

WETENSCHAPPELIJK

De correctie Widdershoven (niet) toegepast. Een veranderende benadering van het gelijkheidsbeginsel

Mr. dr. J. Wieland¹

In drie uitspraken van 28 december 2016 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak voor het eerst de zogeheten correctie Widdershoven toegepast. Het gaat hierbij om een correctie op de werking van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste langs de band van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel. Nadien is de correctie, die begin 2016 in het bestuursrecht is geïntroduceerd, nog slechts één keer met succes toegepast. In de literatuur is gesuggereerd dat dit komt doordat in de bestuursrechtspraak hoge eisen worden gesteld aan een geslaagd beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel. In dit artikel wordt onderzocht of dit werkelijk zo is of dat slijterijzaken een kentering in de benadering van in elk geval het gelijkheidsbeginsel laten zien.

1. Inleiding

In drie uitspraken van 28 december 2016 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak voor het eerst de zogeheten correctie Widdershoven toegepast.² Het gaat hierbij om een correctie op de werking van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste langs de band van het vertrouwensbeginsel of – in dit geval – het gelijkheidsbeginsel. Nadien is de correctie Widdershoven, die begin 2016 in het bestuursrecht is geïntroduceerd, nog slechts één keer met succes toegepast.

Dit roept de vraag op hoe het komt dat de correctie, waarover al het nodige is gezegd en geschreven,³

en waar zo nu en dan een beroep op wordt gedaan in procedures bij de bestuursrechter, zo weinig wordt toegepast. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat in het bestuursrecht strikte eisen gelden voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel⁴ en het gelijkheidsbegin-

1 Jaap Wieland was ten tijde van het schrijven van dit artikel werkzaam bij de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Thans is hij advocaat te Amsterdam. In 2017 verdedigde hij het proefschrift *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, Den Haag, Boom juridisch 2017. Delen van dit artikel zijn gebaseerd op passages uit zijn proefschrift. Hij dankt Ben Schueler voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Het artikel is afgerond op 16 juli 2018.

2 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, 3453 en 3454.

3 Zie bijvoorbeeld B.J. Schueler, 'Waarheen leidt de weg van de relativiteit?' in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij* (J.E.M. Polak-bundel), Nijmegen, Ars Aequi Libri 2017, p. 182-183; W. Konijnenbelt, 'Een correctie op het relativiteitsvereiste van 8:69a Awb?' *NTB* 2016/21; K.J. de Graaf en G.A. van der Veen, 'De correctie Widdershoven gewogen', *NTB* 2016/23 en B.J.P. Stramrood, 'Actualiteitenoverzicht bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste. De toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State - Stand van zaken', *TBR* 2016/129.

4 Toepassing van het vertrouwensbeginsel in het kader van een beroep op de correctie Widdershoven komt in

sel.⁵ Dit betekent dat de actieradius van de correctie Widdershoven alleen kan worden opge-rekt door het hanteren van een soepele toets aan beide vereisten. Volgens Den Hollander is dit wat er in de drie uitspraken van de Afdeling van 28 december 2016 is gebeurd. Hij vraagt zich af of de correctie daarmee zijn doel niet voorbij-schiet, in die zin dat het nu juist niet de bedoeling was dat eenieder zich op elke norm kan beroepen om een besluit vernietigd te krijgen. Een soepel gebruik van het gelijkheidsbeginsel verhoudt zich daar niet goed mee.⁶

Er is inmiddels al heel wat geschreven over de achtergrond en aard van de correctie Widdershoven. Daar zal ik verder dan ook kort over zijn. In deze bijdrage zal ik vooral stilstaan bij de stelling dat de Afdeling in de uitspraken van 28 december 2016 een te soepele uitleg geeft aan het gelijkheidsbeginsel. Is het inderdaad zo dat de Afdeling met weinig concrete gegevens genoeg neemt en dat haar oordeel nauwelijks is toegespitst op concrete feiten of omstandigheden? Heeft de Afdeling de slijterijzaken met andere woorden aangegrepen om te kunnen laten zien dat de correctie werkt en het daarbij wat minder nauw genomen met de eisen voor een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel? Ik denk het niet. In dit artikel stel ik dan ook de

dit artikel maar marginaal aan de orde, omdat het in de slijterijzaken die in dit artikel centraal staan ging om een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel. Ik wijs verder op T. Barkhuysen en M. Claessens, annotatie bij ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3454, JG 2017/12 (*SlijtersUnie*), punt 5. Zij schrijven dat de drempel voor een succesvolle toepassing van de correctie Widdershoven via de band van het vertrouwensbeginsel hoger lijkt te liggen dan voor toepassing van die correctie via de band van het gelijkheidsbeginsel.

5 De Graaf en Van der Veen 2016, p. 176; P.W. den Hollander, 'Relativiteit, de correctie-Widdershoven en het keurslijf van het gelijkheidsbeginsel', *NTB* 2018/19, p. 106-107, spreekt in dit verband over een correctie in een keurslijf.

6 Den Hollander 2018, p. 100-107.

vraag centraal of eigenlijk wel sprake is van een soepele uitleg van het gelijkheidsbeginsel of dat er wellicht toch iets anders aan de hand is. Ik begin met een schets van de achtergrond van de correctie Widdershoven (par. 2 en 3). Daarna komt de vraag aan de orde of er eigenlijk wel sprake is van een correctie (par. 4). Vervolgens komen de slijterijzaken waarin op 28 december 2016 uitspraak is gedaan en waarin de correctie Widdershoven voor het eerst is toegepast aan de orde (par. 5). Ik zal deze uitspraken in paragraaf 6 voorzien van commentaar, waarbij ook ingegaan zal worden op de kritiek van Den Hollander op die uitspraken en op de wijze waarop de Afdeling in die zaken toepassing geeft aan het gelijkheidsbeginsel. Tot slot komen in paragraaf 7 kort de zaken aan bod waarin wel een beroep was gedaan op de correctie Widdershoven, maar die correctie niet is toegepast. Ik sluit af met een conclusie (par. 8).

2. De achtergrond van de correctie Widdershoven

Vermoedelijk de meest ingrijpende wijziging in het bestuursprocesrecht van de afgelopen jaren is de invoering van het relativiteitsvereiste, neergelegd in artikel 8:69a Awb. Artikel 8:69a Awb bepaalt dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Daaraan is in de rechtspraak van de Afdeling, ter uitwerking van de bedoelingen van de wetgever, toegevoegd dat er ook een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin appellant door het besteden besluit dreigt te worden geraakt (congruentie-regel).⁷ Is dit niet het

7 J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht', in: J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens en H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juri-

geval, dan vernietigt de bestuursrechter het besluit niet, ook niet als hetgeen is aangevoerd op zichzelf genomen terecht is aangevoerd. Het relativiteitsvereiste beperkt dus de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter.

