



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht

Polak, J.E.M.

Citation

Polak, J. E. M. (2009). Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht. *Trema Tijdschrift Voor De Rechterlijke Macht*, (9), 378-383. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15063>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15063>

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

Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht

Op 1 januari 2009 was het vijftien jaar geleden dat de Algemene wet bestuursrecht in werking trad. In dit artikel wordt teruggeblikt op vijftien jaar bestuursprocesrecht onder de Algemene wet bestuursrecht en wordt ook enigszins vooruit gekeken op nieuwe ontwikkelingen.

JAAP POLAK

Op 1 januari 1994 trad de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking. Op verzoek van de redactie wordt teruggeblikt op die vijftien jaar en ook enigszins vooruitgekeken. Daarbij wordt, gelet op het lezerspubliek van dit blad, de aandacht gericht op het bestuursprocesrecht. Hoewel die keuze enige focus oplevert, is het onderwerp dermate ruim dat in deze bijdrage slechts een aantal deelonderwerpen – en dan ook nog vrij oppervlakkig – kan worden behandeld. Maar zoals bekend heeft ieder nadeel een voordeel: de ontwikkelingen op de betreffende deelonderwerpen kunnen zo op hoofdlijnen worden geschetst. Die benadering van een aantal problemen op hoofdlijnen heeft bovendien het voordeel dat een aantal daarvan zich ook voordoet in de civiele sector of de strafsector, bijvoorbeeld als het gaat om de verhouding tussen de eerstelijnsrechtsspraak en de appelrechtsspraak, zodat deze bijdrage hopelijk ook voor lezers die in die sectoren werkzaam zijn lezenswaardig is.

1. De instelling van de sectoren bestuursrecht bij de rechtbanken

1 januari 1994 was voor het bestuursrecht een mijlpaal. Het bestuursrecht was en bleef met al zijn deelgebieden (van socialezekerheidsrecht tot huursubsidies, van scholenplanning tot milieurecht) het meest verbrokkelde rechtsgebied, maar niettemin kreeg het vakgebied met de Awb ook een algemene, in beginsel voor het hele bestuursrecht geldende wet. Voor het hele rechtsgebied geldende normen en procedures werden vastgelegd. Organisatorisch is 1 januari 1994 een mijlpaal, omdat de sectoren bestuursrecht bij de negentien rechtbanken op dat tijdstip van start gingen. Het betekende daarmee het einde van het functioneren van de raden van beroep en de Ambtenarengerechten, die tot dan toe de eerstelijnsrechtsspraak in socialeverzekeringszaken en ambtenarenzaken voor hun rekening namen met daarna de mogelijkheid van hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep. Deze mogelijkheid bleef

HET IS NATUURLIJK NIET ZO GEWEEST DAT
VANAF DE INVOERING VAN HET UNIFORME
BESTUURSPROCESRECHT DAT BESTUURSPROCES-
RECHT OOK TERSTOND UNIFORM IS TOEGEPAST.

met de invoering van de sectoren bestuursrecht bij de rechtbanken voor deze zaken bestaan. Daarnaast kregen de sectoren bestuursrecht de taak beroepen te behandelen tegen de zaken die in eerste en enige aanleg door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State werden behandeld onder de vigeur van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob). Die wet voorzag grosso modo in beroep bij de Afdeling rechtspraak tegen alle overheidsbeschikkingen waartegen geen andere adequate rechtsbeschermingsmogelijkheid bestond. De Afdeling rechtspraak werd omgevormd tot de Afdeling bestuursrechtsspraak. Deze werd hogerberoepsrechter in al die zaken waarbij tussen 1976 en 1994 beroep openstond bij de Afdeling rechtspraak in eerste en enige aanleg. Daarnaast nam zij de taak over van de voormalige Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State, die rechtsspraak in eerste en enige aanleg in een groot aantal zaken, waarbij tot aan het bekende Benthem-arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens¹ beroep op de Kroon (met advies door de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State) had opengestaan. De Afdeling bestuursrechtsspraak werd daarmee

1 EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.



zowel hogerberoepsrechter in een groot aantal geschillen als rechter in eerste en enige aanleg (met name in bestemmingsplanzaken, milieugeschillen en een groot aantal zaken op het terrein van de onderwijs- en gezondheidswetgeving). De functie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven veranderde op 1 januari 1994 nauwelijks: het bleef rechter in enige en hoogste aanleg in zaken op het terrein van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Maar ook het College heeft in de afgelopen vijftien jaar een belangrijke taak gekregen als hogerberoepsrechter: met de komst van de verschillende toezichthouders als de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) in het economisch bestuursrecht werd beroep in eerste aanleg opengesteld tegen besluiten van die toezichthouders bij de sectoren bestuursrecht van de rechtbank Rotterdam, waarna hoger beroep openstaat bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

