
Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het aanvullen van de rechtsgronden : de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48(oud) Rv

Crommelin, R.W.J.

Citation
Crommelin, R. W. J. (2007, April 17). *Het aanvullen van de rechtsgronden : de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48(oud) Rv*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/11859

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/11859

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

DEEL I

Algemene inleiding

1 Algemene inleiding

De dakkapel[1]

Meneer De Roo, inwoner van de gemeente Zaanstad, wil een dakkapel laten bouwen op zijn huis. Hiertoe vraagt hij een bouwvergunning aan die ook wordt verleend. Meneer Schaap is tegen de bouw van de dakkapel en dient een bezwaarschrift in. Als de gemeente (het college van burgemeester en wethouders) het bezwaarschrift ongegrond verklaart, stelt meneer Schaap beroep in bij de rechtbank Haarlem. De rechtbank verklaart het beroep gegrond en vernietigt het besluit op bezwaar op de grond dat het bouwplan in strijd is met het ter plaatse geldende bestemmingsplan. Het college van burgemeester en wethouders stelt tegen deze uitspraak hoger beroep in bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en voert aan dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door zich niet te beperken tot de door Schaap in zijn beroepschrift neergelegde gronden. Zij stellen dat Schaap slechts de welstandsaspecten van het bouwplan heeft bestreden en dat hij strijd met het bestemmingsplan niet heeft aangevoerd.

De Afdeling oordeelt dat, hoewel Schaap noch in zijn beroepschrift noch overigens strijd met het bestemmingsplan heeft aangevoerd, waar de handhaving van een verleende bouwvergunning is bestreden de toetsing van het bouwplan aan het bestemmingsplan niet achterwege kan blijven, aangezien het hier gaat om een in art. 44 Woningwet opgenomen dwingende weigeringsgrond. "De rechtbank heeft dan ook terecht onderzocht of het bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan en aldus in overeenstemming met het tweede lid van art. 8:69 Awb de rechtsgronden aangevuld."

---

1 Ontleend aan ABRvS 8 aug. 1996, AB 1996, 481 (m.nt. PvB); In recente jurisprudentie lijkt de Afdeling inhoudelijk een andere koers te varen wat betreft het toetsen aan het bestemmingsplan. De rechter mag niet langer ambtshalve aan het bestemmingsplan toetsen. Er is alleen ruimte voor deze toetsing als appellant strijd met het bestemmingsplan heeft aangevoerd. Zie in dit kader Nijmeijer 2004; ABRvS 14 jan. 2004, AB 2004, 239 (m.nt. TN); ABRvS 1 okt. 2003, AB 2004, 50 (m.nt. TN); ABRvS 21 mei 2003, AB 2003, 324 (m.nt. TN).

De fruitautomaat[2]
Het echtpaar Filipe, exploitant van de Bar Dancing 'Le Papillon' te Almere, willen hun etablissement verfraaien met een kansspelautomaat en twee behendigheidsautomaten. Hiervoor vragen zij een vergunning van de bevoegde instantie, de burgemeester van Almere. Als de vergunning wordt geweigerd, gaat het echtpaar in bezwaar. In het kader van de beoordeling van dit bezwaar wordt van gemeentewege een bezoek gebracht aan 'Le Papillon'. De heer en mevrouw Filipe zijn op dat moment niet aanwezig. Mede op grond van de bezichtiging tijdens dit bezoek wordt het bezwaar ongegrond verklaard. De heer en mevrouw Filipe stellen beroep in bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en voeren het volgende aan. Het onderzoek dat heeft geleid tot het bestreden besluit is gebrekkig geweest. Ten onrechte is geen afspraak met hen gemaakt voor het bezoek, maar in plaats daarvan is gesproken met een medewerker die onvoldoende op de hoogte was van de gang van zaken. Het gevolg van een en ander is dat het bestreden besluit berust op een onjuiste feitelijke grondslag. De inrichting is ten onrechte als discotheek aangemerkt. Verder zijn in andere inrichtingen die op soortgelijke wijze worden geëxploiteerd wel kansspelautomaten toegestaan. Dit is in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Het College haalt (ambtshalve) art. 7:9 Awb aan dat bepaalt dat wanneer na het horen aan het bestuursorgaan feiten of omstandigheden bekend worden die voor de op het bezwaar te nemen beslissing van aanmerkelijk belang kunnen zijn, dit aan belanghebbenden wordt meegedeeld en zij in de gelegenheid worden gesteld daarover gehoord te worden. Het College overweegt dat de resultaten van het onderzoek ter plaatse als dergelijke feiten moeten worden aangemerkt. Nu het echtpaar Filipe niet in de gelegenheid is gesteld hierover gehoord te worden is het besluit in strijd met art. 7:9 Awb tot stand gekomen. Het moet daarom vernietigd worden.

Beroepsgronden[3]
Het beroepschrift in appel van F.L.-K. te K. was door de Centrale Raad van Beroep niet-ontvankelijk verklaard wegens het niet tijdig indienen van beroepsgronden. F.L.-K. stelt verzet in bij de Centrale Raad en voert aan dat het uitblijven van de beroepsgronden niet hoeft te leiden tot een niet-ontvankelijk verklaring nu de Centrale Raad op grond van art. 8:69 tweede en derde lid de rechtsgronden ambtshalve dient aan te vullen en de feiten ambtshalve kan aanvullen.

De Centrale Raad overweegt dat van de toepassing van art. 8:69 tweede en derde lid Awb pas sprake kan zijn als het (hoger) beroep in behandeling is genomen. Voor dit laatste is onder meer noodzakelijk dat art. 6:5 eerste lid

2 Ontleend aan CBB 3 juni 1999, AB 1999, 364 (m.nt. JHvdV).
3 Ontleend aan CRvB 20 nov. 1996, AB 1997, 81 (m.nt. FP).

aanhef en onder d Awb in acht moet zijn genomen dat bepaalt dat een beroepschrift beroepsgronden moet bevatten.

Deze casussen hebben gemeen dat zij betrekking hebben op de reikwijdte van de bevoegdheden van de rechter bij de beoordeling. In het eerste geval beoordeelt de rechter de naleving van een rechtsnorm waarvan het onderwerp, strijd met het bestemmingsplan, niet binnen de grenzen van de rechtsstrijd ligt. In het tweede geval blijft de rechtbank binnen het onderwerp van de klachten, namelijk dat het onderzoek dat heeft geleid tot het besluit gebrekkig is geweest, maar vernietigt zij op grond van schending van een rechtsnorm waarvan appellanten niet hadden betoogd dat deze geschonden was. In het derde geval oordeelt de rechter dat er geen sprake kan zijn van een ambtshalve beoordeling door de rechter als de appellant zelf geen gronden aanvoert. In dit geval is de beoordeling nog niet begonnen.

In een bredere context gaat het hier om de mogelijkheden van degene die een beoordeling moet maken. Het maakt niet wezenlijk uit of het hier gaat om rechtspraak door een rechter of besluitvorming in primo of in bezwaar door een bestuursorgaan. In al deze gevallen komen dezelfde vragen aan de orde: wat is de taak? Wat zijn hierbij de bevoegdheden? Wat zijn hierbij de beperkingen?

De vraag naar de taak spitst zich toe op de vraag welke beoordeling de beoordelaar moet maken en wat hierbij de grenzen van de beoordeling zijn. Het gaat hier om vragen zoals: wat moet worden beoordeeld? Wat mag niet worden beoordeeld? Kan de beoordelaar invloed uitoefenen op deze grenzen van de beoordeling?

Wat betreft de bevoegdheden en beperkingen van deze bevoegdheden gaat het om de vraag over welke bevoegdheden de beoordelaar de beschikking heeft bij het maken van zijn beoordeling. Het gaat hier om vragen zoals: mag de beoordelaar eigen onderzoek doen of is hij afhankelijk van hetgeen de partijen aanvoeren? Mag hij partijen ondervragen? Is hij gebonden aan hetgeen partijen aan hem overleggen? Zijn partijen verplicht om mee te werken aan dit onderzoek? Mag hij anderen als partij bij de beoordeling betrekken? Wie bepaalt of nader onderzoek vereist is?

Bezien vanuit de context van het burgerlijk procesrecht en, in ieder geval vanaf de invoering van de Awb, ook het bestuursprocesrecht, wordt er wat betreft de bevoegdheden en de beperking van deze bevoegdheden een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de bevoegdheden met betrekking tot 'de feiten' en anderzijds de bevoegdheden met betrekking tot 'het recht'. De partijen dienen de feiten te overleggen en de beoordelaar is verantwoordelijk voor het recht. Dit lijkt een logisch onderscheid. De partijen kennen immers de feiten en de beoordelaar kent vaak op grond van opleiding (de rechter) het recht. Het is hier echter een kwestie van te onderscheiden, maar niet te scheiden. In een proces worden niet puur feiten of normen aangevoerd, maar gronden. Deze gronden hebben een feitelijk aspect en een normatief aspect. Deze aspec-

ten zijn sterk met elkaar verweven en kunnen vaak moeilijk gescheiden worden.

Het strikt doorvoeren van dit onderscheid tussen feit en recht leidt tot problemen: de partijen zullen de feiten die zij aanvoeren afstemmen op het recht dat zij van toepassing achten en de beoordelaar zal het recht dat hij toepast afstemmen op de feiten die partijen aanvoeren. Als vervolgens bij een strikte doorvoering van het onderscheid de communicatie tussen beoordelaar en partijen wordt doorgesneden, kan dit leiden tot wrijving. De beoordelaar blijft met het gevoel zitten dat de zaak eigenlijk anders in elkaar zit dan is voorgesteld en dat als hij maar over 'alle' feiten had beschikt, hij een betere beslissing had kunnen nemen. De partijen hebben het gevoel dat zij zitten met een beslissing die niet echt het probleem oplost, en dat zij de zaak anders zouden hebben opgezet als zij hadden geweten hoe de beoordelaar het recht zou interpreteren en toepassen.

1 Het onderwerp van het proefschrift

Het onderwerp van dit proefschrift is, zeer kort samengevat, art. 8:69 Awb. Deze bepaling luidt als volgt:

> '1 De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.
> 2 De rechtbank vult ambtshalve de rechtsgronden aan.
> 3 De rechtbank kan ambtshalve de feiten aanvullen.'

Het onderzoek naar art. 8:69 Awb valt binnen het hierboven beschreven kader van de vragen naar de taak van de beoordelaar, zijn bevoegdheden, de beperkingen van deze bevoegdheden en de scheiding tussen feit en recht. De taak van de beoordelaar komt voornamelijk aan de orde als de achtergrond waartegen de bevoegdheden worden uitgeoefend en als begrenzing van deze bevoegdheden. De beoordelaar zal immers slechts gebruik (mogen) maken van een bevoegdheid als dit dienstig is aan de beoordeling die hij maakt. In deze zin vormt de taak de context van het gebruik van een bevoegdheid.

In het burgerlijk procesrecht regelde art. 48 (oud) Rv bovengenoemde bevoegdheden tot de invoering van de herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken op 1 januari 2002. Dit artikel luidde als volgt:

> 'De regters moeten bij hunne beraadslagingen van ambtswege de regtsgronden aanvullen welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd.'

Nu vervullen art. 24 en 25 Rv deze functie:

> Art. 24 Rv:
> 'De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit.'
>
> Art. 25 Rv:
> 'De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan.'

Art. 8:69 Awb is in 1994 van kracht geworden. Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb regelen de bevoegdheden van de rechter met betrekking tot het recht en met betrekking tot de feiten. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat lid 2 en 3 zijn gebaseerd op dan wel zeer sterk zijn geïnspireerd door art. 48 (oud) Rv, dat toen nog van kracht was. De bewoordingen van deze leden zijn dan ook ontleend aan de moderne omschrijvingen van de regels van art. 48 (oud) Rv. De formulering van het nieuwe art. 48 Rv (art. 25 Rv) is hetzelfde als die van art. 8:69 lid 2 Awb.

Bij de invoering van de Awb was onduidelijk welke betekenis art. 8:69 lid 2 en 3 Awb hadden. Het was niet duidelijk waartoe de rechter wordt verplicht of wat hem wordt verboden, en als consequentie daarvan was het niet duidelijk wat partijen van de rechter konden verwachten of waarmee zij rekening moesten houden. Dit terwijl art. 8:69 Awb een belangrijk artikel in de Awb zou worden en is geworden. Dit betekende dat er wat betreft art. 8:69 Awb een interessante puzzel lag. Daarbij bestond er de hierboven genoemde relatie met art. 48 (oud) Rv. Dit zou betekenen dat er een bron was om de betekenis van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb te achterhalen. De combinatie van deze twee omstandigheden was reden om het onderzoek te beginnen.

2 De onderzoeksvraag

Het doel van dit onderzoek is geweest om de betekenis van art. 8:69 Awb te bepalen in het licht van art. 48 (oud) Rv. Enerzijds is het doel geweest om de betekenis van art. 8:69 Awb te bepalen, anderzijds om te onderzoeken welke aspecten van art. 48 (oud) Rv wel en welke niet zijn overgenomen. De onderzoeksvraag van dit proefschrift luidt: Wat is de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv?

De vraag naar de betekenis van een bepaling heeft mijns inziens twee aspecten. Ten eerste het aspect van de inhoud van deze bepaling en ten tweede het aspect van hoe deze bepaling vervolgens werkt bij de beoordeling die de rechter moet maken. Beide aspecten maken deel uit van dit onderzoek.

De onderzoeksvraag is benaderd vanuit het gezichtspunt van de rechter, de rechtshulpverlener of belanghebbende die zich in een zaak geconfronteerd ziet met de toepassing van art. 8:69 Awb en wil weten wat deze bepalingen

inhouden en hoe deze werken in het proces. Het gaat om vragen als: wat zijn de mogelijkheden van deze bepaling? Wat zijn de verplichtingen? Wat zijn de beperkingen? Wat kunnen de partijen verwachten en waarmee moeten zij rekening houden?

Dit proefschrift is gericht op de betekens van deze artikelen bij de rechter in eerste instantie in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht.

3 ART. 8:69 LID 1 AWB

De betekenis van art. 8:69 lid 1 Awb is niet het primaire aandachtspunt van het onderzoek geweest. De reden hiervoor is dat art. 8:69 lid 1 Awb betrekking heeft op de afbakening van de grenzen van de rechtsstrijd, terwijl de begrenzing van de rechtsstrijd in het burgerlijk procesrecht niet door art. 48 (oud) Rv wordt beheerst. Nu het doel van het onderzoek is om art. 8:69 Awb te onderzoeken in het licht van art. 48 (oud) Rv, valt het onderwerp van art. 8:69 lid 1 Awb in beginsel buiten de boot.

Daarbij werkt de afbakening van de grenzen van de rechtsstrijd anders in het burgerlijk procesrecht dan in het bestuursprocesrecht. De reden hiervoor is dat de objecten van geschil in beide procesrechten van elkaar verschillen. In het burgerlijk procesrecht is het object van geschil de vordering en staat de toewijsbaarheid van de vordering centraal. Het object van geschil in het bestuursprocesrecht is het besluit op bezwaar en de procedure draait om de ex tunc toetsing van het besluit aan het recht. Het gevolg van dit verschil is dat de regels voor de afbakening van de grenzen van de rechtsstrijd in het burgerlijk procesrecht van weinig betekenis zijn voor de regels inzake de afbakening van de grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursprocesrecht. De uitwerking van de regel dat de rechter niet meer of anders mag toewijzen dan is gevorderd is van weinig belang voor de beantwoording van de vraag in hoeverre het besluit getoetst moet worden.

Art. 8:69 lid 1 Awb is echter van belang voor het bepalen van de betekenis van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. De grenzen van de beoordeling vormen de achtergrond waartegen art. 8:69 lid 2 en 3 Awb worden toegepast. Als de grenzen ruimer zijn, neemt de rol en daarmee de betekenis van het aanvullen van de rechtsgronden en de feiten toe. Bij een beperkte beoordeling, nemen de rol en betekenis van het aanvullen af. Hoewel dit proefschrift dus met name gericht is op de betekenis van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb, komt ook art. 8:69 lid 1 Awb en de afbakening van de grenzen van de beoordeling aan de orde.[4]

4 Voor een ander proefschrift over de grenzen van de rechtsstrijd verwijs ik naar: P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer:Kluwer 2005. Dit proefschrift kon niet meer bij dit onderzoek worden meegenomen.

Voor zover relevant voor de vraagstelling is ook de omvang van de rechtsstrijd in het civiele proces onderzocht. Gezien het bovenstaande ligt de nadruk bij dit laatste op de gevolgen van deze omvang voor de bevoegdheden van art. 48 (oud) Rv. Voor zover van belang voor de onderhavige kwestie is ook het nieuwe procesrecht meegenomen.

4 FISCALE RECHTSPRAAK

De jurisprudentie inzake belastingzaken is niet bij het onderzoek meegenomen. De reden hiervoor is dat art. 8:69 Awb voor een groot deel van het onderzoek niet van toepassing was op belastingzaken. Pas sinds 1 september 1999 geldt deze bepaling ook voor het belastingsprocesrecht. De jurisprudentie van de Hoge Raad zou daardoor te laat in het onderzoek ontstaan om meegenomen te kunnen worden.

5 METHODIEK EN OPZET

Dit proefschrift wordt begonnen met een behandeling van de betekenis van art. 48 (oud) Rv. De focus van dit deel (deel II) is geweest om het systeem van regels dat onder het leerstuk van het aanvullen van de rechtsgronden is ontstaan vast te stellen. Het onderzoek is beperkt geweest tot de vraag welke betekenis art. 48 (oud) Rv had rond 1994. Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb, die in werking zijn getreden op 1 januari 1994, zijn immers gebaseerd op het art. 48 (oud) Rv zoals dat toen werd geïnterpreteerd. Eventuele wijzigingen nadien in de betekenis van art. 48 (oud) Rv hebben geen directe invloed op de interpretatie van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. Art. 48 (oud) Rv en art. 8:69 lid 2 en 3 Awb, hoewel verbonden, maken hun eigen ontwikkeling door.

Bij het onderzoek naar de betekenis van art. 8:69 Awb werd gekeken naar de betekenis die in de literatuur en jurisprudentie aan de leden van dit artikel wordt gegeven. Daarnaast werd gekeken in hoeverre verschillene elementen van het regelsysteem van art. 48 (oud) Rv waren overgenomen of overgenomen zouden kunnen worden in het regelsysteem van art. 8:69 Awb.

Een probleem bij de bestudering van art. 48 (oud) Rv was dat begrippen die in de loop van de decennia waren ontwikkeld geen vaste betekenis hadden. Hetzelfde begrip werd vaak door verschillende auteurs in verschillende betekenissen gebruikt. Ook in de jurisprudentie speelde dit probleem. Het was dan ook van belang om de begrippen te omschrijven, zodat in ieder geval voor dit proefschrift duidelijk zou zijn wat met de verschillende begrippen werd bedoeld. Ook in het bestuursprocesrecht bleek dat dezelfde termen in verschillende betekenissen werden gebruikt of dat de betekenis van een term onduidelijk was. In beide delen wordt hierom begonnen met een hoofdstuk waarin een omschrijving wordt gegeven van de gebruikte termen en begrippen.

Verder moet voor het bepalen van de betekenis van art. 48 (oud) Rv en art. 8:69 Awb eerst de context bepaald worden waarin deze regels bestaan en worden toegepast. Deze context wordt gevormd door een aantal beginselen en door de taak van de rechter. In zowel het deel met betrekking tot het burgerlijk procesrecht als het deel met betrekking tot het bestuursprocesrecht wordt het hoofdstuk over de termen en begrippen gevolgd door hoofdstukken waarin een aantal van belang zijnde beginselen en de taak van de burgerlijke rechter respectievelijk de bestuursrechter worden besproken.

Zoals gesteld is voor de betekenis van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb van belang waar de grenzen van de rechtsstrijd liggen, zodat de betekenis van deze rechtsnormen afhankelijk is van welk systeem voor het bepalen van deze grenzen wordt gekozen. In het deel van het bestuursprocesrecht worden daarom de verschillende systemen besproken voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd.

Vervolgens komen in de respectievelijke delen de rechtsnormen van art. 48 (oud) Rv en 8:69 lid 2 en 3 Awb aan de orde.

Het geheel wordt afgesloten met een conclusie waarin bij wijze van antwoord op de onderzoeksvraag een aantal conclusies bijeen worden gezet en waarin de convergentie tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht op het gebied van het 'aanvullen van de rechtsgronden' wordt besproken.

6 HOOFDSTUKINDELING

De overwegingen in § 5 hebben tot de volgende hoofdstukindeling van het proefschrift geleid.

Deel I bestaat uit deze Algemene Inleiding.

Deel II bestaat uit de hoofdstukken met betrekking tot art. 48 (oud) Rv. Het eerste hoofdstuk van dit deel, hoofdstuk 2, is het hoofdstuk 'Omschrijving van enkele begrippen'.

In de hoofdstukken 3 tot en met 5 worden een aantal beginselen besproken. Ten eerste het beginsel van de lijdelijkheid en de andere kant van de medaille, het beginsel van de partij-autonomie (hoofdstuk 3). Hoewel de betekenis van deze beginselen aan het afnemen is, zijn dit de beginselen die de sterkste invloed hebben gehad op de ontwikkeling van art. 48 (oud) Rv. Zonder deze beginselen zou art. 48 (oud) Rv een geheel andere betekenis hebben gehad.

In hoofdstuk 4 wordt het beginsel van hoor en wederhoor besproken. Hoewel dit beginsel al zeer lang bestaat, is de invloed hiervan op art. 48 (oud) Rv van vrije recente datum. Zij verdringt in zekere zin de beginselen van de lijdelijkheid en de partij-autonomie in de zin dat vragen omtrent de rechterlijke bevoegdheden met betrekking tot de feiten en het recht meer en meer in de context van het beginsel van hoor en wederhoor geplaatst worden en steeds minder in de context van de lijdelijkheid en de partij-autonomie.

In hoofdstuk 5 wordt het beginsel van Ius curia novit besproken. Dit beginsel houdt in dat het toepassen van het recht aan de rechter is voorbehouden. De rechtsnorm dat de rechter verplicht is om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen is op dit beginsel gebaseerd. Er wordt weinig beroep op dit beginsel gedaan in de literatuur en jurisprudentie. Waarschijnlijk omdat het vooralsnog als vanzelfsprekend wordt ervaren.

In hoofdstuk 6 wordt de taak van de burgerlijke rechter besproken. Naast de beginselen vormt deze taak de achtergrond waartegen de rechter zijn bevoegdheden uitoefent.

In hoofdstuk 7 worden de rechtsnormen uit art. 48 (oud) Rv behandeld die de bevoegdheid van de rechter met betrekking tot het recht beheersen. Dit zijn de rechtsnormen dat de rechter het recht ambtshalve toepast, de rechtsnorm dat de rechter verplicht is om de rechtsgronden aan te vullen en de rechtsnorm dat de rechter ambtshalve de juridische aspecten van de constructie van partijen beoordeelt. Vervolgens komt de begrenzing van plicht om de rechtsgronden aan de orde. Als laatste worden de verschillende typen rechtsnorm besproken.

In hoofdstuk 8 wordt het verbod om de feiten aan te vullen besproken. Hierin worden de volgende onderwerpen behandeld. Ten eerste de handelingen die onder dit verbod vallen. Ten tweede een bespreking van een aantal verschillende typen feiten. Als laatste worden een aantal handelingen met betrekking tot de feiten besproken die niet onder het verbod om de feiten aan te vullen vallen, en die de rechter dus mag verrichten.

In hoofdstuk 9 komt de invoering van het herziene wetboek van burgerlijke rechtsvordering aan de orde. Hier wordt ook de fundamentele herbezinning besproken.

Deel III bestaat uit de hoofdstukken die betrekking hebben op het bestuursprocesrecht. In het eerste hoofdstuk van dit deel, hoofdstuk 10, wordt een omschrijving gegeven van de in het bestuursrechtelijk deel gebruikte termen en begrippen.

In hoofdstuk 11 worden een aantal onderwerpen behandeld die de achtergrond vormen van de uitoefening van de bevoegdheden van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. Dit is ten eerste de keuze voor rechtsbescherming als primaire doelstelling van het bestuursproces. Ten tweede worden een aantal beginselen van het bestuursproces besproken: het beginsel van de actieve rechter, de eis van de materiële waarheidsvinding, het beginsel van de ongelijkheidscompensatie en het finaliteitsbeginsel. Vervolgens wordt nagegaan of, en zo ja, in hoeverre het beginsel van hoor en wederhoor, Ius curia novit en de partijautonomie gelden in het bestuursprocesrecht.

In hoofdstuk 12 wordt de beoordeling die de rechter moet maken besproken. Hierbij komen aan de orde de taak van de bestuursrechter, de grenzen van de rechtsstrijd (art. 8:69 lid 1 Awb) en het verbod van reformatie in peius. Deze vormen de context waarbinnen de rechter verplicht is om ambtshalve

de rechtsgronden aan te vullen respectievelijk bevoegd ambtshalve de feiten aan te vullen.

In hoofdstuk 13 worden de plicht om de rechtsgronden aan te vullen en de bevoegdheid om de feiten aan te vullen besproken.

Deel V bevat de conclusie.

Het proefschrift wordt afgesloten met een samenvatting in het Engels.

7 AFSLUITING ONDERZOEK

Gezien de opzet van het onderzoek om art. 8:69 Awb te interpreteren in het licht van art. 48 (oud) Rv bestond het onderzoek uit meerdere delen die op verschillende momenten zijn afgesloten. Het onderzoek naar het burgerlijk procesrecht van rond 1994 (hoofdstukken 2 tot en met 8) is afgesloten rond 1 januari 2001. Literatuur en jurisprudentie van na die datum is slechts sporadisch verwerkt en voor zover het licht wierp op de betekenis van art. 48 (oud) Rv rond 1994.

Het onderzoek naar de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is afgesloten rond 31 maart 2003. De behandeling van de fundamentele herbezinning is van 2006.

Wat betreft het bestuursprocesrecht is het onderzoek afgesloten op 1 januari 2005. Er is slechts enkele belangrijke jurisprudentie van na die datum verwerkt.

DEEL II

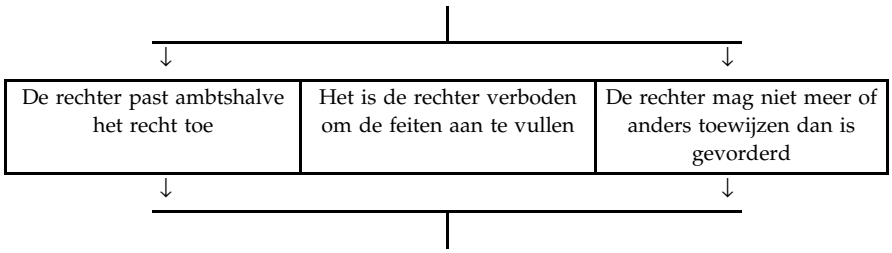
Het burgerlijk procesrecht

Inleiding op deel II

In dit deel, Deel II, wordt art. 48 (oud) Rv behandeld. Voordat ik begin, wil ik in deze inleiding een korte algemene inleiding op art. 48 (oud) Rv zelf geven, en een aantal keuzes behandelen die ik heb gemaakt bij het onderzoek naar deze bepaling.

1 ALGEMENE INLEIDING OP ART. 48 (OUD) RV

Art. 48 (oud) Rv fungeert zowel als verankering van een aantal fundamentele regels van het burgerlijk procesrecht als het wetsartikel dat de rechter de concrete verplichting geeft om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Samengevat ziet het regelsysteem van art. 48 (oud) Rv er als volgt uit, waarbij de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen geplaatst moet worden in de eerste kolom onder het ambtshalve toepassen van het recht:



- Als het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering rechtvaardigt, wordt de vordering toegewezen.
- Als het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering niet rechtvaardigt, wordt de vordering afgewezen.

Art. 48 (oud) Rv vormde één van de basisartikelen van de burgerlijke procedure. Zij geeft in het algemeen aan wat de taak is van de rechter en de bevoegdheidsverdeling wat betreft de drie elementen die betrokken zijn bij deze taak: het recht, de feiten en de vordering. De uitwerking van deze bevoegdheidsverdeling is opgenomen in andere artikelen zoals bijvoorbeeld 176 en 134 (oud) Rv en de jurisprudentie.

2 KEUZES

De functie van deel II is om art. 48 (oud) Rv uit te werken als kader voor het onderzoek naar art. 8:69 Awb. Het onderzoek is in beginsel beperkt tot de dagvaardingsprocedure voor de rechtbank in eerste instantie, aangezien dit de basis procedure is van het burgerlijke procesrecht en de procedure waarin art. 48 (oud) Rv is ontwikkeld. De nadruk van het onderzoek is gericht op de betekenis van art. 48 (oud) Rv rond de invoering van art. 8:69 Awb. Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb zijn immers op het art. 48 (oud) Rv van deze periode gebaseerd.

3 DE HERZIENING VAN HET BURGERLIJK PROCESRECHT

De herziening van het burgerlijk procesrecht heeft geen wezenlijke gevolgen voor dit proefschrift gehad. Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb zijn gebaseerd op art. 48 (oud) Rv en in deze artikelen is door de herziening geen verandering gekomen. Het kan natuurlijk wel zo zijn dat de achtergrond of de ontwikkeling die ten grondslag ligt aan de wijziging in het burgerlijk procesrecht op den duur ook tot een gelijke wijziging in het bestuursprocesrecht zal leiden. Deze wijziging zal echter in het bestuursprocesrecht zelf plaatsvinden. Voor de vraag naar de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv is dus nog steeds het systeem van voor de herziening bepalend. Deel II is een beschrijving van het systeem van voor 1 januari 2002. Onder het herziene Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn veel aspecten in meer of minder mate veranderd. De bepalingen die genoemd worden in dit deel zijn dus nagenoeg allemaal nog uit de oude rechtsvordering.

4 HOOFDSTUKINDELING

Ik zal beginnen met het omschrijven van een aantal begrippen die van belang zijn voor de bestudering van art. 48 (oud) Rv (hoofdstuk 2). Vervolgens zal ik ingaan op een aantal elementen die de achtergrond vormen voor art. 48 (oud) Rv. Dit zijn de beginselen van de partij-autonomie en de lijdelijkheid (hoofdstuk 3), het beginsel van hoor en wederhoor (hoofdstuk 4), het beginsel Ius curia novit (hoofdstuk 5) en de taak van de rechter in het burgerlijk geding (hoofdstuk 6). In hoofdstuk 7 zal ik ingaan op de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen en verwante regels met betrekking tot de toepassing van het recht die uit art. 48 (oud) Rv worden afgeleid. Het verbod om de feiten aan te vullen worden besproken in hoofdstuk 8. In het laatste hoofdstuk van dit deel worden de herziening van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en de fundamentele herbezinning behandeld voorzover die relevant zijn voor het leerstuk van 'aanvullen van de rechtsgronden' (hoofdstuk 9).

2 Omschrijving van enkele begrippen

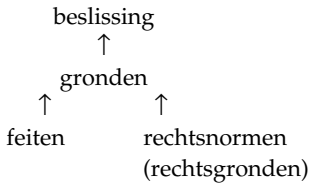
1 INLEIDING

Een probleem bij de bestudering van art. 48 (oud) Rv is dat de betekenis van veel van de gebruikte begrippen niet duidelijk is. Wat is een rechtsgrond? Is er een verschil tussen feiten, vaststaande feiten en rechtsfeiten? Deze onduidelijkheid wordt vergroot doordat begrippen door verschillende schrijvers verschillend worden gebruikt. Dus voordat ik begin met de behandeling van de regels van art. 48 (oud) Rv, wil ik eerst een omschrijving geven van een aantal begrippen zodat duidelijk is wat in dit proefschrift met een begrip wordt bedoeld. Deze omschrijvingen zijn ontleend aan de literatuur en jurisprudentie, maar ik heb een eigen keuze gemaakt waar er diversiteit bestond.

Ik zal ten eerste het begrip rechtsgronden behandelen (§ 2). In § 3 komen vervolgens een aantal begrippen met betrekking tot de feiten aan de orde: feiten, rechtsfeiten, vaststaande feiten, en de feitelijke grondslag. Als laatste zal ik ingaan op de betekenis van de frase 'aanvullen van rechtsgronden' (§ 4).

2 RECHTSGRONDEN

Een rechtsgrond is om te beginnen eenvoudigweg een rechtsnorm.[1] Een juridische beslissing steunt op feiten en op rechtsnormen. Deze twee elementen vormen de gronden die een juridische beslissing dragen. De rechtsnormen waarop de beslissing steunt, vormen de rechtsgronden van die beslissing:



1 Vgl. Pitlo/Hidma 1981 p. 8; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 10; Vriesendorp 1970 p. 71; De Kanter 1928 p. 3/4; Fockema Andrea 1951 p. 246; Bosch-Boesjes 1991 p. 123; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 5; Stein & Rueb 2000 p. 16; Veegens-Wiersma 1973 p. 28, 30; Pels Rijcken 1983 p. 163; Pels Rijcken 1987 (I) p. 76; Mostermans 1996 p. 7; Scheltema 1940 p. 10.

De rechtsnormen die de eiser aanvoert ter ondersteuning van zijn vordering, vormen de rechtsgronden van de eis. Idem voor de verweerder en het verweer. Bij art. 48 (oud) Rv gaat het om de rechtsnormen waarop de uitspraak van de rechter steunt. Rechtsgronden in de zin van art. 48 (oud) Rv zijn dan ook de rechtsnormen die door de rechter ten grondslag worden gelegd aan zijn beslissing.[2]

3 Begrippen met betrekking tot de feiten

In de literatuur en jurisprudentie worden meerdere begrippen gebruikt die betrekking hebben op de feiten: feiten, rechtsfeiten, vaststaande feiten, de feitelijke grondslag en feitelijke gronden. In § 3.1 tot en met 3.4 komen deze begrippen aan de orde. In § 3.5 wordt het stellen van subjectieve rechten als feiten behandeld.

3.1 Feiten en rechtsfeiten

Een feit is een situatie of een gebeurtenis. De snelheid van een auto, de kleur van een verkeerslicht en de lengte van het slachtoffer zijn allemaal feiten. Niet al deze feiten zullen relevant zijn in een geding. Rechtsfeiten zijn de juridisch relevante feiten.

Een feitencomplex bevat veel feiten die niet van belang zullen zijn voor een jurist. Maar als de situatie vanuit een ander, niet-juridisch, gezichtspunt bekeken zou worden, zouden deze feiten wel weer relevant kunnen zijn. Bij een auto-ongeval bijvoorbeeld zullen voor een medicus andere feiten van belang zijn dan voor een jurist. Hij is immers op een ander probleem gericht dan de jurist (genezing versus bijvoorbeeld aansprakelijkheid of strafbaarheid). Zo is het feit dat de automobilist door rood reed van belang voor de jurist, maar niet voor de behandelend arts. Daarentegen is het feit dat de patiënt suikerziekte heeft wel van belang voor de arts, maar niet voor de jurist.

Welke feiten van belang zijn in een geding wordt ook bepaald door de juridische vraag die voorligt. De mate waarin het slachtoffer gewond is zal bijvoorbeeld niet van belang zijn voor de vraag naar de strafbaarheid van de automobilist, maar wel voor de vraag naar de hoogte van de schadevergoeding.

---

2 Vgl. Fockema Andrea 1951 p. 246; Bosch-Boesjes 1991 p. 123; De Kanter 1928 p. 84; Van Rossem 1934 p. 94. Door De Kanter (De Kanter 1928 p.6 en 36) en Van Rossem/Cleveringa (Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 333) wordt een andere omschrijving gebruikt namelijk dat rechtsronden de rechtsnormen zijn die de verbinding vormen tussen de feiten en de processuele slotsom. In essentie komen deze omschrijvingen overeen met de door mij gebruikte. De rechtsnormen die deze verbinding vormen , zullen immers de rechtsnormen zijn die de rechter ten grondslag legt aan zijn beslissing (zie in dit verband ook De Kanter 1928 p. 84 waarin hij rechtsgronden ook op deze wijze omschrijft).

Ook als de juridische context vastligt, kan de vraag naar juridische relevantie onderwerp van discussie zijn.[3] Eiser en verweerder kunnen hierover van mening verschillen. Uiteindelijk zal het de rechter zijn die bepaalt of een feit juridisch relevant is.

In dit proefschrift zal het begrip rechtsfeit weinig gebruikt worden, aangezien het om juridisch relevante feiten gaat als wordt gesproken over feiten in het kader van art. 48 (oud) Rv of het proces(recht).

Het begrip rechtsfeit in de literatuur

In de literatuur bestaat er geen overeenstemming over de betekenis van het begrip rechtsfeit. De gebruikte omschrijvingen kunnen in vier groepen worden verdeeld. Ten eerste als die feiten waaraan het recht de door partijen ingeroepen rechtsgevolgen verbindt.[4] Ten tweede als de feiten die partijen op processueel toegelaten wijze voor de rechter hebben aangevoerd: feiten die "deel uitmaken van de gedingvoering zelf of van algemene bekendheid of ervaringsfeiten zijn".[5] Ten derde als de feiten waarop de eiser het door hem beweerde afleidt.[6] En ten vierde wordt de term rechtsfeit ook wel gebruikt voor gestelde feiten waar bij het stellen van feiten gebruik wordt gemaakt van juridische begrippen.[7] De stelling 'Ik ben eigenaar' is dan bijvoorbeeld het stellen van een rechtsfeit.

Mijn bezwaar tegen de eerste omschrijving is dat deze te objectief is geformuleerd. Het is niet het recht maar het zijn de actoren in een proces die, op grond van het recht, rechtsgevolgen verbinden aan bepaalde feiten. In essentie komt deze omschrijving overeen met de door mij gebruikte omschrijving aangezien de juridisch relevante feiten de feiten zijn waaraan 'het recht rechtsgevolgen verbindt'.

Mijn bezwaar tegen de tweede omschrijving is dat deze te beperkt is. Bij deze omschrijving zijn alle feiten die door partijen in het geding gebracht worden, maar ook alleen die feiten rechtsfeiten. Ik voel er meer voor het begrip rechtsfeiten te gebruiken voor de feiten die relevant zijn ongeacht of zij in het geding worden gebracht. Deze nuancering is zeker van belang voor het bestuursprocesrecht waar de rechter bevoegd is om de feiten aan te vullen.

Ook de derde omschrijving is mijns inziens te beperkt. Niet alleen omdat het slechts gestelde feiten betreft, maar ook omdat het de andere actoren die feiten inbrengen uitsluit, zoals de verweerder, getuigen etc.

Wat betreft het gebruik van juridische begrippen, meen ik dat de term rechtsfeit niet beperkt moet worden voor stellingen waarin juridische begrippen

---

3 Vgl. Vranken 1995 p. 75.
4 Rutten 1943 p. 100; Vriesendorp 1970 p. 86; Vriesendorp 1979 p.118; Scheltema 1940 p. 7; Veegens-Wiersma 1973 p. 23.
5 Van Rossem-Cleveringa 1972 p. 331.
6 HR 25 jan. 1907, W 8494; Vriesendorp 1970 p. 41.
7 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 41/42, 55, 77; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7.

voorkomen. Als een eiser stelt dat hij eigenaar is, heeft hij slechts een feit gesteld dat een juridisch begrip bevat. Als dit feit juridisch relevant is voor deze zaak is dat daarmee ook een rechtsfeit.

Zoals gesteld wordt in dit proefschrift met het begrip rechtsfeit een juridisch relevant feit bedoeld.

3.2 Vaststaande feiten

In tegenstelling tot rechtsnormen mag de rechter in het burgerlijk procesrecht feiten niet ten grondslag leggen aan zijn beslissing alleen omdat deze feiten relevant zijn. Hij mag een feit alleen ten grondslag leggen aan zijn beslissing als dat feit voldoet aan de vereisten die het procesrecht daaraan stelt (zie hoofdstuk 8).[8] Een van deze vereisten is dat het feit moet vaststaan hetgeen betekent dat dit feit voor waar wordt aangenomen in dit geding.[9] In het burgerlijk procesrecht zijn dit de bewezen feiten en de feiten die niet of onvoldoende zijn betwist. Dit zijn de vaststaande feiten.

Een probleem is dat het begrip 'vaststaande feiten' ook wel wordt gebruikt voor de gehele verzameling feiten die de rechter ten grondslag mag leggen aan zijn beslissing, en die dus aan alle vereisten voldoen waaronder het vereiste dat zij voor waar moeten worden aangenomen. Voor de duidelijkheid maak ik een onderscheid tussen vaststaan in brede zin en vaststaan in enge zin. Met de eerste term wordt bedoeld dat de feiten aan alle processuele vereisten voldoen. Met de term vaststaan in enge zin wordt slechts bedoeld dat deze feiten voor waar worden aangenomen.

Dit onderscheid is echter slechts op een enkele plaats van belang. Voor het grootste deel van dit proefschrift wordt met vaststaan bedoeld vaststaan in brede zin. Met het begrip vaststaande feiten wordt in dit proefschrift derhalve bedoeld de verzameling van feiten die de rechter ten grondslag mag leggen aan zijn beslissing en die dus aan alle processuele feiten voldoen (vaststaan in brede zin). Dit is alleen anders als is aangegeven dat het hier gaat om vaststaan in enge zin (voor waar worden aangenomen).

3.3 De feitelijke grondslag

De feitelijke grondslag wordt gevormd door de feiten die aan de processuele vereisten voldoen en waarop de rechter zijn beslissing mag baseren. Dit zullen voor een groot deel de door partijen aangevoerde feiten zijn, maar ook andere

8 Vgl. Vriesendorp 19070 p. 41; Star-Busmann 1972 p. 174.

9 De andere twee vereisten die het procesrecht stelt, zijn dat de feiten in het geding moeten zijn gebracht en dat zij moeten voldoen aan de vereisten van het beginsel van hoor en wederhoor.

feiten zoals de feiten aangevoerd door getuigen, notoire feiten en algemene ervaringsregels (hoofdstuk 8 § 3.1) en processuele feiten (hoofdstuk 8 § 3.3).

3.4 Feitelijke gronden

Feitelijke gronden zijn de feitelijke argumenten die partijen aanvoeren ter ondersteuning van hun eis respectievelijk hun verweer en de feitelijke argumenten waarop de rechter zijn uitspraak baseert. Wat betreft de partijen kunnen deze feitelijke gronden in eigen bewoordingen zijn gesteld, maar vaker worden ook rechtsnormen en juridische kwalificaties verwerkt. Zie voor voorbeelden van feitelijke gronden hoofdstuk 8 § 2.3.

3.5 Subjectieve rechten als feiten

In art. 176 lid 1 (oud) Rv wordt gesproken over 'feiten of rechten'. Met rechten worden hier subjectieve rechten bedoeld, zoals een eigendomsrecht of een vorderingsrecht.[10] Deze subjectieve rechten worden in het burgerlijk procesrecht als feiten behandeld in de zin dat partijen subjectieve rechten kunnen stellen en daarbij niet de onderliggende feiten ook nog hoeven te stellen.[11] De eigenaar die ontruiming van een woning eist, kan, wat betreft de eigendom van de woning, volstaan met de stelling dat hij eigenaar is van de betrokken woning.[12] Hij hoeft hier niet aan toe te voegen hoe hij eigenaar is geworden of feiten te stellen waaruit die eigendom blijkt. Althans, nog niet.