Hoewel het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste betrekkelijk nieuw is, bestaat er in het privaatrechtelijke onrechtmatige-daadsrecht al geruime tijd een dergelijk vereiste. Dit is neergelegd in artikel 6:163 BW. Volgens deze bepaling bestaat geen verplichting tot het vergoeden van schade, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals benadeelde die heeft geleden. De Hoge Raad heeft in het arrest *Tilburgse tandartsen* van 17 januari 1958 een correctie op deze regel aangevraagd.⁸ Geïnspireerd door de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer oordeelde de Hoge Raad dat schending van een norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals benadeelde die heeft geleden, kan bijdragen aan het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die op zichzelf wel bescherming biedt tegen de geleden schade. Aldus wordt de werking van het relativiteitsvereiste gecorrigeerd, in die zin dat ondanks dat de geschonden norm zelf niet stekt tot bescherming tegen de geleden schade, er toch recht bestaat op schadevergoeding. Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat bij de invoering van het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht de vraag opkwam of eveneens een Langemeijer-achtige correctie

zou moeten worden geïntroduceerd.⁹ De wetgever heeft de mogelijkheid daartoe uitdrukkelijk opengelaten, maar daarbij wel opgemerkt dat de ruimte voor een dergelijke correctie bij een vernietigingsberoep beperkter lijkt dan in het aansprakelijkheidsrecht.¹⁰ Een algemene rechtszekerheidscorrectie is niet wenselijk geacht.

3. De aanvaarding van de correctie Widdershoven

Aan de discussie of ook bij het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste een Langemeijer-achtige correctie zou moeten worden ingevoerd is een einde gekomen met de uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2016 in de zaak *Blaloweg*.¹¹ In die zaak vroeg de voorzitter van de Afdeling een conclusie over de vraag of er een Langemeijer-achtige correctie op de werking van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste zou moeten worden ingevoerd. Het antwoord van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven luidde als volgt:

9 Zie voor de discussie over de invoering van een Langemeijer-achtige correctie in het bestuursrecht G.A. van der Veen, 'Het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb: de stand van zaken', «JBplus» 2015, p. 178-179; De Poorter & Van Ettehoven 2013, p. 116; D.A. Verburg, 'Relativiteit in de Crisis- en herstelwet en in het voorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Of: Hoe moet het nou met het zeggekorfslakje?', *NTB* 2011, 3, p. 16; De Poorter 2010, p. 46-47, en G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuursrechtelijke relativiteitseis', in: J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens en H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 110-111. Zie over de privaatrechtelijke correctie Langemeijer, A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 147-148.

10 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32450, 3, p. 54, en *Handelingen I*, 2012/13, 11, item 9, p. 74.

11 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, «JB» 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

dische uitgevers 2010, p. 49; J.C.A. de Poorter en B.J. van Ettehoven, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: de ene relativiteitseis is de andere niet', *NTB* 2013, 20, p. 116-118.

8 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, *NJ* 1961, 568 (*Tilburgse tandartsen*). Zie over de civielrechtelijke relativiteit bij onrechtmatige overheidsdaad o.a. P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016 en L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, hoofdstuk 4.

*“De rechter dient de toepassing van artikel 8:69a Awb in die zin te corrigeren dat de schending van een wettelijke norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden, beginselen die wel de bescherming van de belangen van de belanghebbende kunnen beogen. (...) De schending is aldus een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het honoreren van het beroep, omdat daartoe ook moet worden voldaan aan de vereisten die voor beide beginselen gelden.”*¹²

Het gaat hier om een ‘bestuursrechtelijke vertaling’ van de privaatrechtelijke correctie Langemeijer.¹³ Dit heeft consequenties voor het karakter van de bestuursrechtelijke correctie. Waar de correctie Langemeijer een algemene correctie is op grond van het ongeschreven recht, beperkt de correctie Widdershoven zich tot *specifieke* ongeschreven rechtsbeginselen. Deze vertaalslag valt te verklaren doordat het bestuursrecht nu eenmaal geen algemene norm van ongeschreven recht kent waaraan besluiten worden getoetst. Het bestuursrecht kent slechts beginselen. Voor toepassing van de correctie Widdershoven is volgens de conclusie een dubbele normschending vereist. Eerst moet vaststaan dat de materiële norm – waarvoor geldt dat die het betrokken belang niet beschermt – is geschonden. Vervolgens moet vaststaan dat het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel is geschonden. Vooral dit laatste maakt een geslaagd beroep op de correctie Widdershoven geen vanzelfsprekendheid. De rechtspraak legt de lat voor een geslaagd beroep op beide beginselen immers hoog. In de conclusie wordt dan ook de verwachting uitgesproken dat een beroep op de

correctie niet heel vaak zal worden gehonoreerd.¹⁴

In de uitspraak van 16 maart 2016 aanvaardt de Afdeling vervolgens de correctie:

*“De rechter dient volgens [de staatsraad advocaat-generaal] de toepassing van artikel 8:69a van de Awb in die zin te corrigeren dat de schending van een norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden. De staatsraad advocaat-generaal heeft daarbij vastgesteld dat de schending van die norm een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde is voor toepassing van de correctie, omdat daartoe ook moet worden voldaan aan de vereisten die voor beide beginselen gelden.”*¹⁵

De aanvaarding van de correctie Widdershoven heeft appellante in de uitspraak van 16 maart 2016 overigens niet kunnen baten. Naar het oordeel van de Afdeling had de raad van de gemeente Zwolle bij de vaststelling van het daar voorliggende bestemmingsplan niet in strijd met het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel gehandeld.

4. Corrigeren of passeren van het relativiteitsvereiste?

Een vraag die opkomt na het lezen van de uitspraak van 16 maart 2016, en die ook in de literatuur aandacht heeft gekregen,¹⁶ is of de correctie Widdershoven daadwerkelijk een

¹² Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 4.12.

¹³ Aldus Den Hollander 2018, p. 102.

¹⁴ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 4.13.

¹⁵ ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.1, «JB» 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

¹⁶ Konijnenbelt 2016, p. 160-161; Stramrood 2016, p. 818. Zie ook Schueler 2017, p. 182-183.

correctie is of dat het eigenlijk gaat om het passeren van het relativiteitsvereiste. Uit de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal leid ik af dat hij in elk geval heeft bedoeld een correctie op het relativiteitsvereiste te introduceren. Hij schrijft immers dat de rechter de toepassing van artikel 8:69a Awb dient te corrigeren.¹⁷ De correctie komt er volgens de conclusie op neer dat een geslaagd beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel ertoe leidt dat de bestuursrechter een besluit alsnog vernietigt, zelfs als de geschonden materiële norm niet strekt tot bescherming van het betrokken belang van appellant. Een dubbele normschending is hierbij vereist. Om te beginnen moet worden beoordeeld of de materiële norm die *niet* strekt tot bescherming van het betrokken belang is geschonden. Is dit het geval, dan kan de normschending in beginsel niet leiden tot een vernietiging van het besluit door de bestuursrechter. Het relativiteitsvereiste staat daaraan immers in de weg. Vervolgens moet worden beoordeeld of de schending van de materiële norm tevens een schending inhoudt van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel. Het gaat daarbij om de vraag of schending van de materiële norm ertoe leidt dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, dan wel dat dit tot gevolg heeft dat gewekt vertrouwen dat een wettelijk voorschrift op een bepaalde manier zal worden toegepast, wordt geschonden. De schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel wordt dus gerelateerd aan de schending van de materiële norm.¹⁸ In de conclusie wordt de suggestie gewekt dat na de twee hiervoor genoemde stappen (dubbele normschending) nog een derde stap volgt. In de conclusie is immers vermeld dat het gaat om 'beginselen die wel de bescherming van de belangen van de belanghebbende *kunnen*

