

NALL special

NALL  
NETHERLANDS  
ADMINISTRATIVE  
LAW LIBRARY

# 15 jaar derde tranche Awb

**Bju**

Boom Juridische uitgevers

NALL special: 15 jaar derde tranche Awb



# NALL special: 15 jaar derde tranche Awb

Boom juridische Uitgevers  
Den Haag  
2014

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag

Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2014 J. Broeksteeg, M. Jacobs, F. Michiels, R. Ortlep, W. den Ouden, Y. Schuurmans, A. Tollenaar, G. van der Veen, C. Wolswinkel | Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

[www.nall.nl](http://www.nall.nl)

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

## Voorwoord

Open access-tijdschrift NALL heeft een special doen verschijnen: Vijftien jaar derde tranche Awb. Voor deze special heeft de redactie verschillende experts aangezocht om het succes – of het falen – van de derde tranche van de Awb te belichten. Hoe zijn de regels inzake bekendmaking, beleidsregels, subsidies, handhaving en toezicht uitgekapt en zijn de doelstellingen bereikt? Naast deze artikelen per deelthema, bevat de special een overkoepelende bijdrage waarin de redactie reflecteert op nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht, mede in het licht van Europese ontwikkelingen.

Zowel de afzonderlijke bijdragen als de special zijn vrij toegankelijk en te downloaden via [www.nall.nl](http://www.nall.nl).

De NALL redactie wenst u veel leesplezier.



# Inhoudsopgave

## Voorwoord 5

## Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht 9

*Rolf Ortlep, Willemien den Ouden, Ymre Schuurmans, Albertjan Tollenaar, Gerrit van der Veen en Johan Wolswinkel*

- 1 Inleiding 9
- 2 Bevindingen: het succes van de codificatie van de derde tranche 10
- 3 Beschouwing: het succes van een algemene codificatie 18
- 4 Bezinning: de betekenis van de Awb voor een Europese algemene codificatie van bestuursrecht 30
- 5 Slotbeschouwing 36

## Bekendmaking besluit 'op een andere geschikte wijze' 39

*Rolf Ortlep*

- 1 Inleiding 39
- 2 Bekendmaking 40
- 3 Bekendmaking op een andere geschikte wijze 42
- 4 De toekomst 44
- 5 Conclusie 45

## Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht? 47

*Rianne Jacobs en Willemien den Ouden (peer reviewed)*

- 1 Inleiding 47
- 2 Doelstellingen en opzet van de subsidietitel 50
- 3 Subsidiebegrip 51
- 4 De wettelijke grondslag 55
- 5 Verdeelsystematiek bij subsidieplafond en begrotingssubsidie 59
- 6 De uitvoeringsovereenkomst 62
- 7 Handhavingmogelijkheden en evenredigheid, boete 65
- 8 Beëindiging subsidiërelaties 66
- 9 Europese aspecten 69
- 10 Uitvoeringslasten en Uniform Subsidiekader 72
- 11 Horizonbepaling en evaluatie van subsidieregelingen 75
- 12 Slotbeschouwing 78



Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb **83**

*Albertjan Tollenaar (peer reviewed)*

Samenvatting **83**

- 1 Inleiding **83**
- 2 Beoogd succes van codificatie **85**
- 3 Keuzes van de wetgever **87**
- 4 Meten van het succes van de codificatie **91**
- 5 Indicatoren voor succes van de codificatie **92**
- 6 Indicatoren voor het ontbreken van succes van de codificatie **99**
- 7 Conclusie **105**

Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb **107**

*Lex Michiels (peer reviewed)*

- 1 Inleiding **107**
- 2 Inhoud en betekenis van de derde tranche Awb voor de handhaving in 1998 **108**
- 3 De doelstellingen van de Awb-wetgever en wat daarvan terecht kwam **109**
- 4 Ontwikkelingen na de derde tranche **112**
- 5 Relatie tot algemene ontwikkelingen in het bestuursrecht **128**
- 6 Knelpunten en oplossingen daarvoor **129**

De Awb als constante van het bestuurlijk toezicht **133**

*Hansko Broeksteeg*

- 1 Een nieuwe Gemeentewet en een derde tranche Awb **134**
- 2 Een relatief rustig bezit **137**
- 3 Een nieuw Beleidskader **140**
- 4 Rechtsvormende jurisprudentie **143**
- 5 Een revitalisering van het spontane vernietigingsrecht **145**
- 6 Een nieuwe gerevitaliseerde toepassing? **150**
- 7 En de Awb dan? **152**

# Nut en noodzaak van een algemene codificatie van bestuursrecht

*Rolf Ortlep, Willemien den Ouden, Ymre Schuurmans, Albertjan Tollenaar, Gerrit van der Veen en Johan Wolswinkel*

## 1 Inleiding

In Nederland hebben wij inmiddels zo'n twintig jaar ervaring met de codificatie van algemeen bestuursrecht in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het functioneren van die codificatie in de rechtspraak is al verschillende malen, meer of minder gedetailleerd, onderzocht. Zo verscheen aanvankelijk om de vijf jaar een evaluatierapport, naar aanleiding van de evaluatie van verschillende deelonderwerpen uit de Awb.<sup>1</sup> De vijf-, tien- en vijftienjarige verjaardag van de Awb zijn luister bijgezet met congressen en bundels.<sup>2</sup> De redactie van NALL heeft ten behoeve van een special verschillende auteurs verzocht in een bijdrage het succes – of het uitblijven daarvan – van de derde tranche van de Awb te belichten. Hoe hebben de regels, ingevoerd met de derde tranche in 1998, uitgepakt, zijn de doelstellingen bereikt en wat leert deze terugblik ons over nut en noodzaak van codificatie?

In deze koepelbijdrage leggen wij allereerst verbanden tussen de bevindingen van de vijf verschillende bijdragen over dit thema en bezien wij welke algemene bewegingen in de codificatie zichtbaar zijn (paragraaf 2). Daarna volgt een

- 
1. Tot 1 januari 2013 bevatte artikel 11:1 Awb een evaluatieplicht, die inhield dat de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken om de vijf jaar aan de Staten-Generaal een verslag over de toepassingswijze van de Awb dienden te sturen. Zie nader F.C.M.A. Michiels, 'Het evalueren van de Awb: een voortdurend proces', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 41-55.
  2. Zie F.A.M. Stroink e.a. (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 1999; F.A.M. Stroink e.a. (red.), *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 2004; T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, [www.nall.nl/pagina/bibliotheek](http://www.nall.nl/pagina/bibliotheek).

abstractere beschouwing over factoren die codificatie van algemene regels van bestuursrecht al dan niet succesvol maken (paragraaf 3). Het is zinvol deze ontwikkelingen vervolgens te plaatsen in een Europees verband (paragraaf 4). Binnen de instellingen van de EU wordt immers al langer nagedacht over de wenselijkheid om een algemene regeling te maken voor bestuursrechtelijke procedures op EU-niveau.<sup>3</sup> Terugkijkend op 20 jaar ervaring met de Awb, bezien wij wat de Europese wetgever mogelijk van de Nederlandse ervaringen kan leren. Maar ook, wat een frisse Europese blik voor bijzonderheden in onze eigen codificatie blootlegt. De bijdrage sluit af met enkele aanbevelingen voor, laten we zeggen, de komende twintig jaar (paragraaf 5).

## 2 Bevindingen: het succes van de codificatie van de derde tranche

### 2.1 Inleiding

Een van de voornaamste doelstellingen van de wetgever met de Awb is om eenheid te brengen in de verscheidenheid van de vele wetten waarin de rechtsverhouding tussen burger en bestuur wordt vormgegeven en genormeerd. De derde tranche van de Awb heeft in dit verband onder meer algemene regels opgeleverd over bekendmaking, subsidies, beleidsregels, handhaving en bestuurlijk toezicht. Over deze vijf onderwerpen zijn bijdragen opgenomen in de *NALL-special* ter gelegenheid van het 15-jarig jubileum van de derde tranche.<sup>4</sup> De vijf onderwerpen richten zich in feite op drie aspecten van de rechtsverhouding tussen bestuur en burger: de (vormgeving van de) bevoegdheid van het bestuursorgaan, rechtsfiguren waarmee

---

3. Zie meest recent Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie, 2012/2024(INL), [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/fiche\\_procedure.do?reference=2012/2024\(INI\)&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/fiche_procedure.do?reference=2012/2024(INI)&l=en).

4. De vijf bijdragen betreffen: Hansko Broeksteeg, 'De Awb als constant van het bestuurlijk toezicht', *NALL* 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000014; Rianne Jacobs & Willemien den Ouden, 'Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?', *NALL* 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000017; Lex Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb', *NALL* 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000015; Rolf Ortlep, 'Bekendmaking besluit op een andere geschikte wijze', *NALL* 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000016; Albertjan Tollenaar, 'Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb', *NALL* 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000018.

de uitoefening van die bevoegdheid kan worden vormgegeven en de normen die het bestuursorgaan daarbij in acht moet nemen.<sup>5</sup>

In het vervolg van deze paragraaf worden enkele bevindingen uit de afzonderlijke bijdragen samengevat weergegeven, waarbij we ons richten op de grote bewegingen die de codificatie van de Awb teweeg heeft gebracht. Deze bewegingen worden gekarakteriseerd met drie begrippenparen die elkaar tegenspreken: behoud en verandering, vereenvoudiging en complicering, convergentie en divergentie. Aan de hand van deze begrippenparen kunnen wij laten zien hoe de Awb-wetgever worstelt met het vormgeven van de gewenste rechtsverhouding, hoe deze vormgeving de rechtspraktijk verandert of juist niet, en hoe de bijzondere wetgever reageert op de veralgemenisering van de rechtsverhouding in de Awb.

## 2.2 Behoud en verandering

Een belangrijk deel van de bepalingen in de derde tranche richt zich op de wijze waarop bestuursorganen hun bestuursbevoegdheden uitoefenen. Een interessante vraag is of de codificatie van deze normen iets heeft veranderd in de uitvoeringspraktijk, dan wel of deze uitvoeringspraktijk zich (n)iets heeft aangetrokken van de verandering van de rechtsnormen. Een verandering van het recht betekent immers niet automatisch een wijziging van de bestuurspraktijk. Het is veeleer andersom: de bestuurspraktijk heeft een natuurlijke hang naar behoud van de status quo, naar inertie.<sup>6</sup> Het is vanuit dat perspectief verstandig dat nieuwe wetgeving vaak, waar mogelijk, voortbouwt op bestaande structuren.

Vast staat dat de wetgever met de derde tranche van de Awb op onderdelen wel een verandering heeft beoogd. Bij de codificatie van de beleidsregel is bijvoorbeeld expliciet overwogen dat het wenselijk zou zijn als bestuursorganen hun beleid in beleidsregels zouden vastleggen. Dit zou een verandering van de tot dan geldende bestuurspraktijk betekenen. Uit de bijdrage van Tollenaar over het succes van de codificatie van de beleidsregel<sup>7</sup> zijn aanwijzingen te vinden dat bestuursorganen tegenwoordig inderdaad vaker beleid in de vorm van een beleidsregel vaststellen. In zoverre heeft de codificatie dus tot verandering geleid.

- 
5. Vergelijk A.J. Bok e.a., *Nieuw bestuursrecht: Derde tranche algemene wet bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.
  6. J. de Ridder en R.H.C. Kemkers, 'Inertie en aanpassing, de implementatie van artikel 19 lid 2 WRO', *Beleidswetenschap* 2002, p. 236-258.
  7. Tollenaar 2014.

Een verandering van de bestuurspraktijk is echter niet overal waarneembaar. Zo blijken de bepalingen over het toezicht op bestuursorganen weinig sturing te geven.<sup>8</sup> Deze toezichtsbepalingen regelen de wijze waarop een (hoger) bestuursorgaan gebruik kan maken van de bevoegdheid om goedkeuring te onthouden aan besluiten van een ander bestuursorgaan, dan wel deze te schorsen of te vernietigen. Indirect kan deze interventie ook consequenties hebben voor de rechtsbetrekking tussen het bestuursorgaan dat object van toezicht is en een derde, die van dat bestuursorgaan een besluit ontvangt. Broeksteeg laat zien dat de gevallen waarin een hoger bestuursorgaan zich bemoeit met de bevoegdheidsuitoefening van een lager bestuursorgaan in aantal gering zijn en vooral consequenties hebben voor de interbestuurlijke verhoudingen tussen de bestuurslagen waartoe de bestuursorganen behoren.

Daarbij is interessant dat de Awb wel generieke bevoegdheidsvoorwaarden bevat waaronder het toezichthoudende bestuursorgaan gebruik kan maken van de interventiebevoegdheid: strijd met het recht of het algemeen belang. Broeksteeg constateert echter dat deze bevoegdheidsvoorwaarden weinig richting geven. Die richting is wel gevonden in een Beleidskader – dat wellicht als een beleidsregel zou kunnen worden gezien – waarin als belangrijkste norm is opgenomen dat de vernietiging van besluiten geldt als *ultimum remedium*. Met de inwerkingtreding van de Wet revitalisering generiek toezicht is dat uitgangspunt echter weer verlaten, waardoor het toezicht door hogere bestuursorganen aan belang lijkt te hebben gewonnen. Dat kan ook gevolgen hebben voor de rechtspositie van burgers. De huidige constellatie van het toezicht kan er immers toe leiden dat bijvoorbeeld een vergunning voor de bouw van een megastal wordt vernietigd.<sup>9</sup> Broeksteeg constateert echter ook dat de toenemende relevantie van het toezicht niet zoveel met de Awb van doen heeft. Dit effect is immers bereikt door harmonisatie via de Wet revitalisering generiek toezicht en de daarmee verband houdende materiële regels over het gebruik van de toezichtsbevoegdheden. Broeksteeg concludeert dat de bepalingen in hoofdstuk 10 Awb nagenoeg geen rol spelen in bestuursrechtelijke procedures over schorsings- en vernietigingsbesluiten. De veranderingen die in de praktijk hebben plaatsgevonden staan dus los van de regeling in de Awb.

Dat de Awb soms veranderingen teweeg wil brengen, maar daarbij stuit op een onveranderlijke praktijk kan ook worden afgeleid uit de bijdrage van Ortlep over de wijziging van de bekendmakingsregel in de derde tranche.<sup>10</sup> De derde tranche leidde tot de toevoeging van een tweede lid aan artikel 3:41 Awb: indien

---

8. Broeksteeg 2014.

9. KB 12 juli 2012, *Stb.* 2012, 318.

10. Ortlep 2014.

bekendmaking niet kan geschieden door toezending of uitreiking aan de bekende belanghebbende, geschiedt bekendmaking op een andere geschikte wijze. Bij het – in het kader van de derde tranche – ontwerpen van de afdeling over bestuursdwang kwam bij de regering het inzicht dat bekendmaking door toezending of uitreiking van de beslissing tot bestuursdwang praktisch niet altijd mogelijk is. Die situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien de identiteit van de overtreder bij het bestuursorgaan onbekend is of het bestuursorgaan niet beschikt over een (correct) adres. Dit werd gezien als een algemeen probleem dat zich ook kon voordoen bij bekendmaking van andere besluiten. Artikel 3:41, tweede lid, Awb heeft tot een verandering geleid in de zin dat de bestuurspraktijk de ruimte kreeg alternatieve mogelijkheden tot bekendmaking te creëren, zoals door aanplakking van een besluit. Daar staat tegenover dat de bekendmakingsregel van artikel 3:41, eerste lid, Awb (toezending of uitreiking aan de geadresseerde) in de jurisprudentie zo ruim wordt uitgelegd dat er eigenlijk op sommige punten geen noodzaak meer bestaat voor bekendmaking ‘op een andere geschikte wijze’. Bovendien, zo belicht Ortlep, leidt moderne elektronische communicatie via ‘Mijn SVB’ of ‘Mijn DUO’ tot een geheel andere wijze van bekendmaken, die de wetgever bij de codificatie van de derde tranche nog niet voor ogen stond. In zoverre blijkt de Awb-codificatie een irrelevante contextfactor voor een praktijk die de weg zelf wel vindt.

Datzelfde kan worden gezegd van de afwijking van beleidsregels. Hoewel de Awb als voorwaarde stelt dat het bestuursorgaan slechts kan afwijken van de beleidsregel indien toepassing van de beleidsregel voor belanghebbenden wegens bijzondere omstandigheden onevenredige gevolgen heeft, constateert Tollenaar dat noch het bestuursorgaan, noch de rechter zwaar aan deze voorwaarde tilt. Als een beleidsregel naar het oordeel van het bestuursorgaan en de rechter resulteert in onevenredig nadeel, dan is reeds daarin een rechtvaardiging voor een afwijkend besluit gelegen, ondanks de kennelijke afwezigheid van omstandigheden die niet bij vaststelling van de beleidsregel zijn overwogen. In zoverre blijkt de Awb dus niet te hebben geleid tot een verandering van de beoordeling van beslissingen die van een beleidsregel afwijken.

De codificatie van de regels over toezicht en handhaving hebben wel geleid tot een wijziging van de bestuurspraktijk, zo laat Michiels in zijn bijdrage zien.<sup>11</sup> Deze praktijk was versnipperd, zeker waar het de toezichtsbevoegdheden betrof. De codificatie heeft geleid tot een uniformering van het pakket aan bevoegdheden, dat naderhand zelden door de bijzondere wetgever is ingeperkt. De juridische erkenning van de toezichthouder als bijzondere professie met bijzondere bevoegdheden, is hand

---

11. Michiels 2014.

in hand gegaan met een verdere professionalisering van deze beroepsgroep.<sup>12</sup> Natuurlijk is het wat te veel eer om deze professionalisering enkel toe te schrijven aan de Awb, maar duidelijk is wel dat de codificatie van deze bevoegdheden een bijdrage heeft geleverd aan de ontplooiing van de toezichthoudende bestuurstaak. Ook de bijdrage van Jacobs & Den Ouden<sup>13</sup> bevat, ten slotte, een voorbeeld van een rechtsgebied waarop codificatie van algemene regels tot een wijziging van de bestuurspraktijk heeft geleid. In de tijd dat de subsidietitel van de Awb (titel 4.2) werd ontwikkeld, was de subsidiepraktijk zo divers dat echte keuzes door de wetgever moesten worden gemaakt. Om rechtseenheid te bewerkstelligen heeft de wetgever gekozen voor een breed opgezet, door de Raad van State zelfs als ‘topzwaar’ betiteld, werkstuk dat voor vrijwel alle onderdelen van de rechtspraktijk wijzigingen met zich meebracht. Jacobs & Den Ouden constateren dat, hoewel de inwerkingtreding van de subsidietitel tot gevolg had dat allerlei juridische aspecten van de subsidieverhouding voortaan op een min of meer uniforme wijze waren geregeld, er vooral op het gebied van *de uitvoering* van subsidieregelingen belangrijke verschillen bleven bestaan tussen bestuursorganen. In de loop van de tijd is echter ook die veelvormigheid aangepakt. Belangrijk zijn in dat verband geweest de ontwikkeling van een uniform subsidiekader (een beleidsstuk waarin maatregelen voor een eenvoudiger beheer en uitvoering van subsidies werden beschreven) en een regeling van de Minister-President, waarin bepaalde onderdelen van het uniform subsidiekader zijn uitgewerkt. De laatst genoemde regeling is neergelegd in de Aanwijzingen voor subsidieverstreking. Uit monitoring blijkt dat op rijksniveau inmiddels de meeste subsidies volgens het uniform subsidiekader worden verstrekt en dat ook op decentraal niveau met belangstelling wordt gekeken naar de aanwijzingen.

Op grond van deze ontwikkelingen concluderen Jacobs & Den Ouden dat de totstandkoming van titel 4.2 Awb een belangrijke factor was voor de harmonisatie van (de uitvoering van het) subsidiebeleid op rijksniveau. De Awb-wetgever heeft op dit rechtsgebied veel invloed gehad op de rechtsontwikkeling. Door de subsidietitel en de daarop geënte bijzondere subsidieregelgeving kon veel beter dan voorheen aan het licht komen dat de verschillende bestuursorganen op rijksniveau bij de totstandkoming van subsidieregelgeving en –beleid in veel gevallen voor dezelfde vraagstukken een oplossing moeten vinden. Er ontstond een eenvormig begrippenkader waardoor uitwisseling van kennis en *best practices* eenvoudiger is geworden. Het streven naar een verbeterde efficiëntie van de uitvoeringspraktijk

---

12. Denk aan de verschillende leerstoelen die toezicht en handhaving als onderwerp hebben, de oprichting van het Tijdschrift voor Toezicht en VIDE, de vereniging voor toezichthouders, inspecteurs, handhavers en evaluatoren.

13. Jacobs & Den Ouden 2014.

en kostenbesparingen zijn hier óók belangrijke drijfveren geweest voor verandering; zonder gemeenschappelijk juridisch kader waren die echter veel lastiger te bewerkstelligen geweest.

## 2.3 Vereenvoudiging en complicering

In de derde tranche is een aantal ‘nieuwe’ rechtsfiguren gedefinieerd, waaronder de subsidieverstrekking, de beleidsregel en de handhavingsbeschikkingen (last onder dwangsom en last onder bestuursdwang). De wetgever heeft, juist vanuit de uniformeringsgedachte, zoveel mogelijk gekozen voor materiële definities. Dit impliceert dat niet het opschrift of de aanduiding van het besluit van doorslaggevend belang is voor de kwalificatie, maar de inhoud en materiële werking daarvan. Het is kortom niet van belang of een financiële bijdrage als subsidie wordt aangemerkt, of juist als ‘tegenoetkoming’ of ‘compensatie’. Zodra sprake is van een aanspraak op financiële middelen, met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten, geldt deze als subsidie, zo blijkt uit artikel 4:21 Awb. Dat de werkelijkheid weerbarstiger is, blijkt onder meer uit de bijdrage van Jacobs & Den Ouden. Zij constateren dat de bijzondere regelgevers en bestuursorganen het soms behoorlijk ingewikkeld maken, juist door financiële bijdragen niet als subsidie aan te merken, waar het wel om subsidies gaat. De tegengestelde situatie komt ook voor: een bijzondere regelgever merkt een financiële bijdrage aan als een subsidie, terwijl deze bijdrage niet aan de elementen van de subsidie definitie voldoet. Wanneer geschillen ontstaan, wordt het in zo’n geval voor de rechter erg lastig het juiste wettelijke kader vast te stellen en, als hij dat toch doet, om het voorliggende geschil op te lossen. Tot slot blijkt de Awb-wetgever zelf ook belangrijke uitzonderingen op het subsidiebegrip te hebben aangebracht. Zo vallen aanspraken die ontstaan op basis van belastingvoorschriften niet onder de reikwijdte van de subsidietitel (art. 4:21 Awb, tweede lid, sub a), terwijl fiscale stimuleringsmaatregelen in de praktijk vaak nauwelijks zijn te onderscheiden van subsidieregelingen en ook door dezelfde bestuursorganen worden uitgevoerd.<sup>14</sup> Voor de beleidsregel geldt iets vergelijkbaars. Ook deze rechtsfiguur is gecodificeerd met een materiële definitie, waarbij uiteindelijk de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen bepalend is voor de vraag of de vastgestelde regel heeft te gelden als beleidsregel. Ontbreekt de beleidsregelbevoegdheid, dan geldt de gedragslijn hoogstens als richtlijn, tenzij het tot beleidsregelgeving bevoegde

---

14. Zie in dat verband bijv. ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2323.



bestuursorgaan de richtlijn overneemt en vaststelt als ‘eigen’ beleidsregel. In dit geval is het onderscheid van belang vanwege de sterkere binding aan beleidsregels ten opzichte van richtlijnen.<sup>15</sup>

De beide voorbeelden illustreren dat waar de wetgever probeert een rechtsfiguur te definiëren en te codificeren, er bijna per definitie discussies ontstaan over de precieze reikwijdte van de definitie. Bovendien wijken bijzondere wetgevers af van de Awb-definities in formele wetgeving, terwijl lagere regelgevers en bestuursorganen (al dan niet bewust) ‘mist’ creëren door de rechtsfiguur anders te benoemen of niet toe te passen. Ten slotte ziet de Awb-wetgever er zelf ook geen been in om – op pragmatische gronden – belangrijke beleidsterreinen uit te zonderen. Dat maakt het rechtskader er dus niet in alle gevallen eenvoudiger op. Codificatie leidt zodoende niet alleen tot vereenvoudiging, maar ook tot complicering.

## 2.4 Convergentie en divergentie

In de Awb wordt doorgaans gekozen voor de systematiek waarin een bepaald soort besluit van een algemene regeling wordt voorzien, maar de bevoegdheidstoekenning voorbehouden blijft aan de bijzondere wetgever. Die bepaalt bij wettelijk voorschrift aan welk bestuursorgaan de betreffende bevoegdheid wordt toegekend en vaak kan in die bijzondere wet ook gebruik worden gemaakt van mogelijkheden die bepalingen van regelend, aanvullend en facultatief recht bieden. Een voorbeeld daarvan biedt titel 5.3 Awb inzake herstelsancties. Daarin is de last onder bestuursdwang gedefinieerd (art. 5:21 Awb), maar een bevoegdheidstoekenning vindt in deze titel niet plaats. Die grondslag moet de bijzondere wet bieden, waarna de Awb regelt hoe de bevoegdheid kan worden uitgeoefend en waar een bestuursdwangbeschikking aan moet voldoen. Daarbij voorziet de Awb ook in enkele accessoire bevoegdheden, zoals de bevoegdheid om in plaats van bestuursdwang een last onder dwangsom op te leggen (art. 5:32 Awb). Ook voorziet de Awb in het toekennen van een ‘standaardpakket’ onderzoeksbevoegdheden aan degenen die door het bestuursorgaan als toezichthouder zijn aangemerkt.

Interessant is de te signaleren spanning tussen het algemeen deel (de Awb) en de bijzondere wetten waarin de bestuursdwangbevoegdheid en toezichtsbevoegdheden zijn opgenomen. Zoals Michiels constateert heeft de verzameling van de handhabingsbepalingen in de Awb onmiskenbaar geleid tot een vereenvoudiging van de voorheen versnipperde regels die de vergelijkbare bevoegdheid regelden.<sup>16</sup>

15. CRvB 12 maart 2008, AB 2008/221, m.nt. Tollenaar.

16. Michiels 2014.

Opvallend is evenwel dat met het overhevelen van bijvoorbeeld de regels over de uitoefening van een bestuursdwangbevoegdheid de wetgever in een aantal bijzondere wetten een interventie, die qua vorm sterk lijkt op het uitoefenen van bestuursdwang (namelijk: door feitelijk handelen een overtreding beëindigen), expliciet *niet* aanmerkt als het uitoefenen van bestuursdwang.<sup>17</sup> De bijzondere wetgever lijkt soms dus huiverig om de bevoegdheden van het bestuursorgaan te uniformeren naar het model van de Awb. Het gevolg: divergentie met een variatie aan vergelijkbare rechtsfiguren. De parallel met de hiervoor beschreven ervaringen in het subsidierecht, waarin financiële verstrekkingen die sterk op subsidies lijken (lees: die subsidies zijn) toch een andere naam krijgen, is opvallend te noemen. In sommige gevallen heeft de codificatie echter wel duidelijk convergerende effecten. Michiels laat dit zien ten aanzien van de bevoegdheden die samenhangen met het uitoefenen van toezicht. Hij constateert dat de bijzondere wetgever vrijwel nooit een uitzondering maakt op de bevoegdheden die de Awb aan een toezichthouder toekent. Het gevolg: de toezichthouder die voorheen over beperkte onderzoeksbevoegdheden beschikte op grond van bijzondere regelgeving, beschikt sinds de inwerkingtreding van de Awb over een aanmerkelijk groter arsenaal van bevoegdheden. In de bekostigingswetgeving is, na inwerkingtreding van de subsidietitel van de Awb, iets vergelijkbaars geconstateerd.<sup>18</sup> Dat roept de vraag op of een regeling van bestuursbevoegdheden in een algemene wet niet meer risico's geeft op 'overbevoegdheid' van het bestuur, dan bijzondere wetgeving (op maat).

## 2.5 Tussenconclusie

De verschillende bijdragen over de ontwikkelingen na invoering van de derde tranche illustreren tot welke effecten een algemene codificatie in de Awb kan leiden. Hoewel de Awb verschillende doelstellingen kent, is het niet zo dat bij de codificatie van afzonderlijke onderwerpen al die doelstellingen tegelijk worden behartigd. Soms staat codificatie van een reeds bestaande praktijk voorop (zoals bij interbestuurlijk toezicht), dan weer beoogt de wettelijke regeling vooral een rechtsfiguur vorm te geven, waarop het bestuursrecht en de uitvoeringspraktijk

---

17. Vergelijk het aanhouden van een schip (in de volksmond bekend als 'het aan de ketting leggen') artikel 16 Schepenwet.

18. Zie daarvoor J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden & P.J.J. Zoontjens, 'Anders, of toch niet? Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving', <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/02/10/onderzoek-naar-de-mogelijkheden-van-meer-awb-conforme-onderwijswetgeving.html>

nog onvoldoende vat hebben gekregen (zoals bij de subsidietitel het geval was). De mate waarin de regeling in de Awb leidt tot een verandering van de rechtspraktijk, hangt mede af van de doelstelling die aanvankelijk voorop heeft gestaan. Bij het primaire streven tot codificatie van een reeds bestaande praktijk, is de sturende werking van de Awb per definitie beperkt. Toch zien we in breder verband dat van de Awb vaak maar een beperkte sturende werking uitgaat, ook waar sturing wel de intentie van de wetgever was. Daarvoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen: soms loopt de praktijk voor op de regeling, bijvoorbeeld omdat door technologische ontwikkelingen een andere bekendmakingspraktijk ontstaat dan destijds voorzien. Soms ligt de sturende werking meer buiten de Awb in de materiële regelgeving (of het beleid), waarin de meer inhoudelijke keuzes worden gemaakt ten aanzien van de aanwending van bepaalde bevoegdheden (interbestuurlijk toezicht en subsidie). Soms is de bijzondere formele wetgever niet overtuigd en worden (delen van) Awb-wetgeving buiten toepassing verklaard.

Al met al zien wij bij het streven naar uniformering bijna automatisch een onderstroom ontstaan. Waar de wetgever probeert een rechtsfiguur te definiëren en te codificeren, lijkt dat al snel te leiden tot een ontwijkende reactie bij de bijzondere wetgever of het bestuur. Bijzondere wetgevers wijken af van de Awb-definities in formele wetgeving, lagere regelgevers compliceren de praktijk door de rechtsfiguur anders te benoemen of niet toe te passen. Zo ontstaan er regelmatig 'alternatieve' rechtsfiguren, waarop de Awb-normen lastig zijn toe te passen. Codificatie leidt zodoende niet alleen tot vereenvoudiging, maar ook tot complicering, omdat een werkelijk geüniformeerde en geharmoniseerde praktijk uitblijft.

## 3 Beschouwing: het succes van een algemene codificatie

### 3.1 Inleiding

Na deze beschouwing naar aanleiding van de derde tranche van de Awb, verruimen wij de blik. In deze paragraaf bezien wij de algemene wetgevingstendensen rond de Awb en bekijken wij wat in de toekomst van verdere aanpassingen mag worden verwacht, mede aan de hand van enkele codificatielessen rond het Burgerlijke Wetboek (paragraaf 3.5). Als opmaat voor die beschouwing behandelt paragraaf 3.2 eerst kort de voordelen die in het algemeen aan codificatie worden toegedicht. Vervolgens bezien wij welk type regels in de loop van de tijd 'succesvol' is gebleken en (blijvend) in de Awb een plaats behoeft. Meer in het bijzonder hebben we ons daarbij de vraag gesteld of 'het beste gecodificeerde algemene bestuursrecht'

procedureel recht betreft (paragraaf 3.3) en of dat enkel basisregels geeft (paragraaf 3.4).

Bij dergelijke waarderende uitspraken past uiteraard de nodige voorzichtigheid. In de eerste plaats maken we de kanttekening dat de door ons gehanteerde begrippen als ‘procedureel recht’ en ‘basisregels’ of ‘algemene regels’ zich lastig laten definiëren. Het is eenvoudiger tegenover deze begrippen een antoniem te plaatsen. Tegenover ‘procedureel recht’ staat ‘materieel of substantieel recht’ en tegenover ‘algemene regels’ staan ‘specifieke regels’. Tussen die uitersten bevindt zich een grijs gebied waarin regels een tweeledig karakter hebben. Zo bevat de Awb verschillende spelregels, die aangeven hoe een handeling dient plaats te vinden (zoals de legitimatie door een toezichthouder bij aanvang of de bekendmakingswijze van een besluit). Die regels zijn enerzijds procedureel (hoe doen we het?), maar anderzijds kunnen zij niet los worden gezien van de inhoud van het spel (waarom doen we het zo?). De door ons gehanteerde begrippen ‘procedureel recht’, ‘materieel recht’, ‘algemene regels’ en ‘specifieke regels’ hebben in deze bijdrage vooral een ordenende functie en maken het mogelijk een debat te voeren over de aard van het gewenste Awb-recht. De begrippen hebben niet tot doel afzonderlijk Awb-artikelen strikt te scheiden langs definitielijnen en in exacte categorieën in te delen. Grofweg gezegd verstaan wij onder procedureel recht zowel het recht dat de procesvoering voor de bestuursrechter normeert, als het recht dat de totstandkomingswijze van een besluit regelt.<sup>19</sup> Algemene regels geven normen die (potentieel) op een groot aantal rechtsgebieden van toepassing zijn. Met specifieke regels duiden we op regels die slechts op een enkel rechtsgebied de rechtsbetrekking normeren.

In de tweede plaats moet de kanttekening worden gemaakt dat de mate van waardering voor bepaalde onderdelen van de Awb mede lijkt af te hangen van de expertise van de waarderende bestuursrechtjurist.<sup>20</sup> In de derde plaats is het lastig om in het algemeen ‘de waardering’ van ‘de Awb’ te geven. De aard van de codificatie en de daarbij nagestreefde doelen hebben per periode en per onderwerp behoorlijke verschillen laten zien. Waar de wetgever aanvankelijk een grote slag moest maken om in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken te codificeren en

---

19. Deze brede duiding, met inbegrip van het besluitvormingsrecht, vergemakkelijkt ook de vergelijking met de Europese Awb, die primair regels van het besluitvormingsproces beoogt te codificeren.

20. Voor de totstandkoming van deze bijdrage hebben de redacteurs eerst individueel een discussiestuk geschreven, waarin zij vanuit de eigen expertise de meer en minder geslaagde wetsartikelen uit de Awb benoemden, waarna uit de mondelinge en daarop volgende schriftelijke discussie hoofdlijnen zijn gedestilleerd. De waarderings bleken – aanvankelijk – behoorlijk uiteenlopend.

bijzondere regels uit verschillende materiële wetten te uniformeren, lijken de twee doelstellingen van harmonisatie en codificatie in de latere jaren minder aandacht te behoeven. De naderhand geïntroduceerde Awb-normen zijn veeleer meer specifiek en modifierend van aard. Dat betekent dat een waardering van ‘algemene regels’ in de Awb in de eerste tranches anders kan liggen dan een waardering in latere tranches of aanvullende wetgeving.

## 3.2 Voordelen van codificatie

De voordelen van een codificatie van algemeen bestuursrecht zijn eerder belicht, onder andere in 1996 door Scheltema.<sup>21</sup> Hoewel het codificeren geen garantie geeft dat het recht ook kenbaar is voor de rechtssubjecten, bevordert het de toegang tot het recht. Doordat er met codificatie samenhang in de regels wordt gebracht, kunnen verbanden worden gelegd die bij losse regels niet zichtbaar zijn. Het belang van het aanbrengen van een systeem door middel van codificatie mag niet worden onderschat. G.A. van Poelje had gelijk waar hij schreef: ‘Iedere wetenschap intusschen heeft behoefte aan een bepaald systeem; aan een zekere indeeling en ordening, waardoor het geheel van de daarbinnen vallende verschijnselen kan worden overzien en beheerscht. De systematiek is een onmisbaar hulpmiddel ter beheersching van de stof.’<sup>22</sup> Ook Schueler benadrukt dat in zijn bijdrage aan de bundel ‘15 jaar Awb’.<sup>23</sup> Hij wijst er onder meer op dat de vaste terminologie van de Awb ervoor zorgt dat verschillende besluitvormingstrajecten vrij gemakkelijk op elkaar kunnen worden afgestemd en dat rechtsvragen die nieuwe regelgeving voortbrengt, gemakkelijk in een systeem kunnen worden ingekaderd. Een ander voordeel van codificatie dat Scheltema heeft benoemd, is dat daarmee de overtuigingskracht van de regels wordt vergroot. Door een systematische ordening van regels wordt de willekeur in het recht verkleind; gelijke gevallen worden op basis van hetzelfde recht zo veel mogelijk gelijk behandeld, hetgeen bijdraagt aan de overtuigingskracht van het recht. Tot slot wijst Scheltema erop dat door codificatie de kwaliteit van het recht wordt verhoogd. Zij dwingt immers tot een systematische behandeling van problemen. In het verlengde daarvan bevordert codificatie

---

21. M. Scheltema, ‘Codificatie van het bestuursrecht’, *NTB* 1996, p. 2-7.

22. G.A. van Poelje, *Beginselen van Nederlandsch administratief recht. Deel 1*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1927, p. xvii.

23. B.J. Schueler, ‘De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p.173-191.

de discussie over de inhoud van de regels. ‘Doordat zij’, aldus Scheltema, ‘vanwege hun algemene strekking belangrijker en bekender zijn, komt er ook meer kritiek en discussie op gang’.<sup>24</sup> Dat was ook de conclusie die Polak in 2010 trok in zijn evaluatie van 15 jaar Awb-procesrecht. Polak beschrijft dat het werken met één algemeen bestuursprocesrecht natuurlijk niet betekende dat verschillen tussen de bestuursrechtelijke kolommen van de ene op de andere dag verdwenen. Wel kwam een dynamisch proces op gang, waarbij de toepassing van dat procesrecht steeds evolueerde en waarbinnen de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters naar elkaar toegroeide. Op die manier heeft de Awb een proces naar meer eenheid van recht in gang gezet.<sup>25</sup>

Samenvattend worden in het algemeen vier voordelen verbonden aan codificatie benoemd: 1. toegang tot en kenbaarheid van het recht, 2. ordening c.q. systematisering van het recht, 3. overtuigingskracht van het recht c.q. het bestrijden van willekeur en 4. kwaliteit van het recht. Mogelijke nadelen die aan codificatie zouden kunnen kleven, blijven doorgaans onbenoemd.

### 3.3 De Awb: vooral procedureel recht?

Eenvoudig gezegd bestaat de Awb uit regels van procedureel recht en algemene regels voor de uitoefening van (al dan niet specifieke) bevoegdheden van het bestuur. Wie de Awb openslaat ziet direct dat eerstgenoemde regels een zeer groot deel innemen. Dat is ook logisch, omdat op het gebied van het procesrecht de behoefte aan harmonisatie en codificatie reeds lange tijd bestond. De voorloper van de Awb, de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet arob), zag voornamelijk op het procesrecht. Gezien dat voorwerk lag het voor de hand om in een meer algemene codificatie in ieder geval ook het procesrecht neer te leggen. Bovendien speelt de aard van het recht een rol. Het procedurele recht in de hoofdstukken 6, 7 en 8 Awb bevat met name dwingend recht. Anders dan bij de daaraan voorafgaande hoofdstukken, is het niet de bedoeling dat in bijzondere wetten allerhande aanvullende bepalingen de regulering van het proces verfijnen of specificeren. Daardoor is het procesrecht, in verhouding tot andere delen van de Awb, omvangrijk. ‘Het beste gecodificeerde algemene bestuursrecht is procesrecht’ is echter een stelling die tot de nodige discussie kan leiden.

---

24. Scheltema 1996, p. 5.

25. J.E.M. Polak, ‘Veranderende perspectieven van de bestuursrechter’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 97-113.

De vraag is immers of de Awb-wetgever niet vaak blijft hangen in bepalingen van procesrechtelijke en technische aard om de moeilijke materiële keuzes te kunnen ontwijken? De meer formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur staan vanaf het begin grotendeels in de Awb. Is de rechtsontwikkeling rond meer materiële beginselen (inmiddels) niet zo ver dat ook deze zich voor codificatie lenen? Burgers doen bijvoorbeeld zeer regelmatig een beroep op het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel.<sup>26</sup> Het bevreemdt dat een wet, die de basisnormen van de rechtsverhouding tussen bestuur en burger beoogt vast te leggen, deze belangrijke en in de jurisprudentie uitgewerkte normen niet omvat.<sup>27</sup> Is juist bij dit soort normen de toegang tot en kenbaarheid van het recht niet van uitermate groot belang? Zeker als een beroep op dergelijke materiële beginselen in de praktijk niet vaak succesvol is, dringt het voorlichtende codificatiebelang zich op, net als het belang van de overtuigingskracht van het recht. Natuurlijk kan daartegen worden ingebracht dat slechts een hoofdregel kan worden gecodificeerd en dat het van de aard van het materiële recht afhangt hoe deze regel uitwerkt. Zo kan bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel de twee- of meerpartijenverhouding relevant zijn voor het al dan niet stellen van het dispositievereiste, dat inhoudt dat een partij gehandeld moet hebben op basis van het gewekte vertrouwen. Maar, die nuance van toepassing al naar gelang het rechtsgebied, speelt eveneens een rol bij wél gecodificeerde beginselen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. Kortom: de vraag blijft of de Awb-wetgever de meer materiële beginselen van behoorlijk bestuur niet te gemakkelijk van de codificatietafel schuift? Een algemene regeling die meer materiële onderwerpen ongeregeld laat, laat veel in handen van de bijzondere wet- of regelgever. Dat bevordert de algemene aard van de wet niet.

Daarnaast kleeft er nog een gevaar aan de ruime mate waarin de Awb met procedureel recht is gevuld: een (te) grote aandacht voor procedurele regels bij de dagelijkse gebruikers van de Awb, zoals ambtenaren, rechters en wetenschappers. 'Alles wat je aandacht geeft groeit', leert een Oosterse wijsheid. De aandacht die de Awb-regels op het gebied van rechtsbescherming hebben gekregen in het algemeen, maar zeker ook in de verschillende rondes van wetsevaluatie, is zeer aanzienlijk. Michiels trekt daar, wat ons betreft terecht, de wenkbrauwen bij op: 'Als de evaluatie ertoe moet leiden de uitvoering van de wet te verbeteren, dan moet dat toch beginnen met het primaire proces van besluitvorming en niet met hoe fouten daarin kunnen worden hersteld of wat er tegen bestuurlijke en ambtelijke

---

26. Zie de AB annotatiereeks van Leo Damen over dit onderwerp.

27. Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie 'light'', *JBplus* 2012, p. 87-100.

fouten kan worden ondernomen.<sup>28</sup> De procedurele insteek van de Awb genereert vooral debat op dat procedurele vlak. Die discussie moet worden gevoerd, maar wat ons betreft is in de toekomst meer bezinning nodig op de vraag hoe het recht bij kan dragen aan een kwalitatief goed bestuur, dat het vertrouwen van de burger geniet, zonder meteen te vluchten in een regeling van het procedurele recht.<sup>29</sup> Een algemene codificatie van het bestuursrecht moet daarom vooral ook gaan over de vraag hoe de bestuursrechtelijke verhouding (met alle variatie daarin van *repeatplayer* tot *oneshotter*) eruit moet zien. Voor die bestuursrechtelijke rechtsverhouding is bijvoorbeeld het debat over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het concept van *good governance* en het recht op informatie in bestuurlijk verkeer van minstens zo groot belang.<sup>30</sup>

### 3.4 De Awb: vooral algemene regels?

‘De Awb is er niet voor de belangrijkste maar voor de meest algemene regels van bestuursrecht’, aldus Schueler.<sup>31</sup> Dat algemene basisregels in de Awb thuishoren is evident. De basisregels zijn nodig om ‘het systeem’ uiteen te zetten en het creëren van een systeem is, zo kwam hiervoor aan de orde, een van de belangrijkste voordelen van een algemene codificatie. De organisatie van het besluitvormingsproces en de rechtsbescherming zijn daarmee onmisbare onderwerpen voor een Awb. Algemene normen bieden verder een belangrijke kapstok om samenhang te brengen in het zeer uiteenlopende materiële bestuursrecht. Het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb vervult bijvoorbeeld die functie. De norm maakt het mogelijk om rechtspraak op zeer uiteenlopende materiële rechtsgebieden te ordenen en daartussen verbanden te leggen. Op die wijze geeft de algemene norm

---

28. Michiels 2010, p. 44.

29. Dit vormt het onderwerp van het programma ‘Een prettig contact met de overheid’, zie <http://prettigcontactmetdeoverheid.nl/>. Doel van het bestuursrecht is immers niet het zo snel mogelijk afwickelen van (gerechtelijke) procedures, maar is gelegen in een ideaal van rechtvaardigheid of ‘administrative justice’. Zie over dit concept: M. Adler (ed), *Administrative justice in context*, Oxford: Hart 2010; M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming*, Deventer: Kluwer 2005.

30. Vgl. bijv. Bert Marseille & Lynn van der Velden (red.), *Vertrouwen verdient, verdient vertrouwen. Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag 2014 en D.G.J. Sanderink, ‘Het principe of ‘good governance in het bestuursrecht’’, *Trema* 2014, p. 10-15.

31. Schueler 2010, p. 173.



een impuls om zowel te harmoniseren als uit te leggen waar en waarom het materiële recht een meer specifieke invulling van de zorgvuldigheidsnorm behoeft.

De behoefte aan, of schoonheid van algemene normen zegt naar onze smaak echter nog niets over de ruimte die aan meer specifieke normen in de Awb zou moeten worden gegeven. Algemene regels kunnen de toegankelijkheid van het recht vergroten, maar doen dat niet zonder meer. Algemene regels zijn vaak wat abstract en vaag van aard en vergen een nadere invulling aan de hand van de concrete feiten, de aard van de rechtsbetrekking en de aard van het materiële recht. De interpretatie van de algemene norm in een concreet geval is veelal met onzekerheid omgeven.<sup>32</sup> Algemene normen kunnen dan een belangrijke ordenende functie hebben, sturend zijn zij zelden. Voor een harmoniserende (en dus) sturende, goed toegankelijke en daarmee rechtszekerheid biedende Algemene wet bestuursrecht zijn ook meer specifieke normen noodzakelijk.

Dat lijkt de Awb-wetgever ook aan te voelen. Wat betreft de regeling van bestuursbevoegdheden zien we dat de Awb-wetgever steeds met nieuwe, specifiekere voorstellen is gekomen die de Awb aanzienlijk uitbreiden. In het kader van de derde tranche biedt de regeling van de subsidie met haar 60 artikelen daarvan een goede illustratie. Deze trend van een ambitieuze wetgever die 'nieuwe onderwerpen' steeds preciezer bij de kop pakt, is na de derde tranche zeker niet gestopt, zo illustreren titel 4.4 inzake bestuursrechtelijke geldschulden en de (nog in werking te treden en in omvang veel bescheidener) titel 4.5 inzake nadeelcompensatie. De nagestreefde doelstellingen van de Awb-wetgever lijken daarmee te verschuiven: van codificering naar harmonisering en expliciete modificering c.q. sturing.

Wij zijn daarover niet op voorhand negatief. Het verzamelen van specifieke normen in de Awb biedt de niet-ingewijden in het bestuursrecht de mogelijkheid om eenvoudiger de rechtspositie te bepalen. Deze meer precieze rechten en aanspraken zijn bovendien voor burgers gemakkelijker in rechte af te dwingen. Vanuit dat oogpunt is de subsidietitel een voorbeeld van een grotendeels geslaagd project: op een beleidsterrein waar vele burgers in hun leven mee te maken krijgen, is orde, (meer) transparantie en rechtszekerheid ontstaan. Datzelfde kan worden gesteld over de titel over handhaving. Door concrete normen te formuleren waaraan een last onder dwangsom of last onder bestuursdwang moet voldoen, kan een ieder nagaan of de opgelegde sanctie aan de wettelijke eisen voldoet. Verfijning en regeling op detailniveau kan dus de rechtszekerheid vergroten. Maar, er komt een moment dat die verfijning ten koste gaat van de coherentie, de inzichtelijkheid en daarmee de toegankelijkheid van het bestuursrecht. Een goede ordening in hoofdstukken en

---

32. Vgl. Schueler 2010, p. 176.

titels of boeken, zoals bij het BW, is dan onontbeerlijk. Een logica van de ordening van het huidige hoofdstuk 4 Awb bestaat, maar is niet evident, nu de bepalingen niet zonder meer zijn geordend langs het principe van algemeen naar bijzonder. Uit ervaring weten wij bijvoorbeeld dat de meeste studenten hard zoeken naar een regeling van de beleidsregel, omdat zij die regeling niet meer in dat hoofdstuk verwachten.

Daarnaast bestaat het nadeel dat een regeling te specifiek wordt vormgegeven, waardoor het toepassingsbereik van de wettelijke regeling te zeer wordt beperkt. Beziet men bijvoorbeeld de aard van de normen die met betrekking tot advisering in Afdeling 3.3 Awb zijn gecodificeerd, dan is niet duidelijk waarom die normen alleen zouden gelden in het geval een persoon of college bij of krachtens wettelijk voorschrift met de adviestaak is belast. Zo geeft de Awb-afdeling rechtszekerheid als het gaat om adviestermijnen en bevat deze verschillende bepalingen die de zorgvuldigheid van het onderzoek vergroten. De naam van de adviseur maakt het mogelijk diens deskundigheid te evalueren en de vergewisplicht zet het bestuur aan om kritisch te kijken naar het logische verband tussen de feitelijke bevindingen en de gevraagde metabeoordeling. Deze normen, die op de inhoudelijke kwaliteit sturen, zijn bij elk deskundigenadvies van belang. Echter, door het toepassingsbereik in artikel 3:5 Awb zo nauw tot de wettelijke adviseur te beperken, laat de wettelijke regeling de rechtspraktijk onnodig met lege handen achter. Natuurlijk schuilt er een idee achter deze ‘smalle’ regeling: het moet voor bestuursorganen aantrekkelijk zijn om op laagdrempelige en eenvoudige wijze advies in te winnen. Maar moeten daarvoor vrij essentiële zorgvuldigheidsnormen worden opgevoerd? Dan wint de kwaliteit van de besluitvorming weinig bij het inwinnen van een informeel advies. Gedetailleerde regels bieden vaak belangrijke waarborgen; voor het gevaar dat die onderuit worden geschoffeld door het toepassingsbereik te beperken, dienen we steeds alert te zijn.

