnieuw verlenen van een jachtakte aan die ander en wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard in ABRvS 16 mei 2018 (*JB* 2018, 108). Ook een omwonende bij een beoogd zonnapark is niet rechtstreeks in zijn belang getroffen door een besluit inzake subsidieverlening voor de oprichting daarvan (CBB 16 november 2017, *AB* 2018, 207 en 208).

Afstand/gevolgen van enige betekenis

Sinds 2016 hanteert de Afdeling de maatstaf dat iemand pas belanghebbend is bij ruimtelijke en milieueffecten van een besluit, als hij daar *gevolgen van enige betekenis* van ondervindt of kan ondervinden. In ABRvS 23 augustus 2017 (*JB* 2017, 143 en *AB* 2017, 348)

volgde een verduidelijking: iemand die gevolgen ondervindt van een besluit is belanghebbende, tenzij die gevolgen dermate gering zijn dat een persoonlijk belang bij het besluit ontbreekt.

Het criterium 'gevolgen van enige betekenis' dient dus als correctie op het op zich ruimhartige uitgangspunt. Het is aan het bestuursorgaan om vast te stellen wie belanghebbende is. De betrokken rechtzoekende hoeft dat niet zelf aan te tonen, maar als de vraag rijst of hij wel gevolgen van enige betekenis ondervindt, kan en mag van hem gevraagd worden die gevolgen te verduidelijken. Normering van milieugevolgen in een afstandseis, milieuecontour of grenswaarde is daarbij niet relevant. Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 mei 2017 (*JB* 2017, 119). Daarin deed het feit dat de geurgevolgen onder de ter plaatse geldende geurnorm bleef er niet aan af dat de geurbeleving door de appellerende omwonende wel degelijk *niet verwaarloosbaar* beïnvloed zou worden door de met de vergunning mogelijk gemaakte activiteit. De omwonende was dus belanghebbend. Ook neemt het feit dat in een buurt al hoge achtergrondniveaus qua geur aanwezig zijn, niet weg dat een besluit wel degelijk gevolgen van enige betekenis kan hebben voor omwonenden, zo leert ABRvS 17 mei 2017 (*JB* 2017, 123). Een mooi voorbeeld van toepassing van deze 'tenzij' levert ABRvS 6 december 2017 (*JB* 2018, 29) op: appellanten konden vanuit hun woning bij goed weer vergunde windmolens voor de kust zien. Maar zicht op een puntje aan de horizon op 22,2 kilometer

betekent niet dat zij daar gevolgen van enige betekenis van ondervinden. Een poging om langs andere weg dan het zichtaspect-belang te claimen, werd niet gehonoreerd. Dat een schip tegen een windmolen zou kunnen varen en er zich dan een calamiteit zou kunnen voordoen met verstrekende gevolgen, was zo onzeker dat volgens de Afdeling een rechtstreeks belang bij het bestreden besluit ontbrak. Voor windparken op land hanteert de Afdeling als uitgangspunt dat gevolgen van enige betekenis aanwezig kunnen worden geacht binnen een afstand van tien keer de tiphoogte van de voor appellanten dichtstbijzijnde windturbine, gemeten vanaf de voet van de windturbine (ABRvS 21 februari 2018, *ABkort* 2018, 118 en 2 mei 2018, *AB* 2018, 200).

Concurrentie

SlijtersUnie verkoopt drank aan particulieren. Zij klaagt over drankverkoop in strijd met de Drank- en Horecawet door Sligro, die alleen verkoopt aan detailhandel en horeca (nou ja, zo zou het moeten zijn). Daarmee bediende Sligro een ander marktsegment en was SlijtersUnie niet belanghebbend bij de weigering van de betrokken burgemeester om handhaving op te treden tegen Sligro, aldus ABRvS 2 mei 2018 (*JB* 2018, 104).

Overheidsorganen en hun belangen

Gedeputeerde Staten waren belanghebbende bij een besluit tot vrijstelling van een bestemmingsplan om detailhandel mogelijk te maken op een bedrijventerrein, volgens ABRvS 29 november 2017 (*JB* 2018, 9). De Wet ruimtelijke ordening (Wro) kent aan het provinciaal bestuur bevoegdheden toe met het oog op de ruimtelijke ordening. Het provinciaal bestuur had daar ook iets mee gedaan, want het had een omgevingsverordening vastgesteld die gemeentebesturen onder meer verplichtte om geen nieuwe detailhandel op bedrijventerreinen in bestemmingsplannen toe te staan. Met die verordening was gegeven dat GS belang

hadden bij het vrijstellingsbesluit dat daartegen inging. Daar doet niet aan af dat de omgevingsverordening niet rechtstreeks doorwerkt bij afgifte van ontheffingen en dergelijke.

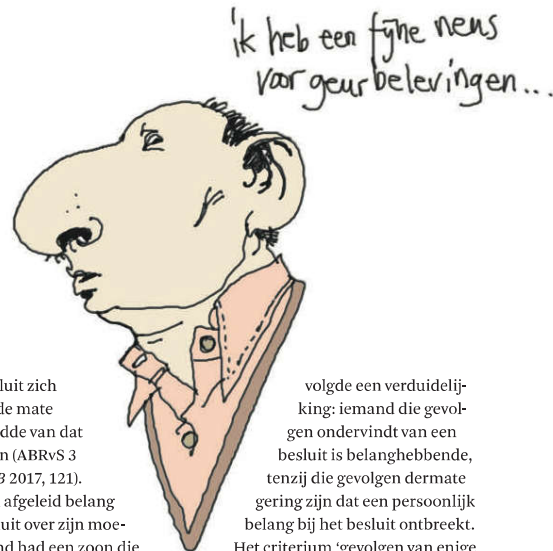
Rechtspersonen en feitelijke werkzaamheden

Als rechtspersonen opkomen voor een algemeen belang, zijn twee dingen belangrijk: in de eerste plaats het verband tussen het bestreden besluit en de statutaire doelstelling, die niet te algemeen mag zijn. In de tweede plaats is van belang dat de rechtspersoon ook – en nog steeds – feitelijke werkzaamheden verricht ter behartiging van die doelstelling. In ABRvS 21 december 2016 (*AB* 2017, 241) en 18 oktober 2017 (*JB* 2017, 202) ging het telkens om de vraag of de feitelijke werkzaamheden waarop een stichting zich beriep, duurzaam waren onderbroken of niet. De Afdeling vond een periode van vier maanden tussen de laatste werkzaamheid en het moment van indienen van bezwaar te kort om de conclusie te kunnen trekken dat er geen feitelijke werkzaamheden meer waren; de stichting was dus gewoon ontvankelijk.