beogen'¹⁹ (*curs. JW*). Het lijkt er aldus op dat ook ten aanzien van deze beginselen een relativiteitsvraag wordt gesteld. Of dit een volwaardige derde stap is waag ik echter te betwijfelen. Het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel – in relatie tot de geschonden materiële norm – strekken immers per definitie tot bescherming van degene die zich daarop beroept, zodat aan een beoordeling van het beschermingsbereik van beide beginselen niet meer wordt toegekommen. Dit lijkt ook te volgen uit de uitspraak van 16 maart 2016, waarin de Afdeling de toevoeging dat het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel 'wel de bescherming van de belangen van belanghebbenden kunnen beogen' heeft weggelaten.²⁰ Voldoende is dat schending van een materiële norm – die niet strekt tot bescherming van de belangen van betrokkene – leidt tot een schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel. Is dit het geval, dan dient de bestuursrechter het bestreden besluit te vernietigen. De vraag is vervolgens of dit dan moet gebeuren wegens schending van de materiële norm of wegens schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel. Uit de in paragraaf 5 te bespreken uitspraken van de Afdeling in de slijterijzaken lijkt te volgen dat het besluit dient te worden vernietigd wegens schending van de materiële norm. In dat opzicht zou kunnen worden gezegd dat sprake is van een correctie op het relativiteitsvereiste, omdat het besluit alsnog wordt vernietigd wegens schending van een materiële wettelijke norm die niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Ik vraag mij echter af of de door de Afdeling in de slijterijuitspraken gekozen benadering wel juist is. Ik kom daarop terug aan het eind van paragraaf 5.

Konijnenbelt en Stramrood hebben de vraag gesteld of strikt genomen wel sprake is van een

17 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punten 4.6 en 4.12.

18 Zie in gelijke zin Schueler 2017, p. 183.

19 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 4.12.

20 Ook Den Hollander 2018, p. 103 wijst daarop.

correctie van de werking van het relativiteitsvereiste.²¹ Bestuursorganen moeten, zo schrijven zij, altijd het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel in acht nemen, ongeacht of sprake is van een schending van een materiële norm. Konijnenbelt wijst daarbij op artikel 8:77 lid 2 Awb, waarin is bepaald dat indien de uitspraak strekt tot gegrondverklaring van het beroep, daarin wordt vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld. Hoewel uit deze bepaling volgt dat schending van een algemeen rechtsbeginsel een zelfstandige grond is om een besluit te vernietigen, gaat Konijnenbelt eraan voorbij dat de wetgever met de term 'algemene rechtsbeginselen' heeft willen aangeven dat de bestuursrechter niet alleen wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan vernietigen, maar tevens wanneer hij strijd constateert met een algemeen rechtsbeginsel dat ook buiten de sfeer van het bestuursrecht gelding heeft. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat de rechterlijke taak bestaat uit het toetsen van bestuursbeslissingen aan rechtsnormen in het algemeen.²² Op zichzelf is hiermee te verenigen dat een bestuursorgaan bij het nemen van besluiten altijd het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel in acht moeten nemen, maar dat laat onverlet dat die beginselen uitsluitend kunnen worden geschonden in het kader van de toepassing van materiële regelgeving. De conclusie spreekt in dit verband over reflexwerking.²³ Bedoeld is dat primair wordt getoetst aan de materiële beginselen, maar de invulling daarvan mede wordt bepaald door het feit dat de geschreven wettelijke norm is overtreden.²⁴ Naar mijn idee vormen het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel

dan ook geen volledig zelfstandige vernietigingsgrond.

Interessant is nog dat de Afdeling in de uitspraak van 16 maart 2016 heeft overwogen:

*“Nu het beroep van Praxis op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel niet slaagt, behoeft in het kader van haar beroep op deze beginselen niet te worden beoordeeld of de normen die niet ter bescherming van haar belangen strekken, zijn geschonden.”*²⁵

In dit geval slaagt het beroep op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel niet, waardoor niet hoeft te worden beoordeeld of de materiële norm is geschonden. Dat de Afdeling in dit geval eerst beoordeelt of een beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel slaagt, betekent, anders dan Stramrood meent,²⁶ niet dat een schending van die beginselen op zichzelf voldoende is voor vernietiging van het bestreden besluit. Deze overweging geeft naar mijn idee vooral blijk van een praktische benadering. Omdat geen sprake is van een schending van het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel wordt niet meer toegekomen aan de vraag of de onderliggende materiële norm, die niet tot bescherming van de belangen van betrokkene strekt, is geschonden. Dit laat onverlet dat de vraag of sprake is van een schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel wordt beantwoord in het licht van de toepasselijke geschreven wettelijke norm. Deze koppeling zorgt er juist voor dat de correctie Widdershoven niet een algemene rechtszekerheidscorrectie wordt, hetgeen nu juist niet de bedoeling was.²⁷

21 Konijnenbelt 2016, p. 160-161; Stramrood 2016, p. 818.
Zie ook Schueler 2017, p. 182-183.

22 MvT, *Parl. Gesch. Awb II*, p. 500.

23 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 4.6.

24 Aldus Schueler 2017, p. 183.

25 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.4, «JB» 2016/88, m.nt. R.J.N. Schlössels.

26 Stramrood 2016, p. 818.

27 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 54 en *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 450, nr. 7, p. 28.

Tot besluit van deze paragraaf het antwoord op de vraag of sprake is van een correctie op het relativiteitsvereiste of van het passeren van dit vereiste. Als uitgangspunt geldt dat het relativiteitsvereiste in de weg staat aan vernietiging van een besluit wanneer de materiële norm die is geschonden niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Met een geslaagd beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel kan in die situatie worden bereikt dat het besluit alsnog wordt vernietigd. In zekere zin is dus sprake van een correctie op de werking van het relativiteitsvereiste. Het beroep is immers niet in materiële zin niet-ontvankelijk. Daar staat tegenover dat in geval van schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel, ook al wordt dat beoordeeld in relatie tot de geschonden materiële norm, een vernietiging van het besluit zou moeten volgen wegens strijd met die beginselen en niet, zoals is gebeurd in de slijterijzaken die hierna worden besproken, wegens schending van de materiële norm. In dat opzicht kan worden gezegd dat het vertrouwensbeginsel en gelijkheidsbeginsel een *eigen* beschermingsbereik hebben dat los staat van het beschermingsbereik van de onderliggende materiële norm. Daarmee bedoel ik dat het beschermingsbereik van die beginselen niet het beschermingsbereik van de onderliggende materiële norm volgt. Dit is een fundamenteel verschil met de formele beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan de Afdeling eerder heeft geoordeeld dat voor de inroepbaarheid daarvan het beschermingsbereik van de onderliggende materiële norm bepalend is.²⁸ Schending van formele beginselen kan niet tot vernietiging van een besluit leiden als de onderliggende materiële

norm niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Tegen deze achtergrond acht ik het niet geheel juist om bij een geslaagd beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel in het kader van de toepassing van het relativiteitsvereiste van een correctie op dat vereiste te spreken. Het oordeel van de rechter over het beschermingsbereik van de materiële norm wordt immers niet gecorrigeerd, maar staat door het eigen – of misschien moeten we zeggen aanvullende – beschermingsbereik van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel niet langer aan vernietiging van het bestreden besluit in de weg. Het relativiteitsvereiste wordt dus als het ware gepasseerd. Ik deel, gelet hierop, de conclusie van Schueler dat het woord ‘correctie’ ingeburgerd en handig is, maar niet precies de lading dekt.²⁹