De instelling van de sectoren bestuursrecht bij de negentien rechtbanken was onderdeel van de zogenaamde tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Zoals de korte schets van de verschillende bestuursrechtelijke beroepsgangen hiervoor aangeeft, bleef de organisatie van het hoger beroep in het bestuursrecht verbrokken. Naast de drie genoemde hogerberoepsrechters bleef ook het belastingrecht een aparte proceduregang kennen. Stond er vijftien jaar geleden na bezwaar beroep open op de belastingkamers van de gerechtshoven met daarna de mogelijkheid van cassatie bij de Hoge Raad, inmiddels zijn de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken in eerste aanleg ook belast met geschillen op het terrein van het belastingrecht (met daarna de mogelijkheid om bij de gerechtshoven te appelleren en vervolgens cassatieberoep in te stellen bij de belastingkamer van de Hoge Raad).

DE TRECHTER TUSSEN BEZWAAR EN BEROEP IS
GOEDDEELS VERLEDEN TIJD.

2. Eén uniform procesrecht

Daarnaast was 1 januari 1994 vooral een mijlpaal voor het bestuursprocesrecht, omdat het bestuursprocesrecht voor de negentien rechtbanken, maar in belangrijke mate ook voor de appelcolleges uniform werd geregeld in hoofdstuk 8 van de Awb.² In deze bijdrage richt ik mij verder vooral op de wijze waarop het uniforme bestuursprocesrecht zich in die vijftien jaar heeft ontwikkeld.

Hoewel dat voor juristen misschien moeilijk is te aanvaarden, is het natuurlijk niet zo geweest dat vanaf de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht dat bestuursprocesrecht ook terstond uniform is toegepast. De werelden van de oud-Arob-zaken enerzijds en van de socialeverzekeringszaken en ambtenarenzaken anderzijds, die voor 1994 grote verschillen vertoonden, zijn in verband met het feit dat de eerstelijnsrechtspraak vanaf 1 januari 1994 in alle gevallen bij de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken zijn ondergebracht alsmede door het uniforme procesrecht sterk naar elkaar toegegroeid. Men zou kunnen zeggen dat de ex-Arob-houding er één was om burger en bestuur als betrekkelijk gelijkwaardige partijen te zien, zeker wanneer het om driepartijenprocessen gaat en de ex-raden van beroep-houding er een was om ongelijkheidscompensatie voorop te stellen. Dat verschil in rechterlijke attitude is verminderd, maar door het uniforme bestuursprocesrecht nog steeds niet geheel 'weggeüniformeerd'. Dat heeft deels te maken met het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep verschillende instanties zijn, maar heeft zeker deels ook te maken met de verschillende aard van de rechtsgebieden waarop het uniforme bestuursprocesrecht moet worden toegepast. Soms krijgt men de indruk dat juist doordat op 1 januari 1994 een uniform bestuursprocesrecht is ingevoerd, de focus wel heel erg op de uniformiteit is gericht, terwijl men in het burgerlijk procesrecht en in het strafprocesrecht ook ziet dat rechters hetzelfde procesrecht op verschillende manieren toepassen als de aard van het rechtsgebied verschillend is. Zo kan ik mij uit mijn advocatentijd van korte gedingen bij de toenmalige president van de rechtbank Amsterdam,

² Er zijn afwijkende bepalingen blijven bestaan in de Wet op de Raad van State voor de Afdeling bestuursrechtspraak, in de Beroepswet voor de Centrale Raad van Beroep en in de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Er wordt gewerkt aan een uniforme regeling van het hoger beroep in de Awb.

B.J. Asscher, nog levendig herinneren dat zijn benadering van procespartijen en cliënten heel verschillend was al naargelang het bijvoorbeeld ging om een handelsgeschil dan wel een krakers kort geding. Dat neemt niet weg dat onnodige verschillen bij de toepassing van hetzelfde procesrecht moeten worden weggenomen en willekeur moet worden vermeden. Laat het uniform bestuursprocesrecht in de toepassing nog betrekkelijk veel ruimte, die ruimte is in belangrijke mate ingeperkt doordat zowel de rechters in eerste aanleg als de appelcolleges inmiddels uniforme rolreglementen hebben vastgesteld. Mijns inziens laat het feit dat het daarvan gekomen is een belangrijke verworvenheid van het uniforme bestuursprocesrecht zien, namelijk dat het een proces op gang heeft gebracht dat binnen de algemene en uniforme kaders van de Awb de gerechten en appelinstanties heeft gebracht tot het maken van afspraken om de Awb zo uniform mogelijk toe te passen en onnodige verschillen te vermijden.