Op dat vlak zien we een belangrijke taak voor de Awb-wetgever in de komende jaren: niet alleen nieuwe onderwerpen aan de Awb toevoegen, maar ook bezien of het algemene bestuursrecht een kwaliteitsimpuls krijgt indien specifieke regelingen een breder toepassingsbereik krijgen, worden veralgemeniseerd of dienen als basis voor een brede algemene regeling. Zo zouden de ervaringen die zijn opgedaan met het subsidieplafond kunnen dienen als basis voor enkele algemene regels voor de verdeling van ‘schaarse rechten’<sup>33</sup> en kunnen de regels die zijn opgesteld

---

33. Zie hierover Jacobs en Den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen, Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepotmeer terughoudend’, *JBplus* 2011, p. 35 e.v. Meer terughoudend: C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd’, *NTB* 2014, 7.

over de intrekking van subsidiebeschikkingen uitgangspunt vormen voor de reeds lang bepleitte algemene regeling voor de intrekking van beschikkingen.<sup>34</sup>

Ten slotte leidt deze overdenking nog tot de vraag wat regels nu daadwerkelijk algemeen maakt. Is het algemene bestuursrecht wel echt algemeen, of noemen we het algemeen omdat het in de Awb staat? Over de omvang van de afwijkingen van de Awb in bijzondere regelgeving is niet zo veel bekend. De fiscale wetgever doet in ieder geval vaak de eigen zin. Bestuursrechtjuristen roepen dan al snel ‘in fiscalibus wordt weer iets “bijzonders” geregeld’.<sup>35</sup> Maar is dat eigenlijk wel zo, bijvoorbeeld gemeten aan het aantal besluiten dat wordt genomen op grond van die bijzondere wetgeving (om nog niet te spreken over de impact daarvan op het leven van burgers)? Hoe vaak is de uitzondering eigenlijk de regel, zoals bij geldschulden het geval lijkt te zijn, nu deze regeling in voor burgers zeer belangrijke formele wetgeving zoals de Awir goeddeels buiten spel is gezet?<sup>36</sup> Dat zou een mooi thema zijn voor een toekomstige wetsevaluatie. Nader onderzoek kan dan inzichtelijk maken van welk type normen uit de Awb relatief veelvuldig in bijzondere regelgeving wordt afgeweken en waarom. Dat kan enerzijds tot de conclusie leiden dat, bij nader inzien, de voorziening zich er helemaal niet zo voor leende om in een algemene wet te worden geregeld. Anderzijds kan de afwijking ook wat zeggen over de kwaliteit van de Awb-norm voor de uitvoeringspraktijk. Hoe sterker de Awb-norm essentiële onderwerpen voor de uitvoeringspraktijk onge-regeld laat, hoe veelvuldiger aanvulling nodig zal blijken te zijn. Met een dergelijk zelfinzicht zal de Awb-wetgever ongetwijfeld zijn voordeel kunnen doen.

Als de wetgever zich dan toch bezint op het belang van de Awb-bepaling voor de uitvoeringspraktijk, kan hij wellicht tegelijkertijd tot de conclusie komen dat bepaalde wetsartikelen ook wel uit de Awb kunnen worden geschrapt. Zo hebben

---

34. Zie bijv. de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht 1987, p. ii en *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 800 VI, nr. 7, p. 9, M.A.M. Dieperink, ‘Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken’, in: *De vijfde tranche, Preadvies van Jonge VAR 2002*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2003, p. 55 e.v.; W. den Ouden, ‘De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen. Eens gegeven blijft gegeven?’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 689-715; R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 175 e.v., 189 e.v. en p. 303 e.v.

35. Vgl. N. Verheij, ‘Fiscale eigenwijsheden’, *NTB* 2013, p. 45-47.

36. Vergelijk de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), artikel 12, lid 1, art. 29 en 32: in het algemeen sluit de Awir aan op de fiscaalrechtelijke regelingen voor (invordering van) geldschulden. Volgens de website van de uitvoerende Dienst toeslagen ontvangen op dit moment ruim 6 miljoen huishoudens één of meer van deze toeslagen.

we al afscheid genomen van de bepalingen over de Friese taal.<sup>37</sup> Voor een dergelijk afscheid nomineren wij hier bijvoorbeeld ook Afdeling 4.2.8 Awb (Per boekjaar verstrekte subsidies aan rechtspersonen) en Afdeling 7.3 Awb (Bijzondere bepalingen over administratief beroep). De bepalingen uit de subsidieafdeling zijn zo ingewikkeld dat niemand ze snapt en administratief beroep is dermate uitzonderlijk geworden dat deze bepalingen zich niet langer lenen voor een voorziening in de algemene wet. Kritische vragen kunnen ook worden gesteld bij de regeling over samenhangende besluiten<sup>38</sup> en, op grond van de bijdrage van Broeksteeg, bij de titel over het toezicht op bestuursorganen. Natuurlijk, we kunnen alles ook in de Awb laten staan, maar een overcomplete regeling komt uiteindelijk de toegankelijkheid van de algemene wet niet ten goede. En juist die toegankelijkheid zagen we toch als een van de grote voordelen van een algemene regeling van het bestuursrecht.

### 3.5 Lessen uit de algemene codificatie in het BW

Het bestuursrecht is het laatste van de drie grote rechtsgebieden dat een algemene codificatie heeft gekregen; het burgerlijk recht en het strafrecht gingen het bestuursrecht voor. Het valt op dat deze drie codificaties verschillen naar reikwijdte. Het burgerlijk recht en het strafrecht kennen codificaties die zowel het materiële recht als het procesrecht omvatten, en die bovendien een zekere volledigheid pretenderen. Die pretentie is in ieder geval waargemaakt voor het procesrecht. In samenhang met de Wet op de Rechterlijke Organisatie bieden de wetboeken van Burgerlijke rechtsvordering en Strafvordering een volledige regeling van het procesrecht. Dat geldt voor het bestuursprocesrecht overigens niet anders: de Awb kent een volledige regeling voor het bestuursproces. Dat wellicht onderdelen van dat bestuursprocesrecht nog enige precisering of ontwikkeling behoeven, zoals het bewijsrecht en de nieuwe regeling inzake de verzoekschrift-procedure voor schadekwesties, doet daaraan niet veel af. Het resultaat is in ieder geval duidelijkheid over de te volgen (gerechtelijke) procedures en de daarbij geldende regels. Dat is niets nieuws; zulke duidelijkheid is een minimumvereiste

---

37. *Stb.* 2013, 382 en 515.

38. Vergelijk M.S. Beerten, *Afstemming van besluiten* (diss. Groningen), Den Haag: Bju 2004.

voor de toegankelijkheid van het recht voor de burger. Zelfs common-law-stelsels kennen daarom codificaties van burgerlijk procesrecht.<sup>39</sup>

Voor het materiële recht is het beeld diffuser. Wij constateerden dat de Awb op materiële onderwerpen nog het nodige liet liggen. Het is (uiteraard) geen vanzelfsprekendheid dat codificaties beperkt blijven tot procesrechtelijke punten. Het lijkt erop dat het Burgerlijk Wetboek de centrale plek is en was voor de regeling van de privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, ongeacht of zij vanouds bestonden, of voortkomen uit nieuwe gedachten. Er moeten goede redenen zijn om elders opgenomen regelingen van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen buiten het BW te blijven houden. Om die reden is, anders dan bijvoorbeeld in België, ook het handelsrecht in het BW opgenomen.<sup>40</sup> Wanneer privaatrechtelijke bepalingen desondanks toch elders worden gehandhaafd, wordt ten minste gestreefd naar stroomlijning met het BW.<sup>41</sup> Met andere woorden: het BW is het kader voor het materiële recht. Het zuigt elders nog bestaand materieel burgerlijk recht naar zich toe. Dat is niet het geval bij het materiële strafrecht en het materiële bestuursrecht. Ook hier kan wel een algemeen deel en een bijzonder deel worden onderscheiden, maar van een leegtrekken door de algemene wetboeken is geen sprake. Voor daadwerkelijk bijzondere delen is dat leegtrekken op grond van variatie van regels, de omvang daarvan en/of het gebrek aan algemene relevantie waarschijnlijk ook niet mogelijk. Wij zijn er echter bepaald niet van overtuigd dat er niet meer gemeenschappelijke materiële regels uit bijzondere delen van het bestuursrecht afgeleid kunnen worden, om die vervolgens in de Awb te codificeren.

De wetgever zou in dat kader kunnen bezien welke fundamentele elementen bepalend zijn voor de rechtsverhouding tussen bestuur en burger en of deze thans regeling in de Awb hebben gevonden. Waarom zou bijvoorbeeld voor bestuursrechtelijke verhoudingen omtrent openbaarheid van bestuur nog steeds een aparte wet nodig zijn? Waarom zou het veel bediscussieerde ‘naming and shaming’ niet netjes als (bijkomende) sanctie in hoofdstuk 5 Awb kunnen worden opgenomen? Anderzijds mogen wij er ook niet aan voorbij gaan dat de codificatie van het burgerlijk recht al enige eeuwen aan de gang is en de laatste grote codificatie van

---

39. Zie nader C.H. van Rhee, ‘De codificatie van het Burgerlijk Procesrecht in de Verenigde Staten van Amerika’, in: J.M. van Buren-Dee e. a. (red.), *Privaatrecht en Gros*. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. F. Willem Grosheide, Antwerpen/Groningen: 1999, p. 333-342.

40. Vgl. D. Heirbaut, *Codificatie van het burgerlijk recht in België en Nederland, parallel lives?*, Gent 2010, <https://biblio.ugent.be/input/download?func=downloadFile&recordId=1048832&fileId=1048838>.

41. Kamerbrief van de ministers van Veiligheid en Justitie en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie d.d. 22 november 2011 inzake stroomlijning Burgerlijk Wetboek en consumentenbescherming, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 374, nr. S.

het BW decennia in beslag heeft genomen. In zoverre heeft het bestuursrecht nog een weg te gaan, waarbij wat ons betreft de Awb-wetgever een hoger ambitieniveau mag hebben voor de codificatie van meer materiële normen.

### 3.6 Tussenconclusie

De voordelen van een codificatie van algemeen bestuursrecht zijn al verschillende malen belicht. Tot de belangrijkste voordelen behoren de vergroting van de toegankelijkheid van het recht en de systematiserende werking die van een algemeen raamwerk uitgaat. Deze voordelen heeft de Awb in zijn huidige vorm grotendeels, maar nog niet geheel, weten te realiseren. Zo ontbreken nog enkele onderwerpen die wij essentieel achten voor de vraag hoe de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger eruit dient te zien: de meer materiële algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het concept van *good governance* en het recht op informatie in bestuurlijk verkeer. In deze derde paragraaf hebben we de voordelen van codificatie van procedurele regels en algemene basisregels belicht, maar daarnaast ook benoemd waarom een dergelijke codificatie op hoofdlijnen onvoldoende is. Door meer materiële keuzes uit de weg te gaan, laat de Awb-wetgever soms teveel over aan de bijzondere wetgever, wat het algemene en sturende karakter van de Awb teniet doet. Ten aanzien van zeer specifieke normen in de Awb hebben we willen belichten dat zij enerzijds rechtszekerheid brengen, anderzijds dat hun toepassingsbereik soms zonder overtuigende redenen te beperkt is, waarmee de normering willekeurig kan worden.

De Awb-wetgever deden wij enkele suggesties voor de toekomst. Ten eerste, bezie of fundamentele elementen van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur voldoende door de Awb worden genormeerd. Ten tweede, voeg niet alleen nieuwe onderwerpen aan de Awb toe, maar bezie ook of het algemene bestuursrecht een kwaliteitsimpuls krijgt indien vrij smalle regelingen een breder toepassingsbereik krijgen of worden veralgemeniseerd. Ten derde, vergaar meer kennis over de mate van afwijking van Awb-normen in bijzondere regelgeving en de redenen daarvoor. Meer in het algemeen bevelen wij aan voldoende belangstelling te hebben voor de waarde van Awb-normen voor de rechtspraktijk. De wetgevingscapaciteit is beperkt en die zou moeten worden ingezet waar de Algemene wet bestuursrecht werkelijk van algemeen (en niet enkel theoretisch) belang kan zijn.

## 4 Bezinning: de betekenis van de Awb voor een Europese algemene codificatie van bestuursrecht

### 4.1 Inleiding

Vanuit een internationale bril bezien maakte de codificatie van het algemeen bestuursrecht in de Awb deel uit van de derde bestuursrechtelijke ‘codificatiegolf’ in Europa.<sup>42</sup> Inmiddels is een vierde golf in beweging. In een door het Europees Parlement aangenomen resolutie wordt de Europese Commissie opgeroepen om te komen tot een verordening over een Europese wet bestuursprocesrecht (hierna veelal: Ewb).<sup>43</sup> Deze verordening zou moeten worden gebaseerd op artikel 298 VwEU, op grond waarvan de instellingen, organen en instanties van de Unie bij de vervulling van hun taken steunen op een open, doeltreffend en onafhankelijk Europees ‘bestuur’<sup>44</sup> en op grond waarvan het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure bij verordeningen de bepalingen daartoe vaststellen. In het licht van deze resolutie rijst de vraag of wij, op grond van de Nederlandse codificatie-ervaringen met de Awb, aanbevelingen kunnen geven voor de ‘Europese Awb’. Alvorens daarop in te gaan, schetsen wij hieronder kort de contouren van de beoogde Europese wet bestuursprocesrecht waarvoor het Europees Parlement ‘gedetailleerde aanbevelingen’ heeft geformuleerd.

- 
42. Aldus J. Ziller, ‘Is a law of administrative procedure for the Union institutions necessary? Introductory remarks and prospects’, Brussel: Europees Parlement 2011, p. 8-9. De eerste golf dateert uit de jaren twintig van de vorige eeuw (Oostenrijk, Polen), de tweede golf uit de jaren zeventig (Duitsland, Luxemburg) en de derde golf vangt aan halverwege de jaren tachtig (Italië, Portugal, Denemarken).
  43. Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INI)). Vergelijk P. Craig, ‘A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence’, *EPL* 2013, p. 503-524. Zie eerder J.H. Jans, ‘Naar een Europese Awb?’, in T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 609-626; A.C.M. Meuwese, Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, ‘Towards a European Administrative Procedure Act’, *REALaw* 2009, p. 3-35.
  44. Onder verwijzing naar de Engelse tekstversie (‘administration’) stelt Meuwese dat de Nederlandse vertaling ‘ambtenarenapparaat’ in art. 298 VwEU te beperkt is, anders dan bijvoorbeeld de term ‘bestuur’. Zie A.C.M. Meuwese, ‘Het Europees parlement op de bres voor een ‘Europese Awb’’, *RegelMaat* 2013-2, p. 135.

## 4.2 Een schets van een Europese wet bestuursrecht

Het centrale doel van de beoogde verordening is het waarborgen van het recht op behoorlijk bestuur door middel van een open, efficiënte en onafhankelijke administratie op de grondslag van een Europese wet bestuursprocesrecht. In het bijzonder moet de verordening de grondbeginselen van goed bestuur codificeren en de door de EU-administratie te volgen procedure regelen voor behandeling van *individuele* gevallen, waarbij een natuurlijk persoon of rechtspersoon partij is en andere situaties waarbij een persoon rechtstreeks of persoonlijk in contact komt met de administratie van de Unie.<sup>45</sup> De reikwijdte van de beoogde verordening is daarmee beperkt tot het zogeheten ‘rechtstreekse bestuur’, dus tot het contact van burgers met de instellingen van de Unie.<sup>46</sup> De toepassing van Unierecht door nationale instanties (bestuursorganen) blijft hierdoor, in beginsel,<sup>47</sup> buiten het bereik van deze verordening.

De verordening moet een universeel geheel van beginselen omvatten en een procedure regelen die als *de minimis*-regel moet gelden wanneer geen *lex specialis* bestaat. Verder mogen de waarborgen in sectorale instrumenten niet minder bescherming bieden dan de waarborgen in deze verordening.<sup>48</sup> Voor zover dus wel een *lex specialis* bestaat, mag die niet onder het beschermingsniveau van de Europese wet bestuursprocesrecht duiken.

Het Europees Parlement verlangt de codificatie van een groot aantal beginselen waaraan de administratie is gebonden, waaronder de ons minder vertrouwde beginselen van continuïteit, transparantie en dienstbaarheid. Verder moet de verordening diverse regels bevatten die gelden voor administratieve besluiten. In dat verband formuleert het Europees Parlement een tiental aanbevelingen, waaronder de verplichting tot schriftelijke ontvangstbevestiging van verzoeken om een individueel besluit, het recht op toegang tot het eigen dossier, de verplichting tot het nemen van administratieve besluiten binnen een redelijke termijn en de verplichting tot motivering van deze besluiten. Tot slot moet de verordening de mogelijkheid bieden om administratieve besluiten te herzien of te corrigeren.

Bovenstaande schets maakt duidelijk dat de beoogde reikwijdte van de Europese wet bestuursprocesrecht niet te beperkt moet worden opgevat. Dit bestuurs-

---

45. Aanbeveling 1.

46. Overweging P en aanbeveling 1.

47. Al ligt voor de hand dat de verordening op den duur wel invloed zal hebben op het nationale bestuursrecht, bijvoorbeeld via het proces van vrijwillige adoptie. Zie daarover expliciet overweging S van de resolutie.

48. Aanbeveling 2.



procesrecht omvat in elk geval niet alleen de rechtsbescherming nadat een besluit is genomen, maar eerst en vooral het besluitvormingsrecht. Tegelijk is de resolutie sterk vanuit het perspectief van de (individuele) Europese burger geformuleerd.<sup>49</sup> Daarmee is overigens nog niet gezegd dat de bepalingen in de verordening uiteindelijk beperkt zullen blijven tot individuele besluitvorming. Zo zijn vanuit het *ReNEUAL Research Network on European Administrative Law* vier centrale onderwerpen geïdentificeerd die een plek zouden kunnen krijgen in een Europese Awb: individuele besluitvorming ('unilateral decision making'), normstelling ('rule-making'), overheidscontracten en informatiebeheer (gegevensbescherming en toegang tot documenten).<sup>50</sup>

### 4.3 Lessen uit de Awb voor Europa?

Craig schrijft dat een Ewb *'can enhance the clarity of, and facilitate access, to the law; increase the coherence of principles and procedures; set up default procedures to fill gaps in existing law; and establish the functions of administrative procedure'*.<sup>51</sup> Dat sluit aan op de eerder in paragraaf 3.2 belichte voordelen van een algemene codificatie. Maar er is niet alleen op deze algemene voordelen van codificatie te wijzen. In zijn resolutie overweegt het Europees Parlement expliciet dat een aantal kernbeginselen van goed bestuur inmiddels ruime aanvaarding heeft gevonden in de lidstaten.<sup>52</sup> Deze aansluiting bij de nationale bestuursrechtelijke tradities roept de vraag op welke lessen het codificatieproces van de Awb bevat voor de Europese Awb. Daarbij zoeken we in het bijzonder aansluiting bij de bevindingen over de derde tranche van de Awb.

Allereerst laat de Awb zien dat een algemene wet bestuursrecht soms veranderingen teweegbrengt, maar tegelijkertijd stuit op een behoudende rechtspraktijk (paragraaf 2.2). Dit brengt mee dat de verwachtingen over het sturend vermogen van een codificatie van algemeen bestuursrecht niet te hoog gespannen moeten zijn. Nationale en Europese bestuursorganen kunnen de toepassing van wettelijke bepalingen 'kneden', met name wanneer deze bepalingen tamelijk abstract zijn geformuleerd. Dit hoeft niet bezwaarlijk te zijn, aangezien de bepalingen hierdoor juist toekomstbestendig kunnen zijn en bijvoorbeeld kunnen inspelen op technologische ontwikkelingen, zoals toenemend elektronisch verkeer met en tussen

---

49. Vgl. Meuwese 2013, p. 137.

50. Ziller 2011, p. 18-21.

51. Vergelijk Craig 2013, p. 503.

52. Overweging O.

bestuursorganen. Tegelijk kan de betekenis van een algemene wet bestuursrecht irrelevant worden wanneer hiervan te weinig (materiële) sturing uitgaat. Nu de Europese Awb veel nadruk legt op algemene beginselen dreigt hier een gevaar. Dat gevaar is echter relatief wanneer men bedenkt dat het Hof van Justitie regelmatig op grond van algemene beginselen gedetailleerde materiële verplichtingen voor het bestuur vaststelt.

Het codificatieproces van de Awb laat verder zien dat telkens wanneer de wetgever probeert een rechtsfiguur te definiëren en te codificeren, complicaties ontstaan over de precieze reikwijdte van de definitie. Codificatie leidt in die zin niet alleen tot vereenvoudiging maar mogelijk ook tot complicering (paragraaf 2.3). Voor de Europese Awb is een belangrijk afbakeningsvraagstuk de definitie van het bestuursoptreden waarop deze verordening betrekking heeft. Wanneer de reikwijdte van de verordening beperkt is tot het zogeheten ‘rechtstreekse bestuur’ (zoals is beoogd)<sup>53</sup>, rijst onmiddellijk de vraag welk bestuursoptreden nog wel en welk optreden niet meer tot dit rechtstreekse bestuur behoort. Wat is bijvoorbeeld de status van gedeeld of gemengd bestuur in het kader van de Ewb?<sup>54</sup>

Een derde les van het Nederlandse codificatieproces is dat codificatie deels divergentie met vergelijkbare rechtsfiguren veroorzaakt (paragraaf 2.4). Anders gezegd: als een rechtsfiguur eenmaal algemeen is gecodificeerd ziet de bijzondere wetgever geregeld reden om die rechtsfiguur net even anders te regelen dan in die algemene regeling. De poging dit verschijnsel tegen te gaan met materiële definities blijkt niet steeds even succesvol, zo laten de ervaringen met de derde tranche van de Awb duidelijk zien. Het Europees Parlement heeft in dit verband de belangwekkende aanbeveling gedaan dat de Europese Awb een *de minimis*-karakter moet hebben, zodat sectorale regelgeving hiervan niet mag afwijken. De Nederlandse Awb kent een dergelijk karakter niet; er is geen hiërarchie tussen wetten in formele zin.<sup>55</sup>

Tot slot is van belang dat het Europees Parlement heeft verzocht om de vaststelling van een Europese wet bestuursprocesrecht. Hoewel dit bestuursprocesrecht juist ook procedurele bepalingen over de besluitvormingsfase moet bevatten, lijken meer materiële normen buiten het bereik van de Europese Awb te blijven, zij het dat de Europese Awb zal zijn geënt op een aantal fundamentele beginselen. Terwijl

53. Jans 2010, p. 609, spreekt in dit verband over het ‘interne Europese bestuursrecht’.

54. Zie uitbreider over het vloeiende onderscheid tussen gedeeld en gemengd bestuur: J.E. van den Brink. *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 66-74.

55. Zie bijvoorbeeld C.A.J.M. Kortmann, ‘Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?’, in: *De Awb en de bijzondere wetgeving*. VAR-reeks 124, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 20.

de aanbevelingen van het Europees Parlement zich dus lijken te beperken tot basisregels, laten de voorstellen van het *ReNEUAL Research Network on European Administrative Law* juist een grotere mate van differentiatie zien met afzonderlijke regels voor individuele besluitvorming, algemene normstelling, overheidscontracten en informatiebeheer (gegevensbescherming en toegang tot documenten). Een bredere benadering van de Europese Awb is dus zeker denkbaar.

We zien hier een ontwikkeling die vergelijkbaar is met die in Nederland. De codificatie van algemeen bestuursrecht vertrekt vanuit de basisgedachte dat basisregels gecodificeerd dienen te worden, maar al snel strekt de ambitie verder en worden de regels meer bijzonder en gedetailleerd. In de derde paragraaf hebben we die ontwikkeling, hoewel in hoofdzaak positief, uiteenlopend gewaardeerd. Een fixatie op regels van procesrecht moet worden voorkomen. Basisregels zijn noodzakelijk om de met codificatie gewenste ordening en systematisering te realiseren. Aan de andere kant kan van meer specifieke bepalingen een sterkere sturende en daarmee werkelijk harmoniserende werking uitgaan.

#### 4.4 Een boemerang-effect?

In zijn resolutie overweegt het Europees Parlement ook dat een Europese wet bestuursprocesrecht een spontane convergentie in het nationale bestuursrecht in de hand kan werken ten aanzien van algemene procedurele beginselen en grondrechten van burgers jegens de overheid, waarmee ook het integratieproces kan worden versterkt.<sup>56</sup> Zal het Awb-project iets meenemen van de huidige ontwikkelingen op Europees niveau?

Opvallend aan de benadering van het Europees Parlement is de grote aandacht voor codificatie van beginselen. Wij stelden hiervoor al de vraag of sommige van die beginselen in het nationale bestuursrecht wel voldoende aandacht hebben gekregen. Zo wordt de aanbeveling gedaan om het dienstbaarheidsbeginsel in te voeren, inhoudende dat het bestuur moet proberen de burger te begeleiden, te helpen en van dienst te zijn, te ondersteunen en vriendelijk en beleefd te bejegenen. Dit soort behoorlijkheidsnormen worden in de Nederlandse discussie nog weinig als juridisch bindende normen benaderd. De juridische discussie over codificatie

---

56. Overweging S. Zie uitgebreider over interne harmonisatie van het algemeen bestuursrecht van de Europese lidstaten: Jans 2011, p. 620 e.v.

van het transparantiebeginsel is in Nederland verder gevorderd.<sup>57</sup> Zonder direct codificatie van dit soort beginselen te willen bepleiten, kunnen we vaststellen dat deze Europese catalogus van beginselen in elk geval stof tot nadenken geeft voor de Awb-wetgever, de literatuur en de rechtspraak.

Verder is opvallend dat in de Europese Awb veel aandacht wordt gevraagd voor informatiebeheer, informatie-uitwisseling en informatieverschaffing. De toegenomen aandacht voor (openbaarheid van) informatie werpt (opnieuw) de vraag op of een regeling inzake informatie eigenlijk niet thuishoort in de Awb in plaats van de Wet openbaarheid van bestuur.<sup>58</sup> Op Europees niveau ziet men kennelijk wel de noodzaak om dit essentiële element in de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur direct in een algemene bestuursrechtelijke codificatie neer te leggen.

Tot slot geven de ontwikkelingen op Europees niveau, in het bijzonder de voorstellen van het *ReNEUAL Research Network on European Administrative Law*, aanleiding om de reikwijdte van ‘onze’ algemene regels van bestuursrecht in de Awb nog eens kritisch te bezien. De Europese voorstellen gaan zelfs ‘het besluit voorbij’<sup>59</sup> door te voorzien in afzonderlijke regels voor overheidscontracten naast eenzijdige besluitvorming. Zonder direct het loslaten van het besluitbegrip voor de Awb te willen bepleiten, is er – zoals wij in paragraaf 3.4 al opmerkten – minstens aanleiding om (opnieuw) te onderzoeken in hoeverre ‘smalle’ regelingen in de Awb, bijvoorbeeld de regeling over wijziging en intrekking van subsidiebeschikkingen, zich lenen voor een breder toepassingsbereik.

## 4.5 Slotopmerking

De Nederlandse ervaringen met codificatie van algemeen bestuursrecht én met de gevolgen daarvan, bieden enkele belangrijke aandachtspunten voor het project van een Europese wet bestuursrecht. Allereerst dient de Europese wetgever te beseffen dat de rechtspraak ook na codificatie haar eigen weg wel weet te vinden en soms zelfs bewust zal opzoeken. Verwachtingen over uniformering van bestuursrecht moeten daarom niet te hoog gespannen zijn. Verder laat de Awb zien dat met name procesrecht zich gemakkelijk laat codificeren, maar dat het

---

57. Zie bijvoorbeeld A. Drahmman, ‘Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel, in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, vertrouwen en transparantie*, Jonge VAR-reeks 8, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-197.

58. Zie recent over deze kwestie: E.J. Daalder, ‘Actieve openbaarmaking van overheidsinformatie en de Awb’, *NTB* 2012, p. 176 e.v.

59. Zie in dit verband F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij*, VAR-reeks 150, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

materiële bestuursrecht hierdoor soms te gemakkelijk buiten het bereik van codificatiepogingen blijft. Juist nu de Europese wet bestuursprocesrecht zich nog in de ontwerpfasen bevindt, dient de Europese wetgever in dit stadium bewuste keuzes te maken.

Als de Europese wet bestuursrecht eenmaal het licht ziet, valt te bezien welke bottom up beïnvloeding vervolgens zal uitgaan van de nationale bestuursrechtelijke codificaties. Het ligt voor de hand dat het Hof van Justitie bij de invulling van de algemene beginselen aansluiting zal zoeken bij de rechtsordes van de lidstaten. Daarbij ligt de nadruk echter wel vaak op de rechtsordes van de grote lidstaten. Voor de kleinere lidstaten is daarom van belang dat zij juist in dit stadium waarin de Awb nog in ontwikkeling is, hun gedachten, ervaringen en wensen nadrukkelijker onder de aandacht te brengen ten behoeve van de rechtsontwikkeling.

Omgekeerd zal het Europese project zeker invloed hebben op de Awb, via gedeelde besluitvorming of via spontane harmonisatie. Dit kan een extra reden zijn om het materiële bestuursrecht nadrukkelijker een plek te geven in de Awb; juist daarin kan de Awb op termijn meerwaarde hebben ten opzichte van de Ewb die zich – om begrijpelijke codificatieredenen – vooral richt op procedurele aspecten. Vele codificatiegolven zullen nog moeten volgen voordat de Awb volledig wordt overspoeld door een Europese Awb die het handelen van alle (Europese en nationale) bestuursorganen normeert.

## 5 Slotbeschouwing

De in deze *NALL-special* verrichte terugblik op de derde tranche van de Awb vormde aanleiding om te bezien of daaruit algemene codificatielessen kunnen worden getrokken. Een van onze hoofdbevindingen is dat van de in de Awb opgenomen normen lang niet altijd een sturende werking uitgaat. Veel algemene regels systematiseren en ordenen, maar sturen in beperkte mate de rechtspraktijk. Bovendien kiest de praktijk regelmatig bewust voor afwijking van de algemene regeling. Op die wijze blijft de harmoniserende werking die de Awb zou kunnen hebben onderbenut. Die kanttekening maakt ons niet minder enthousiast voor een algemene codificatie van bestuursrecht. Alleen al de vastlegging van regels in de Awb heeft tot gevolg dat de aandacht voor en discussie over regels van bestuursrecht enorm is vergroot. Mede dankzij de Awb zijn er bijvoorbeeld leerstukken ontstaan op voor burgers belangrijke onderwerpen, zoals de bestuurlijke toezichtstaak en de subsidies. De Awb uniformeert het bestuursrechtelijke taalgebruik en ordent de besluitvormingsketen, waardoor juristen vanuit verschillende expertises gemakkelijk met elkaar kunnen communiceren, debatteren en zaken doen. Zo vormt de Awb een belangrijke katalysator die bijdraagt aan de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling.

Bovengenoemd enthousiasme laat onverlet dat wij (zoals velen) nog wel een wensenlijstje hebben voor toekomstige aanpassingen in de Awb. Bezien wij de verschillende potentieel aan codificatie klevende voordelen, dan menen wij dat op de elementen 'kenbaarheid', 'overtuigingskracht' en 'kwaliteit' nog een slag te maken is. De kenbaarheid wordt nu nog onvoldoende gerealiseerd doordat belangrijke elementen van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur buiten de Awb zijn gebleven. In het kader van de overtuigingskracht hebben we belicht dat het toepassingsbereik van sommige normen in de Awb smal is, zonder dat daar (nog langer) een overtuigende reden bestaat. Wij hebben vooral gepleit voor meer materiële normen en beginselen in de Awb; een kwalitatief goede regeling van algemeen bestuursrecht heeft in de meer volwassen fase van haar bestaan juist op dat vlak ambities, temeer als Nederland met haar Awb een gidsland in Europa wil zijn.



# Bekendmaking besluit ‘op een andere geschikte wijze’

Rolf Ortlep

## 1 Inleiding

Op 1 januari 1998 is de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking getreden.<sup>1</sup> Hierdoor zijn wat betreft de bekendmaking van besluiten de artikelen 3:41 en 3:42 Awb gewijzigd. In deze bijdrage wordt uitsluitend de aandacht gevestigd op de wijziging van artikel 3:41 Awb, aangezien daarover relatief weinig geschreven is.<sup>2</sup> Uit het eerste lid van dat artikel volgt dat besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht bekend worden gemaakt door toezending of uitreiking aan hen, met inbegrip van de aanvrager. Door de inwerkingtreding van de derde tranche Awb is aan artikel 3:41 een tweede lid toegevoegd, dat luidt: ‘Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, geschiedt zij op een andere geschikte wijze.’ Bij het – in het kader van de derde tranche – ontwerpen van de afdeling over bestuursdwang kwam bij de regering het inzicht dat bekendmaking door toezending of uitreiking van de beslissing tot bestuursdwang praktisch niet altijd mogelijk is, omdat de identiteit van de overtreder bij het bestuursorgaan onbekend is of het bestuursorgaan niet beschikt over een (correct) adres. Dit werd als een algemeen probleem gezien, in de zin dat dit zich ook kon voordoen bij bekendmaking van andere besluiten. Om deze reden is aan artikel 3:41 Awb het hierboven genoemde tweede lid toegevoegd.<sup>3</sup> De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of door artikel 3:41,

- 
1. Wet van 20 juni 1996, *Stb.* 1996, 333, tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht). Inwerkingtreding: 1 januari 1998 (*Stb.* 1997, 581).
  2. Zij wat betreft (de wijziging van) artikel 3:42 Awb bijvoorbeeld gewezen op M.M. Groothuis, ‘Op weg naar een digitale overheid. Over waarborgen en randvoorwaarden in bestuursrechtelijk perspectief’, *Gst.* 2013/82, p. 436-445; M.M. Groothuis, ‘Het voorontwerp Elektronisch verkeer met de bestuursrechter en het wetsvoorstel Elektronische bekendmaking. Over kansen en knelpunten voor de digitale overheid’, *NTB* 2008, p. 167-175 inclusief verwijzingen.
  3. Vergelijk PG Awb III, p. 149 en p. 366 e.v.



tweede lid, Awb een oplossing is gecreëerd voor het probleem dat bij bekendmaking van het besluit de identiteit van de belanghebbende bij het bestuursorgaan onbekend is of het bestuursorgaan niet beschikt over een (correct) adres? De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Nadat in paragraaf 2 de bekendmaking van het besluit in het algemeen is besproken, wordt in paragraaf 3 de jurisprudentie over artikel 3:41, tweede lid, Awb behandeld. Vervolgens wordt over dit onderwerp in paragraaf 4 een blik op de toekomst gegeven. Paragraaf 5 sluit deze bijdrage af met een conclusie.

## 2 Bekendmaking

Op grond van artikel 6:8, eerste lid, Awb vangt de termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift aan met ingang van de dag ná die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. De woorden ‘op de voorgeschreven wijze’ verwijzen wat betreft het besluit naar de artikelen 3:41 en 3:42 Awb.<sup>4</sup> Vanwege het feit dat hiermee de Awb een eigen stelsel kent van procedurele bepalingen over bekendmaking van besluiten wordt een beroep op bijvoorbeeld artikel 3:37 Burgerlijk Wetboek (BW), dat ziet op de vorm en werking van wilsverklaringen en andere mededelingen, door de bestuursrechter verworpen.<sup>5</sup> Het ‘op de voorgeschreven wijze’ bekendmaken van het besluit is weliswaar noodzakelijk voor de aanvang van de termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift, maar naar de letter genomen, vergelijk hieronder, niet of het bekend is gemaakt en daarmee in overeenstemming met artikel 3:40 Awb in werking is getreden. In dat artikel is slechts bepaald dat het besluit niet in werking treedt voordat het is bekendgemaakt.<sup>6</sup> Anders gezegd, ondanks dat het besluit wel tot stand is gekomen blijven de rechtsgevolgen latent tot aan bekendmaking. Het moment van de bekendmaking dient dan ook onderscheiden te worden van het moment van de totstandkoming van het besluit.<sup>7</sup> Uit de uitspraak van de Afdeling

- 
4. Vergelijk PG Awb I, p. 294. Zie daarbij tevens artikel 7:12, tweede lid, en artikel 7:26, derde lid, Awb.
  5. Vergelijk CRvB 6 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1299. Verder CRvB 4 december 1997, TAR 1998/26; JB 1998/39.
  6. De bekendmaking zelf is geen besluit, ‘nu de bekendmaking’, aldus de ABRvS (20 april 2011, AB 2011/140, m.nt. Van Hall), ‘niet is gericht op rechtsgevolg, maar slechts leidt tot inwerkingtreding van rechtsgevolgen die het besluit zelf beoogt in het leven te roepen’.
  7. Vergelijk R. Ortlep, ‘Het besluitbegrip: een verdampende theorie’, *RMThemis* 2008, p. 243-252 inclusief verwijzingen.

bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 2 juli 2008<sup>8</sup> volgt dat het besluit in de regel tot stand is gekomen wanneer de besluitvorming is voltooid en de beslissing is verwoord in een ondertekend<sup>9</sup> en van dagtekening voorzien geschrift. De bekendmaking – op de voorgeschreven wijze – is aldus voor de totstandkoming van het besluit niet constitutief.<sup>10</sup>

Met artikel 3:40 Awb wordt uitdrukking gegeven aan de – uit het formele rechtszekerheidsbeginsel voortvloeiende – rechtsregel dat een rechtssubject alleen aan het recht gebonden kan zijn wanneer hij daarvan kennis heeft genomen of redelijkerwijs had kunnen nemen.<sup>11</sup> Anders dan in artikel 6:8, eerste lid, Awb, wordt, zoals hierboven is gezegd, in artikel 3:40 Awb niet gesproken van de eis dat het besluit 'op de voorgeschreven wijze' bekend moet zijn gemaakt, maar slechts dat het besluit bekend moet zijn gemaakt wil het inwerking treden. Daarentegen valt uit de parlementaire geschiedenis af te leiden dat ook bij artikel 3:40 op bekendmaking van het besluit 'op de voorgeschreven wijze' en daarmee op de artikelen 3:41 en 3:42 Awb wordt gedoeld.<sup>12</sup> Dit komt ook in de jurisprudentie, zij het impliciet, tot uitdrukking. Zo heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in zijn uitspraak van 18 januari 2013 als volgt overwogen:

'Volgens artikel 3:40 Awb treedt een besluit niet in werking voordat het is bekend gemaakt. Gelet op artikel 3:41 Awb wordt een besluit – in een geval als het onderhavige – bekend gemaakt door toezending aan de belanghebbende.'<sup>13</sup>

Gelet op het bovenstaande zijn de artikelen 3:41 en 3:42 Awb bepalend voor de bekendmaking en inwerkingtreding van het besluit (artikel 3:40 Awb), alsmede voor de aanvang van de termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepsschrift (artikel 6:8, eerste lid, Awb). In de marge zij opgemerkt dat voor de inwerkingtreding van het besluit en de aanvang van de termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepsschrift een afwijkend regiem kan gelden. Ter illustratie van het

8. ABRvS 2 juli 2008, AB 2008/278, m.nt. Ortlep.

9. Dit is anders in het geval van een geautomatiseerd aangemaakte brief. Vergelijk ABRvS 7 april 2010, AB 2010/151, m.nt. Van Hall; ABRvS 10 maart 2004, AB 2004/314, m.nt. Den Ouden.

10. Vergelijk HR 29 juni 2012, AB 2012/276, m.nt. Ortlep; ABRvS 22 mei 2001, AB 2002/117.

11. Vergelijk J.G. Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het Staats- en administratief recht*, Arnhem: Vuga 1958, p. 50-51. Verder PG Awb I, p. 231. Zie HR 19 november 1948, NJ 1949/86, m.nt. Houwing; AB 1949, p. 277; HR 4 november 1949, AB 1950, p. 178; HR 4 december 1985, NJ 1986/668, m.nt. Scheltema; AB 1986/277, m.nt. Van der Burg.

12. Vergelijk PG Awb I, p. 231 e.v.

13. Vergelijk CBB 18 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3253. Verder ABRvS 22 februari 2006, AB 2006/199, m.nt. Verheij.

laatste kan gewezen worden op artikel 22j Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr). Uit dat artikel volgt dat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift aanvangt met ingang van de dag ná die van dagtekening van een aanslagbiljet of van het afschrift van een voor bezwaar vatbare beschikking, tenzij de dag van dagtekening gelegen is vóór de dag van de bekendmaking. Een soortgelijke bepaling is artikel 26c Awr voor de termijn voor het indienen van een beroepschrift.<sup>14</sup>

### 3 Bekendmaking op een andere geschikte wijze

Uit het eerste lid van artikel 3:41 Awb volgt dat besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht bekend worden gemaakt door toezending of uitreiking aan hen, met inbegrip van de aanvrager. Als de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden door toezending of uitreiking, dient het krachtens artikel 3:41, tweede lid, Awb op een andere geschikte wijze te geschieden. Zoals in de inleiding is besproken, heeft dat tweede lid als doel om een oplossing te creëren voor het probleem dat bij bekendmaking van het besluit de identiteit van de belanghebbende bij het bestuursorgaan onbekend is of het bestuursorgaan niet beschikt over een (correct) adres. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bij het begrip ‘op een andere geschikte wijze’ gedacht kan worden aan publicatie in een dag- of nieuwsblad, aanplakking op het gemeentelijk publicatiebord, of aanplakking ter plekke.<sup>15</sup> Onder dat begrip valt blijkens de jurisprudentie tevens toezending van het besluit aan de moeder van de belanghebbende, welke laatste geen vaste woon- of verblijfplaats heeft<sup>16</sup>; het uitreiken van het besluit bij het ophalen van een – met toepassing van bestuursdwang – verwijderde fiets<sup>17</sup>; het mededelen van het besluit in de Staatscourant bij het onbekend zijn van een vaste woon- of verblijfplaats van de belanghebbende<sup>18</sup>, en plaatsing van de integrale tekst van het (onteigenings) besluit (van de effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL N.V. en SNS

14. Vergelijk tevens artikel 35 en artikel 36 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen.

15. PG Awb III, p. 149. Vergelijk ABRvS 1 mei 2013, zaaknr. 201206704/1/A3; ABRvS 24 februari 2010, JB 2010/103; ABRvS 12 november 2008, JB 2009/30; HR 1 maart 2000, BNB 2000/169, m.nt. Snoijink; JB 2000/87, m.nt. Niessen-Cobben.

16. Vz. ABRvS 29 november 2001, AB 2002/214, m.nt. Marseille.

17. ABRvS 9 februari 2005, AB 2005/226, m.nt. Wertheim.

18. ABRvS 19 oktober 2011, zaaknr. 201104221/1/V6; ABRvS 4 december 2007, JV 2008/49; ABRvS 18 april 2007, JV 2007/285.

Bank N.V.) op de website van het Ministerie van Financiën als het gaat om een zeer groot aantal en veelal onbekende belanghebbenden<sup>19</sup>.

Een enigszins aparte categorie betreft de jurisprudentie over de vraag of toezending van het besluit naar het laatst bekende adres van de belanghebbende valt onder het begrip 'op een andere geschikte wijze' ex artikel 3:41, tweede lid, Awb? In de jurisprudentie wordt deze vraag verschillend beantwoord: enerzijds is er jurisprudentie waarin is uitgemaakt dat toezending naar het laatst bekende adres van de belanghebbende valt onder het begrip 'op een andere geschikte wijze'<sup>20</sup>, anderzijds komt in de jurisprudentie tot uitdrukking dat onder het begrip 'toezending' ex artikel 3:41, eerste lid, Awb tevens toezending naar het laatst bekende adres van de belanghebbende valt<sup>21</sup>. Uit deze jurisprudentie volgt tevens dat toezending van het besluit naar het laatst bekende adres van de belanghebbende ook geldt als bekendmaking indien het bestuursorgaan weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat dit adres niet (meer) het adres van de belanghebbende is en deze laatste heeft nagelaten het bestuursorgaan van een adreswijziging op de hoogte te stellen.<sup>22</sup> Op het eerste gezicht wringt deze jurisprudentie met de – uit het formele rechtszekerheidsbeginsel voortvloeiende – rechtsregel, vergelijk paragraaf 2, dat een rechts-subject alleen aan het recht gebonden kan zijn wanneer hij daarvan kennis heeft genomen of redelijkerwijs had kunnen nemen. Hiertegen kan evenwel worden ingebracht dat de belanghebbende van het besluit redelijkerwijs kennis had

---

19. ABRvS 25 februari 2013, AB 2013/146, m.nt. Jansen.

20. Vergelijk CBB 29 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8249; ABRvS 1 februari 2012, zaaknr. 201103818/1/A3; CRvB 5 augustus 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR4299; ABRvS 15 juli 2009, JV 2009/354; ABRvS 23 juni 2008, zaaknr. 200800298/1; CRvB 9 april 2007, JWVB 2007/162; RSV 2007/179; ABRvS 29 maart 2006, JB 2006/146, m.nt. Overkleef-Verburg; ABRvS 1 juni 2005, AB 2005/443 m.nt. Sewandono.

21. Vergelijk CRvB 26 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2554; CRvB 21 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA0963; CRvB 9 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6710; CRvB 4 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY5021; CRvB 8 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD8215. Zie CRvB 10 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2762; CRvB 11 september 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1753; CRvB 21 juni 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR0473; CRvB 8 juni 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ9034; CRvB 26 oktober 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO1872; CRvB 10 september 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN7801; CRvB 13 juli 2010, USZ 2010/281; CRvB 1 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7888. Verder CRvB 13 augustus 2002, USZ 2002/290.

22. Vergelijk CRvB 26 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2554; CRvB 21 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA0963; CRvB 21 juni 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR0473; CRvB 26 oktober 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO1872; CRvB 13 juli 2010, USZ 2010/281; CRvB 1 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7888.

kunnen nemen door een adreswijziging aan het bestuursorgaan door te geven.<sup>23</sup> Daarbij komt dat er dienaangaande voor de belanghebbende een gunstig regiem is ontstaan, omdat een aan de gemeente doorgegeven adreswijziging na verwerking in het Gemeentelijke Basisadministratie Persoonsgegevens (GBA) voor verschillende andere overheden toegankelijk is, zoals de belastingdienst en ministeries.<sup>24</sup> Wanneer de hierboven besproken jurisprudentie dat onder het begrip ‘toezending’ ex artikel 3:41, eerste lid, Awb tevens toezending naar het laatst bekende adres van de belanghebbende valt de vaste lijn wordt, dan is daarmee de invoering van het tweede lid van artikel 3:41 Awb voor een deel overbodig gebleken. In dat geval is de toegevoegde waarde van dat lid niet (langer) gelegen om een oplossing te bieden voor de situatie dat het bestuursorgaan niet beschikt over het correcte adres van de belanghebbende, maar heeft het alleen toegevoegde waarde om een oplossing te bieden voor de volgende situaties: het bestuursorgaan beschikt in het geheel niet over een adres van de belanghebbende, of de identiteit van de belanghebbende is bij het bestuursorgaan onbekend, al dan niet in combinatie met dat het een zeer groot aantal belanghebbenden betreft.

## 4 De toekomst

Het is geen voorzichtige voorspelling dat in de toekomst de regel gaat worden dat het besluit elektronisch bekend wordt gemaakt. In de huidige tekst van de Awb is te wijzen op afdeling 2.3 Awb, meer hier in het bijzonder op artikel 2:14, eerste lid, Awb. Daarin is bepaald dat het bestuursorgaan een bericht dat tot een of meer geadresseerden is gericht elektronisch kan verzenden voor zover de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is.<sup>25</sup> Hoewel hierdoor thans nog het uitgangspunt is ‘niet digitaal verkeer, tenzij’, zijn er in het kader van de effectiviteit (en kostenbesparing) bijzondere bestuurswetten en (wetgevings)initiatieven tot stand gebracht waarin, met uitdrukkelijke afwijking van artikel 2:14, eerste lid Awb, verplichtingen tot digitaal verkeer zijn opgenomen.<sup>26</sup> De gedachten gaan daarbij uit naar het bekendmaken van besluiten

---

23. Het (fiscale) bestuursrecht mist een wettelijke bepaling voor de wijze waarop een adreswijziging moet worden doorgegeven. Vergelijk HR 13 juli 2012, *AB* 2013/381, m.nt. Orltey; *BNB* 2012/263, m.nt. Pechler.

24. Vergelijk HR 23 november 2007, *AB* 2008/92, m.nt. De Waard; *BNB* 2008/30, m.nt. Van Leijenhorst; *ABRvS* 20 augustus 2008, *AB* 2008/342, m.nt. Wertheim; *JB* 2008/219; *ABRvS* 29 februari 2012, *AB* 2012/209, m.nt. De Waard.