5. De eerste toepassing van de correctie Widdershoven

Voor een succesvol beroep op een materiële norm die niet beoogt de belangen van een concurrent te beschermen is vereist dat wordt voldaan aan de voorwaarden voor het honoreren van een beroep op het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel. De staatsraad advocaat-generaal merkt zelf al op dat dit niet vaak het geval zal zijn.³⁰ De eisen die aan het met succes toepassen van beide beginselen in de rechtspraktijk worden gesteld zijn immers hoog. Ook in de literatuur waren de verwachtingen over het succes van de correctie op voorhand beperkt.³¹ De praktijk lijkt dit te bevestigen. In de meeste gevallen wordt de werking van het relativiteitsvereiste niet gecorrigeerd, omdat het beroep op

28 ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1859 (*Omega Properties*), r.o. 2.4.2, AB 2012/343 m.nt. A.T. Marseille en B.W.N. de Waard. Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2751, r.o. 4.6.3; ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, r.o. 8, «JB» 2015/39 m.nt. R.J.N. Schlössels en ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2838, r.o. 6.2, AB 2015/59 m.nt. D. Korsse.

29 Schueler 2017, p. 183.

30 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680 (*bestemmingsplan Blaloweg*), punt 4.13.

31 De Graaf en Van der Veen 2016, p. 169-176, p. 175-176; Stramrood 2016, p. 818; en T.E.P.A. Lam, annotatie bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, AB 2016/249, punt 7.

het gelijkheidsbeginsel onvoldoende was onderbouwd,³² of omdat werd geoordeeld dat geen sprake was van vergelijkbare gevallen.³³ Verrassend waren dan ook drie uitspraken van de Afdeling van 28 december 2016, waarin de correctie Widdershoven met succes werd toegepast en het relativiteitsvereiste niet aan een vernietiging van de bestreden besluiten in de weg stond.³⁴

In de slijterijzaken gaat het om de situatie waarbij in een afgezonderde ruimte binnen een supermarkt een slijterij gevestigd is. Een aantal zelfstandige slijterijen, verenigd in de Slijters-Unie, heeft de burgemeesters van drie gemeenten gevraagd om handhavend op te treden tegen deze supermarktslijterijen. Aan dat verzoek is ten grondslag gelegd dat in de supermarktslijterijen niet altijd een leidinggevende aanwezig is. De leidinggevende die er is, heeft zowel de slijterij als de supermarkt onder zijn hoede en moet zijn tijd dus tussen beide verdelen. Volgens de zelfstandige slijterijen is dit in strijd met artikel 24 lid 1 van de Drank- en horecawet (Dhw), op grond waarvan het verboden is een slijtlokaliteit voor het publiek geopend te houden indien in de inrichting geen leidinggevende aanwezig is. De SlijtersUnie meent dat haar leden concurrentienadeel ondervinden als gevolg van de overtreding van dit voorschrift door supermarktslijterijen. De

kosten van het aanwezig hebben van een leidinggevende komen in het geval van supermarktslijterijen immers niet volledig ten laste van de slijterij, maar gedeeltelijk – of zelfs hoofdzakelijk – ten laste van de supermarkt. De door de SlijtersUnie ingediende handhavingsverzoeken zijn afgewezen. Daaraan is ten grondslag gelegd dat het op grond van artikel 24 lid 1 Dhw voldoende is dat er in de supermarkt als geheel een leidinggevende aanwezig is, omdat sprake is van één inrichting. De rechtbank volgt deze uitleg van artikel 24 lid 1 Dhw niet en oordeelt dat een supermarktslijterij als een zelfstandige inrichting moet worden beschouwd, waar voortdurend een leidinggevende aanwezig moet zijn. Volgens de rechtbank staat het relativiteitsvereiste niet aan vernietiging van de bestreden besluiten wegens strijd met artikel 24 lid 1 Dhw in de weg, omdat de Dhw niet slechts strekt tot bescherming van de volksgezondheid, maar tevens tot versterking van het inzicht van ondernemers en het bewerkstelligen van een bedrijfsvoering die bijdraagt aan een verantwoorde drankverstrekking.

De Afdeling oordeelt anders over het beschermingsbereik van de Dhw. Volgens haar strekt de Dhw tot bescherming van de volksgezondheid en de openbare orde en niet tot bescherming van het concurrentiebelang van slijterijen en dus ook niet van het belang waarvoor de SlijtersUnie opkomt. Vervolgens komt de Afdeling – ambtshalve, zo lijkt het althans³⁵ – toe aan de vraag of in dit geval de correctie Widdershoven kan worden toegepast. Daarbij stelt de Afdeling voorop dat:

“voor een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel nodig is dat een bedrijf daadwerkelijk is benadeeld doordat aan dat bedrijf, in een situatie die wat betreft de geldende wettelijke voor-

32 ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:832 r.o. 10.3; en ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, r.o. 14.2.

33 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:671, r.o. 9.1; ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 10.6; en ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3180, r.o. 16.5.

34 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, ECLI:NL:RVS:2016:3453 en ECLI:NL:RVS:2016:3454, AB 2017/110, AB 2017/111 en AB 2017/112, m.nt. B.J.P. Stramrood. Zie over deze uitspraken o.a. Den Hollander 2018, R. Benhadi, ‘De SlijtersUnie-uitspraken: de correctie Langemeijer toegepast op het relativiteitsvereiste’, PB 2017/2, p. 8-10.

35 Vergelijk T. Barkhuysen en M. Claessens, annotatie bij ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3454, JG 2017/12 (SlijtersUnie), punt 5.

*schriften en de feiten voldoende vergelijkbaar is, verplichtingen zijn opgelegd waaraan zijn concurrent als gevolg van de schending van de betrokken norm niet hoeft te voldoen.”*³⁶

Een belangrijke vraag is vervolgens of in dit geval sprake is van een situatie die wat betreft de feiten voldoende vergelijkbaar is. Evident is dit niet, aangezien de SlijtersUnie opkomt voor de belangen van zelfstandige slijterijen, terwijl de slijterijen waartegen om handhaving wordt verzocht onderdeel zijn van een supermarkt. Dit verschil wordt door de Afdeling benadrukt door te overwegen dat bij zelfstandige slijterijen, naar de aard van de onderneming, geen ruimten aanwezig zijn waarin andere activiteiten worden ontplooid dan de verkoop van drank. Toch maakt dit verschil, volgens de Afdeling, niet dat in dit geval geen sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen. De Afdeling overweegt namelijk:

“Voor toepassing van [de correctie Widdershoven] dient in dit geval te worden beoordeeld of zelfstandige slijterijen worden benadeeld doordat aan hen verplichtingen zijn opgelegd waaraan in supermarkten gevestigde slijterijen als gevolg van het uitblijven van handhavend optreden tegen overtreding van artikel 24, eerste lid, van de Dhw niet behoeven te voldoen. Naar het oordeel van de Afdeling is dat het geval. Bij zelfstandige slijterijen zijn, naar de aard van de onderneming, geen ruimten aanwezig waarin andere activiteiten worden ontplooid dan de verkoop van drank. Bij slijterijen die in hetzelfde pand als een supermarkt zijn gevestigd, is dat naar de aard van de onderneming wel het geval. Bij laatstvermelde slijterijen staat de burgemeester - ten onrechte - toe dat een leidinggevende niet in de slijtlokaliteit of een andere tot de inrichting behorende besloten ruimte, maar in de supermarkt aanwezig is. De kosten die voor een leidinggevende moeten wor-