3. De trechterdiscussie

Dit proces van convergentie kan aan de hand van de discussie over trechters in het bestuursrecht nader zichtbaar worden gemaakt. Zoals bekend wordt er bij trechters in het bestuursrecht op gedoeld dat argumenten of bewijs die in een eerdere fase van de bestuursrechtelijke procedure niet zijn aangevoerd, in de volgende fase(n) van die procedure niet meer met succes kunnen worden aangevoerd.

Al is het praktische belang van die discussie mijns inziens wat overschat,³ zij kan desalniettemin wel dienen als illustratie voor zowel het feit dat de invoering van het uniform bestuursprocesrecht niet met zich bracht dat het ook vanaf 1 januari 1994 uniform is toegepast, als de bedoelde convergentie in de loop van de afgelopen vijftien jaar. In de eerste jaren na invoering van het uniform bestuursprocesrecht had de Afdeling bestuursrechtspraak de lijn dat argumenten die niet in de bezwaarfase naar voren waren gebracht geen onderwerp van het debat bij de rechtbank en helemaal niet van het hoger beroep konden uitmaken.⁴ De lijn van de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep bevond zich aan de andere kant van het spectrum: ongeacht van wat in bezwaar en in beroep bij de rechtbank was aangevoerd, konden in hoger beroep nog nieuwe beroepsgronden naar voren worden gebracht. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft vanaf ongeveer 2004 deze trechter tussen bezwaar en beroep verlaten.⁵ Dat betekent dat men bij de rechtbank nieuwe beroepsgronden kan aanvoeren, ook al heeft men die gronden in bezwaar niet aangevoerd, zij het dat geen gronden kunnen worden aangevoerd tegen hetgeen als een apart onderdeel van een besluit kan worden gezien en dat onderdeel in de voorprocedure in het geheel niet is aangevochten (zie in dit verband thans art. 6:13 Awb). De trechter tussen bezwaar en beroep is dus goeddeels verleden tijd. Wel bestaat er nog een trechter tussen de beroepsprocedure bij de rechtbank en het hoger beroep bij de Afdeling in die zin dat

DE AFGELOPEN JAREN HEEFT DE GEDACHTE TERREIN GEWONNEN DAT MET RESPECTERING VAN DE BELEIDS- EN BEOORDELINGSRUIMTE VAN HET BESTUUR ER MOGELIJKHEDEN BESTAAN OM TOT FINALE GESCHILLENBESLECHTING TE KOMEN.

nieuwe beroepsgronden die niet bij de rechtbank zijn aangevoerd, bij de Afdeling in beginsel niet meer kunnen worden aangevoerd. De Afdeling wijst daarbij op het belang van een zorgvuldig en doelmatig gebruik van rechtsmiddelen. Centraal staat in die optiek haar controlefunctie ten opzichte van de rechtbanken: de uitspraak van de rechtbank is er niet voor niets en het primaire object van het geschil in hoger beroep.⁶ Zonder dat de Afdeling dit uitgangspunt heeft verlaten, is ook hier evenwel in de afgelopen jaren een verruiming te onderkennen in die zin dat in hoger beroep in ruimere mate dan voorheen nieuw bewijs wordt toegelaten van reeds ingenomen stellingen, hetgeen aangeeft dat zodra van voortgezet debat sprake is, in hoger beroep uitwerking van standpunten en uiteraard verdieping van de argumentatie daarbij, zulks geadstrueerd met nieuwe onderzoeksrapporten, zeer wel mogelijk zijn.⁷ Daarbij verdient voor de goede orde wel aantekening dat daarbij weer een beperking van de goede procesorde kan gelden: hoe vroeger in de hogerberoepsfase nieuwe argumenten dan wel nieuw bewijsmateriaal in de procedure worden betrokken, hoe beter het is, omdat dan de andere partij(en) beter in staat zijn om daarop in te spelen.

De Centrale Raad van Beroep heeft van zijn kant weliswaar de ruimere herkansingsmogelijkheid van het hoger beroep in zijn rechtspraak behouden, maar stelt niettemin meer dan voorheen de aangevallen rechtbankuitspraak centraal als voorwerp van het geding in hoger beroep en accepteert in mindere mate dat in hoger beroep nog een algehele frontverandering ten opzichte van hetgeen in de procedure bij de rechtbanken naar voren is gebracht, mag plaatsvinden.⁸ Aldus kan mijns inziens van een zekere convergentie worden gesproken: geen trechter meer tussen de voorprocedures bij het bestuur en de procedure bij de bestuursrechter in eerste aanleg, wel een zekere trechtersvorming tussen de procedure bij de rechtbank en de hogerberoepsinstanties in die zin dat de rechtbankuitspraak het object van het geding is, waarbij wel plaats is voor een inhoudelijke verdieping van het debat in hoger beroep en ook – mits tijdig – nieuw bewijsmateriaal aan het dossier kan worden toegevoegd. Dat het hoger beroep in het bestuursrecht, ondanks de verbrokkel-

3 Vgl. in dit verband het artikel van A.T. Marseille, 'De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak', NJB 2003, 21: "Een van de opvallendste zaken bij het in ogenschouw nemen van de alledaagse hoger beroepsuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, is dat daaruit zelden blijkt dat burgers worden afgerekend op een gebrek aan procedurele alertheid tijdens de procedure van hoger beroep, of in eerdere fasen van de besluitvorming en rechtsbescherming."