25. Vergelijk *CRvB* 14 oktober 2010, *JB* 2010/281; *TAR* 2011/8.

26. Vergelijk M.M. Groothuis 2013, p. 436-445 inclusief verwijzingen.

via de elektronische weg in combinatie met een beveiligde internetportal, zoals thans 'MijnOverheid', 'Mijn SVB' en 'Mijn DUO' (voorheen: 'Mijn IB-Groep'). Van deze laatste internetportal is inmiddels uit de jurisprudentie gebleken dat dit als volgt werkt. De belanghebbende kan er voor kiezen om berichten over studiefinanciering elektronisch te ontvangen door de door DUO (voorheen: IB-Groep) gehanteerde Algemene Voorwaarden (AV) te aanvaarden. Indien de belanghebbende daarvoor kiest, brengt dat met zich mee dat het bericht (besluit) studiefinanciering in beginsel niet langer per reguliere post wordt verzonden, maar het te raadplegen is op de website 'Mijn DUO'. Volgens artikel 3, derde lid, AV wordt de belanghebbende, zodra een nieuw bericht (besluit) studiefinanciering beschikbaar is op de website, door middel van een emailbericht – aan het door de belanghebbende opgegeven emailadres – hierop geattendeerd. Het verzenden van het emailbericht wordt beschouwd als de verzending en bekendmaking van het bericht (besluit) studiefinanciering. Als het emailbericht na meerdere pogingen onbestelbaar retour komt, wordt de belanghebbende als onvoldoende bereikbaar langs die weg beschouwd en wordt het bericht (besluit) studiefinanciering binnen drie weken ná de elektronische verzending alsnog per reguliere post verzonden. De datum waarop het bericht (besluit) studiefinanciering is geplaatst op 'Mijn DUO' is het moment van bekendmaking in de zin van artikel 3:41 Awb. Ingevolge artikel 6:8, eerste lid, Awb vangt de termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift tegen het bericht (besluit) studiefinanciering aan met ingang van de dag ná die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, derhalve met ingang van de dag ná plaatsing ervan op 'Mijn DUO'.<sup>27</sup>

## 5 Conclusie

Zoals in de inleiding is weergegeven, staat in deze bijdrage de volgende vraag centraal: is door artikel 3:41, tweede lid, Awb een oplossing gecreëerd voor het probleem dat bij bekendmaking van het besluit de identiteit van de belanghebbende bij het bestuursorgaan onbekend is of het bestuursorgaan niet beschikt over een (correct) adres? Deze vraag kan positief worden beantwoord. In de jurisprudentie komt tot uitdrukking dat in de praktijk verschillende oplossingen zijn gevonden om het besluit 'op een andere geschikte wijze' ex artikel 3:41, tweede lid, Awb bekend te maken. In zoverre heeft de derde tranche een stimulans gegeven om tot dergelijke oplossingen te komen. Uit de jurisprudentie komt evenwel ook

---

27. Vergelijk CRvB 7 augustus 2013, AB 2013/328, m.nt. Bröring; CRvB 26 juni 2013, AB 2013/266, m.nt. Bröring.

naar voren dat onder het begrip ‘toezending’ ex artikel 3:41, eerste lid, Awb tevens toezending naar het laatst bekende adres van de belanghebbende valt. Wanneer die jurisprudentie de vaste lijn wordt, dan is daarmee de invoering van het tweede lid van artikel 3:41 Awb voor een deel overbodig gebleken. In dat geval is de toegevoegde waarde van dat lid niet (langer) gelegen om een oplossing te bieden voor de situatie dat het bestuursorgaan niet beschikt over het correcte adres van de belanghebbende, maar heeft het alleen toegevoegde waarde om een oplossing te bieden voor de volgende situaties: het bestuursorgaan beschikt in het geheel niet over een adres van de belanghebbende, of de identiteit van de belanghebbende is bij het bestuursorgaan onbekend, al dan niet in combinatie met dat het een zeer groot aantal belanghebbenden betreft.

# Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht?

Rianne Jacobs en Willemien den Ouden (peer reviewed)

## 1 Inleiding

Titel 4.2 van de Awb regelt het algemene subsidierecht. Deze ‘subsidietitel’ die, als onderdeel van de derde tranche van de Awb, op 1 januari 1998 in werking trad, kende een roerige voorgeschiedenis. Er waren een paar flinke affaires, compleet met parlementaire enquêtes,<sup>1</sup> voor nodig om door te laten dringen bij politici dat het subsidiebeleid wel erg mager was genormeerd. Toen de Algemene Rekenkamer aan het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw constateerde dat het subsidiebeleid niet alleen bij EZ en VROM, de twee ministeries die bij de parlementaire enquêtes onder vuur hadden gelegen, maar bij alle ministeries tekortschoot, was dat de druppel. Het kabinet Lubbers-III (1989-1994) kondigde een pakket maatregelen aan gericht op verbetering van het beheer van subsidiegelden, vermindering van de fraudegevoeligheid en een verduidelijking van de juridische kaders. Dit “geïntegreerd subsidiebeleid”<sup>2</sup> moest ook leiden tot beheersing van de subsidie-uitgaven. Sluitstuk waarop de regering aanstuurde, vormde een algemene wettelijke regeling voor subsidies. Op dat punt sloot het geïntegreerd subsidiebeleid mooi aan op het lopende proces van totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht.

Maar niet iedereen was even enthousiast over dit voornemen. In artikel 107, tweede lid, van de Grondwet, de bepaling die aanleiding gaf tot de ontwikkeling van de Awb, staat niet voor niets dat de wet *algemene* regels van bestuursrecht vaststelt.

- 
1. De parlementaire enquête inzake het RSV-concern (Kamerstukken II 1984/85, 17 817, nrs. 16-21) en de parlementaire enquête inzake de subsidiering van de volkshuisvesting (Kamerstukken II 1987/88, 19 623).
  2. Zie de rapportage ‘geïntegreerd subsidiebeleid’, Kamerstukken II 1991/92, 22 150, nr. 5.



Volgens sommigen was het subsidierecht vooral sectoraal van aard.<sup>3</sup> Het was in ieder geval een stuk minder algemeen dan de onderwerpen die tot dat moment in de Awb waren gecodificeerd, aldus de Raad van State.<sup>4</sup> De regering zette toch door en daarom kent de Awb nu een subsidietitel van maar liefst zestig artikelen. Bij het vastleggen van al die algemene regels van subsidierecht had de wetgever minder houvast aan de bestaande rechtspraak, dan bij andere onderdelen van de Awb het geval was geweest. Er kon niet worden volstaan met codificatie van min of meer uitgekristalliseerde leerstukken. De praktijk van het subsidierecht (wetgeving, literatuur en jurisprudentie), liet op dat moment namelijk een zodanige diversiteit zien dat echte keuzes door de wetgever moesten worden gemaakt. Dat maakt juist dit deel van de derde tranche van de Awb interessant om, vijftien jaar na inwerkingtreding daarvan, tegen het licht te houden. Wat hebben de (op sommige punten principiële) keuzes van de wetgever ons inmiddels gebracht en in hoeverre zijn de doelstellingen die de wetgever had bij het ontwerpen van de subsidietitel bereikt?

Een dergelijke, nogal algemeen geformuleerde vraag over een omvangrijke regeling, die bovendien gevolgd is door een enorme hoeveelheid uitvoeringsregelgeving, is lastig te beantwoorden binnen het aantal pagina's dat voor een artikel nog acceptabel is. Bovendien is er inmiddels veel geschreven over het Awb-subsidierecht en is de jurisprudentie bepaald overvloedig te noemen.<sup>5</sup> Dat materiaal is veel te omvangrijk om hier, zelfs maar op hoofdlijnen, te behandelen. Daarom hebben wij ervoor gekozen om niet alle onderwerpen uit de subsidietitel te behandelen, maar een selectie te maken en binnen die selectie alleen in te gaan op de hoofdlijnen en niet op allerlei detailkwesties. Wij zijn tot de selectie gekomen door enkele rond de inwerkingtreding van de subsidietitel verschenen artikelen van toonaangevende auteurs, te analyseren.<sup>6</sup> Wat waren, volgens de deskundigen toen, de belangrijkste

- 
3. Bijv. C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zootjens, *'De Awb en de bijzondere wetgeving, VAR-adviezen 2000'*, VAR-reeks 124, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
  4. *Parlementaire Geschiedenis Awb III*, p. 162.
  5. Wie als zoekterm het woord 'subsidie' gebruikt in [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) op het rechtsgebied 'bestuursrecht', als selectie-instrument gebruikt dat de zoekterm voor moet komen in de inhoudsindicatie van de uitspraak en de selectie laat lopen vanaf 1 januari 1998, verkreeg op 11 oktober 2013 een dataset van 1243 uitspraken.
  6. Wij kozen voor: I.C. van der Vlies, 'Subsidie', *NJB* 1998, p. 767 e.v., C.M. Bitter en E.J. Daalder, 'Codificatie van subsidieregels; de gevolgen voor de huidige praktijk', *Stichting @ Vereniging* 1995, p. 95 e.v., J. Veltman, 'Subsidiering volgens de Algemene wet bestuursrecht', *de Gemeentestem* 1995, p. 125 e.v. (deel I) en p. 166 e.v. (deel II), en ten slotte, van eigen hand, M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Hoedt u voor artikel 4:36

onderdelen van de subsidietitel en welke verwachtingen hadden zij daarvan? Voor de op die wijze geselecteerde onderwerpen gaan wij na wat er in de afgelopen 15 jaar (op hoofdlijnen) in de rechtspraak is gebeurd, voornamelijk op basis van een analyse van de jurisprudentie. Wij behandelen deze onderwerpen kort in de paragrafen 2 tot en met 8; een meer gedetailleerde beschrijving van de stand van zaken geven wij elders,<sup>7</sup> het gaat ons hier om de hoofdlijnen, de trends. Kan daaruit iets worden afgeleid over het Awb-proces, dat voor de wetgever nu nog relevant kan zijn?

Uit de analyse van de jurisprudentie blijkt dat er in de rechtspraak ook onderwerpen spelen die ten tijde van de inwerkingtreding van de subsidietitel nauwelijks of geen aandacht kregen. Meest opvallend is dat met name Europeesrechtelijk getinte onderwerpen als staatssteun en het transparantiebeginsel veel aandacht vragen, waar de regering destijds in de Memorie van Toelichting aan een A4 genoeg had om de verhouding met 'het gemeenschapsrecht' uit te leggen. Ook de (indringendheid van de) toetsing van de evenredigheid van sancties in het licht van artikel 6 EVRM bleek in de rechtspraak een veel groter punt te worden dan de wetgever had voorzien. Deze onderwerpen bespreken wij in paragraaf 9; het is immers ook interessant om te bezien welke kwesties de Awb-wetgever over het hoofd zag destijds. Wat kunnen wij daarvan leren voor de voortzetting van het Awb-project?

In de paragrafen 10 en 11 gaan we vervolgens in op enkele recente ontwikkelingen in het subsidiebeleid: de wens de uitvoeringslasten te beperken, het idee om een horizonbepaling op te nemen in (vrijwel) alle subsidieregelingen en de noodzaak van evaluatie van subsidieregelingen. Nadat we aldus hebben besproken wat in 1998 belangrijk *was* in de discussie rond de subsidietitel en wat daarna belangrijk *werd* in de subsidiewetgeving en jurisprudentie, richten wij de blik vooruit. Wat zal wellicht belangrijk *worden* in het subsidierecht in de nabije toekomst? En zijn we op die ontwikkelingen, met de subsidietitel (en de rest van de Awb) in de hand, voldoende voorbereid? Wij sluiten deze bijdrage af met een slotbeschouwing waarin we ingaan op de vraag in hoeverre de doelstellingen die de wetgever had bij het ontwerpen van de subsidietitel zijn bereikt en waarin we onze verwachtingen uitspreken over de ontwikkeling van het subsidierecht in de komende vijftien jaar.

---

Awb, problemen rond het gebruik van uitvoeringsovereenkomsten bij subsidieverstreking', *NTB* 1997, p. 254 e.v., waarbij zij aangekend dat voor die laatste bijdrage geldt dat destijds vooral het tijdschrift waarin werd gepubliceerd toonaangevend was (en dus niet de auteurs).

7. W. Den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, 'Subsiderecht', Deventer: Kluwer 2011.

Om de doelstellingen van de wetgever met de subsidietitel weer helder op het netvlies te krijgen volgt daarover eerst een korte uiteenzetting.

## 2 Doelstellingen en opzet van de subsidietitel

Uiteraard golden de algemene uitgangspunten van de wetgever bij het ontwikkelen van algemene regels van bestuursrecht, ook bij de totstandkoming van de subsidietitel. Deze moest dus in het algemeen zorgen voor meer eenheid binnen het subsidierecht, het systematiseren en zo mogelijk vereenvoudigen daarvan en de codificatie van in de jurisprudentie ontwikkelde leerstukken.<sup>8</sup> In de algemene toelichting op de subsidietitel vinden we wat specifiekere doelstellingen.<sup>9</sup> De regering benadrukt daarin dat gezien de omvang van de subsidie-uitgaven de tijd is gekomen daarvoor een wettelijke grondslag te verlangen. Verder zou onduidelijkheid over rechten en plichten van subsidieontvangers regelmatig leiden tot gerechtelijke procedures. Met een algemene wettelijke regeling zou de rechtszekerheid binnen subsidiërelaties worden versterkt en daarmee de doelmatigheid en doeltreffendheid van het subsidie-instrument. Tot slot – en dat paste geheel in de tijdsgeest van de jaren waarin de titel tot stand kwam (en eigenlijk ook heel aardig in de huidige tijdsgeest) – zou een wettelijke regeling een belangrijke bijdrage moeten leveren aan de beheersing van de overheidsuitgaven aan subsidieregelingen en het tegengaan van misbruik van subsidiegelden.

Nogal wat doelstellingen dus voor een regeling met een zeer breed bereik. Dat is ook te zien in het resultaat: de subsidietitel geeft een eenduidig begrippenkader voor het subsidierecht, waarmee bestaande, zeer diverse wettelijke kaders vrij rigoureus werden geharmoniseerd. Tegelijkertijd begreep de wetgever ook dat een regeling met zo een breed bereik de nodige flexibiliteit moest bieden. Steeds is geprobeerd rekening te houden verschillende vormen van subsidies en verschillende beleidsterreinen, met als gevolg een grote hoeveelheid bepalingen, met daaronder veel semi-dwingende bepalingen, waarvan bij wettelijk voorschrift kan worden afgeweken en facultatieve bepalingen. Dat heeft wel tot kritiek geleid: de Raad van State noemde het werkstuk bijvoorbeeld “topzwaar” en adviseerde het werk geleidelijk in te voeren.<sup>10</sup> De regering meende echter dat in dat geval

---

8. *Parlementaire Geschiedenis Awb I*, p. 19.

9. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 18 e.v.

10. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, A, p. 23 (punt. 6.3).

de beoogde rechtseenheid niet snel genoeg zou worden bereikt.<sup>11</sup> Het was de wetgever ernst met die doelstelling, dus trad op 1 januari 1998 de regeling in haar geheel in werking.

### 3 Subsidiebegrip

Een belangrijke harmoniserende bepaling, die destijds aanleiding gaf tot de nodige discussie, betreft de algemene, wettelijke definitie van de subsidie. De wetgever beoogde met titel 4.2 Awb een wettelijke kader te geven voor alle subsidie-regelingen waarmee de overheid bepaalde wenselijk geachte activiteiten financieel ondersteunt c.q. stimuleert.<sup>12</sup> Daarom bepaalt artikel 4:21 Awb, eerste lid, dat ‘onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.’

Het betreft een zogenaamde materiële definitie. *Alle* financiële verstrekkingen van overheidswege die voldoen aan deze begripsomschrijving zijn subsidies, ongeacht hun benaming, zo merkt de regering uitdrukkelijk op in de Memorie van Toelichting bij de subsidietitel.<sup>13</sup> Dat betekent dat sprake is van een subsidie wanneer aan de definitie-elementen is voldaan, ook wanneer de verstrekking anders (bijvoorbeeld als tegemoetkoming, financiering, bijdrage of opdracht) wordt aangeduid.<sup>14</sup> Dat klinkt gemakkelijker dan het in de praktijk is gebleken. De bijzondere regelgevers en bestuursorganen blijken het soms behoorlijk ingewikkeld te maken. Wij vonden verschillende uitspraken waarin financiële bijdragen ter discussie stonden waarin de regelgever deze geen subsidie noemde of het verstreckende bestuursorgaan bij hoog en bij laag volhield dat het geen subsidie betrof.<sup>15</sup> Eén van de oorzaken is dat veel ministers er geen been in zien om werkzaamheden die ‘in wezen’ tot de overheidstaak behoren, uit te besteden aan stichtingen en hen daarvoor een zak geld te geven. De reden daarvoor ligt vaak in politieke gevoeligheden. De Minister

11. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, A, p. 24.

12. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 21.

13. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 30.

14. Vgl. ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, AB 2009, 223, m.nt. W. den Ouden.

15. Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV2276, AB 2006, 214, m.nt. I.C. van der Vlies (Stichting Six), ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7186, AB 2009, 223, m.nt. W. den Ouden (Gondelproject Delft) en CBB 9 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8180, AB 2008, 340, m.nt. J.R. van Angeren (Hanseland).

kan de ziektekosten van illegalen niet betalen binnen het huidige vreemdelingenbeleid, maar hij kan wel een stichting oprichten die de kosten van zorginstellingen die noodhulp verlenen aan deze groep (deels) compenseert.<sup>16</sup> Wanneer er op die manier een door de overheid gefinancierde, geld uitdelende stichting ontstaat, rijst al snel de vraag of deze stichting subsidies verstrekt en bij geschillen dus de rechtsgang naar de bestuursrechter open staat.

Deze vrij technische jurisprudentie<sup>17</sup> is interessant in het kader van de discussie over de ‘publieke taak jurisprudentie’, maar in deze bijdrage is een uitgebreide bespreking niet nodig. Volstaan kan worden met de constatering dat de doelstellingen van de wetgever (rechtszekerheid, harmonisatie) op een vrij structurele manier worden ondergraven door de regelgever en het bestuur. Die hebben soms goede reden om een financiële verstrekking niet als subsidie te (willen) beschouwen, met alle ingewikkelde discussies die daarna ontstaan, als in een concreet geschil het wettelijk kader moet worden vastgesteld, van dien.

Het komt ook voor dat wet- en regelgever goede redenen hebben om een financiële verstrekking wél als subsidie te kwalificeren, terwijl zij dat eigenlijk niet is. Wij zien dat bijvoorbeeld gebeuren bij opdrachten die worden verstoep in een subsidie, in een poging het aanbestedingsrecht te ontwijken en bij schadevergoedingen die op grond van de toepasselijke wetgeving eigenlijk niet zijn toegestaan. Een subsidie op grond van ruim geformuleerde kaderwetgeving kan in dat laatste geval uitkomst bieden voor een politicus die onder druk wordt gezet om ‘iets te doen’ voor ‘schrijnende gevallen’. Zo kon het voorkomen dat er ‘subsidies’ werden verstrekt voor misgelopen inkomsten aan pomphouders in de grensstreek, aan pluimveehouders die werden getroffen door een vervoers-beperkingsgebied in verband met de vogelgriep en aan landbouwers met regenschade. Ook hier volgde op punten ingewikkelde en weinig overtuigende jurisprudentie,<sup>18</sup> die illustreert dat de wens om te komen tot eenvoudiger subsidierecht soms door de waan van de dag uit het oog wordt verloren. En ook dat het voor de bestuursrechter niet altijd eenvoudig is om in zulk soort gevallen aan de wens van de wetgever te voldoen en

16. Zie over de Stichting koppeling ABRvS 11 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9897, AB 2007, 81, m.nt. I. Sewandono, JB 2006, 321, m.nt. H. Peters, ABRvS 18 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD5087, AB 2008, 235, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden, JB 2008, 177.

17. Daarover Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 11 e.v.

18. Zie onder meer HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, AB 2002, 248, m.nt. F.H. van der Burg (steun aan pomphouders grensstreek) en ABRvS 22 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8010, AB 2005, 441, m.nt. W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (subsidieregeling opkoop pluimvee). Zie over deze jurisprudentie verder: W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, ‘Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader’, *NTB* 2006, p. 101 e.v.

de regels van de subsidietitel onverkort toe te passen. Het geschil moet immers worden beslecht en met de conclusie dat een verstrekking geen subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb is, vervallen ook vaak de bevoegdheidsgrondslag en het toepasselijk wettelijk kader, met totale juridische wanorde als gevolg.

Maar vanuit het streven naar harmonisatie en vereenvoudiging is waarschijnlijk nog een groter probleem dat de wetgever al in artikel 4:21 Awb een aantal belangrijke uitzonderingen heeft opgenomen. Daardoor is de subsidietitel bijvoorbeeld niet van toepassing op fiscale stimuleringsmaatregelen, die hun eigen fiscale systematiek en rechtsbescherming kennen. Daar is de harmonisatie dus beperkt, zoals dat vaak geldt in *fiscalibus*.<sup>19</sup> In de praktijk zijn subsidiëring en fiscale stimulering echter nauwelijks uit elkaar te houden.<sup>20</sup> Zo worden belangrijke fiscale regelingen op het gebied van innovatieve activiteiten van ondernemingen (de WBSO<sup>21</sup> en de RDA<sup>22</sup>) uitgevoerd door Agentschap NL, hét onderdeel van de rijksoverheid gespecialiseerd in subsidieverstrekking en is de voor de praktijk zo lucratieve Innovatiebox daaraan direct gekoppeld.<sup>23</sup> Een tweede belangrijke uitzondering betreft de onderwijsbekostiging; daarop is de subsidietitel blijkens artikel 4:21 Awb, vierde lid, slechts van 'overeenkomstige toepassing'. Op dat punt kwam al tijdens de totstandkomingsfase in de literatuur veel kritiek.<sup>24</sup> Gelukkig is uit de jurisprudentie inmiddels gebleken dat dat doorgaans betekent dat het algemene subsidierecht op onderwijsbekostiging gewoon (aanvullend) van toepassing is,<sup>25</sup> maar in de praktijk leidt de bepaling nog regelmatig tot verwarring en geschillen.<sup>26</sup>

---

19. Zie daarover N. Verheij, 'Fiscale Eigenwijsheden', *NTB* 2013, 6, die zelfs spreekt van fiscaal separatisme.

20. Zie bijv. ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2323.

21. De WBSO is een verzamelnaam voor de afdrachtvermindering voor speur en ontwikkelingswerk in de Wet vermindering afdracht loonbelastingen en premie voor de volksverzekeringen (WVA) en de aftrek speur- en ontwikkelingswerk in de Wet IB 2001. De WBSO-regeling heeft alle kenmerken van een subsidieregeling. Er wordt namelijk een aanspraak op een financieel voordeel verstrekt aan de belastingplichtige met het oog op innovatieactiviteiten door een bestuursorgaan.

22. Wie over een S&O-verklaring in het kader van de WSBO-regeling beschikt kan ook in aanmerking komen voor een zogenaamde RDA-beschikking. In artikel 3.52a Wet IB is een aanvullende aftrekmogelijkheid voor speur- en ontwikkelingswerk neergelegd.

23. Artikel 12b Wet Vpb.

24. Zie o.a. Van der Vlies 1998, p. 768 en Veltman 1995, p. 128.

25. Zie eerst ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8495 (ROC Zadkine), waarin titel 4.2 Awb simpelweg wordt toegepast in geschil over een terugvordering van bekostigingsgelden en ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8496 (ROC West-Brabant), waarin dat ook gebeurt, maar e.e.a. uitgebreid wordt toegelicht.

26. Zie bijv. ABRvS 10 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX9681, AB 2013, 162, m.nt. W. den Ouden.

De (fiscale en onderwijs)uitzonderingen ondergraven de harmonisatiedoelstelling van de Awb-wetgever op ernstige wijze. Omvangrijke financieringsstromen vallen door de subsidie-definitie, en dan vooral de uitzonderingen daarop, buiten de reikwijdte van de subsidietitel, terwijl er goede argumenten kunnen worden aangevoerd waarom de subsidietitel daarop wel van toepassing zou moeten zijn. Steun voor de stelling dat zo omvangrijke financieringsstromen buiten beeld blijven, kan worden ontleend aan de verschillende subsidieoverzichten die het Rijk de afgelopen jaren het licht heeft doen zien.<sup>27</sup> In de verschillende subsidieoverzichten werden steeds verschillende subsidie-definities gehanteerd. Toen in 2010 voor het eerst de Awb-definitie werd gehanteerd werd er door het Rijk plotseling “nog maar” 6 miljard euro aan subsidies uitgegeven, terwijl in 2003 en 2006 veel hogere bedragen werden gerapporteerd op basis van definities van het begrip subsidie die nog van voor de inwerkingtreding van de subsidietitel dateerden.<sup>28</sup> Zo werd er volgens het SOR 2003 dat jaar ongeveer 22 miljard euro aan subsidies gespenseerd en volgens het Instrumentenoverzicht Rijk in 2006 ongeveer 89 miljard euro aan “subsidies en overdrachten”.<sup>29</sup> In 2003 hanteerde men een definitie uit de Miljoenennota uit 1988, in 2006 een definitie uit het ESR 1995.<sup>30</sup> Maar wellicht is er hoop: het Ministerie van OC&W heeft laten onderzoeken hoe het bekostigingsrecht beter kan aansluiten op het algemene subsidierecht.<sup>31</sup> Zie daar een belangrijke, vrijwillige beweging richting meer eenheid in het subsidierecht.

- 
27. Het Ministerie van Financiën brengt elke vier jaar een subsidieoverzicht van het Rijk uit.
  28. SOR 2010, Kamerstukken II 2009/10, 32 335, nr. 1, bijlage 1. Helemaal consequent is het SOR 2010 echter niet, want er worden toch ook enkele verstrekkingen als subsidie aangemerkt die niet onder de Awb-definitie vallen. Het gaat bijvoorbeeld om de bijdrage aan het Internationaal Strafhof (zie onder Ministerie van Buitenlandse Zaken, nr. 298).
  29. De cijfers uit het SOR 2003 komen uit het eindrapport “Zicht op subsidies” die de Minister van Financiën op 7 maart 2003 aanbood aan de voorzitter van de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2002/03, 28 600, nr. 65), Instrumentenoverzicht Rijk, Kamerstukken II, 2005/05, 30 300 IXB, nr. 27 (overigens wordt uit het Instrumentenoverzicht Rijk niet duidelijk wat precies onder overdrachten moet worden verstaan, zodat niet met zekerheid is te zeggen wat het totaalbedrag aan subsidies was).
  30. Zie ‘Handleiding Europees systeem van nationale en regionale rekeningen 1995 (ESR 1995)’, p. 17.
  31. J.A. de Boer, F.C.M.A. Michiels, W. den Ouden & P.J.J. Zoontjens, ‘Anders, of toch niet? Een onderzoek naar de mogelijkheden van meer Awb-conforme onderwijswetgeving (2013)’, n.n.g.

## 4 De wettelijke grondslag

De wetgever maakte een principiële keuze door in artikel 4:23 Awb te bepalen dat subsidieverlening op een wettelijke grondslag diende te berusten. In de literatuur was daar al voor gepleit door bijvoorbeeld Damen en Hirsch Ballin,<sup>32</sup> tegen de in vroeger tijden heersende leer in dat voor subsidies geen grondslag in de wet vereist is omdat de overheid daarmee slechts een “gunst” verleent.<sup>33</sup> Desalniettemin is tijdens de voorbereiding van de subsidietitel, die begon met de publicatie van het voorontwerp in 1993, en na de inwerkingtreding van titel 4.2 welwillend gereageerd op artikel 4:23. Er werd wel voor gewaarschuwd dat bestuursorganen om aan artikel 4:23 te voldoen wel eens voor heel ruime grondslagen zouden kunnen kiezen, waarmee de rechtszekerheid voor (potentiële) subsidieontvangers noch de doelmatige afwikkeling van de subsidie gediend zouden zijn. Ook werd gewezen op de werklustverzwaring voor bestuursorganen doordat zij hun subsidies (binnen vier jaar na de inwerkingtreding van de subsidie-titel) van een wettelijke grondslag moesten voorzien.<sup>34</sup> Kennelijk was de tijd rijp voor de verplichting dat subsidieverleningen voortaan op een grondslag in een wettelijk voorschrift moesten berusten. Bovendien bevatte artikel 4:23 een aantal uitzonderingen, waardoor het toch mogelijk bleef om in spoedeisende of incidentele gevallen subsidie te verstrekken zonder dat daarvoor eerst een grondslag in een wettelijk voorschrift behoeft te worden gecreëerd. In beide gevallen is de bevoegdheid wel ingekaderd. Bij spoedeisende subsidies moet er wel binnen een jaar na de aanvang van de subsidiëring een subsidieregeling tot stand zijn gekomen (of – als het om een wet in formele zin gaat – een wetsvoorstel bij de Staten-Generaal zijn ingediend) terwijl bij incidentele subsidies de eis wordt gesteld dat een dergelijke subsidie voor ten hoogste vier jaar mag worden verstrekt omdat er anders uiteraard geen sprake meer is van een incident. Ook geldt er een uitzondering voor begrotingssubsidies.

- 
32. Zie bijv. L.J.A. Damen, *'Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur (diss. Groningen)'*, Deventer: Kluwer 1987, p. 807 e.v. en E.M.H. Hirsch Ballin, *'Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen, VAR-geschrift XCIX'*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988, p. 63 e.v.
  33. Zie bijv. de discussie naar aanleiding van de VAR-preadviezen van Van Kreveld en Hirsch-Ballin in 1988 (VAR-geschrift 101, p. 20, 23 en 73), maar ook F.J. van Ommeren, *'De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip'*, Deventer: Kluwer 1996, p. 378 en W. den Ouden, *'De subsidieverplichting: wie betaalt, bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen'*, Deventer: Kluwer 2002.
  34. Zie de in noot 7 genoemde artikelen en ook M.J. Jacobs, *'Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten'*, Den Haag: Elsevier 1999, paragraaf 3.5.2.



Voorwaarde is dan wel dat de begroting van het bestuursorgaan dat de subsidie verstrekt de naam van de ontvanger vermeldt en ook het maximale bedrag dat hij ontvangt. Ten slotte bevat artikel 4:23 een uitzondering voor Europese subsidies. Op subsidies die de Europese Commissie of een ander EU-orgaan rechtstreeks aan een eindontvanger verstrekt is de Awb en dus ook de eis van een wettelijke grondslag niet van toepassing.

De stand van de jurisprudentie geeft aanleiding te denken dat het vereiste van een wettelijke grondslag in de praktijk tot niet al te grote problemen aanleiding heeft gegeven. Er zijn wat uitspraken over de vraag wat het rechtsgevolg moet zijn als een toereikende wettelijke grondslag ontbreekt. In dat geval is het bestuursorgaan niet bevoegd subsidie te verstrekken. Heeft het dat toch gedaan, dan wordt de beslissing om subsidie te verstrekken gewoon als een (appellabel) besluit aangemerkt.<sup>35</sup> De bestuursrechter toetst ambtshalve of een bestuursorgaan bevoegd is om subsidie te verlenen. Is het dat niet, dan vernietigt hij de verleningsbeschikking (wegens onbevoegdheid van het bestuursorgaan), maar laat hij in de regel de rechtsgevolgen in stand. Op deze wijze wordt voorkomen dat de burger die beroep instelt tegen zijn subsidiebeschikking omdat hij vond dat hij eigenlijk meer subsidie had moeten krijgen, er op achteruit gaat.<sup>36</sup> Is er evenwel beroep ingesteld door een ander dan de subsidieontvanger, dan kan de bestuursrechter dit laatste niet doen. Hij zal de rechtsgevolgen dan dus niet in stand laten als hij het besluit vernietigt; de subsidieontvanger verliest in dat geval zijn aanspraak op subsidie.

Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep volgt dat bestuursorganen het gebrek dat een wettelijke grondslag ontbreekt, met terugwerkende kracht mogen repareren.<sup>37</sup> Voorwaarde is wel dat de alsnog opgestelde wettelijke regeling aanspraken die uit een reeds gegeven subsidieverleningsbeschikking voortvloeiden, niet alsnog met terugwerkende kracht mag beperken. De reden daarvoor is o.m. dat dergelijke aanspraken kunnen worden aangemerkt als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM.<sup>38</sup> Bij zogenaamde “doorgeefsubsidies”, waarbij het Rijk een decentraal bestuursorgaan budget geeft om subsidies van aan derden

35. ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC9067, AB 2008, 166, m.nt. R. Ortlep (busstation Middelburg).

36. ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6426, JB 2008, 106, m.nt. E. Hardy.

37. ABRvS 20 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR4298, JB 2004, 389, m.nt. A.J. Blok, AB 2005, 157, m.nt. N. Verheij (Stichting Fonds MKZ), ABRvS 14 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1474, JB 2008, 141 (Kinderopvang Enschede), CRvB 2 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB5939, AB 2008, 192, m.nt. J.E. van den Brink (Werkzoekendensubsidie Almere).

38. EHRM 18 mei 2010, AB 2010, 189, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden.

te verstrekken, rust er eveneens een verplichting op decentrale bestuursorganen om in een wettelijke grondslag te voorzien. Is dat nagelaten en wordt dit later met terugwerkende kracht gerepareerd, dan draait het decentrale bestuursorgaan op voor de kosten van de subsidies die het reeds had verstrekt voordat er was voorzien in de wettelijke grondslag.<sup>39</sup>

Op één onderdeel is artikel 4:23 Awb wel problematisch gebleken; namelijk waar het gaat om Europese subsidies. Bij Europese subsidies is veelal sprake van gedeeld bestuur: de EU bepaalt (de hoofdlijnen van) het stimuleringsbeleid, maar laat de uitvoering en soms ook de nadere invulling van het beleid over aan de lidstaten. Het gevolg hiervan is dat de lidstaten subsidies verstrekken die geheel of gedeeltelijk ten laste komen van de Europese begroting en die (mede) worden beheerst door Europese regels. Evenals wanneer het gaat om strikt nationale subsidies, moet bij Europese subsidies steeds de vraag worden beantwoord of het in een concreet geval nodig is om te voorzien in een grondslag in een wettelijk voorschrift.

Als subsidies worden verstrekt op grond van een Unieverordening, dan zijn er – althans in theorie – twee mogelijkheden: de bevoegdheid van het Nederlandse bestuursorgaan dat de Uniesubsidies in Nederland moet gaan verstrekken volgt uit de verordening of de verordening verwijst slechts naar “de bevoegde autoriteiten”. Het eerste geval doet zich bij ons weten niet voor,<sup>40</sup> maar als het zich voordoet is de bevoegdheid van het bestuursorgaan een gegeven. Aan artikel 4:23, eerste lid, is dan voldaan (ook al is dat eigenlijk niet relevant omdat de Europese verordening rechtstreeks werkt in de Nederlandse rechtsorde en aan het nationale bevoegdheidsrecht dan verder geen betekenis toekomt). Het tweede geval is eigenlijk het normale geval. De verordening richt zich tot de bevoegde autoriteit(en) in de lidstaat, maar regelt niet welk orgaan van de lidstaat de bevoegde autoriteit is. In dergelijke gevallen is het nationale recht wel van toepassing, en dus ook artikel 4:23 dat de aanwijzing van het bevoegd gezag in een wettelijk voorschrift vereist. In dergelijke gevallen worden er als het ware twee bevoegdheidsgrondslagen gevraagd: een in het Europese recht en een in het nationale recht. Er wordt in verband hiermee dan ook wel gesproken van de leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag.<sup>41</sup> Hoewel

39. CRvB 2 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB5939, AB 2008, 192, m.nt. J.E. van den Brink.

40. Zie ook: Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 233.

41. J.H. Jans, R. De Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *‘Inleiding tot het Europees bestuursrecht’*, Nijmegen: AAe-Libri 2011, p. 21, Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 37 en 234, J.E. van den Brink, *‘De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen (diss. Leiden)’*, Deventer: Kluwer 2012, p. 551-558.

deze leer steun vindt in de Nederlandse subsidiejurisprudentie,<sup>42</sup> is zij in de literatuur wel betwist en zijn er inmiddels verschillende arresten van het Hof van Justitie EU beschikbaar waaruit kan worden opgemaakt dat het Hof het vooral pragmatisch bekijkt.<sup>43</sup> Zeker in handhavingsskwesties geldt dat het Hof aanneemt dat nationale uitvoeringsorganen steeds bevoegd zijn om de nodige terugvorderingsbesluiten te nemen, desnoods rechtstreeks op basis van de Europese verordeningen zelf. In de Nederlandse jurisprudentie is verder veel te doen geweest over artikel 4:23, derde lid, onderdeel b. Op grond van deze bepaling geldt het vereiste van een wettelijke grondslag niet “indien de subsidie rechtstreeks op grond van een door de Raad van de Europese Unie, het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of de Europese Commissie vastgesteld programma wordt verstrekt”. Voor deze uitzondering werden destijds twee redenen gegeven: ten eerste zou een nationale wettelijke regeling een doublure opleveren omdat de Europese programma’s de voorwaarden waaronder de subsidies konden worden verstrekt reeds regelden en ten tweede zou met het opstellen van nationale wettelijke regelingen kostbare tijd verloren gaan waardoor Nederland niet of met vertraging kon profiteren van EU-subsidies.<sup>44</sup> Het probleem met dit onderdeel van het derde lid van artikel 4:23 is, kort gezegd, dat niet duidelijk is wat precies wordt bedoeld met subsidies die rechtstreeks op grond van een Europees programma worden verstrekt. Dit is niet alleen gesignaleerd in de literatuur,<sup>45</sup> maar blijkt ook uit het feit dat de hoogste bestuursrechters deze bepaling verschillend hebben uitgelegd.<sup>46</sup> Er is dan ook voor gepleit om dit onderdeel van artikel 4:23, derde lid, te laten vervallen.<sup>47</sup> De reden daarvoor is overigens niet alleen dat de bepaling niet duidelijk is, maar

---

42. ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006, 296, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden, JB 2006, 155 (Flevoherb I), CBB 22 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL0650, AB 2010, 74, m.nt. R. Ortlep, CBB 22 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL0649.

43. HvJ 13 maart 2008, AB 2008, 207, m.nt. W. den Ouden (ESF-arrest), HvJ 21 december 2011, zaak C-465/10, AB 2013, 86, m.nt. J.E. van den Brink (Chambre de Commerce Indre), HvJ 13 december 2012, zaak C-670/11 (Vinifrance) en HvJ 20 juni 2013, zaak C-568/11 (Agroferm).

44. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 42.

45. M.J. Jacobs, ‘De tenuitvoerlegging van Europese structuurfondsen in Nederland: over het verstrekken van EG-subsidies en het beheersen van de uitgaven’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *‘Europees recht effectueren’*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 185, Den Ouden, Jacobs & N. Verheij 2011, p. 38, Van den Brink 2012, p. 572.

46. Vgl. ARBvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5491, AB 2007, 224, m.nt. W. den Ouden en JB 2007, 31, m.nt. AJB (ESF-subsidieplafond) en CBB 16 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AV7337, AB 2007, 22, m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden (Stichting ROM).

47. Zie noot 42.

ook dat zij overbodig lijkt. Het in de memorie van toelichting genoemde bezwaar dat het tijdrovend is om een nationale wettelijke regeling op te stellen, is niet erg steekhoudend doordat er op vrijwel alle beleidsterreinen kaderwetgeving is die voldoende ruimte biedt om de Europese programma's te implementeren. Een belangrijke voorlopige conclusie is derhalve dat, hoewel de Europese aspecten van het subsidierecht belangrijk zijn gebleken de afgelopen jaren (daarover hierna meer), datgene wat de Awb-wetgever erover heeft geregeld de rechtspraktijk niet heeft geholpen.

## 5 Verdeelsystematiek bij subsidieplafond en begrotingssubsidie

Afdeling 4.2.2 Awb geeft een summierere regeling van het zogenaamde subsidieplafond.<sup>48</sup> In het kort houdt deze regeling in dat een bestuursorgaan – in beginsel voordat het subsidietijdvak begint – een subsidieplafond kan instellen en dat aanvragen worden geweigerd als door subsidieverstrekking het plafond zou worden overschreden of als het al is overschreden. Van der Vlies noemde het subsidieplafond destijds de beruchtste van de tamelijk ingewikkelde nieuwigheden uit titel 4.2.<sup>49</sup> Ook over de verdeling van het beschikbare budget is de Awb kort. Artikel 4:26 bepaalt slechts dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld (eerste lid) en bij de bekendmaking van het subsidieplafond wordt de wijze van verdeling vermeld (tweede lid). Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat de wetgever vond dat wat het meest geschikte verdeelsysteem is, afhankelijk is van de soort subsidie die moet worden verdeeld.<sup>50</sup> De Awb regelt dus niet welk verdeelsysteem van toepassing is, maar slechts dát er een verdeelsysteem wordt gekozen. In de memorie van toelichting werd alleen melding gemaakt van de verdeling op volgorde van binnenkomst en de verdeling op grond van kwalitatieve criteria.<sup>51</sup> De jurisprudentie en de

---

48. Zie hierover uitgebreid Den Ouden, Jacobs & N. Verheij 2011, hoofdstuk 8. Wij focussen hier op de verdeelsystematiek. Daarover is de meeste jurisprudentie gekomen de afgelopen 15 jaar. Over het instellen van een subsidieplafond en het rechtskarakter van een subsidieplafond is veel minder jurisprudentie geweest.

49. Van der Vlies 1998, p. 767.

50. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 209.

51. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 209.

regelgeving laten zien dat er nog andere verdeelsystemen, zij het in mindere mate, worden gebruikt.<sup>52</sup>

Opvallend is dat er in de afgelopen vijftien jaar veel jurisprudentie is geweest over de verdeling van het beschikbare subsidiebudget. Als de verdeling van een subsidie verloopt volgens de systematiek “wie het eerst komt, het eerst maalt”, gaan procedures vaak over de vragen: wie was eerst, moet de aanvraag van iemand die een onvolledige aanvraag indiende buiten beschouwing worden gelaten of niet, mag een eenmaal ingediende aanvraag nog worden gewijzigd en hoe wordt de volgorde van indiening bepaald als er op de eerste dag dat kan worden ingediend een (te) groot aantal aanvragen tegelijk wordt ingediend?<sup>53</sup> Als de subsidie in een tenderprocedure wordt verdeeld spelen in de jurisprudentie twee vragen een belangrijke rol: 1. de vraag of aanvragers gelijke kansen hebben gekregen en 2. de vraag of de (uitkomst van de) procedure inzichtelijk was. Bij de eerste vraag gaat het om discussies over de vraag of een (volledige of onvolledige) aanvraag nog mag worden aangevuld na afloop van de indieningstermijn en of er contact mag zijn tussen bestuursorgaan en aanvrager. Bij discussies over de inzichtelijkheid en de uitkomst van de procedure gaat het om de vraag of aanvragen terecht zijn afgewezen omdat de aanvraag niet voldeed aan de criteria om voor subsidieverlening in aanmerking te komen (is voldaan aan bepaalde drempelvereisten, zoals het hebben van een bepaalde rechtsvorm, omvang, vestigingsplaats, etc.) of om vragen over de vergelijkbaarheid van de oordelen over de concurrerende aanvragen (motivering afwijzingsbesluit, toegankelijkheid van op de zaak betrekking hebbende stukken, de rol van externe adviescommissies e.d.).<sup>54</sup> Dergelijke vraagstukken spelen niet alleen op het terrein van het subsidierecht. We zien ze terug in alle rechtsgebieden waarin sprake is van de verdeling van schaarse publieke rechten.<sup>55</sup> We ontwaren hier tevens een begin van Europese beïnvloeding

---

52. Bijv. ‘Tegemoetkomingsregeling oogstschade 2002’, Stcrt. 2006, 23 (evenredige verdeling over alle aanvragers) en ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9794, AB 2008, 28, m.nt. J.H. van der Grinten en W. den Ouden (loting).

53. Ook wel de postzakproblematiek genoemd.

54. Zie voor een uitgebreide bespreking van de jurisprudentie: M.J. Jacobs en W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *JBplus* 2011, p. 35-58 en meer specifiek over de rol van adviseurs bij subsidieverstrekking: M.J. Jacobs en W. den Ouden, ‘Verdeling van subsidiegelden door concullega’s. De rol van adviseurs bij de verdeling van schaarse subsidies in een beauty contest’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden, C.J. Wolswinkel (red.), ‘Schaarse publieke rechten’, Boom Juridische Uitgevers 2011.

55. Zie recent C.J. Wolswinkel, ‘De verdeling van schaarse publieke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht (diss. VU)’, Den Haag: Bju 2013.

van de verdelingsregels in het (subsidie)recht; bij de verdeling moet sprake zijn van “een voldoende mate van transparantie”.<sup>56</sup>

In dit kader is het ook van belang te wijzen op een andere “verdeelmethode” die de Awb kent, maar die volledig losstaat van het subsidieplafond (en die daarmee tijdens de wetsgeschiedenis ook nooit in verband is gebracht): de begrotings-subsidie.<sup>57</sup> Bestuursorganen kunnen ervoor kiezen het beschikbare subsidie-budget aan een of enkele (voorkeurs)partijen toe te kennen door die partij(en) en het maximale subsidiebedrag te noemen in hun begroting. Een grondslag in een wettelijk voorschrift is dan niet nodig (art. 4:23, derde lid, onder c, Awb). De wetgever vond deze uitzondering gerechtvaardigd omdat er bij begrotingssubsidies vaak maar één of enkele ontvangers zijn. Het totstandbrengen van een wettelijke grondslag zou dan “een relatief zware last voor de bevoegde wetgever betekenen, terwijl (...) de noodzaak daartoe in mindere mate aanwezig is indien de begroting de ontvanger vermeldt”.<sup>58</sup> Het nadeel dat, bij slechts op een begrotingspost gebaseerde subsidie, wettelijke voorschriften, die de verhouding tussen subsidieverstrekker en –ontvanger verder regelen, ontbreken, zou worden ondervangen doordat veel artikelen uit de afdelingen 4.2.2 tot en met 4.2.7 sowieso op de subsidieverhouding van toepassing zijn en doordat bij exploitatiesubsidies afdeling 4.2.8 van toepassing zou kunnen worden verklaard.<sup>59</sup> Een ander en steeds zwaarder wegend nadeel is door de wetgever echter niet onder ogen gezien. Ook bij begrotingssubsidies wordt subsidiebudget verdeeld; deze verdeling is echter minder transparant dan wenselijk is. Zo is niet duidelijk wie aanspraak kan of kunnen maken op bepaalde subsidiegelden en in welke gevallen de overheid direct met een voorkeurspartij in zee kan gaan. Nieuwkomers lijken in ieder geval op achterstand te staan.<sup>60</sup> Bij het uitzetten van Europese subsidies is het overigens

---

56. Vgl. voor het subsidierecht CBb 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU7267 AB 2012, 63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade, ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:13:BZ8429. AB 2013, 327, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie over de algemene ontwikkeling op dit vlak bijv. A. Drahmman, ‘*Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen?*’, NALL 2012, DOI 10.5553/NALL/.000007.

57. Strikt genomen zouden hier ook de incidentele subsidies moeten worden vermeld. Wij menen dat het probleem hier minder groot is juist vanwege het incidentele karakter. Zodra een subsidie een structureel karakter krijgt, moet er alsnog een wettelijke grondslag worden gecreëerd en bij die gelegenheid moet de bevoegde wetgever nadenken over de (meest geschikte) verdeelsystematiek.

58. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 201.

59. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 201.

60. ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191, AB 2011, 232, m.nt. W. den Ouden, JB 2011, 3, m.nt. M.J. Jacobs (Coach4Kids).

niet mogelijk om op een dergelijke intransparante manier te werk te gaan<sup>61</sup> en dat geeft te denken.

Inmiddels is de jurisprudentie over de verdeling van subsidiebudgetten zover uitgekristalliseerd dat een wat uitgebreidere regeling in afdeling 4.2.2 Awb naar onze mening in de rede zou liggen. In een artikel in *JBplus* hebben wij ervoor gepleit om in artikel 4:26, eerste lid, de verdeelmethode toe te voegen en om twee nieuwe artikelen in te voegen waarin de vaste jurisprudentie over de meest gebruikte verdeelmethode worden gecodificeerd (artikel 4:26a over de verdeling op volgorde van binnenkomst en artikel 4:26b over verdeling bij tenderprocedures). De keuze voor een bepaalde verdeelmethode ligt dan nog steeds bij de (lagere) wetgever of het bestuursorgaan, maar bepaalde met de keuze voor subsidiëren op volgorde van binnenkomst of een tenderprocedure samenhangende regels liggen dan tenminste duidelijk vast.<sup>62</sup> Gelet op het feit dat dit onderwerp, zoals wij hiervoor al aangaven, veel breder speelt, zou een dergelijke regeling ook als proeftuin kunnen fungeren voor een algemene regeling in de Awb over verdelingsvraagstukken. Tot slot lijkt het ons wenselijk dat in dat kader ook nog eens wordt nagedacht over (de beperking van de mogelijkheid tot het verstrekken van) begrotingssubsidies.

## 6 De uitvoeringsovereenkomst

Over de rechtsvorm van de subsidie is in de literatuur ten tijde van inwerkingtreding van de subsidietitel en kort daarna veel discussie geweest. De wetgever heeft er in de subsidietitel voor gekozen om in de eerste plaats regels te geven voor *subsidiebeschikkingen*. Deze keuze sloot aan bij de jurisprudentie. Die merkte de verlening van subsidies vrijwel altijd aan als een beschikking, ook wanneer zij niet op een geschreven publiekrechtelijke grondslag berustte, maar op een begrotingspost.<sup>63</sup> Omdat in de praktijk ook “overeenkomsten omtrent subsidiëring”<sup>64</sup> voorkwamen, werd ook een artikel in de subsidietitel gewijd aan het fenomeen subsidieovereenkomst. In het voorontwerp ging dit artikel er nog van uit dat de subsidieverlening de vorm van een overeenkomst tussen subsidieverstrekker en

61. Zie daarover Van den Brink 2012, p. 172 e.v.

62. M.J. Jacobs en W. den Ouden, ‘Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot’, *JBplus* 2011, p. 56-57, C.J. Wolswinkel, ‘De verdeling van schaarse publieke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht (diss. VU)’, Den Haag: Bju 2013.

63. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 172.

64. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 172.

-ontvanger kon hebben. Omdat er in die variant geen verleningsbeschikking aan de subsidieverhouding te pas kwam werd deze figuur al gauw aangeduid met de term 'beschikkingvervangende overeenkomst'. Op het artikel kwam echter veel kritiek en toen de Raad van State suggereerde het artikel zodanig te wijzigen dat ter uitvoering van de verleningsbeschikking een overeenkomst kon worden gesloten, was de wetgever snel om: de beschikkingvervangende overeenkomst maakte plaats voor de uitvoeringsovereenkomst. Het artikel regelt niet alleen dat ter uitvoering van een subsidieverleningsbeschikking een overeenkomst kan worden gesloten (eerste lid), maar ook dat in deze overeenkomst kan worden bepaald dat de ontvanger verplicht is de gesubsidieerde activiteiten de verrichten (tweede lid).<sup>65</sup>

Hoewel ook de figuur van de uitvoeringsovereenkomst is bekritiseerd,<sup>66</sup> en interessant is als verschijnsel waar publiek- en privaatrecht in elkaar overlopen, kunnen we 15 jaar na de inwerkingtreding constateren dat er nauwelijks jurisprudentie is over dit artikel.<sup>67</sup> In 2006 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat titel 4.2 zich verzet tegen beschikkingvervangende subsidieovereenkomsten.<sup>68</sup> Daarnaast is er enige jurisprudentie over de vraag welke rechter geschillen over de uitvoeringsovereenkomst moet beoordelen; de burgerlijke rechter of de bestuursrechter.<sup>69</sup> Voorts hebben zowel het CBB als de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak gedaan over de vraag of een subsidieverstrekker bevoegd was tot intrekking van subsidie omdat de ontvanger een in de uitvoeringsovereenkomst neergelegde

---

65. Zie voor de totstandkomingsgeschiedenis van art. 4:36: M.J. Jacobs, *'Subsidieovereenkomsten: Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies (diss. VU)'*, Elsevier 1999, p. 126-140 en verder ook Den Ouden, Jacobs & N. Verheij 2011, hoofdstuk 11.