BEZWAARSCHRIFT-PROCEDURE

De ondertekening van een bezwaarschrift is wettelijk verplicht en dient als bewijs dat het geschrift daadwerkelijk door de indiener is opgesteld. Niet-ontvankelijkverklaring blijft echter achterwege als de identiteit van de indiener van het

bezwaar op andere wijze kan worden vastgesteld of aan diens identiteit niet hoeft te worden getwijfeld. Zo leren CRvB 3 mei 2017 (*JB* 2017, 127), CBB 21 december 2017 (*AB* 2018, 58) en CRvB 10 januari 2018 (*AB* 2018, 90). Annotator Ortlepe plaatst dit in het kader van een Unierechtelijk 'dienstbaarheidsbeginsel', wat inhoudt dat het bestuur de burger moet begeleiden, helpen en van dienst zijn. In dat kader kan de uitspraak van de Afdeling worden genoemd over een onduidelijke status van een brief: was het een bezwaarschrift of niet? De Afdeling oordeelt: bij onduidelijkheid over de bedoelingen van een burger moet het bestuursorgaan daar gewoon naar vragen. Zo simpel kan het zijn (ABRvS 21 juni 2017, *AB* 2017, 311). Iemand diende een bewaarschrift in tegen een aan een derde van rechtswege verleende vergunning via een wat onduidelijk digitaal bericht op de website van de betreffende gemeente. Dat bezwaar werd behandeld en nog gehonoreerd ook. De derde kwam in beroep klagen dat dit digitale bericht nooit als bezwaarschrift erkend had mogen worden omdat het niet aan de eisen van artikel 6:5 Awb voldeed. Maar dat kon hem allemaal niet baten, want het bestuursorgaan had, omdat geen gelegenheid tot herstel was geboden, toch niet tot niet-ontvankelijkheid mogen komen. Een beetje vals was het wel, want de ge-



meente was vast maar wat blij met het 'bezwaarschrift', omdat het haar de kans bood de gevolgen van haar eigen termijnoverschrijding die tot de van rechtswege vergunningverlening had geleid, ongedaan te maken (ABRvS 15 maart 2017, *JB* 2017, 70).

Externe bezwaarschriftencommissies hebben soms enige moeite de rangen gevuld te krijgen. Het komt regelmatig voor dat enkele leden het horen voor hun rekening nemen, waarna wel collegiaal een advies wordt gegeven. Dat leidt niet tot strijd met artikel 7:13 Awb, zo bevestigde CRvB 8 maart 2018 (*JB* 2018, 84).

Het horen is een essentieel onderdeel van de bezwaarschriftenprocedure. Van horen mag slechts worden afgezien als er op voorhand redelijkerwijs geen twijfel over mogelijk is dat de gemaakte bezwaren niet tot een andersluidend besluit kunnen leiden (ABRvS 25 april 2018, *AB* 2018, 236), of als iemand duidelijk en ondubbelzinnig afstand doet van dat recht. Maar wat als iemand terugkomt op zijn eerder geuite besluit niet te willen worden gehoord? In CRvB 22 februari 2017 (*AB* 2017, 261) had de appellant, na in eerste instantie te hebben aangegeven geen hoorzitting te wensen, verzocht de verzending van het bestreden besluit uit te stellen omdat hij een advocaat wilde inschakelen. De medewerker van het UWV had zich moeten afvragen of de appellant toch een hoorzitting wenste nu de inschakeling van een advocaat kennelijk bedoeld was om het nog te nemen besluit op bezwaar te beïnvloeden. Door dat niet te doen, was ten onrechte van een hoorzitting afgezien.

Een uitnodiging voor een hoorzitting die gezonden werd naar iemands e-mailadres, terwijl hij dat niet had opgegeven in het bezwaarschrift, was niet 'geldig'. Als gevolg daarvan verscheen betrokkene niet en werd op zijn bezwaar beslist zonder dat hij gelegenheid had gekregen te worden gehoord. Dat hoort natuurlijk niet, maar het gebrek wordt met toepassing van artikel 6:22 Awb gepasseerd (CRvB 15 maart 2018, *JB* 2018, 85).

De beslissing om een hoorzitting

wegens kennelijke ongegrondheid van het bezwaar achterwege te laten, dient te worden genomen op grond van hetgeen in het bezwaarschrift is aangevoerd. Als slechts algemene gronden naar voren worden gebracht die geen betrekking hebben op een aangevraagd en vergund project dan kan wegens kennelijke ongegrondheid van het horen worden afgezien (ABRvS 19 juli 2017, *AB* 2018, 30). De hoorplicht in de bezwaarprocedure is voorts niet gericht op voorlichting maar geldt als een waarborg voor het bestuursorgaan om tot zorgvuldige en oplossingsgerichte heroverweging te komen. Zie voor kennelijke ongegrondheid ook: ABRvS 15 november 2017 (*AB* 2018, 29).

Bekend is dat een beslissing op bezwaar het resultaat hoort te zijn van een volledige heroverweging van het primaire besluit. Lastig wordt het soms als er in de beslissing op bezwaar gronden worden toegevoegd, zoals in CRvB 9 maart 2017 (*AB* 2017, 150). In bezwaar werd een subsidiaire ontslaggrond aan een ontslagbesluit toegevoegd. Er was wel gelegenheid gegeven voorafgaand aan de beslissing op bezwaar een zienswijze op te geven; de CRvB vond dit binnen de volledige heroverweging passen. Volgens vaste rechtspraak van de CRvB kan een bevoegd gedane intrekking van een bezwaar of beroep na het verstrijken van de bezwaar- of beroepstermijn niet ongedaan worden gemaakt, tenzij er sprake is van niet aan appellant toe te rekenen omstandigheden waardoor hij in een situatie van dwaling verkeerde, of onder dwang of bedrog van enige zijde bewogen was in te trekken. In CRvB 29 november 2017 (*AB* 2018, 50) oordeelde de Centrale Raad dat de betrokken appellante in een onoverzichtelijke wmo-kwestie door het College op het verkeerde been was gezet, waardoor zij een bezwaar had ingetrokken; de intrekkingbrief werd als vervallen beschouwd.