4 Zie bijv. ABRvS 25 januari 2001, AB 2001, 171.

5 Zie bijv. ABRvS 15 november 2004, AB 2005, 26 en ABRvS 7 december 2005, AB 2006, 114.

6 Zie bijv. ABRvS 12 juli 2006, AB 2006, 338.

7 Illustratief is ABRvS 6 mei 2009, AB 2009, 196 over de mogelijkheid van het in hoger beroep nog overleggen van een contra-expertise over de welstandsaspecten van een bouwplan.

8 Al is het beeld bij de CRvB wisselend. Zie hierover gedocumenteerd M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 542 e.v.

de organisatie, in toenemende mate uniform wordt toegepast, blijkt ook uit wat in het jargon wel de Brummen-lijn is gaan heten en die de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak alle drie hanteren.⁹ Die lijn houdt in dat een oordeel van de rechtbank, waarbij zij een beroepsgrond uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpt, gezag van gewijsde krijgt, ook al is het aangevallen besluit naar aanleiding van een andere beroepsgrond vernietigd. De betekenis daarvan is dat een appelland die beroepsgrond niet met succes tegen de hernieuwde beslissing op bezwaar kan aanvoeren.

Bij dit alles heeft de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht ongetwijfeld de verdienste gehad dat dit het aldus tot stand gekomen model, dat nog volop in beweging en ontwikkeling is, niet heeft voorgeschreven, maar de ontwikkeling ervan wel heeft gestimuleerd.¹⁰ Daarbij heeft het voortdurende debat over de wijze waarop het uniform bestuursprocesrecht in de jurisprudentie in deze betrekkelijk korte periode van vijftien jaar vorm heeft gekregen een grote rol gespeeld, niet het minst in de vorm van de door de wetgever voorgeschreven evaluaties van de Awb. Ook dat kan worden geïllustreerd.

4. Evaluaties van de Awb

In het verslag van de eerste evaluatiecommissie, die de periode 1994 tot en met 1996 besloeg, werd op basis van het door de Universiteit Utrecht en de Katholieke Universiteit Brabant gezamenlijk uitgebrachte onderzoeksrapport *Bestuursprocesrecht* geconcludeerd¹¹ dat de bestuursrechter goed uit de voeten blijkt te kunnen met het uniform bestuursprocesrecht, maar dat de eenheidsdoelstellingen vooral nog het minste uit de verf zijn gekomen. Bemoedigend is – zo stellen de onderzoekers – zeker dat blijkens het onderzoek de rechterlijke macht zelf veel tijd en aandacht besteedt aan de onderlinge afstemming van de toepassing van hoofdstuk 8 van de Awb. Deze cultuuromslag verdient – zo wordt gesteld – alle waardering. Toch constateren de onderzoekers ook dat, met name op het punt van het hanteren van procesbevoegdheden, de gerechten al veel meer dan wenselijk is een verschillende koers varen.¹²

Deze conclusie heeft er uiteindelijk mede toe geleid dat vele jaren later de reeds aangestipte uniforme reglementen van de eerstelijns-rechtspraak en die van hoger beroep tot stand zijn gekomen.¹³ Dat was evenwel niet het enige. Juist vanwege het feit dat de uniformiteit nog ontbrak, hetgeen natuurlijk ook werd toegeschreven aan de op dat moment nog korte tijd dat de Awb in werking was, werd aanbevolen om ook in de volgende evaluatie aandacht te besteden