66. M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Hoedt u voor artikel 4:36 Awb!', *NTB* 1997, p. 254-266.

67. Hoe vaak er gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om uitvoeringsovereenkomsten te sluiten is niet bekend. Overigens is ons opgevallen dat er ook wetten/regelingen zijn, die verplichten tot het sluiten van uitvoeringsovereenkomsten. Zie bijv. artikel 2 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie 2013 dat verplicht tot het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst indien er meer dan € 400 miljoen aan subsidie wordt verleend, artikel 5.3 Subsidieregeling internationaal excelleren, artikel 61 Besluit stimulering duurzame energieproductie en artikel 7 van de hierna nog te bespreken Experimentenwet BI-Zones.

68. ABRvS 19 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW2275, AB 2006, 296, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden.

69. Bijv. ABRvS, 28 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9453, AB 2006, 326, m.nt. W. den Ouden, CBB 18 januari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ7224, AB 2007, 66, m.nt. I. Sewandono, CBB 24 februari 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT1735 AB 2005, 165, m.nt. J.H. van der Veen, JB 2005, 225, m.nt. AJB.



verplichting niet was nagekomen. Het antwoord was ja.<sup>70</sup> Tot slot is er een kleine reeks uitspraken te noemen over de verstrekking van zgn. BIZ-subsidies aan rechtspersonen met wie op grond van de Experimentenwet BI-zones een zgn. afdwingovereenkomst op grond van artikel 4:36, tweede lid, Awb moet worden gesloten. Kort gezegd kunnen gemeenteraden op grond van deze wet onder de naam BI-zone een heffing instellen binnen een bepaald gebied in de gemeente (de zogenaamde bedrijveninvesteringszone). De gemeente betaalt de opbrengst van de heffing als subsidie door aan een bij verordening aangewezen rechtspersoon, die het geld uitgeeft aan activiteiten waarvan alle in de BI-zone gelegen ondernemingen voordeel van hebben, zoals het verbeteren van de bewegwijzering, grafittiverwijdering en extra surveillance. Deze jurisprudentie heeft echter niet zozeer betrekking op de betekenis van artikel 4:36 (tweede lid), als wel op de verbindendheid van verordeningen die op grond van de Experimentenwet BI-zones tot stand zijn gekomen. Artikel 7 van deze wet bepaalt namelijk dat de subsidieontvanger in de verordening aangewezen moet worden en dat met de subsidieontvanger een overeenkomst moet zijn gesloten als bedoeld in artikel 4:36 lid 2 Awb. Uit de jurisprudentie volgt dat de BIZ-verordening in zijn geheel onverbindend is als blijkt dat op het moment van de heffing met de in de verordening aangewezen subsidieontvanger geen (duidelijke) afdwingovereenkomst is gesloten.<sup>71</sup>

Terugblikkend op de discussies voor de inwerkingtreding van de subsidietitel en de weinige jurisprudentie sinds de inwerkingtreding, is het lastig een conclusie te trekken over het fenomeen uitvoeringsovereenkomst; is het goed geregeld omdat er weinig jurisprudentie en discussie over is of worden er eenvoudigweg weinig uitvoeringsovereenkomsten gesloten? Wij zouden het niet weten.

---

70. CBB 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU6858, CBB 20 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8582, ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8975, AB 2013, 157, m.nt. J.R. van Angeren.

71. Rb. Assen 29 maart 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW0841, BB 2012, 289, m.nt. J.P. Kruiemel, Rb. Maastricht 27 november 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4635, BB 2013, 6, m.nt. J.P. Kruiemel. Ook reparatie van de verordening met terugwerkende kracht kon in de ogen van diverse rechtbanken geen genade vinden. Aangezien belasting alleen kan worden geheven op basis van wet- en regelgeving die is vastgesteld en inwerking getreden op het tijdstip waarop de belastingplicht ontstaat, spreekt dit voor zich (zie bijv. Rb. Den Haag 24 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1701, BB 2013, 117, m.nt. Kruiemel, Rb. Noord-Nederland 25 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA0943, BB 2013, 297, m.nt. A.W. Schep.

## 7 Handhavingmogelijkheden en evenredigheid, boete

Aan het tegengaan van fraude met subsidies werd aardig wat aandacht besteed tijdens de totstandkoming van de subsidietitel. Volgens de Memorie van Toelichting ging het daarbij om twee hoofdpunten: misbruik van subsidiegelden en het niet nakomen van verplichtingen door de subsidieontvanger. De subsidietitel biedt allerlei mogelijkheden aan bestuursorganen om te reageren op 'onregelmatigheden' aan de kant van de subsidieontvanger. Subsidiebeschikkingen kunnen in dat geval worden ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger worden gewijzigd, de subsidie kan lager worden vastgesteld en onverschuldigd betaalde subsidies kunnen worden teruggevorderd.<sup>72</sup> Het betreft hier allemaal bestuursrechtelijke sancties. De Awb-wetgever gaf aan dat het natuurlijk in sommige gevallen ook mogelijk was om via strafrechtelijke weg te handhaven, bijvoorbeeld op grond van valsheid in geschrifte. Verder werd aangekondigd dat er in het kader van de vierde tranche van de Awb zou worden onderzocht of het mogelijk was de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete in de subsidietitel op te nemen voor fraudegevallen.<sup>73</sup>

In de jurisprudentie die volgde na inwerkingtreding van de subsidietitel is aanvankelijk druk gediscussieerd over het karakter van de subsidiesancties die op grond van de titel konden worden opgelegd. Vooral als de aanspraak op subsidiegelden verder werd verminderd in geval van onregelmatigheden dan strikt genomen nodig zou zijn kwam de vraag op of er geen sprake was van een punitieve sanctie. Met name de Afdeling bestuursrechtspraak voer daarbij een straffe koers: het intrekken van subsidiebeschikkingen of het lager vaststellen van de subsidie werd in dat soort gevallen steevast als een herstelsancties gekwalificeerd: de subsidieontvanger had, achteraf bezien, niet voor subsidie in aanmerking mogen komen, zo lijkt de redenering.<sup>74</sup> Dat wil niet zeggen dat deze besluiten altijd in stand blijven; in een enkel geval worden deze herstelsancties toch vernietigd wegens een motiveringsgebrek of strijd met het evenredigheidsbeginsel. Het gaat dan vrijwel altijd om gevallen waarin ook kritiek kan worden geleverd op het optreden

72. Wat in de praktijk overigens soms verre van eenvoudig is: zie bijv. ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1511.

73. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 27.

74. Zie bijv. ABRvS 8 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA5252, AB 2001, 118, m.nt. L.J.A. Damen (woningverbeteringssubsidie Den Haag) en ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9812, AB 2007, 349, m.nt. T. Barkhuysen en W. Den Ouden, JB 2007, 169 (Triplewood).

van de subsidieverstrekker zelf: die heeft een subsidieregeling bijvoorbeeld te laat inwerking doen treden of de subsidieontvanger zelf op het verkeerde been gezet.<sup>75</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven laat het karakter van subsidiesancties meer in het midden, maar toetst regelmatig zoals het gewend is te doen bij bestuurlijke boeten.<sup>76</sup>

Terugkomend op de bestuurlijke boete binnen subsidierelaties; de bevoegdheid daartoe is tot op de dag van vandaag niet geregeld in de Awb. Vreemd genoeg is de bevoegdheid tot het opleggen in sommige (nogal willekeurig gekozen) gevallen inmiddels wel neergelegd in de Wet bestuurlijke boete meldingsplichten door ministers verstrekte subsidies.<sup>77</sup> Wanneer de subsidieontvanger heeft verzuimd te melden dat de activiteiten waarvoor hij subsidie kreeg niet voor een bepaalde einddatum geheel zijn verricht, voorschotten onvoldoende snel worden uitgegeven of er omstandigheden zijn die doen vermoeden dat er dwang- of kinderarbeid komt kijken bij gesubsidieerde activiteiten in het buitenland, kan dat leiden tot het opleggen van boeten tot maximaal 78.000 euro (vijfde categorie van art. 23, vierde lid, WSR). Er zijn veel vragen te stellen rondom deze wet. Waarom is de boetebevoegdheid beperkt tot situaties waarin een minister subsidie verstrekt? Waarom is er slechts een boetebevoegdheid wanneer bepaalde meldplichten niet worden nagekomen en niet in andere situaties, bijvoorbeeld de situatie waarin een bestuursorgaan ten tijde van de subsidievaststelling (ernstige) onregelmatigheden vaststelt? En misschien nog wel de belangrijkste vraag: waarom is deze regeling niet opgenomen in de Awb? De memorie van toelichting is niet helder op deze punten en al met al verdient de regeling beslist geen schoonheidsprijs; zij laat zien dat het bijzonder lastig blijft om de eenheid van het bestuursrecht vast te houden, ook als het gaat om bestuursrechtelijke wetgeving met een algemeen (ministerie-overstijgend) karakter.

## 8 Beëindiging subsidierelaties

Als laatste van de onderwerpen die ten tijde van de totstandkoming van de subsidietitel de aandacht trokken in de literatuur, bespreken wij de bepalingen die gelden

75. Zie bijv. ABRvS 8 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE2396, AB 2003, 137, m.nt. N. Verheij, ABRvS 25 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0358, AB 2007, 350, m.nt. W. den Ouden en ABRvS 21 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD2138, JB 2008, 155.

76. Zie bijv. CBB 27 november 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD7617, AB 2002, 31, m.nt. J.H. van der Veen, CBB 18 februari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9559 en CBB 7 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ&474, AB 2011/278, m.nt. W. den Ouden.

77. Zie Kamerstukken met nr. 32 838 en Stb. 2012, 527.

bij de beëindiging van subsidierelaties wegens gewijzigde inzichten of omstandigheden. Het gaat doorgaans om (verkapte) bezuinigingen. De subsidietitel geeft daarvoor twee bepalingen, opgenomen in de artikelen 4:50 en 4:51 Awb. Artikel 4:50 Awb ziet op het intrekken van lopende subsidiebeschikkingen en voorziet daarom (terecht) in een plicht tot het vergoeden van dispositieschade. Misschien is dat de reden waarom er in de praktijk maar weinig van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt; wij zien althans nauwelijks jurisprudentie over deze bepaling.

Dat ligt heel anders voor artikel 4:51 Awb. In deze bepaling is neergelegd dat een langdurige subsidierelatie in bepaalde gevallen slechts mag worden stopgezet met inachtneming van een redelijke termijn. Deze bepaling vormde een codificatie van de vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin was opgenomen dat een langdurige subsidierelatie niet 'rauwelijks mag worden stopgezet'.<sup>78</sup> In de memorie van toelichting koppelde de regering deze bepaling nadrukkelijk aan het vertrouwensbeginsel, wat van artikel 4:51 Awb een heel aardige pilot maakt voor een eventuele bredere codificatie van dat beginsel.

De formulering van artikel 4:51 Awb is vrij specifiek, wat aanleiding heeft gegeven tot de nodige interpretatie en afbakeningsvragen. Wat zijn precies 'dezelfde of in hoofdzaak dezelfde, voortdurende activiteiten'?<sup>79</sup> Wie is 'de subsidieontvanger' in dit kader; kan dat slechts de aanvrager zijn of tellen rechtsvoorgangers ook mee?<sup>80</sup> Dat soort vraagstukken doet zich vaak voor bij nieuwe bepalingen, interessanter is de vaststelling dat uit de jurisprudentie blijkt dat de formulering van artikel 4:51 Awb niet aansluit bij de uitvoeringspraktijk. Daarin wordt een subsidierelatie doorgaans niet beëindigd door de afwijzing van een aanvraag voor een nieuw subsidiejaar (de situatie waarvan artikel 4:51 Awb uit gaat), maar kiezen bestuursorganen er voor om al in een zo vroeg mogelijk stadium aan te kondigen voornemens te zijn niet opnieuw subsidie te verstrekken. Dat heeft aanleiding gegeven tot de nodige technische jurisprudentie; aankondigingen hebben immers doorgaans geen rechtsgevolg en zijn dus in beginsel geen besluit. Voor het interessante rechtsvormende werk dat met name de Afdeling bestuursrechtspraak op dit vlak heeft verricht, verwijzen wij hier graag naar ander werk.<sup>81</sup> Hier is interessanter de vraag hoe de Afdeling bestuursrechtspraak artikel 4:51 Awb heeft ingevuld; welke

78. Zie bijv. al ARRvS 7 oktober 1977, AB 1978, 7 (Beëindiging subsidiëring operagezelschap Forum).

79. Zie bijv. ABRvS 22 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV6288, AB 2006, 378, m.nt. W. den Ouden (Bond van Plattelandsvrouwen).

80. Bijv. ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4820, AB 2007, 234, m.nt. W. den Ouden (Stichting Platform Surinaams Welzijnswerk Rotterdam).

81. W. den Ouden, De overgangssubsidie als smeerolie bij frictiekosten. Nadeelcompensatie bij de beëindiging van langdurige subsidierelaties, van langdurige subsidierelaties' in:

bescherming kan een subsidieontvanger aan dit geschreven vertrouwensbeginsel onttelen?

Die bescherming is beperkt, zo blijkt uit de jurisprudentie. De bestuursrechter stelt keer op keer dat het enkele feit dat het bestuursorgaan zijn beleid wil wijzigen, al dan niet genoodzaakt door bezuinigingsoverwegingen, voldoende is voor een besluit om niet verder te subsidiëren; daarvoor hoeven geen bijzondere of zwaarwegende gronden aan te worden gevoerd.<sup>82</sup> Dat past gezien het discretionaire karakter van de meeste subsidiebevoegdheden goed bij de aard van de relatie, zo menen wij. Interessanter is de vraag hoe concreet de ‘gewijzigde inzichten’ van de subsidieverstrekker waarop het beëindigingsbesluit is gebaseerd moeten zijn. Geredeneerd vanuit de gedachte dat met het beëindigingbesluit de redelijke termijn voor de subsidiënt gaat lopen – een ingrijpend rechtsgevolg dus – hadden wij het niet vreemd gevonden wanneer een dergelijk besluit alleen kan berusten op (nieuw) vastgesteld beleid. Dat zou als voordeel hebben gehad dat de bestuursrechter vervolgens ook een concreet handvat heeft om het beëindigingbesluit aan te toetsen. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde daar echter anders over: het voornemen om het beleid te wijzigen is voldoende.<sup>83</sup> Ook bij het bewaken van de redelijke termijn blijkt de bestuursrechter niet geneigd het bestuursorgaan snel te corrigeren: wat een redelijke termijn is dient te worden vastgesteld door de subsidiënt zelf, waarbij beoordelingsvrijheid bestaat. De toets van de bestuursrechter is op dat vlak terughoudend. Als toetsingsmaatstaf geldt het criterium dat de subsidieontvanger voldoende tijd moet krijgen om de maatregelen te nemen om de gevolgen van de beëindiging of vermindering op een behoorlijke wijze op te vangen, ook jegens derden.<sup>84</sup> Het gaat vooral om langlopende verplichtingen die in het bijzonder zijn aangegaan in verband met de bestaande subsidierelatie.<sup>85</sup> De verplichting om een redelijke termijn in acht te nemen gaat uitdrukkelijk niet zover dat moet zijn gegarandeerd dat de gesubsidieerde zijn activiteiten onverkort zal kunnen voortzetten, noch dat daarmee de levensvatbaarheid van de subsidie-

---

T. Barkhuysen, w. den Ouden, M.K.G. Tjepkema (red.), *‘Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek’*, Deventer: Kluwer. 536-555.

82. Aldus reeds ARRvS 21 maart 1985, tB/S III 605 (de Nieuwe Komedie) en daarna keer op keer herhaald met de formulering dat het bestuursorgaan op dit punt een ruime beleidsvrijheid toekomt (bijv. ABRvS 7 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX7048, ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7627, ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248, AB 2009, 369, m.nt. M. Nijhuis en W. den Ouden en ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8520, AB 2013, 127).
83. ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7627 (vgl. ook ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248, AB 2009, 369, m.nt. W. den Ouden).
84. Vgl. ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7627.
85. ABRvS 7 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX7048, r.o. 2.15.1.

ontvanger moet zijn gegarandeerd.<sup>86</sup> In de jurisprudentie zien we op deze basis ‘redelijke’ termijnen tussen de bekendmaking van het beëindigingsbesluit en het einde van het lopende subsidietijdvak geaccordeerd worden door de rechter die wij persoonlijk nogal en soms duidelijk te kort vinden.<sup>87</sup> Daarbij speelt ongetwijfeld een rol dat, hoewel de redelijke termijn pas gaat lopen op het moment dat het beëindigingsbesluit is bekend gemaakt, eerdere mededelingen van het bestuursorgaan of zelfs andere bestuursorganen van invloed kunnen zijn op de omvang van de redelijke termijn.<sup>88</sup> Al met al kan worden gesteld dat voormalige subsidieontvangers zelden succes hebben met hun beroep op art. 4:51 Awb, al zijn er uitzonderingen. Kennelijk bestaat er een grote discrepantie tussen wat ontvangers redelijk vinden en bestuursrechter (nog) rechtmatig.

Interessant is verder dat de bestuursrechter deze bepaling ziet als een codificatie van het vertrouwensbeginsel en bereid is deze ook buiten het directe reikwijdte van de bepaling toe te passen.<sup>89</sup> Dat geeft haar brede(re) bruikbaarheid weer. Artikel 4:50 en 4:51 Awb en de ervaringen die daarmee inmiddels zijn opgedaan kunnen daarmee van groot nut zijn voor de Awb-wetgever in de toekomst, bijvoorbeeld wanneer er zou worden gewerkt aan een regeling voor de intrekking van begunstigende beschikkingen, zoals eerder aangekondigd, of de algemene codificatie van het vertrouwensbeginsel. Of het zover komt moet worden afgewacht; de wetgever lijkt op dit moment weinig aandacht te hebben voor het verder bouwen aan de algemene regels van bestuursrecht.

## 9 Europese aspecten

Zoals hiervoor al aan de orde kwam blijken er in de praktijk van het subsidierecht ook onderwerpen belangrijk te zijn, waaraan de Awb-wetgever tijdens de totstandkoming van de subsidietitel in het geheel geen aandacht heeft besteed. Voor ons staat op dat lijstje de Europese dimensie van subsidieverstrekking met

---

86. Zie bijv. ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0095, AB 2006, 177 en ABRvS 7 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX7048.

87. Bijv. ABRvS 12 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6776, AB 2001, 335, m.nt. N. Verheij (Catalpa) en ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7627 (Stichting Spirit).

88. Bijv. ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7971, AB 2007, 235, m.nt. W. den Ouden (Stichting Volksuniversiteit Venray).

89. Zie ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8502, AB 2013, 128, m.nt. W. den Ouden en ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0700, AB 2013, 313, m.nt. H.F.T. Pennarts.

stip op nummer één. De Europese dimensie is, gezien de breedte en omvang van het Europese recht, nogal groot. Eerder bespraken wij al de discussie over het karakter van subsidiesancties; daarin speelt de vraag of de intrekking van subsidiebeschikkingen onder omstandigheden moet worden gezien als een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM, c.q. een strafrechtelijke procedure waarin de waarborgen gelden van art. 48-50 Handvest van de Grondrechten van de EU, natuurlijk een belangrijke rol.<sup>90</sup> Wij benoemen in deze paragraaf slechts kort wat blijkens de jurisprudentie de grootste EU vraagstukken en knelpunten zijn in de rechtspraak: de uitvoering van Europese subsidieregelingen door Nederlandse bestuursorganen en het staatssteunrecht.

Europese subsidies worden al sinds lang door Nederlandse bestuursorganen worden verstrekt aan Nederlandse ontvangers. De memorie van toelichting meldt op dit punt niet veel meer dan dat deze subsidies voor zover zij op een Europese verordening berusten, al zijn voorzien van een wettelijke grondslag en dat voor zover zij berusten op een 'programma', zij zijn uitgezonderd van de eis van een wettelijke grondslag in artikel 4:23, derde lid, sub b, Awb. Die uitzondering heeft overigens voor de nodige hoofdbreken gezorgd, zo kwam hiervoor al aan de orde. De Europese subsidieverordeningen bleken namelijk vaak niet de nodige bevoegdheden toe te delen aan Nederlandse bestuursorganen waardoor dan voor allerlei (al dan niet door de verordeningen vereiste) zaken (bijvoorbeeld een subsidieplafond, specifieke subsidieverplichtingen of de mogelijkheid om de subsidie per overeenkomst te verlenen) toch weer een Nederlandse regeling nodig was. Verder bleek dat de handhavingmogelijkheden die op grond van het Europese recht zijn vereist, zich maar heel lastig in de subsidietitel lieten wringen. Kort gezegd is duidelijk geworden dat het Europese en Nederlandse subsidierecht niet goed op elkaar aansluiten.<sup>91</sup> Het Europese recht gaat er vanuit dat er een gelijkwaardige relatie bestaat tussen de nationale uitvoeringsorganen en de subsidieontvanger; de laatsten kiezen er vrijwillig voor subsidie aan te vragen en zijn dus te behandelen als contractspartner.<sup>92</sup> De Awb-wetgever heeft in 1998 uitdrukkelijk gekozen voor de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuursorgaan en subsidieontvanger, vormgegeven in beschikkingen, met bijbehorende rechtsbescherming. Die twee verschillende uitgangspunten leiden tot andere conclusies

---

90. Richtinggevend voor het antwoord op die vraag: HvJEU 5 juni 2012, Case C-489/10 (Bonda), AB 2012/315, m.nt. Widdershoven. Uit dit arrest blijkt dat het Hof subsidiesancties in beginsel niet als criminal charge beschouwt.

91. Zie daarover uitgebreid J.E. van den Brink, *'De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen'*, Deventer: Kluwer 2013.

92. Zie recentelijk bijv. HvJ EU 5 juni 2012, zaak C -489/10, AB 2012, 315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

bijvoorbeeld als het aankomt op de vraag in welke gevallen subsidieontvangers een beroep kunnen doen op het vertrouwensbeginsel en welke rechtsvorm het meest geëigend is voor subsidievertrekking. Al met al zijn er veel geschillen over Europese subsidies uitgevochten voor de Nederlandse bestuursrechter, waarbij het wettelijk kader van de subsidietitel soms eerder voor meer dan minder problemen dan in het verleden heeft gezorgd. Die problemen zijn overigens niet uniek voor de subsidiepraktijk; waar sprake is van ‘gemengd bestuur’ zijn er vaak afstemmingsproblemen tussen Unierecht en nationaal recht. Nu de uitvoeringspraktijk van het Europese subsidierecht wel het ‘summum’ van gemengd bestuur wordt genoemd, is het geen wonder dat dit soort problemen zich juist hier ernstig doet gevoelen. Het wekt dan ook geen verbazing dat Van den Brink onlangs, op basis van uitvoerig onderzoek waarnaar wij hier graag verwijzen, heeft gepleit voor een Wet inzake Europese subsidies.<sup>93</sup> De achterliggende gedachte is dat op die manier kan worden aangesloten bij Awb-bepalingen waar dat zonder problemen kan, zodat eenheid zoveel mogelijk wordt gewaarborgd, maar tegelijkertijd kan worden voorkomen dat Awb-bepalingen omwille van Europeesrechtelijke verplichtingen zodanig dienen te worden ‘opgerekt’ dat zij feitelijk een andere betekenis krijgen, met alle rechtsonzekerheid van dien.

Het staatssteunrecht heeft de afgelopen 15 jaar tot vergelijkbare problemen gezorgd. In artikel 8 Kaderwet financiële verstrekkingen EZ was destijds al een uitdrukkelijke intrekingsgrond opgenomen voor het geval dat een verstrekte subsidie aan een onderneming onrechtmatige staatssteun bleek te vormen. De Awb-wetgever vond het niet voor de hand liggen dat ook in de subsidietitel te regelen. Dat zou niet goed mogelijk zijn, omdat iedere subsidieverstrekking weer anders is en niet steeds steunverlening inhoudt, en ook niet nodig zijn, omdat bestuursorganen wanneer nodig zich rechtstreeks op het staatssteunrecht zouden kunnen beroepen.<sup>94</sup> Ook deze gedachte bleek te optimistisch. Verschillende problemen deden zich voor die wij hier niet allemaal kunnen bespreken.<sup>95</sup> Een belangrijk knelpunt deed zich gevoelen bij de vraag of staatssteun verstrekt in de vorm van subsidies ook bij andere partijen dan de subsidieontvanger door verstreckende bestuursorganen mochten worden teruggevorderd als zij de uiteindelijke begunstigten bleken te zijn. Dat was bijvoorbeeld het geval bij de

---

93. Zie J.E. van den Brink, *‘De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen’*, Deventer: Kluwer 2013.

94. Kamerstukken II 1003/94, 23 700, p. 28-29.

95. Daarvoor verwijzen wij naar P.C. Adriaanse en J.R. van Angeren, ‘De Awb en staatssteunvragen’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *‘Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb’*, Den Haag: BJu 2010, pp. 669-686.



oliemaatschappijen die door private contracten de voordelen voelden van de eerder genoemde ‘subsidiën’ verstrekt aan pomphouders in de grensstreek.<sup>96</sup> Ook de vraag of rente mocht worden gegeven over de teruggevorderde subsidiegelden over de periode dat deze (onrechtmatig) bij de ontvanger hebben verbleven, was lastig. Op grond van het staatssteunrecht is vereist dat de onrechtmatige steun inclusief (een op Europees niveau vastgelegde) rente wordt teruggevorderd bij de begunstigde om zo de marktsituatie te herstellen. Het is echter vaste Nederlandse jurisprudentie dat een rentevordering per besluit dient te berusten op een expliciete wettelijke grondslag en die biedt de subsidietitel niet.<sup>97</sup> Die twee verschillende uitgangspunten kwamen tot een pijnlijke botsing in de zogenaamde BPM zaak, waarin de Europese Commissie de terugvordering had gelast van subsidiën verstrekt aan producenten van kunstmest, waarna de Afdeling bestuursrecht spraak vaststelde dat een rentevordering op grond van het publiekrecht in dit geval niet mogelijk was.<sup>98</sup> Dat leidde zelfs tot een infractieprocedure tegen Nederland, met als grondslag het verwijt dat het in Nederland niet goed mogelijk zou zijn het staatssteunrecht effectief ten uitvoer te leggen.

Deze gebeurtenissen leidden uiteindelijk tot het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun, waarin belangrijke wijzigingen in de Awb worden voorgesteld.<sup>99</sup> Dit wetsvoorstel ligt al sinds 2008 ter behandeling in de Tweede Kamer. Dat lijkt er opnieuw op te wijzen dat de Europese aspecten van het (subsidie)recht niet tot de prioriteiten van de Awb-wetgever behoren.

## 10 Uitvoeringslasten en Uniform Subsidiekader

Hoewel de inwerkingtreding van de subsidietitel tot gevolg had dat allerlei juridische aspecten van de subsidieverhouding voortaan op een – min of meer – uniforme wijze geregeld waren, bleven er op het gebied van de uitvoering van subsidieregelingen (belangrijke) verschillen bestaan tussen bestuursorganen. Deze verschillen

96. HvJ EG 13 juni 2002, AB 2002, 248, m.nt. F.H. van der Burg.

97. ABRvS 21 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2335, AB 1996, 496, m.nt. N. Verheij.

98. ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden en M&M 2006, p. 93-96, m.nt. J.R. van Angeren.

99. Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nrs. 1-3. Zie verder P.C. Adriaanse en W. den Ouden, ‘Effectueren van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun’, *NTB* 2008, p. 304 e.v.

leidden niet alleen tot vaak hoge uitvoeringslasten voor de overheid,<sup>100</sup> maar ook tot (soms onnodige) administratieve lasten voor justitiabelen. Zo moest het Leger des Heils, een landelijk werkende instelling die met verschillende subsidieverstrekende overheden te maken heeft, wel 25 jaarrekeningen laten opstellen vanwege de verschillende eisen van de verschillende subsidieverstrekkers.<sup>101</sup> In 2007 besloot het toenmalige kabinet dat de rijksoverheid kleiner en efficiënter moest worden en dat dat onder meer zou kunnen worden bereikt door de uniformering en vereenvoudiging van de uitvoering van het subsidiebeleid, opdat de uitvoerings- en administratieve lasten zouden verminderen.<sup>102</sup> Dit voornemen heeft geresulteerd in twee “producten”: het zgn. uniform subsidiekader, een beleidstuk waarin maatregelen voor een eenvoudiger beheer en uitvoering van subsidies werden beschreven en een regeling van de Minister-President waarin bepaalde onderdelen van het uniform subsidiekader zijn uitgewerkt.<sup>103</sup> Deze “Aanwijzingen voor subsidieverstrekking” hebben een status die het best te vergelijken is met die van de Aanwijzingen voor de regelgeving; zoals opstellers van wet- en regelgeving rekening moeten houden met de Aanwijzingen voor de regelgeving, zo moeten opstellers van subsidieregelingen rekening houden met de Aanwijzingen voor subsidieverstrekking.<sup>104</sup>

Hoe moet die vermindering van uitvoeringslasten en administratieve lasten volgens de Aanwijzingen worden bereikt? Kort gezegd, bevatten de Aanwijzingen daarvoor drie soorten maatregelen. Ten eerste moeten subsidies worden ingedeeld in kleine, middelgrote en grote subsidies.<sup>105</sup> Aan de ontvangers van kleinere subsidies mogen op het gebied van de verantwoording minder eisen worden gesteld dan aan de ontvangers van middelgrote subsidies en aan de ontvangers van middelgrote subsidies mogen op hun beurt minder eisen worden gesteld dan aan de ontvangers van grote subsidies. Een tweede maatregel die moet bijdragen aan de beoogde lastenreductie is de uniformering en de vereenvoudiging van

---

100. Soms wel tot 30% van het beschikbare subsidiebudget. Zie hierover de toelichting bij de Aanwijzingen voor subsidieverstrekking (Stcrt. 2009, nr. 20306).

101. Kamerstukken II 2008/09, 31 865 en 31 031, nr. 5, p. 10.

102. Kamerstukken II, 2007/08, 31 031/29 949, nr. 19, p. 1.

103. Stcrt. 2009, nr. 20306. De Aanwijzingen zijn in werking getreden op 1 januari 2010 en er gold een overgangperiode tot 1 januari 2012 zodat de betrokken ministeries hun subsidieregelingen konden aanpassen.

104. Hoewel de ‘Aanwijzingen voor subsidieverstrekking’ gelden voor de opstellers van rijkssubdieregelingen, hebben zij een verdergaande betekenis gekregen. Zo heeft de VNG in haar modellsubsidieverordening elementen van het uniforme subsidiekader overgenomen.

105. Volgens de Aanwijzingen zijn subsidies beneden € 25.000 klein, subsidies tussen € 25.000 en € 125.000 middelgroot en subsidies boven € 125.000 groot.

begrippen, termijnen, bevoorschottingsregels en de berekeningswijze van uurtarieven. De derde categorie van maatregelen heeft betrekking op het tegengaan van subsidiemisbruik. Zo moet bij het opstellen van een subsidieregeling een risicoanalyse worden uitgevoerd (en vastgelegd) en moet het bestuursorgaan geconstateerd misbruik van de subsidieregeling registreren.<sup>106</sup> Bij deze derde categorie maatregelen valt op dat het kader alleen betrekking heeft op herstelsancties. Er is dus (nog) geen relatie met de hiervoor al genoemde Wet bestuurlijke boete meldingsplichten door ministers verstrekte subsidies.

De werking van de Aanwijzingen wordt gemonitord door de Minister van Financiën (in samenwerking met de betrokken ministeries). Zeer onlangs is er een eerste evaluatie van de Aanwijzingen naar de Tweede Kamer gestuurd.<sup>107</sup> Uit die rapportage komt naar voren dat alle departementale subsidieregelingen inmiddels zijn aangepast en dat de meeste subsidies volgens het USK worden verstrekt. Het gedeelte van de rapportage over de ervaringen met het uniforme subsidiekader en de Aanwijzingen voor subsidieverstreking, heeft betrekking op de ervaringen van de ministeries. Deze ervaringen zijn overwegend positief. Wat de ervaringen van subsidieontvangers zijn, kan niet uit de rapportage worden afgeleid. Volgens de opstellers van de rapportage was het nog te vroeg om dit te onderzoeken. Ministeries zijn zich wel bewuster geworden van de noodzaak van risicobeheersing, maar de risico-analyse wordt nog te weinig expliciet vastgelegd. Voor wat betreft de vraag hoe het sanctie-instrumentarium werkt, vermeldt de rapportage dat “de sancties in het USK door de departementen worden toegepast en dat departementen ernstige onregelmatigheden registreren”.<sup>108</sup> Zoals gezegd bevat het uniforme subsidiekader zelf geen (nieuwe) sanctie-instrumenten. Het begrip sanctie moet in dit verband dus beperkt worden uitgelegd; bij subsidies worden in beginsel<sup>109</sup> alleen herstelsancties opgelegd.<sup>110</sup> In het uniforme subsidiekader is

---

106. Zie hierover verder hoofdstuk 3 van Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011..

107. Brief van 12 augustus 2013, Kamerstukken 2012/13, 31 865, nr. 52.

108. Monitoringsrapportage USK, p. 10.

109. Wij schrijven “in beginsel” omdat er bepaalde Europese subsidies zijn waarbij wel met punitieve sancties wordt gewerkt. Het voert te ver om daar nu dieper op in te gaan, zeker omdat het uniforme subsidiekader en de ‘Aanwijzingen voor subsidies’ niet van toepassing zijn op Europese subsidies.

110. Op p. 11 van de monitoringsrapportage USK staat: “Verder blijkt dat beleidsmedewerkers er eerder voor kiezen om bijvoorbeeld tussentijds beschikkingen aan te passen, dan dat ze sancties opleggen.” Het “tussentijds aanpassen van beschikkingen” kan in dit verband moeilijk anders worden opgevat dan als het “wijzigen ten nadele van de ontvanger” (zie afd. 4.2.6 Awb). Beschikkingen waarin dergelijke wijzigingen worden vervat, volgen doorgaans als sanctie op verwijtbaar gedrag van de ontvanger, zoals het niet voldoen aan subsidieverplichtingen.

“slechts” ingegaan op de wettelijke mogelijkheden die er al waren om toezicht te houden en zo nodig handhavend op te treden. Daarnaast is er beleid geformuleerd over het inzetten van die mogelijkheden, zodat bestuursorganen zoveel mogelijk hetzelfde handelen bij het toezicht houden en handhaven. Zo is bijvoorbeeld uiteengezet dat het de bedoeling is dat niet meer bij alle subsidieontvangers wordt gecontroleerd of ze zich aan de subsidieverplichtingen houden, maar dat er steekproeven worden gehouden.

Deze paragraaf laat zien dat de harmonisatie van subsidieregels die heeft plaatsgevonden in de subsidietitel, jaren later een vervolg gekregen in een (beperkte, maar zeker niet onbelangrijke) harmonisatie van beleid. Het accent ligt daarbij op vermindering van administratieve lasten en op handhaving. Interessant is de vraag of dat verschijnsel, harmonisering van beleid, zich vaker voordoet als gevolg van of ten minste volgend op Awb-wetgeving.

## 11 Horizonbepaling en evaluatie van subsidieregelingen

De Aanwijzingen voor subsidieverstrekking zijn per 1 juli 2012 aangevuld met een artikel waarin opstellers van subsidieregelingen wordt bevolen om in subsidieregelingen steeds een horizonbepaling op te nemen. De Tweede Kamer dringt er al jaren op aan dat subsidieregelingen voortaan standaard worden voorzien van een einddatum.<sup>111</sup> De reden hiervoor is dat “een periodieke heroverweging van nut en noodzaak van subsidieregelingen past (...) in het huidige tijdsgewricht. Een wettelijke horizonbepaling vergroot, zoals de Kamer dat wenst, de betrokkenheid van de Kamer bij de instelling en voortzetting van een subsidieregeling, en dus bij een periodieke heroverweging daarvan.”<sup>112</sup>

Het is de bedoeling dat deze horizonbepaling uiteindelijk in de Comptabiliteitswet wordt opgenomen. Deze wet wordt thans gemoderniseerd en herzien en omdat inwerkingtreding ervan daardoor nog wel even op zich kan laten wachten, maar ook omdat het kabinet snel tegemoet wilde komen aan deze wens van de Tweede Kamer, is besloten om de horizonbepaling alvast, tijdelijk in de Aanwijzingen voor subsidieverstrekking op te nemen. Daarin is nu geregeld dat in subsidieregelingen een tijdstip moet staan waarop die regeling vervalt. Dat tijdstip mag maximaal vijf

---

111. Kamerstukken II 2003/04, 29 200, nr. 40 (Motie Van As), Kamerstukken II 2011/12, 33 034, nr. 8, p. 1.

112. Kamerstukken II 2011/12, 33 034, nr. 8, p. 1.

jaar na de datum van inwerkingtreding liggen.<sup>113</sup> Onder een subsidieregeling wordt in dit verband verstaan “een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling op grond waarvan een concrete subsidieverlening kan plaatsvinden” (Aanwijzing 6A, eerste lid). Dit betekent dus dat subsidiewetten (zoals de kaderwetten) niet van een horizonbepaling hoeven te worden voorzien.

Als het de bedoeling is dat de te vervallen regeling wordt voortgezet, of, wanneer nadat de regeling is vervallen, nagenoeg dezelfde activiteiten opnieuw worden gesubsidieerd (op grond van een nieuwe regeling die inhoudelijk nauwelijks afwijkt van de vorige), dan wordt een – van een motivering voorzien – ontwerp van de nieuwe regeling voorgehangen bij de Tweede Kamer. De Kamer krijgt daarna vier weken de gelegenheid op opmerkingen te maken en met de betrokken bewindspersoon van gedachten te wisselen.

Hoe de regeling er precies uit komt te zien als zij straks in de herziene Comptabiliteitswet wordt opgenomen, valt nog niet te voorzien. Het wordt in ieder geval interessant om te volgen hoe dit voorschrift in de praktijk gaat uitwerken. Vooropgesteld zij dat ook wij menen dat het goed is om van tijd tot tijd te bezien of een subsidieregeling nog nodig is. Het doel van de subsidieregeling kan inmiddels immers zijn bereikt. Ook kan in de loop der tijd duidelijk worden dat het doel van de subsidie niet is bereikt en ook niet zal worden bereikt of dat er ongewenste neveneffecten zijn opgetreden. Stoppen met subsidiëren ligt dan voor de hand. Deze redenering lag ook ten grondslag aan de beslissing van de wetgever om in de subsidietitel te bepalen dat subsidieregelingen periodiek moesten worden geëvalueerd (artikel 4:24 Awb).<sup>114</sup> Opvallend is wel dat bij de voorbereiding van de subsidietitel expliciet is ingegaan op de keuze tussen een evaluatiebepaling en een horizonbepaling. In de toelichting op Aanwijzing 6A wordt aan deze kwestie echter geen woord vuil maakt. Daardoor is de verhouding van een horizonbepaling tot de evaluatieplicht onduidelijk.

Het lijkt ons raadzaam dat bij de voorbereiding van de horizonbepaling voor subsidies in de Comptabiliteitswet rekening wordt gehouden met het feit dat subsidies niet alleen worden verstrekt voor kortlopende projecten, maar ook voor uit maatschappelijk oogpunt essentiële voorzieningen, waarvan bij voorbaat vaststaat dat zij voor lange of onbepaalde tijd moeten worden gehandhaafd, zoals jeugdhulpverlening en onderwijs. In de memorie van toelichting bij artikel 4:24 Awb is

---

113. Op grond van het vijfde lid van Aanwijzing 6A kan de termijn ook langer zijn, maar dan moet de ontwerp-regeling worden voorgehangen bij de Tweede Kamer zodat deze in de gelegenheid is om opmerkingen te maken en daarover met de betrokken bewindspersoon van gedachten te wisselen (zie aanwijzing 36 Ar).

114. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 203-204.

destijds uitdrukkelijk aandacht gevraagd voor dergelijke subsidies. Aangezien er nog steeds subsidies worden verstrekt voor “uit maatschappelijk oogpunt essentiële voorzieningen” is er alle reden hier rekening mee te houden en niet rigoueus voor alle subsidies een horizonbepaling in te voeren.<sup>115</sup> Verder moet bij het vervallen van regelingen goed worden nagedacht over de verhouding tot het bepaalde in artikel 4:51 Awb, waarin langdurige subsidiërelaties juist worden beschermd.

Hoewel het veelvuldig tot stand brengen van verlengingswetten, ook wanneer de noodzaak van voortzetting van de subsidiëring niet ter discussie staat, een ondoelmatige inzet van wetgevingscapaciteit oplevert,<sup>116</sup> biedt de subsidietitel hiervoor een “uitweg”: een optie die geen wetgevingscapaciteit vergt en die dus zomaar heel aantrekkelijk zou kunnen blijken in de praktijk. Bestuursorganen zouden vaker hun toevlucht kunnen nemen tot de mogelijkheid om de subsidie in de vorm van een begrotingssubsidie te verlenen. Op grond van artikel 4:23 Awb is er dan immers geen wettelijke grondslag vereist. De enige eisen zijn dat de naam van de ontvanger en het subsidiebedrag op de begroting van het bestuursorgaan of de toelichting daarop worden opgenomen, zodat democratische controle mogelijk blijft. Wij zouden dit geen goede ontwikkeling vinden; het zou een stap terug zijn in de richting van het ongeregelde en ondoorzichtige subsidiebeleid van voor titel 4.2 Awb.

Subsidieverlenende bestuursorganen die dergelijke van een vervaltermijn voorziene subsidieregelingen uitvoeren, hebben er ook een paar praktische klusjes bij gekregen. Zo zal men moeten organiseren dat er op tijd “een belletje gaat rinkelen”. Alleen dan kan er tijdig worden nagedacht over de vraag of de subsidie-regeling moet worden voortgezet. Als het antwoord op die vraag bevestigend is, volgt de praktische gang van zaken: het verlengingsvoorstel voorbereiden en in procedure brengen en dat alles tijdig voor de vervaldatum.<sup>117</sup> Het lijkt ons dat het laatste woord over dit onderwerp nog niet is gesproken. In ieder geval is de vraag gerechtvaardigd hoe de voordelen van een vervaltermijn zich verhouden tot de daarmee gepaard gaande administratieve lasten.<sup>118</sup>

---

115. Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 204.

116. Zie ook Parlementaire Geschiedenis Awb III, p. 204.

117. Onnodig om te zeggen wellicht, maar als de verlengingsregeling onverhoopt te laat gereed mocht zijn, is de subsidieregeling wel vervallen. Bestuursorganen die desondanks subsidie verlenen handelen in strijd met artikel 4:23 Awb. In paragraaf 4 schreven wij dat de bestuursrechter in dergelijke gevallen het subsidiebesluit gewoon toetst. Het is dan wel te hopen voor de subsidieontvanger dat niet een derde-belanghebbende beroep heeft ingesteld, want dan kan het nog wel eens slecht voor hem aflopen.

118. Inmiddels hebben we de eerste subsidieregelingen gezien waarin op basis van Aanwijzing 6A een horizonbepaling is opgenomen. In een aantal gevallen is daarin

## 12 Slotbeschouwing

Aan het begin van dit artikel gaven wij aan te willen nagaan welke onderwerpen en vraagstukken op het terrein van het subsidierecht vijftien jaar geleden belangrijk waren, welke de afgelopen vijftien jaren belangrijk zijn geworden en welke naar ons idee in de nabije toekomst belangrijk zullen worden of blijven. Zonder de eerdere bevindingen uitgebreid te herhalen, kunnen we aan het eind van dit artikel constateren dat er de afgelopen 15 jaar veel is gebeurd op subsidiegebied. Sommige onderwerpen waarvan de wetgever voor 1998 dacht dat ze belangrijk waren, hebben na de inwerkingtreding van de subsidietitel nauwelijks aandacht meer gekregen, althans in de jurisprudentie (zoals de wettelijke grondslag en de uitvoeringsovereenkomst van art. 4:36 Awb), terwijl andere aanleiding bleven geven tot discussie (zoals de wenselijkheid van uitzonderingen in bijzondere wetgeving, verdeelsystematiek en het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidieregelingen). Wij denken dat de inwerkingtreding van de subsidietitel per 1 januari 1998 ertoe heeft geleid dat er in de chaos van het subsidierecht op belangrijke punten orde is geschapen. De wetgever heeft – meer dan in Awb-regelingen over andere onderwerpen – daadkrachtig geordend, keuzes gemaakt en knopen doorgehakt. Maar uit deze bijdrage wordt ook duidelijk dat het voor de wetgever niet altijd eenvoudig is te voorzien welke onderwerpen van algemeen bestuursrecht voor de rechtspraak belangrijk zullen blijken te zijn, hoe de werking van sommige bepalingen in de praktijk uitpakt en of er behoefte zal bestaan aan nadere regels of regels over andere onderwerpen.

Uit de eerste evaluatie van de subsidietitel in 2001 bleek al dat de invoering van de subsidietitel, ondanks de omvang en complexiteit ervan, zonder noemens-

---

bepaald dat de regeling vervalt met ingang van een bepaalde datum; zie bijv. art. 10 Regeling subsidie regionale expertisecentra in verband met de pakketmaatregel AWBZ 2009. Als er op de vervaldatum geen lopende subsidieverhoudingen (kunnen) zijn is dit een goed bruikbare bepaling. Kunnen er op die datum wel lopende subsidieverhoudingen zijn, dan verdient aanbeveling daar expliciet rekening mee te houden zodat deze subsidieverhoudingen ordentelijk kunnen worden afgerond (bijv. “Deze regeling vervalt met ingang van XX-XX-20XX, met dien verstande dat zij van toepassing blijft op de subsidies die voor die datum zijn verleend”). Er dient wel rekening mee te worden gehouden dat deze regelingen na de vervaldatum lastiger terug te vinden zijn in databanken (men moet namelijk op het idee komen om ook in de vervallen regelingen te gaan zoeken). Voorbeelden van regelingen waarin op de hiervoor vermelde wijze rekening is gehouden met op de vervaldatum bestaande subsidieverhoudingen zijn: art. 16 Subsidieregeling Fietsersbond 2013 en art. 16 Subsidieregeling gesloten jeugdzorg 2013/2014.

waardige problemen is verlopen.<sup>119</sup> Wel bleek uit diezelfde evaluatie dat de praktijk het subsidierecht ingewikkelder vond geworden. Dat kwam met name door het gelaagde karakter van de regelgeving: de Awb heeft zelf al een gelaagde structuur en daarbij kwam dan ook nog eens de gelaagdheid van de subsidietitel, in combinatie met bijzondere subsidieregeling. De bijzondere regelgeving bestaat vervolgens vaak ook nog uit verschillende niveaus en ook in de subsidiebeschikking zelf vindt men vaak nog bepalingen die de rechtspositie van subsidieontvangers bepalen. Dit gelaagde systeem, afgezet tegen de situatie vroeger waarin alle voor een subsidierelatie relevante regels in één wettelijke regeling te vinden waren, vraagt inderdaad meer van mensen die niet dagelijks met subsidierecht te maken hebben (waarvan er naar onze indruk velen zijn in de uitvoeringspraktijk). Hier staat echter tegenover dat onder andere de harmonisatie van de begrippen, de algemene verstrekkingssystematiek, de codificatie van intrekking- en wijzigingsgronden en de schadevergoedingsbepalingen van artikel 4:50 en 4:51 Awb, voor rechtstoepassers zoals bestuursorganen, rechtshulpverleners, rechters, wetenschappers en de (lagere) wetgever ook belangrijke voordelen heeft opgeleverd. De algemene regels zorgen ervoor dat het subsidierecht als geheel een rechtsgebied is geworden dat in samenhang kan worden bestudeerd. Daarvan wordt geprofiteerd bij maken van nieuwe subsidieregelingen en het behandelen van subsidiegeschillen.<sup>120</sup> Dit komt uiteindelijk de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid ten goede. Een opvallende ontwikkeling die wij in dit kader ook willen signaleren is dat de juridische harmonisatie die in titel 4.2 vorm heeft gekregen, de afgelopen jaren is gevolgd door harmonisatie van subsidiebeleid op rijksniveau. Daarbij gaat het om algemene onderwerpen van het subsidiebeleid. Afgesproken is bijvoorbeeld dat in rijkssubsidierelating voortaan dezelfde beslistermijnen worden gebruikt, dat uniforme begrippen worden gehanteerd en dat misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidies op een uniforme wijze worden aangepakt. Naar onze mening is de totstandkoming van titel 4.2 een belangrijke factor geweest voor deze ontwikkeling. Door de subsidietitel en de op grond daarvan tot stand gebrachte bijzondere subsidieregeling kon veel beter dan voorheen aan het licht komen dat de verschillende bestuursorganen op rijksniveau bij de totstandkoming van subsidierelating en –beleid in veel gevallen voor dezelfde vraagstukken een oplossing

---

119. Zie K.M. Westra & W. den Ouden, *Algemeen bestuursrecht 2001: Subsidies*, Den Haag 2001.

120. Deze voordelen gelden niet alleen voor het subsidierecht, maar in zijn algemeenheid voor de gehele Awb. Zie hierover B.J. Schueler, 'De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Bju 2010.



moeten vinden. Dat men is overgegaan tot bundeling van de krachten verbaast ons dan ook niet. Ook op decentraal niveau is een dergelijke ontwikkeling waar te nemen.<sup>121</sup>

Ondanks het feit dat de systematisering en harmonisering waarin titel 4.2 heeft voorzien, belangrijke voordelen biedt, hebben we in deze bijdrage ook laten zien dat de neiging tot het maken van uitzonderingen in de praktijk groot is. Dit geldt niet alleen voor bijzondere wetgever, maar ook voor de Awb-wetgever zelf. De uitzonderingen die in 1998 voor fiscale en onderwijssubsidies zijn gemaakt, illustreren dit verschijnsel. Ook wordt er in de bijzondere wetgeving vrolijk afgeweken en worden er aanvullende wetten gemaakt over het subsidierecht die om onduidelijke reden, weer geen plaats krijgen in de Awb. Dit valt waarschijnlijk niet te voorkomen; ten slotte is de Awb ook maar een 'gewone' formele wet.