Als het bestaan van dit recht door de wederpartij wordt betwist, zal de stellende partij dit recht moeten 'bewijzen' door feiten aan te voeren waaruit het bestaan van dit recht blijkt. Deze feiten kunnen op hun beurt weer worden betwist. In deze zin zijn subjectieve rechten als feiten vatbaar voor bewijs.[13]

De positie van subjectieve rechten is echter niet geheel gelijk te stellen met die van de feiten. Als een feit niet wordt betwist, staat dat feit vast. Echter als een gesteld recht niet wordt betwist, maar uit de overige feiten blijkt dat de stellende partij dat recht niet heeft, zal de rechter mijns inziens ambtshalve moeten vaststellen dat die partij dat recht niet heeft. Dit geldt ook als het recht wordt 'erkend'. Het kwalificeren van de feiten is immers aan de rechter voorbehouden (zie hoofdstuk 8 § 4.4).

---

10 Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 82.
11 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 78.
12 Ontleend aan Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 78.
13 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 148; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 13/14; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 20.

Daarbij zal de uitspraak van een getuige dat de partij inderdaad een bepaald recht heeft, niet relevant zijn.[14] Het is niet de taak van een getuige om juridische kwalificaties van de eiser te beamen. Hij zal situaties of gebeurtenissen moeten weergeven waaruit het bestaan van dat recht kan worden afgeleid.

De eiser zal niet kunnen volstaan met het stellen van het subjectief recht als dat recht inzet van het geding is. Het is bijvoorbeeld niet voldoende dat een eiser € 10.000,– vordert op grond van de stelling 'ik heb recht op een schadevergoeding van € 10.000,–' en het daarbij laat. Ten eerste moet de wederpartij weten waartegen hij zich moet verweren[15] en ten tweede moet de rechter voldoende gegevens hebben om te kunnen beoordelen of het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering rechtvaardigt. Niet alle feiten hoeven al in de dagvaarding te worden opgenomen, maar 'there must be a case to answer' en de rechtsbetrekking waarop de eis wordt gegrond moet voldoende geïndividualiseerd zijn.[16]

Als bovenstaande vordering tot schadevergoeding bijvoorbeeld is gegrond op een onrechtmatige daad zal de eiser de feiten moeten stellen waaruit blijkt dat er sprake is van een onrechtmatige daad en dat aan de andere elementen van een onrechtmatige daadsactie is voldaan. Deze feiten moeten voor de verweerder duidelijk maken waartegen hij zich moet verzetten (voor welke van zijn onrechtmatige daden hij wordt aangesproken) en voor de rechter dat de eiser een serieuze eis heeft.

In feite kan een partij slechts volstaan met het stellen van een subjectief recht als dit subjectief recht niet het directe voorwerp van het geschil is. Bij revindicatie van een fiets gaat het om het terugkrijgen van die fiets en niet direct om het eigendomsrecht van die fiets. De houder van de fiets kan zich onder omstandigheden immers succesvol verweren tegen een revindicatie ook al is de eiser eigenaar van die fiets. Hier is het aanvaardbaar als de eiser zich, wat betreft de eigendom van de fiets, beperkt tot de stelling 'ik ben de eigenaar van de fiets'.

4 Ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden

Er is sprake van een ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden als de rechter één of meerdere rechtsnormen ten grondslag legt aan zijn beslissing die niet door de partijen zijn aangevoerd.[17] Meestal zullen partijen in hun stellingen rechtsnormen aanvoeren ter ondersteuning van hun standpunten. De rechter is voor de rechtsgronden van zijn beslissing echter niet beperkt tot deze rechts-

14 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 81.
15 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 60/61.
16 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 61.
17 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 4, 5, 6.

normen. In het burgerlijk procesrecht is hij verplicht om de zaak mede te beoordelen op basis van toepasselijk recht dat niet door partijen is aangevoerd. Als de partijen bepaalde toepasselijke rechtsnormen niet hebben aangevoerd zal de rechter deze zelf aanvoeren en toch toepassen. Dit is het aanvullen van de rechtsgronden.

Het kan zijn dat de rechter een rechtsnorm op een andere manier toepast dan door partij(en) is betoogd. Hier is geen sprake van het aanvullen van rechtsgronden. De rechter past immers een door partijen aangevoerde rechtsnorm toe. Als de rechter een aangevoerde rechtsnorm op een andere manier toepast, is dit slechts een geval van (ambtshalve) anders toepassen van die rechtsnorm. De rechter is hiertoe bevoegd, maar het is geen aanvullen van de rechtsgronden.

In principe kan elke rechtsnorm door de rechter worden aangevuld. Het kan gaan om zowel geschreven als ongeschreven recht. Dus niet alleen de wettelijke regels, maar bijvoorbeeld ook (processuele) beginselen, gewoonterecht, verdragsregels, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en jurisprudentie. Ook de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid kunnen in principe aangevuld worden in de zin dat de rechter zijn beslissing ambtshalve mede baseert op hetgeen de goede trouw of redelijkheid en billijkheid eisen. Uitgangspunt is mijns inziens dat als een partij een rechtsnorm kan aanvoeren ter (juridische) ondersteuning van zijn standpunt, de rechter die rechtsnorm kan aanvullen.

Er zijn uitzonderingen op bovenstaand uitgangspunt. Van bepaalde rechtsnormen is in de wet of jurisprudentie vastgesteld dat deze niet ambtshalve door de rechter kunnen worden aangevuld. Deze normen kunnen slechts worden toegepast als ze door de partijen zijn aangevoerd. Dit zijn de zogenaamde rechtsmiddelen die de rechter slechts mag toepassen als de belanghebbende partij daar een beroep op heeft gedaan (zie hoofdstuk 7 § 6.2). Buiten deze beperkte uitzonderingen, komen alle rechtsnormen in aanmerking om ambtshalve aangevuld te worden door de rechter.

3 Partij-autonomie en lijdelijkheid

1 INLEIDING

De beginselen van de partij-autonomie en lijdelijkheid zijn nauw verbonden met art. 48 (oud) Rv. Deze beginselen domineren voor een belangrijk deel het gebied van de bevoegdheidsverdeling tussen partijen en de rechter waarop ook art. 48 (oud) Rv betrekking heeft. Ik heb ervoor gekozen deze beginselen in hetzelfde hoofdstuk te behandelen, omdat zij twee kanten van één medaille vormen waarbij de partij-autonomie is gericht op de partijen en de lijdelijkheid op de rechter: de rechter is lijdelijk waar partijen autonoom zijn.

In de loop der tijden zijn juristen anders gaan denken over de gewenste bevoegdheidsverdeling en daarmee zijn er veranderingen opgetreden in de betekenis van de lijdelijkheid en de partij-autonomie.[1] Zo is bijvoorbeeld de focus verschoven van de lijdelijkheid van de rechter naar de autonomie van partijen als basis voor deze verdeling. Ik zal mij niet met de geschiedenis van de lijdelijkheid en de partij-autonomie bezighouden. Hiervoor verwijs ik de lezer naar andere literatuur zoals het proefschrift van Bosch-Boesjes, 'Lijdelijkheid in geding',[2] het artikel van Bosch-Boesjes in Justitiële Verkenningen 'Lijdelijkheid van de rechter en efficiency in het civiele geding'[3] en de rede van Chorus.[4]

In § 2 van dit hoofdstuk wordt kort de achtergrond van de partij-autonomie en de lijdelijkheid besproken. Daarna wordt als eerste de partij-autonomie behandeld. Na een bespreking van de inhoud van dit beginsel, zal ik voor de aspecten van de procedure waarvoor de partij-autonomie geldt, uitwerken welke gevolgen dit beginsel heeft en een aantal voorbeelden geven van hoe dit beginsel doorwerkt in het procesrecht (§ 3). Vervolgens komt de lijdelijkheid aan de orde (§ 4).

Daarna zal ik in een aparte paragraaf aandacht besteden aan de vraag of deze beginselen ook gelden voor de loop van het geding (§ 5). In § 6 komt de vraag aan de orde in hoeverre deze beginselen nog gelden voor het burgerlijk procesrecht. In § 7 bespreek ik kort de plaats van de 'openbare orde' bij deze beginselen.

---

1 Zie Bosch-Boesjes 1991 hoofdstuk 2.
2 Bosch-Boesjes 1991.
3 Bosch-Boesjes 1995.
4 Chorus 1987.

In § 8 wordt het begrip 'Dominus litis' besproken. Dit is een begrip dat vaak wordt genoemd in het kader van de lijdelijkheid en de partij-autonomie.

2 ACHTERGROND VAN PARTIJ-AUTONOMIE EN LIJDELIJKHEID

De achtergrond van de partij-autonomie en de lijdelijkheid is het recht van de burger om 'vrijelijk' over zijn rechten te beschikken.[5] Burgers kunnen niet gedwongen worden om gebruik te maken van aan hen toekomende rechten. Zij zijn vrij om te bepalen of zij hun rechten via een gerechtelijke procedure zullen handhaven en in welke mate zij die zullen handhaven. De rechter moet de keuze van een burger om geen of slechts gedeeltelijk gebruik te maken van een recht respecteren. Op dit idee zijn de beginselen van de partij-autonomie en de lijdelijkheid gebaseerd.

3 PARTIJ-AUTONOMIE

Het beginsel van de partij-autonomie betreft de zeggenschapsverdeling tussen de partijen en de rechter.[6] Waar de partij-autonomie geldt, zijn de wensen en handelingen van partijen bepalend en beheersen zij het proces. De meeste bevoegdheden zullen bij de partijen liggen en de rechter zal over slechts weinig bevoegdheden beschikken. Verder is de rechter wat betreft de betrokken aspecten van het proces gebonden aan keuzes van partijen of kan hij slechts van een bevoegdheid gebruik maken op initiatief van één of beide partijen.

De partij-autonomie geldt voor drie aspecten van de procedure: de aanleg en voortzetting van het proces, de omvang van de rechtsstrijd[7] en de vraag wie aan het geding zullen deelnemen.[8] Hieronder zal ik de werking van de partij-autonomie bij deze drie aspecten bespreken.

---

5 Vgl. Boneval Faure 1871 p. 71, 72; Boneval Faure 1893 p. 111, 113; Star Busmann 1955 p. 226; Star Busmann/Rutten 1972 p. 219; Rutgers, Flach & Boon 1988 p. 84; Princen 1990 p. 57; Gras 1994 p. 31; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 69; Stein & Rueb 2000 p. 15.

6 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 9; Bosch-Boesjes 1995 p. 68.

7 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Rutgers, Flach & Boon 1988 p. 84; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Ernes 1997 p. 6; Bosch-Boesjes 1991 p. 9; Wesseling-Van Gent 1987 p. 93; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 102; Princen 1990 p. 57; Dijksterhuis-Wieten 1992 p. 3.

8 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Bosch-Boesjes 1991 p. 77, 80-81.

3.1 Aanleg

Een procedure kan uitsluitend door partijen worden begonnen. Burgers zijn vrij om te bepalen of zij hun geschil aan de rechter zullen voorleggen of dat zij hiervan zullen afzien. De burger die als eisende partij zou optreden heeft de vrijheid om geen vordering in te dienen. De burger die wordt aangesproken kan kiezen om te voldoen aan de eis, ook al zou hij een proces kunnen winnen. Als een partij afziet van een juridische beoordeling of verdediging, is de procedure afgelopen. Partijen kunnen niet worden gedwongen om in een gerechtelijke procedure verwikkeld te raken.

Als een geschil niet door partijen wordt aangebracht, is er geen taak voor de rechter. De rechter kan niet ambtshalve een geschil aan zich trekken. Het is hierbij irrelevant hoe schrijnend het onrecht zou zijn.[9]

Dit is niet expliciet opgenomen in de wet, maar kan wel worden gelezen in een aantal wettelijke bepalingen. Een daarvan is art. 1 (oud) Rv op grond waarvan elke 'regtsingang' aanvangt met een dagvaarding. Nu slechts de eiser een dagvaarding kan uitbrengen,[10] volgt dat slechts de eiser een procedure kan beginnen.

3.2 Voortzetting

Partijen bepalen of het geding voortijdig zal worden beëindigd en of het geding tijdelijk zal worden stilgezet. Partijen kunnen te allen tijde de procedure voortijdig beëindigen.[11] Zij hebben hier geen toestemming of verlof van de rechter voor nodig. Het is niet van belang hoe interessant de rechtsvraag is of hoe mooi het concept voor het vonnis is dat de rechter heeft geschreven. Als de partijen de procedure voortijdig willen beëindigen, is het proces afgelopen en komt er geen rechterlijke uitspraak.[12]

De bevoegdheid om een procedure voortijdig te beëindigen berust uitsluitend bij partijen. De procedure wordt slechts door de rechter beëindigd als deze een eindvonnis wijst.[13] Een voorbeeld van deze partij-autonomie is te zien bij de regeling van verval van instantie. Dit is de rechterlijke beëindiging

---

9 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 79/80, 85, 227; Bosch-Boesjes 1995 p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35, 36/37; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Chorus 1987 p. 2; Jongbloed 1994 p. 56; Princen 1990 p. 57; Wesseling-van Gent 1987 p. 93, 121; Stein & Rueb 2000 p. 14; Brenninkmeijer 1994 I p. 321; Numann 1994 p. 348; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8.

10 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 79.

11 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 83/84; Bosch-Boesjes 1995 p. 68; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p.36; Jongbloed 1994 p. 56; Princen 1990 p. 57; Ernes 1997 p. 6; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Stein & Rueb 2000 p. 15; Numann 1994 p. 348; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.

12 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36/37; Jongbloed 1994 p. 56 noot 2.

13 Vgl. Chorus 1987 p. 2; Bosch-Boesjes 1991 p. 86.

van de procedure op grond van tijdsverloop.[14] Deze wordt niet ambtshalve uitgesproken, maar slechts op vordering van een van de partijen (art. 281, 282 (oud) Rv).[15]

De rechter heeft in bepaalde gevallen wel de bevoegdheid om de zaak ambtshalve te royeren. Royeren is een administratieve maatregel waarbij de zaak van de rol wordt geschrapt.[16] De rechter kan ambtshalve doorhaling van de zaak op de rol bevelen als beide partijen niet verschijnen op de dag bepaald tot voortzetting van de zaak (art. 42 Reglement I).[17] Daarnaast kan de rechter ambtshalve royeren als partijen geen proceshandelingen verrichten ondanks een verzoek van de rechter hiertoe in zaken die op de rol staan voor een herhaald en langdurig uitstel.[18] Deze ambtshalve bevoegdheid is mijns inziens niet in strijd met het hier behandelde aspect van de partij-autonomie: de uitsluitende bevoegdheid voor partijen om het voortijdig geding te beëindigen.

Bij het ambtshalve royeren zijn het de partijen die bepalen of de zaak werkelijk is beëindigd. Als partijen ervoor kiezen niet te verschijnen, komt dit immers neer op het door partijen afzien van verdere voortzetting van het geding.[19] Partijen kunnen de procedure voortzetten en royement voorkomen door te verschijnen of anderszins een proceshandeling te verrichten. De keus om door te procederen of niet blijft bij hen. De rechter reageert slechts op hun handelingen.

Daarbij maakt een (ambtshalve) royement geen einde aan de procedure.[20] Royement is immers slechts een administratieve maatregel waardoor de zaak op de rol wordt doorgehaald. Partijen kunnen de rechter verzoeken een zaak die is geroyeerd weer op de rol te plaatsen, waarna de procedure weer verder gaat.[21]

De reden of de achtergrond van het royement kan echter tot gevolg hebben dat de zaak definitief is beëindigd.[22] Als de zaak bijvoorbeeld is geroyeerd omdat partijen de zaak hebben geschikt, zal de zaak door de schikking defini-

14 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 159.
15 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 189; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 159.
16 Bosch-Boesjes 1998 p. 41; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant. 4; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137; Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86.
17 Burg. Rv. (Asser) art. 75, aant.3; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 67.
18 Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Bosch-Boesjes 1998 p. 42.
19 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 84.
20 Bosch-Boesjes 1998 p. 42/43; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant. 4; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86.
21 Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant.4; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Bosch-Boesjes 1998 p. 43.
22 Bosch-Boesjes 1998 p. 43; Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant.4.

tief zijn beëindigd.[23] Het is echter de schikking die verder procederen onmogelijk maakt en niet het royement.

Naast de mogelijkheid om de procedure voortijdig te beëindigen, bestaat ook de mogelijkheid dat de procedure tijdelijk wordt stilgelegd. Ook dit aspect wordt beheerst door partijen. Een voorbeeld hiervan is het volgende. Als de dag van de uitspraak is bepaald en partijen onderhandelen over een schikking, kunnen zij op grond van art. 47 lid 2 (oud) Rv de rechter verzoeken om de uitspraak uit te stellen. Daarnaast kunnen partijen met een gezamenlijk verzoek de rechter verzoeken om de zaak van de rol te schrappen (te royeren), bijvoorbeeld om te wachten op de afloop van een prejudicieel geschil[24] of omdat partijen in onderhandeling zijn.[25] Beide partijen hebben de bevoegdheid de rechter te verzoeken om de zaak weer op de rol te plaatsen waarna de behandeling van zaak verder gaat.

Ook bij de regeling van schorsing in art. 254 ev. (oud) Rv blijkt dat het stilleggen van de procedure door partijen wordt beheerst. Schorsing treedt niet van rechtswege in[26] en de keuze om te schorsen ligt bij de partijen. In geen geval kan de rechter ambtshalve schorsen en voor het in werking treden van de schorsing is geen toestemming van de rechter vereist.[27]

Het voortzetten van de procedure nadat deze is stilgelegd, kan ook slechts door partijen gebeuren. In geval van schorsing bijvoorbeeld hebben slechts partijen de bevoegdheid om de procedure na schorsing te hervatten (art. 258 lid 2 en 259 (oud) Rv) en zij zijn niet verplicht het geding te hervatten.[28] Ook in geval van royement kunnen slechts partijen er voor zorgen dat de zaak weer op de rol wordt geplaatst[29] en hiertoe zijn zij niet verplicht.

3.3 Omvang van de rechtsstrijd

Het zijn de partijen die de omvang van de rechtsstrijd bepalen.[30] Dit betekent ten eerste dat partijen bepalen waarover zal worden geprocedeerd (de vorde-

---

23 Burg. Rv. (Sterk) Boek I, titel 13, afd. 15 aant. 3g; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant. 4; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137.

24 Bosch-Boesjes 1998 p. 43; Burg. Rv. (Wesseling-van Gent) art. 135, aant.4.

25 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137.

26 De uitzondering hierop is schorsing wegens de dood of verlies van de betrekking van de gestelde procureur. In dit geval treedt de schorsing van rechtswege in (art. 256 lid 2 (oud) Rv.).

27 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 182/183; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 157/158; Bosch-Boesjes 1991 p. 81/82.

28 Bosch-Boesjes 1991 p. 82; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 183.

29 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 84; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 137; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 86.

30 Brenninkmeijer 1994 I p.321; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p.8; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant.3; Stein & Rueb 2000 p. 14; Ernes 1997 p. 6; Boon/van der Wal 1990 p. 3.

ring en de feitelijke gronden) en ten tweede dat partijen de feitelijke grondslag bepalen waarop de toewijsbaarheid van de vordering wordt beoordeeld.[31]

3.3.1 De vordering

Partijen bepalen niet alleen of zij hun geschil aan de rechter zullen voorleggen, maar ook in welke mate. Het is de eiser die de omvang van de vordering bepaalt.[32] Als hij slechts een deel van zijn rechten wil handhaven door minder te vorderen dan waarop hij recht heeft, zal de rechter dat moeten respecteren. De rechter is beperkt tot het beoordelen van de toewijsbaarheid van de hem voorgelegde vordering. Hij mag niet meer of iets anders toewijzen dan is gevorderd (art. 382 sub 2 en 3 (oud) Rv).[33] Daarnaast is hij verplicht de toewijsbaarheid van al het gevorderde te beoordelen en dus omtrent al het gevorderde uitspraak te doen (art. 382 sub 4 (oud) Rv).[34]

De partij-autonomie kan ook worden teruggevonden in de regeling van de eiswijziging van art. 134 (oud) Rv. Slechts de eiser kan het initiatief nemen om zijn eis te wijzigen (art. 134 (oud) Rv) en slechts de verweerder kan zich hiertegen verzetten (art. 134 lid 2 (oud) Rv).[35] De rechter mag de eiswijziging niet ambtshalve beoordelen. Zijn taak is beperkt tot het beoordelen van het verzet. Als de verweerder zich niet verzet, wordt verder geprocedeerd op basis van de gewijzigde eis.[36] De rechter kan de wijziging niet tegenhouden, ook niet als een eventueel verzet zou hebben kunnen slagen.[37]

Eiswijziging in de dagvaardingsprocedure is niet iets dat moet worden gevraagd. Als de eiser zijn eis wil wijzigen, mag hij dat eenvoudigweg doen. Slechts als de verweerder zich verzet tegen een eiswijziging of eisvermeerdering en de rechter beslist dat het verzet terecht is gedaan, gaat de eiswijziging niet door.[38]

Uit het bovenstaande blijkt dat ook de verweerder invloed uitoefent op de omvang van de vordering, al is het in beperkte mate: hij kan ervoor kiezen om geen verzet in te stellen tegen een eiswijziging of de gronden van zijn verzet te beperken.

---

31 Brenninkmeijer 1994 II p. 346; Chorus 1987 p. 2/3; Bosch-Boesjes 1995 p. 70/71.

32 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 107, 228; Bosch-Boesjes 1995 p. 71/72; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Wesseling-van Gent 1987 p. 93, 121; Stein & Rueb 2000 p. 14; Burg. Rv. art. 48, aant. 3; Numann 1994 p. 348.

33 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41; Bosch-Boesjes 1991 p. 107; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Stein & Rueb 2000 p. 14/15; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Chorus 1987 p. 2/3; Princen 1990 p. 57; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 102.

34 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41.

35 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 104/105, 228; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 80.

36 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 80.

37 Vgl. Bosch-Boesjes 104/105, 107.

38 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 80; dit is anders onder het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: zie art.130 Rv.

3.3.2 De feitelijke gronden

Partijen kunnen verder de grenzen van de rechtsstrijd beperken door de feitelijke gronden waarop zij hun vordering baseren te beperken. De eiser kan ervoor kiezen om een bepaalde feitelijke grond niet ten grondslag te leggen aan zijn vordering. Dat de eiser zijn kansen om te winnen beperkt, zal de rechter moeten respecteren. Hij mag de vordering niet toewijzen op de niet-aangevoerde feitelijke grond.

Verder staat het de verweerder vrij om te bepalen in hoeverre hij zich verdedigt.[39] Hij kan besluiten om zich niet te verdedigen door bijvoorbeeld verstek te laten gaan of zich te refereren aan het oordeel van de rechter.[40] De mogelijkheid voor de rechter om de vordering te beoordelen is in dat geval beperkt. Als de verweerder verstek laat gaan, zal de rechter de vordering toewijzen, behalve als deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt (art. 76 (oud) Rv). Bij referte voert de verweerder geen verweer maar erkent hij ook niets. De feiten worden niet betwist en staan dus vast. Een referte betekent op zich niet dat de gedaagde zal verliezen. Als bijvoorbeeld de eiser onvoldoende feiten heeft gesteld of de inhoud van het recht verkeerd heeft beoordeeld, zal de vordering niet worden toegewezen.[41] Een gedaagde beperkt zijn kansen echter wel bij een referte.

De verweerder kan zijn verdediging ook beperken door deze bijvoorbeeld slechts te richten tegen een deel van de vordering. Daarnaast kan hij besluiten een bepaald verweer niet te voeren door bijvoorbeeld geen beroep te doen op een rechtsmiddel zoals verjaring of gezag van gewijsde. Dat de verweerder zijn kansen om te winnen beperkt, zal de rechter moeten respecteren.

3.3.3 De feitelijke grondslag

De partij-autonomie houdt verder in dat de zeggenschap met betrekking tot de feitelijke grondslag van het geding bij de partijen ligt.[42] Dit aspect van de partij-autonomie komt voornamelijk terug in de volgende twee regels. Ten eerste dat slechts partijen de feiten mogen aanvoeren. De rechter mag hier geen feiten aan toevoegen en hij mag zijn uitspraak in principe slechts baseren op de door de partijen aangevoerde feiten.[43] Dit wordt gelezen in art. 48 en 176 (oud) Rv.

---

39 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37.

40 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 125/126.

41 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 72/73; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 125/126.

42 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 132; Bosch-Boesjes 1995 p. 72; Wesseling-van Gent 1987 p. 121; Brenninkmeijer 1994 II p. 346.

43 Chorus 1987 p. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 72; Rutgers, Flach & Boon 1988 p. 84; Princen 1990 p. 57/58; Wesseling-van Gent 1987 p. 6, 121; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37, 38; Bosch-Boesjes 1991 p. 132, 229/230

De tweede regel is dat de rechter alleen bewijs mag verlangen van feiten die zijn betwist. Niet-betwiste feiten en erkende feiten moet hij als vaststaand aannemen.[44] Dit wordt gelezen in art. 176 lid 1 en 181 (oud) Rv.

Deze twee regels komen uitgebreider aan de orde in hoofdstuk 8.

3.4 Deelname aan het geding

Het derde aspect van het proces waarvoor de partij-autonomie geldt, is de deelname aan het geding. Het ligt in de handen van de justitiabelen om te bepalen wie als partijen aan het geding zullen deelnemen.[45] De rechter kan niet ambtshalve justitiabelen als partijen betrekken in het geding. Er is een keuze van de justitiabele voor nodig om partij te worden. Soms is deze keuze echter al gemaakt door de materiële rechtsverhouding aan te gaan.[46]

De eiser bepaalt wie hij zal dagvaarden.[47] Met de dagvaarding zijn eiser en verweerder gegeven. De rechter kan hier geen verandering in brengen.

Als derden als partij aan het geding gaan deelnemen is de werking van de partij-autonomie echter minder sterk. In sommige gevallen hebben zowel de rechter als de partijen zeggenschap, terwijl in andere gevallen de wet partijen geen keus laat en zij in feite geen zeggenschap hebben. Een voorbeeld van het eerste is de regeling van de voeging en tussenkomst. Een derde die een belang heeft in een lopend geding kan op grond van art. 285 ev. (oud) Rv vorderen zich te mogen voegen of te mogen tussenkomen. Enerzijds is het een vrije keuze van deze derde om al dan niet te interveniëren. Anderzijds is de autonomie van partijen sterk beperkt omdat het de rechter is die bepaalt of de derde mag voegen of tussenkomen.[48] In bepaalde gevallen is geen verlof van de rechter vereist.[49] Dit betekent dat eiser en gedaagde geen veto kunnen uitspreken over de vordering tot voeging of tussenkomst. Zij krijgen slechts gelegenheid om te antwoorden op de vordering waarna de rechter op het incident beslist.[50] Daarnaast is het voor de derde ook niet zeker dat hij kan interveniëren.

Ook de regeling van vrijwaring (art. 68 ev. (oud) Rv) vertoont deze mix van zeggenschap. Enerzijds kunnen partijen niet gedwongen worden een derde in vrijwaring op te roepen en zal de rechter die keuze moeten respecteren.

---

44 Vgl. Chorus 1987 p. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 72; Princen 1990 p. 58; Ernes 1997 p. 6; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Stein & Rueb 2000 p. 15; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37, 39; Bosch-Boesjes 1991 p. 145 ev., 230/231.

45 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35.

46 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 81.

47 Vgl. Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Bosch-Boesjes 1991 p. 80.

48 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 77, 227; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 153.

49 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 153/154.

50 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 171; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 153.

Hij kan die derde niet ambtshalve oproepen.[51] Anderzijds is rechterlijk verlof vereist als de oproep tot vrijwaring na de dienende dag wordt gedaan (art. 68 lid 1 (oud) Rv).[52] De justitiabele die in vrijwaring wordt opgeroepen heeft geen keus. Hij wordt partij. In feite heeft hij zijn keus al gemaakt toen hij de rechtsverhouding aanging die nu ten grondslag ligt aan zijn oproep.[53]

In bepaalde gevallen schrijft de wet voor dat derden moeten worden opgeroepen.[54] Voor bepaalde zaken wordt voor de ontvankelijkheid van de eiser (bv. art. 3:218, 245 en 5:95 BW) of de toewijsbaarheid van de vordering (art. 5:32 BW), de voorwaarde gesteld dat een derde tijdig in het geding wordt geroepen. Soms is het doel slechts dat een derde in het geding wordt opgeroepen zodat ook deze door het vonnis wordt gebonden (bv. art. 477b lid 3 (oud) Rv). Ook als de derde niet verschijnt wordt deze partij in het geding.[55] Het moeten oproepen van deze derden vormt een uitzondering op de partij-autonomie. De burgers zijn immers niet vrij om hun medepartijen te bepalen en de derden worden partij ongeacht of zij hiervoor kiezen.

4 LIJDELIJKHEID

In deze paragraaf komt de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter aan de orde. De lijdelijkheid heeft in de loop der tijd aan betekenis ingeboet. Haar plaats is ingenomen door de partij-autonomie. Waar het vroeger de rechter verboden was om de feiten aan te vullen omdat de rechter lijdelijk was, is het hem nu verboden vanwege de autonomie van partijen. Een verschuiving in focus. Wat houdt het nu in dat de burgerlijke rechter lijdelijk is?

De moderne lijdelijkheid heeft twee belangrijke kenmerken. Ten eerste gaat het over de houding van de rechter als wordt gesproken over de lijdelijkheid van de rechter.[56] Ten tweede wordt de lijdelijkheid van de rechter gezien als de keerzijde van de autonomie van partijen. De rechter is lijdelijk in de zin dat hij de partij-autonomie moet respecteren.[57] Dit betekent dat de lijdelijkheid inhoudt dat de rechter een lijdelijke houding dient in te nemen ten opzichte van die aspecten van het geding waarover de partijen volgens de partij-autonomie de zeggenschap hebben.

---

51 Bosch-Boesjes 1991 p. 81.
52 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 81; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 151.
53 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 81.
54 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 152.
55 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 152.
56 Vgl. Bosch-Boesjes 1994 p. 22; Bosch-Boesjes 1995 p. 63/64; Bosch-Boesjes 1991 p. 225; Van den Haak 1995 p. 219; Jongbloed 1994 p. 56; Dijksterhuis-Wieten 1992 p. 4; Brenninkmeijer 1994 II p. 347; Bolt 1994 p. 353.
57 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Stein & Rueb 2000 p. 14, 16; Chorus 1987 p. 2; Boon/Van der Wal 1990 p. 3; Van den Reek 1994 p. 165/166; Bosch-Boesjes 1991 p. 235; Bosch-Boesjes 1994 p. 22; Wesseling-van Gent 1987 p. 93, 122.

Wat is nu een 'lijdelijke houding'? In de prejudiciële vragen die de Hoge Raad in het van Schijndel arrest stelt, wordt de lijdelijkheid van de rechter vertaald als 'its role of strict passivity'.[58] Dit lijkt mij een verkeerde vertaling. Lijdelijkheid is niet gelijk te stellen met passiviteit.[59]

Het gaat meer om een terughoudende opstelling van de rechter.[60] De rechter moet zich terughoudend opstellen op die terreinen waar de partijen volgens de partij-autonomie zeggenschap hebben. De rechter zal moeten afwachten waar partijen mee komen en het moeten accepteren als partijen zijns inziens fouten maken door bijvoorbeeld minder te vorderen dan mogelijk is, bepaalde feiten niet aan te voeren of af te zien van het aanvoeren van bepaalde verweren. Hij mag deze fouten niet 'corrigeren'.

Vertaald naar het procesrecht betekent dit dat de rechter terughoudend gebruik zal moeten maken van de bevoegdheden die hij op deze gebieden heeft en verder dat hij bij het gebruik maken van zijn bevoegdheden de grenzen die partijen hebben gesteld zal moeten respecteren.[61]

Keerzijde hiervan is dat het de verantwoordelijkheid van de partijen is om de correcte keuzes te maken.

Deze omschrijving van de lijdelijkheid staat nog verschillende soorten instelling toe. Van een rechter die slechts reageert, en weinig initiatief of activiteit ontplooit, tot een rechter die veel communiceert met partijen, en voorstellen doet al dan niet met betrekking tot de toepassing van zijn bevoegdheden. Zolang zij de uiteindelijke keuzes van partijen respecteren, zijn beide type rechters lijdelijk in de moderne omschrijving van de lijdelijkheid. In de dagvaardingsprocedure voor de rechtbank lijkt de eerste instelling nog de voorkeur te hebben als de voorgeschreven instelling. Onder druk van ontwikkelingen zoals de redelijke termijn van art. 6 EVRM en de roep om effectiviteit en efficiëntie ontwikkelt de burgerlijke rechter naar het tweede type toe. Bij de herziening van het burgerlijk procesrecht zijn een aantal van deze ontwikkelingen vastgelegd en zijn de partij-autonomie en de lijdelijkheid ook anderszins verder teruggedrongen (zie hoofdstuk 9).

Latere procesrechten zoals de, in aangepaste vorm feitelijk nog steeds bestaande, kantongerechtsprocedure en de verzoekschriftprocedure, en de toenemende populariteit van de kortgedingsprocedure, laten ook duidelijk deze ontwikkeling zien. Niet alleen vermindert de partij-autonomie, maar er wordt ook meer nadruk gelegd op de communicatie tussen rechter en partijen. Ook de oude dagvaardingsprocedure volgde deze ontwikkeling al (zie § 6).

---

58 Official Journal 1993, C 338/10, Cases C-430/93 en C 341/93.

59 Vgl. Brenninkmeijer 1994 II p. 346; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35.

60 Vgl. Jongbloed 1994 p. 56; Bosch-Boesjes 1995 p. 68, 73; Bosch-Boesjes 1994 p. 22.

61 Vgl. van den Reek 1994 p. 166; Jongbloed 1994 p. 56; Bosch-Boesjes 1995 p. 64, 73; Bosch-Boesjes 1991 p. 225.

5 DE LOOP VAN HET GEDING EN DE PARTIJ-AUTONOMIE EN LIJDELIJKHEID

De omschrijvingen van de partij-autonomie en de lijdelijkheid in de vorige twee paragrafen geven een beeld van een procedure die volkomen door de partijen wordt beheerst en waarin de rechter weinig mogelijkheden heeft. In deze paragraaf en de volgende paragraaf wil ik dit beeld bijstellen. Deze paragraaf betreft de vraag of het beginsel van de partij-autonomie, en de daarmee samenhangende lijdelijkheid, ook geldt voor de loop van het geding.

Bij de loop van het geding gaat het om zaken zoals de voortgang van het proces, het verloop van het feitenonderzoek en de vraag bij wie het initiatief ligt als het gaat om toepassing van procesrechtelijke instrumenten.[62] In zekere zin wordt hiermee bedoeld het processuele onderzoek naar de vordering. Als de partij-autonomie ook hiervoor geldt, zou dat betekenen dat partijen ook de loop van het geding beheersen en dat de rechter zich ook hier terughoudend moet opstellen.

Het is onduidelijk of de partij-autonomie geldt voor de loop van het geding. In de literatuur na 1987 wordt deze vraag nauwelijks besproken. Asser stelt dat de partij-autonomie en de lijdelijkheid ook gelden voor de het terrein van de procesvoering.[63] Bosch-Boesjes stelt dat de partij-autonomie niet geldt met betrekking tot de duur van de procedure, een aspect van de loop van het geding.[64] Stein & Rueb stellen dat ten aanzien van het verloop en de instructie van de zaak de rechter niet lijdelijk is en dat hij zulks uit het oogpunt van een evenwichtige verhouding tussen partijen ook niet hoeft te zijn.[65] De meeste schrijvers beantwoorden de vraag naar de lijdelijkheid van de rechter in de loop van het geding door het procesrecht te bespreken.[66]

Op basis van het procesrecht, is het moeilijk vol te houden dat de partij-autonomie geldt voor de loop van het geding of dat de rechter lijdelijk is met betrekking tot de loop van het geding.[67] De bevoegdheidsverdeling is hier niet overwegend ten voordele van partijen. Ik beperk me hier tot een aantal voorbeelden:

---

62 Zie ook Numann 1994 p. 347; vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 179.
63 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.
64 Bosch-Boesjes 1994 p. 23, 31/32.
65 Stein & Rueb 2000 p. 16.
66 Bosch-Boesjes 1995 p. 70; Bosch-Boesjes 1991 p. 179 ev.; Jongbloed 1994 p. 57; Numann 1994 p. 348 ev.; Mollema 1994 p. 350 ev.; Boon/Van der Wal 1990 p. 3 /4; Stein & Rueb 2000 p. 16 ev.
67 Wat betreft het herziene burgerlijk procesrecht gelden de partij-autonomie en de lijdelijkheid niet voor de loop van het geding (zie hoofdstuk 9 § 6).

Een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de voortgang van de procedure
Op grond van art. 6 EVRM heeft de rechter een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de voortgang van de procedure.[68] Hij moet erop toezien dat het proces binnen een redelijke termijn wordt afgewikkeld. Hij heeft daartoe bevoegdheden en dient daar gebruik van te maken.[69] Daarbij mag hij niet slechts afgaan op de wensen van de partij(en), maar moet hij ook rekening houden met het algemene belang dat procedures binnen een redelijke termijn worden afgerond[70] o.a. gezien het beslag dat zij leggen op de algemene middelen,[71] en om grenzen te stellen aan de onzekerheid en psychische druk die civiele procedures voor justitiabelen veroorzaken.[72]

Strijd met de goede procesorde
Als de rechter van oordeel is dat een bepaalde proceshandeling in strijd is met hetgeen een goede procesorde eist, is hij bevoegd dit oordeel ambtshalve te geven.[73] Hij zal hieraan de consequenties verbinden die hij geraden acht. Vaak zal dit zijn dat de proceshandeling in kwestie wordt gepasseerd.

Comparities
De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van het geding een schikkingcomparitie (art. 19 (oud) Rv) of een inlichtingencomparitie (art. 19a (oud) Rv) gelasten.[74] Deze bepalingen geven de rechter de mogelijkheid om in elk stadium van het geding partijen voor zich laten verschijnen om bepaalde stellingen toe te lichten, om op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen of om een schikking te beproeven. De rechter heeft de leiding tijdens de comparitie.[75] Hij kan partijen ondervragen en kan ingrijpen als de partijen elkaar vragen stellen.[76]

Bewijsrecht
Het bewijsrecht is een mengeling van bevoegdheden van partijen en de rechter. Een greep uit de bevoegdheden van de rechter: de rechter bepaalt de bewijslast

68 Smits 1995 p. 14; Smits 1996 p. 210/211; Bosch-Boesjes 1991 p. 233; Bosch-Boesjes 1990 p. 667, 669; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36, 121; Numann 1994 p. 349; Mollema 1994 p. 352; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Bosch-Boesjes 1994 p. 23, 31; EHRM 25 juni 1987, NJ 1990, 231 (Capuano); In het herziene burgerlijk procesrecht heeft deze taak een nationale uitwerking gekregen in art. 20 lid 1 Rv.
69 Vgl. Bosch-Boesjes 1990 p. 669; Bosch-Boesjes 1994 p. 31.
70 Vgl. Bosch-Boesjes 1990 p. 669; Smits 1995 p. 13; Stein & Rueb 2000 p. 19.
71 Vgl. Numann 1994 p. 349.
72 Bosch-Boesjes 1994 p. 23/24.
73 HR 13 nov. 1998, NJ 1999, 173 (A-G Strikwerda) ro. 3.2.
74 Numann 1994 p. 348; Boon/Van der Wal 1990 p. 3; Princen 1990 p. 59; Stein & Rueb 2000 p. 18; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Wesseling-van Gent 1987 p. 93/94; Chorus 1987 p. 3; Jongbloed 1994 p. 57.
75 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 217.
76 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 162/163; Bosch-Boesjes 1991 p. 217.

(art. 177 (oud) Rv), de rechter kan ambtshalve een getuigenverhoor gelasten (art. 192 lid 1 (oud) Rv), de rechter kan bepalen dat partijen bij het getuigenverhoor zullen zijn (art. 193 (oud) Rv), de rechter ondervraagt de getuigen en kan voorkomen dat getuigen een vraag beantwoorden die door partijen wordt gesteld (art. 205 lid 1 (oud) Rv), de rechter kan partijen ondervragen naar aanleiding van het getuigenverhoor (art. 205 (oud) Rv), de rechter kan ambtshalve een deskundigenbericht bevelen (art. 221 (oud) Rv), in het kader daarvan benoemt de rechter de deskundigen en bepaalt hij het onderwerp waarover de deskundigen zullen berichten (art. 205 (oud) Rv), de rechter kan ambtshalve zaken bezichtigen (art. 226 (oud) Rv), de rechter mag een bewijsaanbod afwijzen als het gaat om een deskundigenbericht of een gerechtelijke plaatsopneming,[77] de rechter waardeert het bewijs en bepaalt uiteindelijk of het bewijs is geslaagd (art. 179 lid 2 (oud) Rv).[78]

Wel is het zo dat partijen de rechter beperken in het gebruik van zijn bewijsbevoegdheden. Partijen roepen de getuigen op. Dit betekent dat de partijen de getuigen bepalen, aangezien de rechter geen getuigen kan verhoren die niet door partijen worden opgeroepen.[79] Verder is de rechter gebonden aan bewijsovereenkomsten, hebben bepaalde stukken dwingende bewijskracht zoals bijvoorbeeld authentieke en onderhandse akten (art. 184 (oud) Rv) en kan de rechter geen bewijs verlangen van feiten die niet zijn betwist of die erkend zijn (art. 176 lid 1 (oud) Rv). Verder moet de rechter in beginsel een aanbod tot getuigenbewijs aanvaarden. Een grond om een dergelijk aanbod weer niet te aanvaarden is bijvoorbeeld dat het aanbod te vaag is of niet ter zake dienend is.[80]

Gevolgtrekking maken die de rechter geraden acht

Het kan gezegd worden dat partijen de uiteindelijke zeggenschap hebben in het geding omdat een partij altijd nog kan weigeren om mee te werken. Het is inderdaad zo dat medewerking niet afgedwongen kan worden.[81] Echter als een partij weigert, zal de rechter hieruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.[82] Meestal betekent dit dat de rechter de weigering ten nadele van de weigerachtige partij zal uitleggen.[83] Dit zal vaak betekenen dat die

77 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 166.
78 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11/12, 150; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Numann 1994 p. 348; Wesseling-van Gent 1987 p. 93/94; Boon/van der Wal 1990 p.3; Princen 1990 p. 60.
79 Numann 1994 p. 348; Bosch-Boesjes 1991 p. 153.
80 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 155/156; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 166, 180/181; Stein & Rueb 2000 p. 15/16.
81 Vranken 1995 p. 18; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 167; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.
82 Vranken 1995 p. 14, 18.
83 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 166,167; Vranken 1995 p. 14, 18; Stein & Rueb 2000 p. 18.

partij het proces (gedeeltelijk) verliest. Dit is wel de enige 'sanctie'.[84] Weigeren is meestal contraproductief, aangezien de enige die hier echt nadeel van ondervindt meestal de weigerachtige partij is.