NIET TIJDIG BESLISSEN

Een onbevoegd genomen verdagingsbesluit kan niet met terugwerkende

kracht worden bekrachtigd (CRvB 20 juli 2017, *AB* 2017, 301). Hieruit blijkt de bijzondere aard van het verdagingsbesluit, omdat bekrachtiging normaal terugwerkende kracht heeft. Annotator Koenraad gaat zelfs zover dat volgens hem het besluit in één keer goed moet worden genomen en geen enkel gebrek achteraf kan worden hersteld. Beslistermijnen voor bestuursorganen zouden anders zinloos zijn.

Tussen de hoogste bestuursrechter bestond verdeeldheid over de vraag wanneer er een of meerdere dwangsommen voor niet-tijdig beslissen waren verbeurd. De Afdeling en de Hoge Raad hanteerden de soepelere lijn dat bij besluiten die gelijktijdig of gelijkkluidend zijn, slechts één dwangsom kan worden verbeurd. De Centrale Raad keek naar de letterlijke tekst van de wet en beoordeelde of er sprake was van meerdere beschikkingen of niet. Daar is de Centrale Raad inmiddels vanaf gestapt, zo blijkt uit CRvB 4 mei 2017 (*AB* 2017, 316). Gelet op de gelijktijdig ingediende aanvragen en de samenhang tussen de besluiten, is het volgens de Centrale Raad redelijk dat slechts één dwangsom wordt verbeurd.

(HOGER) BEROEP Relativiteit

De kring van belanghebbenden die zich op schending van de Monumentenwet (nu: Erfgoedwet) kunnen beroepen, blijkt groter dan je op het eerste gezicht, afgaande op ABRvS 18 juli 2012 (*AB* 2012, 343), zou denken. Ook de belangen van de buurman wiens hotel gebaat is bij instandhouding van het aangrenzende monument als onderdeel van het stadsgezicht en van de huurders van het monument die bij uitvoering van de werkzaamheden hun woning zouden moeten verlaten, zijn congruent en verweven met het monumentbelang, zodat ook zij zich op schending van de wet kunnen beroepen (ABRvS 15 maart 2017, *JB* 2017, 179 en *AB* 2017, 156). Omwonenden op meer dan anderhalve kilometer van een Natura 2000-gebied kunnen niet meer stellen dat

hun belang bij bescherming van hun directe leefomgeving zo verweven is met het algemeen belang dat met de bescherming van dat gebied diende is dat zij zich kunnen beroepen op normen uit de natuurbeschermingswetgeving die op dat laatste zijn gericht (ABRvS 18 oktober 2017, *JB* 2017, 202).

De Mijnbouwwet bracht (tot een recente wijziging ervan) mee dat een opsporingsvergunning niet kon worden geweigerd wegens het belang van de bescherming van het milieu. Milieudefensie kreeg dus tegengeworpen dat de norm die met de verlening van een opsporingsvergunning zou zijn geschonden, niet strekte ter bescherming van haar belang. Zij trachtte daaraan te ontkomen door te stellen dat de Mijnbouwwet normen bevatte die 'nauw verweven zijn met het belang van bescherming van het milieu'. Het haalde het niet in ABRvS 14 maart 2018 (*JB* 2018, 71).

De financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan wordt geregeld ter discussie gesteld met het argument dat uitvoering ervan tot door artikel 108 VWEU verboden staatssteun leidt. Omwonenden kregen echter te horen dat dit verbod kennelijk niet strekt tot bescherming van hun belang in ABRvS 2 november 2016 (*AB* 2017, 244). Voor appellerende concurrenten van een bioscooponderneming die door uitvoering van het bestemmingsplan zou worden bevoordeeld, ligt dat anders, zoals bevestigd werd in ABRvS 21 december 2016 (*AB* 2017, 242).

Om onder een bestuurlijke boete uit te komen, deed een overtreder zelf een beroep op artikel 5:44 Awb. Op grond van dat artikel moet een strafbare gedraging aan de officier van justitie worden voorgelegd. Pas als hier geen reactie op komt of de officier van justitie afziet van vervolging, kan een bestuurlijke boete worden opgelegd. Het Cbb zag aanleiding hierover een conclusie te vragen aan advocaat-generaal Keus (ECLI:NL:CBB:2017:130). Onder verwijzing naar diens conclusie oordeelt de

grote kamer van het Cbb vervolgens dat artikel 5:44 Awb niet strekt tot bescherming van de belangen van degene aan wie de bestuurlijke boete is opgelegd (Cbb 26 oktober 2017, *JB* 2017, 217 en *AB* 2017, 430).

VERZOEKSCRIFTPROCEDURE

Jurisprudentie over de toepassing van de verzoekschriftprocedure van artikel 8:88 Awb tot verkrijging van schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten, is nog schaars, maar langzaamaan begint men er wat vat op te krijgen.

In ABRvS 24 mei 2017 (*JB* 2017, 125) had de belanghebbende aan het bestuursorgaan verzocht om schadevergoeding, wat was afgewezen. Daartegen kwam hij op met een bezwaar en later beroep. De Afdeling wees op artikel 8:4, lid 1, aanhef en onder f Awb, waaruit blijkt dat dat niet kan, maar converteerde het beroep tot een verzoek tot toepassing van genoemd artikel 8:88 Awb. Vervolgens wees de Afdeling het verzoek overigens af. In een uitspraak van 2 augustus 2017 (*JB* 2017, 152) besliste de Afdeling dat weliswaar de toepasselijkheid van de verzoekschriftprocedure van artikel 8:88 Awb beperkt is tot vorderingen van maximaal 25.000 euro, maar dat een verzoeker met een hogere vordering die procedure kan voeren voor de eerste 25.000 euro zonder zijn aanspraak op het meerdere prijs te geven. Dat meerdere kan hij dan – bij een gunstige uitkomst – alsnog bij de burgerlijke rechter vorderen. De Afdeling (!) oordeelt op voorhand dat de burgerlijke rechter niet gebonden is aan het oordeel van de bestuursrechter over de eerste 25.000 euro en dus vrij is om anders te oordelen. Of we ons bij die vrijheid voor de burgerlijke rechter in de praktijk iets moeten voorstellen, zal diens jurisprudentie mogelijk gaan leren. In zo'n verzoekschriftprocedure is het mogelijk om bij voorlopige voorziening (art. 8:94 Awb verklaart onder meer artikel 8:81 Awb van overeenkomstige toepassing) een