Of het gesystematiseerde en geharmoniseerde subsidierecht heeft geleid tot een doelmatiger subsidiebeleid dat minder geld kost (dit waren ten tijde van de voorbereiding en inwerkingtreding van titel 4.2 ten slotte ook belangrijke doelstellingen), wagen wij te betwijfelen. De Algemene Rekenkamer heeft erop gewezen dat subsidieregelingen veelal niet worden geëvalueerd. Als ze wel zijn onderworpen aan een evaluatie, dan is er in de meeste gevallen niet naar effectiviteit gekeken. Besteedt de evaluatie daaraan wel aandacht, dan gebeurt dat zelden op een deugdelijke manier; de evaluaties maken doorgaans niet duidelijk of de subsidies effectief zijn of niet.<sup>122</sup> Een ander aspect betreft de kosten die gemoeid zijn met subsidieverstrekking. In het Financieel Jaarverslag van het Rijk 2006 kondigde de Minister van Financiën aan de uitvoeringslasten voor subsidieverstrekking en de administratieve lasten voor subsidieontvangers te willen reduceren. Deze lasten waren, zo schreef hij, hoog en bedroegen soms wel 20% van het beschikbare subsidiebedrag.<sup>123</sup> Ter uitvoering van dit voornemen hebben verschillende stukken het licht gezien, bijv. de Nota "Kader financieel beheer Rijkssubsidies" (USK), de Aanwijzingen voor subsidieverstrekking en de beleidsnota Raamwerk voor uitvoering van subsidies. Over de concrete resultaten in termen van vermindering van kosten is, voor zover wij weten, nog niets bekend.

---

121. Bijv. het werkprogramma "Subsidie zonder moeite" dat in opdracht van het ministerie van BZK en de VNG en in samenwerking tussen gemeenten is ontwikkeld. Doel is vermindering van de administratieve en bestuurlijke lasten en verbetering van de dienstverlening. Te bereiken via [www.vng.nl](http://www.vng.nl).

122. Algemene Rekenkamer, *Leren van subsidie-evaluaties*, 2011, p. 10 (uit het onderzoek blijkt dat in de periode 2005-2009 81 van de 633 onderzochte subsidieregelingen zijn geëvalueerd).

123. Kamerstukken II, 2007/08, 31 031 en 29 949, nr. 19, p. 6.

Voorts is beslist opvallend dat de wetgever Europese aspecten tot nu toe niet graag lijkt te verwerken in de algemene regels van bestuursrecht, althans niet in de subsidietitel. Ook nadat problemen waren gebleken, zowel op het gebied van staatssteun als op het gebied van het verstrekken van Europese subsidies door Nederlandse bestuursorganen, wordt er niet hard getrokken aan wetgeving die die problemen moet oplossen. Dat leidt er in sommige gevallen toe dat de bestuursrechter bepalingen van de Awb zodanig moet 'oprekken' om Europeesrechtelijke verplichtingen te voldoen, dat weinig recht meer wordt gedaan aan de bedoeling die de Awb-wetgever had met die bepalingen.

Tot slot kunnen we constateren dat de subsidietitel over een aantal meer algemene bestuursrechtelijke onderwerpen al een (specifieke op subsidiërelaties toegesneden) regeling bevat die op termijn een basis zou kunnen vormen voor meer algemene codificatie. Gedacht kan worden aan een regeling van het vertrouwensbeginsel of over de intrekking en wijziging van beschikkingen. Al in het voorontwerp voor de eerste tranche Awb schreef de Commissie Warb dat het wenselijk was het laatstgenoemde onderwerp in de Awb te regelen.<sup>124</sup> Tot nu toe is het daar echter niet van gekomen. Toch zagen wij in paragraaf 8 van deze bijdrage dat de bestuursrechter inmiddels bereid is bijvoorbeeld artikel 4:51 Awb (inzake het vertrouwensbeginsel) breder toe te passen. Die jurisprudentie illustreert harmoniserende activiteiten van de bestuursrechter over de band van Awb-bepalingen. De systematisering en harmonisering van subsidierecht heeft naar onze mening dus veel positieve effecten gehad. Aan de daarop gevolgde harmonisatie van beleid zien we voorlopig nog geen einde komen en dat lijkt ons een goede, want efficiënte ontwikkeling. Op het vlak van onderzoek naar de effecten van subsidies moet naar onze mening wel veel meer gebeuren. Om verstandige beslissingen te kunnen nemen, zeker in deze financieel zware tijd, is het noodzakelijk te weten of en hoe subsidieregelingen werken. Ook de wetgever moet aan de slag: problemen met het Europese recht moeten worden opgelost en de onderwerpen die inmiddels voor codificatie in aanmerking komen kunnen ter hand worden genomen. Aparte (algemene) subsidiëwetten die tot stand zijn gekomen moeten worden beoordeeld op hun geschiktheid voor opname in de Awb, het is niet genoeg dat harmonisatie 15 jaar gelden met de inwerkingtreding van titel 4.2 Awb is bewerkstelligd. De op die wijze bereikte eenheid van subsidierecht dient ook te worden bewaakt en bewaard, zodat het subsidierecht over 15 jaar nog steeds coherent en hopelijk nog efficiënter is.

---

124. Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, eerste deel, Den Haag 1987, p. II.



# Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb

*Albertjan Tollenaar (peer reviewed)*

## Samenvatting

De codificatie van de beleidsregel in de Awb is gebaseerd op de veronderstelling dat bestuursorganen hun beleid vaststellen in beleidsregels en dat rechters aan beleidsregels zullen toetsen. De keuzes van de wetgever hebben echter ook enkele neveneffecten, bijvoorbeeld ten aanzien van onbevoegd vastgestelde beleidsregels, of beleidsregels die gebreken tonen. In dit artikel wordt nagegaan in welke mate de beoogde doelen zijn bereikt en of de veronderstelde neveneffecten zich voordoen. Geconcludeerd wordt dat bestuursorganen inderdaad in toenemende mate beleidsregels vaststellen, maar dat deze niet altijd voldoen aan de normen die daaraan worden gesteld. De rechter lijkt ook in toenemende mate aan beleidsregels te toetsen. Weliswaar heeft de codificatie geleid tot een toenemende complicatie, maar dat lijkt voor de rechter niet zoveel uit te maken. Voor de rechterlijke toets draait het om het individuele besluit, waarbij de aard van de toegepaste regel minder van belang is.

## 1 Inleiding

De Algemene wet bestuursrecht kent vier doelstellingen: bevorderen van eenheid binnen administratieve wetgeving, systematiseren en vereenvoudigen van bestuursrechtelijke wetgeving, codificeren van hetgeen in de jurisprudentie is bepaald en ten slotte het treffen van algemene voorzieningen die zich naar hun aard niet lenen voor regeling in een bijzondere wet.<sup>1</sup> Met deze doelstellingen voor

---

1. PGAWb I, p. 19 e.v.

ogen heeft de wetgever een omvangrijk stelsel met regels en voorschriften omtrent de bestuursrechtelijke rechtsbescherming ontwikkeld. Enigszins in de schaduw daarvan bevat de Algemene wet bestuursrecht ook regels en normen over de fase die daaraan voorafgaat: van het algemene verkeer tussen burger en bestuur en de primaire besluitvorming, inclusief enkele bijzondere besluiten.

Het onderwerp van deze bijdrage betreft één van deze bijzondere besluiten: de beleidsregel. In vijf artikelen regelt de Awb-wetgever de bevoegdheid voor het vaststellen van beleidsregels en de wijze waarop een beleidsregel in de primaire besluitvorming kan worden gebruikt.<sup>2</sup> De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of de codificatie van de beleidsregel in de Awb, gelet op de doelstellingen, een succes genoemd kan worden.

Naar deze vraag is in 2001 voor het eerst onderzoek gedaan bij gelegenheid van de tweede evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht.<sup>3</sup> De onderzoekers constateren in hun eindrapport dat het betrekkelijk korte tijdsbestek tussen de inwerkingtreding van de artikelen en het onderzoek, het lastig maakte om een eventueel succes goed te meten.<sup>4</sup> Nu, 15 jaar na de inwerkingtreding van de derde tranche, valt er wellicht iets meer te zeggen over het succes van de codificatie, zo mogelijk met kwantitatieve gegevens.

Voor het beantwoorden van de centrale vraag moet vooraf duidelijkheid worden geboden op drie onderdelen. In de eerste plaats is dat de vraag wanneer men eigenlijk kan spreken van een succes van de codificatie. Deze vraag komt in paragraaf 2 aan de orde. Vervolgens wordt in paragraaf 3 nagegaan met welke keuzes de wetgever had gedacht dit succes te bereiken. De combinatie van beide onderdelen leidt tot de derde deelvraag: hoe kan het succes van de codificatie worden vastgesteld? Deze vraag komt aan de orde in paragraaf 4 en leidt tot een reconstructie van de beleidstheorie, waarbij het door de wetgever gewenste effecten worden afgezet tegen mogelijke neveneffecten van de codificatie. In paragraaf 5 en 6 wordt vervolgens aan de hand van empirische gegevens vastgesteld in hoeverre de codificatie een succes is geworden. Het artikel rondt in paragraaf 7 af met enkele conclusies waarin de centrale vraag wordt beantwoord.

- 
2. De artikelen zijn art. 1:3 lid 4, en art. 4:81 t/m art. 4:84 Awb.
  3. Het verslag van het onderzoek is te vinden in J.E. Valenteijn & H.E. Bröring, *Algemeen bestuursrecht 2001: Beleidsregels*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2001.
  4. De onderzoekers kwalificeren hun onderzoek als 'kwalitatief' en 'verkennd'. Zie: Valenteijn & Bröring 2001, p. 12 en p. 157.

## 2 Beoogd succes van codificatie

De Memorie van Toelichting van de derde tranche kent ronkende formuleringen waarmee de codificatie van de beleidsregel in de Algemene wet bestuursrecht wordt gerechtvaardigd:

‘Beleidsregels zijn in de laatste twee decennia in het bestuursrecht van enorme betekenis geworden. Het is hier de jurisprudentie die de ware betekenis van deze rechtsfiguur tot nu toe bepaalt. In de indeling van de Algemene wet bestuursrecht, zoals die in de toelichting bij de eerste tranche werd gepresenteerd, was echter reeds voorzien in een titel over beleidsregels. De wenselijkheid daarvan vloeit voort uit het feit dat het onderwerp van te groot belang is om in de wetgeving geheel ongeregeld te blijven, terwijl er bovendien een aantal kernpunten is, ten aanzien waarvan de wetgever een positie moet kiezen.’<sup>5</sup>

De codificatie haalt de beleidsregel uit de schemer van de jurisprudentie, waarin het rechtsfiguur van de beleidsregel tot wasdom was gekomen.<sup>6</sup> De bevoegdheid om dergelijke regels vast te stellen, en met name de wijze en mate van binding aan beleidsregels, werden tot het moment van codificatie bepaald door rechterlijke uitspraken.<sup>7</sup> Met de codificatie is de bevoegdheidsgrondslag voor beleidsregelgeving evenals de binding aan beleidsregels geëxpliciteerd.

De ambitie van de wetgever reikt echter verder dan slechts codificeren. ‘De wetgever moet een positie kiezen’. Het opnemen van de beleidsregel in de Awb moet dus ook resulteren in een *modificatie* van de (rechts)praktijk. Deze modificatie heeft met name betrekking op de nauwelijks verholen voorkeur voor beleidsregels,

---

5. PG Awb III, p. 20.

6. Naast jurisprudentie kan natuurlijk ook de literatuur niet ontbreken als belangrijke bron: J. Van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Kluwer: Deventer 1983; J. van der Hoeven, *Pseudo-wetgeving*, Tjeenk Willink: Zwolle 1965; J. van der Hoeven, *Pseudo-wetgeving* (preadvies Vereniging voor vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Tjeenk Willink: Zwolle 1966; J. Mannoury, ‘Spiegelrecht’, in: G.A. van Poelje e.a., *Opstellen aangeboden aan prof.mr.dr. G. van den Bergh*, Samsom: Alphen aan den Rijn 1960.

7. Over de bevoegdheid tot beleidsregelgeving: ARRvS 22 mei 1979, AB 1980, 316; ARRvS 10 december 1979, AB 1980, 412; CRvB 12 februari 1981, AB 1981, 443; ARRvS 15 februari 1980, AB 1980, 448 m.nt. Prins; CRvB 21 december 1976, AB 1977, 140. Zie voorts: Van Kreveld 1983, p. 34 e.v. En over de binding aan beleidsregels: CRvB 14 november 1972, AB 1974, 103; ARRvS 2 november 1977, AB 1978, 90. Zie voorts: Van Kreveld 1983, p. 186 e.v.

boven andere vormen van beleid. Zeker in het geval het bestuursorgaan over veel discretionaire ruimte of vrijheid beschikt:

‘Indien een bestuursorgaan bij de uitoefening van een bevoegdheid over veel ruimte voor belangenafweging beschikt of vage wettelijke criteria moet hanteren, kan het van groot belang zijn dat beleidsregels worden vastgesteld. Daardoor wordt de uitoefening van de bestuursbevoegdheid beter beheersbaar en is een gelijke, niet willekeurige behandeling van de justitiabelen beter gewaarborgd. Dat geldt vooral als zeer veel besluiten moeten worden genomen, en in het bijzonder als dat krachtens mandaat of gedeconcentreerd gebeurt.

Bovendien vergroot beleidsregelgeving de voorspelbaarheid van het bestuuroptreden. Dit is zowel in het belang van de rechtszekerheid van de burger als van de doeltreffendheid van het bestuuroptreden, omdat de burger zich dan meer zal richten naar de bakens die het bestuursorgaan heeft uitgezet.’<sup>8</sup>

Beheersbare bevoegdheidsuitoefening, borging van gelijke behandeling van justitiabelen, en voorspelbaarheid zijn de drijvende krachten achter de voorkeur voor beleidsregels boven andere typen beleid, zoals circulaire, richtlijnen en dergelijke. Om deze voorkeur voor beleidsregels te onderstrepen, bevatte het voorontwerp van de derde tranche een plicht om, in het geval een bestuursorgaan ‘bij het gebruik van een bevoegdheid tot het nemen van besluiten of het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen een vaste gedragslijn volgt’, deze gedragslijn ‘in een beleidsregel neer te leggen, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat’.<sup>9</sup>

Het voorstel om bestuursorganen te verplichten gedragslijnen vast te leggen in beleidsregels, heeft het uiteindelijk niet gehaald.<sup>10</sup> Dat neemt niet weg dat de wetgever wel impliciet of expliciet veronderstellingen formuleert over hoe actoren, dat wil zeggen: burgers, bestuursorganen en bestuursrechters, gebruik zullen maken van de codificatie van de beleidsregel. Deze veronderstellingen vormen tezamen het finale deel van de beleidstheorie.<sup>11</sup> Zo wordt verondersteld dat het *bestuursorgaan*, zelfs zonder een plicht daartoe, beleidsregels ontwikkelt of

---

8. PGAWb III, p. 291.

9. PGAWb III, p. 291.

10. In het wetsontwerp was deze verplichting verdwenen. Een amendement om de plicht alsnog op te nemen (Kamerstukken II 1995/96, 23 700, nr. 7), heeft het niet gehaald.

11. A. Hoogerwerf, ‘Beleid, processen en effecten’, in: A. Hoogerwerf & M. Herweijer, *Overheidsbeleid*, Deventer: Kluwer 2008 (8e druk), p. 22. En O. Heffen, ‘Beleidstheorieën uit de beleidspraktijk’, in: in: A. Hoogerwerf & M. Herweijer, *Overheidsbeleid*, Deventer: Kluwer 2008 (8e druk), p. 210-211.

bestaande gedragslijnen omzet in een beleidsregel. De *burger* weet daardoor beter waar hij aan toe is en zal zijn gedrag aanpassen. En de *rechter* zal de beleidsregel gebruiken om de bevoegdheidsuitoefening te beoordelen.

Tabel 1 Finale deel beleidstheorie bij de codificatie van beleidsregels

Actor	Verondersteld gedragseffect
Bestuursorgaan	stelt beleidsregels vast over bestuursbevoegdheid
Burger	kent beleidsregel en past zijn gedrag erop aan
Rechter	toetst aan de beleidsregel

In het vervolg van deze bijdrage blijft het veronderstelde effect op het gedrag van de burger buiten beschouwing. ‘De burger’ is veelvormig en laat zijn of haar gedrag bepalen door tal van factoren.<sup>12</sup> De verwachting van de wetgever dat de burger zijn gedrag aanpast op de beleidsregel is daardoor niet eenvoudig te toetsen. Interessant(er) is de vraag of de codificatie gevolgen heeft voor het gedrag van de twee andere actoren die recht vormen en toetsen: het bestuursorgaan en de rechter. In het vervolg van deze bijdrage wordt het succes van de codificatie van de beleidsregel afgelezen aan het gedrag van deze twee actoren.

### 3 Keuzes van de wetgever

De codificatie van de beleidsregel in de Awb leidt tot een raamwerk waarbinnen bestuursorgaan en bestuursrechter opereren. Dit raamwerk bestaat allereerst uit een definitie van het begrip beleidsregel (art. 1:3 lid 4) en vervolgens in een regeling van de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen (art. 4:81 Awb). Daarnaast is voorzien in enkele bijzondere normen waaraan een beleidsregel moet voldoen (art. 4:83 Awb) en een voorgeschreven wijze waarop de beleidsregel kan of moet worden gebruikt (art. 4:82 en 4:84 Awb). Van elk van deze artikelen kan worden nagegaan wat de betekenis is voor bestuursorgaan en bestuursrechter.

12. M.T.A.B. Laemers, L.E. de Groot-Van Leeuwen & R. Frederiks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 38 e.v.



### 3.1 Definitie van de beleidsregel

Een beleidsregel wordt in artikel 1:3 lid 4 Awb gedefinieerd als een ‘bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan’. Aangezien beleidsregels ‘bij besluit’ worden vastgesteld, moet het gaan om *schriftelijke* regels. Daarmee wordt een categorie niet-schriftelijke afspraken binnen het bestuursorgaan (‘zo doen we het altijd’) buiten bereik van de beleidsregel definitie geplaatst.<sup>13</sup>

Bovendien gaat het ‘besluit-begrip’ uit van een rechtshandeling: een expliciete handeling waarmee de rechtsgevolgen die de beleidsregel teweegbrengt, wordt nagestreefd.<sup>14</sup> De wijze waarop die handeling plaatsvindt, is doorgaans in de wet voorgeschreven. Binnen de gemeentelijke bestuurslaag eist de Gemeentewet bijvoorbeeld dat besluiten van B& W – waaronder dus ook hun beleidsregels – worden genomen met een bepaald besluitquorum (art. 56 Gemw). Besluitenlijsten van het college dienen bovendien openbaar te worden gemaakt (art. 60 lid 3 Gemw). Ontbreekt de vaststelling dan blijft de gedragslijn van het type ‘niet-geacordeerde werkvoorschriften’. In praktische zin kunnen deze voorschriften van groot belang zijn, maar ze gelden niet als beleidsregels in de zin van de Awb.<sup>15</sup>

- 
13. B.W.N. de Waard, ‘Beleidsregels’, in: A.J. Bok e.a. *Nieuw bestuursrecht: derde tranche Awb*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 107. Over de praktische relevantie van dit soort niet-schriftelijke regels: M.V.C. Aalders, *Regeltoepassing in de ambtelijke praktijk van Hinderwet- en Bouwtoezichtafdeling*, Groningen: Wolters Noordhoff 1987, A.J.G.M. van Montfort, *De regels van het huis: ambtelijke regeltoepassing bij de gemeentelijke woonruimteverdeling* (diss. Amsterdam UvA), Groningen: Wolters-Noordhoff 1990.
  14. Zie: H.E. Bröring, ‘Beleidsregels, een beknopte biografie’, in: J.L. Boxum e.a., *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 395 en kritisch onder meer: Sectie Rijksuniversiteit Limburg, ‘Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van een bestuursbevoegdheid’, *RegelMaat* 1993 (2), p. 54-60, ihb p. 57.
  15. A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008, p. 217 e.v.

## 3.2 Beleidsregelbevoegdheid

Artikel 4:81 Awb biedt twee bevoegdheden om beleidsregels vast te stellen. Enerzijds is een bestuursorgaan bevoegd om over een eigen bestuursbevoegdheid, over een gedelegeerde bevoegdheid of over een onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende bevoegdheid beleidsregels vast te stellen. In dat geval volgt de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, de bevoegdheid waarover die beleidsregels regels bevat, of waarover het bestuursorgaan gezag kan uitoefenen.<sup>16</sup> Anderzijds voorziet het tweede lid van artikel 4:81 Awb in de mogelijkheid dat ook een ander bestuursorgaan, dat niet de bevoegdheid bezit waarover de beleidsregels normen bevat, en daar ook geen gezag over kan uitoefenen, daarover wel beleidsregels kan vaststellen. Dit vergt dan wel een bijzondere wettelijke grondslag. De minister van Financiën kan bijvoorbeeld op grond van artikel 1:25b Wet op het financieel toezicht beleidsregels vaststellen over de bevoegdheden van de toezichthouders van die wet (Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandsche Bank).

De explicitering van de beleidsregelbevoegdheid heeft tot gevolg dat er een onderscheid ontstaat tussen enerzijds bevoegd vastgestelde beleidsregels en anderzijds beleid en gedragslijnen die zijn vastgesteld zonder dat deze zijn gebaseerd op een beleidsregelgevende bevoegdheid. Deze laatste categorie wordt vaak 'richtlijn' genoemd. Hierbij kan worden gedacht aan de richtlijnen die de gemeenteraad vaststelt voor de wijze waarop het college van B& W een bestuursbevoegdheid uitoefent.<sup>17</sup> Ook richtlijnen afkomstig van buiten de overheid vallen hieronder.<sup>18</sup> Deze regels kunnen in praktische zin van groot belang zijn, en zelfs in zekere zin binden op grond van beginselen als rechtsgelijkheid en consistentie,<sup>19</sup> maar ze gelden niet als beleidsregels in de zin van de Awb.

---

16. Zo kan de Staatssecretaris beleidsregels vaststellen over de wijze waarop de belastingdienst (de 'inspecteur' in de Awr) dient om te gaan met het gebruik van de procesuele bevoegdheden rondom het horen in bezwaar (zie: Algemene wet bestuursrecht, Algemene wet inzake rijksbelastingen, Besluit Fiscaal Bestuursrecht, Strct. 2008, 253).

17. A. Tollenaar 2008, p. 34.

18. H.E. Bröring, *Richtlijnen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

19. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd: de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 325.

### 3.3 Normen waaraan een beleidsregel moet voldoen

Beleidsregels zijn besluiten. Dit betekent dat normen die aan besluiten worden gesteld, ook gelden voor beleidsregels. Het bestuursorgaan moet bij de totstandkoming van beleidsregels het zorgvuldigheidsbeginsel in acht nemen (art. 3:2 Awb) en zich dus in voldoende mate op de hoogte stellen van feiten en omstandigheden waaraan de beleidsregel raakt.<sup>20</sup> Bovendien moet de beleidsregel zijn gebaseerd op een evenredige belangenafweging (art. 3:4 Awb).<sup>21</sup> Voor de beleidsregel geldt, net als voor andere besluiten, dat deze pas in werking treedt zodra de beleidsregel is bekendgemaakt (art. 3:40 Awb).<sup>22</sup> Bij de bekendmaking dient ten slotte zo mogelijk het wettelijke voorschrift te worden aangegeven dat de grondslag vormt van de bevoegdheid die in de beleidsregel is uitgewerkt.<sup>23</sup>

De normering van de totstandkoming van de beleidsregel heeft als voorspelbaar gevolg dat er ook beleidsregels zullen zijn die niet (juist) bekendgemaakt zijn of die niet voorzien in een deugdelijke en volledige motivering.<sup>24</sup> Een beleidsregel die niet aan deze eisen voldoet, is voor het bestuursorgaan minder bruikbaar. Deze kan immers niet worden gebruikt ter motivering van de besluiten die op basis van de beleidsregel worden genomen.<sup>25</sup>

### 3.4 Toepassing van de beleidsregel

De inwerkingtreding van een beleidsregel heeft twee gevolgen voor de individuele besluitvorming. Allereerst biedt een beleidsregel het bestuursorgaan de mogelijkheid om ter motivering van een concreet besluit te volstaan met een verwijzing naar de motivering van de beleidsregel (art. 4:82 Awb). Voorwaarde is dan wel dat

---

20. CBB 10 november 2005, AB 2006, 64 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

21. Vgl. ABRvS 7 mei 2003, AB 2003/152 m.nt. FAMS.

22. ABRvS 27 juli 2005, AB 2005, 329 m.nt. Tollenaar. Bekendmaking van de zakelijke inhoud volstaat, zie CRvB 9 juli 2004, AB 2004, 385 m.nt. FP; JB 2004/305 m.nt. Heldeweg

23. De wetgever heeft deze in artikel 3:47 lid 2 Awb opgenomen algemene plicht specifiek voor beleidsregels herhaald in artikel 4:83 Awb.

24. Vgl. CRvB 18 juni 2013, AB 2013/267 m.nt. Bröring.

25. ABRvS 27 juli 2005, AB 2005, 329 m.nt. Tollenaar

de beleidsregel waarnaar wordt verwezen de motivering bevat waaruit het concrete besluit kan worden begrepen.<sup>26</sup>

Het tweede rechtsgevolg betreft de binding van het bestuursorgaan: het bestuursorgaan is gehouden deze toe te passen, tenzij het toepassen wegens bijzondere omstandigheden onevenredig nadelig is voor belanghebbenden (art. 4:84 Awb). De codificatie van de binding aan beleidsregels kent een dubbele clausulering: er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden, die bovendien onevenredig zijn voor belanghebbenden. Bijzondere omstandigheden zijn omstandigheden die bij het vaststellen van de beleidsregel niet zijn meegewogen.<sup>27</sup> Pas indien zich zo'n bijzondere omstandigheid voordoet, komt het aan op een aanvullende belangenafweging, waarin het belang van de belanghebbenden moet worden afgewogen tegen het belang dat met de beleidsregel wordt gediend.

Betoogd kan worden dat juist door deze codificatie (met de dubbele clausulering) sprake is van een sterkere binding aan beleidsregels ten opzichte van ander beleid, zoals de eerder genoemde richtlijnen en gedragslijnen.<sup>28</sup> Bij de laatste vormen van beleid wordt immers de voorwaarde van bijzondere omstandigheden niet gesteld en kan het bestuursorgaan volstaan met het afwegen van belangen die zich verzetten tegen toepassing van de beleidsregel.<sup>29</sup> De vraag is of die sterkere binding in de praktijk blijkt: of bestuursorganen en rechters inderdaad redeneren volgens het schema zoals dat is neergelegd in artikel 4:84 Awb.

## 4 Meten van het succes van de codificatie

De wetgever wilde met de codificatie van de beleidsregel in de Awb bestuursorganen aanzetten om beleidsregels vast te stellen en bestuursrechters de mogelijkheid bieden om aan beleidsregels te toetsen. Dit zijn twee empirisch vast te stellen gedragseffecten: vastgesteld kan worden of en hoe vaak bestuursorganen beleidsregels vaststellen en of en hoe vaak rechters inderdaad aan beleidsregels toetsen. Naarmate dit *vaker* voorkomt is het succes van de codificatie *groter*.<sup>30</sup>

26. ABRvS 3 oktober 2007, JB 2007/222 m.nt. Heldeweg en CBB 27 september 2005 (AB 2007, 190 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen).

27. CRvB 16 april 1998, AB 1998, 217 m.nt. HBr.

28. A. Tollenaar, 'Het is maar wat je bijzonder noemt', *JB Plus* 2006 (4), p. 175-187.

29. J.E. Valentijn & H.E. Bröring, *Algemeen bestuursrecht 2001: Beleidsregels*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2001, p. 7.

30. Let wel: dit is een operationalisering met een 'ceteris paribus' redenering. Alle overige factoren die de van invloed kunnen zijn op de vaststelling van beleidsregels worden constant verondersteld.

De codificatie leidt echter ook tot nieuwe vragen die voorheen niet of in mindere mate van belang waren. Door de codificatie is van belang geworden om vast te stellen of de gedragslijn voldoet aan de definitie van de beleidsregel, of de beleidsregel bevoegd is vastgesteld, en of de beleidsregel voldoet aan de normen die de Awb daaraan verbindt. Indien in de praktijk blijkt dat bestuursorganen regels gebruiken die niet als beleidsregel kunnen worden gekwalificeerd, beleidsregels die niet bevoegd zijn vastgesteld, of die anderszins niet aan de normen van de Awb voldoen, wijst dat op een praktijk die niet overeenkomt met wat de wetgever voor ogen stond bij de codificatie. Datzelfde geldt voor de bindende werking van beleidsregels. In het geval de sterkere binding van beleidsregels in de praktijk niet blijkt, heeft de codificatie geen succes gehad.

**Tabel 2** Indicaties voor succes of het ontbreken van succes van de codificatie

Indicaties voor succes	Indicaties voor het ontbreken van succes
Bestuursorgaan stelt beleidsregels vast over bestuursbevoegdheid	Beleed dat niet voldoet aan de definitie van beleidsregels
Rechter toetst aan de beleidsregel	Onbevoegd vastgestelde beleidsregels
	Beleidsregels die niet aan de normen voldoen (niet bekendgemaakt, onvoldoende gemotiveerd)
	Sterkere binding aan beleidsregels ten opzichte van andere soorten beleid

## 5 Indicatoren voor succes van de codificatie

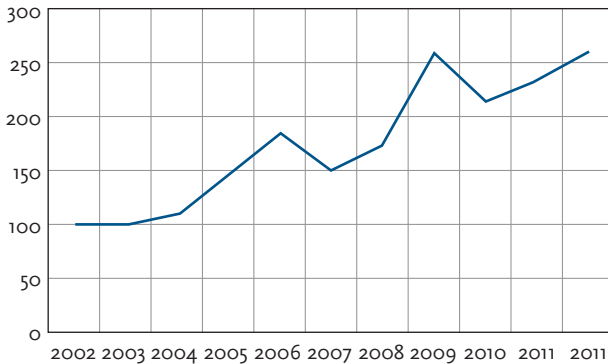
De tabel bevat indicatoren die kunnen worden gezien als bewijzen à charge en à décharge van het succes van de codificatie van de beleidsregel. In deze paragraaf staan de bewijzen die duiden op succes van de codificatie centraal: de mate waarin bestuursorganen beleidsregels vaststellen en de mate waarin de rechter naar beleidsregels verwijst.

### 5.1 Mate waarin bestuursorganen beleidsregels vaststellen

#### Aantal bekendgemaakte beleidsregels op landelijk niveau

Hoe vaak stelt het bestuursorgaan een beleidsregel vast? Voor zover het gaat om bestuursorganen die tot de landelijke overheid behoren, is deze vraag te

beantwoorden door raadpleging van de Staatscourant.<sup>31</sup> Gemeten over de jaren 2002-2012 neemt het aantal regels dat in de titel het woord 'beleidsregel' bevat, toe van 86 in 2002 tot 223 in 2012.<sup>32</sup> Over deze periode is een index berekend die de ontwikkeling van het aantal beleidsregels laat zien. Daarbij is het aantal beleidsregels dat in 2002 is vastgesteld als uitgangspunt genomen. Het resultaat wordt afgebeeld in grafiek 1.



Grafiek 1 Het aantal vastgestelde beleidsregels (2002 = 100)

Voor de interpretatie van de grafiek is van belang om op te merken dat het *absolute* aantal beleidsregels is geteld. Dit aantal is niet afgezet of vergeleken met andersoortige regels, zoals andere belevsvormen (richtlijnen, of gedragslijnen) of algemeen verbindende voorschriften. Het is dus niet bekend of het aantal beleidsregels ten opzichte van deze andere regels sterker of juist minder sterk groeit. De grafiek laat enkel zien dat bestuursorganen steeds vaker – in 10 jaar tijd ruim twee maal zo vaak – een beleidsregel vaststellen.

31. Beleidsregels worden in de Staatscourant gepubliceerd, zie art. 3:42 Awb.

32. Gekozen is voor een vergelijking over de periode 2002-2012 omdat de tweede evaluatie van de Awb in 2001 werd afgerond. Bovendien biedt de gekozen periode een betere vergelijkingsmogelijkheid met ten aanzien van het gebruik van de beleidsregelartikelen door de bestuursrechter (zie verderop).

## Enkele voorbeelden

Om iets meer zicht te krijgen op het soort regels dat in deze grafiek is afgebeeld, zijn drie beleidsregels nader bestudeerd.<sup>33</sup> Deze beleidsregels gaan over het effectenverkeer, de tarieven op de telecommarkt en de ontheffing van het visverbod.<sup>34</sup> Twee van de beleidsregels zijn afkomstig van een zelfstandig bestuursorgaan, één van een staatssecretaris. Wat opvalt, is dat de meest recente beleidsregel, die ook afkomstig is van de staatssecretaris, een opbouw en stijl kent die sterk lijkt op algemeen verbindende voorschriften: de beleidsregel kent een artikelsgewijze opbouw met een aantal beslissingen zonder (al te veel) motivering. De twee andere beleidsregels zijn juist sterk prozaïsch met uitvoerige motivering en minder stellige beslissingen omtrent het gebruik van de bestuursbevoegdheid waarover de regels normen bevatten. Dat geldt zeker voor de oudste beleidsregel (uit 2001). De regel uit 2007 bevat een scherpe (reken)regel, die echter wel uitvoerig wordt gemotiveerd in de beleidsregel zelf.

## Aantal bekendgemaakte beleidsregels op gemeentelijk niveau

Ook voor gemeentelijke bestuursorganen is nagegaan hoe vaak het voorkomt dat een beleidsregel wordt vastgesteld. Hiervoor is gebruik gemaakt van de website 'www.overheid.nl/overheidsinformatie/bekendmakingen', waarbij gezocht is naar bekendmakingen met het woord 'beleidsregel' in de titel. De databank biedt niet de mogelijkheid om het aantal gemeentelijke beleidsregels door de jaren heen te tellen. De enige mogelijkheid is zoeken naar regels met het woord 'beleidsregel' in de titel over een aantal geselecteerde periodes voorafgaand aan de datum van de zoekopdracht. De navolgende tabel bevat een overzicht van het aantal documenten dat aan dit kenmerk voldeed.

---

33. Er is niet beoogd een representatieve steekproef te beschrijven. De beleidsregels geven wel een zekere variatie aan, zowel voor wat betreft de onderwerpen, als de (juridische) vormgeving van de beleidsregels.

34. Dit zijn: de Beleidsregel biedingsbericht (Stcrt 2001, 170), de Beleidsregels vertraagde reciprociteit (Stcrt 2007, 39) en de Beleidsregel ontheffing overzetting aal (Stcrt 2013, 20463).

Tabel 3 Gepubliceerde gemeentelijke beleidsregels (zoekopdracht 19-12-2013)

gemeentelijke beleidsregels...	Aantal
...ouder dan een jaar	441
...vastgesteld in het afgelopen jaar (20-12-2012 t/m 19-12-2013)	360
...vastgesteld in de afgelopen maand (20-11-2013 t/m 19-12-2013)	112
...vastgesteld in de afgelopen week (13-12-2013 t/m 19-12-2013)	36

Het is met deze gegevens niet goed mogelijk om een uitspraak te doen over de *ontwikkeling* van het aantal vastgestelde beleidsregels. Wel lijken gemeentebesturen in het jaar voorafgaand aan de zoekopdracht steeds vaker een beleidsregel vast te stellen,<sup>35</sup> maar de gegevens waarop die waarneming is gebaseerd zijn te onzeker om daarover een zekere uitspraak te doen. De enige conclusie die op basis van deze tabel kan worden getrokken, is dat gemeentelijke bestuursorganen inderdaad met enige regelmaat beleidsregels vaststellen.

## Enkele voorbeelden

Waar gaat het om bij de gemeentelijke beleidsregels? Dit wordt geïllustreerd aan de hand van drie voorbeelden, waarbij kort wordt ingegaan op de inhoud en enkele bijzondere kenmerken van de beleidsregel. Als eerste de beleidsregel van het college van B& W van de gemeente Grave over internetwinkels.<sup>36</sup> Deze beleidsregel gaat over 'webwinkels' gevestigd op een locatie waarop in het bestemmingsplan de bestemming 'wonen' rust. In de beleidsregel wordt aan de hand van een aantal criteria toegelicht wanneer dit gebruik een overtreding van het bestemmingsplan vormt. Daarbij worden ook enkele omstandigheden genoemd waaronder ontheffing kan worden verleend voor een webwinkel. De beleidsregel bevat geen verwijzing naar de wettelijke grondslag voor die ontheffing, zodat onduidelijk blijft bij welke bevoegdheid het bestuursorgaan deze beleidsregel zal moeten toepassen. Het tweede voorbeeld betreft de beleidsregel stookontheffingen van het college van B& W van de gemeente Zederik.<sup>37</sup> Deze beleidsregel bevat een expliciete verwijzing naar de bevoegdheid waarover de beleidsregel nadere regels bevat (namelijk

35. Wanneer men het aantal vastgestelde beleidsregels zou omrekenen naar weekgemiddelden valt immers op dat in de week direct voorafgaand aan de zoekopdracht 36 beleidsregels zijn gepubliceerd, terwijl gemiddeld in de maand voorafgaand aan de zoekopdracht 28 beleidsregels per week zijn gepubliceerd; en in het jaar voorafgaand aan de zoekopdracht een kleine 7.

36. Gemeente Grave, Beleidsregel internetwinkels, vastgesteld op 2 juli 2013.

37. Gemeente Zederik, Beleidsregel stookontheffingen 2013, vastgesteld op 23 juli 2013.



de Wet milieubeheer en een APV-bepaling). Interessant aan deze beleidsregel is de artikelsgewijze opbouw, inclusief de ‘avv-achtige’ bepalingen met beleidsvrijheid als ‘het college kan ontheffing verlenen’. De beleidsregel geeft dus geen inzicht in de situaties waarin op grond van de beleidsregel ontheffing wordt verleend. Wel voorziet de beleidsregel in een bepaling dat nooit ontheffing wordt verleend voor het verbranden van afvalstoffen binnen de bebouwde kom.

Als derde voorbeeld de beleidsregel Brabants Alcohol en horecasanctiebeleid van de gemeente Heeze-Leende.<sup>38</sup> Dit beleid bevat de sanctiemaatregelen ‘voor de meest voorkomende overtredingen bij alcoholverstrekkers’. De beleidsregel is ontwikkeld door een werkgroep dat op provinciaal niveau de consequenties van de nieuwe Drank- en Horecawet voorbereid heeft en is vervolgens vastgesteld door het college van de gemeente Heeze-Leende. De beleidsregel bevat ook keuzes ten aanzien van bevoegdheden die alleen de burgemeester toekomen. Weliswaar wordt in de beleidsregel overwogen dat ook de burgemeester de beleidsregel moet vaststellen als zijn beleidsregel, maar uit niets blijkt dat dat ook daadwerkelijk is gedaan.<sup>39</sup> Inhoudelijk bevat de beleidsregel vooral een opsomming van de mogelijke sancties, waarbij de categorie overtreding is gekoppeld aan een voorgenomen sanctie. Daarbij bevat de sanctie nog nadere keuzeruimte, bijvoorbeeld ten aanzien van de te bepalen dwangsom of bestuurlijke boete.

## Tussenconclusie

De eerste indicator voor het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb wordt gevormd door de mate waarin bestuursorganen beleidsregels vaststellen. Geconstateerd kan worden dat bestuursorganen na de inwerkingtreding van de derde tranche steeds vaker beleidsregels vast. In de periode 2002-2012 is sprake van een ruime verdubbeling van het aantal in de Staatscourant gepubliceerde beleidsregels. Ook worden met enige regelmaat beleidsregels vastgesteld door gemeentelijke bestuursorganen.

De beleidsregels blijken kwalitatief sterk te variëren. Van prozaïsche, ‘rapportachtige’ beleidsregels tot artikelsgewijze beleidsregels, en van beleidsregels die vooral samenhang tussen verschillende bestuursbevoegdheden of verschillende

---

38. Gemeente Heeze-Leende, Brabants alcohol- en horecabeleid, vastgesteld op 2 juli 2013.

39. Uit de begeleidende tekst op internet kan worden afgeleid dat alleen het college de beleidsregel heeft vastgesteld, zie: [http://www.heeze-leende.nl/wat-speelt-ero/bekendmakingen\\_3961/item/beleidsregels-brabants-alcohol-en-horecasanctie-beleid\\_38089.html](http://www.heeze-leende.nl/wat-speelt-ero/bekendmakingen_3961/item/beleidsregels-brabants-alcohol-en-horecasanctie-beleid_38089.html) geraadpleegd op 2 september 2013.

bestuursorganen beogen te bewerkstelligen tot beleidsregels die zich beperken tot één bestuursbevoegdheid en precies voorschrijven in welke gevallen wel en in welke gevallen geen gebruik zal worden gemaakt van die bevoegdheid.

Wat verder vooral opvalt, is dat beleidsregels in veel gevallen nadere beleidsvrijheid of beoordelingsruimte overlaten, alsof het bestuursorgaan nog geen volledige keuze ten aanzien van het gebruik van de bevoegdheid heeft kunnen maken. Dit is een constatering die eerder ook al werd gedaan.<sup>40</sup> Op dit punt is dus niet veel veranderd.

### 5.3 Mate waarin rechters toetsen aan beleidsregels

De wetgever veronderstelde dat beleidsregels de bevoegdheidsuitoefening beter controleerbaar maakt voor de bestuursrechter. Om die veronderstelling te toetsen, is nagegaan hoe vaak bestuursrechters verwijzen naar een artikel uit de Awb dat gaat over beleidsregels. Hiertoe is op 'rechtspraak.nl' gezocht naar een viertal zoektermen: '4:81', '4:82', '4:83' en '4:84', steeds in combinatie met 'Awb'.<sup>41</sup> De veronderstelling daarbij is dat de rechter in ieder geval één van deze artikelen zal hebben genoemd – mogelijk meer – indien hij een besluit toetst aan een beleidsregel. Deze wijze van meten laat in ieder geval zien in hoeverre de codificatie van de Awb-bepalingen over de beleidsregel, een rol spelen bij de beoordeling van besluiten door de rechter.

Het aantal gevonden uitspraken is opgeteld en gedeeld door het totale aantal bestuursrechtelijke uitspraken.<sup>42</sup> Het aldus verkregen percentage is berekend over de jaren 2004 tot en met 2012.<sup>43</sup> Het resultaat is als index afgebeeld in de volgende grafiek, waarbij het percentage in 2004 als uitgangspunt is genomen (2004=100).

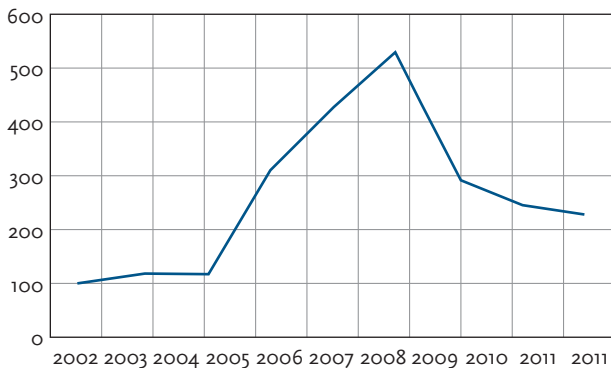
---

40. Zie Valenteijn & Bröring 2001, p. 118 en 138.

41. De validiteit van deze meetmethode hangt af van de mate waarin de website 'rechtspraak.nl' een volledig overzicht bevat van alle bestuursrechtelijke uitspraken. Dit is echter alleen een probleem indien een uitspraak waarin een van de gezochte artikelen vaker of juist minder vaak is gepubliceerd dan andere uitspraken. Er is geen reden om aan te nemen dat dat het geval is.

42. Bron: jaarverslagen Raad voor de Rechtspraak en Raad van State.

43. Rechtspraak.nl biedt geen mogelijkheid om uitspraken van eerdere datum te vinden, bovendien ontbreken cijfers over het totale aantal bestuursrechtelijke uitspraken.



Grafiek 2 Percentage uitspraken waarin wordt verwezen naar een artikel uit titel 4.3 van de Awb (2004 = 100)

De grafiek illustreert dat de rechter na 2004 steeds vaker een artikel uit titel 4.3 van de Awb gebruikt, met een duidelijke piek in 2008 en 2009. Na 2009 neemt het aantal uitspraken waarin de rechter verwijst naar een artikel uit deze titel af, hoewel het percentage uitspraken waarin wordt verwezen naar een Awb-artikel over beleidsregels nog altijd *hoger* is dan in 2004.

Het is onduidelijk waarom het aandeel 'beleidsregeluitspraken' na 2009 afneemt. In het algemeen zal de rechter slechts naar één van de in titel 4.3 Awb opgenomen artikelen verwijzen indien één van de partijen naar een van deze artikelen heeft verwezen, bijvoorbeeld door te betogen 'dat sprake is van bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4:84 Awb'.<sup>44</sup> Blijkbaar wordt in beroep of verweer minder vaak een beroep gedaan op één van deze artikelen. De conclusie die men daaraan zou kunnen verbinden is dat de artikelen uit titel 4.3 Awb blijkbaar steeds minder relevant zijn om een geschil te beslechten: ze doen er gewoon minder toe.<sup>45</sup>

44. Bijvoorbeeld: ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2337.

45. Deze waarneming geeft voeding aan tal van veronderstellingen waarom beleidsregels er minder toe doen. Misschien is dit een gevolg van de sterke focus op de definitieve geschilbeslechting.

### 5.3 Balans: is het doel van de codificatie bereikt?

De bewijzen voor de mate waarin het bestuursorgaan beleidsregels vaststelt en de mate waarin de rechter verwijst naar een beleidsregel, wijzen erop dat het doel van de wetgever deels is bereikt: bestuursorganen leggen regelmatig – en voor wat betreft de centrale overheid: steeds vaker – gedragslijnen vast in beleidsregels en de bestuursrechter toetst met enige regelmaat aan beleidsregels bij de beoordeling van een besluit, waarbij als nuancering geldt dat het aantal uitspraken waarin de rechter verwijst naar een artikel uit titel 4.3 Awb, na 2009 een dalende trend laat zien.

## 6 Indicatoren voor het ontbreken van succes van de codificatie

Tegenover de indicatoren die wijzen op succes, staan de indicatoren die juist wijzen op een ontbreken van succes. Hoe zit het met die andere vormen van beleid, hoe zit het met onbevoegd vastgestelde beleidsregels en de normen waaraan beleidsregels moeten voldoen? En wat betekenen beleidsregels nu echt voor de rechterlijke toetsing? Deze vragen komen in deze paragraaf aan de orde.

Het oordeel over deze effecten van de codificatie is noodgedwongen *kwalitatief* van aard: aan de hand van voorbeelden worden de effecten toegelicht.<sup>46</sup> Daarbij wordt vooral gelet op de verschijnselen die deze effecten in stand houden: is er reden om aan te nemen dat het voorbeeld een uitzondering is, of is het een structureel probleem?

### 6.1 Andere vormen van beleid

De codificatie van de beleidsregel in de Awb heeft tot gevolg dat beleidsregels worden onderscheiden van andere vormen van beleid die niet (precies) aan de eisen van de Awb voldoen.<sup>47</sup> In de jurisprudentie worden deze vormen van beleid vaak aangeduid als 'vaste gedragslijn'. Het verschil tussen beleidsregels en 'vaste

---

46. Het is onmogelijk om van *alle* beleidsregels na te gaan of deze bevoegd zijn vastgesteld, dan wel rechtmatigheidsgebreken bevatten e.d.

47. H.E. Bröring, 'Bestuursrechtelijk 'soft law'', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole, A.G.A. Nijmeijer (red), *In de regel*, Kluwer: Deventer 2012, p. 167-183.

gedragslijnen' betreft de bewijskwestie: het bestaan van een vaste gedragslijn die niet als beleidsregel is vastgesteld, is lastig te bewijzen voor degene die er een beroep op wil doen, omdat deze veelal niet gepubliceerd zal zijn en soms zelfs niet op schrift staat. Beleidsregels zijn juist per definitie wel op schrift gesteld en zullen veelal wel zijn gepubliceerd.<sup>48</sup>

Om enige duiding te geven aan dit probleem, kan worden gewezen op een tweetal willekeurige uitspraken waarin de rechter het moet doen met een 'vaste gedragslijn'. In zijn uitspraak van 11 oktober 2102 buigt de rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2012:BY0238) zich over een beroep tegen de weigering van studiefinanciering, omdat de aanvrager niet aan de nationaliteitseis voldoet. Het bestuursorgaan heeft bij dat besluit een vaste gedragslijn toegepast, waarin een beleidsregel – die niet op deze situatie van toepassing is – naar analogie wel wordt toegepast. Interessant aan deze zaak is dat de rechtbank concludeert dat het bestuursorgaan op enig moment in strijd met de eigen vaste gedragslijn heeft gehandeld. Dat is interessant omdat het bestuursorgaan zelf naar de vaste gedragslijn heeft verwezen. Het genoemde bewijsprobleem doet zich dus niet voor, omdat het bestuursorgaan zelf naar de vaste gedragslijn verwijst.

Een tweede voorbeeld betreft de uitspraak van de rechtbank Middelburg van 9 oktober 2007 (ECLI:NL:RBMID:2007:BB8577), waarin de rechter zich buigt over de weigering een projectperiode waarvoor subsidie is verkregen, te verlengen. Deze beslissing was het gevolg van de gedragslijn om verzoeken tot verlenging gelijk te stellen met nieuwe aanvragen. Deze gedragslijn was neergelegd in een brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer. In het geschil stelde de eiser dat dat toch geen beleidsregel kon zijn, omdat deze niet juist was bekendgemaakt. De rechtbank oordeelde daarop dat het in ieder geval wel om een vaste gedragslijn ging, die als zodanig niet kennelijk onredelijk was.