aan het bestuursprocesrecht. En zo geschiedde. In 2001 kwam in het kader van de tweede evaluatie het belangrijke rapport *Hoger beroep* tot stand, een gezamenlijk onderzoek van de universiteiten van Utrecht, Maastricht en de Katholieke Universiteit Brabant.¹⁴ Daarin werden de verschillende benaderingen in de appelrechtspraak in die eerste jaren van het functioneren van de Awb blootgelegd en aanbevelingen gedaan voor de toekomst. De (tweede) Evaluatiecommissie nam deze gedeeltelijk over, hoewel zij deze ook enigszins nuanceerde.¹⁵ De aanbevelingen van deze Evaluatiecommissie (naar haar voorzitter de commissie-Boukema genoemd) hebben er ongetwijfeld mede toe geleid dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar trechterbenadering voor wat betreft de verhouding bezwaareerste aanleg heeft losgelaten en hebben wellicht mede ook ertoe geleid dat de Centrale Raad van Beroep meer dan voorheen de aangevallen uitspraak als het object van het geding is gaan beschouwen. Aantekening verdient daarbij overigens wel dat niet gezegd kan worden dat de rechtspraak de aanbeveling heeft overgenomen om onderscheid te maken tussen driepartijengedingen (waarin de herkansingsfunctie in hoger beroep niet aan de orde zou moeten zijn) en tweepartijengedingen (waarin naar het model van de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep die herkansingsfunctie ten volle aan de orde zou moeten zijn). Met de benadering van de commissie-Boukema kwam overigens goeddeels die van de VAR-Commissie rechtsbescherming, waarvan in het voorjaar van 2004¹⁶ het rapport verscheen, overeen. Dat bevestigt dat er gaandeweg overeenstemming is gegroeid over punten waarover in de eerste jaren van het functioneren van het zogenaamde uniform bestuursprocesrecht onoverbrugbare tegenstellingen aanwezig leken te zijn.

5. Finale geschillenbeslechting

De invloed van evaluaties en het wetenschappelijk debat op de wijze waarop de bestuursrechter met de Awb-bevoegdheden omspringt, laten zich ook illustreren aan de hand van het thema finale geschillenbeslechting.¹⁷ In de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Awb is vooral in de jurisprudentie van de Afdeling benadrukt dat de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien op grond van art. 8:72 lid 4 Awb slechts door de rechter kan worden gebruikt wanneer er na vernietiging van het bestreden besluit inhoudelijk nog maar één besluit mogelijk is.¹⁸ In evaluaties, wetenschap en praktijk is niettemin met enige nadruk al spoedig op een ruimere toepassing van de bevoegdheid aangedrongen. Reeds in het eerste evaluatieverslag over de periode 1994 t/m 1996 wordt de aanbeveling gedaan om: *“De mogelijkheden tot zelf voorzien nader te verkennen, bijvoorbeeld voor de gevallen dat de beleidsvrijheid van het bestuur is beperkt door beleidsregels of richtlijnen, dan wel partijen van deze beleidsvrijheid afstand hebben gedaan”*, zulks ook op basis van het Utrechts-Tilburgse onderzoek dat hiervoor al ter sprake

9 Van elk van die colleges een voorbeeld: CRvB 12 november 2003, AB 2004, 206, CBB 28 februari 2008, AB 2008, 139 en ABRvS 6 augustus 2003, AB 2003, 355 (de zaak Brummen!).

10 Voor een helder en gedocumenteerd overzicht van de in deze paragraaf slechts kort aangeduide lijnen in de rechtspraak over trechters, inclusief Brummen, zij verwezen naar de noot van R.J.G.M. Widdershoven in de dit najaar te verschijnen nieuwe (vierde) druk van *AB-klassiek*, welke noot Tubbergen heet bij ABRvS 18 april 2007, AB 2007, 173. Maar wie echt tijd heeft, kan natuurlijk ook de dissertatie lezen van B.J. van der Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

11 Commissie Evaluatie Awb, *Toepassing en effecten van de Awb 1994-1996*, Den Haag: 1996, p. 24.

12 J.B.J.M. ten Berge e.a., *Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

13 Procesregeling bestuursrecht 2008 van 16 april 2008, *Stcrt.* 2008, 114, vastgesteld door het Landelijk overleg van de voorzitters van de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken; Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 van 19 december 2005, *Stcrt.* 2005, 250, vastgesteld door de ABRvS, de CRvB en het CBB.

14 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

15 Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Awb 1997-2001*, Den Haag: 2001.

16 VAR-commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: 2004.

17 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001: een onderzoek waaraan vele onderzoekers van de universiteiten van Utrecht, Maastricht en Tilburg onder leiding van R.J.G.M. Widdershoven en F.A.M. Stroink hebben samengewerkt.