voorschot te vragen, maar dan worden – in verband met het restitutie-risico – wel hoge eisen gesteld aan de spoedeisendheid en de hardheid van de vordering; zie CRvB 21 maart 2017 (*JB* 2017, 108). De Centrale Raad verwacht voorts proactiviteit van de rechter, die uit een beroepschrift tegen een afwijzing door het bestuursorgaan van aansprakelijkheid kan opmaken dat schadevergoeding wordt gevraagd, waarvoor de verzoekschriftprocedure van artikel 8:88 Awb openstaat: hij moet het beroepschrift dan als zodanig aanmerken en behandelen (CRvB 31 augustus 2017, *JB* 2017, 186 en *AB* 2017, 428).

INCIDENTEEL HOGER BEROEP

Veel uitspraken over incidenteel hoger beroep zijn we in deze kroniekperiode niet tegengekomen: men maakt ofwel niet veel gebruik van de processuele optie, dan wel leidt het niet (meer) tot procesrechtelijke brokken. Verkeerd ging het nog wel in ABRvS 17 mei 2017 (*JB* 2017, 123). Appellanten kwamen in hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank. In verweer betwistte het bestuursorgaan dat het oordeel van de rechtbank over de ontvankelijkheid van de appellanten in eerste aanleg juist was. Incidenteel hoger beroep was echter niet ingesteld. Daarom bleef dat punt verder buiten beschouwing. Voor het bestuursorgaan ging het alsnog wel goed in ABRvS 21 maart 2018 (*JB* 2018, 77): het bestuursorgaan had zelf hoger beroep ingesteld, maar vergat tijdig appelleren in te dienen. Normaliter een fatale fout. De wederpartij was echter ook in hoger beroep gekomen, waarna het bestuursorgaan doodleuk incidenteel hoger beroep instelde om haar eerdere fout te herstellen. Het werkte wonderwel.

GOEDE PROCESORDE

Als de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (STAB) wordt ingeschakeld, mogen beroepsgronden niet later dan drie weken na die inschakeling worden ingediend, anders kan de

STAB die niet meenemen in zijn onderzoek, zo had de Afdeling al eerder beslist met een beroep op het belang van de goede procesorde. Maar in ABRvS 12 juni 2017 (*JB* 2017, 141 en *AB* 2017, 426) volgt een nuancering: louter processuele beroepsgronden die geen feitelijk onderzoek door de STAB vergen, kunnen ook daarna nog worden ingebracht.

In zaken waar de Crisis- en herstelwet van toepassing is, blijven, gelet op het bepaalde in artikel 1.6a Chw, nieuwe beroepsgronden ingediend na afloop van de beroepstermijn buiten beschouwing. De brief die buiten die beroepstermijn is ingediend, wijst op gebreken van het bestreden besluit die niet reeds tijdens de beroepstermijn zijn genoemd. Die brief bevat dan ook nieuwe beroepsgronden, en geen argumenten ter ondersteuning van al bestaande beroepsgronden. De rechtbank had deze gronden terecht buiten beschouwing gelaten en ook de Afdeling komt dan niet toe aan de inhoudelijke beoordeling daarvan (ABRvS 4 april 2018, *AB* 2018, 237).

INDRINGENDHEID TOETSING

Lange tijd was marginale toetsing het mantra van het bestuursrecht: zolang het bestuursorgaan binnen min of meer formele perken bleef, genoot het beleidsvrijheid en had het dus van de rechter niet al te veel last. Dat was geheel in lijn met de opvatting dat de rechter niet op de stoel van het bestuursorgaan moest zitten. Dat doet hij nog steeds niet, maar in kleine stapjes lijkt in elk geval de Afdeling wel een beetje op te schuiven in die richting. Er is dus wat meer te halen voor de rechtzoekende.

De Afdeling heeft de begrippen marginale toetsing, beslissings- en beleidsvrijheid in de ban gedaan, omdat die ten onrechte suggereren dat er een ruimte is waar de rechter niet toetst. Een bestuursorgaan heeft beoordelingsruimte (en niet langer beoordelingsvrijheid) om te bepalen of het bevoegd is, en vervolgens beleidsruimte (geen beleidsvrijheid) om te bepalen of het van een bevoegdheid

ook gebruikmaakt. De rechter toetst het gebruik van de beoordelingsruimte voller dan het gebruik van beleidsruimte. Voorbeelden zijn te vinden in ABRvS 30 mei 2018 (*JB* 2018, 109 en 110). Volgens het jaarverslag van de Afdeling over 2017 (p. 61) is met deze nieuwe labels niet iets anders bedoeld dan voorheen met de begrippen beleids- en beoordelingsvrijheid, maar ondertussen spreekt datzelfde jaarverslag wel van een indringender rechterlijke toetsing.

Ook de in de vorige kroniekperiode al genoemde wende van de bestuursrechtshof rond de toetsing van hernieuwde aanvragen kan in deze sleutel worden geplaatst. De afwijzing van een hernieuwde aanvraag wordt indringender getoetst dan voorheen het geval was, ook als er geen nieuwe omstandigheden zijn, een lijn waar ook het CBB zich inmiddels bij heeft aangesloten in een uitspraak van 24 mei 2017 (*JB* 2017, 131 en *AB* 2017, 334). Een mooie illustratie daarvan vormt de uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2018 (*JB* 2018, 73).

Een partij verzocht om herziening van een beslissing om een bestemmingsplan vast te stellen. De gemeenteraad stelde vast dat hetgeen daartoe werd aangevoerd geen nieuwe feiten en omstandigheden inhield, met uitzondering van het aan het verzoek ten grondslag gelegde nieuwe verkeersonderzoek. Dat bracht de raad echter niet tot een herziening, maar die beslissing werd dus inhoudelijk gemotiveerd en die motivering werd op redelijkheid weer getoetst door de Afdeling. Voor zover het verzoek niet op nieuwe feiten berustte, werd de afwijzing ervan daarentegen getoetst op kennelijke onredelijkheid.