Wat zeggen deze voorbeelden nu over vaste gedragslijnen? Allereerst kan uit beide voorbeelden worden afgeleid dat inderdaad niet alle vaste gedragslijnen als beleidsregel zijn vastgesteld. De door de codificatie ontstane categorie 'overig beleid' dat niet als beleidsregel kan worden gekwalificeerd, is dus een reële categorie.<sup>49</sup>

Daarbij laten beide voorbeelden ook zien dat het soms het bestuursorgaan zelf is dat het bestaan van de vaste gedragslijn aan de orde stelt, ter rechtvaardiging van het concrete besluit. Dat is opmerkelijk, omdat artikel 4:82 Awb de verlichting van de motiveringslast door verwijzing naar een vaste gedragslijn voorbehoudt

---

48. ABRvS 16 april 2013, AB 2013/143 m.nt. Bröring.

49. Dat blijkt ook wel uit de gepubliceerde jurisprudentie: ABRvS 14 november 2012, AB 2013/121 m.nt. Drahmman.

aan gedragslijnen die als beleidsregel zijn vastgesteld.<sup>50</sup> Blijkbaar doet het er in de praktijk niet veel toe of de vaste gedragslijn nu wel of niet in een beleidsregel is opgenomen: de verwijzing naar een vaste gedragslijn ('zo doen we het altijd') biedt een aanwijzing dat het bestuursorgaan zijn bevoegdheid consistent gebruikt. Iets anders is dat het bestuursorgaan niet kan *volstaan* met het verwijzen naar de vaste gedragslijn indien deze niet is vastgesteld in een beleidsregel.<sup>51</sup>

Dat bestuursorganen gebruik maken van beleidsvormen die (nog) niet als beleidsregel zijn vastgesteld, wordt in stand gehouden door de op dit punt weinig kritische rechter.<sup>52</sup> De rechter zou het bestuursorgaan dat verwijst naar een vaste gedragslijn bijvoorbeeld kunnen vragen waaruit die vaste gedragslijn dan blijkt, in welke andere gevallen deze gedragslijn is toegepast en – de hamvraag bezien vanuit de oorspronkelijke bedoeling van de Awb-wetgever – waarom die gedragslijn dan niet in een beleidsregel is omgezet?<sup>53</sup>

## 6.2 Onbevoegd vastgestelde beleidsregels

Naast de beleidsvormen die niet als beleidsregel kunnen worden gekwalificeerd, leidt de codificatie ook tot de mogelijkheid dat beleidsregels worden vastgesteld zonder dat het bestuursorgaan over een bevoegdheid beschikt om beleidsregels vast te stellen. Dit is het geval in CRvB 12 maart 2008, AB 2008, 221 (m.nt. Tollenaar) waar het ging om een toekenning van een vervoersvoorziening in natura op grond van de Wet voorzieningen gehandicapten (Wvg) in plaats van een forfaitair bedrag voor het gebruik van de eigen auto dat eerder was toegekend. De verandering van de voorziening was het gevolg van een wijziging van beleid: de gemeenteraad had besloten dat het Verstrekkingenboek (een beleidsregel op grond van de Wvg) zou moeten worden gewijzigd in die zin dat in het vervolg nog slechts vervoer in natura zou worden aangeboden. Het verstrekken van voorzieningen is echter een bevoegdheid van het college van B& W. De gemeenteraad heeft geen bevoegdheid om over die bevoegdheid beleidsregels vast te stellen.<sup>54</sup> De bestuursrechter staat daarmee voor de keuze: moet het college nu worden gehouden aan de eerdere eigen beleidsregels (die recht geven op een forfaitair

50. PG Awb III, p. 276-289, Nota naar aanleiding van het Verslag II.

51. Zie ABRvS 22 juni 2005, AB 2005, 330 m.nt. Tollenaar

52. ABRvS 22 juni 2005, AB 2005, 330 m.nt. Tollenaar

53. De rechter kan deze strengheid uiteraard ook betrachten tijdens de behandeling ter zitting. Maar zo lang aan deze punten geen gevolg wordt verbonden in de uitspraak, is geen reden om aan te nemen dat het bestuursorgaan 'spontaan' zijn leven zal beteren.

54. Het raadsbesluit was evenmin een verordening als bedoeld in de Wvg.

bedrag) of aan de nieuwere raadsregels die juist een voorziening in natura voor- schrijven? De rechter koos voor het eerste, met de redenering dat de raad niet bevoegd is om het Verstrekkingenboek te wijzigen. Het gevolg: het college is gehouden om de eigen beleidsregels toe te passen, alsof de interventie van de gemeenteraad niet had plaatsgevonden.

De casus laat zien dat met name in de gemeentelijke en provinciale context onbevoegd vastgestelde beleidsregels kunnen worden aangetroffen.<sup>55</sup> Hoewel gemeen- teraad en provinciale staten wel het 'hoofdschap' van de gemeente respectie- velijk de provincie vervullen,<sup>56</sup> gaat dat niet gepaard met een bevoegdheid om over de bevoegdheden van andere bestuursorganen beleidsregels vast te stellen. Het gevolg: er ontstaan richtlijnen die uitsluitend als beleidsregel gelden indien het bevoegde bestuursorgaan deze overneemt als eigen beleidsregels.<sup>57</sup> In veel gevallen zal het bevoegde bestuursorgaan deze richtlijnen wel overnemen als eigen beleidsregels. Uitsluitend indien dat niet gebeurt, of indien de richtlijnen botsen met eigen beleidsregels, doet zich een probleem voor.<sup>58</sup>

## 6.3 Onrechtmatige beleidsregels

De codificatie van de beleidsregel in de Awb leidt tot een aantal extra normen waaraan beleidsregels moeten voldoen. Niet alle beleidsregels zullen aan deze normen voldoen. De beleidsregel bevat bijvoorbeeld geen verwijzing naar de bevoegdheid op grond waarvan deze is vastgesteld, of voorziet niet in een gemoti- veerde keuze.<sup>59</sup> Dit zijn rechtmatigheidsgebreken die rechtstreeks verband houden met de codificatie van de beleidsregel als (bijzonder) besluit. Daarnaast zijn er nog de materiële rechtmatigheidsgebreken, omdat de beleidsregel zelf onrechtmatige keuzes bevat.

De vraag is welke consequenties worden verbonden aan onrechtmatige beleids- regels. Leiden onrechtmatige beleidsregels tot problemen? Bij het antwoord op deze vraag moet een onderscheid worden gemaakt tussen de rechtmatigheidspro- blemen die de vorm betreffen (geen of onjuiste verwijzing wettelijke grondslag,

---

55. Zie ook: ABRvS 15 januari 2001 (*JB* 2001/46 m.nt. RJNS. Overigens doet dit probleem zich ook buiten de gemeentelijke context voor: VzAR 12 april 1991, *AB* 1992, 31 m.n. G.J.T.M. Jurgens.

56. Art. 125 Grondwet.

57. ABRvS 24 mei 2006, *AB* 2006, 250 m.nt. Tollenaar.

58. A. Tollenaar, 'Commentaar Awb art. 4:81', in: R.M. van Male e.a., *Commentaar Algemene wet bestuursrecht* (losbl.), Den Haag: Elsevier 2010, p. ABR 86/134-139.

59. Dit was ook al geconstateerd door Valenteijn & Bröring, p. 186.

geen of onjuiste motivering) en de beleidsregels die een materiële onrechtmatigheid bevatten. De gebreken van de eerste soort, zullen in de toepassing van de beleidsregel eenvoudig kunnen worden hersteld, door alsnog de motivering te vermelden die het concrete besluit kan dragen.

Voor de beleidsregels die zelf materiële onrechtmatigheden bevatten, geldt dat dit herstel bij de toepassing ervan minder eenvoudig is. Toepassing leidt immers tot een materieel onjuist besluit.<sup>60</sup> De vraag is dan welke consequentie dat heeft: moet de rechter de beleidsregel in abstracto (dus in zijn geheel) diskwalificeren, of slechts in concreto ‘niet van toepassing’ verklaren? De status van de beleidsregel als bijzonder besluit doet het eerste vermoeden. In de praktijk lijkt de rechter echter voor de laatste optie te kiezen.

Als voorbeeld kan worden gewezen op ABRvS 8 oktober 2010, AB 2010/307 (m.nt. Tollenaar & Vermeer), over de toepassing van een handhavingsnota, waarin sluiting van een pand is voorgeschreven voor de duur van vijf jaren, in het geval softdrugs wordt aangetroffen. Nu in de beleidsregel geen ruimte is om de sluiting af te stemmen op de aard van de overtreding, krijgt deze sanctie een leedtoevoegend karakter. Daarmee overschrijdt de burgemeester zijn bevoegdheid, omdat zijn bevoegdheid immers beperkt is tot het opleggen van reparatoire sancties. Kortom: toepassing van de beleidsregel leidt tot een onrechtmatige bevoegdheidsuitoefening.

De rechter signaleert dat ook: in algemene zin concludeert de Afdeling dat de burgemeester ‘niet in redelijkheid tot vaststelling van deze beleidsregels heeft kunnen besluiten’. Het gevolg is echter dat de burgemeester bij zijn besluit niet heeft mogen volstaan met een verwijzing naar de beleidsregel. De consequentie van de materieel onrechtmatige beleidsregel is dus dat deze onbruikbaar wordt in dit geval. Maar daarmee is de beleidsregel nog niet van tafel voor andere gevallen. Het is uiteindelijk aan het bestuursorgaan om de beleidsregel aan te passen. Er is natuurlijk voldoende reden om dat wel te doen – al was het maar omdat het rechterlijk oordeel in een toekomstige toepassing van de beleidsregel wel kan worden voorspeld.

## 6.4 Beoordeling van bijzondere gevallen

De kwalificatie van een beleidsregel als een onrechtmatige beleidsregel blijkt ook indien bij toepassing van de beleidsregel blijkt dat deze tot onevenredige

---

60. A.P. Klap & B.K. Olivier, ‘Beleidsregels’, *NJB* 1998 (17), p. 772-779.



consequenties leidt, terwijl zich geen bijzondere omstandigheden voordoen. Bijzondere omstandigheden zijn omstandigheden die het bestuursorgaan bij de belangenafweging die ten grondslag ligt aan de beleidsregel, niet heeft meegewogen.<sup>61</sup> Bij afwezigheid van bijzondere omstandigheden schrijft artikel 4:84 Awb voor dat de beleidsregel wordt toegepast. Blijkt desondanks dat de uitkomst onevenredig is, dan is de enig juiste conclusie dat de beleidsregel zelf een onevenredige keuze bevat.

In zoverre is de binding van de beleidsregel sterker dan van andere soorten beleid.<sup>62</sup> Voor beleid niet-zijnde beleidsregels geldt immers de verlengde belangenafweging als het relevante criterium: het bestuursorgaan is in beginsel gehouden zijn beleid toe te passen op het voorliggende geval, op grond van beginselen als gelijkheid en rechtszekerheid, maar kan gehouden worden om af te wijken indien toepassing onevenredig uitpakt. Wordt een beleidsregel toegepast, dan komt men pas toe aan de weging van de mogelijke gevolgen indien de hobbel van de bijzondere omstandigheden is genomen.<sup>63</sup>

Hoe werkt dit verschil nu uit in de jurisprudentie? Hierover kan men relatief kort zijn: het maakt de bestuursrechter niet zoveel uit. De rechter die geconfronteerd wordt met een klaarblijkelijk onwenselijke uitwerking van een beleidsregel, oordeelt dat het bestuursorgaan moet onderzoeken of niet kan worden afgeweken van die beleidsregel, ook als zich geen bijzondere omstandigheden voordoen.<sup>64</sup> Ook in de situatie waarin het bestuursorgaan juist wordt gehouden aan de beleidsregel komt het voor dat de rechter deze conclusie niet baseert op de *afwezigheid* van bijzondere omstandigheden, maar op de niet-onevenredige uitwerking van de beleidsregel in dit geval.<sup>65</sup>

---

61. Vergelijk CRvB 16 april 1998, AB 1998, 217 m.nt. HBr, waar afwijking van de regels met betrekking tot de wachtgeldduur gegrond wordt op het bestaan van een noodsituatie.

62. A. Tollenaar, 'Het is maar wat je bijzonder noemt', *JB Plus* 2006 (4), p. 175-187.

63. Overigens adviseerde de Raad van State nog om in de tekst van artikel 4:84 Awb de clausule 'wegens bijzondere omstandigheden' te schrappen. In dat geval was dit verschil tussen beleidsregels en het overige beleid volledig weggevallen. Zie: Kamerstukken II, 1993/1994, 23 700, A, p. 52.

64. Zie voor twee voorbeelden: ABRvS 18 augustus 2004, AB 2005, 13 m.nt. Tollenaar; JB 2004/346 en ABRvS 28 januari 2004, AB 2004, 382 m.nt. NV.

65. ABRvS 25 augustus 2004, AB 2005, 35 m.nt. Tollenaar. Het ging in dit geval om gewekt vertrouwen. De rechter passeerde het feit dat gewekt vertrouwen nooit een bijzondere omstandigheid op kan leveren.

## 6.5 Balans: de neveneffecten van de codificatie

Het voorgaande overziend lijkt de codificatie vooral – ook – te hebben geleid tot een complicering van de categorie niet-wettelijke regels, waaronder ook beleidsregels worden verstaan. Wat echter ook opvalt, is dat de rechtspraak zich goed weet te redden met vraagstukken over de aard van de toegepaste regel (is het een beleidsregel?), eventuele tekortkomingen van die regel en de beoordeling van de noodzaak om af te wijken van die regel (bijzondere omstandigheden). De rechter lijkt zich niet veel van deze complicaties aan te trekken: het maakt voor de rechterlijke beoordeling van een concreet besluit niet zoveel uit of het bestuursorgaan een beleidsregel toepast of ander beleid en of die beleidsregel grote (rechtmatigheids) gebreken bevat. De rechter gebruikt de inherente afwijkingsmogelijkheid om af te wijken waar nodig. En vaak biedt de beleidsregel daar ook alle ruimte voor, juist omdat deze open bestanddelen bevat.

## 7 Conclusie

Kan de codificatie van de beleidsregel in de Awb nu een succes worden genoemd? Het antwoord lijkt een ‘ja’ wanneer men let op het aantal beleidsregels dat wordt vastgesteld en het gegeven dat de bestuursrechter met enige regelmaat de wetsartikelen over beleidsregels gebruikt.

Hier staat echter wel tegenover dat vastgestelde beleidsregels soms gebreken bevatten en er niet altijd zo uitzien als de wetgever voor ogen had. Bestuursorganen lijken beleidsregels vooral te gebruiken om een richting aan te geven, om een antwoord te bieden voor een groot deel van de gevallen. Maar daarbij wordt dan wel de ruimte overgelaten om in voorkomende gevallen anders te beslissen. Ook in gevallen die eigenlijk niet ‘bijzonder’ zijn. Dit wordt dan ondervangen door in de beleidsregel discretionaire ruimte te verwerken. Of door andere niet-bijzondere omstandigheden aan te dragen die tot afwijking zouden dwingen. Omdat de rechter vooral geïnteresseerd is in het concrete besluit, blijven de gebreken in de beleidsregel zonder consequenties. Bezien vanuit de burger is dat een bedenkelijke constatering: beleidsregels bieden dus geen zekerheid en onrechtmatige beleidsregels blijven in stand.

Dat leidt tot een tweede nuancering van het succes van de codificatie van de beleidsregel: hoewel het niet goed mogelijk is om het succes van de beleidsregel vanuit het perspectief van de burger te meten, is wel duidelijk dat de beleidsregel niet het document is dat (rechts)zekerheid kan verschaffen aan burgers. Deze functie lijkt te zijn overgenomen door andere, moderne verschijnselen die de wetgever in 1998 nog niet kon voorzien. Digitalisering ([mijnoverheid.nl](http://mijnoverheid.nl)) en

integrale overheidsloketten bieden de burger meer en specifiekere informatie dan de abstracte beleidsregel met open bestanddelen. Gelet op deze omstandigheden zou men zich kunnen afvragen hoe de wereld eruit zou hebben gezien zonder codificatie van de beleidsregel in de Awb. Verondersteld kan worden dat zelfs zonder codificatie in de Awb wel een zekere articulatie van beleidsvrijheid zou hebben plaatsgevonden.<sup>66</sup> Misschien niet gepubliceerd als beleidsregel, maar wel vindbaar in brochures, op internet of in protocollen.

---

66. A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008, p. 232.

# Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb

*Lex Michiels (peer reviewed)*

## 1 Inleiding

Toen in 1998 de derde tranche van de Awb in werking trad, werd de Awb verrijkt met een hoofdstuk 5 over handhaving. Vijftien jaar later is het een goed moment om terug te kijken en daarbij een aantal, door de redactie gestipuleerde, vragen te stellen. Welke vernieuwingen heeft dit hoofdstuk teweeggebracht? Daarover gaat § 2. Zijn de doelstellingen die de wetgever met hoofdstuk 5 had gerealiseerd? Die vraag komt aan de orde in § 3. Een belangrijke vraag is voorts wat er in de vijftien jaar na dato op dit vlak is gebeurd, in de wetgeving en de rechtspraak. Deze vraag wordt op hoofdlijnen beantwoord in § 4. In algemene zin kan worden gezegd dat de regeling van de bestuurlijke handhaving op een aantal punten is aangepast en aangevuld, met name in de vierde tranche Awb, maar nog steeds niet volledig is. Voor zover onderwerpen wel zijn geregeld, roept de regeling ervan nog steeds tal van vragen op, ook al heeft de rechtspraak voor verdieping en aanscherping gezorgd. Dat is ook niet ongebruikelijk in het bestuursrecht, waarin er een voortdurende ontwikkeling van de wetgeving te zien is, die ontwikkeling nooit af is en waarin de rechter probeert de open gelaten vragen te beantwoorden. Langs die lijn is in § 5 getracht kort en bondig het bestuurlijke handhavingsrecht in en sinds de derde tranche in een algemener bestuursrechtelijk kader te plaatsen. Besloten wordt met het aangeven van een aantal knelpunten op het terrein van de bestuurlijke handhaving in de wetgeving en het voorstellen van enkele bijpassende oplossingsrichtingen (§ 6).

## 2 Inhoud en betekenis van de derde tranche Awb voor de handhaving in 1998

De derde tranche voegde aan de Awb hoofdstuk 5 toe, bestaande uit drie afdelingen, respectievelijk over toezicht op de naleving, bestuursdwang en de last onder dwangsom. Afdeling 5.1 (thans titel 5.2) gaf voornamelijk bevoegdheden aan toezichthouders. Ook werd het begrip toezichthouder gedefinieerd en werden hem enige verplichtingen opgelegd. Art. 5:16a (inzage vorderen van een identiteitsbewijs) is later aan de regeling toegevoegd. De afdelingen 5.2 en 5.3 (die thans samen titel 5.3 vormen) bevatten algemene regelingen over bestuursdwang en dwangsom. Wat de bestuursdwang betreft ging het om de besluitvorming en daadwerkelijke toepassing, *gegeven* de bevoegdheid daartoe, die in andere wetten dan de Awb wordt toegekend. Voor de last onder dwangsom bevatte de regeling wel een bevoegdheidstoekenning: art. 5:32 Awb koppelde die bevoegdheid aan de (elders toegekende) bestuursdwangbevoegdheid en dat is nog steeds zo. De beide afdelingen waren geënt op de regelingen terzake in de organieke wetten.

Wat wilde de wetgever met de derde tranche op het punt van de handhaving? Dat was primair een stroomlijning van de in de organieke en andere wetten opgenomen regelingen inzake bestuursdwang en dwangsom en de bepalingen in bijzondere wetten over het toezicht op de naleving. Aan meer wilde de Awb-wetgever zich nog niet wagen.<sup>1</sup> De Waterschapswet kende vanaf 1992 en de Gemeentewet en de Provinciewet kenden vanaf 1994 een, *mutatis mutandis*, gelijklopende regeling inzake genoemde sancties. Die regeling, alsmede die voor de dwangsom in de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, stond model voor de Awb. Inhoudelijk veranderde er daardoor voor de decentrale overheden dus niets; alleen was de regeling nu in één wet te vinden en niet, voor de decentrale overheden, in een organieke wet en (voor de dwangsom) de Wabm. Voor de centrale overheid was er nog geen algemene regeling, maar waren er (voor bestuursdwang) diverse, onderling licht afwijkende, regelingen; voor dat niveau was er dus tot op zekere hoogte wél sprake van een nieuwe situatie.

---

1. Tot verdriet van sommige auteurs. Zie de diverse bijdragen van N.S.J. Koeman, S. Pront-van Bommel, B.K. Olivier en H. Troostwijk in Willem Konijnenbelt (red.), *De derde tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992, p. 103-134. Zie over handhaving in de derde tranche voorts ook de bijdragen van P. Hazewindus, O.J.D.M.L. Jansen, S. Borger en K.F. Schuiling in A.J. Bok e.a. (redactiecommissie), *Nieuw bestuursrecht: derde tranche Algemene wet bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 131-225.

Vele bijzondere wetten bevatten destijds eigen bepalingen inzake het toezicht op de naleving, zowel wat betreft de bevoegdheden van toezichthouders als de condities waaronder ze die mochten toepassen. De memorie van toelichting bevat een bijlage met de toezichtsbevoegdheden in 86 wetten. Van de zes belangrijkste bevoegdheden is per wet aangegeven in hoeverre deze waren toegekend. De verschillen waren groot. Die zes bevoegdheden werden in een algemene regeling in de Awb opgenomen. Daarmee kreeg de Awb een ruim 'standaardpakket'<sup>2</sup> aan toezichtsbevoegdheden, die in beginsel aan toezichthouders zouden toekomen, maar waarvan door de bijzondere wet kan worden afgeweken door er bevoegdheden van af te halen of aan toe te voegen.<sup>3</sup> Dat systeem is als zodanig overzichtelijk, maar alleen per afzonderlijke wet kan worden bezien of het ook inhoudelijk verschil maakt met de situatie van vóór de derde tranche. Zie hierover § 2.

Tevens werden door de aanpassingswetgeving, die de derde tranche Awb vergezelde, specifieke bepalingen over materiële vormen van bestuursdwang (in de organieke wetten) en het toezicht (in bijzondere wetten) geschrapt. Ook werd een oud strijdpunt over het rechtskarakter van de waarschuwing of beslissing voorafgaande aan de feitelijke toepassing van bestuursdwang beslecht. De Awb-wetgever bepaalde, na een aangenomen daartoe strekkend amendement Koekkoek-Van den Berg, in art. 5:24 lid 1 dat de schriftelijke beslissing tot toepassing van bestuursdwang een beschikking is.<sup>4</sup>

### 3 De doelstellingen van de Awb-wetgever en wat daarvan terecht kwam

Op de vraag of de doelstellingen zijn bereikt, kan pas worden geantwoord na te hebben vastgesteld welke die doelstellingen waren. In feite was er ten aanzien van hoofdstuk 5 maar één, terugkijkend wellicht wat al te bescheiden, doel: het overzichtelijker maken van de regelgeving inzake toezicht, bestuursdwang en dwangsom. Andere desiderata zijn toen buiten beeld gebleven, zoals een regeling van de bestuurlijke boete, de intrekking van begunstigende beschikkingen en een

---

2. In zoverre is de memorie van toelichting niet precies waar die zegt dat de Awb een weerspiegeling bevat 'van het gebruikelijke pakket van bevoegdheden dat men in tal van bijzondere wetten aantreft' (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 134) omdat 'tal van wetten' niet dat héle pakket aan bevoegdheden toekenden.

3. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 137.

4. Zie hierover P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 22-25.

afdeling met algemene bepalingen, waaronder een algemeen vereiste van een wettelijke grondslag voor sancties. Sommige van deze onderwerpen zijn in de vierde tranche alsnog aan bod gekomen. Het wel gekozen, bescheiden doel van de overzichtelijkheid op een beperkt terrein is tot op zekere hoogte toen meteen al bereikt, louter door de inhoud van de Awb-bepalingen en de aanpassingswetgeving. Waar de wetgever stroomlijning en harmonisatie op het oog had, zou die later echter weer teniet kunnen worden gedaan door allerlei afwijkingen en aanvullingen in bijzondere wetten. We zullen hierna zien in hoeverre dat het geval is geweest.

Wat het *toezicht* betreft, komt het niet vaak voor dat de ‘bijzondere wetgever’ in de wetten waarin voorheen niet het hele pakket was toegekend na invoering van de derde tranche bepaalde bevoegdheden ‘uit het Awb-pakket heeft gehaald’.<sup>5</sup> In zoverre is er niet alleen meer overzicht, maar ook meer gelijkheid gekomen (én zijn er in vele gevallen meer bevoegdheden toegekend!). Dat geldt ook voor de bepalingen over de verplichtingen van de toezichthouder (redelijke uitoefening bevoegdheden, legitimatie). Er is wel een verschil ontstaan wat betreft één bepaalde bevoegdheid, namelijk het binnentreden zonder toestemming van de bewoner. Waar de Awb-regeling daarvoor geen grondslag biedt, is in een groeiend aantal bijzondere wetten die bevoegdheid aan toezichthouders toegekend. Ik noem als voorbeelden de Wabo (art. 5.13, voor een aantal daar genoemde situaties), de Arbeidsomstandighedenwet (art. 24), de Drank- en Horecawet (art. 42), de Huisvestingswet (art. 77), de Mediawet 2008 (art. 7.19), de Waarborgwet 1986 (art. 54) en de Wet tot behoud van cultuurbezit (art. 17). Dit betreft een extra bevoegdheid, bovenop het Awb-pakket. Er is dus geen sprake van afwijking van de Awb, die immers het binnentreden zonder toestemming niet verbiedt, doch daarvoor slechts niet zelf de grondslag verschaft. Het gaat om een aanvulling. Zo zijn er nog wel andere aanvullingen, bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het doorzoeken van een woning (art. 55 Mededingingswet), het doorsnijden van werken (art. 55

---

5. Ik heb daartoe de 86 wetten bekeken die in de bijlage bij de memorie van toelichting bij de derde tranche zijn opgenomen. Vermeldenswaard is slechts dat enkele van die wetten de bevoegdheden inzake het onderzoeken van zaken en vervoermiddelen (art. 5:18 en 5:19) niet aan ‘hun toezichthouders’ hebben willen doen toekomen (de Wet op het bevolkingsonderzoek, de Wet agrarisch grondverkeer en de Wet opnemings buitenlandse pleegkinderen). Daarnaast zijn er nog enkele andere wetten die een of meer van deze bevoegdheden voor ‘hun’ toezichthouders hebben geschrapt, zoals de Wet personenvervoer 2000, die de bevoegdheid met betrekking tot het onderzoeken van zaken (art. 5:18).

Waarborgwet 1986) en de verzegeling<sup>6</sup> van bedrijfsruimten en voorwerpen (art. 54 Mededingingswet en art. 7.19 Mediawet 2008).

De regeling inzake het toezicht heeft ten slotte een heilzame werking gehad op de terminologie, hetgeen de overzichtelijkheid eveneens bevordert. De termen controle en inspectie worden sinds de derde tranche, althans als het over Nederlandse bestuursrecht gaat,<sup>7</sup> in juridische geschriften<sup>8</sup> steeds minder vaak gebruikt ten gunste van de termen toezicht op de naleving en nalevingstoezicht. Volgens de systematiek van de derde tranche en blijkens de memorie van toelichting<sup>9</sup> was het de bedoeling van de wetgever ook helderheid te scheppen over de term handhaving. Die term staat, voor zover het bestuursrechtelijke handhaving betreft, voor toezicht en bestuurlijke sancties.<sup>10</sup> In de praktijk (bijvoorbeeld in regeringsstukken, maar helaas soms ook in de literatuur) wordt de term handhaving echter in allerlei betekenissen gebruikt, wat bijvoorbeeld blijkt uit de gebezigde combinatie 'toezicht en handhaving'. Kennelijk wordt met handhaving dan alleen sanctionering bedoeld.

Tegelijk met de invoering van de bepalingen over *sancties* in de derde tranche zijn de desbetreffende bepalingen in bijzondere wetten geschrapt, waardoor kleine onderlinge verschillen werden weggenomen. Na de totstandkoming van deze regeling is er geen ruime behoefte ontstaan om in allerlei bijzondere wetten van de Awb afwijkende of aanvullende bepalingen op te nemen, al is dat in enkele gevallen wel gebeurd.<sup>11</sup> Ten aanzien van de herstelsancties heeft de harmonisatie in de Awb dus zonder meer voor verdere eenwording gezorgd.

Al met al zorgde de derde tranche Awb ten aanzien van de handhaving dus niet zozeer voor vernieuwing, maar vooral voor eenwording, stabilisatie en overzichtelijkheid. De wetgever heeft na 1998 slechts spaarzaam gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in bijzondere wetten bepalingen op te nemen die de regeling in hoofdstuk 5 van de Awb aanvullen of daarvan afwijken.

---

6. Let wel: het gaat hier om verzegeling in het kader van het toezicht, dus niet de verzegeling die is bedoeld in art. 5:28 Awb.

7. In stukken over het EU-recht ligt het anders, wellicht omdat de Engelse termen 'control' en 'inspection' een wat ruimere betekenis hebben.

8. In beleidsstukken wordt hieraan naar mijn indruk minder strak vast gehouden.

9. Zie p. 128.

10. Bij de sancties gaat het dan zowel om de oplegging als de tenuitvoerlegging daarvan.

11. Zie bijvoorbeeld de art. 170-172 Wegenverkeerswet 1994. Zie hierover ook L.J.J. Rogier, *Handhaving en sancties*, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller, *Handhaving*, Deventer: Kluwer 2006, p. 55-86, met name p. 67 e.v. Van dit boek (inclusief genoemd hoofdstuk) zou eind 2013 een geheel herziene tweede druk verschijnen.



Aan een regeling van de boete zou de wetgever zich pas in de vierde tranche wagen, evenals aan een aantal algemene handhabingsbepalingen en enkele wijzigingen van en aanvullingen op de regeling die de derde tranche bevatte, terwijl hij aan een regeling van de intrekking van begunstigende beschikkingen nog altijd niet is toegekomen. Daarmee komen we aan de boeiende vraag welke ontwikkelingen zich sinds 1998 hebben voorgedaan en in hoeverre de regeling in de derde tranche heeft stand gehouden dan wel aanpassingen heeft ondergaan.

## 4 Ontwikkelingen na de derde tranche

### 4.1 Enige jurisprudentie over wat de derde tranche regelt

Toen het wetsvoorstel derde tranche Awb in april 1994 aan de Tweede Kamer werd aangeboden, bestond er al iets dat wij later steevast de *beginselplicht tot handhaving* zijn gaan noemen.<sup>12</sup> Dat leerstuk kreeg in de loop van de jaren negentig vastere grond onder de voeten en ‘geldt’ nog steeds, zij het dat er wel enkele modificaties zijn geweest. Strikt genomen heeft dit leerstuk niet zoveel met de Awb te maken. Het gaat om de omvang van de beleidsvrijheid bij het nemen van een herstelsanctiebesluit. Die is niet gewijzigd door de Awb. De toekenning van de bestuursdwangbevoegdheid, in de vorm van een ‘kan-bepaling’, gebeurt in andere wetten, terwijl de Awb de dwangsom daar alleen maar als alternatief ‘aanhangt’. Anderzijds is het zo dat de Awb hoe dan ook de dwangsombevoegdheid toekent en, belangrijker nog, de Awb onmiskenbaar een algemene regeling omtrent deze sancties bevat. De beginselplicht is waarschijnlijk het belangrijkste leerstuk met betrekking tot de toepassing van die sancties. Daarom passen enkele woorden daarover hier zeker.

In grote lijnen is er niet veel veranderd in het leerstuk. In 2004 werd een nieuwe standaardoverweging geformuleerd,<sup>13</sup> die ik voor het gemak van de lezer nog even vermeld.

---

12. Zie uitgebreid hierover Lex Michiels, In beginsel verplicht, in: Toon de Gier e.a. (red.), Goed verdedigbaar, Deventer: Kluwer 2011, p. 81-96, waarin voor de ‘geboorte’ van de beginselplicht het begin van de jaren negentig (1991/1992) wordt aangewezen.

13. ABRvS 30 juni 2004, JB 2004, 293 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

'Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.'

In 2012 werd voor gevallen waarin het beleid voorziet in een waarschuwing bij de eerste overtreding en pas in een sanctie bij herhaling, een precisering op de beginselplicht aangebracht, waarin een dergelijke aanpak wordt aanvaard.<sup>14</sup> Enerzijds kan de conclusie zijn dat de Afdeling haar op papier strenge lijn heeft voortgezet en verduidelijkt, anderzijds blijken er in de praktijk toch heel wat gevallen te zijn waarin zich een van de uitzonderingsgronden voordoet. Vooral het concrete zicht op legalisatie is menig derde-belanghebbende een doorn in het oog, vooral in gevallen waarin dat zicht er in eerste instantie niet is, maar dit er tijdens de (vaak slepende en lange) procedure alsnog komt.

Het spiegelbeeld van het in beginsel moeten handhaven, is het mogen gedogen. Daarvoor is dus weinig juridische ruimte, maar feitelijk gebeurt het regelmatig. Beslissingen omtrent gedogen worden deels als besluiten aangemerkt (de schriftelijke gedoogverklaring) deels, uitzonderingen daar gelaten, niet (weigeren<sup>15</sup> en intrekken<sup>16</sup> van gedoogverklaringen). Deze rechtspraak munt niet uit in helderheid. Een gedoogverklaring geeft allerminst recht op het afzien van handhaving. Wat maakt haar dan precies tot besluit? Wat betreft de weigering en intrekking is zij mijns inziens moeilijk in overeenstemming te brengen met art. 1:3 lid 2 Awb respectievelijk met de bestuursrechtelijke 'regel' dat de intrekking van een beschikking ook een beschikking is. Blijkbaar is de gedoogverklaring een heel bijzondere beschikking.

Een interessante vraag is of de beginselplicht ook van toepassing is op het toezicht. Dat is vooralsnog niet het geval. De Afdeling heeft haar overwegingen ter zake altijd beperkt tot (herstel)sanctiebesluiten. Wel moet het bevoegd gezag als er in een concreet geval serieuze en herhaalde klachten zijn daarnaar onderzoek

14. ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer.

15. ABRvS 18 juni 2003, AB 2003, 394 m.nt. F.R. Vermeer.

16. ABRvS 4 juni 2002, AB 2002, 219 m.nt. FM.

doen.<sup>17</sup> De vraag of terecht wel of geen toezicht is uitgeoefend en zo ja, of dat rechtmatig is gebeurd, kan bij de bestuursrechter overigens alleen indirect aan de orde komen, nu tot dusver beslissingen in het kader van toezicht niet als besluiten worden aangemerkt.<sup>18</sup>

Ten aanzien van de diverse toezichtsbevoegdheden is niet veel jurisprudentie te vinden. Ik noem de belangrijkste punten.<sup>19</sup> Ingevolge art. 5:15 Awb mag een toezichthouder elke plaats betreden, ook een woning, maar in het laatste geval alleen hetzij met toestemming van de bewoner, hetzij op grond van een specifieke wettelijke bevoegdheid, waarbij hij dan tevens over een machtiging moet beschikken op grond van de Algemene wet op het binnentreden. Toen toezichthouders mét toestemming een woning binnentraden en vervolgens kasten openden waarin zich personen zouden kunnen bevinden, was volgens de Afdeling van een onbevoegde doorzoeking geen sprake, ofschoon de betredingsbevoegdheid geen doorzoekingsbevoegdheid inhoudt. Blijkbaar wordt de bevoegdheid ruim genomen als de bewoner toestemming geeft, vanuit de gedachte dat hij voor het doorzoeken dan impliciet ook toestemming heeft gegeven.<sup>20</sup> Een gebrek in of het ontbreken van de machtiging tot binnentreden kan ertoe leiden dat de bestuursdwangkosten niet mogen worden verhaald.<sup>21</sup> Bij het onderzoeken van computers van bedrijven moeten deze in de gelegenheid worden gesteld het zoeken in de forensic images bij te wonen.<sup>22</sup> Ten aanzien van de bevoegdheid tot monsterneming en ander zakenonderzoek is van belang dat dit zo nodig op een wijze kan geschieden waardoor de zaken niet meer bruikbaar zijn. Dit is, mits redelijkerwijs nodig voor het onderzoek, niet onrechtmatig.<sup>23</sup>

Voor de medewerkingsplicht ex art. 5:20 Awb zijn enkele belangrijke kwesties in de jurisprudentie opgehelderd. Ten eerste geldt de medewerkingsplicht echt voor een ieder, uiteraard behoudens wettelijke beperkingen.<sup>24</sup> Voorts kan ook van ex-werknemers in beginsel medewerking worden verlangd, bijvoorbeeld tot

---

17. ABRvS 17 september 2008, AB 2008, 320 m.nt. F.C.M.A. Michiels en (nog iets strenger) CBB 20 augustus 2010, AB 2010, 242 m.nt. I. Sewandono.

18. CBB 21 juli 1998, AB 1998, 437 m.nt. J.H. van der Veen. Zie over deze uitspraak de kritische annotatie van F.C.M.A. Michiels in T. Barkhuysen e.a. (red.), AB Klassiek, zesde druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 465-474.

19. Zie uitgebreider A.B. Blomberg, Handhaving en toezicht, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller, Handhaving, Deventer: Kluwer 2006, p. 19-54. Van dit boek (inclusief genoemd hoofdstuk) zou eind 2013 een geheel herziene tweede druk verschijnen.

20. ABRvS 23 april 2002, AB 2002, 232 m.nt. Sew.

21. ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013/72 m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mill.

22. Vzr. Rb. Den Haag 9 april 2003, AB 2003, 199 m.nt. OJ.

23. CBB 24 juni 2003, AB 2003, 363 m.nt. JHvdV.

24. Hof Den Haag 30 december 2004, AB 2006/301 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

het verstrekken van inlichtingen over feiten waarbij zij als werknemer betrokken waren. Wel kán aan de ex-werknemer dan ook het zwijgrecht van de onderneming toekomen.<sup>25</sup> Dat laatste is echter alleen uitgemaakt voor het in art. 53 Mededingingswet gegeven zwijgrecht en staat dus niet vast voor het zwijgrecht op grond van art. 5:10a Awb, dat tegelijk met de regeling van de bestuurlijke boete in de Awb is opgenomen. Ten slotte is van belang dat de Afdeling in een zaak over de Wet arbeid vreemdelingen van oordeel was dat het zwijgrecht slechts toekomt aan bestuurders, die de onderneming vertegenwoordigen.<sup>26</sup>

Over de toepassing van de diverse wettelijke bepalingen inzake de bestuursdwang en de dwangsombevoegdheid (o.a. over de begunstigingstermijn, het kostenverhaal, de hoogte van de dwangsom) zijn sinds 1998 vele uitspraken geweest. Het is niet doenlijk en ook niet nodig die hier te bespreken, zelfs niet op hoofdlijnen. Zie daarvoor de literatuur<sup>27</sup> inclusief de talrijke annotaties.

Ik maak twee uitzonderingen. De eerste maak ik omdat daarbij ook de rechtseenheid in het geding is. De Afdeling heeft in diverse zaken aangenomen dat onder omstandigheden (en onder bepaalde voorwaarden) in het besluit op bezwaar (ook) aan een andere persoon een last mag worden opgelegd dan degene(n) aan wie in het besluit in primo al een last was opgelegd. Ten aanzien van die nieuwe persoon hoeft dus niet eerst een besluit in primo te worden genomen.<sup>28</sup> In een andere uitspraak werd echter aangenomen dat dit niet kon, zonder dat duidelijk werd waarom niet en hoe zich de casus van deze zaak verhiel tot die van de gevallen waarin dit wel mogelijk was.<sup>29</sup> Het CBB lijkt van het aanschrijven van nieuwe personen in de bezwaarfase niets te willen weten.<sup>30</sup> Misschien een onderwerp voor een conclusie van de staatsraad Advocaat-Generaal?

Een tweede punt waarop ik wil wijzen, is dat tot voor kort nooit expliciet door de bestuursrechter was uitgemaakt of in een geval waarin een last onder dwangsom is opgelegd met de modaliteit 'verbeurte per tijdseenheid', bij voortgezette overtreding de eerste dwangsom meteen na afloop van de begunstigingstermijn wordt

---

25. CBB 21 december 2012, LJN BY7031, *JB* 2013/41. In eerste aanleg had de rechtbank nog anders geoordeeld (zie o.m. Rb Rotterdam 9 juni 2011, LJN BQ7658).

26. ABRvS 27 januari 2010, LJN BLo746, AB 2010, 48 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

27. Met name P.J.J. van Buuren. G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2011. Zie voorts onder meer F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen*, Deventer: Kluwer 2010 en F.C.M.A. Michiels, *Bewegingen in het handhavingsrecht*, *JBplus* 2012, p. 167-179.

28. Zie ABRvS 27 februari 2008, AB 2008/168 m.nt. F.C.M.A. Michiels en ABRvS 2 november 2011, AB 2013/40 m.nt. R. Ortlep.

29. ABRvS 25 januari 2012, LJN BV1856.

30. CBB 5 april 2005, LJN AT4977.

verbeurd dan wel pas na verstrijken van de eerste tijdseenheid. De Afdeling heeft daarin recent duidelijkheid gebracht: pas na het verstrijken van de eerste tijdseenheid wordt de eerste dwangsom verbeurd. Nu in casu die eenheid een week was en twee dagen na de begunstigingstermijn een nieuwe termijn was gegeven, was er geen bedrag verbeurd.<sup>31</sup>

Opvallende wijzigingen in de rechtspraak onder de derde tranche in vergelijking met de rechtspraak onder de regelingen voorafgaand aan de derde tranche (in de organieke wetten) zijn er niet. Het bestuursrechtelijke handhavingsrecht heeft wel ingrijpende wijzigingen ondergaan door hetgeen bij de vierde tranche in de Awb is geregeld alsmede door de rechtspraak daarover.

## 4.2 De vierde tranche Awb (en andere wetgeving na de derde tranche)

Bij de totstandkoming van de derde tranche was al een regeling van de bestuurlijke boete aangekondigd.<sup>32</sup> Die kwam er bij de vierde tranche, die op 1 juli 2009 in werking trad. Een eigen regeling<sup>33</sup> van de intrekking (als sanctie) van begunstigende beschikkingen, die eveneens was aangekondigd, kwam er toen (nog) niet; misschien wordt dat iets voor de vijfde tranche (als die er ooit komt). Wel bracht de vierde tranche naast de boeteregeling een titel 'Algemene bepalingen', een nieuwe definitie van bestuursdwang en een nieuwe (bestuursrechtelijke) regeling voor de tenuitvoerlegging van de herstelsancties bestuursdwang en dwangsom. Voor dat laatste onderwerp is ook de eveneens bij de vierde tranche ingevoerde titel 'Bestuursrechtelijke geldschulden' relevant. Al met al heeft de wetgever met de vierde tranche een forse, nieuwe stap gezet in de richting van een wettelijk geregeld bestuurlijk handhavingsrecht, maar nog zeker niet de laatste stap.

### Algemene bepalingen (titel 5.1)

Deze titel bevat allereerst enkele begripsbepalingen. Nieuw ten opzichte van het oude recht is dat het begrip overtreder ook de medepleger omvat (art. 5:1). Denk aan de persoon die samen met een aanvrager van een subsidie een valse aanvraag

---

31. ABRvS 6 november 2013, nr. 201301822/1/A1.

32. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 132.

33. Uiteraard gelden wel al de Awb-bepalingen die betrekking hebben op besluiten in het algemeen en op beschikkingen in het bijzonder.

indient of iemand helpt bij een valse belastingaangifte. Voor het medeplegerschap moet dan wel worden bewezen dat sprake is van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering.<sup>34</sup> In zekere zin nieuw is ook dat in het derde lid art. 51, tweede en derde lid, WvSr van overeenkomstige toepassing is verklaard, waardoor ook de opdrachtgever en feitelijk leidinggever een sanctie kunnen krijgen wanneer de overtreding is begaan door een rechtspersoon. In de jurisprudentie van de Afdeling werd dit echter ook al vóór de vierde tranche aangenomen. Nu de Awb echter expliciet verwijst naar het WvSr, is het te meer van belang dat Afdeling en Hoge Raad deze bepaling inzake het functionele daderschap op dezelfde wijze toepassen, in elk geval wat betreft bestraffende sancties.<sup>35</sup>

Art. 5:2 bevat een definitie van bestuurlijke sanctie: dit is een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak. ‘Wegens een overtreding’ brengt mee dat de overtreding niet per se al hoeft te zijn gepleegd; ook een preventieve sanctie valt onder de definitie. Art. 5:7 bepaalt overigens dat een preventieve herstelsanctie alleen mag worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Dat is in lijn met de rechtspraak. Een preventieve bestraffende sanctie is uiteraard niet toegestaan. De definitie spreekt voorts van het opleggen van een verplichting of het onthouden van een aanspraak. Dat laatste omvat tevens het alsnog onthouden hetgeen eerder was toegekend (intrekking). Deze definitie is in zoverre tamelijk beperkt, dat een publicatie bij wijze van sanctie (‘naming and shaming’) er niet onder valt. Dit betekent echter niet dat zo’n publicatie geen sanctie zou kunnen zijn en al helemaal niet dat de bepalingen over besluiten en beschikkingen niet van toepassing zijn.<sup>36</sup>

In art. 5:6 is een verbod opgenomen om een bestuursdwang- en een dwangsombesluit *tegelijktijd* ten aanzien van dezelfde overtreding in werking te hebben.<sup>37</sup> Daarmee werd in één artikel geregeld wat voorheen in de artikelen 5:31 en 5:36 stond. Bovendien werd de reikwijdte van het verbod iets uitgebreid: het verbod betreft nu tevens twee dwangsombesluiten of twee bestuursdwangbesluiten. Dit verbod heeft de Afdeling er overigens niet van weerhouden bij de zogeheten bouwstop een combinatie van bestuursdwang (stillegging) en dwangsom mogelijk te

---

34. In het wetsvoorstel voor de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit wordt het overtrederbegrip zelfs uitgebreid tot de doen-pleger, de uitlokker en de medeplechtige. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 754. Dit wetsvoorstel is op 19 november 2013 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.

35. Zie ook de noot van F.R. Vermeer onder ABRvS 27 maart 2013, AB 2013/181.

36. Zie hierover F.C.M.A. Michiels, Aansprakelijkheid bij naming & shaming, O&A 2008, nr. 4, p. 190-199.

37. Eerst de ene sanctie en nadat die geen of onvoldoende effect heeft gehad de andere, is dus wel mogelijk. Het gaat hier dus *niet* om ne bis in idem.

achten.<sup>38</sup> Deze combinatie is mijns inziens alleen dan in overeenstemming met de wet en de wetsgeschiedenis<sup>39</sup> te brengen wanneer men aanneemt dat het om twee verschillende overtredingen gaat, waarbij de tweede overtreding een dreigende is en het gevaar dat die zal worden gepleegd klaarblijkelijk is. Dat wordt echter door de Afdeling niet met zoveel woorden vereist. Voor de praktijk van de handhaving is de opvatting van de Afdeling hoe dan ook prettig. Het orgaan hoeft niet aan te tonen dat de bouwer ingeval hem niet tevens een last onder dwangsom wordt opgelegd, zeer waarschijnlijk de bouwstop zal negeren.

Een andere nieuwigheid in de vierde tranche vormt het begrip ‘last onder bestuursdwang’ en de definitie daarvan in art. 5:21. Daarmee heeft de wetgever ons geen dienst bewezen. Bij bestuursdwang gaat het immers om feitelijk optreden door het bestuur, op basis van een daartoe genomen besluit, welk feitelijk optreden eventueel (spoedeisende gevallen uitgezonderd) door een belanghebbende kan worden voorkomen door binnen de gegeven termijn de overtreding te (doen) beëindigen. De term last suggereert echter dat er een bevel wordt gegeven aan de aangeschrevene. Nu die aangeschrevene bij bestuursdwang ook een belanghebbende kan zijn die zelf geen overtreder is en het negeren van de last voor hem ook niet tot gevolg heeft dat de bestuursdwang op zijn kosten kan worden uitgevoerd, past die term niet. Recent overwoog de Afdeling daarom als volgt:

‘Anders dan bij een dwangsom-aanschrijving, is er bij een bestuursdwangaanschrijving geen sprake van een opgelegde verplichting, die men moet kunnen nakomen, maar van een geboden gelegenheid om – ter voorkoming van het optreden van het bestuursorgaan zelf – maatregelen te treffen om de illegale situatie te beëindigen. Dat met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb op 1 juli 2009 de terminologie omtrent bestuursdwang is gewijzigd, maakt het voorgaande niet anders, nu de wetgever daarmee geen materiële wijziging van het recht heeft beoogd (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 101).<sup>40</sup>

Er is dus wel degelijk een verschil tussen bestuursdwang en dwangsom, ook al hebben deze sancties enkele kenmerken gemeenschappelijk.<sup>41</sup> Een terminologische gelijkshakeling (‘last onder’) draagt daarom niet bij aan helderheid;

38. ABRvS 26 januari 2005, AB 2005, 60 m.nt. TN.

39. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 133.

40. ABRvS 24 juli 2013, AB 2013/308 m.nt. F.R. Vermeer.

41. Zie uitvoeriger P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 8-9 en, uitgebreider nog, Gerdy Jurgens, *Bestuursdwang en dwangsom: geen één-eiige tweeling*, in: Chris Backes e.a. (red.), *Lex Dura Sed Lex*, Deventer: Kluwer 2005, p. 137-145.

zij schept alleen maar verwarring. Daarbij komt dat de definitie van last onder bestuursdwang in art. 5:21 tweeledig is en behalve de last ook de bevoegdheid tot feitelijke tenuitvoerlegging van de last inhoudt. Dat is taalkundig niet fraai: een last is toch een bevel en niet (tevens) een bevoegdheid tot feitelijk handelen? Ik voeg daaraan nog toe dat in zeer spoedeisende situaties helemaal geen last mogelijk is en ook niet nodig is. De bestuursdwang die *dán* op grond van art. 5:31 kan worden uitgeoefend, valt dus zelfs helemaal niet onder het bereik van de definitie van art. 5:21.