18 ABRvS 8 juli 1996, AB 1996, 344, m.nt. P.J.J. van Buuren.

IK BEN ER NIET VAN OVERTUIGD DAT
BESTUURSRECHTERS ZICH GEHEEL EN AL IN
HET BEELD HERKENNEN DAT ZIJ SLECHTS ZEER
BEPERKT AAN FEITENONDERZOEK DOEN.

kwam.¹⁹ In 1994 was ook verschenen de dissertatie van Schueler *Vernietigen en opnieuw voorzien*.²⁰ Hoewel de belastingrechter en in mindere mate ook wel de socialeverzekeringsrechter een ruimere toepassing aan de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien gaven, bleef de praktijk tot enkele jaren geleden terughoudend. Dat laat zich ook wel verklaren. Het is zeker in meerpartijengeschillen vaak praktisch lastig om tot finale geschillenbeslechting te komen. Daarbij blijft nog steeds het uitgangspunt dat de rechter de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur, als het gaat om bevoegdheden waarbij deze aan de orde is, moet respecteren. Toch is er in de afgelopen jaren sprake van een duidelijke kentering en heeft de gedachte terrein gewonnen dat met respectering van de beleids- en beoordelingsruimte van het bestuur, veel vaker dan in de beginfase van de Awb werd onderkend, er mogelijkheden bestaan om tot finale geschillenbeslechting te komen.²¹ Buiten de gevallen die de eerste Evaluatiecommissie reeds noemde en waarbij de beleids- en beslissingsruimte van het bestuur derhalve door het bestuur zelf is ingekaderd door middel van beleidsregels en richtlijnen, kan die inkadering ook hebben plaatsgevonden door hetgeen het bestuur voor of tijdens de procedure naar voren heeft gebracht. Zowel burger als bestuur blijken in veel gevallen aan finale geschillenbeslechting behoefte te hebben. Thans is het uitgangspunt dat in alle gevallen dat van vernietiging sprake is de bestuursrechter na gaat (of in ieder geval: moet nagaan) of er geen mogelijkheden tot finale geschillenbeslechting bestaan.²² Dat betekent overigens niet dat er nog steeds geen goede redenen kunnen zijn om daarvan af te zien. Het denken over de finale geschillenbeslechting heeft ertoe geleid dat de wetgever op korte termijn zal voorzien in de bestuurlijke lus. Daarbij zal het in de komende jaren ongetwijfeld vooral ook gaan om een juiste taakverdeling tussen bestuur en rechter in de gaten te houden, ook omdat de roep vanuit het bestuur en van parlementariërs om het bestuur ter wille te zijn, soms wel erg grote vormen aanneemt. Aan de orde zal komen in hoeverre het bestuur gebreken mag blijven herstellen via een bestuurlijke lus. Ook hier zien wij dat in een relatief korte periode vanaf de inwerkingtreding van de Awb het perspectief, in dit geval met betrekking tot finale

geschillenbeslechting, verschuift en de gedachtevorming zich collectief op zich daarbij nieuw aandoende vragen richt.²³ Daarbij kan de rechtspraak thans beschikken over het in het kader van de derde evaluatie recent uitgebrachte Amsterdamse onderzoek onder leiding van Schueler.²⁴

6. Feitenvaststelling

Hiervoor kwam de eerste evaluatie van de Awb aan de orde, die met betrekking tot het bestuursprocesrecht betrekkelijk positief van toon was. De tweede evaluatie, die zich vooral richt op de appelrechtspraak, was al kritischer van toon en kwam hiervoor eveneens ter sprake: geconstateerd werd dat de conclusies en aanbevelingen die daarbij door de commissie-Boukema zijn gedaan, er mede richting aan hebben gegeven dat met name de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak en die van de Centrale Raad van Beroep naar elkaar zijn toegegroeid. Het meest kritische rapport dat met betrekking tot het bestuursprocesrecht in het kader van de verschillende evaluaties is uitgebracht, is zonder meer het in het kader van de derde evaluatie uitgebrachte Gronings-Leidse onderzoek over de feitenvaststelling in beroep. De onderzoekers concluderen daarin:

“Al met al biedt de Awb de bestuursrechter een grote mate van vrijheid bij de uitvoering van zijn taak om de feitenvaststelling door het bestuur te beoordelen. De rechter blijkt in het proces van feitenvaststelling een nogal terughoudende opstelling te kiezen. Zo ziet hij voor zichzelf geen taak weggelegd in het zelfstandig vaststellen van de feiten. Bovendien compenseert hij zijn lijdelijke opstelling niet door actieve informatieverzameling. Partijen verkeren daardoor regelmatig in rechtsonzekerheid. Daarnaast is tot op zekere hoogte sprake van inconsistentie: tussen verschillende rechterlijke instanties bestaan verschillen die niet geheel en al zijn te verklaren door de verschillen tussen de geschillen die de betreffende instanties moeten beoordelen.”²⁵