De Centrale Raad oordeelde dat beleid, inhoudende dat bij afwezigheid van nieuwe feiten en omstandigheden nooit wordt teruggekomen op een rechtens onaantastbaar (boete-) besluit, niet mag. Zo'n categorische uitsluiting betekent immers dat ook in gevallen waarin handhaven van het besluiten evident onredelijk is, het besluit toch zou worden gehand-

haafd (CRvB 31 januari 2018, *JB* 2018, 59 en *AB* 2018, 129).

Ook de toetsing van een besluit aan beleidsregels is geïntensiveerd. Waar het bestuursorgaan voorheen kon volstaan met verwijzing daarnaar, als de omstandigheden waarop de rechtzoekende zich beriep bij de toetsing van die regel al waren verdisconteerd, moet het sinds 2016 steeds nagaan of toepassing ervan geen onevenredige gevolgen meebrengt.

In de kroniekperiode viel in dit kader de conclusie op van advocaat-generaal Widdershoven over de indringendheid van de exceptieve toetsing van algemene voorschriften door de bestuursrechter. Hij pleit dat die toetsing wel een stukje steviger kan worden aangezet, niet langer alleen op willekeur, maar ook op zowat materiële als formele algemene rechtsbeginselen, waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel (ECLI:NL:RVS:2017:3557). Wij zijn benieuwd of de Afdeling en de andere hoogste bestuursrechtshof daarin meegaan.

BEWIJSRECHT

Bewijs in het bestuurs(proces)recht is nog steeds een beetje een glibberig terrein. Langzaam maar eist bewijs echter steeds meer aandacht op en dan met name (maar niet alleen) in het boeteprocesrecht. Zo ook in de onderhavige kroniekperiode. Het boeteprocesrecht kent vervolgens ook weer een eigen dynamiek; ook daar kwamen we een paar uitspraken over tegen.

In een uitspraak van 3 mei 2017 (*JB* 2017, 120 en *AB* 2017, 299) formuleerde de Afdeling minimumeisen, waaraan de vaststelling van feiten door het bestuursorgaan in een bestuursrechtelijke handhavingszaak moet voldoen. Enerzijds wie dat kan doen (een deskundige medewerker van het bevoegd gezag, een ingehuurde deskundige in opdracht van het bevoegd gezag, of een ter zake kundige, wiens bevindingen het bestuursorgaan voor zijn rekening

heeft genomen). Anderzijds wat moet worden vastgelegd (waar, wanneer en door wie de vaststelling plaatsvond en op welke wijze, bijvoorbeeld visueel). Als de vastlegging op schrift plaatsvindt, moet er een begrijpelijke relaas van gemaakt worden en dat moet worden ondertekend en gedagtekend, maar als op een andere wijze kan worden vastgesteld wie wat en wanneer heeft waargenomen, is ondertekening niet vereist. Bewijs geleverd door derden in het kader van invordering is in bepaalde gevallen expliciet toegestaan door de Afdeling (3 mei 2017, *AB* 2017, 299), maar bewijs van een derde-belanghebbende is in beginsel nog steeds ontoereikend om verbeurte van een dwangsom te bewijzen.

Soms leidt hetzelfde feitencomplex zowel tot een strafrechtelijke als een bestuursrechtelijke reactie; de ambtenaar die verdacht wordt van geklooi met tankpassen van zijn werkgever, of de hennepkweker die een belastingaanslag krijgt. Vanouds was de gedachte dat een strafrechtelijke vrijspraak er niet aan afdeed dat de bestuursrechter een eigen oordeel mocht geven. Onder invloed van uitspraken van het EHRM (onder meer 23 oktober 2014, ECLI:CE: ECHR:2014:1023JUD002778510) is dat gaan schuiven.

De Hoge Raad wijst erop dat na een vrijspraak of zelfs een technisch (bewijs)sepot een latere bestuursrechtelijke procedure kan leiden tot strijd met artikel 6, lid 2 EVRM, te weten als de bestuursrechter twijfel zou laten ontstaan over de juistheid van de uitkomst bij de strafrechter. Dat mag niet en in een dergelijk geval moet de bestuursrechter zich dan ook conformeren aan de vrijspraak c.q. het sepot (HR 2 juni 2017, *JB* 2017, 133).

De Centrale Raad was zover nog niet in CRvB 8 juni 2017 (*JB* 2017, 146). De CRvB oordeelde los van wat de strafrechter had vastgesteld en nam plichtsverzuim aan op grond van precies dezelfde gedragingen, die de strafrechter niet wettig en overtuigend bewezen had geacht. Zo ook ABRvS 5 april 2017 (*JB* 2017, 103),

waarin iemand door het gerechtshof was vrijgesproken van het weigeren van de blaastest, maar op diezelfde grond wel een alcoholmaatregel oplegde kreeg. De Afdeling zag er geen been in af te wijken van het oordeel van het gerechtshof.

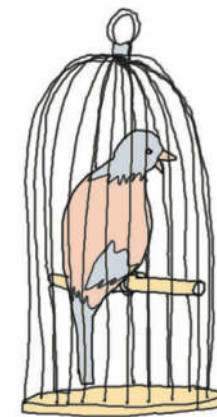
In CRvB 27 februari 2018 (*JB* 2018, 80) redt de Centrale Raad zich eruit door te overwegen dat in de strafzaak ter zake van bijstandsfraude niet hetzelfde feitencomplex voorlag als in de procedure tegen het terugvorderingsbesluit op grond van de Participatiewet. Voor terugvordering waren immers de elementen opzet en verkregen voordeel niet vereist. Waar de strafzaak in een vrijspraak was geëindigd omdat de opzet niet was bewezen, mocht er toch gewoon worden teruggevorderd. In CRvB 4 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2713 ging de Centrale Raad echter om: de hoger beroepsgrond van appellanten dat zij de op hen rustende inlichtingenverplichting niet hebben geschonden kon niet kan worden verworpen zonder twijfel te doen ontstaan over het oordeel van het gerechtshof waarop de vrijspraak is gebaseerd; dat mocht niet en dus trof de beroepsgrond doel.