## Tenuitvoerlegging sancties

Een zeer belangrijke verandering die de vierde tranche teweegbracht, betreft de tenuitvoerlegging van de herstelsancties. Voor de bestuursdwang zijn er twee nieuwe beschikkingen geïntroduceerd: de kostenverhaalsbeschikking (art. 5:25 lid 6) en de toepassingsbeschikking (art. 5:31a). Beide figuren, die overigens nog weinig jurisprudentie hebben opgeleverd, maken het mogelijk dat de bestuursrechter zich niet alleen over het bestuursdwangbesluit zelf uitspreekt, maar ook over deze aanpalende beslissingen. Dat kan hij ingevolge art. 5:31c (concentratiebepaling) veelal in één procedure tegen zowel het sanctiebesluit als de tenuitvoerleggingsbeschikking doen.

Voor de kostenverhaalsbeschikking, waarin de hoogte en een specificatie van de kosten van de toegepaste bestuursdwang worden vermeld, is ook een deel van de geldschuldenregeling van belang. Voor de inhoud van de beschikking gaat het om art. 4:86, de betalingstermijn is geregeld in art. 4:87. Zie ook de artikelen die betrekking hebben op uitstel van betaling (4:94), wettelijke rente (4:98 e.v.) en verjaring (4:104 e.v.), alsmede de artikelen die zien op de bevoegdheid om in te vorderen bij dwangbevel (art. 4:114 e.v.). Om derden de mogelijkheid te geven de bestuursrechter te benaderen ingeval bij het voortduren van de overtreding de aangezegde bestuursdwang niet ten uitvoer wordt gelegd, kunnen zij het orgaan om toepassing verzoeken. Tegen een weigering van dat verzoek staat bezwaar en beroep open. In de praktijk zal het dus eerder een niet-toepassingsbeschikking zijn, want als het orgaan wél op het verzoek wil ingaan, kan het gewoon het bestuursdwangbesluit uitvoeren zonder eerst een toepassingsbeschikking te nemen.

Er zijn inmiddels wel diverse belangwekkende rechterlijke uitspraken gedaan over de derde nieuwe beschikking, de invorderingsbeschikking (art. 5:37). Wanneer een orgaan de mogelijkheid wil hebben tot invordering door middel van een dwangbevel over te gaan ('dwanginvordering') moet het eerst een invorderingsbeschikking nemen. Het orgaan moet ook een beslissing omtrent invordering nemen ingeval een derde-belanghebbende daarom verzoekt, maar die beslissing kan uiteraard ook een afwijzing inhouden. De ruimte om niet tot invordering over te



gaan is echter beperkt; de Afdeling is van oordeel dat er ook een beginselplicht tot invordering bestaat.

‘Bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, dient aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien.<sup>42</sup>

In de invorderingsbeschikking moet (onder meer) staan hoeveel geld er is verbeurd. Hoewel dwangsommen *van rechtswege* zijn verbeurd (art. 5:33) als de last niet (tijdig) is uitgevoerd, anders gezegd de overtreding na de gegeven termijn is voortgezet of herhaald, zal het orgaan toch eerst moeten constateren óf de overtreding is voortgezet of herhaald vooraleer een invorderingsbeschikking te kunnen nemen. Aan de vaststelling van de overtreding(en) en daarmee van verbeurde worden door de Afdeling strenge eisen gesteld.

‘Aan een invorderingsbesluit dient naar het oordeel van de Afdeling een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen. Dit brengt met zich dat de waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurde van een dwangsom dient te worden gedaan door een terzake deskundige medewerker van het bevoegd gezag en dat bevindingen op schrift worden gesteld. Het geschrift dient in beginsel ten minste te bevatten de plaats, het tijdstip en de datum van de waarneming, een inzichtelijke beschrijving van de gehanteerde werkwijze en een inzichtelijke beschrijving van hetgeen is waargenomen. Dit geschrift dient voorts te zijn voorzien van een ondertekening door de opsteller en een dagtekening.<sup>43</sup> Later heeft de Afdeling daaraan toegevoegd: ‘In het geval dat het geschrift in een digitaal systeem is opgemaakt en ondertekening ontbreekt, dient het bevoegd gezag anderszins aan te tonen op welke datum de deskundige medewerker het geschrift heeft vastgesteld.<sup>44</sup>

---

42. Aldus o.a. ABRvS 16 mei 2012, LJN BW5949.

43. ABRvS 13 juni 2012, LJN BW8183, JM 2012, 103 m.nt. T.N. Sanders.

44. ABRvS 13 november 2013, LJN BW3295.

Een proces-verbaal (van een tevens tot opsporing bevoegde ambtenaar) is dus niet nodig. In een andere uitspraak overwoog de Afdeling dat ook ander materiaal dan een toezichtsrapport tot bewijs kan dienen, zoals foto's, afhankelijk van het type overtreding waarom het gaat.<sup>45</sup> Interessant is vervolgens de vraag of een aanvankelijk gebrek aan het bewijs later kan worden hersteld. In de zaak van de bovenvermelde uitspraak van 13 november 2013 ontbraken de dag- en handtekening van de toezichthouder die het verslag had opgemaakt. De vraag is dan of het alsnog zetten van de dag- en/of handtekening, eventueel voorzien van een uitdrukkelijke verklaring door de toezichthouder dat hij inderdaad destijds (dus vóór het besluit in primo) het rapport heeft opgesteld dat aan het besluit ten grondslag is gelegd, het gebrek kan herstellen. Dat lijkt wel te kunnen in de bezwaarfase, die immers mede bedoeld is voor het kunnen herstellen van gebreken, dus voorafgaande aan het besluit op bezwaar, maar niet meer daarna.<sup>46</sup> Het door de rechter te beoordelen besluit is dan immers, ex tunc toetsend, niet op voldoende deugdelijk bewijs gebaseerd. Weliswaar verbeuren dwangsommen van rechtswege, maar óf het feit of de situatie die tot die verbeurte leidt aanwezig was, moet natuurlijk wel worden aangetoond.

Ook interessant is de vraag of de strenge eisen die de Afdeling stelt aan de constatering van het niet (tijdig) uitvoeren van de last ook allemaal gelden voor de constatering van de oorspronkelijke overtreding, naar aanleiding waarvan de last onder dwangsom is opgelegd. Bij mijn weten is die vraag nog nooit expliciet aan de orde gesteld, laat staan beantwoord. Dat komt wellicht doordat overtreders niet vaak (reeds) in de opleggingsfase de overtreding betwisten met argumenten die te maken hebben met de ondeugdelijke vaststelling ervan. Uit het feit dat de Afdeling de 'eisen-catalogus' inzake vaststelling van een overtreding tot dusver alleen heeft gebruikt in invorderingszaken mag echter niet worden afgeleid dat die eisen niet (allemaal) zouden gelden in de opleggingsfase. Ik zie althans geen aanleiding om een dergelijk onderscheid te maken.

Evenals bij bestuursdwang kent de Awb ten aanzien van de dwangsom een concentratiebepaling voor de rechtsbescherming (art. 5:39). Ofschoon de wetgever ervan heeft afgezien iets te regelen voor het geval de invordering na een verzoek van een belanghebbende wordt geweigerd, omdat hij meende dat die situatie zich niet

---

45. ABRvS 25 juli 2012, LJN BX2610.

46. Zie ABRvS 13 november 2013, LJN BW3295: 'De Afdeling neemt daarbij in overweging dat bij het verweerschrift in hoger beroep weliswaar een gedagtekende en ondertekende verklaring is gevoegd van de betreffende toezichthouder, maar dat deze verklaring ontbrak ten tijde van het nemen van het besluit van 18 augustus 2011' [het besluit op bezwaar, FM].

vaak zou voordoen, heeft de Afdeling, toen zich zo'n geval daadwerkelijk voordeed, uitgemaakt dat op die afwijzende beslissing art. 5:39 Awb evenzeer van toepassing is.<sup>47</sup>

Van groot praktisch belang is de verjaringsregeling. Binnen een jaar na verbeurte (van elk afzonderlijk bedrag!) moet van de bevoegdheid tot invordering gebruik zijn gemaakt, dat wil zeggen dat met de invordering moet zijn begonnen (art. 5:35 Awb). Daarna kan althans geen dwanginvordering meer plaatsvinden. Hetgeen na die termijn door de schuldenaar niettemin wordt betaald, is echter niet onverschuldigd betaald en kan dus niet door hem worden teruggevorderd. De belangrijkste wijzen waarop het bestuursorgaan de verjaring kan *stuiten* (waarna die termijn in zijn geheel opnieuw begint te lopen), zijn het uitbrengen van een aanmaning en het (doen) uitbrengen van een dwangbevel (art. 4:106).<sup>48</sup> In de praktijk wordt de termijn van een jaar nogal eens als kort ervaren, omdat er nadat de begunstigingstermijn is verstreken, niet zelden een tijdrovende bezwaarprocedure volgt en bestuursorganen vaak liever niet al willen gaan invorderen terwijl die procedure nog loopt. Daarmee riskeren ze echter dat ze niet meer kunnen invorderen. Een praktische oplossing voor dit probleem is het *verlengen* van de verjaringstermijn (waardoor die termijn dus niet zoals bij de stuiting opnieuw begint te lopen, maar 'alleen maar' langer wordt), waartoe art. 4:111 de bevoegdheid toekent. Het is wel zaak dat het orgaan dit dan expliciet doet; de mededeling dat vooralsnog (hangende bezwaar) niet tot invordering zal worden overgegaan, is daartoe niet voldoende.<sup>49</sup>

Een lastig probleem doet zich voor ingeval een derde, gebruik makend van de mogelijkheden die de vierde tranche hem heeft geboden, weliswaar, na een verzoek daartoe, het nemen van een invorderingsbeschikking heeft weten te bewerkstelligen, maar het orgaan vervolgens niet invordert, hetzij omdat de bezwaar- of beroepsfase nog niet is afgerond, hetzij om andere redenen. Wanneer het orgaan dan niet bereid is tot (tijdige) stuiting of verlenging, verjaart de invorderingsbevoegdheid. In dat geval staat de derde met lege handen. Om dit te voorkomen, zou hij tijdig een voorlopige voorziening kunnen vragen, inhoudende dat het orgaan wordt opgedragen de termijn ex art. 4:111 te verlengen. Of de rechter daartoe bereid zal zijn, moet worden afgewacht. Enerzijds lijkt dit de enige manier waarop de rechter de derde te hulp kan komen, waarvoor gezien de wetsgeschiedenis,

---

47. ABRvS 19 december 2012, LJN BY6768, AB 2013, 104 m.nt. T.N. Sanders, JB 2013, 25.

48. Het nemen of bekendmaken van de invorderingsbeschikking wordt niet als stuitingshandeling genoemd en kan, nu de Awb een limitatieve opsomming van stuitingshandelingen bevat, dus niet als zodanig gelden.

49. ABRvS 19 juni 2013, LJN CA3682, AB 2013, 285 m.nt. T.N. Sanders.

waaruit blijkt dat versterking van de positie van de derde belangrijk wordt geacht, alle aanleiding bestaat. Aan de andere kant lijkt de bepaling over de verlenging van de verjaringstermijn niet voor dit soort situaties geschreven. De verlenging van de invorderingsbevoegdheid is immers gekoppeld aan de verlening van uitstel van betaling aan de schuldenaar, normaliter op zijn verzoek, terwijl de schuldenaar er natuurlijk geen belang bij heeft dat de verjaringstermijn om andere redenen wordt verlengd. Hij zal liever zien dat de invorderingsbevoegdheid verjaart dan dat hij uitstel van betaling krijgt!

Er zullen de komende jaren nog veel andere knopen met name door de Afdeling en het CBB moeten worden doorgesneden, onder meer over de vraag welke omstandigheden ertoe kunnen leiden dat een verbeurd bedrag niet of niet geheel mag worden ingevorderd. Te denken valt aan de pas later gebleken onmogelijkheid om de last uit te voeren, aan de omstandigheid dat de last gedeeltelijk is uitgevoerd en aan de draagkracht van de overtreder. Wat het laatste punt betreft: weliswaar kan die bij de *oplegging* van de last geen rol spelen, maar in dát stadium heeft de overtreder het ook nog in zijn macht verbeurte te voorkomen. Bovendien kan de draagkracht op het moment van invordering zodanig gering zijn, dat het maatschappelijk wellicht ongewenst is toch tot (gehele) invordering over te gaan. Tot nu toe heeft de Afdeling draagkracht nog niet als invordering verhinderende factor aangemerkt, maar in de desbetreffende gevallen was er steeds een reden waarom de Afdeling aan een principieel antwoord op de vraag of draagkracht zo'n factor kan zijn niet toekwam. Als een beroep op draagkracht bijvoorbeeld niet wordt onderbouwd, kan de Afdeling stellen dat dit beroep 'reeds daarom' niet slaagt.

'Het betoog van [appellante] dat zij de dwangsom niet kan betalen en dat vasthouden aan invordering ertoe zal leiden dat zij haar faillissement zal moeten aanvragen of in de schuldsanering terecht zal komen, is geen bijzondere omstandigheid om van invordering af te zien, reeds omdat zij dit betoog niet nader heeft onderbouwd. De stelling dat zij slechts een AOW-uitkering geniet, is in dit verband niet voldoende.'<sup>50</sup>

## Bestuurlijke boete; vergelijking met het strafrecht

Een belangrijke stap voorwaarts in de harmonisatie van het bestuurlijke handhavingsrecht was het opnemen van een algemene boeteregeling in titel 5.4 van de Awb.<sup>51</sup> Deze regeling moet in combinatie met titel 4.4 Awb over geldschulden

50. ABRvS 17 juli 2013, nr. 201211567/1/A1.

51. Zie H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005 (nog gebaseerd op het wetsvoorstel vierde tranche).

worden gelezen. Het is ook hier ondoenlijk om een overzicht van de jurisprudentie ter zake te geven. Zie daarvoor de literatuur.<sup>52</sup> Ik selecteer twee onderwerpen: de regeling van de boetehoogte en de toetsing van de boetehoogte in concrete gevallen door de rechter.<sup>53</sup>

In 2012 verscheen een omvangrijk onderzoeksrapport over de wijzen waarop de hoogte van boeten in het strafrecht en het bestuursrecht worden vastgesteld.<sup>54</sup> Het gaat daarbij primair om wat de wetgever over de boetehoogte bepaalt en secundair hoe door OM/strafrechter en bestuursorgaan/bestuursrechter tot een bepaalde hoogte in het concrete geval wordt gekomen. De conclusie is, kort gezegd, dat er veel verscheidenheid is; de wetgevers en beleidsmakers onderbouwen hun keuzes voor bepaalde stelsels (met alleen een maximum bedrag, een wettelijk tariefstelsel of beleidsregels) niet of ontoereikend. Dat is des te vervelender, voeg ik daaraan toe, omdat het voor de rechtsbescherming van de burger nogal wat kan uitmaken of voor het strafrecht (in enige vorm) of het bestuursrecht (boete) wordt gekozen. Denk aan de niet-schorsende werking van het beroep tegen een bestuurlijke boete, het in het strafrecht al bij lage boeten opnemen van de straf in de justitiële documentatie (Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens; opname in 'strafblad'), het griffierecht (wel in het bestuursrecht, niet in het strafrecht, ook niet bij het verzet tegen een strafbeschikking), de uiteenlopende termijnen (beroep in het bestuursrecht zes weken, in het strafrecht twee weken) en uiteenlopende verjaringstermijnen.

Een verschil lijkt er ook te zijn wat betreft (toelating, waardering, uitsluiting etc. van) het bewijs, omdat het bestuursrecht geen wettelijk geregeld bewijsstelsel kent. Ik denk echter dat dit meevalt. Enerzijds is ook het strafrechtelijke bewijsrecht voornamelijk rechtersrecht en anderzijds slikt de bestuursrechter niet elke bewering van het beboetende bestuursorgaan voor zoete koek.

Op het eerste gezicht lijkt er voorts een groot verschil te bestaan in de wijzen waarop in concrete gevallen tot een bepaalde boetehoogte wordt gekomen.

---

52. Zie uitgebreid R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011 en (voor de pre-vierde-tranche-rechtspraak) C.L.G.F.F. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, Den Haag: Sdu 2002. Zie ook de talloze annotaties van Oswald Jansen in de AB, die te zamen een fraai overzicht van de ontwikkelingen in de boeterechtspraak geven.

53. Terzijde vermeld ik dat het bestuursorgaan dát een boetebevoegdheid heeft veelal beleidsvrijheid heeft om wel of geen boete op te leggen, maar dat dit niet altijd het geval is; zie diverse SZW-wetten.

54. H.E. Bröring e.a., *Referentiekader geldboetes*, Groningen 2012 (*Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen*). Zie ook de reactie van de minister van Veiligheid en Justitie in de vorm van een brief aan de kamer (Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, nr. 80).

Wettelijke tariefstelsels bijvoorbeeld zijn er met name in het bestuursrecht. Waar het bestuursorgaan in de gevallen waarvoor er niet zo'n stelsel is een zekere vrijheid heeft de boetehoogte te bepalen, worden veelal beleidsregels ter zake vastgesteld. Ook wanneer die beleidsregels op zichzelf redelijk zijn, moet het orgaan altijd nagaan of de toepassing ervan strookt met de wettelijke criteria (ernst overtreding, verwijtbaarheid, omstandigheden).<sup>55</sup> De strafrechter lijkt in dat opzicht meer vrijheid te hebben, maar ook in het strafrecht wordt met een soort 'beleidsregels' gewerkt: de OM-richtlijnen en -aanwijzingen (voor de strafvordering en de strafbeschikkingen) en de oriëntatiepunten straftoemeting (voor de strafrechter). Deze hulpmiddelen perken misschien niet formeel die vrijheid in, maar dragen er in belangrijke mate aan bij te voorkomen dat officieren van justitie en strafrechters willekeurig handelen.

In de praktijk wordt wel de vrees geuit dat de bestuursrechter, ondanks het feit dat die in allerlei uitspraken zegt vol te toetsen, zich te gemakkelijk achter beleidsregels inzake boetehoogten verschuilt. Of de strafrechter in individuele gevallen werkelijk meer maatwerk levert dan de bestuursrechter, weet ik nog zo net niet, maar opvallend is wel dat er in de Afdelingsjurisprudentie over boeten op grond van de Wet arbeid vreemdelingen de laatste jaren een zekere kentering is te zien, waarbij aanvankelijk een zeer strenge lijn werd gevolgd, dicht bij de beleidsregels, terwijl er later meer ruimte en reden voor matiging van de boete aangewezen werd geacht, met soms forse matigingspercentages van 50 en 75%. De reden daarvoor kan in de desbetreffende gevallen, behalve in een beperkte verwijtbaarheid, zijn gelegen in de geringe ernst van de overtreding.<sup>56</sup> Dat iemand de overtreding pas voor de eerste keer pleegt, is echter andersom geen grond voor matiging, evenmin als de enkele omstandigheid dat de werkgever geen voordeel heeft behaald bij het plegen van de overtreding.<sup>57</sup> Andersom kan het evenwel zo zijn dat als hij wél voordeel heeft behaald, dit boeteverhogend kan werken.

Om ongerechtvaardigde verschillen met het strafrecht te voorkomen, zou de bestuursrechter daadwerkelijk vol moeten toetsen. Tegelijk moeten we ons realiseren, dat het al te zeer inzoomen op de concrete omstandigheden van het geval, door telkens andere rechters, ondanks de zuivere intentie, ook tot rechtsongelijkheid en willekeur kan leiden, want wie kan bijhouden hoe het in al die gevallen

---

55. Zie CRvB 7 mei 2010, AB 2010, 229 m.nt. R. Stijnen en ABRvS 21 juli 2010, AB 2011, 264 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie ook ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011, 334 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

56. Zie ABRvS 10 augustus 2011, AB 2011, 262 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 24 augustus 2011, AB 2011, 288 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 19 oktober 2011, AB 2011, 352 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

57. Zie ABRvS 14 september 2011, AB 2011, 294 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

vergelijkenderwijs precies zat? Dat elk geval op zich staat en uniek zou zijn, miskent de grote overeenkomsten tussen veel gevallen. Dit caveat is zowel tot de strafrechter als de bestuursrechter gericht. Een stevig houvast in de vorm van beleidsregels, richtlijnen en oriëntatiepunten is in beide stelsels belangrijk. Bovenstaande laat onverlet dat de strafrechter straft en de bestuursrechter toetst. Dit zou toch meer dan een nuanceverschil in benadering en gevoelde verantwoordelijkheid kunnen meebrengen. Zou het wellicht beter zijn dat de bestuursrechter, juist als de strafrechter, zélf de straf zou opleggen in plaats van een bestuursbesluit te toetsen? Dat de bestuursrechter besluiten toetst en niet zelf straft (afgezien van gevallen als bedoeld in art. 8:72a Awb) volgt uit de taakverdeling in het bestuursrecht, waarbij een bestuursorgaan een besluit neemt, waartegen in beroep kan worden gegaan bij de bestuursrechter, die dit besluit op rechtmatigheid toetst. Dit is kenmerkend voor het bestuursrecht zoals we dat thans kennen, zij het dat daarop recent een uitzondering is gemaakt voor verzoeken aan de bestuursrechter om een bestuursorgaan te veroordelen tot schadevergoeding (titel 8.4 Awb). Wanneer zou worden afgestapt van het besluit als (nagenoeg) exclusieve toegang tot de bestuursrechter en (voor veel meer gevallen) een verdelingsstelsel zou worden ingevoerd, waarbij burgers, maar wellicht ook bestuursorganen, de bestuursrechter met allerlei verzoeken kunnen benaderen<sup>58</sup>, zou ook een verzoek van een bestuursorgaan aan de bestuursrechter om aan een overtreder een boete op te leggen denkbaar zijn. Een tussenweg in zekere zin zou zijn om weliswaar het orgaan de boete te laten opleggen, maar deze pas in werking te laten treden nadat de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken dan wel, als binnen die termijn een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan, pas nadat de bestuursrechter dat verzoek heeft afgewezen.<sup>59</sup>

---

58. Zie over deze gedachte en hoe die uit te werken F.J. van Ommeren en P.J. Huisman e.a., 'Het besluit voorbij' (VAR-preadviezen), Den Haag: BJu 2013, met name het preadvies van F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model, p. 7-102. Zij gaan overigens niet concreet in op de vraag of het beter zou zijn dat de bestuursrechter de boete oplegt in plaats van het bestuursorgaan.

59. Daarvoor werd ten aanzien van de last onder dwangsom al lang geleden gepleit door Koeman, in reactie op het voorontwerp derde tranche Awb,. Zie N.S.J. Koeman, Hoofdstuk 6 Handhaving, in: Willem Konijnenbelt (red.), De derde tranche, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, p. 106-107.

## Afdwingen van de medewerking aan het toezicht door middel van een herstelsanctie

In art. 5:20 Awb is medewerking aan het toezicht verplicht gesteld, maar in de Awb is geen bevoegdheid opgenomen om met een bestuurlijke sanctie die verplichting tot medewerking aan het toezicht af te dwingen. Steeds vaker echter biedt de bijzondere wet wel een dergelijke bevoegdheid, waarbij, anders dan bij bestraffing van het niet meewerken,<sup>60</sup> de medewerking daadwerkelijk kan worden afdwongen.<sup>61</sup> Dit is onder meer het geval in de Wabo (art. 5.14), de Warenwet (art. 32), de Drank- en Horecawet (art. 44), de Wet op de medische hulpmiddelen (art. 12) en de Wet op het financieel toezicht (art. 1:79). Laatstgenoemde wet voorziet behalve in de bevoegdheid ter zake een last onder dwangsom op te leggen ook in een boetebevoegdheid bij het niet naleven van art. 5:20 Awb (zie art. 1:80 Wft).<sup>62</sup> Met name door een last onder dwangsom kan de toezichthouder daadwerkelijke medewerking afdwingen, mits het bedrag in de last hoog genoeg is. Bovendien kan een geschil over de vraag of medewerking in casu mag worden gevegd dan worden uitgevochten in een procedure over de last onder dwangsom ter handhaving van de medewerkingsplicht, in plaats van in de procedure tegen de sanctie die is opgelegd vanwege de 'inhoudelijke overtreding'. Het lijkt daarom een goed idee het afdwingen van de medewerkingsplicht algemeen, in de Awb, te regelen. Voor het verkrijgen van daadwerkelijke medewerking is een herstelsanctie het meest aangewezen.

---

60. Voorts is er altijd de onaantrekkelijke strafrechtelijke weg van vervolging wegens het niet opvolgen van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 184 WvSr). Op die manier verkrijgt de toezichthouder immers niet alsnog medewerking, maar wordt de weigerachtige persoon 'slechts' gestraft. Nu in steeds meer bijzondere wetten de bestuursdwangbevoegdheid (en dan dus ook automatisch via art. 5:32 Awb de dwangsombevoegdheid) ter handhaving van de medewerkingsplicht wordt opgenomen, rijst de vraag of dit in de Awb kan worden geregeld.

61. Zie voor enkele voorbeelden in de rechtspraak ABRvS 14 juli 2004, AB 2004, 331 m.nt. FM en Vz. ABRvS 29 augustus 2005, JB 2005, 307 m.nt. Overkleef-Verburg.

62. Zie bijvoorbeeld Rb Rotterdam 9 juni 2011, LJN BQ7658 en Rb Rotterdam 9 juni 2011, LJN BQ7633 (in welke zaken boeten van 100.000 respectievelijk 150.000 euro waren opgelegd).



## 5 Relatie tot algemene ontwikkelingen in het bestuursrecht

De bestuurlijke handhaving is ingebed in het algemene bestuursrecht. Dit brengt mee dat bijvoorbeeld beginselen van behoorlijk bestuur ook voor handhavingsbesluiten ‘gelden’, evenals de bepalingen in de Awb over besluiten in het algemeen en over beschikkingen in het bijzonder, naast de specifieke bepalingen in hoofdstuk 5. Ten aanzien van de plicht tot belangenafweging en de evenredigheid tussen doelen en gevolgen (art. 3:4) neemt de handhavingsjurisprudentie in zoverre een aparte plaats in dat er bij de afweging of wel of niet tot handhaving moet worden overgegaan, geen sprake is van een blanco startpositie. Het gewicht van de algemene belangen die met handhaving zijn gediend, is op voorhand zwaar. Er moeten dus nóg zwaarder wegende belangen van de overtreder of anderen tegenover staan wil het afzien van handhaving gerechtvaardigd zijn. Wél in lijn met de rest van het bestuursrecht is de strenge koers die de Afdeling vaart ten aanzien van het vertrouwensbeginsel. Van een plicht tot het afzien van handhaving wegens opgewekt vertrouwen waarop betrokken mocht afgaan, kan alleen sprake zijn als er een concrete, ondubbelzinnige toezegging is gedaan door of namens het bevoegd gezag. Daarvan blijkt in de praktijk zelden of nooit sprake te zijn.

Evenals het bestuursrecht in het algemeen is het handhavingsrecht voortdurend in ontwikkeling. De voorgaande paragrafen hebben dat duidelijk gemaakt. Het eind van de ontwikkelingen is nog lang niet in zicht; dat zal hierna blijken. Met zowel de derde als de vierde tranche heeft de wetgever wel een forse stap gezet richting harmonisatie en overzichtelijkheid. Omdat niet alle beleidsterreinen dezelfde problemen en eigenaardigheden kennen, zal van een complete eenwording echter wel nooit sprake zijn. Er blijft behoefte aan maatwerk en diversiteit. Dat is ook niet erg, als er maar een systeem in het recht zit. Dat dit er nog niet in optima forma is, wordt hierna in § 6 besproken.

Het handhavingsrecht is dus ondanks alle inspanningen van de wetgever nog altijd niet bepaald eenvoudig. Ook dat spoort met de algemene ontwikkelingen binnen het bestuursrecht. De drang naar deregulering en vereenvoudiging gaat gepaard met goed bedoelde wetswijzigingen die veelal tal van nieuwe vragen oproepen. Zie de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, om maar eens een willekeurig voorbeeld in één van de bijzondere delen van het bestuursrecht te noemen. Wat de handhaving betreft heeft met name de nieuwe Awb-regeling inzake de invorderingsbeschikking de bestuursrechter voor tal van vragen gesteld, zoals in de vorige paragraaf is gebleken. Hoe terecht men het ook kan vinden dat tenuitvoerleggingsvragen bij de bestuursrechter zijn ondergebracht, er dreigt verdergaande juridisering. Dat zien we ook in de rest van het bestuursrecht. De komst van de

bestuurlijke strafbeschikking (formeel een stukje strafrecht, maar toegepast door bestuursorganen) als alternatief voor de bestuurlijke boete heeft het bestuursstrafrecht verder gecompliceerd. Dat de strafbeschikking de bestuurlijke boete zou vervangen of zelfs terugdringen, zoals sommigen wellicht zouden hebben verwacht, is gezien de constante stroom aan nieuwe wetsvoorstellen met bestuurlijke-boetebevoegheden vooralsnog niet bewaarheid.

## 6 Knelpunten en oplossingen daarvoor

### Wat zou er nog in hoofdstuk 5 Awb moeten worden geregeld?

Kijkend naar hoofdstuk 5 Awb valt direct op dat daarin een aantal onderwerpen *niet* is geregeld. Zo is er, niettegenstaande eerdere aankondigingen van het tegendeel, nog altijd geen regeling van de intrekking van begunstigende beschikkingen (als sanctie). Daarmee is de intrekking de enige algemene bestuurlijke sanctie die nog geen regeling in de Awb heeft gevonden, behoudens de intrekking van subsidies. In die leemte zou moeten worden voorzien, al dan niet in een vijfde tranche.<sup>63</sup> In een algemene regeling voor de intrekking *als sanctie*, in hoofdstuk 5 Awb, zouden tenminste de volgende, voor de hand liggende, punten aan bod<sup>64</sup> moeten komen:

- (betere) definitie van intrekking (en wijziging);<sup>65</sup>
- welk orgaan bevoegd is tot intrekking;
- wat de intrekkingsovereenkomst moet vermelden (o.a. datum waarop de intrekking ingaat, of de intrekking voor onbepaalde tijd is of voor een bepaalde duur);
- de gronden voor intrekking;

---

63. Zie hierover M.A.M. Dieperink, Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken, in: C.H. Bangma e.a., *De vijfde tranche, preadviezen Jonge VAR*, Den Haag: BJu 2003, p. 49-84, en W. den Ouden, *De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag BJu 2010, p. 689-715.

64. Aan bod komen: wat er precies in de regeling zou moeten komen te staan, is vers twee.

65. In art. 5:2 lid 1 sub a Awb wordt onder bestuurlijke sanctie mede verstaan een 'onthouden aanspraak'. Om de intrekking daaronder te laten vallen, moeten we dan enigszins geforceerd spreken van een 'alsnog onthouden aanspraak'. Dit mag wel wat duidelijker worden geformuleerd. Zie hierna.

- een bepaling die betrokkene in de gelegenheid stelt de reden voor (een niet als straf bedoelde) intrekking weg te nemen door alsnog zijn verplichtingen na te leven, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn waarin hem die mogelijkheid niet hoeft te worden geboden;
- eventuele beperkingen aan de bevoegdheid tot intrekking (bij een intrekking van een financiële aanspraak wellicht een vervaltermijn);
- een bepaling over de al dan niet terugwerkende kracht van de intrekking;
- een vervaltermijn (in elk geval bij een intrekking van een financiële aanspraak).

Zou er een Awb-regeling over intrekking in het algemeen, dus ook over intrekkingen anders dan als sanctie, komen, dan moeten aan dit lijstje wellicht nog enkele onderwerpen worden toegevoegd, zoals schadevergoeding bij intrekking. Ik vind niet dat de Awb zou moeten bepalen wat de aard van een intrekking is (herstel of bestraffend) omdat dit nu eenmaal niet voor alle intrekkingen dezelfde hoeft te zijn.<sup>66</sup> Wel zou een aanpassing van de definitie van bestuurlijke sanctie in art. 5:1 lid 1 onder a wenselijk zijn in die zin dat niet alleen wordt gesproken van een ‘opgelegde verplichting of onthouden aanspraak’, maar van een ‘opgelegde verplichting of onthouden dan wel ontnomen aanspraak’. Dan hebben we de slimmigheid dat onder ‘onthouden’ ook ‘alsnog onthouden’ moet worden verstaan, niet meer nodig. Voorts zou de verhouding van de voorgestelde algemene regeling inzake de intrekking als sanctie tot de intrekkingbepalingen in de subsidietitel moeten worden bezien. Die laatste bepalingen zouden dan deels kunnen vervallen.

Op den duur zou hoofdstuk 5 wellicht ook een regeling kunnen bevatten voor andere sancties, zoals de uitsluiting<sup>67</sup>, maar gezien de algemene aard van de Awb lijkt het verstandig het vooralsnog te laten bij een regeling van de vier meest voorkomende sancties (bestuursdwang, dwangsom, boete en intrekking), waarvan de intrekking als enige dus nog niet in hoofdstuk 5 is te vinden.

Een aspect dat slechts deels is geregeld, is het legaliteitsvereiste voor bestuurlijke sancties. Weliswaar bepaalt art. 5:4 Awb algemeen dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts bestaat voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend, maar art. 5:3 beperkt de reikwijdte (ook) van art. 5:4 tot

---

66. Voor zover mogelijk en nodig zou de bijzondere wet daarover uitsluitsel moeten geven. Zie voor een recente belangwekkende uitspraak over het karakter (wel of niet punitief) van de intrekking van een rijbewijs ABRvS 23 oktober 2013, LJN BY7669 (alcoholslotprogramma).

67. Daarbij gaat het erom dat een overtreder voor een bepaalde periode wordt uitgesloten van de mogelijkheid zekere voordelen te genieten, zoals subsidies en vergunningen. Zie bijvoorbeeld art. 31 lid 4 Drank- en horecawet (welke uitsluiting overigens een automatisch karakter heeft).

‘de in dit hoofdstuk geregelde bestuurlijke sancties’. Aldus geldt art. 5:3 alleen voor bestuursdwang, dwangsom en boete. Dat voor elke intrekking van een begunstigende beschikking, ook een zuivere herstelintrekking, thans op grond van het legaliteits*beginsel* zou gelden dat een wettelijke grondslag nodig is, staat allerminst vast. Het is misschien wel wenselijk. Deze onduidelijkheid zou er niet zijn zonder bedoelde beperking van de reikwijdte van art. 5:4.<sup>68</sup>

Persoonlijk vind ik het niet fraai dat de Awb niet zelf de bestuursdwangbevoegdheid aan bestuursorganen toekent, nu alle decentrale organen deze bevoegdheid reeds hebben. In de huidige systematiek moet voor organen van de centrale overheid per regeling worden gezien of die bevoegdheid wordt toegekend. De reden dat er op centraal niveau geen behoefte aan zo’n toekenning zou bestaan (‘in de praktijk niet wordt gemist’)<sup>69</sup> overtuigt nog altijd<sup>70</sup> niet. Een algemene toekenning aan alle bestuursorganen, en dan uiteraard in de Awb, is een stuk eenvoudiger en overzichtelijker, terwijl er in de gevallen waarin aan die bevoegdheid geen behoefte zou bestaan, voor zover die gevallen er zijn, die bevoegdheid dan bij bijzondere wet kan worden afgenomen dan wel door organen gewoon niet wordt gebruikt. Ten slotte zou het de voorkeur verdienen in de Awb te regelen dat de plicht tot medewerking aan het toezicht door middel van een bestuurlijke herstelsanctie kan worden afgedwongen. Zie daarover reeds het slot van paragraaf 4.

## Andere belangrijke kwesties (die echter niet per se in hoofdstuk 5 hoeven te worden geregeld)

Er zijn drie kwesties die alle de verhouding tussen het bestuursrecht en het strafrecht betreffen, die ik hier nog zou willen noemen. Ten eerste is dit de verhouding tussen toezicht, waaraan moet worden meegewerkt, en opsporing, waarbij een zwijgrecht geldt. Hierbij rijzen tal van lastig te beantwoorden vragen: op welk moment vindt de overgang van de ene naar de andere sfeer plaats en welke

---

68. Bröring en Naves vinden dit een misser: ‘De Awb schiet tekort waar zij in art. 5:3 de reikwijdte van art. 5:4 heeft beperkt.’ Zie H.E. Bröring en H.K. Naves, *Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 449-467 (455).

69. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 153.

70. Zo’n zestig jaar geleden zag Van Wijk dit al als een lacune. Zie H.D. van Wijk, *Politiédwang*, VAR-geschrift XXIX, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1954, p. 72.

gevolgen heeft dit? Welke opbrengsten van het toezicht mogen in de opsporingsfase worden gebruikt en onder welke voorwaarden?<sup>71</sup> Wat is precies de reikwijdte van het beginsel *nemo tenetur*? Het is verleidelijk de wetgever te vragen de verhouding tussen toezicht en opsporing eens en voor altijd helder te regelen, maar mede gelet op de internationaalrechtelijke kanten van dit vraagstuk – vergelijk de vele EHRM-arresten hierover – is dat niet reëel.

De tweede kwestie betreft het bewijs. Zou de bestuursrechter niet dezelfde aanpak moeten volgen als de strafrechter waar het gaat om de vaststelling en waardering van het bewijs dat een beboetbaar feit is gepleegd? Zie hierover ook reeds § 3.2. Ik denk dat het formuleren en in de Awb opnemen van enkele specifieke bewijsregels alleen voor dit soort zaken, hetgeen op zichzelf al niet gemakkelijk is, afbreuk zou doen aan de eenheid van het bestuursrecht, want bewijs speelt in tal van zaken, ook buiten het handhavingsrecht en zeker buiten het 'boeterecht'. Denk aan het bewijs dat moet worden geleverd voor het verbeurd zijn van dwangsommen. Daarvoor heeft de Afdeling enkele vuistregels ontwikkeld. Laat zij daar aan de hand van concrete gevallen vooral nog even mee doorgaan! Hoe dan ook: als er al bewijsregels in hoofdstuk 5 zouden moeten komen, dan zouden die in elk geval niet alleen voor de boete moeten gelden.

De derde kwestie gaat over de telkens opnieuw door de wetgever te maken keuze voor een bepaald systeem van sanctionering: bestuursrecht of strafrecht, bestuurlijke boete of strafbeschikking, bestraffende of herstel sanctie?<sup>72</sup> Er zijn diverse nota's waarin tamelijk vage criteria als 'aard en ernst van het feit', 'besloten of gesloten context', doelmatigheid en doeltreffendheid en dergelijke worden beschreven, als richtsnoer voor de wetgever. Tegelijk zien we dat de wetgever daarmee doorgaans nogal opportunistisch omgaat. Dat laatste is op zichzelf misschien niet wenselijk, maar het is een illusie te denken dat dit verandert door het opnemen van dergelijke criteria in de Awb. Het zou de wetgever voor alle volgende wetten hoe dan ook niet binden. Het zou beter zijn een aantal ongerechtvaardigde verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het bestuursrecht weg te nemen. Als dat eenmaal is gebeurd, mag wat mij betreft daarna het doelmatigheidsaspect de doorslag geven.

---

71. Een verwante vraag deed zich voor toen de Belastingdienst een kort geding aanspande om bepaalde fiscaal relevante documenten te verkrijgen. De Hoge Raad maakte uit dat die documenten wel moesten worden verstrekt, maar ook dat voor zover het ging om wilsafhankelijk materiaal die documenten niet voor eventuele beboeting mochten worden gebruikt. Zie HR 12 juli 2013, LJN BZ3640.

72. Er zijn uiteraard ook (vele) situaties waarin beide mogelijk zijn en waarin een bestuursorgaan en/of de officier van justitie moet kiezen. Het gaat mij hier nu echter om de keuzes die de wetgever moet maken.

# De Awb als constante van het bestuurlijk toezicht

*Hansko Broeksteeg*

Over het algemeen is het bestuursrecht een wat dynamischer vakgebied dan het staatsrecht. Het aantal wetwijzigingen en de hoeveelheid jurisprudentie is in het bestuursrecht aanmerkelijk groter dan in het staatsrecht. Paradoxaal genoeg geldt dat niet voor het bestuurlijk toezicht. Daar waar de bepalingen van Titel 10.2 Awb al sinds 15 jaar een rustig bezit zijn, is het staatsrechtelijke deel van het bestuurlijk toezicht, vastgelegd in voornamelijk de Gemeentewet, aan continue verandering onderhevig. Opvallend is ook dat de wetgever van de derde tranche Awb nauwelijks aandacht wijdt aan het bestuurlijk toezicht.

In deze bijdrage onderzoek ik welke bijdrage de Awb heeft geleverd aan de rechtsontwikkeling van het spontane vernietigingsrecht (Afdeling 10.2.2 Awb), in het bijzonder ten aanzien van gemeenten.<sup>1</sup> Goedkeuring (Afdeling 10.2.1 Awb) is in de bestuurlijke praktijk aanzienlijk minder relevant gebleken en laat ik daarom buiten beschouwing. Ik begin bij de invoering van de Gemeentewet-1994 en de derde tranche Awb (1998) en zal chronologisch de ontwikkeling van het vernietigingsrecht beschrijven. Daarbij ga ik ervan uit dat de lezer de hoofdlijnen van het spontane vernietigingsrecht kent: de Kroon kan een besluit of niet-schriftelijke beslissing van het gemeentebestuur vernietigen wegens strijd met het recht of met het algemeen belang. De burgemeester kan een voordracht tot vernietiging doen. Aan vernietiging kan schorsing vooraf gaan.<sup>2</sup>

- 
1. Aan de provincies besteed ik slechts aandacht voor zover dat relevant is voor dit betoog. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de vernietiging van besluiten van het provinciebestuur.
  2. Zie art. 132 lid 4 Grondwet, 10:35 en 10:43 Awb en 268 en 273 Gemeentewet.

# 1 Een nieuwe Gemeentewet en een derde tranche Awb

## 1.1 Een nieuwe Gemeentewet

Op 1 januari 1994 treedt, behalve de (eerste en tweede tranche van de) Awb, ook een nieuwe Gemeentewet in werking. De belangrijkste verandering ten aanzien van het spontane vernietigingsrecht is dat de vernietigingsgrond 'strijd met de wet' wordt gewijzigd in 'strijd met het recht'. Daarmee hoeft minder vaak een beroep te worden gedaan op de vernietigingsgrond 'strijd met het algemeen belang'. Ook nieuw is de mogelijkheid ex art. 281a Gemeentewet tot beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De teneur van de gemeentewetgever is dat van bestuurlijk toezicht niet al te lichtvaardig gebruik mag worden gemaakt.<sup>3</sup> De wetgever vindt het bovendien gewenst om de toezichthouder aan een toetsingskader te binden.<sup>4</sup>

In de aanloop naar de inwerkingtreding van de nieuwe Gemeentewet (ook op 1 januari 1994) zendt de minister van Binnenlandse Zaken een nota aan de Tweede Kamer over de 'vormgeving en toepassing van het instrument van spontane schorsing en vernietiging', beter bekend als het (eerste) Beleidskader spontane vernietiging. De herziening van dit instrument in de Gemeentewet zou moeten leiden tot een 'versterking van de positie van decentrale overheden bij toepassing van het schorsings- en vernietigingsinstrumentarium'.<sup>5</sup> Volgens de minister vormen spontane schorsing en vernietiging het sluitstuk van het toezichtstelsel. Andere, bijvoorbeeld preventieve toezichtsvormen, komen vaak eerder voor toepassing in aanmerking. Het is bovendien 'een hoogdrempelig instrument: in de heersende opvattingen omtrent de verhoudingen tussen overheden past dat het centrale gezag niet dan met de nodige terughoudendheid van zijn vernietigingsbevoegdheid gebruik maakt'.<sup>6</sup> De minister benadrukt dat in de wetgeving enkele waarborgen zijn opgenomen om te bevorderen dat het vernietigingsrecht als een *ultimum remedium* wordt gebruikt. Zo gaan goedkeurings- en administratiefrechtelijke procedures vóór de toepassing van het vernietigingsinstrument, moet de Kroon het oordeel van de rechter over een bestreden vernietigingsbesluit respecteren, kan een voordracht tot vernietiging alleen worden gedaan met medewerking van

---

3. *Kamerstukken II 1985/86*, 19 403, nr. 3, p. 14.

4. *Ibidem*, p. 20.

5. *Kamerstukken II 1991/92*, 21 427, nr. 21, p. 1.

6. *Ibidem*, p. 2.

de minister van Binnenlandse Zaken – wiens beleid gericht is op terughoudende toepassing – en moet de Raad van State worden gehoord over een voordracht.<sup>7</sup> Uitgangspunt is bovendien dat eerst wordt bezien in hoeverre er aanleiding is te vernietigen wegens strijd met het recht. Vernietiging wegens strijd met het algemeen belang vindt, aldus de minister, zo veel mogelijk plaats tezamen met vernietiging wegens strijd met het recht.<sup>8</sup> De nota maakt bovendien duidelijk dat strijd met het recht of het algemeen belang op zichzelf onvoldoende is om vernietiging te rechtvaardigen. Het moet gaan om een inbreuk op de rechtsorde die zodanig is dat een dwingend openbaar belang is gediend met vernietiging. De vernietiging mag voorts geen doel op zichzelf zijn: het beoogt mede met het recht of het algemeen belang strijdige gevolgen te voorkomen. Het toezichthoudend orgaan moet zelf ook de beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen, zoals de rechtszekerheid en het verbod van willekeur.<sup>9</sup>

Hoewel de wetgever er in de Gemeentewet bewust voor kiest om de vernietigingsgrond strijd met het algemeen belang te handhaven, is de minister hierover in haar nota uitermate kritisch. Vernietiging wegens strijd met het algemeen belang verdraagt zich, aldus de minister, slecht met het gegeven ‘dat ook bij lagere overheden beslissingen via democratische besluitvorming tot stand komen en dat deze overheden in voldoende mate vrije beleidsruimte moet worden geboden.’<sup>10</sup> Zij beroept zich daarbij op het (niet een ieder verbindende) Europees Handvest inzake Lokale Autonomie (EHLA), dat vernietiging wegens strijd met algemeen belang in beginsel verbiedt.<sup>11</sup> Om die reden moet ‘uiterste terughoudendheid’ worden betracht bij het hanteren van deze vernietigingsgrond. Toch acht het kabinet de tijd niet rijp – het kabinet motiveert niet zulks nader – om met concrete wetsvoorstellen hieromtrent te komen.<sup>12</sup>

## 1.2 En een derde tranche Awb

Deze Gemeentewet bevat dan nog bepalingen die in 1998 naar Afdeling 10.2.2 van de Awb worden ‘overgeheveld’. Zo worden de – reeds grondwettelijk vastgelegde – vernietigingsgronden (strijd met het recht en het algemeen belang) opgenomen

---

7. Ibidem, p. 3.

8. Ibidem, p. 3-4.

9. Ibidem, p. 4.

10. Ibidem, p. 6.

11. Art. 8 lid 2 EHLA.

12. *Kamerstukken II 1991/92, 21 427, nr. 21, p. 8.*



in art. 10:35 Awb en is ook de mogelijkheid tot gedeeltelijke vernietiging naar de Awb (art. 10:36) overgebracht. Hetzelfde geldt voor, bijvoorbeeld, de art. 10:37, op grond waarvan een vernietiging niet tegen een rechterlijke uitspraak kan ingaan, art. 10:38, op grond waarvan een besluit dat nog goedkeuring behoeft niet kan worden vernietigd, art. 10:39 Awb, dat privaatrechtelijke rechtshandelingen na een bepaalde termijn uitsluit van vernietiging, art. 10:40 en 10:41, die procedurevoorschriften geven, en 10:42 Awb, dat de gevolgen van vernietiging regelt. Deze bepalingen zijn, voor het grootste deel, vrijwel woordelijk uit de Gemeentewet overgenomen. Nieuw is bepaling dat de vernietigingsbevoegdheid slechts kan worden verleend bij de wet (art. 10:34)

De Awb-wetgever is echter uiterst summier over de redenen voor het opnemen van de toezichtsbepalingen in de Awb of over het rechtskarakter van het vernietigingsrecht. Er wordt wel uitleg gegeven van de verschillende instrumenten die het bestuur ter beschikking staan, maar de principiële vraag waarom deze materie in de Awb thuishoort, komt nauwelijks aan bod: de wetgever stelt slechts vast dat de vraag of toezicht noodzakelijk is niet door de Awb-wetgever kan worden beantwoord, maar dat 'de wijze van vestiging van toezicht en regels voor de uitoefening van toezicht zich wel [lenen] voor opneming in de Awb'.<sup>13</sup> Een nadere uitwerking krijgt deze constatering niet. Ten aanzien van het rechtskarakter van bestuurlijk toezicht benadrukt de wetgever, specifiek ten aanzien van het vernietigingsrecht, alleen dat het een recht *ultimum remedium* is. Dat is, zo betoogt hij, een argument om de vernietigingsgronden niet nader te omschrijven. Het vernietigingsrecht 'biedt een mogelijkheid om juist in onvoorziene gevallen in te grijpen'.<sup>14</sup>

Dat de wetgever zo beknopt is, betekent niet dat opneming van bestuurlijk toezicht in de Awb niet binnen de doelstellingen van deze wet past. Die doelstellingen zijn, kort weergegeven, harmonisatie van bestuursrechtelijke wetgeving, het systematiseren en waar mogelijk vereenvoudigen daarvan, het codificeren van ontwikkelingen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie en het treffen van voorzieningen ten aanzien van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen.<sup>15</sup> Opneming van bestuurlijk toezicht in de Awb betreft (vermoedelijk) vooral de eerste doelstelling: harmonisatie, ofwel het geven van een algemene regeling. De andere doelstellingen lijken minder op bestuurlijk toezicht van toepassing.

13. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 183.

14. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 194.

15. *Kamerstukken II 1989/90*, 21 221, nr. 3, p. 4; *PG Awb I*, p. 19; uitgebreid R.J.N. Schlössels, S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 85 e.v.