Voorbeelden van procesrecht waarin een weigerachtige opstelling ten nadele van de betrokken partij werkt, zijn de volgende. In het bewijsrecht betekent bewijslast bewijsrisico. Als een partij een bewijsopdracht krijgt en hij weigert hieraan te voldoen, wordt het te bewijzen feit niet bewezen.[85]

Dat de rechter uit een weigering de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht, is voor de inlichtingencomparitie vastgelegd in art. 19a lid 4 (oud) Rv. Art. 144 lid 2 (oud) Rv bepaalt dit weliswaar niet uitdrukkelijk voor de pleidooien, maar het wordt algemeen aanvaard dat ook hier de rechter aan de weigerachtige opstelling de gevolgen mag verbinden die hem geraden voorkomen.[86] Art 8. lid 4 K. bepaalt dat als een partij niet voldoet aan een bevel tot openlegging van boeken, de rechter hieruit de gevolgtrekking mag maken die hem geraden voorkomt (art. 8 lid 4 K.).

Als een partij ondanks herhaald uitstel de volgende proceshandeling niet verricht, kan die partij het recht om die proceshandeling te verrichten verliezen. Als een partij bijvoorbeeld na een laatste uitstel nog niet concludeert, kan een 'akte niet-dienen' volgen, waardoor zij het recht verliest om te concluderen.[87]

De rechter bepaalt wie wint

Er is echter één eigenschap van de gerechtelijke procedure die de zeggenschap voor een groot deel bij de rechter legt. Dat is de eigenschap dat de rechter uiteindelijk bepaalt of de eiser of gedaagde het proces wint. Partijen zijn gericht op het winnen van de procedure en niet op het winnen van een zeggenschapsstrijd met de rechter. Zij zullen proberen de rechter van hun juridisch gelijk te overtuigen. Daarbij zullen zij zich voor hun houding en het verrichten van proceshandelingen richten op de rechter en zullen zij de rechter volgen als hij actief het proces leidt. Het is onwaarschijnlijk dat zij op hun strepen gaan staan.

Gebaseerd op bovenstaande opsomming, die nog uitgebreid zou kunnen worden met vele gelijke voorbeelden, moet ik constateren dat wat betreft de loop van het geding er sprake is van een samenspel tussen rechter en partijen. De stelling is zelfs te verdedigen dat de rechter het geding kan leiden.[88] Voor dit leiden van het onderzoek gelden dan wel enkele beperkingen. Zo moet

84 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3.
85 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 149/150; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 174.
86 Vranken 1995 p.14.
87 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 72; Stein & Rueb 2000 p. 82; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 121; Verhagen-Maat 1994 p. 79; 67, 76; zie ook HR 10 september 1993, NJ 1994, 507 (A-G Asser; m.nt. HJS) het ging hier om een akte niet-dienen van grieven.
88 Vgl. Bosch-Boesjes 1994 p. 22; met betrekking tot de duur van de procedure: Bosch-Boesjes 1994 p. 31.

hij wel binnen de grenzen van het geschil blijven.[89] Daarnaast gaat het om de beoordeling van het geschil van partijen. De rechter zal bij het toepassen van zijn bevoegdheden sterk rekening moeten houden met, maar zich niet puur richten op, de wensen van partijen.[90] Maar de stelling dat 'het proces van partijen is',[91] is mijns inziens heden ten dage onjuist.

Hoewel de rechter dus potentieel het geding kan leiden, blijkt dat dit vaak niet het geval is. Een voorbeeld van deze terughoudende instelling is te zien in de wijze waarop de rechter handelt bij termijnen. Hij maakt weinig gebruik van zijn bevoegdheden om scherp termijnen te stellen en partijen daaraan te houden. In de praktijk wordt uitstel verleend als de wederpartij daar geen bezwaar tegen heeft.[92] Hierdoor is de situatie ontstaan dat partijen herhaaldelijk uitstel kunnen vragen en krijgen. De rechter grijpt pas in als 'het de spuigaten uitloopt'[93] en dan pas na enkele waarschuwingen vooraf. Daarbij valt het ingrijpen meestal mee: een comparitie om één dan wel beide partijen aan te sporen verder te procederen, het plaatsen van de zaak op de slaaprol of het ambtshalve royeren van de zaak.[94] Dit terwijl de rechter ook kan oordelen dat de betrokken partij het recht heeft verloren om de proceshandeling te verrichten om vervolgens verder te gaan met de procedure (zie hierboven).

De reden voor deze houding lijkt te zijn dat de partij-autonomie geldt voor alle aspecten van het civiele geding en dat de rechter zich altijd terughoudend moet opstellen.[95] Dit standpunt is echter onjuist en in het licht van het procesrecht ook niet meer goed te verdedigen.[96]

6 De partij-autonomie en lijdelijkheid gedurende het geding

Het beeld van een door partijen beheerst proces neemt verder af als de werking van de beginselen van de partij-autonomie en de lijdelijkheid gedurende het geding wordt bekeken. Dan moet geconstateerd worden dat als de procedure eenmaal is begonnen de partij-autonomie en de lijdelijkheid met betrekking tot de omvang van de vordering en met name de feitelijke grondslag sterk verminderen.[97] Ook op deze gebieden krijgt de rechter taken en bevoegd-

89 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 218; Boon/van der Wal 1990 p. 3; Vranken 1995 p. 24.
90 Vgl. bv. Bosch-Boesjes 1990 p. 668 in het kader van art. 143 lid 2 (oud) Rv.
91 Van Nispen 1993 p. 20; Wouters 1996 p. 68 noot 6.
92 Bosch-Boesjes 1990 p. 668; Smits 1995 p. 13.
93 Smits 1995 p. 13.
94 Bosch-Boesjes 1990 p. 667; Smits 1995 p. 13.
95 Bosch-Boesjes 1994 p. 22, 23, 31.
96 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 233; Bosch-Boesjes 1994 p. 22; Chorus 1987 p. 2; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 35; Van den Haak 1995 p. 219; Bosch-Boesjes 1990 p. 669.
97 Vgl. Jongbloed 1994 p. 57.

heden.[98] Wat betreft de omvang van het geding is het zo dat als de gedaagde zich verzet tegen een wijziging van de eis, de rechter bepaalt of de wijziging doorgang vindt (art. 134 lid 3 (oud) Rv). De partij-autonomie moet hier wijken voor een praktisch aspect: als partijen het niet eens zijn over een eiswijziging, zal iemand een beslissing moeten nemen.

Naast de, beperkte, invloed die de rechter krijgt met betrekking tot de vordering, beschikt hij over vele bevoegdheden om invloed uit te oefenen met betrekking tot het samenstellen van de feitelijke grondslag.[99] De rechter kan partijen om inlichtingen vragen (bv. inlichtingencomparitie, pleidooi en na een getuigenverhoor) en hen vragen relevante documentatie over te leggen (bv. inlichtingencomparitie; overleggen van de boekhouding op grond van art. 8 K.[100]). De rechter kan tijdens de comparitie suggesties aan partijen doen wat betreft het nader aanvoeren van feiten.[101] Daarnaast kan de rechter getuigen en deskundigen ondervragen en observeren tijdens een gerechtelijke plaatsopneming. Verder moet de rechter bij het nemen van zijn beslissingen ambtshalve de volgende type feiten 'aanvullen': algemeen bekende feiten en ervaringsregels (art. 176 lid 1 (oud) Rv)[102] en processuele feiten (zie verder hoofdstuk 8 § 3.1 respectievelijk § 3.3). En zeker niet te onderschatten is het feit dat het de rechter is die de door de partijen aangevoerde feiten interpreteert en kwalificeert.[103]

De rechter moet van deze bevoegdheden gebruik maken om een zo'n correct mogelijke feitelijke grondslag samen te stellen waarbij de 'waarheid' zoals die in het proces komt vast te staan zoveel mogelijk overeenkomt met het werkelijk gebeurde.[104] Zolang de rechter binnen de grenzen van het geschil blijft, maakt de rechter volgens een niet-onaanzienlijk deel van de huidige literatuur geen wezenlijke inbreuk op de partij-autonomie. De grenzen van het rechterlijk handelen worden dan gezocht in de beginselen van de goede

98 Deze taken en bevoegdheden zijn onder het herziene burgerlijk procesrecht alleen nog maar toegenomen.

99 Brenninkmeijer 1994 I p. 322; Van den Haak 1995 p. 219; Asser 1991 p. 5; Van den Reek 1994 p. 167; Stein & Rueb2000 p. 18 ev.; Bosch-Boesjes 1995 p. 74; Bosch-Boesjes 1991 p. 126-129 229/230, 231; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102.

100 Onder het herziene burgerlijk procesrecht is dit als algemene bevoegdheid opgenomen in art. 162 Rv. De rechter kan dan niet alleen openlegging van boeken bevelen, maar ook van alle bescheiden en geschriften die een partij ingevolge de wet moet houden, maken of bewaren.

101 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 127; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39; Burg. Rv. (Haardt) art. 176, aant. 5.

102 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 128/129.

103 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 74.

104 Vgl. Asser 1991 p. 2-4; Bosch-Boesjes 1991 p. 144; Jongbloed 1994 p. 57; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 9; Beijer/Dam-Lely/Kung Fen Chung/Meijer/Nauta/Wentink 1997 p. 11.

procesorde en van de hoor en wederhoor[105] en niet in de eerste plaats in de partij-autonomie en de lijdelijkheid.

Het is niet zo dat de rechter in deze visie het aanvoeren van de feiten overneemt van partijen. Met uitzondering van bijvoorbeeld getuigen en deskundigen, verkrijgt de rechter hoofdzakelijk de feiten van partijen. De rechter vult zelf geen feiten aan, maar hij vraagt partijen om nadere feiten aan te voeren.[106] Bij het verhoren van getuigen en deskundigen etc. borduurt hij verder op basis van hetgeen partijen hebben aangevoerd, vult lacunes op en vraagt verduidelijking.[107] De rechter zoekt dus niet wat partijen hem niet willen vertellen, maar gebruikt zijn bevoegdheden om tot een duidelijke en zoveel mogelijk correcte feitelijke grondslag te komen.

7 Openbare Orde

In de literatuur wordt wel gesteld dat de partij-autonomie haar grens vindt waar de beschikking van partijen over hun rechten ophoudt.[108] Het gaat dan om rechtsnormen die van openbare orde zijn. Deze begrenzing heeft voornamelijk gevolgen voor de partij-autonomie voor zover het betreft het aanvoeren en bewijzen van feiten. De rechter kan niet ambtshalve een procedure beginnen als een rechtsnorm van openbare orde van toepassing is op het geschil. Het is wel zo dat als de openbare orde betrokken is dit reden kan zijn om ook anderen dan de direct betrokkenen de bevoegdheid te geven om een procedure te beginnen. Zo kunnen bijvoorbeeld de Raad voor de Kinderbescherming en het Openbaar Ministerie ondertoezichtstelling van een minderjarige en ontzetting van het ouderlijke gezag verzoeken (art. 1:254 lid 2 respectievelijk 270 BW).[109] De rechter kan niet op grond van de openbare orde een procedure voortzetten als partijen die willen beëindigen. Ook blijven burgers bepalen of zij deel willen nemen aan een geding. Zelfs als de rechter de bevoegdheid heeft om derden op te roepen, zoals in art. 429f lid 1 (oud) Rv maakt hij die derde daarmee niet tot partij. Deze kan weigeren.

De rechter heeft echter wel een grotere invloed op de feitelijke grondslag als een rechtsnorm van openbare orde toepasselijk is. Hij kan bijvoorbeeld bewijs van feiten verlangen, ook als die niet zijn betwist (art. 176 lid 2 (oud) Rv). Daarnaast kan hij zich baseren op alle ten processe gebleken feiten, ook als partijen die niet ten grondslag hebben gelegd aan hun vordering respectie-

105 Vgl. Brenninkmeijer 1994 I p. 322; Van den Reek 1994 p. 167; Asser 1991 p. 4; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant 4 (slot); Van den Haak 1995 p. 219; Vranken 1995 p. 24/25; Brenninkmeijer 1994 II p. 347.

106 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 128; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p.39.

107 Vgl. Vranken 1995 p. 24/25.

108 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Van den Reek 1994 p. 166; Numann 1994 p. 348.

109 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 37.

velijk verweer.[110] Maar zelfs bij rechtsnormen die van openbare orde zijn, mag de rechter niet ambtshalve feiten aanvoeren.

De uitzonderingspositie van rechtsnormen van openbare orde zal regelmatig terugkeren in dit proefschrift.

8 DOMINUS LITIS

In de literatuur wordt in het kader van de partij-autonomie en de lijdelijkheid herhaaldelijk het begrip 'dominus litis' gebruikt. Het wordt gesteld dat de rechter of partijen al dan niet dominus litis zijn.[111] Dit begrip heeft net als de partij-autonomie betrekking op de zeggenschapsverdeling tussen partijen en de rechter. Maar buiten het feit dat degene die dominus litis is een aspect van de procedure beheerst, wordt niet duidelijk wat er precies met dit begrip wordt bedoeld.

Een onderzoek in het woordenboek leert het volgende. 'Dominus' betekent letterlijk heer, heerser, gebieder.[112] 'Lis' (gen. Litis) heeft drie mogelijke betekenissen:[113]

1 strijd, twist, geschil;
2 strijd in rechten, proces, rechtsgeding; en
3 voorwerp waarover het proces loopt.

De vraag wie dominus litis is hangt dus sterk af van welke betekenis van lis gebruikt wordt.

Ad 1. Strijd, twist, geschil
Partijen blijven 'heerser over het geschil'. Zij bepalen of zij met het geschil naar de rechter gaan of niet. Verder bepalen zij of het geschil echt is beëindigd. Partijen kunnen ervoor kiezen de oplossing van de rechter te volgen, of om deze naast zich neer te leggen[114] en de strijd te blijven voortzetten. In deze betekenis zijn partijen dus dominus litis.

110 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39.
111 Vgl. Boon/van der Wal 1990 p. 3; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11; Princen 1990 p. 57; Asser 1991 p. 3; Bosch-Boesjes 1995 p. 69; Numann 1994 p. 347.
112 Dr. Fred. Muller/Dr. E.H. Renkema & Dr. A.D. Leeman, Beknopt Latijns-Nederlands Woordenboek, Groningen:Wolters-Noordhoff 1986. p. 275.
113 Dr. Fred. Muller/Dr. E.H. Renkema & Dr. A.D. Leeman, Beknopt Latijns-Nederlands Woordenboek, Groningen:Wolters-Noordhoff 1986. p. 525.
114 Vgl. Numann 1994 p. 348.

Ad 2. Strijd in rechten, proces, rechtsgeding
In deze betekenis zijn noch de rechter noch de partijen 'heerser over het proces'. In § 2.5 bleek dat er sprake is van een samenspel tussen rechter en partijen: de rechter reageert op hetgeen partijen aanvoeren, daar reageren de partijen dan op etc. De nadruk wordt meer en meer gelegd op communicatie tussen partijen en de rechter en niet zozeer op een los van elkaar uitvoeren van bevoegdheden. In deze betekenis zijn noch de rechter noch de partijen dominus litis.

Ad 3. Voorwerp waarover het proces loopt
Partijen zijn 'heerser over de voorwerp waarover het proces loopt'. Het zijn de partijen die de omvang van de vordering bepalen. De rechter heeft slechts invloed hierop als een eiser zijn vordering wil wijzigen en de verweerder zich hiertegen verzet. Wat betreft het onderwerp van het geschil zijn partijen dominus litis.

4 Het beginsel van hoor en wederhoor

1 INLEIDING

Het beginsel van hoor en wederhoor is op zich al één van de belangrijkste beginselen van het moderne procesrecht. Dit geldt zowel voor het burgerlijk procesrecht als het bestuursprocesrecht.[1] Voor het onderwerp van art. 48 (oud) Rv is dit beginsel echter nog van specifieke betekenis. Zo wordt de vraag gesteld of dit beginsel de rechter verplicht om partijen te horen als hij een rechtsgrond zal aanvullen.[2] Ook wat betreft het samenstellen van de feitelijke grondslag speelt hoor en wederhoor een grote rol. De rechter mag slechts rekening houden met de feiten waarover partijen zich hebben kunnen uitlaten. De belangrijkste reden dat dit beginsel van belang is voor het systeem van art. 48 (oud) Rv is echter de volgende. Door meerdere schrijvers wordt ervoor gepleit dat de rechter actiever zou kunnen optreden met betrekking tot de feiten, zolang hij daarbij maar het beginsel van hoor en wederhoor respecteert.[3] In deze benadering wordt de invloed van de partij-autonomie en lijdelijkheid beperkt en wordt het voeren van de procedure, waaronder de feitenvergaring, voornamelijk in het kader van de hoor en wederhoor geplaatst (zie ook hoofdstuk 3 § 6).

De behandeling van het beginsel van hoor en wederhoor is in twee delen gesplitst. Het eerste deel betreft de vraag welke vereisten het beginsel van hoor en wederhoor stelt (§ 2) en in het tweede deel bespreek ik een aantal concrete procesregels die het beginsel van hoor en wederhoor tot grondslag hebben (§ 3).

---

1 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 9; Asser 1992 p. 11; literatuur en jurisprudentie in verband met de doorbreking van het appelverbod: HR 4 mrt. 1988, NJ 1989, 4 (concl. A-G Leijten; m.nt. WHH) ro. 3.3; HR 29 maart 1985, NJ 1986/242 (concl. A-G Moltmaker; m.nt. WHH en LWH) (Enka /Dupont); zie verder ook: Asser 1991 p. 17; Vriesendorp 1979 p. 121; Princen 1990 p. 63.

2 Vgl. bv. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 4; Asser 1992 p. 26.

3 Vgl. Vranken 1995 p.25; Bosch-Boesjes 1991 p. 232.

2 De vereisten die het beginsel van hoor en wederhoor stelt

Een veel voorkomende omschrijving van het beginsel van hoor en wederhoor is dat partijen gehoord moeten worden en in gelijke mate gehoord moeten worden.[4] In deze omschrijving komen twee eisen van hoor en wederhoor naar voren: partijen moeten gehoord worden en alle partijen moeten in gelijke mate gehoord worden. Naast deze twee eisen zijn er nog een derde en vierde eis die een essentieel onderdeel vormen van het beginsel van hoor en wederhoor: de rechter moet ook luisteren naar hetgeen partijen naar voren brengen en hij moet dit meenemen bij het nemen van zijn beslissing.[5]

Deze eisen zullen hieronder nader worden uitgewerkt: partijen moeten gehoord worden (§ 2.1), partijen moeten in gelijke mate gehoord worden (§ 2.2), de rechter moet luisteren als partijen gehoord worden (§ 2.3) en hetgeen partijen naar voren brengen moet de rechter meenemen bij zijn beslissing (§ 2.4).

2.1 'Horen'

De eis dat partijen gehoord moeten worden, houdt in dat zij de gelegenheid moeten krijgen om hun standpunten uiteen te zetten tegenover de rechter.[6] Dit betekent ten eerste dat partijen een recht hebben om in te brengen. Dit wil zeggen dat zij het recht hebben om al datgene in het geding naar voren te brengen dat zij van belang achten voor hun zaak.[7] Ten tweede betekent deze eis dat partijen het recht hebben om 'te reageren op wat zich in het geding voordoet en van belang kan zijn voor de beslissing van de zaak'.[8]

Deze tweedeling keert terug in art. 19 van het herziene Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering:

> 'De rechter stelt partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten [het recht om in te brengen; RWJC] en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht [het recht om te reageren; RWJC], een en ander tenzij uit de wet anders voortvloeit. […]'.

4 Vgl. Boneval Faure 1871 p. 74; Boneval Faure 1893 p. 116; Ernes 1997 p. 4/5; Haardt 1970 p. 144; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 23.
5 Asser 1992 p. 13/14, 22.
6 Vgl. HR 31 mei 1991, NJ 1991, 524 (concl. A-G Ten Kate); HR 27 juni 1997, NJ 1998, 328 (concl. A-G Bakels; m.nt. HJS) ro. 3.7.
7 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 23.
8 Asser 1992 p. 13; vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 23.

2.1.1 Het recht om in te brengen

Bij dit aspect van het beginsel van hoor en wederhoor gaat het om het recht van partijen om al datgene aan te voeren dat zij van belang achten om de rechter van hun gelijk te overtuigen. Hier valt onder het recht om hun verhaal aan de rechter te doen (mondeling of schriftelijk) en het recht om relevante stukken in te dienen en deze nader toe te lichten. Maar ook het recht om hun stellingen te bewijzen vloeit hieruit voort. Als partijen het recht hebben om iets te stellen, brengt dit recht mee dat zij ook het recht hebben om dit te bewijzen, als dit nodig mocht zijn. Hier staat weer tegenover dat de wederpartij het recht heeft om tegenbewijs te leveren.[9]

De eiser heeft dus het recht om zijn positie uiteen te zetten, waarop de verweerder het recht heeft om zijn positie hiertegenover te zetten. In principe hebben partijen gedurende het gehele geding het recht om in te brengen. Dit kan echter beperkt worden, met name in latere fasen van het geding door bijvoorbeeld de goede procesorde of de wet (zie bv. art. 141 lid 2 (oud) Rv).

Bezien vanuit de positie van de verweerder gaat het om het recht van de verweerder om zich te verdedigen tegen de 'beschuldigingen' van de eiser. In dit kader wordt het beginsel van hoor en wederhoor ook wel het verdedigingsbeginsel[10] of het contradictoire beginsel[11] genoemd. Deze benaming ziet echter slechts op één aspect van het beginsel van hoor en wederhoor. Het recht om zich te verdedigen is een belangrijk onderdeel van het beginsel van hoor en wederhoor, maar dit beginsel is meer dan alleen een recht op verdediging. Er zijn zaken waarin er geen verweerder is, zoals verstekzaken, of hoeft te zijn, zoals in verzoekschriftprocedures. Ook in deze zaken geldt het beginsel van hoor en wederhoor en hebben de eisende of verzoekende partijen het recht om in te brengen.[12]

2.1.2 Het recht om te reageren

Naast het recht om in te brengen hebben partijen ook het recht om te reageren op al hetgeen in het geding wordt aangevoerd.[13] Dit geldt in ieder geval voor stellingen en stukken van de wederpartij, maar geldt ook voor informatie afkomstig van niet-partijen.[14] Partijen hebben ook het recht om te reageren

---

9 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 24; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 8.

10 Vgl. J. ten Berge-Koolen, De goede procesorde in het burgerlijk procesrecht, NJB 25 jan. 1986 afl. 4 p. 115; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 4.

11 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 4.

12 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 24.

13 Vgl. Asser 1992 p. 13/14; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 23; art. 1.3.1 WV Herz. RO.; T.A.W. Sterk, 'Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt aangepast', TCR 1993-1, p. 3.

14 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 8; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 24; T.A.W. Sterk, 'Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt aangepast', TCR 1993-1, p. 3.

op bijvoorbeeld getuigenbewijs, een deskundigenbericht, stukken en verklaringen van een behandelend arts,[15] een rapport van de Raad voor de Kinderbescherming,[16] door de officier van justitie ingewonnen inlichtingen die hij heeft overgelegd in het kader van een verhoor op grond van art 18 lid 1 Rijkswet op het Nederlanderschap,[17] door de officier van justitie bij wege van een conclusie overgelegde strafvonnis,[18] politierapporten, een proces-verbaal waarvan de rechter kennisneemt voordat hij op de vordering beslist[19] en door de rechter zelf ingewonnen informatie.[20] Gegevens waarvoor partijen niet de gelegenheid hebben gehad om op te reageren mogen niet door de rechter worden meegenomen (zie § 3.1).

Het recht om te reageren houdt in dat partijen het recht hebben om zich uit te laten over de gegevens die worden aangevoerd. Het geeft partijen op zich niet het recht om van de gelegenheid gebruik te maken om zelf met nieuwe feiten, stellingen en stukken te komen. Vaak echter zal een partij zowel mogen reageren als inbrengen. In een conclusie van antwoord bijvoorbeeld mag de verweerder zowel zich uitlaten over de stellingen en eventueel ingediende stukken van de eiser als zelf nieuwe stellingen en stukken aanvoeren.

Bovenstaande nuancering is echter wel relevant als het gaat om een laatste reactie zoals bijvoorbeeld de 'repliek' en 'dupliek' in de cassatie. In de cassatieprocedure kunnen partijen in plaats van een pleidooi een schriftelijke toelichting op hun standpunt geven. Hierop kunnen partijen weer reageren met een korte, schriftelijke 'repliek' en 'dupliek'.[21] Het moet gaan om een beknopte *reactie* op de schriftelijk toelichting van de wederpartij. Zij mogen hierin geen nieuwe onderwerpen aan de orde stellen of een nieuwe voorstelling van de feiten geven.[22] In deze proceshandeling is wel sprake van een recht om te reageren, maar niet van een recht om in te brengen.

2.1.3 Gelegenheid

De plicht om partijen te horen houdt in dat partijen de gelegenheid moeten krijgen om hun standpunten uiteen te zetten. Dit beginsel eist niet dat een partij hier ook daadwerkelijk gebruik van maakt. Het is voldoende dat deze hiertoe de gelegenheid heeft gehad. Als een partij er geen gebruik van maakt,

15 HR 13 mrt. 1987, NJ 1987, 586 (concl. A-G Meijers).
16 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 24.
17 HR 4 nov. 1988, NJ 1989, 100 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WHH).
18 HR 17 juni 1988, NJ 1989, 120 (concl. A-G Leijten; m.nt. JBMV: zie in dit kader overw. 2 sub d).
19 HR 16 sept. 1994, NJ 1995, 7 (concl. A-G Asser).
20 Bv. HR 22 juni 1990, NJ 1990, 704 (concl. A-G Asser); HR 21 feb. 1997, NJ 1998, 4 (A-G Mok; m.nt. HJS); HR 16 sept. 1994, NJ 1995, 7 (concl. A-G Asser).
21 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 236/237; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 231.
22 HR 7 januari 1994, NJ 1994, 319 (concl. A-G Koopmans) ro. 3.

terwijl de gelegenheid er wel is geweest, is aan de plicht om partijen te horen voldaan en is het beginsel van hoor en wederhoor niet geschonden.[23]

Het moet daarbij wel gaan om een reële kans om op te komen voor zijn materiële belangen. De partijen moeten voldoende gelegenheid krijgen om na een behoorlijke voorbereiding van hun zaak of reactie de rechter van hun gelijk te overtuigen.[24] De gelegenheid die een partij krijgt moet voldoende zijn om zich te kunnen beraden op zijn positie of de aangevoerde informatie, om zijn standpunt te bepalen en om dit uiteen te zetten tegenover de rechter.

2.1.4 Begrenzing van het recht op inbreng en reactie

Het recht om in te brengen en te reageren is uiteraard begrensd. De zaak zal ooit beëindigd moeten worden (Lites finiri oportet). Op een gegeven moment moet de rechter over kunnen gaan tot het doen van een uitspraak. Daarnaast eist art. 6 EVRM niet alleen dat het proces ooit eindigt, maar zelfs dat dit binnen een redelijke termijn gebeurt.[25]

Op zich eist het beginsel van hoor en wederhoor ook niet een eeuwigdurend debat. Dit beginsel verlangt slechts bovengenoemde gelegenheid voor partijen om in te brengen en te reageren. Het is dus niet per definitie in strijd met dit beginsel om partijen niet verder genoemde gelegenheid te geven. Een belangrijke vraag is echter wanneer het beginsel van hoor en wederhoor partijen niet meer het recht geeft om in te brengen of te reageren. Deze vraag is niet in zijn algemeenheid te beantwoorden, maar hangt sterk af van de omstandigheden van het geval.

Wel moet rekening worden gehouden met het feit dat partijen op grond van de wet recht hebben op bepaalde handelingen, zoals bijvoorbeeld de conclusies van eis en antwoord (art. 140, 141 (oud) Rv) en conclusies van repliek en dupliek (art. 142 (oud) Rv). De wet geeft partijen als het ware een recht op een minimum debat.[26] Dit minimum kan niet aan partijen worden onthouden. De rechter kan noch ambtshalve noch op verzoek van een wederpartij de dienende partij de mogelijkheid ontnemen om gebruik te maken van een wettelijk gegeven mogelijkheid om zijn standpunt uiteen te zetten. Dus zolang de wet partijen het recht geeft om hun standpunten uiteen te zetten, is het debat niet afgelopen. Ook een beroep op art. 6 EVRM blijft mijns inziens zonder gevolgen. Een partij mocht bijvoorbeeld een conclusie van repliek indienen onafhankelijk van de vraag of dit het geding onredelijk vertraagt.

---

23 Vgl. Ernes 1997 p. 4/5; Asser 1991 p. 17; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 26.

24 HR 22 nov. 1996, NJ 1997, 204 (concl. A-G Vranken; m.nt. PAS onder HR 22 nov. 1996, NJ 1997, 205 (concl. A-G Koopmans)) ro. 3.2, in de conclusie overw. 12.

25 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 26.

26 Onder het herziene burgerlijk procesrecht is dit minimum debat beperkt tot de dagvaarding, de conclusie van antwoord en de comparitie na antwoord.

Dit wettelijk recht kan losstaan van de plicht om te horen op grond van het beginsel van hoor en wederhoor. Als een partij niets relevants meer heeft toe te voegen na de conclusies van eis en antwoord, geeft het beginsel van hoor en wederhoor geen recht meer op verdere inbreng of reactie. Partijen hebben immers al voldoende gelegenheid hebben gehad na de conclusies van eis en antwoord. De wet daarentegen stelt geen eisen aan de waarde van hetgeen de partijen willen uiteenzetten en gaf partijen nog steeds een recht op een conclusie van repliek en dupliek. De wet kan dus een partij het recht geven om in te brengen of te reageren, ook al zou het beginsel van hoor en wederhoor geen verder recht op inbreng en reactie meer verlangen.

Partijen kunnen natuurlijk zelf wel afzien van een wettelijke mogelijkheid om hun standpunten uiteen te zetten en de rechter vragen om uitspraak te doen. Zij zijn niet verplicht om van dit wettelijke minimum debat gebruik te maken.

Naast deze handelingen waar partijen recht op hebben, geeft de wet de mogelijkheid om het debat verder voort te zetten. De rechter kon bijvoorbeeld op grond van art. 142 lid 2 (oud) Rv partijen toestaan verdere conclusies te nemen. Bij dit voortzetten van het debat speelt het beginsel van hoor en wederhoor weer een rol. De rechter zal op grond van het beginsel van hoor en wederhoor verder debat moeten toestaan als voortzetting hiervan nodig is om partijen voldoende gelegenheid te bieden om hun zaak volledig uiteen te zetten.

Partijen zullen er echter rekening mee moeten houden dat zij op een gegeven moment geen nieuwe feiten meer aan kunnen voeren. De gelegenheid om dit te doen is, vaak al binnen het minimum debat, voldoende geweest. Een voorbeeld van deze beperking is te zien bij de conclusie van dupliek. De Hoge Raad heeft bepaald dat een bij dupliek aangevoerde feitelijke stelling niet als vaststaand mag worden aangenomen op de enkele grond dat zij niet bij een akte ter rolle is weersproken.[27] Van een eisende partij mag niet verlangd worden dat zij, wanneer de wederpartij bij conclusie van dupliek nieuwe feiten aanvoert, een akte ter rolle neemt met het enkele doel die feiten te betwisten om zo te voorkomen dat deze als ten processe vaststaand zullen gelden.

Voor de volledigheid wil ik nog vermelden dat als de eiser na de conclusie van dupliek een akte ter rolle neemt waarin de nieuwe feiten onbesproken blijven, de eiser geacht wordt deze feiten niet te hebben betwist en gelden deze als vaststaande feiten waarmee de rechter rekening moet houden.[28] De akte geldt als een (gemiste) kans om de nieuwe feiten te betwisten. Het is onduidelijk of een eventueel pleidooi ook als een dergelijke kans geldt.[29]

27 HR 9 juni 1972, NJ 1972, 379 (concl. Van Oosten; m.nt. DJV) derde overweging.
28 HR 30 juni 1978, NJ 1978, 614 (concl. Van Oosten; m.nt. WHH) tweede overweging.
29 Zie echter HR 9 juni 1972, NJ 1972, 379 (concl. Van Oosten; m.nt. DJV) ro. 3.3.

2.2 Gelijk horen

Het beginsel van hoor en wederhoor eist verder dat alle partijen in gelijke mate gehoord worden.[30] Het gaat erom dat alle partijen gelijke kansen krijgen om voor hun belangen op te komen.[31] Dit komt erop neer dat als een van de partijen de gelegenheid krijgt om zijn standpunt uiteen te zetten, de andere partijen ook deze gelegenheid moeten krijgen en wel in gelijke mate. Het is bijvoorbeeld, behoudens bijzondere omstandigheden, in strijd met de eis dat partijen gelijk gehoord worden om bij een getuigenverhoor een van de partijen de zittingszaal uit te sturen.[32] Beide partijen mogen immers reageren op hetgeen de getuige aanvoert. De partij die bij het verhoren aanwezig is, zal dit beter kunnen dan de partij die slechts naderhand kan reageren en vervolgens moet afgaan op een afschrift van het verhoor.

Het beginsel van hoor en wederhoor en het gelijkheidsbeginsel overlappen elkaar op dit vlak. Wat betreft het horen van partijen gaat het beginsel van hoor en wederhoor echter verder. Zo zou het in overeenstemming zijn met het gelijkheidsbeginsel als beide partijen niet worden gehoord. Even slecht is immers ook gelijk. Het beginsel van hoor en wederhoor eist echter ook dat partijen gehoord worden en niet alleen dat zij in gelijke mate (niet) gehoord worden.

Met deze eis heeft het beginsel van hoor en wederhoor ook een raakvlak met de eis van de onpartijdigheid van de rechter. Door één partij wel de gelegenheid te geven gehoord te worden en de ander(en) niet, kan de onpartijdigheid van de rechter in twijfel getrokken worden. Hierbij zijn de gronden om slechts één van de partijen te horen of het feit dat de rechter niet partijdig is op zich niet van belang. Zelfs de schijn van partijdigheid moet immers vermeden worden.[33]

Toch is het onder omstandigheden aanvaardbaar dat partijen in ongelijke mate worden gehoord. Overwegingen van onpartijdigheid en gelijkheid wegen in dat geval niet op tegen de 'noodzaak' dat relevante feiten worden ingebracht. Voor het recht om in te brengen zal dit eigenlijk nooit het geval zijn, maar bij het recht om te reageren kan dit wel. Een voorbeeld hiervan is het horen van getuigen waarbij één van de partijen niet aanwezig is (zie § 3.1.2).

---

30 Boneval Faure 1871 p. 74; Boneval Faure 1893 p. 116; Asser 1992 p. 14; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p.8; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 23, 24; Ernes 1997 p. 4.

31 Vgl. ro. 3.3 van de rechtbank Rotterdam in HR 16 sept. 1994, NJ 1995, 76 (concl. A-G Vranken).

32 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 24.

33 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 9.

2.3 Luisteren

De derde eis van het beginsel van hoor en wederhoor is dat de rechter moet luisteren naar hetgeen partijen aanvoeren en hetgeen zij aanvoeren moet meenemen bij het nemen van zijn beslissing. Het gaat er bij het horen om dat partijen een reële gelegenheid krijgen om de rechter van hun gelijk te overtuigen.[34] Het horen mag niet verworden tot een formaliteit.

Dat brengt mee dat de rechter hoort met 'open mind' en met 'open oor'. De rechter moet horen zonder vooringenomenheid. Het mag niet zo zijn dat de rechter al op basis van de aangevoerde gegevens en stellingen voor zichzelf tot een oordeel is gekomen en partijen slechts verder hoort om te zien of zij hem van gedachte kunnen doen veranderen of omdat het procesrecht dit nou eenmaal eist. Hij moet openstaan voor hetgeen partijen mondeling of schriftelijk aanvoeren ('open mind'). Pas als het debat is afgelopen, mag de rechter overgaan tot het nemen van de beslissing. Het is natuurlijk onvermijdelijk dat de rechter een idee zal hebben over welke richting zijn beslissing op zal gaan naar mate het proces vordert. Hier is geen bezwaar tegen zolang de rechter toch open blijft staan voor hetgeen partijen aanvoeren.

Daarbij moet de rechter letterlijk luisteren. Als partijen aan het woord zijn moet hij aandachtig luisteren naar hetgeen zij te vertellen hebben en de stukken die worden ingediend moet hij aandachtig lezen ('open oor').

2.4 Verdisconteren

Verder mag de rechter hetgeen partijen aanvoeren niet passeren. Hij moet bij het nemen van zijn beslissing rekening houden met hetgeen partijen aanvoeren.[35] Het beginsel van hoor en wederhoor zou immers nutteloos zijn als het de rechter vrijstond om geen rekening te houden met hetgeen door partijen wordt aangevoerd.

Dit gaat echter niet zo ver dat de rechter van elk feit moet aangeven dat hij dit al dan niet relevant achtte en hoe dit heeft bijgedragen aan het bereiken van de beslissing.[36] Hij dient 'slechts' een behoorlijke motivering te geven.[37] Uit de omstandigheid dat een bepaalde stelling niet expliciet kan worden teruggevonden in de overwegingen van de rechter kan dan ook niet afgeleid worden dat de rechter die stelling dus heeft gepasseerd.

---

34 HR 22 nov. 1996, NJ 1997, 204 (concl. A-G Vranken; m.nt. PAS onder HR 22 nov. 1996, NJ 1997, 205 (concl. A-G Koopmans)); Asser 1992 p. 27.

35 Asser 1992 p. 14, 22.

36 Vgl. HR 27 nov. 1970, NJ 1971, 65; HR 9 dec. 1983, NJ 1984, 165 (A-G Ten Kate); HR 7 sept. 1990, NJ 1990, 796 (A-G Asser); HR 19 jun. 1992, NJ 1992, 625 (A-G Asser).

37 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 33, 134; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 10/11.

3 REGELS MET HET BEGINSEL VAN HOOR EN WEDERHOOR ALS GRONDSLAG

Op grond van het beginsel van hoor en wederhoor zijn regels ontwikkeld waarin de eisen behandeld in § 2 nader zijn uitgewerkt. In deze paragraaf zal ik er een aantal bespreken:

1 De rechter mag slechts rekening houden met feiten als partijen voldoende de gelegenheid hebben gehad om zich hierover uit te laten (§ 3.1);
2 Partijen moeten de gelegenheid krijgen om de volledigheid en juistheid van de gegevens te toetsen (§ 3.2);
3 Het staat een partij vrij afstand te doen van de bescherming van het beginsel van hoor en wederhoor (§ 3.3); en
4 De rechter mag geen beslissing nemen dan nadat partijen hun standpunten te zijnen overstaan hebben uiteengezet of althans daartoe in de gelegenheid zijn gesteld (§ 3.4)

3.1 De rechter mag slechts rekening houden met feiten als partijen voldoende de gelegenheid hebben gehad om zich over die feiten uit te laten[38]

De consequentie van de regel dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten als partijen voldoende de gelegenheid hebben gehad om zich hierover uit te laten, is duidelijk: de rechter moet feiten waarover partij zich niet hebben kunnen uitlaten buiten beschouwing laten. Dit geldt niet alleen voor door partijen aangevoerde feiten, maar ook voor feiten die door niet-partijen zijn ingebracht.

Het probleem hier is wat als voldoende gelegenheid moet worden aangemerkt. In de jurisprudentie wordt dit uitgewerkt tot een dubbele eis voor gegevens die in het geding worden gebracht: partijen moeten de gelegenheid krijgen om kennis te nemen van deze gegevens en de gelegenheid krijgen om zich hierover uit te laten. Hieronder zal ik deze dubbele eis uitwerken voor ingediende stukken en voor mondelinge uiteenzettingen.

3.1.1 Een dubbele eis voor ingediende stukken

De rechter beslist slechts aan de hand van stukken tot de kennisneming waarvan en uitlating waarover aan partijen voldoende gelegenheid is gegeven.[39]

---

38 HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 572 (concl. A-G Asser; m.nt. HJS) ro. 4.4; HR 24 dec. 1993, NJ 1994, 194 (concl. A-G Asser) ro. 3.2.; vgl. Stein & Rueb 2000 p. 12.

39 HR 27 mrt 1987, NJ 1988, 130 (concl. A-G Van Soest; m.nt. WHH) ro. 3 en de noot; HR 29 juni 1990, NJ 1990, 732 (concl. A-G Biegman-Hartogh) ro. 3.2; HR 25 okt. 1991, NJ 1992, 5 (concl. A-G Biegman-Hartogh) ro.3.2; T.A.W. Sterk, Het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt aangepast, TCR 1993, afl. 1, p.3.; Voorbeelden: HR 20 nov. 1996, NJ 1997, 288 (concl. A-G Loeb; m.nt. PCEvW) in casu ging het om rekeningen die van belang waren

Deze dubbele eis houdt meer in dan alleen gelegenheid om het stuk onder ogen te krijgen en gelegenheid om ten processe op het stuk te kunnen reageren. Partijen moeten ook de gelegenheid krijgen om de inhoud van het stuk tot zich te nemen en om zich op een reactie te beraden.

Het is dan ook in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor als de kantonrechter overgaat tot de behandeling van een verzoekschrift dat anderhalve werkdag eerder is ingediend, ook al krijgt de verweerder nog 20 minuten om een verweer samen te stellen.[40]

Het komt in verzoekschriftprocedures[41] vaak voor dat stukken op de terechtzitting worden ingediend. De rechter mag rekening houden met deze ter terechtzitting overgelegde stukken mits de aard en omvang van het stuk geen beletsel vormen voor de wederpartij om terstond ter zitting kennis te nemen van de inhoud van het stuk en daarop te reageren, en mits deze daartoe daadwerkelijk de gelegenheid heeft gekregen.[42] Als de aard en/of omvang van het stuk echter wel een beletsel vormt voor de wederpartij om ter terechtzitting daarvan kennis te nemen en daarop te reageren, blijft het stuk buiten het geding tenzij de rechter reden ziet om de behandeling van de zaak te onderbreken of tot een latere datum aan te houden.[43] De partij die ter terechtzitting nog een stuk in het geding wil brengen, moet er wel voor zorgen dat zowel de rechter als de wederpartij(en) het stuk krijgen.