Op 30 juni 2017 hebben de Afdeling en de Centrale Raad nader gepreciseerd hoe de rechter deskundigenadviezen waarop besluitvorming plaatsvond en de beroepsgronden daartegen dient te toetsen. Uit jurisprudentie van het EHRM (Korosic e.a.) volgt dat onder omstandigheden de rechter zelf een deskundige moet benoemen om de ongelijke processuele positie van de burger te compenseren. Daarbij is niet beslissend of de aanwezige deskundigenadviezen nopen tot een contra-onderzoek, maar of de betrokkene in voldoende mate weerwoord heeft kunnen bieden (ABRvS 30 juni 2017, *AB* 2017, 365, CRvB 30 juni 2017, *AB* 2017, 366). Een leerstuk op zich, vooral van belang bij besluiten die steunen op medische beoordelingen.

Bewijs en boeteprocesrecht

Een aardige illustratie van de zwaardere bewijslast voor

ik vind het verschil
tussen ruimte en
vrijheid ook nogal eh...
indringend.



punitieve besluiten vormt een Afdelingsuitspraak van 8 maart 2017 (*JB* 2017, 83). Een apk-houder had volgens de RDW een bepaalde verplichte melding niet verricht in het elektronisch systeem van de RDW. Dat bleek volgens de RDW uit het feit dat zij een verzoek niet in het systeem had ontvangen, terwijl het systeem die dag geen kuren had. De apk-houder kon echter een screenprint laten zien die aannemelijk maakte dat er wel een verzoek was gedaan. De RDW moest de overtreding aannemelijk maken en slaagde daar bij deze stand van zaken niet in: de overtreding was niet buiten redelijke twijfel komen vast te staan. Ook de cautiëplicht die geldt in boetekwesties is van invloed op het bewijs, in de zin dat het verzoeken ervan kan leiden tot bewijsuitsluiting, waardoor het boetebesluit door het ijs zakt. Een mooi voorbeeld is ABRvS 2 augustus 2017 (*JB* 2017, 153). In CRvB 26 september 2017 (*JB* 2017, 199) was er daarentegen na uitsluiting van de betreffende verklaring nog voldoende bewijs over om de overtreding bewezen te achten, zodat

het gebrek in de motivering (maar was er dan wel een gebrek?) dat werd aangenomen, onder toepassing van artikel 6:22 Awb werd gepasseerd en de boete in stand bleef.

Bewijsvermoedens zijn wel toelaatbaar, ook in het boeterecht, zo blijkt nog eens uit CrvB 26 september 2017 (*JB* 2017, 200). Toch lijkt het CBB meer van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) te verwachten. Het ging in de zaak van 27 juli 2017 (*AB* 2017, 404) om telemarketinggesprekken waarbij de consument niet zou zijn gewezen op het recht van verzet. Het CBB oordeelt dat de ACM de telefoongesprekken waarop de boete was gebaseerd, nader had moeten onderzoeken, onder andere door na te gaan of wel met abonnees was gesproken. Dezelfde strenge lijn is ook te zien in CBB 8 november 2016 (*AB* 2017, 405).

Het bestraffende bestuursorgaan moet in beginsel het dragende bewijs rond hebben bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming. Het nadien alsnog bijbrengen van bewijs is in beginsel te laat en gelegenheid om dat in het kader van een bestuurlijke lus te doen, is in beginsel in strijd met de goede procesorde, zo had de Afdeling al geoordeeld (ABRvS 30 december 2015, *JB* 2016, 30). Dat verdient echter nuancering, zo besliste de Afdeling in ABRvS 5 juli 2017 (*JB* 2017, 151 en *AB* 2017, 386). Toepassing van de bestuurlijke lus is nog wel denkbaar als het niet aan het bestuursorgaan ligt dat het bewijs niet eerder op tafel kwam. In deze zaak is overigens ook een conclusie van advocaat-generaal Keus voorhanden die ziet op bewijsvergaring in boetezaken (ECLI:NL:RVS:2017:1034).

FINALE GESCHILBESLECHTING

Omdat partijen dat beide aangaven ook te willen, behandelde de Centrale Raad met een hoger beroep naar aanleiding van een intrekkingbesluit van een uitkering meteen – in eerste en enige aanleg – de beroepen mee tegen een naar aanleiding van hetzelfde akkefietje opgelegde boetebesluit (CrvB 14 maart 2017, *JB* 2017, 92).

In de uitspraak van 16 november 2016 (*AB* 2017, 149) wordt duidelijk dat er geen mogelijkheid tot finale geschilbeslechting bestaat als de rechter daarmee een oordeel zou moeten geven over een punt waar partijen zich nog niet over hebben uitgelaten, omdat daar nog geen aanleiding voor bestond. Een omgevingsvergunning voor bouwen was met een 'licht' afwijkingbesluit verleend, maar dat stond aan de orde, als nog niet uitgesloten is dat er wellicht langs andere weg een afwijkingbesluit genomen kan worden.

De Afdeling heeft in dit kader meermaals overwogen dat bij het zelf in de zaak voorzien de rechter 'de overtuiging' moet hebben dat, als het bestuursorgaan opnieuw zou beslissen, de uitkomst van de zaak geen andere zou kunnen zijn dan de rechter voor ogen heeft. De Rechtbank Oost-Braabant ging daarmee gretig aan de slag in uitspraken van 5 oktober 2017 (*AB* 2018, 254) en 13 november 2017 (*AB* 2018, 253). Zij voorzag zelf in de zaak door verlening van een omgevingsvergunning in afwijking van een bestemmingsplan voor een woning met een andere situering dan was aangevraagd en legde in de tweede zaak zelf een dwangsom op. Dat is niet wat de Afdeling voor ogen staat, want die vernietigde de bestuursdwanguitspraak op 8 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2658: de bestuursrechter mag als regel niet zelf in de zaak voorzien door het opleggen van een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang. Hoewel er een beginselplicht tot handhaving is, moeten er wel degelijk nog allerlei afwegingen worden gemaakt over de wijze van handhaving, en dat moet primair het bestuursorgaan doen, niet de rechter.