*den gemaakt, komen in dat geval niet volledig ten laste van de slijterij, maar gedeeltelijk, zo niet hoofdzakelijk, ook ten laste van de supermarkt. Bij een zelfstandige slijterij komen de kosten van een leidinggevende geheel ten laste van de slijterij, omdat de leidinggevende zich alleen kan bezighouden met het verstrekken van sterke drank en andere, slechts aan het slijtersbedrijf gerelateerde activiteiten. Op deze wijze worden aan zelfstandige slijterijen verplichtingen opgelegd waaraan in supermarkten gevestigde slijterijen niet in die mate behoeven te voldoen, terwijl beide gevallen wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende gelijkenis vertonen. Hoewel artikel 24, eerste lid, van de Dhw, niet strekt ter bescherming van de belangen van de SlijtersUnie, draagt de hier aan de orde zijnde schending van deze bepaling wel bij aan het oordeel dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden.”*³⁷

Hieruit volgt dat juist het feitelijke verschil tussen zelfstandige slijterijen en slijterijen in supermarkten leidt tot onterecht hoge kosten voor zelfstandige slijterijen als het in artikel 24 lid 1 Dhw neergelegde verbod onjuist wordt toegepast.³⁸ Het gelijkheidsbeginsel is volgens de Afdeling daarmee geschonden en artikel 8:69a Awb staat in dit geval dan ook niet in de weg aan vernietiging van de besluiten van de burgemeesters wegens strijd met artikel 24 lid 1 Dhw. Deze laatste gevolgtrekking acht ik opmerkelijk. Ja, er is sprake van een schending van artikel 24 lid 1 Dhw dat voorschrijft dat in een horecalokaal of slijterij een leidinggevende aanwezig moet zijn. Dat voorschrift wordt echter overtreden door de supermarktslijterijen en niet door de burgemeesters aan wie om handhaving is verzocht. Het is naar mijn idee dan ook niet geheel logisch om de afwijzing van de handhavingsverzoeken

36 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, r.o. 9.5, ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9.5 en ECLI:NL:RVS:2016:3454, r.o. 9.5.

37 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3451, r.o. 9.5; ECLI:NL:RVS:2016:3453, r.o. 9.5 en ECLI:NL:RVS:2016:3454, r.o. 9.5.

38 B.J.P. Stramrood, annotatie bij ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3453, AB 2017/112 (Slijters-Unie), punt 10.

te vernietigen wegens strijd met artikel 24 lid 1 Dhw. Het had meer voor de hand gelegen om die besluiten te vernietigen wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het gaat erom dat de burgemeesters een onderscheid maken dat tot nadeel bij de zelfstandige slijterijen leidt. Had niet moeten worden geconcludeerd dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden omdat de burgemeesters onderscheid hebben gemaakt bij de toepassing van artikel 24 lid 1 Dhw? Een gekwalificeerde schending van het gelijkheidsbeginsel derhalve.

6. Commentaar: een (te) soepele of een andere benadering van het gelijkheidsbeginsel?

Den Hollander is kritisch over de uitspraken van de Afdeling in de slijterijzaken. Hij staat in de eerste plaats stil bij de overweging van de Afdeling dat 'aan zelfstandige slijterijen verplichtingen [worden] opgelegd waaraan in supermarkten gevestigde slijterijen niet in die mate behoeven te voldoen'. Hij heeft strikt genomen gelijk als hij opmerkt dat dit niet juist is.³⁹ Het is immers niet zo dat aan zelfstandige slijterijen verplichtingen worden opgelegd waaraan supermarktslijterijen niet hoeven te voldoen. Voor beide geldt dat zij moeten voldoen aan de in artikel 24 lid 1 Dhw opgenomen verplichting om voortdurend een leidinggevende aanwezig te hebben in de slijterij. Wat de Afdeling naar mijn idee echter heeft bedoeld te zeggen, is dat de burgemeester wel optreedt tegen een eventuele overtreding van artikel 24 lid 1 Dhw door een zelfstandige slijterij, maar niet tegen eenzelfde overtreding door een supermarktslijterij. Er is daarmee sprake van ongelijke handhaving. Waar het om gaat is dat zelfstandige- en supermarktslijterijen *de jure* moeten voldoen aan dezelfde voorschriften, maar dat dat *de facto* niet het geval is omdat tegen overtreding van die voorschriften door supermarktslijterijen niet wordt opgetreden.

³⁹ Den Hollander 2018, p. 105.

De uitspraak van de Afdeling is op dit punt wellicht niet helemaal gelukkig geformuleerd.

Fundamenteler is de kritiek van Den Hollander op de toetsing door de Afdeling aan het gelijkheidsbeginsel. Het gaat hierbij om de overweging dat 'beide gevallen wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende gelijkenis vertonen'. De Afdeling neemt met zeer weinig concrete gegevens genoegen om tot dit oordeel te komen.⁴⁰ Dat de supermarktslijterijen een kostenvoordeel hebben ten opzichte van zelfstandige slijterijen, dat zij niet zouden hebben zonder de schending van de Dhw, en dat zelfstandige slijterijen daarvan nadeel zouden kunnen ondervinden, acht Den Hollander onvoldoende om te kunnen spreken van voldoende vergelijkbare gevallen. Volgens hem is dan ook sprake van een te soepele benadering van het gelijkheidsbeginsel. Het oordeel van de Afdeling lijkt te zijn ingegeven door het belang van (het afdwingen van) bestuursrechtelijke handhaving, waarmee uit het oog wordt verloren dat het relativiteitsvereiste nu juist was bedoeld om te voorkomen dat iedereen zich op iedere norm kan beroepen om een besluit vernietigd te krijgen. De correctie Widdershoven schiet haar doel dan ook voorbij.

Ik deel voormelde kritiek niet. De kritiek valt overigens wel te begrijpen in het licht van de praktijk van het Nederlandse bestuursrecht waarin beroepen op het gelijkheidsbeginsel nauwelijks slagen.⁴¹ Ik zal daarom eerst iets

⁴⁰ Den Hollander 2018, p. 106.