Hier doet zich een merkwaardigheid voor die eruit bestaat dat ik er enerzijds niet aan twijfel dat de onderzoekers deze stelling op verantwoorde wijze baseren op het door hen gedane empirisch onderzoek, maar anderzijds er niet van overtuigd ben dat bestuursrechters zich geheel en al in het beeld herkennen dat zij slechts zeer beperkt aan feitenonderzoek doen. Zo is het mijn eigen ervaring dat in bijvoorbeeld bouwzaken, als er maar enige onduidelijkheid over de feiten is, deze stevast wordt opgehelderd en in de meeste gevallen ook tot overeenstemming van partijen leidt over de feiten die in dat soort geschillen aan de orde zijn, namelijk op welke afstand men woont, waar de parkeergelegenheid is gesitueerd enzovoort, enzovoort. Ook is mijn ervaring dat partijen alsdan in de gelegenheid zijn hun standpunten daaromtrent naar voren te brengen. In mijn beleving leidt dat er in veel mindere mate toe dan in bedoeld rapport geschetst, dat er onduidelijkheid over de feiten

19 Commissie Algemene wet bestuursrecht, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996. Verslag van de Commissie Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: 1996, p. 101, aanbeveling 73.

20 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

21 Zie het overzicht in het jaarverslag van de Raad van State over 2007, p. 80-81 en het jaarverslag van de Raad van State over 2008, p. 141-142.

22 ABRvS 10 december 2008, «JB» 2009, 39.

23 Zie recentelijk over finale geschillenbeslechting ABRvS 11 februari 2009, AB 2009, 224, m.nt. R. Ortlep met verdere literatuur en jurisprudentieverwijzingen.

24 B.J. Schueler, e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

25 T. Barkhuysen, e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. XIX van de in het begin van het boek opgenomen 'Samenvatting'.

blijft bestaan. Dat is anders waar het betreft de vaststelling van meer gecompliceerde feiten en waarbij meer normatieve elementen een rol spelen. Voldoet een gebouw aan de welstandsnormen? Partijen die zonder gemachtigde procederen (en dat kan nog steeds in het bestuursrecht) hebben niet zelden de indruk dat de rechter daarnaar eigen onderzoek doet, terwijl de rechter ten aanzien van vragen of iets mooi of lelijk is, hinderlijk of niet enzovoort niet over specifieke deskundigheid beschikt en derhalve moet afgaan op hetgeen deskundigen daaromtrent naar voren brengen. Ten aanzien van dergelijke meer normatieve feitencomplexen hebben de onderzoekers ongetwijfeld gelijk dat er nog een wereld te winnen valt met betrekking tot de ontwikkeling van het bewijsrecht. Maar aan de andere kant zal niemand eromheen kunnen dat zich in de rechtspraak onder de vigeur van de Awb in vijftien jaar tijd toch een heel stuk bewijsrecht heeft ontwikkeld, vooral op basis van art. 4:2 en 4:3:2 Awb. Ook hier zien wij dat op basis van het in het kader van de derde evaluatie verrichte onderzoek, de daarop gebaseerde aanbevelingen van de commissie-Ilsink (de evaluatiecommissie Awb I), in de praktijk krachtig wordt gewerkt aan verbeteringen.²⁶ Dat leidt tot intensievere rechterlijke aandacht in het vooronderzoek en dus tot spanning met wat in de afgelopen jaren is bereikt aan vermindering met betrekking tot de snellere doorlooptijden. Differentiatie is dus geboden om het proces zo te organiseren dat die intensievere aandacht niet standaard bij iedere zaak gebeurt, maar bij de zaken die een dergelijke aanpak behoeven. Overigens kan het zijn dat ook hier de actievare houding die van de bestuursrechter verwacht wordt in het kader van de bestuurlijke lus bijdraagt aan in ieder geval verkapte bewijsopdrachten aan het bestuur, terwijl bij invoering van een tussenuitspraak dat ook mogelijkheden biedt om richting andere partijen aan te geven op welke punten zij met meer haast dienen te komen.

Afronding

Het is tijd voor afronding. Hiervoor kwam aan de orde dat het bestuursprocesrecht een dynamische ontwikkeling heeft ondergaan. Hoewel op het terrein van de rechters als met betrekking tot de definitieve geschillenbeslechting zijn er duidelijke ontwikkelingen geweest, die zeker nog niet zijn voltooid. In de afgelopen jaren zien wij ten aanzien van de feitenvaststelling, mede onder invloed van het resultaat van de derde evaluatie van de Awb, dat nieuwe ontwikkelingen in gang worden gezet. Het werken aan de Awb in de bestuursrechtspraak is een heel dynamisch proces (geweest). Dat geeft aan dat de Awb niet op 1 januari 1994 uniforme bestuursrechtspraak heeft gebracht, maar wel een proces in gang heeft gebracht waarbij de verschillende werelden van de onderscheiden bijzondere delen van het bestuursrecht, omdat zij met één procesrecht zijn gaan werken, naar elkaar zijn toegegroeid. Daarbij wordt het door sommigen als een gemis ervaren dat er niet één rechtseenheidvoorziening is die leiding geeft aan een zo uniform mogelijke ontwikkeling. Het is ongetwijfeld zo dat op langere termijn het werken met vier ver-