OVERIGE (HOGER)- BEROEPSPERIKELLEN

In een ambtenarenzaak zond de ambtenaar een medisch stuk in, met

het verzoek aan de rechtbank dat zijn werkgever daar geen kennis van zou nemen. Dat werkte niet. Artikel 8:29 Awb is alleen van toepassing op stukken waarvan de bestuursrechter heeft gelast dat die op tafel moeten komen. Niet op stukken die iemand vrijwillig overlegt ter staving van het eigen gelijk. Wat wel kan, is dat kennisgeving van de medische stukken op grond van artikel 8:32 Awb beperkt wordt tot een gemachtigde van de werkgever die advocaat of arts is, zo leert CrvB 18 augustus 2017 (*JB* 2017, 166).

Schaarste van vergunningen heeft ook procesrechtelijke gevolgen. Een gokbedrijf kwam op tegen de aan hem geweigerde vergunning, die aan een ander was verleend. De rechtbank oordeelde dat de weigering foutief was geweest op gronden – onverniepbaarheid van het gehanteerde éénvergunningstelsel met Europees recht – die ook de verlening van de vergunning aan de ander raakten. De rechtbank had dat niet mogen doen zonder de ander in de gelegenheid te stellen aan het geding deel te nemen, aldus ABRvS 8 november 2017 (*JB* 2017, 208 en *AB* 2018, 3). De rechtbankuitspraak werd vernietigd en de zaak werd terugverwezen naar de rechtbank. Maar zou die nu plotseling anders gaan oordelen?

De rechtbank had ten onrechte nagelaten een 'bekende' derde-belanghebbende (overheidswerkgever) in de gelegenheid te stellen deel te nemen aan het geding in eerste aanleg naar aanleiding van beroep van een werknemer over een WW-uitkering. De rechtbank had diens beroep gegrond verklaard. Pas ruim twee maanden tijd later vernam de overheidswerkgever van de uitspraak en stelde daartegen onmiddellijk hoger beroep in. Dat was onvankelijk volgens de CrvB (21 maart 2018, *JB* 2018, 86). In ABRvS 16 maart 2018 (*JB* 2018, 72) benutte de Afdeling de bevoegdheid van artikel 8:45 Awb om aan zes instanties die geen partij waren wegens hun deskundigheid en ervaring hun mening te vragen over een bepaald aspect van het geschil. Daarmee trachtte de Afdeling inzicht te krijgen in de maatschappelijke gevolgen van de aan haar voorgelegde keuze. Deze meedenkers voldeden

alle aan het verzoek, waarna partijen op de reacties mochten reageren. Een nieuwe methode, naast de internetconsultatie die al wel door advocaat-generaal Widdershoven was toegepast, om inzicht te krijgen in aspecten van een keuze die mogelijk door partijen in het voorliggende geschil niet zijn of konden worden belicht.

Als de Afdeling bestuursrechtspraak aangeeft dat er 'mede ter voorlichting van de rechtspraak' iets te overwegen valt, dan moet je opletten. In ABRvS 4 april 2018 (*AB* 2018, 184) overweegt de Afdeling dat tot dan toe bij de toepassing van artikel 8:75 Awb (de proceskostenveroordeling) in de regel het uiteindelijke oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit bepalend werd geacht. Andere hoogste bestuursrechtsoordeelden gingen anders. Deze hanteren voor de proceskostenveroordeling als regel dat het al dan niet slagen van het ingestelde rechtsmiddel bepalend is. Het wordt namelijk niet redelijk geacht dat de persoon die met succes hoger beroep heeft ingesteld zijn kosten niet vergoed krijgt. De Afdeling sluit nu bij deze afweging aan. In geval het hoger beroep slaagt, komen de kosten van dit beroep in beginsel voor risico van het bestuursorgaan, ook als het door het bestuursorgaan genomen besluit rechtmatig wordt bevonden. De Afdeling merkt hierbij op dat artikel 8:75 Awb in zijn huidige vorm de hoger beroepsrechter niet de mogelijkheid geeft om in de situatie waarin de uitspraak van de rechtbank onjuist is, terwijl het bestreden besluit van het bestuursorgaan wel rechtmatig is, de Staat in de proceskosten te veroordelen. De wetgever moet maar ingrijpen indien deze het onwenselijk vindt dat in deze gevallen het bestuursorgaan in de proceskosten wordt veroordeeld.

MISBRUIK VAN (PROCES)RECHT

Een klassiek voorbeeld van misbruik van recht, was aan de orde in ABRvS 21 maart 2018 (*AB* 2018, 186). De ap-

pellant 'spamde' de gemeente met veertien WOB-verzoeken, zeshonderd e-mails en tientallen sms-berichten, met als enige doelstelling om de gemeente te frustreren en niet om daadwerkelijk de verzochte informatie te verkrijgen. Het college heeft de WOB-verzoeken dan ook terecht wegens misbruik van recht buiten behandeling gesteld, aldus de Afdeling. Als appellanten zelf al verklaren dat zij niet een besluit of anderszins het handelen van de overheid ter discussie willen stellen, maar eigenlijk door de verzoeken een uitgeprocedeerde civielrechtelijke kwestie opnieuw willen voeren, is het voor de rechter niet moeilijk om vast te stellen dat het recht wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het is toegekend (CBB 30 maart 2017, *AB* 2017, 176).

Ook een *first offender* kan een misbruiker zijn, zo leert ABRvS 16 augustus 2017 (*JB* 2017, 156). Iemand had in een brief aan de Belastingdienst over een verhuismelding meteen ook wat willekeurige verzoeken op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) gedaan. De Belastingdienst had betrokkene meteen als WOB-misbruiker gebrandmerkt en de verzoeken kennelijk niet-ontvankelijk verklaard. De Afdeling merkt het kennelijk niet-ontvankelijk verklaren aan als het buiten behandeling laten en laat deze beslissing in stand. De appellant die een schaduwarchief wilde aanleggen van documenten die op grond van de Archiefwet 1995 zouden worden vernietigd, gebruikte het recht op grond van de WOB en de Wet inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv) voor een ander doel. De WOB en de Wiv zijn niet bedoeld om de werking van de Archiefwet 1995 tegen te gaan, aldus de Afdeling op 13 september 2017 (*AB* 2018, 14). Daarnaast is er sprake van onevenredigheid tussen het belang bij de verzoeken en de belasting die het oplevert voor de betrokken ministeries. Annotator West twijfelt of de belangen van appellant er niet gelegen in kunnen zijn dat de documenten niet alleen worden bewaard, maar ook

openbaar gemaakt op welk belang de WOB wel ziet.