Een door een justitiabele zelf geschreven 'verweer' van "zes zeer compact gedrukte bladzijden" dat tijdens de terechtzitting van een verzoekschriftprocedure aan het hof en de appellant werd overlegd, is van een dergelijk omvang dat het zich niet leent voor een behoorlijke kennisneming daarvan ter terechtzitting.[44]

---

voor de kostenveroordeling; Hof Arnhem 23 nov. 1993, NJ 1995, 14 in casu ging het om het verweerschrift van de griffier in het kader van een verzet ingediend tegen berekende tarieven; HR 12 feb 1993, NJ 1993, 596 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) in casu ging het om een medische verklaring die wel was toegezonden, maar waarbij de betrokken partij niet de gelegenheid had gekregen zich over dat stuk uit te laten.

40 HR 22 nov. 1996, NJ 1997, 204 (concl. A-G Vranken; m.nt. PAS onder HR 22 nov. 1996, NJ 1997, 205 (concl. A-G Koopmans)).

41 De regels met betrekking tot het overleggen (en tonen) van stukken bij mondelinge behandelingen zijn voornamelijk afkomstig uit de verzoekschriftprocedure. Mondelinge behandelingen spelen echter een toenemende rol in moderne procesrecht zodat ik een uitzondering op de beperking tot de dagvaardingsprocedure gerechtvaardigd acht. Deze regels met betrekking tot het indienen en tonen van stukken zullen ook buiten de verzoekschriftprocedure gelden (vgl. Vranken overw. 13 in zijn conclusie bij HR 12 feb 1993, NJ 1993, 596 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS)). Al zal het in de procedures die voornamelijk schriftelijk verlopen minder vaak voorkomen.

42 HR 29 juni 1990, NJ 1990, 732 (concl. A-G Biegman-Hartogh) ro. 3.2; HR 4 nov. 1994, NJ 1995, 98 (concl. A-G Vranken) ro. 3.1; HR 25 okt. 1991, NJ 1992, 5 (concl. A-G Biegman-Hartogh) ro. 3.2; HR 27 juni 1997, NJ 1998, 328 (concl. A-G Bakels; m.nt. HJS) ro. 3.7.

43 HR 27 juni 1997, NJ 1998, 328 (concl. A-G Bakels; m.nt. HJS) ro. 3.7.

44 HR 29 juni 1990, NJ 1990, 732 (concl. A-G Biegman-Hartogh).

Het is ook mogelijk dat een stuk niet wordt overgelegd, maar slechts ter terechtzitting wordt getoond. De rechter mag rekening houden met deze stukken zolang het stuk zich qua aard en de rol die het speelt in het geding leent voor een enkel tonen.[45] Voorbeelden van gevallen waarin dit aanvaardbaar was, waren het tonen van advertenties om aan te tonen dat er voldoende werk was in een bepaalde bedrijfstak[46] en het tonen van twee dwangbevelen en een dagvaarding om aannemelijk te maken dat het bedrijf in financiële problemen zit.[47]

3.1.2 De dubbele eis bij mondelinge uiteenzettingen

Ook voor mondelinge uiteenzettingen, zoals bijvoorbeeld een comparitie na antwoord en getuigenverhoren, geldt dat de rechter zich alleen op de feiten die dan worden aangevoerd mag baseren als partijen de gelegenheid hebben gehad om daarvan kennis te nemen en daarop te reageren.[48] Meestal zullen partijen aanwezig zijn bij de mondelinge uiteenzettingen zodat zij direct kunnen kennisnemen van hetgeen wordt verteld en daarop kunnen reageren. Soms hebben partijen echter tijd nodig om zich te beraden op de verklaringen en zullen zij de gelegenheid moeten krijgen om later hun standpunten uiteen te zetten.

De basisregel is dat partijen het recht hebben aanwezig te zijn bij verhoren en dergelijke behalve als er een bijzondere reden is om hiervan af te zien.[49] Onder omstandigheden kan het nodig zijn dat een verhoor wordt gehouden buiten aanwezigheid van één of beide partijen. Dit is op zich toelaatbaar en wordt niet geacht in strijd te zijn met het beginsel van hoor en wederhoor, zolang de niet-aanwezige partij(en) op andere wijze toch in de gelegenheid worden gesteld te reageren op hetgeen naar voren wordt gebracht.[50] Dit kan bijvoorbeeld door de afwezige partij bij het verhoor te laten vertegenwoordigen door zijn raadsman. Dit wordt voldoende geacht om van zijn zijde te reageren.[51] Het is ook mogelijk dat een verhoor wordt gehouden zonder dat een partij of zelfs hun raadsman daarbij aanwezig is, maar waar de partij na het

---

45 Burg. Rv. (Doek & Wesseling-van Gent) art. 429l, aant.3; HR 4 nov. 1994, NJ 1995, 98 (concl. A-G Vranken) ro. 3.1; HR 25 okt. 1991, NJ 1992, 5 (concl. A-G Biegman-Hartogh) ro. 3.2.

46 HR 25 okt. 1991, NJ 1992, 5 (A-G Biegman-Hartogh).

47 HR 4 nov. 1994, NJ 1995, 98 (concl. A-G Vranken).

48 Vgl. HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 596 (concl. A-G Vranken; m.nt HJS) ro. 3.2; HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5 (concl. A-G Van Soest; m.nt. JBMV); HR 13 mrt. 1987, NJ 1987, 586 (concl. A-G Meijers) ro. 3; vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 24.

49 Vgl. Vranken overw. 15 in zijn conclusie bij HR 12 feb 1993, NJ 1993, 596 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS).

50 HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 243 (A-G Biegman-Hartogh); HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5 (concl. A-G Van Soest; m.nt. JBMV); HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 596 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS); HR 13 mrt. 1987, NJ 1987, 586 (A-G Meijers).

51 Vgl. HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5 (concl. A-G Van Soest; m.nt. JBMV); HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 243 (A-G Biegman-Hartogh).

verhoor bekend wordt gemaakt met de afgelegde verklaringen, bijvoorbeeld via toezending van het proces-verbaal, en daarna de gelegenheid krijgt om zich over het verhoor uit te laten.[52]

3.2 Partijen moeten de gelegenheid krijgen om de volledigheid en juistheid van de gegevens te toetsen

De Hoge Raad heeft bepaald dat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat de rechter zijn beslissingen alleen mag baseren op die feiten waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en ten processe ter discussie hebben kunnen stellen.[53] Het horen dient niet alleen om partijen de gelegenheid te geven om zich uit te laten over hoe de aangevoerde feiten de te nemen beslissing zouden moeten beïnvloeden, maar fungeert ook als een inhoudelijke controle op de aangevoerde feiten. Partijen moeten zich ook over het waarheidsgehalte van de feiten kunnen uitlaten.

Het is dan ook in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor als panden die gebruikt worden voor een huurprijsvergelijking niet geïdentificeerd kunnen worden omdat de rapporteurs de hiervoor benodigde gegevens niet willen openbaren.[54] Doordat de identificatiegegevens ontbraken konden partijen niet op de vergelijkbaarheid van de panden ingaan.[55] Het is ook niet voldoende om de gegevens op te nemen in een aparte bijlage die slechts aan de rechter wordt verzonden.[56]

Toch gebeurt het dat bepaalde aspecten van stukken of mondelinge uiteenzettingen geheim moeten worden gehouden, zoals bijvoorbeeld de identiteit van getuigen en bovenstaande vergelijkingspanden, of (delen van) medische rapporten of bedrijfsgeheimen. De vraag is hoe, als geheimhouding terecht is, er voor gezorgd kan worden dat (weder)partijen hun recht om te reageren en inhoudelijk op de gegevens in te gaan kunnen uitoefenen.

3.2.1 Anonieme getuigen

Een probleem bij de anonieme getuige is ten eerste dat als de wederpartij de identiteit van de getuige niet kent, hij niet de betrouwbaarheid en de geloofwaardigheid van de getuige kan controleren en betwisten.[57] Daarnaast zal de wederpartij ook geen vragen kunnen stellen aan de getuige. Hanssen noemt

52 Vgl. HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 596 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS).
53 HR 18 feb. 1994, NJ 1994, 742 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) ro. 3.4 ; HR 21 feb. 1997, NJ 1998,4 (concl. A-G Mok; m.nt. HJS) ro. 3.2.
54 HR 18 feb. 1994, NJ 1994, 742 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS).
55 Vgl. overw. 6.3 uit de conclusie van Van Soest bij HR 27 mrt 1987, NJ 1988, 130 (concl. A-G Van Soest; m.nt WHH).
56 HR 27 mrt. 1987, NJ 1988, 130, (concl. A-G Van Soest; m.nt WHH).
57 Vgl. Hanssen 1996 p. 27.

de volgende oplossingen om een evenwicht te vinden tussen de belangen van de getuige en de belangen van de wederpartij:[58]

1 'Verhoor buiten aanwezigheid van de partijen en hun raadslieden door de rechter, waarbij de raadslieden, na inzage in de verklaringen, aanvullende vragen kunnen stellen.' Dit is de methode die voor het strafrecht is vastgelegd (zie art. 226d Sv.);
2 'Verhoor alleen in aanwezigheid van de raadslieden van partijen, waarbij de raadslieden mondeling vragen kunnen stellen.' Zij voegt hieraan toe dat het aanbeveling verdient om de raadslieden tijdens het verhoor de gelegenheid te bieden om te overleggen met hun cliënten. Asser stelt voor dat de raadsman eventueel ook vervangen kan worden door een derde, die dan overlegt met de raadsman en de partij.[59] Deze oplossing wordt ook wel gekozen als partijen buiten aanwezigheid van elkaar worden verhoord; en
3 'Het verhoor in aanwezigheid van beide partijen en hun raadslieden, waarbij alleen de rechter visueel contact heeft (bijvoorbeeld via een monitor) met de anonieme getuige, en de partijen en hun raadslieden de getuige alleen kunnen horen, al dan niet met stemvervorming.' Dit heeft het voordeel dat het het meest lijkt op een gewoon getuigenverhoor: de raadslieden en hun cliënten kunnen direct reageren op hetgeen gezegd wordt, en direct vragen stellen. Nadeel is wel dat deze optie de duurste is en het meest ingewikkeld is om op te zetten.

Geen van deze drie mogelijkheden geeft echter een oplossing voor de beoordeling van de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van de getuige. De rechter zal dit deel van de verdediging dan ook op zich moeten nemen en moeten onderzoeken of de getuige betrouwbaar is.[60] Het belang van geheimhouding kan ook een reden zijn voor de rechter om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om te beletten dat een vraag wordt beantwoord als deze zou kunnen leiden tot identificatie van de getuige (art. 205 lid 2 (oud) Rv).

3.2.2 Geheime gegevens

Naast het geheimhouden van een bron van gegevens, kan het ook noodzakelijk zijn dat de gegevens zelf voor een partij geheim worden gehouden. Bepaalde delen van medische rapporten kunnen bijvoorbeeld schadelijk zijn voor het lichamelijk en geestelijk welzijn van een partij of gegevens kunnen zo privé zijn dat deze niet aan de wederpartij bekend mogen worden, zoals bedrijfsgeheimen.

---

58 Hanssen 1996 p. 27.
59 Asser 1991 p. 20.
60 Hanssen 1996 p.27/28.

De rechter zal slechts om zeer bijzondere redenen rekening mogen houden met gegevens die niet aan beide partijen bekend zijn gemaakt. De gegevens in kwestie zullen noodzakelijk moeten zijn voor een verantwoorde beslissing en een zeer zwaarwegende belang zal in het geding moeten zijn voordat de rechter rekening houdt met dergelijke gegevens.[61]

Een oplossing zou zijn als de partij afstand doet van het recht om gehoord te worden. Een probleem is echter dat de betrokken partij vaak de stukken wil kennen om te kunnen beoordelen of hij afstand wil doen van dit recht of dat hij wil protesteren tegen de overlegging van deze geheime gegevens. Hij zal willen weten waarvan hij afstand doet. Ook hier kan raadpleging van de gegevens slechts door de raadsman of een onafhankelijk derde een oplossing bieden.[62]

Als stukken toch geheim moeten blijven, zal de raadsman, zonder zijn cliënt bekend te maken met de inhoud van het stuk, kunnen reageren. Hij is in dat geval wel tot geheimhouding verplicht ten opzichte van zijn cliënt. Het is geen perfecte situatie, maar het is een betere oplossing dan in het geheel niet kunnen reageren. Hanssen merkt nog op dat als de geheimhoudingsplicht geschonden zou worden, dit strafbaar is op grond van art. 272 lid 1 Sr.[63]

3.3 Het staat een partij vrij om afstand te doen van de bescherming van het beginsel van hoor en wederhoor

Partijen kunnen afstand doen van het recht om gehoord te worden. De gevolgen van een dergelijke handeling hangen af van de omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de bedoeling van de partij en het moment waarop de partij afstand doet. Een partij die niet verschijnt, doet in feite afstand van elk recht om gehoord te worden in de instantie waarin hij niet verschijnt. Het kan echter ook zijn dat een partij slechts voor een specifiek geval aangeeft dat hij niet gehoord hoeft te worden. Een voorbeeld hiervan is als een partij aangeeft dat hij over bepaalde stukken niet gehoord hoeft te worden.[64]

---

61 Asser 1991 p. 18.

62 Asser 1991 p. 18/19.

63 Hanssen 1996 p. 27 noot 32. Art. 272 Sr. lid 1 : Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie (art. 23 lid 4 Sr: 25.000 gulden); lid 2: Indien dit misdrijf tegen een bepaald persoon gepleegd is, wordt het slechts vervolgd op diens klacht.

64 Vgl. HR 20 nov. 1996, 1997, 288 (concl. A-G Loeb;m.nt. PCEvW) ro. 3.19; HR 29 juni 1990, NJ 1990, 732 (A-G Biegman-Hartogh) ro. 3.2.

Het moet wel onmiskenbaar zijn dat een partij afstand heeft gedaan van zijn recht om gehoord te worden.[65] De rechten die voortvloeien uit het beginsel van hoor en wederhoor zijn fundamentele rechten. De rechter mag er slechts van uitgaan dat een partij afstand hiervan heeft gedaan, als deze partij dit ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven.

Het feit dat afstand is gedaan moet blijken uit de gedingstukken of de uitspraak.[66] Als dit niet duidelijk blijkt, zal de hogere rechter ervan uit moeten gaan dat de betrokken partij geen afstand heeft gedaan van het recht om gehoord te worden.

3.4 De rechter mag geen beslissing nemen dan nadat partijen hun standpunten te zijnen overstaan hebben uiteengezet of althans daartoe in de gelegenheid zijn gesteld[67]

Partijen hebben het recht om voordat de rechter beslist in de gelegenheid te worden gesteld zich uit te laten over de te nemen beslissing, en om stukken en stellingen etc. in te brengen om de rechter van hun gelijk te overtuigen. Dit geldt niet alleen voor beslissingen waarbij de rechter een beslissing neemt met betrekking tot (een deel van) het gevorderde of verzochte,[68] maar ook met betrekking tot andere beslissingen die niet direct betrekking hebben op de toewijsbaarheid van (een deel) van het gevorderde. Voorbeelden van dit laatste zijn een ambtshalve vernietiging van een toevoeging[69] en de beslissing om een procureur op grond van art. 58 (oud) Rv persoonlijk en uit eigen beurs in de proceskosten te veroordelen.[70]

Partijen hebben echter geen recht om gehoord te worden als het gaat om zogenaamde 'administratieve beslissingen'. Bij dergelijke beslissingen kan de rechter beslissen zonder partijen eerst de gelegenheid te geven zich hierover uit te laten. De Hoge Raad stelde dit vast met betrekking tot de vaststelling van de salaris van de curator. De rechtbank mocht dit salaris vaststellen zonder de gefailleerde eerst te horen. Dit geldt voor alle beschikking bedoeld in art. 85 F., aldus de Hoge Raad.[71] Zij overweegt nog wel dat zij in het midden

---

65 Vgl. Asser 1991 p. 18; A-G Asser in zijn conclusie onder HR 20 jan 1995, NJ 1995, 305 (concl. A-G Asser) ro.2.6.

66 HR 29 juni 1990, NJ 1990, 732 (concl. A-G Biegman-Hartogh) 3.2; HR 16 sept. 1994, NJ 1995, 7 (concl. A-G Asser) ro. 3.2; A-G Asser in zijn conclusie onder HR 20 jan 1995, NJ 1995, 305 (concl. A-G Asser) ro. 2.6; A-G Mok in zijn conclusie onder HR 21 feb. 1997, NJ 1998, 4 (concl. A-G Mok; m.nt. HJS) ro. 3.1.2.

67 HR 31 mei 1991, NJ 1991, 524 (concl. A-G Ten Kate) ro. 3.2.

68 Zoals bijvoorbeeld Hof Amsterdam 25 okt. 1993, NJ 1994, 660; HR 22 mrt 1991, NJ 1991, 400 (concl. A-G Koopmans); HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 409 (A-G Fokkens).

69 HR 17 sept. 1993, NJ 1993, 738 (concl. A-G Asser).

70 HR 17 mrt. 1989, NJ 1989, 768 (concl. A-G Leijten; m.nt. JBMV).

71 HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213 (A-G Asser; m.nt. EAA) ro. 3.3.

laat in hoeverre de faillissementswet met betrekking tot de vaststelling van de salaris van de curator in strijd komt met art. 6 EVRM, aangezien dit de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat.

In een geval waarin het ging om de vaststelling van het loon van de bewindvoerder op grond van art. 250 F., oordeelde het Hof Amsterdam echter anders. Nu de vaststelling van het loon rechtstreeks het vermogen van de schuldenaar raakt in die zin dat zij een vordering tegen de schuldenaar in persoon schept, is de schuldenaar direct belanghebbende bij de vaststelling van het loon. Daarbij heeft de appellant een uitdrukkelijk verzoek gedaan om gehoord te worden. Onder deze omstandigheden was de rechtbank verplicht appellant te horen.[72] Aangezien deze zaak is geschikt, heeft de Hoge Raad zich hier niet over kunnen uitlaten.

Buiten bovengenoemde uitspraken, heb ik geen verdere beslissingen gevonden waarin het onderwerp van het niet horen bij 'administratieve beslissingen' aan de orde kwam. Duidelijk is deze jurisprudentie allerminst. Ten eerste heeft de Hoge Raad niet aangegeven wat het kenmerkende is van een administratieve beslissing en waarom partijen geen recht hebben om hierbij gehoord te worden.

Verder heeft het Gerechtshof ook gewicht toegekend aan het feit dat de vaststelling van het loon rechtstreeks het vermogen van de schuldenaar raakt en dat de appellant dus direct belanghebbende is bij de vaststelling van het loon. Dit is een verschil met de vaststelling van het loon van de curator omdat dit een vordering tegen de boedel schept en niet zozeer tegen het vermogen van de gefailleerde. Ook de rol van het verzoek om gehoord te worden, is in dit geheel niet duidelijk.

Gezien de overweging van de Hoge Raad met betrekking tot het EVRM, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat een partij in ieder geval gehoord moet worden als een beslissing het vermogen van die partij raakt, ook al gaat het om een zogenaamde administratieve beslissing.

72 Hof Amsterdam 4 mei 1993, NJ 1994, 491 ro. 4 t/m 6.

5 Ius curia novit

Ius curia novit betekent letterlijk 'de rechter kent het recht'. Dit beginsel houdt echter niet in dat van de rechter verwacht wordt dat hij het gehele recht ook daadwerkelijk kent. Dit zou ook niet mogelijk zijn. De rechter zal thuis zijn op het gebied waar hij het meest mee te maken krijgt, maar ook op dit gebied zal hij niet alle regels kennen. Dit beginsel gaat echter niet over het kennisniveau van de rechter.[1]

Het beginsel van Ius curia novit houdt in dat het toepassen van het recht onder de verantwoordelijkheid van de rechter valt. Hij bepaalt op grond van welke regels de zaak beoordeeld zal worden, hoe deze geïnterpreteerd dienen te worden en hoe die regels in het concrete geval toegepast zullen worden. Het is voldoende dat de partijen de feiten aanvoeren en eventueel bewijzen. De rechter heeft de taak om hierbij de toepasselijke regels te vinden en deze correct toe te passen.[2]

Uit dit beginsel vloeien regels voort zoals dat het recht noch gesteld noch bewezen hoeft te worden,[3] dat de rechter zich er niet achter mag verschuilen dat partijen niet het juiste recht hebben aangevoerd[4] en dat het toepassen van het recht aan de rechter is voorbehouden.

In zekere zin is dit beginsel de tegenhanger van de partij-autonomie voorzover deze betrekking heeft op de feiten. De partij-autonomie houdt in dat de feitelijke kant van de zaak tot het terrein van partijen behoort. Ius curia novit betekent dat het recht behoort tot het terrein van de rechter. Het is de rechter die bepaalt welke regels toegepast zullen worden, wat deze regels inhouden etc.[5]

Wat betreft de kennis van het recht, is het beter te zeggen dat het beginsel van Ius curia novit inhoudt dat de rechter wordt *geacht* de rechtsregels te

---

1 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 25/26, 30; Scheltema 1940 p. 8; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Vriesendorp diss. p. 4, 113; Pitlo/Hidma 1981 p. 12

2 Vgl. Scheltema 1940 p. 9; Anema p. 24; Vriesendorp diss. p. 4 en in noot 4 op dezelfde pagina: L. Wenger, Institutes of the Roman Law of civil procedure, vertaald door Fisk, New York 1940, 29, II, 4, p. 300 ('Proof of Law'); Opinion of Advocate General Jacobs, delivered on 15 june 1995, Joined cases C-430/93 and C 431/93 (Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), p I-11; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; De Kanter 1928 p. 36.

3 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 168; Scheltema 1940 p. 9; Stein & Rueb 2000 p. 17.

4 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2.

5 Vgl. Veegens/Wiersma p. 27.

kennen.[6] De positie van rechter brengt mee dat hij de verantwoordelijkheid draagt voor het juist toepassen van het juiste recht.[7] Als de rechter een regel niet kent of twijfelt omtrent de inhoud van het recht op een bepaald punt is het zijn taak om uit te zoeken hoe het recht in elkaar steekt, om het recht te leren kennen.[8] Als bijvoorbeeld buitenlands recht toegepast moet worden, kan hij het zelf gaan onderzoeken, zich laten voorlichten door deskundigen of partijen, of hij kan inlichtingen vragen via de regeling van art. 150 (oud) Rv.[9] De methode is van minder belang. Het blijft de verantwoordelijkheid van de rechter om het toepasselijk recht en de inhoud daarvan te bepalen.

Dit beginsel brengt tevens mee dat de rechter noch gebonden is aan noch beperkt is tot rechtsbeschouwingen van partijen. Hij moet deze dan ook passeren als hij van mening is dat ze onjuist zijn, en het recht toepassen zoals hij meent dat het toegepast moet worden.[10]

Ook vloeit uit dit beginsel voort dat als partijen een toepasselijke rechtsnorm niet aanvoeren, dit niet wil zeggen dat de rechter die regel niet mag toepassen: de rechter zal deze moeten aanvullen (art. 48 (oud) Rv).[11]

Rechtsbeschouwingen van partijen hebben de status van (welkome) voorlichting, maar zijn in beginsel niet nodig.[12] Het is in theorie voldoende dat een partij de feiten aanvoert en het aan de rechter overlaat om het toepasselijke recht aan te vullen. Door partijen aangevoerde rechtsbeschouwingen spelen echter een zodanige rol in het huidige proces dat zij veelal niet gemist kunnen worden. Een proces zou veel langer duren als de rechter bij elke zaak zelf de toepasselijke rechtsregels zou moeten bepalen en vervolgens de selectie van de feiten moet maken die nu door de rechtsbijstand wordt uitgevoerd. Het werk van de rechter zou wellicht zo toenemen, dat een zeer grote vertraging zou ontstaan in de afhandeling van zaken.

Bovendien moet op sommige regels door partijen een beroep worden gedaan voordat de rechter ze mag toepassen, zoals gezag van gewijsde (art. 67 (oud) Rv) en verjaring (art. 322 lid 1 (oud) Rv). In deze zin zijn rechtsbeschouwingen hier zelfs vereist.

Het beginsel van Ius curia novit brengt echter mee dat de rechter een beroep op een dergelijke regel of een rechtsbeschouwing van partijen mag en moet passeren als deze onjuist is. Hij is er niet aan gebonden en een dergelijke rechtsbeschouwing ontslaat hem niet van de plicht om de zaak te beoordelen op grond van de juiste interpretatie van het toepasselijk recht.

---

6 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 168; Vriensendorp diss. p. 4; Burg.Rv. (Asser) art. 48, aant. 2.
7 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 26; Pitlo/Hidma 1981 p. 12.
8 Vgl. Scheltema 1940 p. 9; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Pitlo/Hidma 1981 p. 12.
9 Vgl. Stein & Rueb 2000 p. 17.
10 Boneval Faure 1893 p. 112; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 10; Veegens/Wiersma 1973 p. 30; Scheltema 1940 p. 5, 8.
11 Boneval Faure 1871 p. 460; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.
12 Scheltema 1940 p. 8; Veegens/Wiersma 1973 p. 30.

6 De taak van de rechter in het burgerlijk geding

1 INLEIDING

Over de taak van de rechter in het burgerlijk geding bestaat weinig onenigheid. Het is zijn taak om ambtshalve te beoordelen of het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van het gevorderde rechtvaardigt.[1] Als het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering rechtvaardigt, zal de rechter de vordering toewijzen. Als het recht toewijzing echter niet rechtvaardigt, zal de rechter de vordering afwijzen.[2]

Ik spreek hier gemakshalve over het afwijzen van de vordering indien de vordering niet kan worden toegewezen. Dit is niet geheel correct. De (afwijzende) einduitspraak kan inhouden een nietigverklaring van de dagvaarding, een onbevoegdverklaring van de rechter, een niet-ontvankelijkverklaring van de eiser of ontzegging van de eis.[3] In Snijders, Ynzonides & Meijer wordt gesteld dat de term afwijzing als verzamelnaam voor alle vier deze uitspraken wordt gebruikt.[4] Volgens Hugenholtz/Heemskerk slaat afwijzing echter slechts op niet-ontvankelijkverklaring en ontzegging van de eis.[5] Hoe dit ook zij, met de term afwijzing bedoel ik dat de vordering niet kan worden toegewezen en sluit ik mij dus in feite aan bij de interpretatie van Snijders, Ynzonides & Meijer.

Bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering door de rechter kan een onderscheid gemaakt worden tussen drie nadere beoordelingen. In § 2 zullen deze behandeld worden. Vervolgens zal ik ingaan op de betekenis van het begrip ambtshalve (§ 3). Als laatste zal ik ingaan op art. 48 (oud) Rv als wettelijke verankering van deze taak en de plaats van deze taak binnen het systeem van art. 48 (oud) Rv (§ 4).

---

1 Vgl. HR 16 mrt. 1939, NJ 1939, 1048 (concl. A-G Wijnveldt); HR 14 juni 1946, NJ 1946, 525 (concl. A-G Wijnveldt); HR 13 mei 1949, NJ 1949, 371 (concl. P-G Berger); HR 9 mrt. 1956, NJ 1956, 260 (concl. A-G Loeff); Rb. Breda 1 mei 1990, NJ 1990, 740; HR 1 feb. 1991, NJ 1991, 598 (concl. A-G Hartkamp);Vriesendorp 1970 p. 150; Vriesendorp 1981 p. 81; Bosch-Boesjes 1991 p. 130; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 101; Vranken 1995 p.26; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.

2 Vgl. HR 13 mei 1949, NJ 1949, 371 (concl. P-G Berger); Van Rossem-Cleveringa 1972 p. 332/333; noot van EMM onder HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl.; m.nt. EMM).

3 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 135; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103.

4 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 135.

5 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103.

2 Drie nadere beoordelingen

De drie nadere beoordelingen die onderscheiden kunnen worden zijn: een beoordeling van de stellingen van de eiser, een beoordeling van de stellingen van verweerder en een beoordeling op grond van het procesrecht.

2.1 Beoordeling van de stellingen van de eiser

Wat betreft de stellingen van de eiser moet de rechter beoordelen of op de vaststaande feiten zodanige rechtsnormen van toepassing zijn dat daardoor de toewijzing van de vordering wordt gerechtvaardigd.[6] Als de rechter van oordeel is dat de door de eiser gestelde vaststaande feiten, getoetst aan het recht, toewijzing van de vordering niet rechtvaardigen, zal de rechter de vordering afwijzen.[7] Het is hier niet van belang of de verweerder is verschenen of wat deze heeft aangevoerd. De vaststaande feiten waren onvoldoende om toewijzing van het gevorderde te rechtvaardigen en dus moet de vordering worden afgewezen.

Een vordering kan alleen worden toegewezen als er in het recht een rechtsnorm bestaat die bij de vaststaande feiten toewijzing van het gevorderde rechtsgevolg rechtvaardigt.[8] Een rechtsnorm bevat een aantal bestandsdelen die door de feiten ingevuld moeten worden om het rechtsgevolg in te laten treden. Dit betekent dat, om toewijzing mogelijk te maken, de vaststaande feiten invulling moeten geven aan de bestandsdelen van een rechtsnorm die als rechtsgevolg het gevorderde heeft. De rechter moet derhalve beoordelen of de vaststaande feiten invulling geven aan de bestandsdelen van aangevoerde of aangevulde rechtsnormen die een rechtsgevolg bevatten dat overeenkomt met het gevorderde en zo toewijzing van de vordering rechtvaardigen.

De onrechtmatige daad (art. 6:162 jo. 163 BW) heeft onder meer als bestanddelen een onrechtmatige handeling, schade en causaliteit. Het rechtsgevolg van deze rechtsnormen, recht op schadevergoeding, treedt alleen in werking als de vaststaande feiten invulling geven aan deze bestandsdelen. Een vordering tot schadevergoeding die is gebaseerd op feiten die een onrechtmatige daad opleveren, wordt toegewezen omdat de vaststaande feiten dit in het licht van art. 6:162 jo. 163 BW rechtvaardigen.

---

6 Vgl. Ten Kate in zijn Conclusie bij HR 7 mrt 1980, NJ 1980, 641 (concl. Ten Kate; m.nt. WHH).

7 HR 13 mei 1949, NJ 1949, 371 (concl. P-G Berger).

8 Vgl. Boneval Faure 1893 p. 112; Bosch Boesjes 1991 p. 123.

2.2 Beoordeling van de stellingen van verweerder

Wat betreft de stellingen van de verweerder zal de rechter beoordelen of op de vaststaande feiten zodanige rechtsregels van toepassing zijn dat daardoor het verweer slaagt en de vordering dus (gedeeltelijk) moet worden afgewezen.[9] Als het verweer slaagt wordt de afwijzing niet gebaseerd op een gebrek in de stellingen van de eiser. Op grond van de vaststaande feiten kan de vordering in principe worden toegewezen. Op voet van de stellingen van de verweerder echter blijkt dat het recht toch afwijzing van de vordering voorschrijft. Een voorbeeld hiervan is dat een vordering wordt afgewezen op grond van verjaring. In principe kan de vordering worden toegewezen. De verjaring brengt echter mee dat de vordering toch moet worden afgewezen.

Niet alle verweren hebben tot gevolg dat de vordering wordt afgewezen op grond van een rechtsnorm. Vaak bestaat een verweer uit het bestrijden van de door de eiser gestelde feiten. Als een dergelijk verweer slaagt, komen de bestreden feiten niet vast te staan en als dit voldoende gebeurt, zullen de vaststaande feiten toewijzing van de vordering niet (meer) rechtvaardigen. De vordering wordt dan afgewezen op basis van de beoordeling die de rechter over de stellingen van de eiser moet maken: op grond van de vaststaande feiten rechtvaardigt het recht de toewijzing van de vordering niet (meer).

Een voorbeeld van een dergelijk verweer is als de verweerder bij een vordering op grond van onrechtmatige daad de feiten bestrijdt waaruit zijn schuld zou blijken. Als zijn verweer slaagt en zijn schuld niet komt vast te staan, moet de vordering worden afgewezen. Ervan uitgaand dat er geen ruimte is voor een aanvullen van de rechtsgronden, rechtvaardigt het recht op basis van de (overgebleven) vaststaande feiten toewijzing van de vordering niet meer.

2.3 Procedurele beoordeling

Naast bovenstaande twee materiële beoordelingen, zal de rechter ook moeten beoordelen of processuele rechtsnormen niet in de weg staan aan de toewijzing van de vordering. In het kader van het beoordelen van de toewijsbaarheid van de vordering zal de rechter ook zijn bevoegdheid, de ontvankelijkheid van de eiser en (nietigheid van) de dagvaarding moeten onderzoeken. De rechter kan tot het oordeel komen dat hij onbevoegd is, de eiser niet-ontvankelijk is of de dagvaarding nietig is. Ook in deze gevallen zal de vordering niet toegewezen kunnen worden. Hierbij is het niet van belang of de vordering van de eiser of de verweren van de verweerder hadden kunnen slagen. Aan deze beoordelingen komt de rechter immers niet toe.

---

9 Vgl. Burg. Rv. (Asser), art. 48, aant. 6; Vranken 1995 p. 26.

3 AMBTSHALVE

De rechter voert deze beoordelingen ambtshalve uit.[10] Dit betekent ten eerste dat deze niet door een partij verzocht hoeven te worden. De rechter zal dus de toewijsbaarheid van de vordering ook beoordelen als de verweerder de vordering niet bestrijdt of zelfs niet verschijnt.[11] Het is niet zo dat een niet bestreden vordering automatisch toegewezen moet worden. Een vordering die onvoldoende is onderbouwd om toewijzing te rechtvaardigen, zal ook zonder verweer moeten worden afgewezen.

Het is voor de afwijzing van een vordering waarvan toewijzing niet door het recht wordt gerechtvaardigd niet nodig dat de verweerder afwijzing 'vordert'.[12] Een ongegronde vordering zal worden afgewezen ook al heeft de verweerder zich niet daarop beroepen en zelfs als deze stelt geen bezwaar tegen toewijzing te hebben.[13]

Het feit dat de rechter deze beoordeling ambtshalve uitvoert, blijkt ook uit de verstekregeling.[14] Art. 76 lid 1 (oud) Rv bepaalde dat indien er verstek wordt verleend 'de conclusiën van den eischer toegewezen zullen worden, ten ware zij den regter onregtmatig of ongegrond voorkomen'. De omstandigheid dat de verweerder niet is verschenen, is onvoldoende grond om de vordering toe te wijzen. De rechter zal de vordering ambtshalve beoordelen en zal deze afwijzen als toewijzing niet gerechtvaardigd is.[15]

Bovenstaande regel van ambtshalve beoordeling geldt natuurlijk ook voor de verweren. De rechter zal de verweren ook beoordelen als die niet door de eiser worden bestreden. Een voorbeeld hiervan is een verweerder die in het kader van een eis tot nakoming een beroep doet op dwaling, maar geen feiten stelt ter ondersteuning van zijn beroep. Ook zonder dat de eiser een beroep doet op het gebrek aan feitelijke ondersteuning, zal de rechter ambtshalve de rechtsgeldigheid van het verweer beoordelen en moeten oordelen dat het beroep op dwaling faalt.

De regel van ambtshalve beoordeling betekent ten tweede dat de rechter niet gebonden is aan stellingen van partijen over de uitkomst van de beoordeling. Als de verweerder bijvoorbeeld erkent dat de eiser recht heeft op het gevorderde, ontslaat dit de rechter niet van zijn taak om ambtshalve toch de toewijsbaarheid van de vordering te beoordelen.[16]

---

10 Vgl. van Rossem/Cleveringa 1972 p.331.
11 Vgl. Star Busmann 1955 p. 174; Star Bussman/Rutten 1972 p. 168.
12 Vgl. Scheltema 1940 p. 5; Rutten 1945 p. 94/95; HR 13 mei 1949, NJ 1949, 371 (concl. P-G Berger); van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332/333; Sterk 1982 p. 694.
13 Zie HR 6 feb. 1998, NJ 1998, 569 (A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. DWFV) ro. 3.3, noot overw. 7.
14 Vgl. Star Busmann 1955 p. 174/175; Star Busmann/Rutten 1972 p. 168.
15 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 66; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 140/141.
16 Zie bijvoorbeeld HR 6 feb. 1998, NJ 1998, 569 (A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. DWFV).

4 WETTELIJKE BASIS VOOR DEZE TAAKOMSCHRIJVING

Deze taak is niet als zodanig opgenomen in de wet. Zij werd echter wel gelezen in art. 48 (oud) Rv. Buiten de interpretatie van art. 48 (oud) Rv kreeg de rechter niet specifiek in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de opdracht om deze beoordelingen te verrichten. Dit is onder het huidige (herziene) burgerlijke procesrecht niet anders.

In het Wetboek van Strafvordering wordt de beoordeling van de rechter wel uitgewerkt, en wel in de art. 348 – 352 Sv. Art. 348 Sv. geeft de rechter de opdracht om te onderzoeken of de dagvaarding geldig is, of hij bevoegd is tot kennisneming van het telastegelegde feit, of de officier van justitie ontvankelijk is en of er redenen zijn voor schorsing der vervolging. In art. 349 lid 1 Sv. wordt de rechter vervolgens verplicht om, indien het onderzoek op grond van art. 348 (oud) Sv daartoe aanleiding geeft, de nietigheid van de dagvaarding, de onbevoegdheid van de rechter, de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie of de schorsing van de vervolging uit te spreken. Dit is de procedurele beoordeling.

In art. 350-352 Sv. wordt de materiële beoordeling voorgeschreven. Als art. 349 lid 1 Sv. geen toepassing vindt, zal de rechter de vraag onderzoeken of bewezen is dat het feit door verdachte is begaan en welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de wet oplevert. Als het feit bewezen en strafbaar is, beraadslaagt de rechter over de strafbaarheid van de verdachte en de oplegging van de straf of maatregel (art. 350 laatste volzin Sv.). De art. 351 en 352 Sv. betreffen de uitspraken met betrekking tot de beoordeling van art. 350 Sv.: straf of maatregel, vrijspraak, of ontslag van rechtsvervolging.

In het strafprocesrecht zijn de beoordelingen netjes op een rijtje gezet in de wet. In het burgerlijk procesrecht moeten deze beoordelingen in het ongeschreven recht gevonden worden, met een wettelijke verankering in art. 48 (oud) Rv.

7 De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen

1 INLEIDING

Art. 48 (oud) Rv bepaalt dat de rechter verplicht is om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Deze bepaling omvat echter meer dan alleen een toedeling van een bevoegdheid aan de rechter. In de loop der decennia is art. 48 (oud) Rv gaan fungeren als de wettelijke verankering van het beginsel dat het recht behoort tot het terrein van de rechter (Ius curia novit) en de regels die hieruit voorvloeien. Art. 48 (oud) Rv is als het ware het wettelijke topje van de Ius curia novit-ijsberg.

In deze paragraaf wil ik naast de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen twee andere regels bespreken die in art. 48 (oud) Rv verankerd zijn. Dit zijn de regel dat de rechter ambtshalve het recht toepast[1] en de regel dat de rechter ambtshalve de juridische aspecten van de constructies van partijen beoordeelt.[2]

Deze drie regels verhouden zich als volgt tot elkaar. Het uitgangspunt is dat het recht ambtshalve door de rechter wordt toegepast (Ius curia novit). Hieruit volgen de twee meer praktische regels dat de rechter ambtshalve de juridische aspecten van de constructies van partijen beoordeelt en dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult dat wil zeggen de toepasselijke rechtsnormen aanvoert die partijen niet hebben aangevoerd:

De rechter past ambtshalve het recht toe

De rechter beoordeelt ambtshalve de juridische aspecten van de constructies van partijen	De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan

De regels dat de rechter ambtshalve het recht toepast en ambtshalve de juridische aspecten controleert, worden niet gelezen in art. 8:69 lid 2 Awb. In het bestuursprocesrecht bestaan zij als ongeschreven recht (zie hoofdstuk 13 § 3.1).

---

1 Mostermans 1996 p. 7; De Kanter 1928 p. 115; Rutten 1943 p. 101; Star Busmann 1955 p. 174, 176; Star Busmann/Rutten 1972 p. 168/169; Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Veegens 1989 p. 244; Stein & Rueb 2000 p. 16; Bosch-Boesjes 1991 p. 124; Burg. Rv. (Asser), art. 48, aant. 2; Scheltema 1940 p. 5.

2 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 10; Pels Rijcken 1983 p. 163; Scheltema 1940 p. 5.

Ik zal toch kort op deze regels ingaan, aangezien zij samen een systeem vormen met de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen en als zodanig inzicht geven in de betekenis van deze wel in het bestuursprocesrecht overgenomen regel.

De regel dat de rechter ambtshalve het recht toepast komt aan de orde in § 2. In § 3 wordt de regel behandeld dat de rechter ambtshalve de juridische constructies van partijen beoordeelt. De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen zal worden besproken in § 4. In § 5 zal worden ingegaan op de begrenzing van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen.

Wat de toepassing van het recht betreft, kunnen verschillende soorten rechtsnormen onderscheiden worden. In § 6 zullen de volgende typen behandeld worden: recht van openbare orde (§ 6.1), rechtsmiddelen (§ 6.2), regelend recht (§ 6.3), dwingend recht (§ 6.3), recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat (§ 6.4) en procesregels (§ 6.5).

2 De rechter past ambtshalve het recht toe

In het burgerlijk procesrecht is het toepassen van het recht voorbehouden aan de rechter. Hij is het, en niet de partijen, die bepaalt welke rechtsnormen in deze zaak toegepast moeten worden en hoe de rechtsnormen toegepast moeten worden.[3]

Het toepassen van recht gebeurt 'ambtshalve'. Dit houdt in dat de rechter het recht toepast onafhankelijk van de houding van partijen.[4] Dit betekent ten eerste dat de rechter het recht toepast ongeacht of partijen zich over de toepassing daarvan hebben uitgelaten.[5] Als de rechter van oordeel is dat aan de vereisten voor toepassing van een relevante rechtsnorm is voldaan, zal hij die rechtsnorm in principe toepassen. Dit ongeacht of partijen de toepassing van deze rechtsnorm hebben voorgesteld.[6]

De rechter heeft in dit kader ook geen vrije keuze. Het is zijn taak als rechter om het toepasselijke recht toe te passen. Hij kan er niet voor kiezen om toepasselijk recht te passeren.

Ten tweede betekent het feit dat de rechter het recht toepast onafhankelijk van de houding van partijen dat de rechter niet gebonden is aan (eventuele) rechtsbeschouwingen van partijen.[7] De rechter trekt zijn eigen conclusies wat het recht betreft. Hij moet op basis van eigen, onafhankelijk onderzoek bepalen

3 Vgl. Boneval Faure 1893 p. 112; Veegens/Wiersma 1973 p. 27; Jongbloed 1994 p.57.
4 Vgl. Vriesendorp 1980 p. 101; Pitlo/Hidma 1981 p. 12; Scheltema 1940 p. 5,6; Boneval Faure 1893 p. 112.
5 Vgl. Sta Busmann 1955 p. 169; Star Busmann/Rutten 1972 p. 176.
6 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 101/102.
7 Vgl. Mostermans 1996 p. 7; Veegens/Wiersma 1973 p. 28, 30; Pels Rijcken 1987 (I) p. 77; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; vgl. ook HR 6 feb. 1998, NJ 1998, 569 (A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. DWFV).

hoe het recht luidt en wat het recht in deze zaak voorschrijft, ongeacht of en wat partijen hier over aanvoeren. Als zijn oordeel afwijkt van de juridische stellingen van partijen, zal hij deze rechtsbeschouwingen passeren en het toepasselijke recht toepassen zoals hij oordeelt dat het toegepast moet worden.