schillende bestuursrechters aan de top geen ideaal eindplaatje oplevert. Aan de andere kant laten de afgelopen vijftien jaar ook zien dat inspiratie kan worden geput uit de verschillende wijzen waarop het bestuursprocesrecht op de diverse deelgebieden wordt toegepast. De dynamiek van de rechtsontwikkeling heeft er in ieder geval zeker niet onder geleden. Onbesproken bleef nog de enorme winst die bij sommige rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak geboekt is met betrekking tot de doorlooptijden.

Die winst is ook nodig, maar kennelijk niet voldoende, want we kunnen onze ogen er niet voor sluiten dat het politieke klimaat waarin het bestuursrecht van de Awb functioneert, is veranderd. Kwam de Awb nog tot stand in een tijd waarin de rechtsbescherming van de burger een centrale doelstelling ervan was, thans vormt de Awb-rechtsbescherming in de ogen van vele politici te zeer een belemmering om binnen aanvaardbare termijn zaken bestuurlijk tot stand te brengen. In het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld een relativiteitsvereiste in de Awb op te nemen (bij aanvaarding daarvan zal een appellant zich dus niet langer met succes kunnen beroepen op wettelijke voorschriften die niet in zijn belang geschreven zijn) en de mogelijkheden van art. 6:22 Awb te verruimen (aan gebreken van een besluit zal de rechter voortaan voorbij kunnen gaan, als appellant door die gebreken niet is benadeeld). Ook het initiatiefwetsvoorstel bestuurlijke lus en de Crisis- en herstelwet, die de regering graag al op 1 januari a.s. ingevoerd wil zien en waarin onder meer ook het relativiteitsvereiste en de verruiming van art. 6:22 Awb zijn opgenomen, passen in dat politieke klimaat. Hoewel er zorgelijke kanten aan deze ontwikkelingen zitten en ervoor moet worden gewaakt dat verhoging van de effectiviteit niet ten koste gaat van de rechtsbescherming, is een louter defensieve opstelling van de kant van de bestuursrechtspraak tegenover zulke ontwikkelingen niet juist.²⁷ Nog afgezien van het feit dat het tot de verantwoordelijkheid van de wetgever behoort om tot zulke veranderingen te besluiten, hoeft meer effectiviteit niet ten koste te gaan van de rechtsbescherming. Ook andere partijen dan het bestuursorgaan kunnen profijt hebben van een bestuursrechtspraak die meer gericht is op materiële geschillenbeslechting. Het zal niet eenvoudig zijn voor de bestuursrechtspraak om in de komende jaren de roep naar tijdigheid en effectieve geschillenbeslechting op adequate wijze tegemoet te komen en tegelijkertijd ook gestalte te geven aan de roep om een meer actieve bestuursrechter die meer aan feitenonderzoek doet en meer gebruikmaakt van zijn onderzoeksbevoegdheden. Er is geen aanleiding derhalve om te veronderstellen dat de dynamische rechtsontwikkeling van de afgelopen vijftien jaar thans tot stilstand is gekomen!²⁸

Prof. mr. J.E.M. Polak is hoogleraar bestuursrecht te Leiden en lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

26 Belangrijk pleitbezorger van het houden van regiezittingen waarin duidelijkheid wordt gegeven over wie de verantwoordelijkheid draagt voor het aannemelijk maken van welke feiten is B.J. van Eetkoven, zie onder meer zijn rede als voorzitter van de VAR in 2007: *Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst* (VAR, nr. 139), p. 7-15. Zie ook de preadviezen van de VAR voor de jaarvergadering in dit jaar *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-predvieszen, nr. 142) van de hand van R.J.N. Schlössels e.a.

27 Wel zie ik niet goed hoe de roep naar snellere, meer effectieve bestuursrechtspraak te rijmen is met het verlangen naar invoering van de derde fase van de rechterlijke organisatie met de Hoge Raad aan de top (drie instanties na een bestuurlijke voorprocedure?), zoals onder meer bepleit door B.J. van Eetkoven in het gesprek van A.W.M. Bijloos met hem in dit blad, 'Zicht op het verleden en blik naar de toekomst van de bestuursrechtspraak', *Trema* 2009, nr. 4.

28 De afdeling staats- en bestuursrecht van de Leidse rechtenfaculteit zal op 23 april 2010 een congres houden met als thema 'Vijftien jaar Awb', bij welke gelegenheid ook een boek zal verschijnen met vele bijdragen uit de wereld van rechtspraak, bestuur en wetenschap.