⁴¹ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag, Sdu uitgevers 2002, p. 654; R.J.N. Schlössels 'Beginselen van behoorlijk bestuur' (Kroniek), *NTB* 2016, 47, p. 365, schrijft over rechtsbeginselen: 'Ten slotte was er, zoals gebruikelijk, de nodige rechtspraak waarin voor een gemaakt onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestond, rechtspraak over gevallen waarin situaties onvoldoende vergelijkbaar waren gelet op bijzondere omstandigheden en uitspraken met specifiek bewijsrechtelijke implica-

daarover zeggen. Een belangrijke oorzaak voor het lage slagingspercentage van beroepen op het gelijkheidsbeginsel is gelegen in de manier waarop de bestuursrechter toetst aan dat beginsel.⁴² Die toetsing verloopt volgens Gerards doorgaans in twee stappen.⁴³ Eerst wordt onderzocht of gevallen vergelijkbaar zijn. Is dat het geval, dan wordt onderzocht of er een rechtvaardiging bestaat voor het ongelijk behandelen van die gevallen. Een interessante vraag in dit verband is hoe de bestuursrechter beoordeelt of sprake is van vergelijkbare gevallen. Een oordeel over de vergelijkbaarheid van gevallen kan niet worden gegeven op basis van uitsluitend de feiten van de voorgelegde gevallen.⁴⁴ Het is van belang om na te gaan welke verschillen en overeenkomsten voor de vergelijkbaarheid relevant zijn. Dit vergt differentiatiecriteria of een vergelijkingsmaatstaf.⁴⁵ In de rechtspraak zijn maar weinig aanwijzingen te vinden voor de wijze waarop de rechter de vergelijkingsmaatstaf vaststelt. Het ligt evenwel voor de hand om te kijken naar het doel van de toepasselijke regelgeving in het voorliggende geval. De wetsgeschiedenis is

ties' (*curs. JW*). Zie verder ook C.J.N. Verstedden, 'Het falende gelijkheidsbeginsel', in: D.W.P. Ruiter en C.J.N. Verstedden, *Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht* (VAR-reeks XCIII), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1985, p. 94-95.

⁴² Gerards 2002, p. 650-659.

⁴³ Overigens is Gerards 2002, p. 650-651, zeer kritisch over de wijze waarop in de Nederlandse rechtspraak toepassing wordt gegeven aan het gelijkheidsbeginsel, omdat dit leidt tot oncontroleerbaarheid van de toetsing en soms zelfs willekeur. Zij komt dan ook met een voorstel voor een algemeen toetsingsmodel, waarbij niet de vergelijkbaarheid van gevallen voorop staat, maar de vraag of het maken van een bepaald onderscheid leidt tot benadeling.

⁴⁴ Gerards 2002, p. 60.

⁴⁵ E.M.H. Hirsch Ballin, *Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 9. Zie ook F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 45.

daarbij een eerste aanknopingspunt, aangezien vaak uit de regelgeving zelf alleen kan worden afgeleid *dat* er een onderscheid wordt gemaakt, maar niet *waarom* dat gebeurt. Een interessante constatering in het kader van de slijterijzaken, waarin de zelfstandige slijterijen opkomen voor hun eigen concurrentiepositie, is dat het Nederlandse bestuursrecht – afgezien van het mededingingsrecht – maar weinig regels kent die tot doel hebben het gelijke speelveld tussen concurrenten te beschermen.⁴⁶ Dit betekent dat in maar weinig gevallen het zijn van concurrenten als vergelijkingsmaatstaf kan dienen. Het feit dat de zelfstandige slijterijen en de supermarktslijterijen met elkaar concurreren maakt, gelet op het doel en de strekking van de Dhw, op zichzelf dus ook niet dat sprake is van vergelijkbare gevallen. Toch komt de Afdeling tot de conclusie dat er is gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel. In dat opzicht is het opmerkelijk dat de Afdeling zo weinig woorden vuilmaakt aan de beantwoording van de vraag of sprake is van vergelijkbare gevallen. Sterker nog, de Afdeling benadrukt in de uitspraak dat sprake is van verschillen, door erop te wijzen dat bij zelfstandige slijterijen, naar de aard van de onderneming, geen ruimten aanwezig zijn waarin andere activiteiten worden ontplooid dan de verkoop van drank, terwijl in geval van slijterijen die in hetzelfde pand als een supermarkt zijn gevestigd, dat naar de aard van de onderneming wel het geval is. De conclusie dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt, lijkt dan ook vooral ingegeven door het feit dat sprake is van concurrenten.

Dit roept de vraag op of er niet iets anders aan de hand is. Het lijkt erop dat de Afdeling in de slijterijzaken de traditionele benadering van het gelijkheidsbeginsel, waarbij eerst wordt nagegaan of sprake is van vergelijkbare gevallen en pas daarna wordt toegekomen aan de vraag of

⁴⁶ Zie daarover uitvoeriger J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boomjuridisch 2017, hoofdstuk 5.

voor een eventueel gemaakt onderscheid een rechtvaardiging bestaat, loslaat en kiest voor een andere benadering. Niet de vergelijkbaarheid van gevallen maar de gevolgen van een door het bestuur gemaakt onderscheid worden vooropgesteld. Het gaat er hierbij allereerst om of aannemelijk is dat een bepaalde groep of (rechts)persoon nadeel ondervindt van een onderscheid dat een bestuursorgaan maakt. Van nadeel kan bijvoorbeeld sprake zijn als concurrenten, als gevolg van een door de overheid gemaakt onderscheid, geen gelijke marktkansen krijgen. Is sprake van ongelijke behandeling die leidt tot nadeel, dan dient vervolgens te worden onderzocht of er een rechtvaardiging kan worden gevonden voor het gemaakte onderscheid.⁴⁷ Kan dit niet, dan wordt geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. De vraag of sprake is van gelijke gevallen doet er in deze benadering eigenlijk alleen nog toe bij de beoordeling of het maken van een onderscheid gerechtvaardigd is. Deze andere benadering heeft ook gevolgen voor de bewijslast van het bestuursorgaan. Een verzoeker om handhaving die een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel moet het gelijke geval noemen en aan de hand van concrete aanwijzingen motiveren waarom sprake is van gelijke gevallen (adstructieplicht).⁴⁸ Het bestuursorgaan draagt de bewijslast en diende voorheen te bewijzen dat geen sprake was van gelijke gevallen. Bij de benadering die de Afdeling in de slijterijzaken heeft gekozen dient het bestuursorgaan niet alleen te bewijzen dat van gelijke gevallen geen sprake is, maar moet het steeds – dus niet uitsluitend wanneer sprake is van gelijke gevallen – ook aannemelijk te maken dat er een recht-

vaardiging bestaat voor het maken van onderscheid, dan wel dat de rechtzoekende daarvan geen nadeel ondervindt. De bewijslast voor het bestuursorgaan wordt dus zwaarder. Enigszins paradoxaal is wel dat juist het feit dat sprake is van verschillende situaties vaak zal kunnen dienen als rechtvaardiging voor het maken van onderscheid. Zo is het bijvoorbeeld niet meer dan logisch dat een ondernemer die is gevestigd nabij een woonwijk of natuurgebied moet voldoen aan strengere milieueisen dan een ondernemer die is gevestigd op een industrieterrein. Het is echter het bestuursorgaan dat dit moet onderbouwen. Overigens verwacht ik dat in verreweg de meeste gevallen het feit dat situaties van elkaar verschillen een goede rechtvaardiging vormt voor het maken van een onderscheid. De slijterijzaken laten echter zien dat dit niet altijd het geval is.