De stellingen van partijen met betrekking tot het toepassen van recht hebben geen andere status dan die van een advies of voorlichting.[8] De rechter zal deze juridische adviezen zeker verwelkomen, maar hij is er niet aan gebonden of in enigerlei wijze door beperkt. In beginsel doet het dan ook niet ter zake wat partijen al dan niet omtrent het recht hebben gesteld.[9]

De erkenning 'van de waarheid van een of meer stellingen van de wederpartij' in art. 181 (oud) Rv betreft bijvoorbeeld slechts een erkenning van gestelde feiten en niet een 'erkenning' van de juistheid van de juridische waarderingen van de wederpartij. De rechter is dan ook niet aan een dergelijke erkentenis gebonden.[10]

Samenvattend betekent de rechtsnorm dat de rechter het recht ambtshalve toepast ten eerste dat de rechter de rechtsnormen zal toepassen die hij van toepassing acht, ook al zijn deze rechtsnormen niet door partijen aangevoerd. Ten tweede betekent deze rechtsnorm dat de rechter het recht op grond van zijn eigen oordeel toepast ook al wijkt hij daarbij af van de rechtsbeschouwingen van partijen.

3 De rechter beoordeelt ambtshalve de juridische aspecten van de constructies van partijen

Partijen zullen in hun stellingen niet alleen feiten aanvoeren, maar meestal ook ingaan op hoe het recht toegepast moet worden. Het zal duidelijk zijn dat de rechter niet beperkt is tot de aangevoerde rechtsnormen noch gebonden is aan de daarop gebaseerde uitwerkingen. In principe zou de rechter zelfs de juridische aspecten van de constructies van partijen kunnen passeren en volkomen zelfstandig kunnen bepalen wat het recht in deze zaak voorschrijft.

Dit is echter noch de opzet van het procesrecht noch de wijze van handelen in de praktijk. Art. 48 (oud) Rv spreekt bijvoorbeeld over het aanvullen van rechtsgronden. Dit impliceert een voortbouwen op hetgeen partijen aanvoeren. Het is verder in strijd met het motiveringsbeginsel om essentiële stellingen van partijen zonder nadere redengeving te passeren.[11] Dit zal mijns inziens ook gelden voor stellingen die betrekking hebben op het recht. Daarnaast is het van belang in het kader van de doorwerking van het recht dat de rechter

8 Vgl. Scheltema 1940 p. 8; Veegens/Wiersma 1973 p. 30.
9 Scheltema 1940 p. 5; Veegens/Wiersma 1973 p. 28.
10 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 7 nov. 1995, NJ 1996, 563.
11 Vgl. bijvoorbeeld HR 4 juni 1993, NJ 1993 (A-G Koopmans) r.o. 3.3; HR 1 juli 1977, NJ 1978, 73 (A-G ten Kate;m.nt. GJS) laatste overweging.

aangeeft of de door partijen aangevoerde juridische stellingen onjuist zijn, en waarom.

Het onderzoek door de rechter zal beginnen met het beoordelen van de constructies van partijen en vervolgens daarop verder bouwen. De juridische aspecten van deze constructies worden ambtshalve door de rechter beoordeeld. Dat wil zeggen ongeacht of en op welke wijze de constructie door de wederpartij wordt bestreden. Als een partij een fout heeft gemaakt in zijn rechtsbeschouwing zal de rechter deze passeren en de betreffende rechtsnormen correct toepassen.[12] Ook de door partijen aangevoerde rechtsnormen worden onafhankelijk van de houding van partijen toegepast.[13]

Het arrest Büchner/Wies[14] vormt een goede illustratie van de ambtshalve beoordeling van de constructies van partijen.[15] In het artikel 'Het vereiste van ingebrekestelling'[16] vat Valk de feitelijke situatie als volgt samen:

> 'Büchner huurt van 1976 tot 1991 van Wies een houten woning te Aalsmeerderbrug. In die periode brengt hij een groot aantal voorzieningen aan en plaatst hij een mobiel kantoor. Bij het einde van de huur ontstaat tussen partijen een hooglopend conflict. Büchner wil de door hem aangebrachte voorzieningen wegnemen en het mobiele kantoor verwijderen. Wies verhindert dat, onder meer met behulp van de politie. Daarop vordert Büchner voor de kantonrechter vergoeding van zijn schade, volgens Büchner bestaande uit de in het verleden door hem gemaakte verbouwingskosten en de waarde van het mobiele kantoor. Aan die vordering legt hij primair ten grondslag dat Wies hem heeft verhinderd weg te nemen hetgeen hij voor eigen rekening had aangebracht [art. 7A:1603 BW] en hem heeft verhinderd om de woning weer in oude toestand te brengen. Subsidiair grondt hij zijn vordering op een tekortschieten van Wies in zijn verplichtingen als verhuurder omdat deze onvoldoende onderhoud aan de woning heeft verricht [art. 7A:1587 BW]. De kantonrechter wijst de vordering van Büchner toe, omdat Wies haar onvoldoende heeft betwist.'

In appel beoordeelt de rechtbank het geschil in volle omvang. Zij overweegt dat zowel wat betreft de primaire grondslag als wat betreft de subsidiaire grondslag de vordering slechts toewijsbaar is indien Wies in verzuim is. Voor het intreden van verzuim is vereist dat Wies behoorlijk door Büchner in gebreke is gesteld.[17] De stellingen van Büchner bevatten niets over verzuim of ingebrekestelling van Wies. De constructie van Büchner vertoont dus een gebrek. Niettemin bouwt de rechtbank voort op de constructie van Büchner

12 Vgl. Scheltema 1940 p. 5; Pitlo/Hidma 1981 p. 9; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 10; L.D. Pels Rijcken p. 163; Veegens/Wiersma 1973 p. 28; Rutten 1943 p. 94/95.
13 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.
14 HR 20 sep. 1996, NJ 1996, 748 (A-G De Vries Lentsch-Kostense).
15 Een ander voorbeeld is HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB).
16 Valk 1996 p. 118-119.
17 Rechtbank overwegingen 5.4 en 5.7.

en past het recht correct toe: zij onderzoekt of uit de vaststaande feiten blijkt dat Wies behoorlijk in gebreke is gesteld. Nu dit niet blijkt, faalt de constructie van Büchner. De vordering kan blijkbaar niet op aan te vullen rechtsnormen worden toegewezen, zodat de vordering in appel wordt afgewezen.[18]

Bij het beoordelen van de juridische constructies van partijen gaat het bijvoorbeeld om de volgende aspecten. Om te beginnen valt hieronder het beoordelen van de geldigheid van de aangevoerde rechtsnormen (voorzover de door partijen aangevoerde feiten deze toetsing mogelijk maken). De rechter zal beoordelen of deze normen al in werking zijn getreden en of zij op grond van eventueel overgangsrecht gelden voor deze vordering.[19] Ook zal hij deze rechtsnormen toetsen aan het recht van een hogere rangorde, zoals verdragen en Europees recht.[20] Daarbij zal hij zo nodig het hogere recht of overgangsrecht aanvullen. Als de rechter oordeelt dat het aangevoerde recht ongeldig is, zal hij dit ambtshalve moeten uitspreken.

Verder beoordeelt de rechter of de aangevoerde rechtsnorm van toepassing is.[21] Wat dit betreft heeft de rechter het laatste woord. Als hij van mening is dat de rechtsnorm niet van toepassing is, zal hij deze niet meenemen bij zijn beoordeling.

Daarnaast beoordeelt de rechter de interpretatie die een partij in zijn constructie aan rechtsnormen geeft. Het is de rechter die de inhoud van de aangevoerde rechtsnormen vaststelt,[22] zodat als een partij in zijn constructie een interpretatie aanvoert die de rechter onjuist acht, hij deze zal passeren en de correcte interpretatie van de rechtsnorm zal toepassen.

Een belangrijk aspect van deze beoordeling is dat de rechter ambtshalve moet onderzoeken of de vaststaande feiten de conclusie rechtvaardigen die een partij in zijn constructie aan de toepassing van de rechtsnorm verbindt. Hij moet beoordelen of uit de feiten inderdaad blijkt dat aan de vereisten van de rechtsnorm is voldaan, zodat het beroep op het rechtsgevolg van deze rechtsnorm is gerechtvaardigd.[23] Als niet aan de vereisten is voldaan, treedt het rechtsgevolg niet in werking. Hetgeen de bedoeling van de constructie kan zijn.

---

18 Büchner gaat nog in cassatie en bestrijdt mede het rechtsoordeel van de rechtbank dat de vordering slechts toewijsbaar is indien Wies in verzuim is. De Hoge Raad oordeelt echter dat het oordeel van de rechtbank geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

19 Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 28 sep. 1988, NJ 1989, 342.

20 Uit de Van Schijndel zaak blijkt dat beoordeling aan Europees recht gebonden is aan de (beperkte) feitelijke grondslag. De rechter is niet verplicht ambthalve feitelijk onderzoek te verrichten in het kader van deze beoordeling. Een interessante vraag die buiten de reikwijdte van dit proefschrift valt is of dit ook geldt voor de andere genoemde aspecten van de beoordeling van de geldigheid van aangevoerde rechtsnormen.

21 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.

22 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 6.

23 Vgl. Burgerlijke Rechtsvordering (Asser) art. 48, aant. 6; vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 29; Valk 1996 p. 118.

Onder het ambtshalve beoordelen van de juridische constructies valt ook de beoordeling of hetgeen de partij vordert wel toewijsbaar is op grond van de aangevoerde rechtsnorm. Als de constructie op zich juridisch juist is, maar hetgeen de partij vordert niet valt onder het rechtsgevolg dat in de betreffende rechtsnorm wordt genoemd, wordt toewijzing van de vordering niet gerechtvaardigd door de betrokken rechtsnorm en zal de rechter de constructie verwerpen.

4 De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan

Art. 48 (oud) Rv verplicht de rechter om 'van ambtswege de regtsgronden [aan te vullen] welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd' oftewel, in meer moderne bewoordingen, de rechter is verplicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. De verplichting van art. 48 (oud) Rv ziet op rechtsnormen die van toepassing zijn in de te beoordelen zaak, maar die niet door partijen zijn aangevoerd. Op grond van dit artikel is de rechter verplicht om deze rechtsnormen ambtshalve bij te brengen en toch toe te passen.[24] Deze rechtsnormen worden verder op dezelfde ambtshalve wijze toegepast als de door partijen aangevoerde rechtsnormen. Het enkele verschil is dat zij door de rechter worden bijgebracht en niet door de partijen zijn aangevoerd.

Of een rechtsnorm toepasselijk is, blijkt uit de feiten die de rechter ter kennis zijn gekomen in het geding. Het gaat meestal om de situaties en gebeurtenissen die tot de vordering hebben geleid. De toepasselijkheid van een rechtsnorm kan echter ook volgen uit het feit dat een partij een bepaalde rechtsnorm ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering. De rechtsnorm die de rechter dan aanvult, 'hoort bij' de rechtsnorm(en) die de partij heeft aangevoerd. Zo hoort bijvoorbeeld art. 6:163 BW bij een beroep op de toepassing van art. 6:162 BW.

In deze paragraaf wil ik verder ingaan op een aantal aspecten en gevolgen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen.

4.1 Zowel ten gunste van eiser als verweerder

De rechter vult rechtsnormen aan zowel ten gunste van de eiser als ten gunste van de verweerder of beter gezegd het aanvullen van de rechtsgronden kan zowel ten gunste van de eiser als van de verweerder uitpakken. De plicht om de rechtsgronden aan te vullen is wat dat betreft neutraal. Als een rechtsnorm aangevuld moet worden, zal de rechter de rechtsnorm aanvullen ongeacht

24 Vgl. Pels Rijcken 1983 p. 163; Scheltema 1940 p. 5; Burg. Rv (Asser) art. 48, aant. 2.

ten gunste van welke partij dit aanvullen werkt. Dit uiteraard slechts voorzover het aanvullen mogelijk is.

4.2 De rechter is verplicht om aan te vullen

Het zal duidelijk zijn dat het bij de plicht om aan te vullen niet gaat om een discretionaire bevoegdheid. Als een rechtsnorm van toepassing is, en het aanvullen van de rechtsnorm niet wordt geblokkeerd door een van de grenzen, kan de rechter er niet voor kiezen om niet aan te vullen. De rechter is er verantwoordelijk voor dat de vordering op basis van al het toepasselijke recht wordt beoordeeld. Het feit dat een toepasselijke rechtsnorm niet is aangevoerd ontslaat de rechter niet van zijn plicht om de vordering te beoordelen op basis van al het toepasselijke recht. De rechter heeft in deze situatie geen andere keus dan deze rechtsnorm aan te vullen.

4.3 Samenlopende rechtsnormen

De situatie kan zich voordoen dat de vordering kan worden toegewezen op grond van door de eiser aangevoerde rechtsnormen, maar dat de vordering ook kan worden toegewezen op grond van andere niet aangevoerde rechtsnormen. De vraag is nu of de rechter deze andere rechtsnormen mag aanvullen en de vordering op grond hiervan mag toewijzen als hij meent dat deze rechtsnormen tot een betere of voordeligere oplossing leiden.

In Pitlo/Gerver wordt het volgende voorbeeld van samenloop tussen onrechtmatige daad en wanprestatie gegeven:[25]

> "[Er zijn omstandigheden, waaronder men de *beide acties* tot zijn beschikking heeft.] Men draagt iemand op breekbare waren te vervoeren. De vervoerder werpt deze in brooddronkenheid van de wagen, zodat zij in gruzelementen vallen. Enerzijds is de schade die men beloopt het gevolg van het sluiten van de vervoersovereenkomst en heeft men dus tegen de vervoerder een schadevergoedingsactie uit wanprestatie. Anderzijds is de handeling zozeer tegen de draad in, dat men niet meer kan zeggen, dat zij enkel een daad van onzorgvuldigheid in de volvoering van een contractuele verplichting is. Iedere voorbijganger had dezelfde vandalenstreek kunnen uithalen. De gedraging die wanprestatie oplevert is onrechtmatig, *ook los gezien van de contractuele relatie tussen partijen*. Daarom heeft men ook de actie uit onrechtmatige daad tot zijn beschikking. Er is *samenloop* van wanprestatie en onrechtmatige daad."

25 Pitlo/Gerver e.a., Het Systeem 1995 p. 329.

Stel dat de benadeelde schadevergoeding eist op grond van onrechtmatige daad en dat de vordering hierop toegewezen kan worden. De vraag in het kader van deze paragraaf is of de rechter de vordering ook mag toewijzen op grond van wanprestatie. Het antwoord op deze vraag is neen. Als de eiser een keuze heeft tussen meerdere rechtsnormen, moet de rechter de keus die de eiser maakt respecteren en de vordering toewijzen op grond van de aangevoerde rechtsnormen.[26] Ook al heeft de niet aangevoerde rechtsnorm voordelen, het is niet aan de rechter om deze keuze te maken. Dit is een uitzondering op de plicht om toepasselijke rechtsnormen die aangevuld kunnen worden ook aan te vullen. In het voorbeeld mag de rechter niet de rechtsnormen met betrekking tot wanprestatie aanvullen en zal de vordering worden toegewezen op grond van aangevoerde onrechtmatige daadsbepalingen.

Het kan zijn dat een partij geen keuze heeft gemaakt, bijvoorbeeld door geen rechtsnormen aan te voeren of door zijn vordering op beide rechtsnormen te baseren zonder een indeling te maken naar primaire en subsidiaire grondslagen. In dit geval zal de rechter moeten kiezen op welke grond hij de vordering primair zal beoordelen.[27] Hierbij zal hij zijn keuze moeten baseren op factoren zoals proceseconomie en efficiënte procesvoering,[28] maar ook op wat voor de betreffende partij het meest gunstig is.

4.4 Geen rechtsnormen aangevoerd

Een vordering mag niet worden afgewezen alleen omdat de eiser in het geheel geen rechtsnormen ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering. Het is in principe ook niet nodig dat partijen rechtsnormen aanvoeren. Juridische stellingen van partijen zijn in beginsel slechts voorlichting (zie § 2 en hoofdstuk 5). De rechter zal in dit geval moeten beoordelen of er rechtsnormen van toepassing zijn op grond waarvan de vordering kan worden toegewezen. Als het recht toewijzing van de vordering rechtvaardigt, zal de rechter de betreffende rechtsnormen ambtshalve aanvullen en de vordering toewijzen.[29] Als er geen rechtsnormen bestaan die toewijzing rechtvaardigen, zal de vordering worden afgewezen. Er zijn dan immers geen rechtsnormen die aangevuld kunnen worden.

Hetzelfde geldt voor verweren. Als de verweerder slechts feiten aanvoert en zijn verweren niet juridisch onderbouwt, is dit geen grond om de verweren af te wijzen. De rechter zal moeten beoordelen of op de aangevoerde feitelijke verweren rechtsnormen van toepassing zijn die tot gevolg hebben dat de vordering (gedeeltelijk) moet worden afgewezen.

---

26 Vriesendorp 1970 p.158 en 163; Vriesendorp 1981 p. 88.
27 Vriesendorp 1970 p. 163; Vriesendorp 1981 p.88/89.
28 Vriesendorp 1970 p. 163.
29 Scheltema p.5; Rutten p. 101; Veegens/Wiersma p. 28.

Het is echter niet verstandig om geen rechtsnormen aan te voeren, zoals blijkt uit HR 7 april 1938.[30] In verband met een aanrijding vordert de Haagsche Tramweg Maatschappij (HTM) schadevergoeding van de Bataafsche Import Maatschappij (BIM). Zij kan deze vordering zowel gronden op art. 1401 jo. 1403 (oud) BW als op art. 25 Motor- en Rijwielwet (MRW). Een belangrijk verschil tussen beide gronden is dat bij art. 1401 jo. 1403 (oud) BW schuld moet worden aangetoond, terwijl dit bij een vordering op art. 25 MRW niet nodig is. HTM voert echter geen rechtsnormen aan, maar voert feiten aan waarop beide acties gebaseerd kunnen worden. Hoewel HTM niet specifiek een beroep doet op een rechtsnorm, stelt zij wel dat de schuld van de chauffeur van BIM uit bepaalde gestelde feiten blijkt.

De rechtbank legt HTM bewijs op van de feiten waaruit de schuld zou blijken. Als het bewijs faalt, wijst de rechtbank de vordering af. In cassatie vernietigt de Hoge Raad dit vonnis omdat de vordering ook zonder bewijs van schuld op grond van art. 25 MRW toewijsbaar is. De rechtbank had zowel geen bewijs mogen opdragen met betrekking de schuld als de vordering niet mogen ontzeggen omdat het bewijs faalde. Het gebrek aan door eiser aangevoerde rechtsnormen lijkt de rechtbank in verwarring te hebben gebracht.

Dit arrest is ook een mooi voorbeeld van de samenloop van rechtsnormen. Als de HTM een keuze had gemaakt voor een bepaalde rechtsgrondslag, had de rechter deze moeten respecteren.[31] Nu dit niet het geval was had zij de kortste juridische weg moeten volgen en had zij de eiser niet mogen belasten met het bewijs van feiten die niet van belang waren voor de toewijzing van de vordering.[32]

4.5 Verder kijken dan de aangevoerde rechtsnormen

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen betekent dat de rechter verder moet kijken dan de door de partijen aangevoerde rechtsnormen. Dit brengt ten eerste mee dat de rechter moet onderzoeken of er naast de aangevoerde rechtsnormen nog verdere rechtsnormen zijn die van toepassing zijn op deze zaak. Als de rechter van oordeel is dat een toepasselijke rechtsnorm niet is aangevoerd, zal de rechter moeten nagaan of deze rechtsnorm aangevuld kan worden. Als de grenzen het aanvullen niet blokkeren, zal de rechter de betref-

30 HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt ; m.nt E.M.M.).

31 Ware het niet dat als de HTM voor art. 1401 jo. 1403 BW (oud) was gegaan, de rechtbank alsnog art. 25 MRW zou hebben moeten aanvullen omdat de rechtsgrondslag van art. 1401 jo. 1403 BW (oud) zou hebben gefaald omdat de feiten waaruit de schuld zou blijken niet waren komen vast te staan. In daadwerkelijke gang van zaken had de rechtbank de vordering ook niet mogen afwijzen, maar had zij art. 25 MRW moeten aanvullen en de vordering alsnog hebben moeten toewijzen.

32 Vgl. noot EMM;Vriesendorp 1970 p. 141.

fende rechtsnorm dienen aan te vullen. Hier vult de rechter rechtsnormen aan naast de door partijen aangevoerde rechtsnormen.

Daarnaast betekent deze plicht om verder te kijken dat de rechter bij het beoordelen van de vordering en het verweer niet beperkt is tot de door partijen aangevoerde rechtsnormen. Als de vordering of het verweer niet kan slagen op grond van de rechtsnormen die partijen daaraan ten grondslag hebben gelegd, moet de rechter onderzoeken of de vordering respectievelijk het verweer op andere, aan te vullen, rechtsnormen kan slagen En als dit zo is, zal hij deze rechtsnormen moeten aanvullen en de vordering alsnog moeten toewijzen respectievelijk afwijzen.[33]

De rechter mag de vordering dus niet afwijzen op de enkele grond dat de vordering niet op grond van de aangevoerde rechtsnormen toegewezen kan worden.[34] Hetzelfde geldt voor het verweer. Slechts als de vordering respectievelijk het verweer ook niet op grond van andere rechtsnormen slagen, kan de rechter de vordering afwijzen respectievelijk het verweer laten falen.

Dit betekent dat partijen niet afhankelijk zijn van de door hen aangevoerde rechtsnormen. Als de rechter van oordeel is dat de vordering moet worden toegewezen, zal hij die toewijzen ook al is het (mede) op grond van andere rechtsnormen dan de eiser ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering.[35] Voor de verweerder geldt hetzelfde: als de rechter van oordeel is dat de vordering moet worden afgewezen, maar (mede) op andere rechtsnormen dan door de verweerder zijn aangevoerd, zal de rechter de ontbrekende rechtsnormen moeten aanvullen en de vordering dienen af te wijzen (mede) op deze aangevulde rechtsnormen.[36]

Vaak echter is de mogelijkheid om de rechtsgronden aan te vullen geblokkeerd, zodat de rechter de toepasselijke rechtsnormen toch niet kan aanvullen (zie § 5).[37] Een volledig vrije toepassing van al het toepasselijke recht zou mogelijk tot een ander resultaat hebben geleid dan nu door de rechter wordt uitgesproken.

---

33 De Pinto 1857 p. 131 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132/133); Scheltema 1940 p.6; Vranken 1995 p. 26; vgl. Stein & Rueb 2000 p. 16/17; E.M.M. in zijn noot onder HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt; m.nt. EMM); Bosch-Boesjes 1991 p. 130; Scheltema p. 5.

34 Burg. Rv (Asser) art. 48, aant. 2.

35 Vgl. Oudeman 1846 p. 92/93 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132); De Pinto 1857 p. 131 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132/133); EMM in zijn noot onder HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt; m.nt. EMM); Scheltema 1940 p. 5; Rutten 1943 p.94/95; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332/333; Stein & Rueb 2000 p. 16.

36 Vgl. Van Rossem-Cleveringa 1972 p. 332/333; Scheltema 1940 p. 5; EMM in zijn noot HR 7 apr. 1938, NJ 1938, 1071 (concl. A-G Wijnveldt; m.nt. EMM); Bosch-Boesjes 1991 p. 130; Rutten 1943 p. 94/95; Vranken 1995 p.26/27; Oudeman 1846 p. 92/93 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132); De Pinto 1857 p. 131 (aangehaald in Vriesendorp 1970 p. 132/133).

37 Vgl. Vranken 1995 p. 28.

5 DE BEGRENZING VAN DE PLICHT OM DE RECHTSGRONDEN AAN TE VULLEN

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen is niet onbegrensd. De begrenzingen gaan zelfs zo ver dat in de gevallen dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen uitkomst zou kunnen bieden, de begrenzingen hieraan veelal in de weg staan.[38] Dit wil niet zeggen dat veel uitspraken anders zouden hebben geluid als de begrenzingen van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen niet bestonden. Meestal is er geen noodzaak om de rechtsgronden aan te vullen. De rechtsbijstand schat de juridische situatie meestal correct in, zodat de toepasselijke rechtsnormen al zijn aangevoerd. In deze paragraaf zullen de volgende begrenzingen aan de orde komen:

1 de begrenzing door de feiten (§ 5.1);
2 de begrenzing door de grenzen van de rechtsstrijd zoals gevormd door het gevorderde (§ 5.2);
3 de begrenzing doordat een partij de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer heeft beperkt (§ 5.3);
4 de begrenzing doordat de rechter alleen rechtsnormen zou mogen aanvullen die van dwingend recht en van openbare orde zijn (§ 5.4);
5 de begrenzing op grond van het beginsel van hoor en wederhoor (§ 5.5);
6 de begrenzing doordat het aanvullen van de rechtsgronden tot een verrassingsuitspraak zou leiden (§ 5.6); en
7 processuele grenzen (§ 5.7).

5.1 De begrenzing door de feiten

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen wordt ten eerste begrensd door de feiten. De feiten beperken op twee wijzen de mogelijkheid om de rechtsgronden aan te vullen. Ten eerste doordat de rechter een rechtsnorm niet mag aanvullen als de daarvoor benodigde feiten niet zijn komen vast te staan. Ten tweede mag de rechter een rechtsnorm niet aanvullen als hij daardoor mede een feitelijke grond zou aanvullen.

5.1.1 De benodigde feiten

De rechter zal een rechtsnorm alleen kunnen aanvullen als de feiten die nodig zijn voor het toepassen van die rechtsnorm zijn komen vast te staan.[39] De rechter kan rechtsnormen slechts toepassen als uit de vaststaande feiten blijkt

38 Vgl. Vranken 1995 p. 28.
39 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 49, 50, 54; Vriesendorp 1981 p. 21, 22; Pels-Rijcken 1987 (II) p. 180; Pels Rijcken 1983 p. 163; Vranken 1995 p. 27; Bosch-Boesjes p. 130; Burgerlijke Rechtsvordering (Asser) nr. 2, 8/p. I-76a, I-80a; Ras 1992 p. 52; Veegens/Wiersma 1973 p.29.

dat aan alle vereisten van de rechtsnorm is voldaan. Dit geldt zowel voor door partijen aangevoerde rechtsnormen als aangevulde rechtsnormen. Als de benodigde feiten niet zijn komen vast te staan, kan de rechtsnorm niet worden toegepast en kan deze niet worden aangevuld.

De rechter zal een vordering dus alleen kunnen toewijzen of een verweer kunnen honoreren op aangevulde rechtsnormen als de vaststaande feiten het toewijzen van de eis of honoreren van het verweer op deze aan te vullen rechtsnorm rechtvaardigen.[40] Vaak zal de feitelijke grondslag zijn afgestemd op de door partijen aangevoerde rechtsnormen, zodat de feitelijke grondslag gebrekkig is voor de aan te vullen rechtsnormen. Het gevolg is dat de rechtsnorm niet aangevuld kan worden. Door een te enge feitelijke grondslag is de weg voor het aanvullen van een alternatieve rechtsgrondslag afgesneden en moet de vordering worden afgewezen respectievelijk het verweer worden verworpen.

De stelling dat een rechtsnorm niet kan worden aangevuld als de voor de toepassing daarvan benodigde feiten niet vaststaan, is niet geheel juist. Als niet aan de vereisten van de rechtsnorm is voldaan, betekent dit slechts dat het rechtsgevolg van die rechtsnorm niet in werking treedt. Dit wil echter niet zeggen dat die rechtsnorm niet kan worden toegepast of dat deze, als het gaat om niet door partijen aangevoerde rechtsnormen, niet kan worden aangevuld. Als illustratie hiervan kan het eerder behandelde arrest Büchner/Wies[41] dienen. Hierin oordeelde de rechtbank dat voor toewijzing van de vordering vereist is dat de schuldenaar (Wies) in verzuim was en vulde zij de bepalingen aan die de kwestie van verzuim regelen (art. 6:82 en 83 BW). Zij stelde vast dat voor verzuim een ingebrekestelling nodig was. Aangezien die niet (behoorlijk) had plaatsgevonden, was verzuim niet ingetreden en moest de vordering worden afgewezen. Hier is niet aan de vereisten van deze bepalingen voldaan en ook het rechtsgevolg van deze rechtsnormen is niet in werking getreden. Toch is er bij deze gang van zaken sprake van een toepassen van art. 6:82 en 83 BW. De toepassing van deze artikelen had zeker ook rechtsgevolg. Al is dat het rechtsgevolg dat het in de rechtsnorm genoemde rechtsgevolg niet is ingetreden.

Een dergelijke vorm van toepassen lijkt mij met name mogelijk bij rechtsnormen die invulling geven aan juridische begrippen, zoals bijvoorbeeld art. 6:95 ev. BW (welke schade komt in aanmerking voor vergoeding als er een wettelijke plicht bestaat voor schadevergoeding?) en art. 6:261 BW (wanneer is er sprake van een wederkerige overeenkomst?). Op basis van deze rechtsnormen wordt bepaald of de schade in aanmerking komt voor schadevergoeding respectievelijk of er sprake is van een wederkerige overeenkomst. Als deze vragen zich voordoen, zullen deze rechtsnormen worden toegepast.

40 Vgl. Vranken 1995 p. 27; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 8; Vriesendorp 1980 p. 50/51, 49.
41 HR 20 sept. 1996, NJ 1996, 748 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense).

Als bijvoorbeeld aan de vereisten van art. 6:261 BW wordt voldaan, leidt de toepassing van deze rechtsnorm tot het rechtsgevolg dat de verhouding in kwestie gekwalificeerd wordt als een wederkerige overeenkomst. Als niet aan de vereisten van art. 6:261 BW wordt voldaan, leidt de toepassing van deze rechtsnorm tot het rechtsgevolg dat de verhouding in kwestie *niet* gekwalificeerd kan worden als een wederkerige overeenkomst. In beide gevallen wordt art. 6:261 BW toegepast.

Wat betekent bovenstaande nu voor de feiten als grens voor het aanvullen van rechtsnormen? De omstandigheid dat niet aan de vereisten van de rechtsnormen is voldaan, staat niet in de weg van het aanvullen en alsnog toepassen van deze rechtsnormen. Uit het feit dat bijvoorbeeld verzuim nodig is, blijkt dat deze bepalingen van toepassing zijn. Dit is voldoende om deze rechtsnormen aan te vullen. Dat niet aan de vereisten van deze rechtsnormen is voldaan, betekent slechts dat het rechtsgevolg van deze rechtsnormen niet in werking treedt. Hetgeen op zich een rechtsgevolg is.

5.1.2 De feitelijke gronden

De tweede wijze waarop de feiten een aanvullen van rechtsnormen kunnen blokkeren is als de rechter met het aanvullen van de rechtsnorm ook een feitelijke grond zou aanvullen. Feitelijke gronden zijn de feitelijke argumenten die door partijen ten grondslag worden gelegd aan hun vordering respectievelijk verweer. De rechter is wat betreft de beoordeling van de vordering en het verweer beperkt tot de door partijen aangevoerde feitelijke gronden (zie verder hoofdstuk 8 § 2.2).

Zo kon de rechter in HR 20 feb 1998[42] door de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden van de eis art. 28 lid 3 Invorderingswet niet aanvullen. De eiser had een bedrag gevorderd terzake van renteverlies en kosten van bijstand op de feitelijke grond dat de Staat onrechtmatig jegens hem had gehandeld door voorlopige aanslagen niet te vernietigen en de op die aanslagen betaalde bedragen niet terug te betalen op een tijdstip waarop het voor een ieder kenbaar was dat zij vernietigd moesten worden. Nu de betaling van dit bedrag niet was gebaseerd op de feitelijke grond dat eiser aanspraak kon maken op vergoeding van invorderingsrente, zou de rechter met het aanvullen van de rechtsgronden (art. 38 lid 3 Invorderingswet) ook deze feitelijke grond hebben aangevuld.[43]

42 HR 20 feb. 1998, NJ 1998, 526 (concl. A-G Spier; m.nt. ARB).
43 Vgl. ro. 5.1.

5.2 De grenzen van de rechtsstrijd zoals bepaald door het gevorderde

De rechter mag niet meer of anders toewijzen dan is gevorderd.[44] Dit betekent dat als de rechter op zich een rechtsnorm zou kunnen aanvullen, maar daarmee iets anders zou moeten toewijzen dan is gevorderd, hij deze rechtsnorm niet mag aanvullen. Een voorbeeld van een zaak waarin deze grens speelde, is HR 27 okt. 1995.[45]

5.3 Een partij heeft de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer beperkt

Het staat partijen vrij om de rechtsgrondslag van hun vordering of verweer te beperken tot de door hen aangevoerde rechtsgrondslag.[46] De achtergrond hiervan is dat partijen niet gedwongen kunnen worden om gebruik te maken van hun rechten. Als een partij duidelijk stelt de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer te willen beperken, zal de rechter dat moeten respecteren.

5.3.1 Geen alternatieve rechtsgrondslag aanvullen

Het gevolg hiervan is dat de rechter geen alternatieve rechtsgrondslag zal kunnen aanvullen als de aangevoerde rechtsgrondslag faalt. In dit geval zal de vordering moeten worden afgewezen als de aangevoerde rechtsnormen op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering niet rechtvaardigen. Hetzelfde geldt voor het verweer.

Een voorbeeld van deze beperking is te vinden in HR 28 feb. 1992.[47] De rechtbank had in eerste instantie vastgesteld dat het ingediende verzoek het verkrijgen van een voorziening betrof als bedoeld in art. 825b (oud) Rv.[48] Nu een dergelijke voorziening niet eerder kan aanvangen dan met de datum van de dagvaarding, 14 november, en het verzoek verzocht om een onderhoudsbijdrage met ingang van 16 augustus, had de rechtbank het verzoek voor de periode 16 aug-14 nov. afgewezen. In appel oordeelt het hof dat voorzover het verzoek betrekking heeft op de periode voor 14 nov. daarin besloten ligt

44 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 103; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8; Princen 1990 p. 57; Ernes 1997 p. 6; Stein & Rueb 2000 p. 16/17; Snijders & Wendels 1999 p. 198; Star Busmann 1955 p. 226; Star Busmann/Rutten 1972 p. 219; Wesseling-van Gent 1987 p. 93.

45 HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB).

46 Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Veegens/Wiersma 1973 p. 28; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 8; Rb. Breda 1 mei 1990, NJ 1990, 740; HR 1 feb. 1991, NJ 1991, 598 (concl. A-G Hartkamp) r.o. 3.4; HR 15 apr. 1983, NJ 1983, 698 (concl. A-G Franx; m.nt. JCS); noot DJV onder HR 27 jan. 1956, NJ 1956, 193 (concl. A-G Langemeijer, m.nt. DJV).

47 HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. Asser).

48 overweging 1.2 conclusie.

een verzoek op grond van art. 1:81 BW. Zij vult deze alternatieve rechtsgrondslag aan en wijst het verzoek ook voor deze periode toe.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof ten onrechte art. 1:81 BW heeft aangevuld. De rechtbank had immers vastgesteld dat het verzoek uitsluitend was gebaseerd op art. 825b (oud) Rv en deze vaststelling was niet bestreden. Nu de eiser geacht moest worden haar rechtsgrondslag te hebben beperkt, had het hof niet meer de vrijheid om art. 1:81 BW als alternatieve rechtsgrondslag aan te vullen.[49] Voorzover de vordering niet toewijsbaar was op grond van art. 825b (oud) Rv moest zij dus worden afgewezen.

5.3.2 Aanvullen ondanks de beperking van de rechtsgrondslag

Het feit dat een partij zijn rechtsgrondslag heeft beperkt, wil niet zeggen dat het aanvullen van rechtsnormen onmogelijk is. Ten eerste kunnen partijen rechtsnormen die van openbare orde zijn niet uitsluiten. De rechter zal deze aanvullen ook al hebben partijen hun rechtsgrondslag beperkt.[50] De beperking van de rechtsgrondslag werkt dus alleen voorzover de rechtsnormen die worden uitgesloten rechtsnormen zijn die ter vrije beschikking van partijen staan.

Daarnaast betekent het feit dat een partij zijn rechtsgrondslag heeft beperkt slechts dat de rechter geen alternatieve rechtsgrondslagen kan aanvullen. De rechter kan nog wel rechtsnormen aanvullen die behoren tot de gekozen rechtsgrondslag. De rechter zal immers nog steeds moeten beoordelen of het recht toewijzing van de vordering op grond van de door de eiser aangevoerde rechtsgrondslag wel rechtvaardigt. Het is mogelijk dat de rechter bij deze beoordeling rechtsnormen moet aanvullen.

Het al vaker genoemde arrest Büchner/Wies[51] kan ook hier dienen als illustratie. In dit arrest oordeelde de rechter dat om de vordering toe te wijzen de verweerder (Wies) in verzuim moest zijn. Om te bepalen of er sprake is van verzuim vulde de rechter art. 6:82 en 83 BW aan. Ook als de eiser (Büchner) de rechtsgrondslag van zijn eis had beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag, zou de rechter deze rechtsnormen hebben moeten aanvullen. Art. 6:82 en 83 BW behoren tot elke rechtsgrondslag die verzuim als vereiste stelt en dienen bij het bepalen van verzuim zo nodig door de rechter te worden aangevuld.

---

49 Ro. 3.2.

50 Vriesendorp 1970 p. 170; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9.

51 HR 20 sept. 1996, NJ 1996, 748 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense).

5.3.3 *Eisen aan de beperking*

Een belangrijke vraag is onder welke omstandigheden een partij geacht moet worden zich te hebben beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag. In de literatuur en jurisprudentie is weinig informatie te vinden over waar deze grens ligt. Gezien echter het belang van een partij dat de rechtsgronden worden aangevuld als de aangevoerde rechtsgrondslag faalt, zal mijns inziens niet te snel mogen worden aangenomen dat een partij zich beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag. Verder zullen partijen meestal meer geïnteresseerd zijn in het winnen van het proces dan in de rechtsgronden waarop de uitspraak wordt gebaseerd.

Uit het feit dat een partij zich op bepaalde rechtsnormen heeft gebaseerd of een bepaalde rechtsbeschouwing aanhangt, mag niet worden afgeleid dat die partij afstand heeft gedaan van een beoordeling op grond van een andere rechtsgrondslag.[52] Zelfs als een partij hardnekkig blijft volhouden dat een bepaalde rechtsgrondslag van toepassing is, en ook al is geconfronteerd met de mogelijkheid dat de vordering daarop niet toegewezen kan worden, betekent dit nog niet dat hij zich beperkt tot de aangevoerde rechtsgrondslag.[53] Een beperking van de rechtsgrondslag mag dan ook niet te licht worden aangenomen.[54]

De rechtsgrondslag is echter zeker beperkt als de rechter dit in eerste instantie heeft vastgesteld en deze vaststelling niet in appel is bestreden. De appelrechter is aan een dergelijke onbestreden vaststelling gebonden.[55] Het is dan ook aan te raden om een dergelijke vaststelling in appel te bestrijden om de weg voor het aanvullen van de rechtsgronden in appel vrij te houden.

5.4 Slechts dwingend recht van openbare orde mag worden aangevuld?

In haar proefschrift 'Lijdelijkheid in geding' stelt Bosch-Boesjes dat "[d]e verplichting ex art. 48 [(oud)] Rv voor de rechter is beperkt tot voorschriften die van dwingend recht en openbare orde zijn".[56] Dit is mijns inziens onjuist. Ook regelend recht en dwingend recht dat niet van openbare orde is komt voor aanvulling in aanmerking. Er zijn geen gronden te vinden in de literatuur

52 Vriesendorp 1970 p. 149; Vriesendorp 1981 p. 83.
53 V. Dulmen/Bethel (HR 1 feb. 1991, NJ 1991, 598 (concl. Hartkamp)).
54 Anders Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41.
55 HR 1 feb. 1991, NJ 1991, 598 (concl. Hartkamp) r.o. 3.4; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. Asser) r.o. 3.2; HR 24 apr. 1981, NJ 1981, 494 (concl. Ten Kate; m.nt. WHH) tweede Overweging punt 1.
56 Bosch-Boesjes 1991 p. 130.

of jurisprudentie dat de werking van art. 48 (oud) Rv beperkt zou zijn tot dwingend recht van openbare orde. Integendeel zelfs.[57]

5.5 Het beginsel van hoor en wederhoor als begrenzing van het aanvullen van de rechtsgronden

Een van de regels die gebaseerd is op het beginsel van hoor en wederhoor is dat de rechter geen beslissing mag nemen zonder dat partijen eerst in de gelegenheid zijn gesteld om hun standpunt over die beslissing uiteen te zetten. Dit brengt mee dat partijen de gelegenheid moeten krijgen om zich uit te laten over de toe te passen rechtsnormen voordat de rechter deze toepast. Op zich hebben partijen ruim de gelegenheid hiertoe gehad gedurende de normale loop van de procedure. De vraag waar het in deze paragraaf om gaat is of de rechter verplicht is om partijen de gelegenheid te geven hun standpunten uiteen te zetten specifiek voor het toepassen van een aan te vullen rechtsnorm.

Er bestaan argumenten zowel voor een positief als voor een negatief antwoord op deze vraag. Enerzijds weten partijen dat de rechter verplicht is om de rechtsgronden aan te vullen en moeten zij hiermee rekening houden.[58] In deze zin hebben partijen al alle gelegenheid gehad. Verder leidt het horen van partijen tot vertraging van de procedure.

Anderzijds kan het zo zijn dat de reden dat partijen bepaalde rechtsnormen niet hebben aangevoerd in hun stellingen, is dat zij deze rechtsnormen over het hoofd hebben gezien of niet van toepassing achten. In dit geval hebben partijen feitelijk nog niet de gelegenheid gehad om hun standpunt omtrent de aan te vullen rechtsnorm uiteen te zetten. Daarbij heeft het horen van partijen het voordeel dat zij hun stellingen nu al kunnen aanpassen aan de aan te vullen rechtsnormen en zo appel op dit punt kan worden voorkomen.