Niet alleen in WOB-zaken wordt er door bestuursorganen een beroep gedaan op misbruik van recht. De Registratiecommissie Geneeskundige Specialisten had voor de vijfde maal van dezelfde persoon een aanvraag ontvangen om te worden geregistreerd als huisarts. Anders dan de rechtbank oordeelt de Afdeling dat er geen sprake was van misbruik van recht (ABRvS 5 juli 2017, *AB* 2017, 289). Opmerkelijk is dat de Afdeling er belang aan lijkt te hechten dat de appellante ter zitting heeft verklaard het niet meer te zullen doen.

Volgens de Afdeling kan het beroep op misbruik van recht nog in een vrij laat stadium worden aangevoerd (ABRvS 14 december 2016, *AB* 2017, 2017). In het tweede rondje bij de rechtbank, nadat het bestuursorgaan na vernietiging opnieuw op het bezwaar tegen een afgewezen WOB-verzoek heeft beslist, deed het bestuursorgaan voor het eerst een beroep op misbruik van recht, hetgeen de Afdeling prima vond. Uit een eerdere uitspraak bleek zelfs dat dit voor het eerst in hoger beroep aangevoerd kan worden (ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:414).

In ABRvS 9 mei 2018 (*JB* 2018, 105) slaagde het bestuursorgaan in hoger beroep er alsnog in om concreet te onderbouwen waarom sprake was van *stelselmatig* misbruik van procesrecht, reden waarom zij betrokkene als gemachtigde had geweigerd wegens ernstige bezwaren als bedoeld in artikel 2:2 Awb. De gemachtigde had – namens veelal onduidelijke principalen – bij verschillende organen honderd WOB-verzoeken gedaan, waarvan een groot deel als misbruik kon worden bestempeld, terwijl aanmerkelijk was dat zijn verdienmodel geheel op dwangsommen en proceskostenveroordelingen leunde. Vraag is ons inziens wel wat het weigeren van de betrokkenen als gemachtigde nu precies toevoegt als het onderliggende verzoek al als misbruik kan worden afgedaan.

REDELIJKE TERMIJN

De simpele regel van 500 euro immateriële schadevergoeding voor elk halfjaar overschrijding van de redelijke termijn blijft maar tot nieuwe vragen en vraagjes leiden. Zoals: wie moet betalen, als weliswaar de overschrijding in de rechterlijke fase plaatsvindt maar is veroorzaakt door het verwerende bestuursorgaan, dat naliet een aantal, hangende beroep genomen, nieuwe besluiten naar de raad te sturen, terwijl daartoe op grond van artikel 6:19, lid 3 Awb wel de verplichting bestond: de Staat of verweerder? De laatste dus, volgens CRvB 1 februari 2017 (*JB* 2017, 72). In een overzichtsarrest van 19 februari 2016 (*AB* 2017, 266) zet de Hoge Raad alle finesses en nuances rond de redelijke termijn weer eens op een rij, zoals die gelden voor het belastingrecht.

De redelijke termijn kan ook strekken tot bescherming van het belang van een derde-belanghebbende in een procedure. In ABRvS 1 februari 2017 (*JB* 2017, 79 en *AB* 2017, 267) ging het erom of een perceel wel of geen woonbestemming zou krijgen. De eigenaar kreeg zijn bestemming in beroep via een herstelbesluit, genomen in de bestuurlijke lus. Dat was op zichzelf op tijd. Maar de stress was nog niet over want er waren beroepen van rechtswege van anderen tegen aanhangig, waarbij hij derde-belanghebbende was, zodat de Afdeling aannam dat de behandeling ook voor hem pas eindigde met de einduitspraak in hoger beroep, en toen was de redelijke termijn wel overschreden.

Een daadwerkelijk einde aan het geschil in een procedure over een ontslagbesluit is er niet al, als dat besluit onherroepelijk is vernietigd, maar pas als in de schadevergoedingsprocedure uitspraak is gedaan over de schade die betrokkene als gevolg daarvan heeft geleden, aldus CRvB 9 maart 2017 (*AB* 2017, 268).

In CRvB 22 november 2016 (*AB* 2017, 131) oordeelt de Centrale Raad dat een geringe slagingskans van een beroep tegen een besluit in dit kader niet ter zake doet: ook dan is er spanning en – juist dan? – frustratie.

WRAKING

Wraking moet volgens artikel 8:16 Awb worden gedaan 'zodra de feiten of omstandigheden aan de verzoeker bekend zijn geworden'. In CRvB 15 november 2017 (*JB* 2018, 12) wordt dat 'bekend worden' opgerekt: in de uitnodiging voor de zitting waren de rechters vermeld. Verzoeker had toen reeds het nevenfunctieregister kunnen en moeten raadplegen, als hij een wrakingsverzoek wilde doen op grond van de stelling dat de betrokken rechter vanwege een nevenfunctie niet meer zonder vooringenomenheid over zijn zaak kon oordelen. Door dat niet te doen en pas later op die grond te wraken, is hij te laat. Voor de professionele rechtshulpverlener is er dus een taakje bij: het nevenregister meteen checken of zijn cliënt daarop wijzen, zodra de oproep voor de zitting binnen is.

SLOT

In onze vorige Kroniek kondigden wij de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer aan, maar dat was duidelijk te vroeg: daarmee is nog geen voortgang gemaakt en de eerder voorziene inwerkingtreding in dit kalenderjaar is onwaarschijnlijk. Ondertussen is er een tweede ontwerp in consultatie gebracht dat de digitale tijd reflecteert, de Wet elektronische publicatie algemene bekendmakingen en mededelingen. Het ontwerp voorziet erin dat alle algemene kennisgevingen en besluiten, ook van lokale overheden, in een elektronisch register worden gepubliceerd. Landelijk is dan geregeld dat publicatie in lokale kranten niet meer hoeft. Dat de uitgeversbranche daar niet blij mee is, verbaast niet. Maar wel dat de VNG er moeite mee heeft: die vraagt aandacht voor burgers die niet digitaal zijn aangesloten. Lezenswaardig is in deze context overigens ook het 'ongevraagde advies' van de Raad van State van 31 augustus 2018, over de effecten van de digitalisering voor rechtsstatelijke verhoudingen (www.raadvanstate.nl), die niet louter positief uitpakken voor de burger.