## 2 Een relatief rustig bezit

Van 1994 tot 2004 heerst er een stilte voor de storm. De bestuurlijke praktijk en de jurisprudentie zorgen voor een ontwikkeling van het leerstuk, zij het in bescheiden mate. De Greef heeft in een overzichtsartikel de vernietigingsbesluiten geïnventariseerd.<sup>16</sup> Tussen 1993 en 2004 zijn dat er negentien.<sup>17</sup> Tevens worden vier besluiten geschorst, waarna geen vernietiging volgt. De Greef concludeert dat, vergeleken met de periode vóór 1993, sprake is van een afname van het aantal vernietigingsbesluiten<sup>18</sup> en dat derhalve, overeenkomstig het beleidsvoornemen in het Beleidskader, uiterst terughoudend is omgegaan met de bevoegdheid tot spontane vernietiging. Hij signaleert bovendien een eerste voorzichtig gebruik van de mogelijkheid tot beroep bij de Afdeling.

In deze periode (1993-2004) wordt in de rechtspraak en literatuur één inhoudelijk punt bediscussieerd. Dat betreft de reikwijdte van de vernietigingsbevoegdheid. Art. 10:42 Awb bepaalt in lid 1 dat een vernietiging van een besluit zich uitstrekt tot alle rechtsgevolgen waarop het was gericht. Lid 2 schrijft voor dat in het vernietigingsbesluit kan worden bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of ten dele in stand blijven. Dan kan zich de vraag voordoen in hoeverre de Kroon de bevoegdheid heeft om het decentrale bestuur voor te schrijven hoe het vernietigingsbesluit moet worden uitgevoerd. In concreto betreft het een tweetal bouwvergunningen, verleend door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Valkenswaard, die worden vernietigd wegens strijd met het recht (art. 44 Woningwet).<sup>19</sup> De Kroon bepaalt in de vernietigingsbesluiten dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit niet in stand worden gelaten. Hij adviseert het college om door middel van bestuursdwang het woonhuis af te breken. Daardoor hebben de besluiten ook feitelijke gevolgen. In beroep oordeelt de Afdeling dat de Kroon rechtmatig gebruik heeft gemaakt van de hem toekomende bevoegdheid.<sup>20</sup> Van der Tang-van Loenen is van mening dat de Kroon niet (zo gedetailleerd) kan

16. R.J.M.H. de Greef, 'Inventarisatie spontane vernietigingsbesluiten van de Kroon 1993-2004', *de Gemeentestem* 2006, p. 191-199.

17. Het onderzoek van De Greef bestrijkt dus een periode die net vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Gemeentewet aanvangt.

18. Volgens De Jong is het aantal vernietigingsbesluiten echter redelijk constant gebleven. Weliswaar schommelt het aantal vernietigingsbesluiten, maar dat zegt, volgens haar, weinig over het vernietigingsbeleid van de Kroon. M.A.D.W. de Jong, 'Toezicht', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutionele normen en decentralisatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 190.

19. KB 19 februari 2001, *Stb.* 2001, 117; KB 12 juni 2001, *Stb.* 2001, 289.

20. ABRvS 20 november 2002, *AB* 2003, 2 en 3.

bepalen op welke wijze het bestuursorgaan moet omgaan met het vernietigingsbesluit, wanneer het op grond van art. 281 Gemeentewet een nieuw besluit moet nemen. Tak meent echter dat het de Kroon vrij staat om aan te geven wat toelaatbaar is, zodat een nieuwe vernietiging kan uitblijven.<sup>21</sup>

Vanaf 2005 en 2006 komt het vernietigingsrecht in een stroomversnelling. Dan doen zich een aantal spraakmakende vernietigings- en schorsingsbesluiten voor, die het instrument van spontane vernietiging en schorsing opnieuw volop in de belangstelling plaatsen. Dat is de vernietiging in de zaken-Lelystad, -Oirschot en -Gorinchem, de schorsing in de zaak-Haarlemmermeer en een vernietiging in de zaak-Limburg. In de eerste drie zaken betrof het vernietiging van rekenkamer-verordeningen wegens strijd met het recht. Uit de Gemeentewet zou, aldus de Kroon, zijn af te leiden dat een rekenkamer zelfstandig zijn onderzoeks-onderwerpen kiest – en dat de gemeenteraad daarin geen (dwingende) rol mag vervullen.<sup>22</sup> De Afdeling bevestigde deze interpretatie van de Gemeentewet.<sup>23</sup> In de literatuur is deze interpretatie ernstig bekritiseerd: zij is niet af te leiden uit de wet en of hier sprake is van een aperte onrechtmatigheid, valt ten zeerste te betwijfelen. De vernietigingsgrond ‘strijd met het recht’, zo is de strekking, wordt wel erg extensief uitgelegd.<sup>24</sup>

De zaak-Haarlemmermeer speelt in de nasleep van de Schipholbrand in 2005. Naar aanleiding van deze brand trekt de gemeente Haarlemmermeer enkele gebruikersvergunningen, verleend aan de Staat (het ministerie van Justitie), in. Dit besluit wordt door de Kroon geschorst.<sup>25</sup> Sommigen verwachten dan dat de minister van Justitie tegen de intrekking bezwaar maakt en een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter vraagt.<sup>26</sup> Door niet de gang naar de bestuursrechter te maken, maar tot schorsing van de intrekkingbesluiten over te gaan, was de

- 
21. P.H. van der Tang-van Loenen, ‘Ergernis en bevoegdheid’, *NJB* 2001, p. 2049-2050; A.Q.C. Tak, ‘Het KB Valkenswaard’, *NJB* 2002, p. 664-665; P.H. van der Tang-van Loenen, ‘Vernietigingsbevoegdheid ongeschikt als handhaving’, *NJB* 2002, p. 665.
  22. KB 10 mei 2005, *Stb.* 2005, 270 (Lelystad); KB 1 november 2006, *Stb.* 2006, 572 (Oirschot); KB 1 november 2006, *Stb.* 2006, 573 (Gorinchem).
  23. ABRvS 27 juni 2007, *JB* 2007, 163, m.nt. Broeksteeg (Oirschot).
  24. Noot Broeksteeg onder *JB* 2007, 163 (Oirschot); H.G. Warmelink, ‘Interpretatief gerommel rond rekenkamers’, *NJB* 2008, p. 450-453; H.G. Warmelink, ‘Introductie gemeentelijke rekenkamers’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a., *Constitutionele normen en decentralisatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-159; D.J. Elzinga in zijn columns in *Binnenlands Bestuur* van 29 april en 10 juni 2005; Noot Kortmann onder *de Gemeentestem* 2005, 132 (Lelystad).
  25. KB 7 december 2005, *Stb.* 2005, 634.
  26. Bijvoorbeeld door L.J.A. Damen, ‘Minister van Justitie rechter in eigen zaak’, *Ars Aequi* 2006, p. 300-308.

gemeente Haarlemmermeer gedwongen een (civielrechtelijk) kort geding aan te spannen tegen de Staat om aldus het schorsingsbesluit aan rechterlijke toetsing te onderwerpen. De rechter laat overigens het besluit in stand.<sup>27</sup> Damen stelt dat de minister daarmee het speelveld verandert: geen marginale toetsing van de belangenafweging door het college van Haarlemmermeer met als toetsingskader de plicht voor bestuursorganen om handhavend op te treden, maar een marginale toetsing van de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het schorsingsbesluit. Anderzijds, zo betoogt Munneke, is de bevoegdheid om tot schorsing en vernietiging over te gaan een discretionaire. Het *ultimum remedium*-karakter betekent niet dat vernietiging pas een optie mag zijn als de gang naar de bestuursrechter is gemaakt. Met dat karakter wordt vooral een terughoudende toepassing bedoeld.<sup>28</sup> De zaak-Limburg, ten slotte, betreft een besluit van provinciale staten, waardoor het praktisch onmogelijk wordt om, zonder ontheffing van het college van de gemeente Onderbanken, tot boskap over te gaan. Dit provinciale besluit had in wezen slechts één doel, namelijk boskap in Schinveld, nodig voor het veilig gebruik van een NAVO-vliegbasis net over de grens in Duitsland, tegen te gaan. Ook het college van burgemeester en wethouders was mordicus tegen de boskap en zou nooit ontheffing verlenen. De Kroon vernietigt het besluit van provinciale staten wegens strijd met het recht (doorkruising van art. 40 WRO-oud) en strijd met het algemeen belang (noodzakelijke werkzaamheden wegens veilig gebruik van de luchthaven en internationale afspraken worden belemmerd).<sup>29</sup> Het vernietigingsbesluit houdt bij de Afdeling echter geen stand: vernietiging wegens strijd met het recht kan alleen dan 'indien dat besluit rechtstreeks in strijd is met de wet' – toch een heel ander geluid dan in de Oirschot-zaak! Strijd met het algemeen belang is evenmin aanwezig, omdat boskap uiteindelijk niet onmogelijk is gemaakt. De Kroon is niet bevoegd om tot vernietiging over te gaan, de Afdeling vernietigt op haar beurt het vernietigingsbesluit.<sup>30</sup> De zaak krijgt veel media-aandacht. Met deze vernietigingen staat het instrument (opnieuw) ter discussie. Het betreft dan vooral de discretionaire bevoegdheid van art. 268 Gemeentewet en de vernietigingsgronden van art. 132 lid 4 Gw (herhaald in art. 10:35 Awb). De bepalingen

27. Rechtbank 's-Gravenhage 23 december 2005, *de Gemeentestem* 2006, 57, m.nt. Teunissen.

28. Damen 2006; S.A.J. Munneke, 'Ruim baan voor het schorsings- en vernietigingsrecht, en een beetje voor de rechter!', in: K.J. de Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak* (Damenbundel), Den Haag: Bju 2006, p. 135-143.

29. KB 12 december 2006, *Stb.* 2006, 692.

30. ABRvS 23 januari 2008, *JB* 2008, 46, m.nt. Broeksteeg. Zie ook J.L.W. Broeksteeg, 'Spontane vernietiging', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select*, Den Haag: Sdu 2009, p. 513-527.

van de Awb doorstaan hun vuurdoop; alleen art. 10:42 zorgt voor jurisprudentie en wetenschappelijke controverse.

### 3 Een nieuw Beleidskader

In 2006 wordt de nota uit 1992 vervangen door een nieuw Beleidskader.<sup>31</sup> De aanleiding voor dit nieuwe Beleidskader is de Ceteco-affaire, waarin de provincie Zuid-Holland bleek te bankieren. Daarbij kwam de vraag op of de commissaris van de Koningin de (geheime) besluiten van gedeputeerde staten voor vernietiging had moeten voordragen en of hij aan het toen vigerende Beleidskader voldoende houvast zou hebben, vooral ten aanzien van de vernietigingsgronden. Dat houvast werd niet geboden door de Grondwet en evenmin door de Awb. De minister zegt een nieuw Beleidskader toe.<sup>32</sup>

Hij constateert daarin dat het instrument van spontane vernietiging, mede als gevolg van de vernietigingen in de zaken-Haarlemmermeer en -Limburg<sup>33</sup>, de laatste tijd de nodige aandacht heeft gekregen. Het Beleidskader van 1992, waarin weliswaar wordt gepleit voor een terughoudende toepassing van het instrument, werkt, aldus de minister, niet verder uit hoe die terughoudende aanpak gestalte moet krijgen.<sup>34</sup> Bovendien zijn, nogmaals volgens de minister, sindsdien een nieuwe Provinciewet en Gemeentewet en de Awb in werking getreden.<sup>35</sup>

De minister benadrukt in de eerste plaats dat het spontane vernietigingsrecht 'een discretionaire bevoegdheid [is] waarbij de Kroon in haar oordeel nadrukkelijk geacht wordt ook de bestuurlijke opportuniteit te betrekken.' Maar: 'Vernietiging is geen doel op zich en is alleen gerechtvaardigd als er een dwingend openbaar belang met de vernietiging gediend is.' Niet iedere strijd met het recht of met

---

31. *Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VII, nr. 75.*

32. *De Jong 2011, p. 191-192.*

33. Het Beleidskader is van 21 augustus 2006. Op dat moment was het schorsingsbesluit Haarlemmermeer al genomen, alsook het schorsingsbesluit Limburg. Het vernietigingsbesluit in die zaak volgde enkele maanden later. In het Beleidskader 2006 worden ook het vernietigingsbesluit (Lelystad) en de schorsingsbesluiten (Oirschot en Gorinchem) inzake de rekenkamerverordeningen genoemd. Vernietiging van de rekenkamerverordeningen van Oirschot en Gorinchem vindt later, na het verschijnen van het Beleidskader plaats. Omdat deze zaken in het Beleidskader worden genoemd en kennelijk mede aanleiding daarvoor zijn geweest, heb ik ze in de voorgaande paragraaf behandeld, als aanloop naar het nieuwe Beleidskader.

34. *Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 2-3.*

35. Overigens maakt de minister niet duidelijk waarom de invoering van de Awb relevant is voor een nieuw beleidskader.

het algemeen belang is, aldus de minister, een grond voor vernietiging: 'Alleen als daarbij tevens de door de Grondwet beoogde bevoegdheidsverdeling in gevaar komt, zal de Kroon het middel inzetten.' Ook in dit Beleidskader wordt het spontane vernietigingsrecht als *ultimum remedium* aangeduid: 'Daarmee wordt bedoeld dat dit middel alleen gebruikt kan worden als de waarborging van de constitutionele verhoudingen niet op een andere, reguliere manier kan worden gerealiseerd.'<sup>36</sup>

In het Beleidskader wordt vervolgens uiteengezet wat onder 'strijd met het recht' en 'strijd met het algemeen belang' moet worden verstaan. Strijd met het recht betekent strijd met hogere regels en met algemene rechtsbeginselen. Maar dat is niet voldoende voor vernietiging. 'Alleen wanneer de strijd met het recht een inbreuk maakt op de constitutionele verhoudingen, kan vernietiging aan de orde komen.'<sup>37</sup> Daarvan is sprake indien een bestuursorgaan van een decentrale overheid een bevoegdheid uitoefent die expliciet aan een hoger orgaan is toevertrouwd, indien dat bestuursorgaan een bevoegdheid uitoefent die de wetgever heeft toevertrouwd aan een ander orgaan binnen hetzelfde overheidsverband en indien dat bestuursorgaan een bevoegdheid uitoefent in strijd met de grond- en mensenrechten.<sup>38</sup> Strijd met het algemeen belang gaat, zo betoogt de minister, bij voorkeur samen met strijd met het recht. Indien alleen sprake is van strijd met het algemeen belang, zal de Kroon terughoudender moeten optreden.<sup>39</sup> Van strijd met het algemeen belang is, volgens het Beleidskader, sprake indien het decentrale bestuursorgaan een bevoegdheid claimt die impliciet aan een hoger orgaan is toevertrouwd, indien dat bestuursorgaan weliswaar een bevoegdheid heeft, maar die op een zodanige manier uitoefent dat een aan een hoger orgaan toevertrouwd belang wordt doorkruist en indien dat bestuursorgaan een bevoegdheid uitoefent op een wijze die indruist tegen het belang van de burger.<sup>40</sup> Verder is er nog een categorie 'overige': 'Met de term "algemeen belang" heeft de grondwetgever de Kroon bewust een eigen beoordelingsruimte willen toekennen. Als gevolg daarvan is het de Kroon niet toegestaan om dit begrip tot in alle details uit te werken. Als dit wel zou gebeuren, wordt de beoordelingsruimte van de Kroon teveel ingesnoerd.'<sup>41</sup> Het Beleidskader heeft veel kritiek gekregen. De Jong spreekt van een 'niet tot in alle opzichten consistent verhaal'.<sup>42</sup> Zo geeft het Beleidskader niet weer wat onder

---

36. Ibidem, p. 6.

37. Ibidem, p. 8.

38. Ibidem, p. 8-9.

39. Ibidem, p. 9.

40. Ibidem, p. 9-10.

41. Ibidem, p. 10.

42. De Jong 2011, p. 192.

‘grondwettelijke bevoegdheidsverdeling’ wordt verstaan. De Grondwet bepaalt, behalve in algemene termen<sup>43</sup>, nauwelijks wat over de bevoegdheidsverdeling tussen Rijk en de decentrale overheden en is uiterst summier over de bevoegdheidsverdeling tussen de ambten van de decentrale overheden.<sup>44</sup> Volgens De Jong wordt met de constitutionele bevoegdheidsverdeling niets anders bedoeld dan strijd met het recht, alleen zwaarder aangezet door te schermen met begrippen als constitutionele orde en grondwettigheid. Waar het Beleidskader van 1992 nauw aansluit bij de gedachte van de grondwetgever dat het spontane vernietigingsrecht *ultimum remedium* is, krijgt dit recht in het Beleidskader van 2006 een invulling die niet uit de tekst of de toelichting van de Grondwet of de Gemeentewet is af te leiden.<sup>45</sup>

Ook de uitleg van het *ultimum remedium*-karakter is bekritiseerd. Dat betekent niet, zoals het Beleidskader betoogt, dat altijd eerst beroep op de rechter moet worden ingesteld. Dat kan ook welhaast niet, omdat altijd beroep op de rechter openstaat: is het niet de bestuursrechter, dan wel de civiele rechter als restrechter.<sup>46</sup> Munneke betoogt dat het karakter van *ultimum remedium* vooral gericht is aan de wetgever, die bij de vormgeving van het wettelijk toezichtsregime ervoor moet waken het vernietigingsrecht zodanig uit te breiden dat dit recht op gespannen voet komt te staan met de lokale autonomie.<sup>47</sup> Ook is het een oproep aan de Kroon om niet al te lichtvaardig over te gaan tot toepassing van het vernietigingsrecht. Dat is, toegegeven, moeilijk in minder algemene woorden te vatten. Uiteindelijk blijft de toepassing tot op zekere hoogte arbitrair: de bevoegdheid is discretionair en de term ‘algemeen belang’ is vaag, ondanks nadere invulling met termen als ‘dwingend openbaar belang’ of ‘schending van de constitutionele verhoudingen’.<sup>48</sup>

Ook is kritiek uitgeoefend op de uitleg van ‘strijd met het recht’. Niet iedere onrechtmatigheid leidt tot vernietiging, maar alleen als er sprake is van een inbreuk op de constitutionele verhoudingen. Dan is de vraag relevant wat te doen bij ‘lichte’ strijd met het recht. Hoe kan de strijd met het recht worden opgeheven, indien de betreffende decentrale overheid niet zelf de stappen daartoe zet? Moet de onrechtmatigheid dan blijven voortbestaan? In het geval van de illegale villa’s in Valkenswaard was strijd met het recht onmiskenbaar aanwezig: het college handelde bewust in strijd met het bestemmingsplan en daarmee met art. 44 Woningwet. Is er echter

---

43. Art. 124 Gw (autonomie en medebewind).

44. Zie slechts art. 125 Gw (provinciale staten en de gemeenteraad staan aan het hoofd van de provincie en de gemeente) en art. 127 Gw (zij stellen ook de verordeningen vast).

45. De Jong 2011, p. 195.

46. Broeksteeg 2009, p. 522; Munneke 2006, p. 136.

47. Munneke 2006, p. 136-138.

48. Broeksteeg 2009, p. 522-523.

sprake van een inbreuk op de constitutionele verhoudingen? Hetzelfde geldt voor de vernietigde rekenkamerverordeningen: van constitutionele verhoudingen is geen sprake omdat de rekenkamer niet in de Grondwet wordt geregeld en evenmin deel uitmaakt of voortvloeit uit algemene (ongeschreven) constitutionele beginselen.<sup>49</sup> De categorie ‘overige’, ten slotte, ter invulling van strijd met het algemeen belang is wel erg onbepaald en doet in zekere zin afbreuk aan de verdere categorisering van deze vernietigingsgrond.

De wetenschappelijke discussie over het nieuwe Beleidskader had eerst en vooral een staatsrechtelijke insteek. Door bestuursrechtwetenschappers is vrijwel niet deelgenomen aan het discours over het Beleidskader. Redenen daarvoor kunnen zijn dat de bepalingen in de Awb omtrent spontane vernietiging nauwelijks een normatief kader bieden – dat kader biedt eigenlijk eerst het Beleidskader – en dat de onderlinge rechtsbetrekkingen van openbare lichamen relatief weinig bestuursrechtelijke belangstelling ontmoeten.<sup>50</sup>

## 4 Rechtsvormende jurisprudentie

Na 2006 vinden enkele spraakmakende vernietigingen en schorsingen plaats, alsmede uitspraken van de Afdeling daarover. Interessant is het koninklijk besluit inzake de privatisering van Schiphol, waarin een beslissing van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam wordt vernietigd. Die (niet-schriftelijke) beslissing strekt ertoe om op een aandeelhoudersvergadering tegen de statutenwijziging van Schiphol te stemmen, waardoor privatisering van Schiphol geblokkeerd zou worden.<sup>51</sup> Het vernietigingsbesluit is drie maanden na de vaststelling van het Beleidskader genomen. In dat Beleidskader is (zie hiervoor) vastgesteld dat een vernietigingsbesluit enkel wegens strijd met het algemeen belang slechts met grote terughoudendheid mag worden genomen. De vernietiging in casu is echter slechts gebaseerd op doorkruising van het rijksbeleid, dat strekt tot privatisering van Schiphol. Van een grotere terughoudendheid van de Kroon blijkt niet (expliciet) uit het vernietigingsbesluit.

Ook in de Landsbanki-zaak wordt enkel wegens strijd met het algemeen belang vernietigd. De zaak betreft het uitwinnen van gelden bij de failliete IJslandse bank Landsbanki door enkele decentrale overheden. Deze overheden hebben deposito's bij de betreffende bank uitstaan. Het besluit tot het uitwinnen van de gelden

---

49. *Ibidem*, p. 523.

50. Een uitzonderling is S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

51. KB 20 november 2006, *Stb.* 2006, 615.



wordt vernietigd wegens strijd met het algemeen belang.<sup>52</sup> De Kroon overweegt dat de Nederlandse regering een *Memorandum of Understanding* met de IJslandse regering heeft gesloten, waarin is bepaald dat Nederlandse spaarders (waaronder de betreffende overheden) in aanmerking komen voor een uitkering op grond van het IJslandse depositogarantiestelsel. Over de invulling daarvan onderhandelt de Nederlandse regering dan nog met de IJslandse. De beslissing van de overheden om zelf een procedure te starten, vormt, zo blijkt uit het vernietigingsbesluit, een inbreuk op deze onderhandelingen. Bovendien schaadt zij de gelijkheid van de schuldeisers. De Afdeling oordeelt dat zij in geval van vernietiging wegens strijd met het algemeen belang terughoudend moet toetsen. Tegelijkertijd moet zij, nu beroep op de rechter is opgesteld, wel inhoud geven aan die toetsing. De Afdeling toetst vervolgens heel nauwkeurig en intensief aan de motivering van het vernietigingsbesluit en de door de Kroon gemaakte belangenafweging. Zij vernietigt het vernietigingsbesluit.<sup>53</sup> In tegenstelling tot eerdere uitspraken, waarin de Afdeling marginaal toetste, toetst zij nu vol. Het is dan de vraag of dit een nieuwe lijn is van de Afdeling.

Even spraakmakend is de Westland-zaak. De gemeenteraad van Westland verleent voor het gehele grondgebied van de gemeente vrijstelling van het verbod ex art. 2 Winkeltijdenwet om de winkels op zondag te openen. Op grond van art. 3 van deze wet is zulks alleen mogelijk voor gebieden met, kort weergegeven, een autonome toeristische aantrekkingskracht. De burgemeester draagt op grond van art. 273 Gemeentewet het besluit voor vernietiging voor, omdat de gemeente, zijns inziens, onvoldoende toeristisch is. Bij koninklijk besluit van 22 maart 2010 vernietigt de Kroon het besluit van de raad wegens strijd met het recht.<sup>54</sup> De daarop volgende uitspraak van de Afdeling is om twee redenen van belang.<sup>55</sup> In de eerste plaats interpreteert de Afdeling het Beleidskader zeer extensief. De Afdeling stelt dat het begrip ‘constitutionele verhoudingen’ ruim moet worden uitgelegd. Het Beleidskader ziet, aldus de Afdeling, ook op de door de formele wetgever gegeven bevoegdheidsverdeling. De invulling van de vernietigingsgrond ‘strijd met het recht’, inhoudende dat een decentraal bestuursorgaan treedt in de bevoegdheid van een ambt van de centrale overheid, moet zo worden geïnterpreteerd, dat hij ook betrekking heeft op het geval waarin een decentraal bestuursorgaan in strijd heeft gehandeld met de door de formele wet gestelde grenzen aan de bevoegdheden die aan het bestuursorgaan zijn gelaten (autonomie) of toebedeeld (medebewind).

---

52. KB 10 november 2008, *Stb.* 2008, 443.

53. ABRvS 22 april 2009, *JB* 2009, 144, m.nt. Broeksteeg. Zie ook De Jong 2011, p. 196.

54. KB 22 maart 2010, *Stb.* 2010, 138.

55. ABRvS 2 maart 2011, *JB* 2011, 99, m.nt. Broeksteeg.

Daarom, zo concludeert de Afdeling, was de Kroon bevoegd om te toetsen of de raad de hem in de Winkeltijdenwet toebedeelde bevoegdheid juist heeft toegepast. Het gevolg is dat strijd met de wet altijd onder de vernietigingsgrond 'strijd met het recht' valt. En daarmee is het Beleidskader, althans voor wat betreft deze vernietigingsgrond, terzijde geschoven: elke strijd met de wet is voldoende om te vernietigen. De voorwaarde dat het moet gaan om een schending van de 'constitutionele verhoudingen' heeft geen betekenis meer. Een tweede reden waarom deze uitspraak van belang is, is dat de Afdeling weer afstand lijkt te nemen van de intensieve toetsing; zij toetst aanmerkelijk terughoudender dan in de Landsbankzaak. De Afdeling treedt niet in de door de Kroon gemaakte belangenafweging, maar toetst 'slechts' of de Kroon van het instrument van spontane vernietiging gebruik kan maken en of hij daarbij het criterium 'autonome toeristische aantrekkingskracht' kan toepassen. Beide vragen beantwoordt de Afdeling bevestigend.

De zaak krijgt nog een staartje met een tweede vernietiging.<sup>56</sup> De gemeenteraad van Westland past, op grond van art. 281 Gemeentewet, de winkeltijdenverordening aldus aan dat winkels op zondag open mogen zijn. De juridische constructie is echter anders: geen vrijstelling van het verbod op openstelling, maar een uitbreiding van het gebied waarvoor de vrijstelling eerder reeds gold. Volgens de raad is dit besluit wezenlijk anders dan het eerder vernietigde besluit. De Afdeling denkt daar anders over. Het besluit is slechts 'iets anders vormgegeven' en de 'rechtsgevolgen van beide besluiten zijn dezelfde'.<sup>57</sup>

Ook hier moet de discussie luiden dat de Awb nauwelijks een (sturende) rol speelde in de jurisprudentie of de wetenschappelijke discussie ten aanzien van het vernietigingsrecht. Deze spitsen zich vooral toe op het Beleidskader uit 2006, meer precies op de uitwerking van de vernietigingsgronden 'strijd met het recht of het algemeen belang', en op de intensiteit van de rechterlijke toetsing van vernietigingsbesluiten.

## 5 Een revitalisering van het spontane vernietigingsrecht

In de jaren 1990 neemt het toezicht in medebewindswetgeving aanzienlijk toe.<sup>58</sup> Een aantal commissies adviseert over de vraag wat te doen met deze wildgroei aan

56. KB 25 maart 2011, *Stb.* 2011, 154.

57. ABRvS 25 juli 2012, *JB* 2012, 219, m.nt. Broeksteeg.

58. De Jong 2011, p. 203.

toezichtsarrangementen. Een Bestuurlijke Werkgroep Alders adviseert over interbestuurlijk toezicht en concludeert, onder meer, dat vernietiging wegens strijd met het algemeen belang feitelijk een inbreuk is op de lokale autonomie. Daarom moet uiterste terughoudendheid worden betracht bij de toepassing van deze vernietigingsgrond. Verder adviseert de Werkgroep om de groei van het specifieke toezicht aan banden te leggen, ten gunste van generiek toezicht, zoals geregeld in de Gemeentewet en de Awb.<sup>59</sup> Een Commissie doorlichting en beoordeling van interbestuurlijke toezichtsarrangementen (de commissie-Oosting) onderzoekt in hoeverre het specifieke toezicht verminderd kan worden. Volgens deze commissie volstaat in beginsel generiek toezicht. Dit toezicht moet dan wel worden herijkt en gerevitaliseerd. Omdat het generiek toezicht als *ultimum remedium* wordt beschouwd, wordt het weinig toegepast. Dat veroorzaakt de toename van specifiek toezicht.<sup>60</sup>

Het kabinet onderschrijft de conclusies van de commissie-Oosting. Spontane vernietiging zou niet langer een *ultimum remedium*-karakter moeten hebben. Het Beleidskader moet herijkt, het zou nog te veel de sfeer van restrictie ademen. Het vernietigingsrecht dient, aldus het kabinet, een meer preventieve en proactieve werking te worden gegeven. Mede in het kader daarvan overweegt het kabinet om de bepalingen in de Gemeentewet over spontane vernietiging uit te breiden, bijvoorbeeld met de bevoegdheid voor de Kroon om zelf in de zaak te voorzien.<sup>61</sup> In 2010 dient de regering het wetsvoorstel revitalisering generiek toezicht in.<sup>62</sup> Na een voortvarende parlementaire behandeling treedt de wet – op een enkel onderdeel na – op 1 oktober 2012 in werking.<sup>63</sup> De Memorie van Toelichting spreekt van een ‘breuk met het verleden’ en een ‘stelselwijziging’. Toezicht is in beginsel beperkt tot de generieke instrumenten die zijn vastgelegd in de Gemeentewet en in het bijzonder tot vernietiging en indeplaatsstelling bij verwaarlozing van medebewindstaken.<sup>64</sup> Door deze instrumenten centraal te stellen hoopt het kabinet de interbestuurlijke toezichtslast terug te dringen, het vertrouwen van decentrale overheden in de uitoefening van het toezicht te vergroten en stapeling van toezicht te verminderen.<sup>65</sup> In de Memorie wordt verder aandacht besteed aan het

---

59. Bestuurlijke Werkgroep-Alders, *Interbestuurlijk toezicht herijkt*, Den Haag: ministerie van BZK 2005.

60. Commissie-Oosting, *Van specifiek naar generiek*, september 2007, [www.minbzk.nl](http://www.minbzk.nl).

61. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VII, nr. 61, p. 7.

62. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nrs. 1-3.

63. Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 233; inwerkingtreding: KB 13 juni 2012, *Stb.* 2012, 276.

64. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nr. 3, p. 4.

65. *Ibidem*, p. 5.

bestaande wettelijke kader, maar de Awb wordt daarin nauwelijks genoemd; de relevante bepalingen worden slechts opgesomd.<sup>66</sup>

Ten aanzien van het vernietigingsrecht stelt het kabinet dat dit recht niet meer als een 'laatste redmiddel' moet worden gezien. Omdat andere (specifieke) instrumenten worden afgeschaft, is het vernietigingsrecht 'het enige instrument (...) om besluiten of niet-schriftelijke beslissingen gericht op enig rechtsgevolg van decentrale bestuursorganen aan te tasten en hun rechtsgevolgen ongedaan te maken.'<sup>67</sup> De vernietigingsgronden veranderen niet. De gedachte dat vernietiging niet langer *ultimum remedium* is, vergt geen wetwijziging, wel is een nieuw Beleidskader noodzakelijk.<sup>68</sup> Het instrument krijgt een aantal 'praktische aanpassingen', om te voorkomen dat vernietigingsprocedures stroperig worden en deze sneller tot een einde te kunnen brengen.<sup>69</sup> De Kroon krijgt de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien indien het gemeentebestuur geen beleidsvrijheid heeft. Het betreffende bestuursorgaan hoeft dan geen nieuw besluit te nemen.<sup>70</sup> De Kroon kan bij het schorsings- of vernietigingsbesluit een voorlopige voorziening treffen, die in de plaats treedt van het geschorste of vernietigde besluit. Dat besluit geldt voor de duur van de schorsing of, in geval van vernietiging, tot het gemeentebestuur een nieuw besluit heeft genomen.<sup>71</sup> Zo'n voorziening kan raadzaam zijn, aldus het kabinet, indien schorsing of vernietiging onwenselijke gevolgen heeft. De Kroon kan voorts een aanwijzing geven over de uitvoering van het koninklijk besluit. Die moet worden opgevolgd. Indien aan de aanwijzing geen gevolg wordt gegeven, volgt indeplaatsstelling.<sup>72</sup> Verder wordt een regeling getroffen, waarbij het provinciebestuur besluiten van het gemeentebestuur voor vernietiging kan voordragen.<sup>73</sup> De uitvoering van het besluit van het gemeentebestuur wordt maximaal vier weken opgeschort.<sup>74</sup> Volgens de Memorie van Toelichting heeft de rol van de provincie vooral betrekking op de uitvoering van medebewindstaken. Doorgaans zal dan ook sprake zijn van strijd met het recht.<sup>75</sup> Het nieuwe Beleidskader zal daarom ook

---

66. Ibidem, p. 12-13.

67. Ibidem, p. 20.

68. Ibidem, p. 21.

69. Ibidem, p. 21.

70. Art. 278a lid 2 Gemeentewet.

71. Art. 278a lid 1 Gemeentewet.

72. Art. 278a lid 4 Gemeentewet.

73. Art. 273a lid 1 Gemeentewet.

74. Art. 273a lid 2 Gemeentewet.

75. *Kamerstukken II 2009/10, 32 389, nr. 3, p. 22.*

voor het provinciebestuur van belang zijn. De Awb, ten slotte, wordt door deze wet niet herzien.<sup>76</sup>

Dat is opmerkelijk. De nieuwe artikelen in de Gemeentewet beogen te voorkomen dat procedures stroperig worden en sneller tot een einde kunnen worden gebracht. Met andere woorden: de nieuwe bepalingen willen snellere procedures en definitieve afdoening van het bestuursgeschil bewerkstelligen. In het bestuurs(proces) recht is de afgelopen jaren juist hieraan veel aandacht besteed. De wet aanpassing bestuursprocesrecht, in werking getreden op 1 januari 2013, heeft de Awb op veel punten herzien, onder meer om deze doelen te bereiken. De nieuwe regeling in de Gemeentewet met betrekking tot het zelf (door de Kroon) in de zaak voorzien en het treffen van een voorlopige voorziening, had, naar aard en inhoud, ook in de Awb opgenomen kunnen worden. In de Memorie van Toelichting bij de Wet revitalisering generiek toezicht wordt evenwel aan dit vraagstuk geen aandacht besteed.<sup>77</sup>

Met de inwerkingtreding van de Wet revitalisering generiek toezicht op 1 oktober 2012 wordt ook het nieuwe Beleidskader schorsing en vernietiging van kracht.<sup>78</sup> Dit Beleidskader verwijst naar het vereiste van het Beleidskader uit 2006, dat vernietiging alleen kan plaatshebben wegens een inbreuk op de constitutionele bevoegdheidsverdeling. Die voorwaarde komt te vervallen. De minister stelt hieromtrent: 'Overweging is dat van de bevoegdheid tot vernietiging eerder gebruik moet kunnen worden gemaakt. Elk besluit dat in strijd met het recht of het algemeen belang is genomen, kan in beginsel worden vernietigd.' Wel geldt dat de Kroon 'steeds aan de hand van alle omstandigheden van het geval een zorgvuldige afweging [dient] te maken van alle bij het besluit betrokken belangen. Daarbij staat proportionaliteit centraal. Een besluit moet alleen worden vernietigd als dit proportioneel is ten opzichte van het doel. Niet iedere strijd met het recht en het algemeen belang is van een zodanig gewicht dat vernietiging gerechtvaardigd is.'<sup>79</sup> Onder 'strijd met het recht' wordt strijd met de wet en de algemene rechtsbeginselen verstaan. Dat is, aldus het Beleidskader schorsing en vernietiging, elk hoger recht: de Grondwet, de wet in formele zin, lagere regelgeving, verdragen, EU-recht.<sup>80</sup> Ook hier benadrukt de minister dat niet elke strijd met het recht tot vernietiging aanleiding geeft. De inbreuk op 'de eigen verantwoordelijkheid van

---

76. Art. 1.6 van de Wet revitalisering generiek toezicht wijzigt de bijlage bij de Awb.

77. *Kamerstukken II 2009/10, 32 389, nr. 3.*

78. Bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10, 32 389, nr. 5*; hierna: Beleidskader; of: Beleidskader schorsing en vernietiging.

79. *Ibidem*, p. 3.

80. *Ibidem*, p. 4.

gemeenten en provincies moet proportioneel zijn ten opzichte van het belang dat met vernietiging wordt gediend. (...) Van geval tot geval zal worden beoordeeld of toepassing van het instrument vernietiging proportioneel is.' Van vernietiging wegens strijd met het recht zal eerder sprake zijn 'indien het niet louter de lokale belangen betreft.'<sup>81</sup> Het Beleidskader geeft als voorbeelden de integriteit van het openbaar bestuur<sup>82</sup>, het belang van de verdeling van bevoegdheden binnen het gemeentebestuur<sup>83</sup> en de doorkruising van het beleid van het Rijk en de provincie om de Groene Hoofdstructuur te beschermen.<sup>84</sup>

Ten aanzien van de vernietigingsgrond 'strijd met het algemeen belang' sluit het Beleidskader nauw aan bij de eerdere Beleidskaders van 2006 en 1992. De Kroon stelt zich terughoudend op bij vernietiging wegens strijd met het algemeen belang. 'Er wordt niet lichtvaardig ingegrepen op de constitutioneel verankerde vrijheid van gemeenten en provincies om de belangen te dienen die aan hen zijn toevertrouwd.' Wanneer sprake is van strijd met het algemeen belang is 'sterk casuïstisch'. Het is aan de Kroon 'om aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval een belangenafweging te maken.' Dat betekent, zo betoogt de minister, dat op de Kroon een zware motiveringsplicht rust. De Kroon zal moeten aangeven 'wat de aard van het algemene belang is en waarom het algemeen belang in dat specifieke geval uitgaat boven de belangen die een gemeentelijk of provinciaal bestuursorgaan met zijn besluit beoogt te dienen.'<sup>85</sup> Ook hier geldt dat bovenlokale belangen eerder aanleiding geven tot vernietiging. Dat kunnen zijn internationale verplichtingen, strijd met het beleid van het rijk, het waarborgen van veiligheid of volksgezondheid, et cetera. Het Beleidskader voorziet ten slotte in een soort stappenplan voor het bestuurlijk traject bij vernietiging.<sup>86</sup>

Vooral Munneke heeft de nieuwe regeling van het vernietigingsrecht en het Beleidskader bekritiseerd. Zijns inziens was het criterium 'doorkruising van de constitutionele verhoudingen' uit het Beleidskader van 2006 weliswaar vaag, maar nodig ter vergroting van de voorspelbaarheid van de toepassing van het vernietigingsrecht en daarmee voor de rechtszekerheid van de betrokken bestuursorganen. Hij stelt dat juist bij een gerevitaliseerd toezicht een dergelijke clausule-

---

81. Ibidem, p. 5.

82. KB 12 augustus 2003, *Stb.* 2003, 332 (Heumen), een besluit tot verlaging van de prijzen van bouwkavels, aangenomen door de kleinst mogelijke raadsmeerderheid, werd mede genomen door een raadslid dat een direct persoonlijk belang bij de besluitvorming had (art. 28 Gemeentewet).

83. KB 10 mei 2005, *Stb.* 2005, 270 (Lelystad), hiervoor besproken.

84. KB 12 juni 2001, *Stb.* 2001, 289 (Valkenswaard), hiervoor besproken.

85. Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 6.

86. Ibidem, p. 7-13.

ring extra belangrijk is, maar dat zo'n clausulering in het nieuwe Beleidskader niet terug is te vinden. Proportionaliteit, zo betoogt Munneke, biedt weinig garanties, noch duidelijkheid vooraf: 'Van het vernietigingsrecht kan voortaan dus onbekommerd gebruik worden gemaakt.'<sup>87</sup> Ook stelt hij dat terughoudendheid niet aan het beleidskader ten grondslag heeft gelegen. De terughoudendheid zal, zo betoogt Munneke, kunnen blijken uit het stappenplan voor bestuurlijk toezicht: dat biedt de Kroon de mogelijkheid om zijn besluit te heroverwegen.<sup>88</sup> Munneke bepleit een inhoudelijke normering van de toepassing van het vernietigingsrecht. Dat zou de decentralisatie bevorderen en bijdragen aan de beoogde preventieve werking van het Beleidskader.<sup>89</sup> Zijlstra heeft soortgelijke kritiek. Daar waar voorgaande Beleidskaders, zo stelt hij, nog min of meer duidelijk konden maken in welke gevallen er zou worden vernietigd, tasten decentrale bestuursorganen met het nieuwe Beleidskader in het luchtledige.<sup>90</sup>

## 6 Een nieuwe gerevitaliseerde toepassing?

Op 12 juli 2012 schorst de Kroon een besluit van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Landerd ter zake van de verlening van een vrijstelling van het bestemmingsplan voor de bouw van een megastal.<sup>91</sup> Hoewel dit schorsingsbesluit is genomen, net voordat de Wet revitalisering generiek toezicht en het bijbehorende Beleidskader in werking traden, is het besluit toch interessant. Gedeputeerde staten van Noord-Brabant lijken vooruit te lopen op het nieuwe art. 273a Gemeentewet, dat bepaalt dat gedeputeerde staten gemeentelijke besluiten kunnen voordragen voor vernietiging door de Kroon. Zij hebben mededeling gedaan aan de Kroon van het besluit van het gemeentebestuur van Landerd. Naar hun oordeel komt het voor vernietiging in aanmerking 'wegens strijd met het recht en strijd met het provinciaal (ruimtelijk) en dus algemeen belang'. Uit

87. S.A.J. Munneke, 'Het wetsvoorstel revitalisering generiek toezicht', *TvCR* 2011, p. 423.

88. S.A.J. Munneke, 'Het gerevitaliseerde vernietigingsrecht: hinken op twee gedachten', in: C.B.M. van Haaren-Dresens e.a. (red.), *Interbestuurlijk toezicht*, Nijmegen: WLP 2011b, p. 45.

89. Munneke 2011b, p. 48.

90. S.E. Zijlstra, 'Het wetsvoorstel Revitalisering generiek toezicht', in: C.B.M. van Haaren-Dresens e.a. (red.), *Interbestuurlijk toezicht*, Nijmegen: WLP 2011, p. 28. Zie ook: S.E. Zijlstra, 'Sanering van specifiek toezicht en revitalisering van generiek toezicht: Reculer pour mieux sauter?', *NTB* 2011, p. 43-50. Zo ook: R.J.M.H. de Greef en C.B.M. van Haaren-Dresens, 'Spontane vernietiging wegens strijd met het algemeen belang', *de Gemeentestem* 2011, p. 632-644.

91. KB 12 juli 2012, *Stb.* 2012, 318.

het schorsingsbesluit wordt niet duidelijk wanneer gedeputeerde staten van het besluit op de hoogte raakten; vermoedelijk is in afwijking van het nieuwe art. 273a die mededeling niet binnen een termijn van tien dagen gedaan. Het schorsingsbesluit volgt ruim twee jaar na het besluit van het college van de gemeente Landerd. Sinds de inwerkingtreding van de Wet revitalisering generiek toezicht zijn twee besluiten geschorst. Op 17 juni 2013 schorst de Kroon het besluit van de raad van de gemeente Voerendaal tot vaststelling van een beheersverordening.<sup>92</sup> Hoewel niet geëxpliciteerd in het schorsingsbesluit, lijkt het erop dat in casu gedeputeerde staten gebruik hebben gemaakt van hun bevoegdheid ex art. 273a Gemeentewet om het besluit van het gemeentebestuur voor te dragen voor vernietiging. Ook enkele raadsfracties en burgers verzoeken tot vernietiging van het besluit. Volgens gedeputeerde staten maakt de raad oneigenlijk gebruik van het instrument van de beheersverordening, kleven daaraan juridische gebreken en is er sprake van doorkruising van het provinciale volkshuisvestingsbeleid, hetgeen strijd met het recht en het algemeen belang tot gevolg heeft. Het betreft toezicht dat voorheen tot het specifieke toezicht behoorde, namelijk een uit de Wet ruimtelijke ordening (Wro) geschrapte bevoegdheid van gedeputeerde staten tot het geven van aanwijzingen. Uit het schorsingsbesluit wordt niet duidelijk of het bestuurlijk traject van het Beleidskader is gevolgd. Het Beleidskader wordt in het schorsingsbesluit niet genoemd.

Op 19 juli 2013 schorst de Kroon een besluit van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Zoeterwoude tot vaststelling van een ruimtelijk uitwerkingsplan.<sup>93</sup> Ook hier dragen gedeputeerde staten het besluit voor vernietiging voor. Het genomen besluit is volgens gedeputeerde staten in strijd met een provinciale verordening en met het algemeen belang. Het gaat ook hier om toezicht dat eerder tot het specifiek toezicht behoorde. Ook uit dit schorsingsbesluit wordt niet duidelijk of het bestuurlijk traject van het Beleidskader is gevolgd. Uit deze schorsingsbesluiten kunnen nog geen conclusies worden getrokken. Wel lijkt het erop dat de bevoegdheid van gedeputeerde staten om besluiten voor vernietiging voor te dragen, een 'succes' zou kunnen worden. Verder is het aannemelijk dat de betreffende gemeentelijke besluiten voorheen onder specifieke toezichtregimes vielen. Indien deze trend zich zou voortzetten, zou er daadwerkelijk sprake zijn van een revitalisering van het generieke toezicht.

---

92. KB 17 juni 2013, *Stb.* 2013, 216, *de Gemeentestem* 2013, p. 387-388.

93. KB 19 juli 2013, *Stb.* 2013, 314.



## 7 En de Awb dan?

De grote afwezige in deze geschiedenis is de Awb. De bepalingen uit Titel 10.2.2 zijn, sinds hun inwerkingtreding in 1998, nauwelijks gewijzigd. De Aanpassingswet derde tranche heeft wat details in art. 10:39 en 10:44 Awb veranderd.<sup>94</sup> De wet Nerpe (Naleving Europese publieke entiteiten) heeft aan art. 10:39 een vierde lid toegevoegd. Art. 10:39 Awb bepaalt in lid 1 dat een besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling niet kan worden vernietigd, vanaf 13 weken na bekendmaking. Het nieuwe artikellid verklaart dit artikel niet van toepassing indien vernietiging geschiedt wegens strijd met EU-recht.<sup>95</sup> Voor (spraakmakende) jurisprudentie hebben de bepalingen amper gezorgd. De jurisprudentie over schorsing en vernietiging heeft namelijk vooral betrekking op het discretionaire karakter van de vernietigingsbevoegdheid (art. 268 Gemeentewet) en op de Beleidskaders ter interpretatie van de (grondwettelijke) vernietigingsgronden.<sup>96</sup> Alleen de zaak-Valkenswaard heeft specifiek op de Awb betrekking, namelijk op de uitleg van art. 10:42 Awb juncto 281 Gemeentewet (zie par. 2): in hoeverre staat het de Kroon vrij om in het vernietigingsbesluit aan te geven wat toelaatbaar is, zodat een vernietiging van het nieuw te nemen besluit kan uitblijven? Wetenschappelijk debat hebben de Awb-bepalingen nauwelijks opgeleverd.<sup>97</sup> In dat debat wordt vooral kritiek uitgeoefend op de inhoudelijke normering van de opeenvolgende Beleidskaders en op de revitalisering van het vernietigingsrecht. De bepalingen in de Awb staan niet ter discussie. De kritiek uit de jaren 1990 dat de Gemeentewet en de Awb op dit punt niet goed op elkaar zouden zijn afgestemd, is verstomd.<sup>98</sup> Opvallend is voorts dat de Wet revitalisering generiek toezicht voor harmonisatie van het bestuurlijk toezicht heeft gezorgd (nota bene in de Gemeentewet), terwijl harmonisatie toch één van de doelstellingen van de Awb was. Met andere woorden: zowel de Awb als de Gemeentewet voorzien nu in een algemene regeling.

---

94. Wet van 6 november 1997, *Stb.* 1997, 510.

95. Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 245.

96. Art. 132 lid 4 Grondwet; herhaald in art. 10:35 Awb. De vernietigingsgronden zelf staan echter niet ter discussie.

97. Overigens: men zou hieruit kunnen afleiden dat de Awb (het verloop van) de procedure van vernietiging inzichtelijker heeft gemaakt. Dan zou de vooronderstelling zijn dat er voor de inwerkingtreding in de Awb veel kritiek bestond op de procedure van spontane vernietiging en dat die kritiek na deze inwerkingtreding is verstomd. Uit de oudere handboeken gemeenterecht is mij dat echter niet gebleken; uit de parlementaire geschiedenis van de derde tranche Awb evenmin.

98. Zie vooral A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 703-729 (zie ook oudere drukken van dit handboek, bijvoorbeeld uit 1999).

Uit het voorgaande kunnen we afleiden, dat binnen het kader dat de Awb geeft, diverse toezichtsarrangementen met tegenovergestelde doelen kunnen bestaan: spontane vernietiging als *ultimum remedium* of juist gerevitaliseerd. De Awb geeft weinig richting aan een verdere concrete uitwerking van het bestuurlijk toezicht in bijzondere wetten en heeft kennelijk de wetgever daarin veel vrijheid willen laten. De afwezigheid van de Awb in het toezichtsdebat kan positief en negatief worden geduid. Positief, omdat de bepalingen in de Awb, zoals juristen dan zeggen, rustig bezit zijn geweest. Negatief, omdat de bepalingen aan de rechtsvorming niet of nauwelijks hebben bijgedragen. De Awb is, zo kunnen we concluderen, voor de ontwikkeling van het spontane vernietigingsrecht niet of nauwelijks van waarde geweest. Alhoewel je dat ook positief kunt uitleggen: de Awb als constante van het bestuurlijk toezicht.

# Auteurs

Mr. dr. J.J.W. Broeksteeg

Mr. dr. M.J. Jacobs

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels

Mr. dr. R. Ortlep

Prof. mr. drs. W. den Ouden

Mr. dr. Y.E. Schuurmans

Mr. dr. A. Tollenaar

Prof. mr. G.A. van der Veen

Mr. dr. C.J. Wolswinkel