Een verplichting om te horen werd niet aangenomen voor het oude procesrecht,[59] maar door veel schrijvers werd en wordt er wel voor gepleit dat de rechter een dergelijke verplichting zou moeten hebben of dat het in ieder geval

---

57 Dat ook regelend recht moet worden aangevuld, blijkt uit de volgende literatuurverwijzingen: Snijders & Wendels 1999 p. 192; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Mostermans 1996 p. 13; Vriesendorp 1970 p. 170; Vriesendorp 1980 p. 57.
Uit de volgende literatuurverwijzingen blijkt dat de verplichting om rechtsgronden aan te vullen niet beperkt is tot rechtsnormen van openbare orde: Star Bussmann/Rutten 1972 p. 173; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 9; Vranken 1995 p. 34; Scheltema 1940 p. 6; Pels Rijcken 1983 p. 164/165; Snijders, Ynzonides en Meijers 1997 p. 220; Vriesendorp 1970 p. 206; Vriesendorp 1981 p. 59.
Voor de omschrijving van recht van openbrare orde en dwingend recht verwijs ik naar § 6.1 en § 6.3.

58 Vgl. Tjong Tjin Tai 2000 p. 259; Snijders & Wendels 1999 p. 191.

59 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 16.

verstandig is om partijen te horen.[60] Het gaat mijns inziens echter te ver om voor elke vorm van aanvullen van de rechtsgronden de plicht in te voeren om vooraf te horen. Om nu een splitsing te maken tussen aanvullingen waarbij wel en waarbij niet vooraf nog moeten worden gehoord kan het concept 'verrassingsbeslissing' dienen. Dit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

Het beginsel van hoor en wederhoor begrenst het aanvullen van de rechtsgronden overigens niet in die zin dat de rechter een rechtsgrond niet meer mag aanvullen als dit in strijd zou komen met dit beginsel. De rechter zou hoogstens verplicht zijn om partijen alsnog te horen voordat hij overgaat tot het toepassen van de aan te vullen rechtsnorm.

Een vraag die weinig wordt gesteld is of de rechter ook verplicht is om partijen te horen als duidelijk is dat de rechtsnorm niet kan worden aangevuld doordat bijvoorbeeld de benodigde feiten of de juiste feitelijke gronden niet zijn aangevoerd. Mag de rechter deze rechtsnorm dan passeren of brengt het beginsel van hoor en wederhoor mee dat hij dit eerst aan partijen dient voor te leggen en hen de gelegenheid moet geven om hun standpunten aan te passen? Op dit moment wordt een dergelijke verplichting niet aangenomen of zelfs overwogen.[61]

5.6 Verrassingsbeslissingen

Soms wordt de klacht aangevoerd dat de rechter door de rechtsgronden aan te vullen een verrassingsbeslissing heeft genomen. Omdat deze beslissing voor partijen als een verrassing kwam, had de rechter deze niet mogen nemen, althans niet zonder partijen eerst in de gelegenheid te stellen zich over het aanvullen uit te laten.[62]

De kwestie van verrassingsbeslissingen gaat verder dan alleen het aanvullen van de rechtsgronden. Het is in principe voor elke beslissing mogelijk dat deze onder omstandigheden als een verrassingsbeslissing moet worden beschouwd, inclusief bijvoorbeeld beslissingen omtrent interpretatie van feiten of rechtsnormen, bewijslastverdeling en waardering van bewijs. Om een duidelijk beeld te krijgen van de regels omtrent verrassingsbeslissingen, zal ik eerst in het algemeen ingaan op de verrassingsbeslissingen. Vervolgens worden de gevolgen van dit leerstuk voor het aanvullen van de rechtsgronden besproken.

---

60 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 16; Vranken 1995 p. 39; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 4; Pels Rijcken 1983 p.175; Ras 1992 p. 73; Vriesendorp 1979 p. 163; Vriesendorp 1981 p. 115; Stein & Rueb 2000 p. 17.

61 Ook onder het herziene procesrecht wordt een dergelijke plicht niet aangenomen.

62 Zoals bijvoorbeeld in HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (A-G Strikwerda;m.nt. ThMdB) en HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser).

5.6.1 Verrassingsbeslissingen in het algemeen

De regels omtrent verrassingsbeslissingen zijn nog weinig ontwikkeld. De Hoge Raad heeft zich nog maar weinig direct uitgelaten over de processuele gevolgen van een zogenaamde 'verrassingsbeslissing'. De klacht in cassatie dat een rechter een verrassingsbeslissing heeft genomen, lost zich dikwijls op in het oordeel van de Hoge Raad dat de beslissing, gezien de omstandigheden van het geval, niet verrassend is.[63] Vaak ook komt de Hoge Raad niet toe aan het verrassende aspect van een beslissing omdat de bestreden beslissing al sneuvelt op grond van een andere klacht.[64]

Gebaseerd op de bestaande jurisprudentie en literatuur zal ik de volgende drie vragen behandelen:

1 wanneer is er sprake van een verrassingsbeslissing?
2 wat is precies het knelpunt bij verrassingsbeslissingen en wat wordt van de rechter verwacht? en
3 is de rechter daadwerkelijk verplicht te horen voor het nemen van verrassingsbeslissingen?

Wanneer is er sprake van een verrassingsbeslissing?
Er is sprake van een verrassingsbeslissing als de rechter in de beslissing een wending maakt waarop partijen niet bedacht hoefden te zijn.[65] Ook uit de cassatiemiddelen blijkt dat het niet hebben hoeven verwachten van de wending het kenmerkende element van een verrassingsbeslissing is.[66] Het is niet voldoende dat er sprake is van een 'van partijen afwijkend inzicht'. Afwijkend

63 Zoals bijvoorbeeld HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19, r.o. 3.2 (concl. A-G Vranken), HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 r.o. 3.5 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB) en HR 7 apr. 1995, NJ 1995, 681 r.o. 3.5.1 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS).

64 Zoals bijvoorbeeld HR 17 okt. 1995, NJ 1998, 191 r.o. 3.4, 3.5 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB) (de (mogelijk verrassende) uitleg van een verdelingsakte was niet begrijpelijk en de beslissing sneuvelde al op die grond), HR 1 okt. 1993, NJ 1994,62 r.o. 3.4 (concl. Strikwerda) (de beslissing werd al op grond van het grievenstelsel vernietigd), HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 r.o. 3.2, 3.3 (concl. A-G Asser) (er was geen ruimte voor het aanvullen van de rechtsnorm) en HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 r.o. 3.4 en 3.5 (concl. A-G Asser) (het Hof was afgeweken van de vaststaande feiten).

65 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 14, 191; Tjong Tjin Tai 2000 p. 260, 262; HR 7 april 1995, NJ 1995, 681 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS) r.o. 3.5.1, conclusie overw. 9; HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 675 (concl. A-G Bakels; m.nt. JBMV) concl. overw. 2.13; HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 269 (concl. A-G Langemeijer) concl. overw. 2.12.

66 HR 7 april 1995, NJ 1995, 681 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS) cassatie-middel onderdeel 2.2.2; ; HR 29 jan 1993, NJ 1993, 219 (concl. A-G Mok) cassatiemiddel onderdeel 2; HR 3 jan 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) cassatiemiddel onderdeel 3.3; HR 1 okt. 1993, NJ 1994, 62 (concl. A-G Strikwerda) cassatiemiddel onderdeel 2c; HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB) cassatiemiddel onderdeel II; HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense) cassatiemiddel onderdeel III.

wil immers niet zeggen verrassend. Er zou slechts dan sprake zijn van een verrassingsbeslissing als het inzicht zo onverwacht is dat partijen geen rekening hebben hoeven houden met dit inzicht.[67]

Dit is een vrij strenge eis. Van partijen en hun rechtsbijstand wordt dan ook een behoorlijke mate van oplettendheid verwacht.[68] Als een wending in een beslissing in enige mate in de lijn der verwachtingen ligt, wordt van partijen verwacht dat zij hiermee rekening houden. Er is in dat geval geen sprake van een verrassingsbeslissing. Ook het feit dat een partij in feite verrast is, is niet van groot belang. Het gaat er immers niet zozeer om of een partij verrast is, maar of zij verrast mocht zijn.

Wat is precies het probleem bij verrassingsbeslissingen en wat wordt van de rechter verwacht?

Het gaat er bij verrassingsbeslissingen om dat doordat de rechter een wending maakt die partijen niet hebben hoeven te verwachten, zij zich niet over deze wending hebben kunnen uitlaten. Partijen hebben deze wending niet verwacht en hebben hun stellingen hier dus niet op gericht.[69] De klacht in de cassatiemiddelen is dan ook niet zozeer dat er sprake is van een verrassingsbeslissing, maar dat de rechter de partijen niet de gelegenheid heeft geboden om hun stellingen aan de wending aan te passen voordat hij de verrassende wending in een uitspraak vastlegt.[70] Het ontoelaatbare zit niet in het feit dat de rechter door zijn beslissing een onverwachte wending aan de procedure heeft gegeven, maar in het feit dat de verrassingsbeslissing is genomen zonder partijen eerst de gelegenheid te bieden om hun stellingen daaraan aan te passen.[71]

---

67 Vgl. HR 3 jan 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS); HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19 (concl. A-G Vranken).

68 Vgl. Tjong Tjin Tai 2000 p. 262.

69 Vgl. H.E. Ras, 'Boekaankondigingen. J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding, Leids proefschrift, Tjeenk Willink, Zwolle, 1970 (258 blz.).', *NJB* 1971-4, p. 100-101 p. 101; Tjong Tjin Tai 2000 p. 259; concl. Koopmans overw.9 bij HR 7 apr. 1995, NJ 1995, 681 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS); concl. Bakels overw. 2.13 bij HR 4 dec. 1999, 675 (A-G Bakels; m.nt. JBMV); concl. Langemeijer overw. 2.12 bij HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 269 (concl. A-G Langemeijer).

70 Incidenteel middel (onderdeel 3c) in HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 (A-G Hartkamp); cassatiemiddel (onderdeel 3.4) in HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19 (A-G Vranken); cassatiemiddel onderdeel 2 in HR 29 jan 1993, NJ 1993, 219 (concl. A-G Mok); cassatiemiddel onderdeel 3.2 in HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser); cassatiemiddel onderdeel 2.2 in HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 (concl. A-G Asser); cassatiemiddel onderdeel II in HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense); cassatiemiddel onderdeel 6 in HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB); cassatiemiddel onderdeel II in HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (concl A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB).

71 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV)) overw. 3 van de noot ; HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp) overw. 10 van de conclusie; HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB) overw. 11 van de conclusie; HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) r.o. 3.6; HR 15 sept. 1995, NJ 1996, 20 (concl. A-G Hartkamp) overw. 6 van de conclusie; HR 28

In HR 3 jan. 1997[72] had de rechter een eigen uitleg gegeven aan een arbitraal vonnis onafhankelijk van de standpunten van partijen. Hiertoe is hij op zich bevoegd aangezien partijen het niet eens waren over de uitleg van dit vonnis (r.o. 3.6 en zie hoofdstuk 8 § 4.3). Het feit dat deze uitleg voor partijen als verrassingsbeslissing gekwalificeerd kan worden, mag de rechter er niet van weerhouden om zich te baseren op deze eigen (onverwachte) uitleg. Hij zal partijen echter wel eerst de gelegenheid moeten geven om zich uit te laten over deze uitleg voordat hij uitspraak doet. In casu oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake was van een verrassingsbeslissing, omdat partijen wel in de gelegenheid waren geweest om hun stellingen aan te passen aan de uitleg.

De rechtsgrond voor deze verplichting wordt gezocht in verschillende 'beginselen'. Meestal wordt deze plicht gegrond op de eisen van een goede procesorde.[73] Andere aangevoerde gronden zijn het beginsel van hoor en wederhoor,[74] fair play,[75] equality of arms,[76] het contradictoir beginsel[77] en fair hearing.[78] Het lijkt mij hier te gaan om een uitvloeisel van het beginsel van hoor en wederhoor. Het gaat er immers om dat de rechter de beslissing niet mag vastleggen in een uitspraak dan nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld om zich over de verrassende wending in de beslissing uit te laten (zie ook hoofdstuk 4 § 3.4).

---

feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) overw. 2.29 van de conclusie; HR 26 sept. 1996, NJ 1996, 609 (concl. A-G Mok) overw. 3.1.6.2 van de conclusie; HR 2 feb 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) ro. 3.5.3 en overw. 6 van de noot.

72 HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS).

73 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp;m.nt. EAAL en JBMV) r.o. 3.5.3; HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp) overw. 10 van de conclusie; HR 15 sept. 1995, NJ 1996, 20 (concl. A-G Hartkamp) overw. 6 van de conclusie; HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) r.o. 3.6/cassatiemiddel onderdeel 3.3; HR 26 sept. 1997, NJ 1998, 19 (concl. A-G Vranken) cassatiemiddel onderdeel 3.4; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) cassatiemiddel onderdeel 3.2/overw. 2.29 van de conclusie; HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 (concl. A-G Asser) cassatiemiddel onderdeel 2.2; HR 27 okt. 1995, NJ 1998, 191 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. CJHB) cassatiemiddel onderdeel 6; HR 6 okt. 1995, NJ 1997, 257 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. ThMdB) cassatiemiddel II.

74 Snijders en Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 15; HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) noot JBMV overw. 4c; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) overw. 2.29 van de conclusie.

75 Vranken 1995 p. 39; HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) noot JBMV overw. 4c.

76 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 795 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV) noot JBMV overw. 4c; HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) cassatiemiddel onderdeel 3.2 /conclusie Asser overw. 2.29.

77 HR 3 jan. 1997, NJ 1998, 127 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) cassatiemiddel onderdeel 3.3.

78 HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (concl. A-G Asser) overw.2.29 van de conclusie.

Is de rechter daadwerkelijk verplicht te horen voor het nemen van verrassingsbeslissingen?

De Hoge Raad is tot nu toe weinig direct ingegaan op klachten met betrekking tot verrassingsbeslissingen en de plaats van dergelijke beslissingen. Het is mij op dit moment onduidelijk of de Hoge Raad ook inderdaad de rechter verplicht acht om partijen de gelegenheid te geven hun stellingen aan te passen als een beslissing als verrassingsbeslissing gekwalificeerd moet worden. Dat de rechter hiertoe bevoegd is, wordt niet betwist. Het wordt de rechter veelal ook aangeraden om partijen te horen voordat hij een verrassingsbeslissing neemt.[79] Maar bestaat er een verplichting?

In slechts één uitspraak, HR 2 feb. 1990,[80] casseert de Hoge Raad duidelijk omdat het Gerechtshof een partij "voor een verrassing [heeft] gesteld" zonder deze de gelegenheid te geven zijn stellingen aan te passen. De situatie was als volgt: in eerste instantie had de rechtbank aan H. (eiser) de opdracht gegeven te bewijzen dat zij en haar echtgenoot N. aan kandidaat-notaris V. (werkzaam voor verweerder S.) de opdracht hebben gegeven om de wijziging van de huwelijkse voorwaarden voor te bereiden. Daarbij had het hof gesteld dat als H. in dit bewijs slaagt zij nog zal moeten aantonen dat N. tussen het verlenen van de opdracht en zijn overlijden van voldoende geestelijke gezondheid was dat de wijziging van de huwelijkse voorwaarden door de rechter zou zijn goedgekeurd. H. slaagt niet in haar bewijs en de vordering wordt afgewezen. In appel stelt H. dat zij zich ervan bewust is dat als een van de grieven zou slagen zij nog de goede geestestoestand van haar man in genoemde periode zal moeten aantonen. Zij biedt hiervan bewijs aan. S. bestrijdt slechts de grieven. Het Gerechtshof acht het appel gegrond en stelt de geestelijke gezondheid van N. zonder verdere bewijslevering vast op grond van drie schriftelijk stukken. In cassatie overweegt de Hoge Raad als volgt:

> '3.5.3. De vraag omtrent de geestelijke gezondheid van N. in de periode tussen de opdrachtverlening en zijn overlijden heeft in appel geen onderwerp van debat uitgemaakt: H. sloot zich immers op dit punt aan bij het oordeel van de Rb. en stelde dat zij tot bewijslevering door getuigen in staat was, terwijl S. op dit punt niet is ingegaan, waartoe voor hem ook geen aanleiding bestond, nu zowel de Rb. als - in hoger beroep – H. duidelijk tot uiting hebben gebracht dat deze kwestie nog niet vaststond. In dit verband verdient opmerking dat S. in eerste aanleg gemotiveerd heeft weersproken dat N. in staat was zijn wil te bepalen en, eveneens in eerste aanleg, bij herhaling heeft aangevoerd dat V. heeft verklaard dat H. aan hem [V.] had gezegd dat haar man [N.] niet aanspreekbaar was.
>
> Door onder deze omstandigheden, zonder enige bewijsopdracht althans zonder S. tenminste in de gelegenheid te hebben gesteld zich nader omtrent de bewijskracht van de door het hof gehanteerde stukken uit te laten en, voorzover nodig, tegen-

79 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 4; Vranken 1995 p. 39 ev.; Snijders & Wendels 1999 p. 14; Mostermans 1996 p. 15.

80 HR 2 feb. 1990, NJ 1990, 785 (concl. A-G hartkamp; m.nt. EAAL en JBMV).

> bewijs aan te bieden, te oordelen dat N in staat was zijn wil te bepalen, heeft het hof S. voor een verrassing gesteld die niet met de eisen van een goede procesorde is te verenigen. Dit brengt mee dat de hiertegen in het onderdeel gerichte klachten doel treffen.'

Bij het lezen van het arrest krijg ik sterk de indruk dat het Gerechtshof verplicht was om S. te horen simpelweg op grond van het beginsel van hoor en wederhoor, ook zonder het verrassende van de wending die de rechter maakt. Door te handelen zoals zij heeft gedaan, heeft het hof S. de mogelijkheid onthouden om te reageren op de stukken en stellingen van H. omtrent de geestesgesteldheid van N. en om datgene in te brengen waarmee hij de juistheid van zijn positie had kunnen aantonen. De verassing zit nog het meest in het feit dat het hof het beginsel van hoor en wederhoor zo passeert.

Conclusie
Concluderend ben ik van mening dat er bij de huidige stand van zaken geen duidelijke verplichting bestaat om bij verrassingsbeslissingen partijen de gelegenheid te geven hun stellingen aan te passen aan de verrassende wending. De jurisprudentie hierover is echter schaars, waarschijnlijk omdat verrassingsbeslissingen toch relatief weinig voorkomen. En als zij voorkomen gaat dit meestal gepaard met de schending van andere regels waarop de Hoge Raad eerder zal casseren.

Hoe dit ook zij, het concept van de verrassende wending levert voor de praktijk een criterium op om te bepalen of partijen al voldoende gelegenheid hebben gehad tijdens de normale loop van de procedure om zich uit te laten over het onderwerp van een bepaalde beslissing, of dat de rechter partijen weer de gelegenheid moet geven om hun standpunten uiteen te zetten en dan nu specifiek gericht op de beslissing in kwestie.

5.6.2 Verrassingsbeslissingen en het aanvullen van de rechtsgronden

Het is mogelijk dat een aanvullen van de rechtsgronden als een verrassingsbeslissing gekwalificeerd moet worden. Het zal mijns inziens echter niet veel voorkomen. Partijen (kunnen) weten dat de rechter verplicht is om de rechtsgronden aan te vullen en dienen hier dan ook bedacht op te zijn. De mogelijkheid van een verrassingsbeslissing wordt verder nog beperkt doordat de rechter alleen rechtsgronden mag aanvullen bij de door partijen aangevoerde feitelijke gronden. Veel ruimte voor verrassingen laat dit niet over.

Zelfs als een aanvullen van de rechtsgronden gekwalificeerd kan worden als een verrassingsbeslissing, mag dit de rechter er niet van weerhouden om de rechtsgrond aan te vullen. Zoals bij het beginsel van hoor en wederhoor verplicht een verrassingsbeslissing de rechter hoogstens om partijen te horen omtrent de aan te vullen rechtsnorm voordat hij uitspraak doet.

Bij de begrenzing van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen door het beginsel van hoor en wederhoor kwam de vraag naar voren naar een criterium om onderscheid te maken tussen enerzijds het geval dat de normale procedure als voldoende beschouwd moet worden voor partijen om hun standpunten uiteen te zetten omtrent de aan te vullen rechtsnormen en anderzijds het geval dat nog een specifieke gelegenheid moet worden geboden. De verrassingsbeslissing kan hier mogelijk als onderscheidend criterium gebruikt worden. Als de rechter partijen voor een verrassing stelt met het aanvullen, moet hij partijen nog de gelegenheid geven om hun standpunten omtrent het aanvullen uiteen te zetten. Als het aanvullen niet als verrassend beschouwd kan worden, hoeft hij partijen niet nog apart te horen.

Onder het oude procesrecht echter werd er geen duidelijke algemene verplichting aangenomen om te horen voordat een verrassingsbeslissing werd genomen. Nu er geen uitspraken zijn waarin een dergelijke verplichting wel werd aangenomen voor een verrassend aanvullen van de rechtsgronden in het bijzonder, moet gezegd worden dat een dergelijke verplichting niet bestond (zie echter hoofdstuk 9 § 9.1).

De problematiek rondom de vraag wanneer partijen alsnog gehoord moeten worden, en ook omtrent verrassingsbeslissingen, lijken mij het gevolg te zijn van een gebrek aan communicatie tussen rechter en partijen. In een voornamelijk schriftelijk gevoerde procedure zoals de dagvaardingsprocedure vindt er weinig feedback plaats van de rechter naar de partijen. Partijen worden pas bij een tussen- of eindbeslissing geconfronteerd met de gedachtegang van de rechter waarna de klacht komt zij hun stellingen niet hierop hebben kunnen richten. Een 'oplossing' zou zijn om in het algemeen de directe communicatie tussen partijen en de rechter te vergroten.

5.7 Processuele grenzen

Het is mogelijk dat het procesrecht zelf het aanvullen van rechtsgronden blokkeert. Hiervan is mogelijkerwijs sprake als voor de toepassing van de aan te vullen rechtsnorm een andere procedure is voorgeschreven. Dit kan tot gevolg hebben dat de betreffende rechtsnorm niet mag worden toegepast in deze procedure en dus niet kan worden aangevuld. Twee situaties waarin dit probleem zich voordeed waren als de rechter onbevoegd was voor de toepassing van de aan te vullen rechtsnormen (§ 5.7.1) en als de procedures fundamenteel verschilden (§ 5.7.2).

5.7.1 Aanvullen van een rechtsnorm voor de toepassing waarvan de rechter onbevoegd is

De situatie waar het hier om gaat is dat de rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vordering zoals deze is ingesteld, maar dat bij de beoordeling

blijkt dat de eiser de rechtsverhouding waarop hij zijn vordering baseert onjuist heeft gekwalificeerd en dat de werkelijke rechtsverhouding een andere is waarvoor de rechter niet bevoegd is. De vordering kan nu niet worden toegewezen op grond van de aangevoerde rechtsgrondslag. Zij kan mogelijk echter wel worden toegewezen op grond van een alternatieve rechtsgrondslag. Het probleem is nu dat de rechter niet bevoegd is voor het onderwerp van de alternatieve rechtsgrondslag. Het gaat bijvoorbeeld om een vordering gebaseerd op een arbeidsovereenkomst ingesteld bij de kantonrechter, waarvan de kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een overeenkomst sui generis waarvoor de rechtbank bevoegd is.

Onder het oude recht was er een complex systeem van regels ontstaan dat er over het algemeen toe leidde dat de aan te vullen rechtsnorm niet kon worden aangevuld en de vordering moest worden afgewezen. De situatie onder het herziene burgerlijk procesrecht is echter fundamenteel veranderd. Nu het verhaal van deze paragraaf van geen toegevoegde waarde is voor het huidige burgerlijk procesrecht of het bestuursprocesrecht, is het geschrapt. In hoofdstuk 9 § 9.3 zal kort op deze problematiek voor het huidige burgerlijk procesrecht worden ingegaan.

5.7.2 Het aanvullen van rechtsnormen als de procedures fundamenteel verschillen

De meeste procedures in het burgerlijk procesrecht volgen min of meer hetzelfde patroon. Zij beginnen met een schriftelijk inleidend document, gevolgd door een aantal schriftelijke stukken en hebben althans de mogelijkheid voor een mondelinge behandeling. Het is echter mogelijk dat het aanvullen van rechtsnormen geblokkeerd wordt doordat de procedure die is voorgeschreven voor de aan te vullen rechtsnormen teveel verschilt van de lopende procedure. Hier wil ik kort twee voorbeelden van geven. Ten eerste de situatie waarin de onwenselijkheid van de vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure aan het aanvullen in de weg staat en ten tweede een zaak waarin verschillen wat betreft maatstaven, aard en regeling van de procedure aan aanvullen in de weg staan.

Vermenging dagvaardingsprocedure en verzoekschriftprocedure
De vraag hier is of een rechter in een dagvaardingsprocedure een rechtsnorm kan aanvullen als voor de toepassing daarvan de verzoekschriftprocedure is voorgeschreven, en omgekeerd. Onder het oude burgerlijke procesrecht leidde een keuze voor de verkeerde procesvorm gewoonlijk tot niet-ontvankelijkverklaring van de eiser,[81] zodat een eiser die een verzoekschrift indient als een dagvaardingsprocedure is voorgeschreven niet-ontvankelijk verklaard zal

81 Vgl. Asser overw. 2.4 in zijn conclusie bij HR 6 dec. 1991, NJ 1992, 152 (A-G Asser); HR 13 mei 1988, NJ 1989, 72 (concl. wnd. A-G Asser; m.nt. WHH; Rb. Breda 19 april 1988, NJ 1989, 152.

worden en vice versa. Er bestond een sterke weerstand tegen vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure. In een dagvaardingsprocedure kon bijvoorbeeld niet in reconventie een verzoek worden ingesteld dat door middel van een verzoekschriftprocedure aanhangig gemaakt moest worden. Die partij is dan niet-ontvankelijk in reconventie.[82]

Gezien de weerstand tegen de vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure en het belang dat wordt gehecht aan het volgen van de voorgeschreven procedure, lijkt het me dat het de rechter niet is toegestaan om het gevorderde in een dagvaardingsprocedure te beoordelen op grond van rechtsnormen voor de toepassing waarvan de verzoekschriftprocedure is voorgeschreven, en vice versa. Ik heb echter geen uitspraak kunnen vinden waarin dit duidelijk wordt vastgesteld.[83]

Voor de situatie onder het nieuwe burgerlijk procesrecht verwijs ik de lezer naar hoofdstuk 9 § 9.4.

Verschillen in maatstaven, aard en regeling van de procedure

Het is ook mogelijk dat binnen een bepaald type procedure de verschillen tussen voorgeschreven procedures zodanig zijn dat het aanvullen van rechtsnormen wordt geblokkeerd. Ik zal het houden bij het noemen van één voorbeeld: HR 28 februari 1992.[84] De situatie was als volgt. Bij dagvaarding van 14 november 1990 heeft de eiseres echtscheiding gevorderd alsmede verzocht om een onderhoudsbijdrage van fl. 5500 per maand met ingang van 16 augustus 1990. De rechtbank oordeelt dit laatste als een verzoek als bedoeld in art. 825b (oud) Rv en wijst deze toe met als ingangsdatum 14 november 1990. In appel oordeelt het hof dat een verzoek op grond van art. 825b (oud) Rv niet eerder in kan gaan dan de datum dat het verzoek was ingediend, maar dat voorzover het verzoek betrekking heeft op de periode voor 14 november 1990 daarin een verzoek op grond van art. 1:81 BW[85] besloten ligt, zodat de rechter ook de periode van 16 augustus 1990 tot 14 november 1990 in zijn onderzoek zal betrekken. Het hof vult ambtshalve art. 1:81 BW aan en veroordeelt de man tot het betalen van een bijdrage van fl. 3000,- met ingang van 16 augustus 1990,

82 Rb. Breda 19 april 1988, NJ 1989, 152; HR 13 mei 1988, NJ 1989, 72 (A-G Asser; m.nt. WHH); Ook kan niet door middel van eiswijziging de eis worden gewijzigd in een dagvaardingsprocedure als voor de beoordeling van het meerdere de regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn: HR 29 mei 1987, NJ 1988, 557 (A-G Van Soest; m.nt. WHH); In één geval was het mogelijk dat een eis waarvoor de verzoekschriftprocedure was voorgeschreven in een dagvaardingsprocedure volgens de regels van de dagvaardingsprocedure werd behandeld: HR 6 dec. 1991, NJ 1992, 152 (A-G Asser).

83 Er is echter wel een vonnis van de Rb. Assen waarin deze in appel van het tegenovergestelde uitgaat: Rb. Assen 3 juni 1986, NJ 1986, 805.

84 HR 28 feb. 1992, NJ 1992, 355 (A-G Asser).

85 Art. 1:81 BW: 'Echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen.' Het gaat hier dan om een verzoek tot vaststelling van alimentatie staande huwelijk.

met art. 1:81 BW als rechtsgrond van de periode 16 augustus 1990 tot 14 november 1990 en art. 825b (oud) Rv voor de periode na 14 november 1990.

In cassatie wordt deze beslissing van het hof vernietigd omdat de rechtbank had vastgesteld dat de vrouw haar verzoek uitsluitend had gebaseerd op art. 825b (oud) Rv en deze vaststelling niet in appel was bestreden. Het hof was aan deze vaststellingen gebonden en had dus niet de vrijheid om art. 1:81 BW aan te vullen. Daarnaast overweegt de Hoge Raad:

> 'Het hof heeft voorts het volgende miskend. Tussen enerzijds een verzoek van een echtgenoot tot het bij wijze van voorlopige voorziening vaststellen van het bedrag dat de andere echtgenoot hem voor de duur van het echtscheidingsbeding voor zijn levensonderhoud moet betalen [825b (oud) Rv], en anderzijds het verzoek van een echtgenoot die anders dan ingevolge onderling overleg niet meer met de andere echtgenoot samenwoont, tot het bepalen van een uitkering tot levensonderhoud welke de andere echtgenoot hem ingevolge het bepaalde in art. 1:81 is verschuldigd, bestaan verschillen wat betreft de telkens te hanteren maatstaven, de aard van de procedure en de wijze waarop deze in de wet zijn geregeld. Deze verschillen zijn zodanig dat ook overwegingen van doelmatigheid niet kunnen wettigen dat een verzoek van laatstbedoelde aard in dier voege met een verzoek tot voorlopige voorzieningen wordt gecombineerd dat het mede wordt opgenomen in het in art. 825a tweede lid bedoelde verzoekschrift dan wel in de echtscheidingsdagvaarding.'

Het aanvullen van art. 1:81 BW als alternatieve grondslag was dus mede niet mogelijk omdat de procedure die is voorgeschreven voor een vordering die op dit artikel is gebaseerd teveel verschilt van de procedure die is voorgeschreven voor de beoordeling van een vordering die gegrond is op art. 825b (oud) Rv.

6 DE VERSCHILLENDE TYPEN RECHTSNORMEN

In het burgerlijk procesrecht kunnen een aantal verschillende typen rechtsnormen onderscheiden worden. Nu geldt de plicht om ambtshalve het recht aan te vullen in beginsel voor elke rechtsnorm, geschreven en ongeschreven. Rechtsnormen uit onder meer verdragen, de wet, de jurisprudentie en gewoonte zijn rechtsgronden in de zin van art. 48 (oud) Rv. Het feit dat een rechtsnorm tot een bepaald type behoort, kan echter gevolgen hebben voor de mate waarin de rechter de rechtsnorm kan aanvullen. In dit deel komen de volgende typen aan de orde:

1 rechtsnormen van openbare orde (§ 6.1);
2 rechtsmiddelen (§ 6.2);
3 regelend recht en dwingend recht (§ 6.3) ;
4 recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat (§ 6.4); en
5 procesregels (§ 6.5).

6.1 Rechtsnormen van openbare orde

Het begrip openbare orde speelt een rol in vele rechtsgebieden. De betekenis van dit begrip verschilt vaak per gebied.[86] Zo heeft het begrip openbare orde een andere betekenis in het kader van art. 48 (oud) Rv dan in het internationaal privaatrecht.[87] Deze paragraaf is dan ook geen algemene behandeling van het begrip openbare orde, maar is slechts gericht op de betekenis van rechtsnormen van openbare orde voor art. 48 (oud) Rv.

Wanneer is een rechtsnorm van openbare orde?
Het begrip openbare orde is moeilijk te definiëren en het valt derhalve niet precies aan te geven wanneer een rechtsnorm van openbare orde is.[88] Het is algemeen aanvaard dat een rechtsnorm van openbare orde is als het algemeen belang in hoge mate betrokken is bij die rechtsnorm.[89] Deze rechtsnormen zijn van zo'n fundamenteel gewicht dat de handhaving daarvan niet aan de partijen kan worden overgelaten. De partij-autonomie is hier van mindere betekenis[90] en het is aan de overheid opgedragen, in dit geval in de gedaante van de rechter, om toezicht te houden op de handhaving van deze rechtsnormen.[91]

Een rechtsnorm die het algemeen belang beschermt, zal meestal ook de belangen van de partijen of van één van hen beschermen. De vraag of een rechtsnorm overwegend het algemeen belang of het belang van partijen beschermt, is op zich niet relevant voor de vraag of een rechtsnorm van openbare orde is.[92] Als het algemeen belang zodanig betrokken is bij een rechtsnorm dat handhaving niet aan partijen kan worden toevertrouwd, is die rechtsnorm van openbare orde en moet die door de rechter gehandhaafd worden,[93] ongeacht in hoeverre die rechtsnorm ook een partijbelang beschermt.

Het bovenstaande omtrent het beschermen van het algemeen belang lost het probleem echter niet op, aangezien de vraag nu slechts wordt wanneer het algemeen belang vereist dat de rechter zorg draagt voor de handhaving van een rechtsnorm. Het probleem van wanneer een rechtsnorm van openbare orde is, kan dan ook niet afdoende worden beantwoord. Er kunnen slechts in het algemeen een aantal gevallen genoemd worden waarin rechtsnormen

86 Zie Schipper 1985 p. 257.
87 Zie Mostermans 1996 p.86; Veegens 1989 p. 246; Asser/Scholten 1974 p. 24.
88 Vgl. Ras 1992 p. 58; Pels Rijcken 1983 p. 173; Veegens 1989 p. 246.
89 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 69/70, 172, 223; Vriesendorp 1981 p. 60; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40/41; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Mostermans 1996 p. 14, 87.
90 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40/41; Veegens/Wiersma 1973 p. 69; Vriesendorp 1970 p. 223; Sterk 1982 p. 697.
91 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 11; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2.
92 Vgl. Mostermans 1996 p. 87; anders Vriesendorp 1970 p. 172.
93 Vgl. Mostermans 1996 p. 87; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40.

op grond van hun verbondenheid met het algemeen belang (hoogstwaarschijnlijk) van openbare orde zullen zijn.

Dit is ten eerste het geval als bij de toepassing van de rechtsnorm fundamentele beginselen van het recht in het geding komen.[94] Voorbeelden van dergelijke rechtsnormen zijn art. 5[95] en 8[96] EVRM.

Daarnaast is het algemeen belang betrokken in het geval dat een rechtsnorm weliswaar slechts betrekking heeft op een partijbelang, maar de bescherming van dit partijbelang van een dergelijk fundamenteel gewicht is dat de bescherming van dit belang aan de rechter wordt toevertrouwd.[97] Deze grond zal met name spelen als de rechtsnorm de belangen van zwakkeren in de maatschappij beschermt, zoals kinderen. Het is van algemeen belang dat de belangen van deze zwakkeren beschermd worden. Een voorbeeld hiervan was art. 1:200 lid 5 BW. Hierin is bepaald dat een verzoek tot ontkenning van het vaderschap door de vader moet worden ingediend binnen een jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind. Het belang van het kind dat niet te lang onzekerheid mag bestaan omtrent zijn afstemming, brengt mee dat deze bepaling van openbare orde is.[98]

Ten derde wordt het handhaven van een rechtsnorm aan de rechter opgedragen als naast de belangen van partijen ook belangen van derden in het geding betrokken zijn.[99] Derden zijn geen partij in het geding en kunnen dus niet voor hun belangen opkomen. Als een rechtsnorm (mede) de belangen van derden beschermt, zal de rechter deze moeten toepassen om zo deze belangen te beschermen. Het is van algemeen belang dat deze belangen van niet-partijen toch worden beschermd.

Rechtsnormen van openbare orde en art. 48 (oud) Rv

Rechtsnormen van openbare orde moeten als andere rechtsnormen op grond van art. 48 (oud) Rv ambtshalve toegepast worden.[100] Deze rechtsnormen staan echter niet ter vrije beschikking van partijen[101] en dit heeft bepaalde gevolgen in het kader van art. 48 (oud) Rv.

---

94 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 172, 223.
95 HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 524 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).
96 HR 10 mei 1985, NJ 1986,5 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. WHH).
97 Vgl. Sterk 1982 p. 697.
98 Vgl. HR 7 feb. 2003, NJ 2003, 358 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. SW); HR 17 sept. 1993, NJ 1994, 372 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. WH-S en EAA onder NJ 1994, 373).
99 Sterk 1982 p. 697; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 11; Mostermans 1996 p. 93.
100 Vriesendorp 1970 p. 69/70, 87, 173, 206.
101 Vgl. Mostermans 1996 p. 14.

Ten eerste kan *geen afstand* worden gedaan van rechtsnormen van openbare orde.[102] De rechter zal deze rechtsnormen (ambtshalve) toepassen, desnoods tegen de wil van partijen in.[103]

Daarnaast kan in *iedere stand van het geding* een beroep worden gedaan op rechtsnormen van openbare orde.[104] De rechter is immers verplicht deze rechtsnormen ambtshalve aan te vullen. Een beroep op een rechtsnorm van openbare orde is niet meer dan de rechter erop wijzen dat hij (ambtshalve) deze rechtsnorm moet aanvullen.

De uitzondering hierop is de procedure in cassatie. De beoordeling in cassatie is gebaseerd op de in de dagvaarding aangevoerde cassatiemiddelen. De Hoge Raad beperkt zich bij zijn onderzoek tot de middelen waarop het beroep steunt (art. 419 lid 1 (oud) Rv). Deze middelen kunnen, behoudens bijzondere omstandigheden,[105] niet uitgebreid of aangevuld worden na de dagvaarding en het verstrijken van de cassatietermijn.[106] Op deze regel wordt geen uitzondering gemaakt voor rechtsnormen van openbare orde. Als niet over een schending van een rechtsnorm van openbare orde wordt geklaagd in een cassatiemiddel, kan een klacht over deze schending niet later in de cassatieprocedure alsnog worden ingebracht.[107] De schending blijft in dat geval zonder gevolg aangezien ambtshalve cassatie in civiele zaken niet mogelijk is, ook niet voor rechtsnormen van openbare orde (art. 419 lid 1 (oud) Rv).[108]

Het derde gevolg is dat de appelrechter bij het toepassen van rechtsnormen van openbare orde *niet gebonden is aan de grieven.* Hij zal rechtsnormen van openbare orde desnoods buiten de grieven om moeten toepassen.[109] Dit heeft tot gevolg dat de appelrechter bij het beoordelen van de bestreden uitspraak deze eventueel buiten de grieven om ambtshalve moet toetsen aan rechtsnor-

102 Vgl. Veegens 1989 p. 246; Vriesendorp 1970 p. 172, 246; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 2 en 9; Vriesendorp 1979 p. 128; Mostermans 1996 p. 14, 86; HR 13 nov. 1941, NJ 1942, 172 (4e overweging) (concl. A-G Holsteyn).

103 Vgl. Rb. Leeuwarden 17 okt. 1985, NJ 1986, 525.

104 Veegens 1989 p. 246; Vriesendorp 1970 p. 172; Mostermans 1996 p. 14, 86.

105 Zie Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 229/230.

106 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 229/230; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 235.

107 HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 (concl. A-G Berger; m.nt. WHH en ARB) tweede overweging en m.n. de noot van WHH.

108 Vriesendorp 1970 p. 240; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 234; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 232; Veegens 1989 p. 282-284; WHH in zijn noot onder HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 (concl. A-G Berger; m.nt. WHH): Hierop is één uitzondering: art. 19 EEX verplicht de nationale rechter om zich ambtshalve onbevoegd te verklaren, indien op grond van art. 16 EEX een rechter van een andere verdragssluitende staat bij uitsluiting bevoegd is (Veegens 1989 p. 282; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 232; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 234). Als dit uit de feiten blijkt zonder dat een klacht is geformuleerd tegen het niet toepassen van art. 19 EEX, zal de Hoge Raad de bestreden uitspraak ambtshalve casseren.

109 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 42; Snijders & Wendels 1999 p. 194, 195; Pels Rijcken 1983 p. 164; Vriesendorp 1981 p. 16; Vriesendorp 1979 p. 128.

men van openbare orde.[110] Hierbij vult hij zo nodig ambtshalve de rechtsnorm van openbare orde aan.

Het voorgaande brengt mee dat een beroep op een rechtsnorm van openbare orde *nooit een ongeoorloofd novum in cassatie* kan opleveren. Een partij kan pas voor het eerst in cassatie een beroep doen op een rechtsnorm van openbare orde. Aangezien de appelrechter verplicht is deze rechtsnormen, eventueel buiten de grieven om, ambtshalve toe te passen kan de eiser klagen over schending van art. 48 (oud) Rv als de appelrechter dit achterwege laat.[111] De klacht moet wel in een (incidenteel) cassatiemiddel vervat zijn (zie hierboven).

Het laatste gevolg dat ik zal noemen betreft de *begrenzing door de feiten*. De rechter heeft meer vrijheid ten opzichte van de feiten als het gaat om de toepassing van een rechtsnorm van openbare orde. Ten eerste mag de rechter bewijs verlangen van niet betwiste feiten (art. 176 tweede volzin (oud) Rv). Daarnaast moet de rechter bij het toepassen van rechtsnormen van openbare orde rekening houden met alle ten processe gebleken feiten, ook die feiten waarop de belanghebbende partij zich niet heeft beroepen.[112] De rechter zal er wel op moeten letten dat partijen voldoende de gelegenheid hebben om zich over deze feiten uit te laten.

De rechter heeft bij zijn feitelijke onderzoek bij rechtsnormen van openbare orde op zich niet meer bevoegdheden dan bij rechtsnormen die niet van openbare orde zijn. De rechter is niet in zijn algemeenheid bevoegd om bij toepassing van rechtsnormen van openbare orde zelf feiten in het geding brengen. In zaken waarin de openbare orde een rol speelt, heeft de rechter soms wel in de specifieke procedure een bevoegdheid om zelf feitelijk onderzoek te plegen. Voorbeelden hiervan zijn de bevoegdheid om ambtshalve inlichtingen in te winnen in zaken in het kader van de BOPZ, of de bevoegdheid om derden feitelijk onderzoek te laten verrichten en de resultaten in te laten brengen zoals de Raad voor de Kinderbescherming op grond van art. 810 lid 1 (oud) Rv. Daarbuiten is de rechter ook bij rechtsnormen van openbare orde afhankelijk van partijen en zijn gewone procesrechtelijke instrumenten. Wat dat betreft, is er niet zoveel verschil tussen de bevoegdheden van de rechter met betrekking tot de feiten bij rechtsnormen van openbare orde en bij rechtsnormen die niet van openbare orde zijn.