In de slijterijzaken werd door de burgemeesters een onderscheid gemaakt door niet op te treden tegen supermarktslijterijen waar in strijd met artikel 24 lid 1 Dhw niet voortdurend een leidinggevende aanwezig was in de slijterij. De Afdeling acht aannemelijk dat dit tot gevolg heeft dat zelfstandige slijterijen hogere kosten maken dan supermarktslijterijen waar maar één leidinggevende voor zowel de supermarkt als de slijterij aanwezig is. Het is dus aannemelijk dat er sprake is van nadeel als gevolg van ongelijke handhaving. De vraag of voor dit onderscheid een rechtvaardiging bestaat, wordt in de uitspraak niet (expliciet) beantwoord. Een dergelijke rechtvaardiging laat zich naar mijn idee in dit geval echter slecht indenken. Het verschil tussen enerzijds zelfstandige slijterijen en anderzijds supermarktslijterijen werd in elk geval onvoldoende geacht om het maken van een onderscheid bij de toepassing van artikel 24 lid 1 Dhw te kunnen rechtvaardigen. De Afdeling komt mijns inziens dan ook terecht tot de conclusie dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. De uitspraak laat hiermee een verschuiving zien van de functie van het gelijkheidsbeginsel van gelijk behandelen (in absolute zin)

47 Gerards 2002, p. 77.

48 Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 183; D.A. Verburg, 'Three is a crowd: Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 269.

naar het bieden van gelijke kansen. Het gaat om het creëren van wat Van Ommeren 'relatieve gelijkheid' noemt.⁴⁹ Relatief, omdat de gelijke behandeling in relatie staat tot de marktpositie die een ondernemer ten opzichte van zijn concurrenten inneemt. Deze benadering doet recht aan de in de praktijk vaker voorkomende situatie waarin de overheid verschillend handelt bij (markt)partijen die zich welbeschouwd in verschillende situaties bevinden, maar waarbij dat verschillende handelen wel gevolgen heeft voor de (concurrentie)positie van een van beide partijen. Voor die gevallen is de invoering van de correctie Widdershoven, op grond waarvan kan worden opgetreden tegen concurrentievervalsingen, dus zeer welkom.

7. Zaken waarin de correctie Widdershoven niet is toegepast

Tot slot dan de vraag waarom het tot op heden⁵⁰ bij de toepassing van de correctie Widdershoven in de slijterijzaken is gebleven. Daarvoor is het nuttig om te kijken naar de uitspraken waarbij daar een beroep op is gedaan, maar dat beroep *niet* is gehonoreerd.⁵¹ Een zoekopdracht op rechtspraak.nl over de periode tussen 16 maart 2016 en 30 mei 2018 met de trefwoorden 'relativiteitsvereiste' en 'correctie' met een beperking tot de rechtspraak van de Afdeling, het CBB en de CRvB leverde 24 treffers op. Van die uitspraken zijn er 11 niet relevant, omdat de correctie Widdershoven daarin niet aan de orde komt. Ook de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal over exceptieve toetsing valt af,

om de eenvoudige reden dat het niet om een uitspraak gaat. Voorts vallen de drie slijterijzaken af, aangezien die hiervoor reeds zijn besproken. Er blijven dan 9 uitspraken over. Daarvan zijn er 8 van de Afdeling. Het betreft louter omgevingsrechtelijke zaken (7 x vaststelling bestemmingsplan en 1 x verlening omgevingsvergunning). Eén uitspraak is van het CBB en gaat over het opleggen van een bestuurlijke boete.⁵² De uitspraak van het CBB en één Afdelingsuitspraak⁵³ zijn niet relevant, omdat de correctie Widdershoven daarin wel wordt genoemd, maar daar verder niet aan wordt getoetst. Twee andere uitspraken van de Afdeling zijn evenmin relevant voor de vraag hoe de Afdeling toetst aan het gelijkheidsbeginsel, omdat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet is onderbouwd en reeds daarom niet wordt toegekomen aan een correctie van de werking van het relativiteitsvereiste.⁵⁴

Uiteindelijk blijven er dan 5 zaken over waarin de Afdeling in het kader van een beroep op de correctie Widdershoven beoordeelt of het beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt. Het gaat steeds om omgevingsrechtelijke zaken (4 x vaststelling bestemmingsplan en 1 x verlening omgevingsvergunning voor bouwen), waarin, op één zaak na, een ondernemer opkomt met het doel te worden gevrijwaard van een concurrent. In één zaak volstaat de Afdeling met de uiterst korte overweging dat geen sprake is van handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel.⁵⁵ Deze korte, niet nader gemotiveerde afdoening valt te verklaren, omdat appellanten niet meer hadden aangevoerd dan dat de werking van het relativiteitsvereiste gecorrigeerd moet worden. Zij hebben blijkens de uitspraak echter niets aangevoerd ter onderbouwing van het betoog

49 F.J. van Ommeren, 'Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Van doctrinair standpunt naar positief recht', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij* (Polak-bundel), Nijmegen, Ars Aequi Libri 2017, p. 204; Van Ommeren 2004, p. 46.

50 Onderzocht is de periode tot 30 mei 2018.

51 Zie voor een beperkt overzicht ook Y. Demirici en R. Benhadi, Toepassing relativiteitsvereiste uit artikel 8:69a Awb: stand van zaken anno 2017, *Pb* 2018, 55, p. 6.

52 CBB 8 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:130, r.o. 5.6.

53 ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1724, r.o. 12.8.

54 ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:832, r.o. 10.3 en ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1208, r.o. 13.3.

55 ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1516, r.o. 8.1.

dat het bestuur in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld.

In drie zaken oordeelt de Afdeling dat geen sprake is van gelijke gevallen.⁵⁶ Daarbij gaat het steeds om een klassieke benadering van het gelijkheidsbeginsel, waarbij beoordeeld wordt of sprake is van gevallen die voor wat betreft de relevante feiten en toepasselijke regelgeving met elkaar vergelijkbaar zijn. In een uitspraak kiest de Afdeling echter voor een benadering van het gelijkheidsbeginsel die sterk lijkt op de benadering in de slijterijuitspraken.⁵⁷ Het gaat om een zaak waarin een omgevingsvergunning was verleend voor het bouwen van een bioscoop. De exploitanten van drie bestaande bioscopen kwamen hiertegen op en deden daarbij een beroep op een aantal omgevingsrechtelijke voorschriften. De Afdeling overweegt dat die niet strekken tot bescherming van het concurrentiebelang waarvoor appellanten in deze procedure bescherming zoeken. Vervolgens komt de Afdeling toe aan de vraag of het gelijkheidsbeginsel in dit geval noopt tot het corrigeren van de werking van het relativiteitsvereiste en overweegt:

“[Appellanten] hebben niet aannemelijk gemaakt dat zij daadwerkelijk zijn benadeeld doordat hen in een situatie die wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende vergelijkbaar is, verplichtingen zijn opgelegd waaraan [concurrent] niet hoeft te voldoen. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat (...) het college dient te beslissen op de aanvraag zoals die is ingediend en [concurrent], anders dan [appellanten] met betrekking tot de door hen op te richten bioscoop in het Stationsgebied omdat zij meer dan 500.000 bezoekers per jaar verwachten, geen

*aanvraag heeft gedaan voor een milieuvergunningplichtige inrichting.”*⁵⁸

Ook in dit geval lijkt de Afdeling de gevolgen van een beweerdelijk door het bestuur gemaakt onderscheid voorop te stellen. Volgens de Afdeling is echter niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van nadeel. De Afdeling neemt daarbij het feitelijke verschil tussen beide gevallen in aanmerking. Omdat sprake is van verschillende situaties levert het maken van onderscheid door het bestuur geen nadeel op. Anders gesteld: het verschil in situaties maakt juist dat geen sprake is van nadeel. Dat laat onverlet dat de Afdeling ook in deze uitspraak blijkt geeft van een relatieve benadering van het gelijkheidsbeginsel.