---

110 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 201, 218; Veegens 1989 p. 245, 246; Ras 1992 p. 53; Vriesendorp 1970 p. 223; HR 17 dec. 1925, NJ 1926, 193; HR 15 jun. 1934, NJ 1934, 1297; HR 13 mrt. 1959, NJ 1959, 251. Bijvoorbeeld: HR 12 feb. 1993, NJ 1993, 524 (concl. A-G Asser; m.nt. HER); HR 7 feb. 1992, NJ 1993, 78 (concl. A-G Asser; m.nt. HJS).

111 Vgl. HR 24 mei 1996, NJ 1996, 538 (concl.); vgl. ook HR 13 nov. 1942, NJ 1942, 172 (4e overweging) (concl. Holsteyn); HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5(concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. WHH); Veegens 1989 p. 246; Mostermans 1996 p. 14, 86; Vriesendorp 1970 p. 244.

112 HR 9 jan 1970, NJ 1970, 342 (A-G van Oosten; m.nt. DJV); HR 11 dec. 1992, NJ 1993, 139 (concl. A-G Vranken) concl. overw. 8/9; HR 22 dec. 1995, NJ 1997, 118 (concl. A-G Koopmans; m.nt. HJS noot HJS ow. 2); Ras 1992 p. 52.

6.2 Rechtsmiddelen

Het gaat in deze paragraaf niet om voorzieningen tegen rechterlijke uitspraken zoals hoger beroep en cassatie. In de context van art. 48 (oud) Rv zijn rechtsmiddelen rechtsnormen die de rechter niet ambtshalve mag aanvullen. Voorbeelden van dergelijke rechtsnormen zijn gezag van gewijsde (art. 67 lid 3 (oud) Rv) en verjaring (art. 3:322 lid 1 BW).

Een rechtsmiddel kan slechts worden toegepast als de belanghebbende partij een beroep doet op de toepassing hiervan. Dit wil zeggen dat de rechter slechts rekening kan houden met de rechtsgevolgen die het rechtsmiddel aan de vaststaande feiten verbindt als de belanghebbende partij direct dan wel indirect een beroep doet op deze rechtsgevolgen. Als de belanghebbende partij geen beroep doet op het rechtsmiddel, zal de rechter dit rechtsmiddel moeten passeren. Als bijvoorbeeld uit de vaststaande feiten blijkt dat de vordering in kwestie is verjaard, terwijl de gedaagde geen beroep heeft gedaan op verjaring, mag de rechter daar geen rekening mee houden en mag hij de rechtsnormen omtrent verjaring niet toepassen.[113]

Dat een rechtsnorm een rechtsmiddel is, betekent niet meer dan dat de rechter die rechtsnorm niet mag toepassen zonder een beroep van de belanghebbende partij. Als het vereiste beroep is gedaan, heeft de rechter dezelfde beperkingen en bevoegdheden als bij het toepassen van niet-rechtsmiddelen. Zo is hij bij het toepassen van de rechtsmiddelen niet gebonden aan rechtsbeschouwingen van partijen en bepaalt hij zelfstandig of het beroep succes heeft. In zoverre past de rechter rechtsmiddelen wel ambtshalve toe.[114]

6.2.1 Het beroep

Een belangrijke vraag is wanneer er sprake is van een geldig beroep op een rechtsmiddel. Om deze vraag te beantwoorden heb ik onderzoek gedaan naar verjaring (art. 3:306 ev. BW) en gezag van gewijsde (art. 67 (oud) Rv). Op basis hiervan kan het volgende gezegd worden over het beroep op rechtsmiddelen.

Het beroep dient zo duidelijk te geschieden dat het voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich moet verzetten.[115] De achtergrond van het vereiste beroep is niet alleen de partij-autonomie. Op grond hiervan zou het voldoende zijn dat de belanghebbende partij aangeeft dat hij een beroep doet op zijn rechten die het rechtsmiddel hem geeft. Het beginsel van hoor en

113 Vgl. Star Busmann/Rutten 1972 p.171; Star Busmann 1955 p. 177; Scheltema 1940 p. 5; Vriesendorp 1970 p. 200, 206; Stein & Rueb 2000 p. 17.

114 Een voorbeeld hiervan is HR 21 juni 1996, NJ 1997, 327 (concl. A-G Koopmans; m.nt. DWFV).

115 HR 8 okt. 1982, NJ 1984, 58 r.o. 3.1 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. WHH); HR 21 jun. 1996, NJ 1997, 470 r.o. 3.9 (concl. A-G Asser;m.nt. HJS); HR 29 dec. 1995, NJ 1996, 418 r.o. 3.3 (concl. A-G Mok; m.nt. PAS); Snijders, Ynzonides & Meijers 1997 p. 51; Hugenholtz/ Heemskerk 1998 p. 106/107; Gras 1994 p. 269.

wederhoor brengt echter mee dat het beroep zo duidelijk moet zijn dat de wederpartij zich kan verweren. Enige uitwerking wordt dan ook vereist.

Het is voor een duidelijk beroep niet nodig dat de betreffende rechtsnorm of een juridisch begrip zoals verjaring of gezag van gewijsde wordt genoemd.[116] Zeker als de partij geen rechtsbijstand heeft, mag niet verwacht worden dat zij de betreffende rechtsnormen of begrippen aanvoert. Onder omstandigheden kan zelfs een 'exclamatie' een geldig beroep zijn. Dit moet wel een zo duidelijk beroep op het rechtsmiddel zijn dat de wederpartij weet dat het beroep is gedaan en zich hiertegen kan verweren.[117]

Daarentegen is het noemen van het juridisch begrip en zelfs het aanvoeren van de betreffende rechtsnorm[118] op zich ook niet voldoende. Er is meer voor nodig om van een voldoende duidelijk beroep te kunnen spreken.

Een klacht in appel dat de rechter in eerste instantie een rechtsmiddel ambtshalve had dienen toe te passen, lijkt als een geldig beroep op dat rechtsmiddel beschouwd te kunnen worden.[119] Het is natuurlijk ook mogelijk om pas in appel een beroep te doen op het rechtsmiddel. Appel dient immers ook om eigen fouten te verbeteren.

Het antwoord op de vraag of een stelling opgevat moet worden als een beroep op een rechtsmiddel hangt voor een belangrijk deel af van het debat tussen partijen en de context waarin de stelling gedaan is. Dit kan meebrengen dat een beroep op een overweging in een eerder gewezen vonnis en het overleggen van dit vonnis niet gezien moeten worden als een beroep op gezag van gewijsde van dat vonnis, maar als een argument inzake de juistheid van een ingenomen standpunt in een nieuwe debat over hetzelfde punt.[120]

6.2.2 Het ambtshalve aanvullen van rechtsmiddelen

Het kenmerkende van rechtsmiddelen is dat de rechter deze rechtsnormen niet ambtshalve mag aanvullen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat dit niet geheel juist is. Rechtsmiddelen moeten onder omstandigheden ambtshalve worden aangevuld. Er is sprake van een aanvullen van de rechtsgronden als de rechter een rechtsnorm (ambtshalve) toepast die niet door partijen is aangevoerd. Nu blijkt uit jurisprudentie dat partijen geen rechtsnormen hoeven aan te voeren om een geldig beroep te doen op een rechtsmiddel. Als een belanghebbende nu slechts in feitelijke bewoordingen een geldig beroep doet op een rechtsmiddel of de verkeerde rechtsnormen noemt, zal de rechter de toepasselijke rechtsnormen ambtshalve bij het beroep moeten aanvullen.

---

116 A-G Minkenhof in HR 19 febr. 1965, NJ 1965, 141; HR 29 dec. 1995, NJ 1996, 418 (concl. A-G Mok; m.nt. PAS) ro. 3.3 en ook de conclusie van A-G Mok.

117 Zie HR 19 febr. 1965, 1965, 141 (concl. A-G Minkenhof; m.nt. GJS).

118 Vgl. HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 286, Gerechtshofhof ro. 18 en A-G Mok overw. 5.4.2.

119 Vgl. HR 14 jan. 1975, NJ 1975, 244 (concl. A-G berger); HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 286 (concl. A-G Mok).

120 HR 23 apr. 1993, NJ 1993, 505 (A-G Vranken; m.nt. PAS).

Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter op dergelijke wijze een rechtsmiddel aanvulde is HR 29 dec. 1995.[121] De gedaagde beroept zich in eerste instantie en in appel op verjaring zonder een termijn of wetsartikel te noemen. De rechtbank acht de vordering van de eiser op grond van art. 7A:1639u BW verjaard en vult deze rechtsnorm aan bij de beoordeling van het beroep op verjaring. Eiser richt een cassatiemiddel tegen dit aanvullen. De Hoge Raad is van oordeel dat de rechtbank art. 7A:1639u BW onterecht heeft toegepast. De fout die zij heeft gemaakt is echter niet dat zij geen rechtsmiddelen had mogen aanvullen, maar dat art. 7A:1639u BW hier niet van toepassing is en daarom niet aangevuld had mogen worden. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open dat een andere rechtsnorm aangevuld kan worden waardoor het beroep op verjaring wel slaagt: "Na verwijzing zal de vraag of naar aanleiding van het door Van den Amelee gedane beroep op verjaring enige (verjarings)termijn voor toepassing in aanmerking komt, opnieuw moeten worden bezien."[122] Mogelijk heeft de rechtbank slechts het verkeerde rechtsmiddel aangevuld.

Het lijkt mij dat de rechter ook rechtsmiddelen zal kunnen aanvullen als de belanghebbende partij een beroep doet op de verkeerde rechtsnorm. Stel bijvoorbeeld dat Van den Amelee zelf een beroep had gedaan op art. 7A:1639u BW. Nu deze rechtsnorm niet van toepassing is, had de rechtbank art. 7A:1639u BW moeten passeren en mijns inziens verder dienen te onderzoeken of het beroep op verjaring op grond van een aan te vullen rechtsmiddel toewijsbaar is.

6.2.3 Onjuistheid van de kwalificatie van bepaalde rechtsnormen als 'rechtsmiddelen'

Van bepaalde rechtsnormen die als voorbeelden van rechtsmiddelen worden aangevoerd, vraag ik mij af of het wel om rechtsmiddelen gaat. Het gaat bijvoorbeeld om een beroep in rechte op een vernietigingsgrond (art. 3:51 BW),[123] het vorderen van ontbinding van een overeenkomst (art. 6:267 BW),[124] retentierecht[125] en compensatie (art. 6:127 ev. BW).[126]

Bij rechtsmiddelen is het zo dat de rechter slechts rekening mag houden met het rechtsgevolg dat het rechtsmiddel aan de vaststaande feiten verbindt als de belanghebbende partij een beroep op toepassing van die rechtsnorm doet. Bij verjaring bijvoorbeeld is de vordering door een bepaald tijdsverloop verjaard. Dit rechtsgevolg (verjaring) zal na dat tijdsverloop intreden zonder dat daarvoor een beroep nodig is. De rechter mag echter geen rekening houden

121 HR 29 dec. 1995, NJ 1996, 418 (concl. A-G Mok; m.nt. PAS).
122 Ro. 3.3; in dezelfde zin A-G Mok overw. 3.3.3.
123 Als rechtsmiddel aangemerkt in Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, Veegens/Wiersma 1973 p. 28 en Scheltema 1940 p.5/6.
124 Als rechtsmiddel aangemerkt in Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103.
125 Als rechtsmiddel aangemerkt in Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102; Dat een beroep nodig is: HR 10 mei 1929, NJ 1929, 1378.
126 Als rechtsmiddel aangemerkt in Pitlo/Hidma 1981 p.9.

met dit rechtsgevolg als de belanghebbende partij geen beroep op verjaring heeft gedaan.

De bovengenoemde rechtsnormen, zoals met betrekking tot vernietigingsgronden, werken mijns inziens anders. Neem bijvoorbeeld dwaling (art. 6: 228 BW). Een overeenkomst die onder invloed van dwaling tot stand is gekomen, blijft in stand totdat de dwalende gebruik maakt van zijn bevoegdheid om de overeenkomst te vernietigen.[127] Dit is een bevoegdheid die alleen toekomt aan de (dwalende) partij. De rechter kan niet ambtshalve op grond van dwaling de overeenkomst vernietigen, omdat hij niet de bevoegdheid heeft om overeenkomsten die tot stand zijn gekomen onder invloed van dwaling te vernietigen. Als de dwalende partij echter gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om de overeenkomst te vernietigen, mag de rechter hier wel ambtshalve rekening mee houden als dit feit in het geding komt vast te staan. Hiervoor is geen apart beroep op de al ingetreden vernietiging voor nodig.

Het verschil tussen rechtsmiddelen enerzijds en dwaling e.d. anderzijds is het volgende: bij dwaling e.d. ontstaat het rechtsgevolg pas als de belanghebbende partij gebruik maakt van de in de rechtsnorm gegeven bevoegdheid. Het rechtsgevolg van dwaling (vernietiging) ontstaat pas als de dwalende partij die vernietiging inroept. Tot dat moment blijft de overeenkomst bestaan. Bij rechtsmiddelen is het rechtsgevolg al ontstaan. De rechter mag hier echter geen rekening mee houden zonder dat hier een beroep op wordt gedaan. Een vordering is door het verloop van de voorgeschreven periode verjaard. Dit rechtsgevolg ontstaat zonder dat de partij iets hoeft te doen. Als de partij wil dat dit rechtsgevolg ook gevolg heeft in het proces, zal hij hier een beroep op moeten doen. Dwaling zou een rechtsmiddel zijn als de rechtsnorm zou bestaan dat de rechter slechts dan rekening mag houden met de vernietiging van een overeenkomst op grond van dwaling als de belanghebbende partij hier een beroep op heeft gedaan. Een dergelijke rechtsnorm bestaat niet.

6.3 Regelend recht en dwingend recht

In deze paragraaf zal ik ingaan op het begrippenpaar dwingend recht en regelend recht. Ten eerste zal ik een omschrijving geven van deze typen rechtsnormen en wat de gevolgen zijn van regelend recht of dwingend recht voor art. 48 (oud) Rv. Daarna zal ik ingaan op de verhouding tussen de indeling regelend recht/dwingend recht en de indeling rechtsgrond/rechtsmiddel.

127 Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p. 141, 167; J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer:Kluwer 1993, p. 41.

6.3.1 Regelend recht

Regelend recht is recht waarvan partijen kunnen afwijken. Zij kunnen een eigen regeling overeenkomen die de wettelijke regeling opzij zet voorzover partijen hiervan zijn afgeweken. Het regelend recht geldt dus alleen als en voorzover de partijen geen gebruik hebben gemaakt van de bevoegdheid om een eigen regeling te treffen.[128] De wet regelt bijvoorbeeld in boek 4 BW hoe een nalatenschap moet worden verdeeld. De erflater kan echter van deze regeling afwijken door een testament te maken. De wettelijke regeling geldt voor de verdeling van deze nalatenschap dan nog alleen voorzover er goederen zijn waarover niet bij testament is beschikt.[129]

Het zal duidelijk zijn dat er alleen sprake is van een afwijkende regeling als deze naar vorm, inhoud en totstandkoming rechtsgeldig is. Als dit niet het geval is, is er geen sprake van een afwijkende regeling en geldt het regelend recht alsnog. Als bijvoorbeeld het testament nietig blijkt te zijn, zal de wettelijke regeling van boek 4 BW weer de rechtsverhouding beheersen en zal de nalatenschap volgens die regeling verdeeld worden.

Regelend recht geldt dus alleen voorzover partijen geen (geldige) eigen regeling hebben getroffen. Voor de plicht om de rechtsgronden aan te vullen, betekent dit dat de rechter regels van regelend recht niet mag aanvullen wanneer partijen deze regels opzij hebben gezet.[130] Deze rechtsnormen beheersen immers niet langer de rechtsverhouding tussen partijen. Als en voorzover partijen echter geen eigen regeling hebben getroffen, 'blijft regelend recht een niet opdrogende bron voor het aanvullen van rechtsgronden'.[131] Regelend recht dat van toepassing is en niet door partijen is aangevoerd, zal door de rechter aangevuld moeten worden.[132]

De rechter zal regelend recht alleen niet aanvullen omdat partijen hiervan zijn afgeweken, als hij bekend is met de afwijkende regeling. Als de partijen de (geldige) afwijkende regeling niet in het proces inbrengen, zal de rechter het regelend recht toepassen, waarvan, voorzover hij weet, niet is afgeweken.

Maar zelfs als de rechter bekend is met de afwijkende regeling betekent dit nog niet dat hij deze afwijkende regeling mag toepassen. Aangezien een afwijkende regeling per overeenkomst wordt getroffen, gelden hiervoor de procesregels die voor overeenkomsten gelden. Voor overeenkomsten geldt dat de rechter een bepaling uit een overeenkomst alleen dan mag toepassen als óf een beroep is gedaan op de overeenkomst als geheel óf specifiek op de bepaling in kwestie (zie hoofdstuk 8 § 2.3.2). Als dus een overeenkomst met

128 Vriesendorp 1970 p. 69; Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p. 10.
129 Zie Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p. 10 en 374.
130 Mostermans 1996 p. 13, 19; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40.
131 Vriesendorp 1970 p. 170.
132 Vgl. Vriesendorp 1981 p. 57/58; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36; Mostermans 1996 p. 13.

een afwijkende regeling wel is ingebracht, maar geen beroep is gedaan op die afwijkende regeling, zal de rechter die niet mogen toepassen en moeten 'terugvallen' op het regelend recht.[133] Dit regelend recht kan weer zo nodig ambtshalve aangevuld worden.

6.3.2 Dwingend recht

Tegenover regelend recht staat dwingend recht. Dwingend recht is recht waarvan partijen niet kunnen afwijken. Partijen kunnen deze rechtsnormen dus niet door middel van een eigen regeling opzij zetten[134] en dit recht beheerst altijd de rechtsverhouding tussen partijen. Een voorbeeld van regels van dwingend recht zijn de huwelijksvereisten (art. 1:31 ev BW). Partijen kunnen niet bepalen dat voor hun (wettelijke) huwelijk andere vereisten gelden dan de vereisten die de wet stelt.[135]

Het feit dat partijen niet van een rechtsnorm mogen afwijken omdat die van dwingend recht is, heeft op zich geen gevolgen voor de plicht om de rechtsgronden aan te vullen. De rechter is verplicht om toepasselijke rechtsnormen van dwingend recht ambtshalve aan te vullen.[136] Het kan zijn dat de dwingende rechtsnorm ook van openbare orde is of ook een rechtsmiddel is. Hetgeen uiteraard wel van invloed is op de plicht om de rechtsgronden aan te vullen (zie § 6.1 respectievelijk § 6.2).

Soms worden de begrippen dwingend recht en recht van openbare orde vereenzelvigd.[137] Dit is niet juist. Het is natuurlijk zo dat recht van openbare orde ook dwingend recht is, aangezien partijen niet van recht van openbare orde kunnen afwijken.[138] Niet al het dwingend recht is echter ook van openbare orde. Slechts een deel van het dwingende recht betreft de openbare orde.[139]

Het verschil tussen dwingend recht dat van openbare orde is en dwingend recht dat niet van openbare orde is, ligt in de betrokkenheid van het algemeen belang. Zoals in § 6.1 al is gesteld, is een rechtsnorm van openbare orde als het algemeen belang in hoge mate betrokken is bij de rechtsnorm. Dwingend recht dat 'slechts' partij- of groepsbelangen beschermt en waarbij het algemeen belang dus niet in hoge mate is betrokken, is niet van openbare orde en is 'gewoon' dwingend recht.[140]

---

133 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 40.
134 Vriesendorp 1981 p. 59; Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p.9; Mostermans 1996 p. 13.
135 Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995 p. 9/10.
136 Vgl. Mostermans 1996 p. 19; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 36.
137 Zie bijvoorbeeld: De Kanter 1928 p. 102; Asser/Scholten 1974 p. 24.
138 Vgl. Mostermans 1996 p. 86.
139 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 170, 198, 206; Vriesendorp 1981 p. 59; Mostermans 1996 p. 14, 92; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9; Pels Rijcken 1983 p. 178.
140 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 172/173; Vriesendorp 1981 p. 60; Mostermans 1996 p. 14 en 87.

Een voorbeeld van een dwingende rechtsnorm die niet van openbare orde is, is art. 7:670 lid 2 BW: een werkgever kan een arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de zwangerschap. Van deze bepaling kan niet worden afgeweken (art. 7:670 lid 8 BW) en is dus van dwingend recht. Het staat de werkneemster echter vrij om geen beroep te doen op de nietigheid van het ontslag. Als de arbeidsverhouding is verbroken neemt de werkneemster niet langer een zwakkere positie in ten opzichte van de werkgever en wordt zij geacht zelf voor haar rechten op te kunnen komen.[141]

6.3.3 *De indeling in dwingend recht of regelend recht ten opzichte van de indeling in rechtsgrond of rechtsmiddel*

Er is mijns inziens geen verband tussen de indeling in dwingend recht of regelend recht en de indeling in rechtsgrond of rechtsmiddel in de zin dat een indeling in een categorie uit de ene groep daarmee een indeling in een daarmee samenhangende categorie uit de andere groep zou betekenen. De verdeling tussen dwingend recht en regelend recht betreft immers een ander aspect van rechtsnormen dan de verdeling tussen rechtsgronden en rechtsmiddelen. De verdeling tussen dwingend recht en regelend recht betreft de vraag of partijen een wettelijke regeling opzij kunnen zetten door een eigen regeling te treffen. De verdeling tussen rechtsgronden en rechtsmiddelen betreft de vraag of de rechter een rechtsnorm ambtshalve mag aanvullen of dat een partij specifiek een beroep moet doen op de rechtsnorm. De indeling naar dwingend recht of regelend recht staat dus los van de indeling rechtsgrond of rechtsmiddel.

Sommige regels van dwingend recht zijn rechtsgronden, die ambtshalve aangevuld moeten worden, zoals art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) en 6:74 BW (recht op schadevergoeding bij wanprestatie). Sommige dwingende rechtsnormen zijn rechtsmiddelen waarop de belanghebbende een beroep moet doen voordat de rechter deze kan toepassen, zoals bijvoorbeeld art. 67 (oud) Rv (gezag van gewijsde) en de art. 3:306 ev. BW (verjaring).

Ook niet al het regelend recht valt onder de categorie rechtsmiddelen.[142] De wettelijke regeling met betrekking tot de verdeling van de nalatenschap vormt regelend recht, maar als de erflater geen testament heeft gemaakt, zal de rechter deze rechtsnormen zo nodig ambtshalve aanvullen. Deze rechtsnormen vormen dus rechtsgronden.

De werking van regelend recht lijkt sterk op de werking van rechtsmiddelen. Het zijn echter verschillende begrippen. De overeenkomst tussen regelend recht en rechtsmiddelen is dat de belanghebbende partij kan voorkomen dat de rechter de regel toepast. In geval van regelend recht is dat doordat de belanghebbende partijen een eigen regeling treffen waardoor de regel van

141 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9; Mostermans 1996 p. 92.
142 Vriesendorp 1970 p. 70.

regelend recht wordt uitgesloten. Een uitgesloten regel van regelend recht kan niet door de rechter worden toegepast, zelfs niet als de belanghebbende partij daar een beroep op doet. Bij rechtsmiddelen voorkomt de belanghebbende partij dat de rechter de rechtsnorm toepast door geen beroep te doen op de toepassing van die rechtsnorm.

6.4 Recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat

In het burgerlijk procesrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen recht dat ter vrije beschikking van partijen staat en recht dat niet ter vrije beschikking van partijen staat (zie bv. art. 176 lid 1 (oud) Rv). Met uitzondering van rechtsnormen van openbare orde, is al het burgerlijk recht op de een of andere wijze recht dat ter vrije beschikking van partijen staat. Met 'recht dat niet ter vrije beschikking van partijen staat' wordt dan ook recht van openbare orde bedoeld.[143]

De wijze waarop partijen kunnen beschikken over het recht dat hen ter vrije beschikking staat, is op verschillende wijzen vormgegeven. Partijen kunnen over het recht beschikken door een afwijkende regeling te treffen en dat recht uit te sluiten (regelend recht), door geen beroep op het recht te doen als een dergelijk beroep nodig is (rechtsmiddelen) en door de rechtsgrondslag van de vordering te beperken tot de aangevoerde rechtsgrondslagen of duidelijk afstand te doen van de toepassing van bepaalde rechtsgrondslagen (dwingend recht). Daarnaast kan een partij de toepassing van elke hem ter beschikking staande rechtsnorm voorkomen door de grenzen van de rechtsstrijd te beperken.

Bij deze verschillende vormen van recht zijn er gradaties in de kracht waarmee een rechtsnorm voor partijen dwingend is.[144] De minst dwingende vorm is het regelend recht. Als partijen een eigen regeling treffen, sluiten zij dit recht uit en geldt het niet in hun rechtsverhouding. De tweede laag zijn de rechtsmiddelen. Deze rechtsnormen gelden in de rechtsverhouding tussen partijen, maar partijen kunnen voorkomen dat rekening wordt gehouden met de rechtsgevolgen van deze rechtsnorm door geen beroep te doen op de toepassing hiervan. Het dwingend recht is het meest dwingende. Dit recht geldt in de rechtsverhouding tussen partijen en de rechter past het toe zonder dat een beroep van partijen op toepassing hiervan nodig is. Slechts door duidelijk de rechtsgrondslag te beperken of afstand te doen van de toepassing van dwingend recht, kunnen partijen het dwingend recht uitsluiten van toepassing en toch over dit recht beschikken.

143 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 9.
144 Vriesendorp 1981 p.57; Mostermans 1996 p. 19.

6.5 Procesregels

Het gaat in deze paragraaf om de verhouding tussen procesregels en art. 48 (oud) Rv. Voor procesregels geldt dat deze niet ambtshalve mogen worden toegepast, behalve als zij van openbare orde zijn.[145] In principe worden procesregels dus als rechtsmiddelen behandeld in die zin dat de rechter een procesregel slechts mag toepassen als de belanghebbende partij een beroep heeft gedaan op toepassing van die procesregel. Als een procesregel echter van openbare orde is, is de rechter verplicht de rechtsregel ambtshalve toe te passen.

Procesregels die niet van openbare orde zijn en die dus niet ambtshalve mogen worden toegepast, zijn bijvoorbeeld de procesregels met betrekking tot de inhoud en betekening van de dagvaarding (art. 1-17 en 133 (oud) Rv), met uitzondering van art. 95 (oud) Rv.[146] Op grond van art. 94 lid 1 (oud) Rv zal de rechter slechts rekening houden met de nietigheid van de dagvaarding als de gedaagde de nietigheid van de dagvaarding inroept. In het geval dat de gedaagde niet verschijnt, zal de rechter echter wel ambtshalve rekening houden met de nietigheid als aannemelijk is dat de gedaagde niet is verschenen ten gevolge van het gebrek dat de nietigheid meebrengt. Hij zal in dat geval ambtshalve de nietigheid van de dagvaarding uitspreken (art. 93 lid 2 Rv). Als dit niet aannemelijk is, zal de rechter een nieuwe dag bepalen (art. 93 lid 3 (oud) Rv).

Verder zijn niet van openbare orde de meeste voorschriften met betrekking tot de relatieve competentie van de rechtbank, zoals bijvoorbeeld art. 126 (oud) Rv.[147] Ook de voorschriften met betrekking tot de absolute competentie van de kantonrechter, zoals art. 38 en 39 R.O., zijn niet van openbare orde in de zin dat als het de rechtbank blijkt dat de kantonrechter bevoegd is en de exceptie van onbevoegdheid niet wordt opgeworpen, dat de rechtbank zich bevoegd moet achten (art. 157 (oud) Rv).[148]

Procesregels die wel van openbare orde zijn en die dus ambtshalve door de rechter toegepast moeten worden zijn: art. 2 Fw. (de relatieve bevoegdheid van de rechtbank tot het uitspreken van faillietverklaring),[149] art. 95 (oud) Rv (de rechter zal ambtshalve de nietigheid van de dagvaarding uitspreken als die door een onbevoegde deurwaarder is betekend),[150] de niet-inacht-

145 De Kanter 1928 p. 118; Scheltema 1940 p.6; Star Busmann 1955 p. 10, 179; Star Busmann/Rutten 1972 p. 13; Rutten 1943 p. 101; Veegens/Wiersma 1973 p. 29; Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332; Vriesendorp 1970 p. 173; Vriesendorp 1981 p. 64.

146 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 118.

147 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 28, 103; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.

148 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 23; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 82.

149 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 29; HR 18 jan 1983, NJ 1983, 465 (concl. A-G Franx; m.nt. BW).

150 Vgl. Rutten 1943 p. 94.

neming van wettelijke beroepstermijnen,[151] onbevoegdheid om als procespartij op te treden,[152] berusting in een vonnis (art. 334 (oud) Rv),[153] art. 1:203 lid 1 BW (de termijn waarbinnen de vordering tot de ontkenning van vaderschap ingesteld moet worden),[154] de voorschriften met betrekking tot de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter (art. 100 (oud) Rv),[155] de regels van relatieve competentie in appel[156] en de voorschriften met betrekking tot de absolute bevoegdheid van de rechtbank (art. 156 (oud) Rv).[157]

Mijns inziens is ook art. 157 (oud) Rv van openbare orde. De rechtbank zal zich immers bij een zaak die behoort tot de bevoegdheid van de kantonrechter en zonder dat de exceptie van onbevoegdheid wordt aangevoerd, op grond van art. 157 (oud) Rv ambtshalve bevoegd achten om deze zaak in hoogste ressort te beslissen. Dus ook zonder dat een van de partijen een beroep heeft gedaan op art. 157 (oud) Rv. Daarnaast is ook de vraag of een vonnis van de rechtbank volgens art. 157 (oud) Rv in hoogste ressort is gewezen en dus niet vatbaar is voor appel, een vraag van openbare orde.[158]

In deze paragraaf (§ 6.5) zal ik verder nog twee kwesties met betrekking tot de procesregels behandelen. Dit zijn:

1 de kwestie van het ambtshalve toepassen van procesregels en de rol van de openbare orde hierbij (§ 6.5.1); en
2 de vraag of art. 48 (oud) Rv zelf van openbare orde is (§ 6.5.2).

6.5.1 Het ambtshalve toepassen van procesregels en de openbare orde

Het is mijns inziens nog maar de vraag of de openbare orde het enig onderscheidend criterium is als het gaat om het al dan niet ambtshalve toepassen van procesregels. Niet al de procesregels die ambtshalve worden toegepast zijn ook van openbare orde. Bepaalde rechtsnormen worden ambtshalve toegepast zonder dat de openbare orde hiervoor de reden is.

Art. 48 (oud) Rv is wel het meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan. De rechtsnormen van art. 48 (oud) Rv zijn geen van allen van openbare orde,[159] maar toch vult de rechter ambtshalve niet-aangevoerde rechtsnormen aan en houdt hij zich ambtshalve aan het verbod om de feiten aan te vullen. Het is immers niet zo dat de rechter alleen dan geen feiten aan mag vullen

151 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, 205 (voor appeltermijnen); Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 41 en 203/204.
152 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103.
153 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, 204.
154 HR 17 sept. 1993, NJ 1994, 372 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. WHS en EAA onder NJ 1994, 373).
155 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 28; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.
156 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 29/30; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.
157 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 103, 175; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 76.
158 Zie noot WHH onder HR 24 apr. 1981, NJ 1981, 494 (concl. A-G Ten Kate;m.nt. WHH).
159 Zie § 6.5.2.

als een partij een beroep doet op het verbod om de feiten aan te vullen. Mijns inziens gaat het bij de regels van art. 48 (oud) Rv om procesregels die vanuit hun aard ambtshalve door de rechter worden toegepast.

Andere regels die naar hun aard door de rechter worden toegepast zijn geschreven en ongeschreven regels van bewijsrecht zoals de regels met betrekking tot de bewijslastverdeling en de bewijswaardering. De rechter past deze ambtshalve toe, maar deze regels zijn mijns inziens niet van openbare orde. De omstandigheid dat de rechter deze regels ambtshalve toepast vloeit voort uit het feit dat de taken van bewijslastverdeling en waardering aan de rechter zijn opgedragen in verband met zijn onpartijdige positie in het geding. Bewijslastverdeling en waardering kunnen naar hun aard niet aan partijen gezamenlijk dan wel een van hen worden opgedragen. Het ambtshalve toepassen van de regels volgt uit de positie van de rechter in het proces.

Een derde voorbeeld betreft de ambtshalve veroordeling in de proceskosten (art. 56 ev. (oud) Rv). De rechter zal ambtshalve een uitspraak over de proceskosten moeten doen, ook als dit niet door partijen is gevorderd.[160] Art. 56 (oud) Rv is echter niet van openbare orde.[161] Dit artikel is zelfs regelend recht, waarvan partijen kunnen afwijken.[162] Het is duidelijk dat de openbare orde niet de reden is dat de rechter zich ambtshalve uitspreekt over de verdeling van de proceskosten. Wat de achtergrond hiervoor wel is, is echter niet duidelijk.[163]

Het laatste voorbeeld dat ik wil noemen betreft de uitvoerbaar bij voorraad verklaring. Art. 52 (oud) Rv geeft de rechter de bevoegdheid om zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, maar slechts op vordering van de eiser.[164] In Rb. Alkmaar (Kort Geding) 10 sept. 1973[165] achtte de president zich bevoegd om het vonnis ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad te verklaren

> 'uit hoofde van wezen en strekking van het [kort geding], welke medebrengen, dat de door de urgentiegraad van de vordering geboden voorziening, welke de [president in kort geding] geeft, ook zo spoedig mogelijk wordt geëffectueerd".

160 HR 26 jan 1993, NJ 1993, p. 797; HR 28 nov. 1986, NJ 1987, 380 (concl. A-G Leijten; m.nt. WLH); Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 113/114; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 105; Burg. Rv. (Asser) art. 56, aant. 9.

161 Haardt 1945 p. 43; Vriesendorp diss. p. 60/61; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p.114.

162 HR 22 jan 1993, NJ 1993, 597 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS r.o. 3.2); Haardt 1945 p. 43; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 114.

163 Zie Vriesendorp 1970 p.60 t/m 62.

164 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 111; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 206; Burg. Rv. (Asser) art.52, aant. 3.

165 Rb. Alkmaar (Kort Geding) 10 sept. 1973, NJ 1974, 448.

De reden voor de ambtshalve toepassing wordt hier niet gezocht in de openbare orde, maar in de aard van de kort gedingprocedure.[166]

Het is misschien juister om slechts een onderscheid te maken tussen procesregels die ambtshalve worden toegepast en procesregels die niet ambtshalve worden toegepast. Als uitgangspunt geldt dan dat een procesregel wordt ingedeeld bij de procesregels die niet ambtshalve worden toegepast, tenzij er een reden is om deze in te delen bij de rechtsnormen die ambtshalve worden toegepast. Een van de gronden om procesregels ambtshalve toe te passen is dan de openbare orde. Het feit dat deze procesregels van openbare orde zijn, brengt de verdere gevolgen mee die bij de kwalificatie als een regel van openbare orde horen. Een partij kan bijvoorbeeld voor het eerst in cassatie klagen over het niet of verkeerd toepassen in eerste aanleg van een procesregel van openbare orde,[167] maar niet over een ambtshalve toe te passen procesregel die niet van openbare orde is.

6.5.2 Is art. 48 (oud) Rv van openbare orde?

Een interessante vraag is of art. 48 (oud) Rv zelf van openbare orde is. Het wordt wel betoogd dat art. 48 (oud) Rv van openbare orde is.[168] Toch is dit mijns inziens niet het geval, noch wat betreft het verbod om de feiten aan te vullen noch wat betreft de verplichting om ambtshalve het recht toe te passen.

Wat betreft het verbod om de feiten aan te vullen moet uit HR 31 mrt. 1978[169] worden afgeleid dat dit verbod niet van openbare orde is. In deze zaak oordeelde het hof in appel dat de rechtbank in eerste instantie een feit aan de vordering ten grondslag had gelegd die door de eiser niet was gesteld. Op grond hiervan vernietigt het hof de bestreden uitspraak.[170] De Hoge Raad beslist dat het hof met deze beslissing buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden aangezien geen enkele grief een klacht over deze schending bevatte.[171] Blijkbaar rechtvaardigt een schending van het verbod om de feiten aan te vullen niet een vernietiging buiten de grieven om. Aangezien rechtsnormen van openbare orde dit wel zouden hebben gerechtvaardigd, betekent dit dat het verbod om de feiten aan te vullen niet van openbare orde kan zijn.[172]

---

166 Het is onduidelijk of de rechter in kort geding ook onder het huidig procesrecht nog bevoegd is om het vonnis ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad te verklaren (zie Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 285; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 133).

167 Zie bijvoorbeeld HR 24 mei 1996, NJ 1996, 538 (concl. A-G Vranken).

168 Vriesendorp 1981 p. 79; Heemskerk in zijn noot onder HR 31 mrt. 1978, NJ 1978, 467 (A-G Ten Kate; m.nt. WHH); Langemeijer in zijn conclusie bij HR 5 mei 1950, NJ 1950, 648 (concl. A-G Langemeijer); Pels Rijcken 1983 p. 178.

169 HR 31 mrt. 1978, NJ 1978, 467 (A-G Ten Kate; m.nt. WHH).

170 overwegingen 8 t/m 12 van het Gerechtshof.

171 laatste Overweging van de Hoge Raad.

172 Vgl. Ras 1992 p. 57; Mostermans 1996 p. 88; Snijders & Wendels 1999 p. 197.

Wat betreft de plicht om ambtshalve het recht toe te passen is art. 48 (oud) Rv ook in deze zin niet van openbare orde.[173] De mate waarin het aanvullen van de rechtsgronden wordt begrensd, past niet bij een rechtsnorm van openbare orde. Rechtsnormen van openbare orde zijn van groot belang en moeten worden toegepast als zij van toepassing zijn, zo nodig tegen de wensen van partijen in en eventuele begrenzingen opzij schuivend. Dit is duidelijk niet het geval bij de plicht om de rechtsgronden aan te vullen.

Daarnaast zou het feit dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen van openbare orde is, betekenen dat alle toepasselijke rechtsnormen aangevuld zouden moeten worden, ongeacht de verdere status van die rechtsnormen. Dus ook rechtsmiddelen en regelend recht. Het zou ook betekenen dat de appelrechter ambtshalve het gehele bestreden vonnis moet beoordelen op terechte en onterechte gevallen van aanvullen van de rechtsgronden, zo nodig buiten de grieven om. Dit was onder het oude systeem van het burgerlijk procesrecht duidelijk niet het geval.

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen krijgt de status van de onderliggende aan te vullen rechtsnorm. De plicht om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen is slechts van openbare orde als de betrokken rechtsnorm van openbare orde is.[174]

173 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 195; Mostermans 1996 p. 88/89; Ras 1992 p. 52; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332.

174 Vgl. Snijders & Wendels 1999 p. 195; Mostermans 1996 p. 88/89; Ras 1992 p. 52; van Rossem/Cleveringa 1972 p. 332.

8 Het verbod om de feiten aan te vullen

1 Inleiding

Een van de redenen om de bevoegdheid om de feiten aan te vullen op te nemen in art. 8:69 Awb is geweest om aan te geven dat het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv niet met de codificatie van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen is overgenomen in het bestuursprocesrecht. Naast eventuele andere betekenissen heeft art. 8:69 lid 3 Awb dus ook de functie om de idee van een burgerlijk procesrechtelijk verbod om de feiten aan te vullen in het bestuursprocesrecht te weerleggen. De vraag is dus waartegen art. 8:69 lid 3 Awb zich afzet.

Gegeven deze achtergrond zal duidelijk zijn dat dit hoofdstuk geen volledige behandeling vormt van alle aspecten van het verbod om de feiten aan te vullen en de uitzonderingen hierop. De behandeling is er meer op gericht om het concept van het verbod weer te geven, dan om weer te geven hoe dit verbod in het burgerlijk procesrecht is uitgewerkt. Met name de uitzonderingen op het verbod worden verkort weergegeven aangezien deze niet van belang zijn voor het bestuursprocesrecht. Het feit dat de burgerlijke rechter een bepaald type feiten mag aanvullen is immers niet van belang voor een procesrecht waar de rechter sowieso feiten mag aanvullen.

Ik zal beginnen met een beschrijving van wat onder het verbod om de feiten aan te vullen valt (§ 2). Vervolgens zal ik ingaan op enkele typen feiten die in het burgerlijk proces worden onderscheiden en de gevolgen hiervan voor het verbod om de feiten aan te vullen: notoire feiten en algemene ervaringsregels (§ 3.1), eigen wetenschap van de rechter (§ 3.2) en processuele feiten (§ 3.3). Als laatste zal ik kort ingaan op een aantal handelingen met betrekking tot de feiten die de burgerlijke rechter wel zijn toegestaan (§ 4).

2 De handelingen die vallen onder het verbod om de feiten aan te vullen

De gedachte om in art. 48 (oud) Rv een verbod om de feiten aan te vullen te lezen is in 1905 geïntroduceerd door Koksma. In zijn artikel 'Art. 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering' schrijft hij:

> "Niet op het tweede gedeelte van het woord *rechtsgronden*, ter onderscheiding van rechts*gronden*, die de rechter wél, in tegenstelling van rechts*middelen*, die hij niet mag aanvullen, moet waarschijnlijk de klemtoon vallen, maar de nadruk zal veeleer behooren te worden gelegd op de eerste lettergreep, ter onderscheiding van *quae facti* van *quae juris sunt*, van *moyens de fait* en *moyens de droit*, van *rechts*gronden en *feitelijke* gronden;"

Deze interpretatie wordt opgepikt en is rond 1928 geldend recht geworden.[1] Deze interpretatie van art. 48 (oud) Rv is gebaseerd op een op de lijdelijkheid gebaseerde a-contrario redenering:[2] aangezien art. 48 (oud) Rv de rechter slechts de bevoegdheid geeft om de rechtsgronden aan te vullen én de rechter lijdelijk is, en dus niet mag handelen zonder een specifieke bevoegdheid,[3] houdt art. 48 (oud) Rv in dat de rechter geen feiten mag aanvullen. Dat dit verbod uit art. 48 (oud) Rv kan worden afgeleid, is niet onbestreden gebleven,[4] maar hieraan wordt niet de conclusie verbonden dat er dus geen verbod is voor de rechter om de feiten aan te vullen.

Sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988 wordt dit onderwerp ook beheerst door art. 176 lid 1 (oud) Rv. Het verbod om de feiten aan te vullen wordt (ook) gelezen in de eerste volzin van dit artikel.[5] Zoals bij 48 (oud) Rv geldt ook hier dat art. 176 (oud) Rv volgens de tekst de rechter niet verbiedt om de feiten aan te vullen. Dit artikel bepaalt dat de rechter wordt beperkt tot de feiten die gesteld worden en de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Door wie de feiten gesteld moeten worden, vermeldt art. 176 (oud) Rv niet. Met een op de partij-autonomie gebaseerde interpretatie kan het verbod hier wel in gelezen worden.