Tot slot dan nog de vraag of het toeval is dat de correctie Widdershoven tot nu toe alleen met succes is toegepast in handhavingszaken, terwijl in omgevingsrechtelijke zaken een beroep op de correctie nog niet succesvol is geweest. Ik denk dat dit niet geheel toevallig is. Daarbij speelt een rol dat in handhavingskwesties doorgaans makkelijker aannemelijk te maken is dat er een onderscheid wordt gemaakt dat tot nadeel bij een ander leidt en dat niet kan worden gerechtvaardigd aan de hand van verschillen tussen gevallen. Vaak is het zo dat partijen moeten voldoen aan dezelfde wettelijke voorschriften. Als een van hen dat niet doet en het verantwoordelijke bestuursorgaan treedt daar niet tegen op, dan is al snel sprake van nadeel bij de ander, bijvoorbeeld in de vorm van verstoring van de eerlijke concurrentie. In het omgevingsrecht is het doorgaans moeilijker om aannemelijk te maken dat het maken van onderscheid leidt tot nadeel. Voor veel omgevingsrechtelijke besluiten, zoals de vaststelling van een bestemmingplan of de verlening van een omgevingsvergunning, geldt dat daardoor kan worden voorzien in de komst of uitbreiding

56 ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3180, r.o. 16.5; ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:671, r.o. 9.1 en ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 10.6.

57 ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975.

58 ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2975, r.o. 14.2.

van bedrijvigheid. Dit kan leiden tot een toename van de concurrentie, maar leidt in beginsel niet tot nadeel in de vorm van verstoring van de concurrentie. Daarmee is overigens niet gezegd dat in het omgevingsrecht geen succesvolle toepassing van de correctie Widdershoven denkbaar is. Het is denkbaar dat een bestuursorgaan bij het nemen van een omgevingsrechtelijk besluit strengere eisen stelt aan de een dan aan de ander. In dat geval zal al gauw sprake zijn van het maken van onderscheid dat leidt tot nadeel, waarbij vervolgens moet worden gezien of voor dat een onderscheid een rechtvaardiging bestaat, bijvoorbeeld omdat het om verschillende situaties gaat. Niettemin lijkt voor de slaggingskansen van een beroep op de correctie Widdershoven de aard van de zaak wel enige rol te spelen.

8. Conclusie

Misschien wel de belangrijkste wijziging in het bestuursprocesrecht van de afgelopen jaren is de invoering van het relativiteitsvereiste, neergelegd in artikel 8:69a Awb. Dit vereiste houdt – kort gezegd – in dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Dit vormt een aanzienlijke beperking van de vernietigingsbevoegdheid van de bestuursrechter. Het is dan ook niet verwonderlijk dat sinds de invoering van het relativiteitsvereiste is gediscussieerd over de vraag of er in bepaalde situaties, waarin het toepassen van het relativiteitsvereiste tot onwenselijke uitkomsten leidt, een correctie op dit vereiste zou moeten worden aangebracht. Met de uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2016 in de zaak Blaloweg is aan die discussie een einde gekomen en is aanvaard dat de rechter de toepassing van artikel 8:69a Awb in die zin dient te corrigeren dat de schending van een norm die niet de bescherming beoogt van de belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot

vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Dit leidt dan alsnog tot een vernietiging. Deze correctie is bekend als de correctie Widdershoven. Al vanaf de introductie van deze correctie is er in de literatuur kritisch geschreven over de succeskansen van de correctie, omdat voor een succesvolle toepassing daarvan een schending van het gelijkheids- of vertrouwensbeginsel vereist is en beroepen op die beginselen doorgaans weinig kans van slagen hebben. De uitspraken van de Afdeling van 28 december 2016 in drie slijterijzaken vormen een uitzondering op de regel. In die uitspraken heeft de Afdeling geoordeeld dat, hoewel de door appellanten ingeroepen voorschriften uit de Dhw niet strekken tot bescherming van hun belangen, de schending van deze normen leidt tot een schending van het gelijkheidsbeginsel, zodat in dat geval het relativiteitsvereiste niet aan vernietiging van de bestreden besluiten in de weg staat.

Hoewel het aantal zaken waarin de Afdeling in het kader van een beroep op de correctie Widdershoven toetst of in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld, op de vingers van twee handen te tellen zijn en ik dus heel voorzichtig moet zijn met het trekken van conclusies, ben ik minder somber over de succeskansen van de correctie Widdershoven dan andere schrijvers. Natuurlijk is het zo dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet snel zal slagen. Daarin brengt ook de in de slijterijzaken gekozen benadering naar mijn idee weinig verandering. Wat mij echter hoopvol stemt, is dat de Afdeling in die zaken niet zozeer soepel met het gelijkheidsbeginsel omgaat, als wel daar op een andere manier mee omgaat. Anders dan vaak gebeurt bij toepassing van het gelijkheidsbeginsel, staart de Afdeling zich in de slijterijzaken niet blind op de verschillen en overeenkomsten tussen twee situaties, maar heeft zij oog voor de gevolgen die het maken van een bepaald onderscheid kan hebben. Als die gevolgen onrechtvaardig zijn, omdat bijvoorbeeld de eerlijke concurrentie

daardoor (ernstig) wordt verstoord, dan doet de omstandigheid dat sprake is van – gelet op de relevante feiten en regelgeving – verschillende gevallen niet af aan de noodzaak tot het bieden van rechtsbescherming. Die noodzaak is naar mijn idee onder ogen gezien in de slijterijzaken. De correctie Widdershoven heeft in die zaken zijn nut dan ook zeker bewezen. Anders dan bijvoorbeeld Den Hollander schrijft, valt ook niet in te zien dat de correctie Widdershoven in de slijterijzaken haar doel voorbijschiet. De correctie gaat helemaal niet zo ver dat eenieder toch weer een beroep kan doen op elke norm, terwijl de bedoeling van het relativiteitsvereiste nu juist was dat dit niet kon. Het oordeel over de schending van het gelijkheidsbeginsel (en dat geldt evengoed voor het vertrouwensbeginsel) wordt immers gerelateerd aan de schending van de onderliggende materiële norm. Die laatste schending moet juist tot gevolg hebben dat een van beide beginselen is geschonden, wil een beroep op de correctie Widdershoven succes kunnen hebben. Van belang is verder dat het maken van onderscheid op zichzelf niet verboden is. In verreweg de meeste gevallen zal dit dan ook niet leiden tot het oordeel dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden en dus de werking van het relativiteitsvereiste moet worden gecorrigeerd. Slechts in de gevallen waarin het maken van onderscheid leidt tot nadeel dat niet valt te rechtvaardigen, moet, zo volgt (impliciet) uit de slijterijzaken, worden geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel geschonden is. In die gevallen dient alsnog vernietiging van het bestreden besluit plaats te vinden en kan de werking van het relativiteitsvereiste worden gepasseerd. Een vernietiging van het besluit dient dan plaats te vinden wegens schending van het gelijkheidsbeginsel en niet, zoals in de slijterijzaken het geval was, wegens strijd met de geschonden materiële norm. De slotsom is dat de correctie Widdershoven naar zijn aard niet vaak met succes zal kunnen worden toegepast, maar, zo verwacht ik, net wel de rechtsbescherming biedt die in concurrentiegeschillen soms zo nodig is.

Over de auteur*Mr.dr. J. (Jaap) Wieland*

Was werkzaam bij de directie Bestuursrecht-spraak van de Raad van State. Thans is hij advocaat te Amsterdam.