Opmerkelijk is dat de wetgever tot 1988 niet de keuze heeft gemaakt om een verbod om de feiten aan te vullen op te nemen in de wetgeving, maar dat er op een gegeven moment een consensus is ontstaan tussen juristen dat er een verbod om de feiten aan te vullen bestaat en dat dit verbod gelezen kan worden in art. 48 (oud) Rv. In feite heeft de wetgever ook in 1988 deze keuze niet gemaakt, maar simpelweg dit verbod, of althans een aspect daarvan, overgenomen van de juridische consensus waarop het verbod tot dan toe was gebaseerd.

Wat betreft dit verbod om de feiten aan te vullen, kunnen mijns inziens vier regels onderscheiden worden. Ten eerste mag de rechter zelf geen feiten

---

1 Zie hiervoor Vriesendorp 1970 p. 37-39 en Vriesendorp 1981 p. 3-6; verder ook Rutten 1943 p. 96.

2 Vgl. Pels Rijcken 1983 p. 163 en 1987 (I) p. 76; Star Busmann/Rutten 1972 p. 170; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 8.

3 Zeker wat het terrein van de feiten betreft.

4 Rutten 1943 p. 96; Pels Rijcken 1983 p. 163.

5 Art. 176 lid 1 Rv: 'Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding te zijner kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze en de volgende afdelingen zijn komen vast te staan.'

in het geding brengen (§ 2.1). Ten tweede mag de rechter niet de feitelijke gronden van de vordering of het verweer aanvullen (§ 2.2). Ten derde mag de rechter alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten (§ 2.3). Ten vierde mag de rechter de feiten niet impliciet aanvullen door een rechtsnorm toe te passen waarvoor de benodigde feiten niet vaststaan (§ 2.4).

2.1 De rechter mag zelf geen feiten in het geding brengen

Het verbod om de feiten aan te vullen houdt ten eerste in dat de rechter zelf geen feiten in het geding mag brengen. Het is in beginsel voorbehouden aan partijen om de feiten aan te voeren.[6]

Dit betekent niet dat de rechter de feitelijke grondslag zoals partijen die aanvoeren zonder meer moet accepteren of dat hij geen invloed kan uitoefenen op de samenstelling van de feitelijke grondslag. Zoals gesteld bij de behandeling van de lijdelijkheid en de partij-autonomie moet de 'waarheid' zoals die in het proces komt vast te staan zoveel mogelijk overeenkomen met het werkelijk gebeurde[7] en beschikt de rechter over vele bevoegdheden om de samenstelling van de feitelijke grondslag te beïnvloeden (zie hoofdstuk 3 § 6).

Het wordt wel gesteld dat het verbod om feiten aan te voeren inhoudt dat de rechter niet zelfstandig en inquisitoriaal op het onderzoek der feiten mag uitgaan.[8] Deze stelling is onjuist in de zin dat de rechter zich ten processe terughoudend zou moeten opstellen met betrekking tot de feiten. Dit is bij de behandeling van de partij-autonomie en de lijdelijkheid al vastgesteld (zie hoofdstuk 3 § 6).

Deze stelling is echter juist in de zin dat de rechter niet zelf, buiten het geding om een onderzoek mag instellen naar hetgeen (werkelijk) is gebeurd, om vervolgens deze feiten in te brengen. Hij is beperkt tot de door partijen aangevoerde feiten en zijn processuele bevoegdheden. De rechter mag dus zelfstandig en inquisitoriaal op het onderzoek der feiten uitgaan, maar wel binnen de grenzen van het geschil en gebruik makend van de bevoegdheden die het procesrecht hem biedt.

Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter zich te zelfstandig en inquisitoriaal opstelde, is te zien in HR 18 dec. 1987.[9] De vraag was of de gehuurde ruimte in kwestie gekwalificeerd moest worden als bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 (oud) BW. In het kader hiervan houdt de rechtbank door

---

6 Vgl. Scheltema 1940 p. 9; Wesseling-van Gent 1987 p. 93; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39.

7 Asser 1991 p. 2-4; Bosch-Boesjes 1991 p. 144; Jongbloed 1994 p. 57; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 9; Beijer/Dam-Lely/Kung Fen Chung/Meijer/Nauta/Wentink 1997 p. 11; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 7.

8 Zie Rutten 1943 p. 98 en vgl. Asser 1991 p. 3.

9 HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 679 (concl. A-G Leijten; m.nt. WHH).

middel van een van haar leden op twee verschillende tijdstippen een niet-officiële bezichtiging ter plaatse. Op basis hiervan komt de rechtbank tot de conclusie dat er geen sprake is van bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 (oud) BW. Het betreffende onderdeel van het vonnis wordt vernietigd op de grond dat een dergelijke niet-officiële bezichtiging zich niet verdraagt met de wettelijke regeling der gerechtelijke plaatsopneming, 'welke de nodige waarborgen biedt voor controle en bespreekbaarheid door pp.'. Deze vernietiging wordt gebaseerd op het beginsel van hoor en wederhoor. De rechter schendt hier echter ook het verbod om de feiten aan te vullen: hij gaat buiten het geding om op zoek naar de feiten met betrekking tot de feitelijke situatie en brengt die zelf in in het geding.

Overigens is deze uitspraak een mooi voorbeeld van de toenemende invloed van het beginsel van hoor en wederhoor op het onderwerp van art. 48 (oud) Rv. Het probleem hier is niet dat de rechter in strijd met de lijdelijkheid en de partij-autonomie de feiten heeft aangevuld, maar dat het beginsel van hoor en wederhoor bij de onderhavige handelswijze in het gedrang komt.

2.2 De rechter mag niet de feitelijke gronden van de vordering of het verweer aanvullen

De rechter moet bij het beoordelen van de toewijsbaarheid van de vordering blijven binnen de rechtsstrijd zoals deze door partijen is uiteengezet. De grenzen van de rechtsstrijd worden enerzijds bepaald door hetgeen de eiser vordert en anderzijds door de feitelijke gronden die de partijen ten grondslag leggen aan hun vordering respectievelijk verweer. De rechter is beperkt tot deze feitelijke gronden.[10]

Dit betekent dat zelfs als uit de vaststaande feiten blijkt dat de vordering kan worden toegewezen, deze toch niet mag worden toegewezen als de feitelijke grond die deze feiten opleveren niet ten grondslag is gelegd aan de vordering. Hetzelfde geldt voor het verweer: als uit de feiten blijkt dat de vordering moet worden afgewezen, maar het betreffende feitelijk verweer niet door de verweerder is aangevoerd, zal de rechter de vordering niet op dit verweer mogen afwijzen. Als bijvoorbeeld uit de feiten blijkt dat er sprake was van overmacht maar de verweerder slechts als verweer heeft gevoerd dat hij al aan de verbintenis heeft voldaan, mag de rechter de vordering niet afwijzen op grond van overmacht. Hij mag dit feitelijk verweer, dat de tekortkoming gedaagde niet kan worden toegerekend, niet aanvullen ook al staan de feiten hiervoor vast.

---

10 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102; Vriesendorp 1970 p. 86; HR 19 jan. 1951, NJ 1951, 141 (concl. P-G Berger) p. 275 (linkerkolom); M.M.M. Tillema, 'Kroniek. Dagvaardingsprocedure in eerste aanleg', TCR 1996-1, p. 14; Rutten 1943 p. 99.

Partijen, ook zonder rechtsbijstand, moeten bepaalde gronden kiezen met als gevolg dat zij de rechtsstrijd hiertoe beperken. Welke feitelijke gronden partijen aanvoeren is een kwestie van interpretatie, maar het is niet nodig dat juridische termen of rechtsnormen worden gebruikt.

Voorbeelden van de werking van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden zijn te zien in de volgende arresten:

- HR 1 okt. 1993, NJ 1994, 62 (concl. A-G Strikwerda): Eiser, huurder van ruimte met een woongedeelte en een bedrijfsgedeelte, vordert een verklaring voor recht dat vanaf het begin voor het bedrijfsgedeelte geen huur verschuldigd is, althans geen hogere huurprijs dan *f* 123,– per maand en terugbetaling van het teveel gevorderde. Hij baseert zijn vordering op de feitelijke grond dat het bedrijfsgedeelte niet geschikt is voor het gebruik waartoe het bij overeenkomst was bestemd en de verweerder dusdoende wanprestatie heeft gepleegd. De rechtbank wijst de vordering toe op de feitelijke grond dat het pand in zijn totaliteit als woning aangemerkt moest worden en dat de prijs voor het bedrijfsgedeelte is inbegrepen in de huur voor het woongedeelte. Deze feitelijke grond (huurprijs) was echter niet de feitelijke grond waarop de vordering was gebaseerd (wanprestatie), zodat de rechter in strijd met art. 48 (oud) Rv de feitelijke gronden had aangevuld.[11]
- HR 29 sept. 1995, NJ 1996, 90 (concl.A-G Koopmans): De eiser baseerde zijn vordering op kennelijk onredelijk ontslag. De rechtbank is buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door de vordering toe te wijzen op de grond dat de dienstbetrekking zonder inachtneming van een opzegtermijn was beëindigd.[12]
- HR 13 okt. 1995, NJ 1996, 430 (concl. A-G Leijten; m.nt. HER en MS): De rechtbank had haar oordeel dat aan de opzegging door de huurster geen rechtsgevolg toekomt gebaseerd op de stellingen van partijen dat de opzegging louter bedoeld is als actiemiddel en uitdrukkelijk niet om inderdaad de huurovereenkomst te ontbinden en de standplaats te verlaten. Nu de verhuurster niet aan haar vorderingen ten grondslag had gelegd dat aan de opzegging geen rechtsgevolg toekomt omdat deze niet zou zijn bedoeld om de huurovereenkomst te beëindigen, heeft de rechtbank een feitelijke grond bijgebracht.[13]
- HR 29 sept. 1995, NJ 1998, 81 (concl. A-G Vranken; m.nt. CJHB): Nu het Gerechtshof de grondslag van de vordering als een dwaling in de feiten had opgevat, heeft zij terecht niet onderzocht of een beroep op de grondslag van een dwaling in het recht en/of benadeling in de zin van art. 1895

11 Ro. 3.4.
12 Ro. 3.4.
13 Ro. 3.2.3.

(oud) BW openstond.[14] Zij zou daarmee de grondslag van de vordering hebben aangevuld.

- HR 4 dec. 1998, NJ 1999, 269 (concl. A-G Langemeijer): Het hof in appel oordeelt dat het beroep op verjaring verworpen moet worden, nu uit overgelegde brieven blijkt dat het recht op betaling door verweerder is erkend, waardoor een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen. En verder dat deze nieuwe termijn weer is gestuit door een brief van de schuldeiser waarin deze haar recht op nakoming voorbehoudt. Eiser had echter slechts aangevoerd dat de verjaring was gestuit door aanmaningen van de schuldeiser. Zij had niet aangevoerd dat de verjaring gestuit was door een erkenning door verweerder. Door deze feitelijke grond (erkenning door verweerder) toch ten grondslag te leggen aan haar oordeel, heeft het hof de feitelijke gronden aangevuld.[15]
- HR 3 jan. 1958, NJ 1958, 94 (concl. P-G Langemeijer): Eiser vordert schadevergoeding en legt hieraan ten grondslag dat verweerder wanprestatie heeft gepleegd door een te grote hoeveelheid peren in een koelcel op te slaan en door ten aanzien van de wijze van opslaan verschillende fouten te maken. Het Hof wees de vordering toe op de feitelijke grond dat de beslissende factoren voor het te vroeg rijpen van de peren is geweest het teveel ineens inbrengen en de staat waarin althans een deel van de peren verkeerde toen zij werden ingebracht, en dat verweerder daarom de peren niet of niet op deze wijze in de koelcel had moeten opnemen of althans dit niet had moeten doen zonder eiser er op merkzaam te maken dat zij gevaar liepen van een te vroeg rijp worden van de peren. Hierdoor heeft het Hof in strijd met art. 48 (oud) Rv de feitelijke gronden aangevuld.[16]

2.2.1 De achtergrond van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden

De achtergrond van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden is tweeledig. Ten eerste is deze beperking gegrond op de partij-autonomie. Partijen bepalen of en in hoeverre zij hun rechten zullen handhaven. Als een partij niet aangeeft dat hij een bepaald recht in wil roepen, moet de rechter dit respecteren. De bijbehorende feitelijke grond in kwestie mag niet ambtshalve worden aangevuld. Als een verweerder bijvoorbeeld geen beroep wil doen op overmacht, terwijl dit wel succesvol zou zijn, is dat zijn goed recht.

Ten tweede is dit verbod gegrond op het beginsel van hoor en wederhoor. De rechter mag een verweer niet aanvullen omdat het debat hierop niet was gericht en de wederpartij deze grond niet heeft kunnen bestrijden. Hier was ook geen reden toe. Als de verweerder bijvoorbeeld niet het feitelijke verweer

14 Ro. 3.2.1/3.2.2.
15 Ro. 3.4.
16 Ro. 260/261.

van overmacht aanvoert, is er geen reden voor de eiser om te betogen dat er geen sprake is van overmacht.

Het verbod lijkt in de hand te werken dat vorderingen ten onrechte worden afgewezen of toegewezen. De uitspraak zou immers anders zijn geweest als de belanghebbende partij maar alle feitelijke gronden had aangevoerd. Dit is echter niet geheel juist. Het debat is immers niet op dit punt gericht geweest. Het is goed mogelijk dat als de wederpartij dit punt had bestreden of als er nader onderzoek naar dit punt zou zijn geweest, de vordering of het verweer ook op deze aan te vullen feitelijke grond niet zou zijn geslaagd.[17] De verweerder heeft bijvoorbeeld het verweer van overmacht niet gevoerd, omdat hij weet dat de feiten een dergelijk verweer niet ondersteunen.

2.2.2 *De beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden en de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen*

Dit verbod om de feitelijke gronden aan te vullen vormt een aanzienlijke belemmering voor het aanvullen van de rechtsgronden, aangezien de rechter de rechtsgronden niet mag aanvullen als hij daarmee ook de feitelijke gronden zou aanvullen.[18] Als een vordering of verweer faalt op de aangevoerde rechtsgrondslag, is deze beperking vaak de reden dat een alternatieve rechtsgrondslag niet aangevuld kan worden. De voor die alternatieve rechtsgrondslag benodigde feitelijke grond is vaak niet aangevoerd.

Een voorbeeld hiervan is HR 18 april 1997.[19] De eiser vordert in deze zaak een bedrag van *f* 40.925 op grond van verrichte werkzaamheden. Deze vordering verpandt zij op een gegeven moment aan de ING-bank. In cassatie voert verweerder aan dat zodra de verweerder op de hoogte gesteld was van de verpanding, de eiser op grond van art. 3:246 lid 4 BW[20] de bevoegdheid tot inning van de vordering verloor. Het Gerechtshof had deze rechtsnorm ambtshalve moeten aanvullen en de vordering op grond hiervan moeten afwijzen.

De Hoge Raad verwerpt deze klacht op de grond dat nu de pandgever ook bevoegd blijft om na de mededeling aan de schuldenaar van de verpanding nakoming te eisen met toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter, en nu het Gerechtshof in de stellingen van verweerder niet een beroep heeft gelezen op het ontbreken van dergelijke toestemming

17 Vgl. Rutten 1943 p. 100.

18 Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2.

19 HR 18 apr. 1997, NJ 1997, 511 (A-G Vranken).

20 Art. 3:246 lid 1 BW: 'Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is medegedeeld.'
Art. 3:246 lid 4 BW: 'Na mededeling van de verpanding aan de schuldenaar kan de pandgever deze bevoegdheden slechts uitoefenen, indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft gekregen.'

en machtiging, het niet aan het hof vrijstond om eiser op deze grond ambtshalve niet-ontvankelijk te verklaren.[21]

Het is dus niet aan de eiser om te stellen dat zij de benodigde toestemming heeft, maar aan de verweerder om een beroep te doen op het ontbreken daarvan. Art. 3:246 lid 4 stelt dus niet een vereiste dat door de feiten vervuld moet worden, wil de vordering toegewezen kunnen worden, zoals bijvoorbeeld art. 6:163 het relativiteitsvereiste toevoegt aan de verdere eisen van art. 6:162 BW, maar geeft een verweer. Zelfs als komt vast te staan dat de pandgever zonder toestemming en machtiging procedeert, blijft de pandgever/eiser ontvankelijk. Pas als de verweerder het feitelijk verweer voert dat de eiser niet de vereiste toestemming of machtiging heeft en dit komt vast te staan, mag de rechter art. 3:246 lid 4 BW toepassen, en zo nodig ambtshalve aanvullen, en de pandgever/eiser niet ontvankelijk verklaren.

2.2.3 Aanvullen van de feitelijke gronden door partijen

Partijen zijn niet beperkt tot de dagvaarding of conclusie van eis respectievelijk de conclusie van antwoord om feitelijke gronden aan te voeren. Zij kunnen gedurende het proces verdere feitelijke gronden ten grondslag leggen aan hun vorderingen of verweer.[22] Deze mogelijkheid is echter niet onbegrensd.

Wijziging van de eis

Als de eiser nieuwe feitelijke gronden aanvoert, wordt dit gekwalificeerd als een wijzigen van de eis.[23] De mogelijkheid om een feitelijke grond aan te vullen wordt dan ook beperkt door art. 134 (oud) Rv. Dit betekent dat de verweerder zich tegen het aanvoeren van de nieuwe feitelijke grond kan verzetten, maar slechts op de gronden dat hij daardoor in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor onredelijk wordt vertraagd (art. 134 lid 2 (oud) Rv). Als de verweerder geen verzet instelt of het verzet niet wordt toegewezen, wordt verder geprocedeerd met de nieuwe feitelijke grond. De verweerder moet natuurlijk nog wel de gelegenheid krijgen om zich hiertegen te verdedigen.[24]

De eiser heeft niet de bevoegdheid om zijn eis te veranderen of te vermeerderen als een of meer van de gedaagden niet zijn verschenen (art. 134 lid 4 (oud) Rv). Dit betekent dat de eiser de feitelijke gronden van de vordering

21 Ro. 3.4.

22 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 75, 81/82; HR 8 mei 1953, NJ 1953, 552 (concl. Eggen) p. 891 rechterkolom; zie bijvoorbeeld HR 16 mrt. 1956, NJ 1958, 423 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. DJV onder NJ 1958, 424) p. 965 rechterkolom; HR 13 dec. 1963, NJ 1964, 145 (concl. Langemeijer); HR 14 nov. 1958, NJ 1959, 1 noot van LEHR p. 9.

23 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 78, 81; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 141; HR 8 mei 1953, NJ 1953, 552 (concl. A-G Eggen) p. 891 rechterkolom; HR 19 nov. 1971, NJ 1972, 62.

24 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 80/81; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 142.

dan niet mag aanvullen. In dit geval, of als het verzet wordt toegewezen, zal de eiser een aparte procedure kunnen beginnen om op grond van de nieuwe feitelijke grond te proberen de vordering alsnog toegewezen te krijgen.[25]

Concentratie van verweer

De mogelijkheid voor de verweerder om feitelijke gronden aan te voeren wordt ten eerste beperkt door de concentratie van verweer. Dit houdt in dat de verweerder bij zijn conclusie van antwoord alle exceptieve verweren en zijn antwoord ten principale tegelijk voor moet dragen op straffe van verval van de niet voorgedragen excepties en, als in het geheel niet ten principale is geantwoord, verval van het recht om dit te doen (art. 141 lid 2 (oud) Rv).[26] Exceptieve verweren zijn verweren die ertoe strekken dat de rechter op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen.[27] Alle andere verweren zullen als principaal verweer beschouwd moeten worden.[28] Voorbeelden van exceptieve verweren zijn: een beroep op onbevoegdheid, nietigheid van de dagvaarding en het verstreken zijn van een termijn voor verzet of hoger beroep.[29] Voorbeelden van principale verweren zijn: beroep op betaling of compensatie en een beroep op verjaring.[30]

De rechter mag geen rekening houden met exceptieve verweren die na de conclusie van antwoord worden aangevoerd, behalve als die pas later mogelijk zijn geworden.[31] Voor het verweer ten principale geldt dat zolang enig principaal verweer is gevoerd in de conclusie van antwoord, de verweerder nieuwe principale verweren mag aanvoeren na de conclusie van antwoord.[32]

Het systeem kent bepaalde uitzonderingen, zoals art. 141 lid 3 (oud) Rv. Deze rechtsnorm stelt dat partijen die in termen van beraad zijn, hun verweer kunnen beperken tot een beroep op dat exceptief verweer. Andere excepties en verweer ten principale mogen nog later worden aangevoerd.

De verweerder zal feitelijke gronden die gekwalificeerd moeten worden als exceptieve verweren dus niet na de conclusie van antwoord nog kunnen aanvoeren. Feitelijke gronden die gekwalificeerd moeten worden als principale verweren kan hij nog na de conclusie van antwoord aanvoeren, behalve als

25 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 142, 143.
26 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 123; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 75, 215.
27 HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER) ro. 3.3.
28 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 124.
29 Overw. 2.17 van de conclusie van Asser bij HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).
30 Overw. 2.17 van de conclusie van Asser bij HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).
31 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 123.
32 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 124; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 75.

in het geheel geen verweer ten principale is gevoerd in de conclusie van antwoord.

Gedekte verweren
De verweerder kan niet in appel een feitelijke grond als verweer aanvoeren als dit een gedekt verweer is (art. 348 (oud) Rv). Er is sprake van een gedekt verweer als de gedaagde het verweer in eerste aanleg willens en wetens heeft prijsgegeven.[33] Dit is een fout die niet in appel hersteld kan worden.

Een verweer wordt niet als gedekt beschouwd alleen omdat deze onverenigbaar is met de procesverhouding in eerste aanleg. Dit is slechts het geval als uit de procesverhouding ondubbelzinnig blijkt dat het verweer is prijsgegeven.[34] Ook de enkele omstandigheid dat een verweer niet eerder is gevoerd, brengt niet mee dat het verweer dus gedekt is.[35]

Een verweerder kan een verweer prijsgeven door een stelling van de eiser te erkennen. Een verweer gericht tegen deze erkende stelling wordt in dat geval als gedekt beschouwd.[36] Een voorbeeld hiervan is HR 8 juli 1991.[37] In casu maakte de erkenning door verweerder Hoeben van de stelling dat hij directeur was van Metaalhandel BV en Buizenhandel BV, dat het verweer dat hij geen directeur was van Buizenhandel BV als gedekt moest worden beschouwd.

2.2.4 Beperking van het aanvullen van feitelijke gronden door de goede procesorde

Voor zowel de eiser als de verweerder geldt dat de rechter een nieuwe feitelijke grond mag passeren als het aanvoeren van die feitelijke grond in strijd is met de goede procesorde.[38]

Het valt niet in zijn algemeenheid te zeggen wanneer een proceshandeling in strijd is met de goede procesorde. Toch kan er wel iets over gezegd worden. Er is ten eerste sprake van strijd met de goede procesorde als er geen gelegenheid meer is voor de wederpartij om adequaat op het nieuwe verweer te reageren.[39] Verder is er sprake van strijd met de goede procesorde als het verweer onaanvaardbaar laat in het geding is gebracht.[40] Het kan bijvoorbeeld te laat zijn omdat het verweer een nader feitelijk onderzoek zou vergen,

33 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 223; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 214/215.
34 HR 19 jan. 1996, NJ 1996, 709 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS).
35 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 215.
36 Vgl. overw. 2.9 Concl. Asser bij HR 18 sep. 1992, NJ 1993, 48 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).
37 HR 8 juli 1991, NJ 1991, 765 (concl. A-G Mok).
38 Vgl. voor verweer Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 223.
39 Overw. 2a HJS in zijn noot onder HR 16 nov. 1990, NJ 1992, 84 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. HJS).
40 Overw. 2a HJS in zijn noot onder HR 16 nov. 1990, NJ 1992, 84 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. HJS); overw. 5 noot HER onder HR 22 okt. 1993, NJ 1994, 374 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

waarvoor in verband met de eisen van een goede procesorde geen plaats meer was.[41]

Het is onduidelijk in hoeverre het feit dat een verweer ook eerder in het geding gebracht had kunnen worden onder het oude recht een rol speelde. In beginsel betekent dit feit niet dat het nu aanvoeren van het verweer in strijd is met de goede procesorde.[42] Daarbij dient het appel om fouten te herstellen zodat het pas in appel aanvoeren van een verweer op zich moet zijn toegestaan. Dit brengt weer mee dat het toch behandelen van het laat aangevoerde verweer in eerste aanleg een appelprocedure kan voorkomen. Bijkomende factoren kunnen echter meebrengen dat een verweer is aangevoerd te lang nadat duidelijk werd dat het gevoerd kon worden. Dit zou mijns inziens meebrengen dat het verweer ook in appel niet gevoerd kan worden.

Onder het herziene burgerlijk procesrecht is de basisprocedure sterk verkort, zodat het moment naar voren is gehaald dat het aanvoeren van een feitelijke grond in strijd komt met de goede procesorde (zie verder hoofdstuk 9 § 4).

De goede procesorde kan zelfs de volgorde beïnvloeden waarin de verweerder verweren moet aanvoeren. De goede procesorde kan meebrengen dat een verweer niet meer aangevoerd kan worden als daarvoor een ander verweer al is gevoerd. Een voorbeeld hiervan is HR 18 sept. 1992.[43] De procureur van verweerder had erkend dat verweerder inderdaad de verzekeraar was van de objecten in kwestie. Verweerder voert het verweer dat de verzekeringsovereenkomst nietig is op grond van art. 251 K. Dit verweer faalt. Verweerder stelt appel in tegen dit vonnis en begint een désaveu-procedure tot ondeugdelijkverklaring van de erkenning door de procureur. In deze laatste procedure oordeelt de Hoge Raad in cassatie dat nu verweerder tijdens de procedure op de hoogte was van de gedane erkenning, zij niet eerst het resultaat van haar beroep op de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst op grond van art. 251 K mocht afwachten om pas na het eindvonnis, in een désaveu-procedure, een beroep te doen op het feit dat de erkenning zonder haar volmacht was gedaan en zo alsnog te kunnen aanvoeren dat zij niet de verzekeraar was. Een goede procesorde brengt mee dat het verweer dat zij niet de verzekeraar is, behandeld wordt vóór het verweer dat de verzekeringsovereenkomst nietig is.[44]

---

41 HR 13 juni 1986, NJ 1987, 680 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. JCS) ro. 3, zie ook overw. 9/10 A-G Ten Kate. Verdere voorbeelden zijn te vinden in HR 11 apr. 1986, NJ 1987, 433 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WHH) ro. 3.14; HR 13 nov. 1998, NJ 1999, 173 (Concl. A-G Strikwerda) ro. 3.3-3.5/ overw. Rb. 3.

42 Vgl. Vranken overw. 15 in zijn noot onder HR 26 mrt. 1993, NJ 1993, 613 (concl. A-G Vranken).

43 HR 18 sept. 1992, NJ 1993, 48 (concl. A-G Asser; m.nt. HER).

44 Deze uitspraak wordt door Vranken besproken in zijn conclusie bij HR 26 mrt 1993, NJ 1993, 613 (concl. A-G Vranken) in overw. 11 ev. Hierin bekritiseert hij de gang van zaken in HR 18 sept. 1992, NJ 1993, 48 (concl. A-G Asser; m.nt. HER) en betoogt dat het later aanvoeren van verweren niet te snel begrensd mag worden. Hij stelt voor de goede proces-

Het lijken vooral verweren te zijn die sneuvelen op grond van de goede procesorde. Het bovenstaande geldt echter evengoed voor door de eiser aangevoerde feitelijke gronden. Het verschil ligt waarschijnlijk hierin dat de feitelijke gronden die in strijd met de goede procesorde door de eiser worden aangevoerd vaak al buiten het geding blijven door het (geslaagde) verzet van verweerder op grond van art. 134 lid 4 (oud) Rv. Een beroep op strijd met de goede procesorde vervult in dit kader voor de eiser de functie die art. 134 lid 4 (oud) Rv heeft voor de verweerder.

2.2.5 *De beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden en rechtsnormen van openbare orde*

De rechter is niet beperkt tot aangevoerde feitelijke gronden als het gaat om de toepassing van rechtsnormen van openbare orde. De rechter is verplicht om deze rechtsnorm ambtshalve toe te passen zelfs als de belanghebbende partij de bijbehorende feitelijke grond niet heeft aangevoerd. Als bijvoorbeeld de kantonrechter constateert dat bij relatief onbevoegd is, moet hij zich ambtshalve onbevoegd verklaren. De rechtsnormen inzake de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter zijn immers van openbare orde (art. 100 (oud) Rv).[45]

Ook voor procesregels die de rechter ambtshalve moet toepassen geldt dat de rechter deze regels moet toepassen zelfs als de belanghebbende partij de bijbehorende feitelijke grond niet heeft aangevoerd. Dit ongeacht of de openbare orde de grondslag is voor de ambtshalve toepassing van de procesregel. Het feit dat de rechter de regel ambtshalve dient toe te passen, brengt al mee dat de regel moet worden toegepast ongeacht of de bijbehorende feitelijke grond is aangevoerd.

2.2.6 *Het aanvullen van feiten door partijen en het aanvullen van feitelijke gronden door partijen*

Het aanvoeren van nieuwe feiten tijdens de procedure is op zich niet gelijk te stellen met het aanvoeren van nadere feitelijke gronden. Het is echter mogelijk dat een partij door nieuwe feiten aan te voeren materieel ook een nieuwe feitelijke grond aanvoert. De rechter zal nu zeker rekening met deze feiten moeten houden in het kader van de al aangevoerde feitelijke gronden. Zij zijn immers in het geding gebracht. Voor zover deze feiten een nieuwe feitelijke grond opleveren, gelden echter de begrenzingen van het aanvoeren van nadere feitelijke gronden. De nieuwe feiten zullen moeten worden meegenomen, maar het is mogelijk dat de nieuwe feitelijke grond die zij opleveren

---

orde hier te relateren aan de belangen van de wederpartij en de taak van de rechter onder meer uit hoofde van art. 6 EVRM.

45 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 29; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 83.

buiten beschouwing moet worden gelaten bijvoorbeeld wegens strijd met de goede procesorde.

Het aanvoeren van nieuwe feiten die een nieuwe feitelijke grond opleveren is een geldige manier om een feitelijke grond aan te voeren. Dit hoeft ook niet uitdrukkelijk als zodanig te worden aangekondigd. Het probleem is echter duidelijk. Als een partij op een dergelijke indirecte wijze nadere feitelijke gronden aanvoert, komt dit niet altijd over als het aanvoeren van een nieuwe feitelijke grond. Voor de wederpartij betekent dit dat deze geen reden ziet om deze feitelijke grond te bestrijden en in geval van de verweerder geen reden ziet om het door art. 134 (oud) Rv vereiste verzet in te stellen.

Verder is het ook mogelijk dat de rechter het op deze wijze aanvoeren van een nieuwe feitelijke grond niet als zodanig herkent. De eiser loopt in een dergelijke geval het risico dat de rechter de vordering afwijst omdat hij niet de feitelijke gronden wil aanvullen. Terwijl als de eiser duidelijk de nieuwe feitelijk grond als zodanig had aangevoerd, de rechter de vordering mogelijkerwijs op grond hiervan had kunnen toewijzen. Hetzelfde geldt, vice versa, voor de verweerder en het afwijzen van de vordering.

2.2.7 De beperking tot de feitelijke gronden en de rechtsmiddelen

Het lijkt mij dat de regel dat de rechter beperkt is tot de feitelijke gronden het concept van rechtsmiddelen[46] overbodig maakt. De beperking die voortvloeit uit de kwalificatie van een rechtsnorm als rechtsmiddel valt samen met de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden. Als immers de feitelijke grond voor de toepassing van een rechtsnorm wordt aangevoerd is daarmee een beroep gedaan op toepassing van die rechtsnorm.

De rechter mag bijvoorbeeld geen rekening houden met het verjaard zijn van een vordering als de verweerder deze feitelijke grond niet heeft aangevoerd. De regel dat de rechter rechtsnormen inzake verjaring alleen mag toepassen als de belanghebbende partij een beroep daarop heeft gedaan, is dan overbodig. Met het aanvoeren van de feitelijke grond voor verjaring heeft de verweerder immers ook een beroep gedaan op verjaring.

2.3 De rechter mag alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten

Dit is de derde regel die bij het verbod om de feiten aan te vullen onderscheiden kan worden. De rechter mag zich bij het beoordelen van de vordering

46 Met rechtsmiddelen wordt hier bedoeld de rechtsnormen die de rechter alleen mag toepassen als de belanghebbende partij een beroep doet op de toepassing daarvan (zie hoofdstuk 7 § 6.2).

niet baseren op het 'feitelijke wereldgebeuren in volle omvang'.[47] Hij mag slechts rekening houden met de feiten die voldoen aan de vereisten die het procesrecht stelt. Deze feiten vormen de feitelijke grondslag. Onder het verbod om de feiten aan te vullen valt ook dat het de rechter verboden is om rekening te houden met feiten die niet aan de processuele vereisten voldoen.

Wat betreft de vereisten waaraan feiten moeten voldoen is het burgerlijk procesrecht sterk casuïstisch met als gevolg dat de literatuur en jurisprudentie vaak slechts een deel van het onderwerp verhaalt. Toch kan grofweg een systeem onderscheiden worden. Het burgerlijk procesrecht stelt drie vereisten waaraan een feit moet voldoen. Ten eerste moet een feit in het geding worden gebracht en wel op een door het procesrecht voorgeschreven wijze. Ten tweede moet er een beroep op het feit zijn gedaan. Ten derde moet het feit zijn komen vast te staan.

Ik zal hieronder op deze drie eisen ingaan, waarbij ik bij de bespreking van elke eis ervan uitga dat aan de andere twee eisen is voldaan.

2.3.1 De feiten moeten in het geding zijn gebracht

De vraag welke feiten in het geding zijn gebracht, wordt beheerst door art. 176 lid 1 (oud) Rv.[48] Op grond van deze bepaling mag de rechter slechts rekening houden met feiten die in het geding te zijner kennis zijn gekomen of zijn gesteld.[49] Ik zal eerst hieronder nader ingaan op deze twee categorieën feiten. Vervolgens zal ik twee regels behandelen waarin 'in het geding brengen' nader wordt uitgewerkt: ten eerste dat de feiten alleen dan geldig in het geding zijn gebracht als de geldende procesregels zijn gevolgd en ten tweede dat alleen feiten die in het huidige geding zijn ingebracht als ingebracht gelden. Als laatste komt het concept van gescheiden opgebouwde feitelijke grondslagen aan de orde.

De gestelde feiten

Met de gestelde feiten worden de feiten bedoeld die door de partijen zijn ingebracht. Dit zijn de feiten uit de dagvaarding en conclusies, maar ook alle andere feiten die in de loop van het geding door partijen worden aangevoerd zoals bijvoorbeeld tijdens comparities, in akten ter rolle en bij pleidooi.[50]

Hoewel art. 176 lid 1 (oud) Rv niet spreekt over partijen, wordt deze bepaling op grond van de partij-autonomie zo geïnterpreteerd dat het stellen van feiten beperkt is tot partijen. Dit betekent met name dat de rechter geen feiten in het geding mag brengen. Relevante feiten die de rechter, op welke

47 Scheltema 1940 p. 7.
48 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 81.
49 Dit is op zich geen wijziging ten opzichte van voor 1988: vgl. Van Rossem-Cleveringa 1972 p. 331.
50 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 126.

wijze dan ook, kent, kunnen niet door hem worden ingebracht en hij mag er derhalve geen rekening mee houden. Dit behoudens bijzondere bepalingen die de rechter de bevoegdheid geven om toch zelf feitelijk onderzoek te verrichten en het resultaat hiervan in te brengen, zoals bijvoorbeeld art. 8 BOPZ.[51]

De feiten die anderszins in het geding ter kennis van de rechter zijn gekomen
Dit is de restcategorie. Onder de feiten die anderszins ter kennis van de rechter zijn gekomen vallen de feiten die op een andere geldige wijze in het geding worden gebracht dan dat zij door partijen worden aangevoerd. Het gaat dan om feiten die naar voren komen tijdens de comparitie, getuigenverhoren, deskundigenberichten, bezichtigingen, demonstraties ten pleidooie etc. maar die niet door de partijen worden gesteld.[52] Voorbeelden van dergelijke feiten zijn de feiten in de uiteenzettingen en antwoorden van getuigen, deskundigen en dergelijke, maar ook feiten die blijken uit een tijdens een comparitie of pleidooi getoonde film,[53] uit geluidsbanden of uit de situatie tijdens een bezichtiging. De feiten die hierbij naar voren komen maken deel uit van de feitelijke grondslag en de rechter dient met deze feiten rekening te houden bij zijn beoordelingen.

In concreto gaat het bijvoorbeeld om de verklaring van de vertegenwoordiger van de Raad van de Kinderbescherming dat het netto gezinsinkomen *f* 2433,32 bedraagt[54] en de vaststelling dat een partij bij de comparitie van partijen bepaalde feiten heeft bevestigd en toegegeven.[55]

Het is niet zo dat feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen slechts kunnen dienen ter bewijs van de door partijen gestelde feiten. De rechter kan deze feiten direct ten grondslag leggen aan zijn beslissingen.[56] Wat dit betreft zijn de door partijen gestelde feiten en feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen gelijk. De wijze waarop het feit ter kennis van de rechter komt (gesteld door partijen of anderszins), heeft geen gevolgen voor de rol die het feit bij de beoordeling kan spelen. De term 'bewijsmiddelen' voor getuigenverhoren en deskundigenberichten is dus in zekere zin een onjuiste benaming aangezien deze middelen niet slechts gebruikt worden ter

51 Wet bijzondere opneming in psychiatrische ziekenhuizen.
52 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 5.
53 Zie bv. HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franx).
54 HR 30 mrt. 1979, NJ 1979, 510 (concl. Remmelink).
55 HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. Van Oosten).
56 Zie bijvoorbeeld: HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (A-G Franx): Het Gerechtshof baseerde haar uitspraak op gegevens die zij ontleende aan een tijdens pleidooi vertoonde film. HR 12 dec. 1997, NJ 1998, 224 (A-G Hartkamp): uit een door Wobouw aan Slokker toegezonden opdrachtbevestiging waarin stond dat was afgesproken dat Wobouw een werktekening aan Slokker zou zenden leidt het Gerechtshof af dat de werktekening is verzonden, er daarbij van uitgaand dat nu het tegendeel niet was gesteld of gebleken Wobouw zich aan de afspraak heeft gehouden. Zie verder ook HR 28 feb 1969, NJ 1969, 389 (concl. Van Oosten) en HR 17 sept. 1993, NJ 1993, 740 (A-G Hartkamp).

bewijs van door partijen gestelde feiten, maar ook voor breder feitelijk onderzoek.

Opmerkelijk in dit verband is HR 13 jan. 1995.[57] Het is hier van belang te weten dat een patiënt die onder narcose is gebracht in de uitslaapkamer twee fasen pleegt door te maken. Op grond van het deskundigenbericht acht het Gerechtshof bewezen dat patiënt Korver tijdens de eerste fase uit het bed is gevallen. Dit wordt in cassatie onder meer bestreden met de stelling dat een deskundigenbericht geen bewijsmiddel vormt, zodat zonder andere bewijsmiddelen ten onrechte doorslaggevende betekenis is toegekend aan het deskundigenbericht. De Hoge Raad verwerpt deze stelling nu uit art. 179 (oud) Rv volgt dat, gegeven dat de wet niet anders bepaalt, bewijs ook door een deskundigenbericht kan worden geleverd.

De omstandigheid dat 'bewijsmiddelen' veelal worden gebruikt voor feitelijk onderzoek, had hier tot gevolg dat de opsteller van de cassatiemiddelen was 'vergeten' dat een deskundigenbericht van oorsprong dient tot bewijs. Het wordt nog steeds onder bewijs behandeld in de literatuur[58] en de regeling van het deskundigenbericht staat in het herziene burgerlijk procesrecht in de afdeling bewijs.[59]

De rechter zal bij het gebruiken van de feiten die anderszins ter zijner kennis komen, moeten blijven binnen de rechtsstrijd zoals die door partijen is uiteengezet.[60] Hij kan aan deze feiten geen feitelijke gronden ontlenen die niet door partijen ten grondslag zijn gelegd aan hun vordering respectievelijk verweer[61] en mag slechts rekening houden met deze feiten binnen het kader van de beoordeling van de aangevoerde feitelijke gronden. Het is aan partijen om eventueel de grenzen van de rechtsstrijd uit te breiden.

Dit geldt in principe ook voor de feiten die door partijen worden aangevoerd. Ook deze feiten mag de rechter slechts gebruiken in het kader van de beoordeling van de door partijen aangevoerde feitelijke gronden. Een verschil is echter wel dat het aanvoeren van feiten door partijen geïnterpreteerd kan worden als het tegelijk ook aanvoeren van een nieuwe feitelijke grond, met alle beperkingen van dien (zie § 2.2.6). Dit is voor feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen niet het geval.

Niet in rapportage, toch in het geding gebracht.

Van processuele handelingen zoals bezichtigingen en comparities wordt meestal een vorm van schriftelijk rapport gemaakt. Het is mogelijk en zelfs waarschijnlijk dat niet alle feiten zijn opgenomen in dit rapport en dat de

57 HR 13 jan. 1995, NJ 1997, 175 (A-G Hartkamp; m.nt. CJHB).

58 Hugenholtz/Heemskerk 1998 nr. 134; Snijders, Ynzonides & Meijer nr. 228; De Groene Serie Privaatrecht.Burgerlijke Rechtsvordering.

59 Het deskundigenbericht wordt geregeld in § 6 van de Negende Afdeling.

60 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 127.

61 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Rutten 1943 p. 99.

rechter dus bepaalde feiten heeft waargenomen die niet zijn terug te vinden in de schriftelijke weergave van de proceshandeling in kwestie. De waarneming van de rechter heeft in dat geval voorrang boven het rapport.[62] Het feit dat de rechter het feit heeft waargenomen betekent dat dit feit in het geding is gebracht.

Dit geldt zowel voor door partijen gestelde feiten als de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Het is niet nodig dat als de partijen feiten aanvoeren buiten de stukken om, zoals bijvoorbeeld bij mondelinge behandelingen, getuigenverhoren, pleidooien of bezichtigingen, dat deze feiten teruggevonden moeten kunnen worden in een stuk, zoals een proces-verbaal. Het is voldoende dat de rechter het heeft waargenomen.[63] Zo mocht het Gerechtshof de vaststelling dat appellant bekend is geweest met een aanzienlijke toename van het bedrag dat door de erven in de vennootschap werd gestoken, baseren op het bij pleidooi gestelde dat 'geïntimeerde telkenjare een familiebijeenkomst belegde, waarbij hij (onder meer aan appellant) verslag deed van de financiële gang van zaken, en waarbij de jaarstukken van de vennootschap door de vennoten (waaronder appellant) werden goedgekeurd en getekend'. Ook al is het feit dat dit is gesteld nergens schriftelijk vastgelegd.[64]

Een voorbeeld in geval van feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen, is een ten pleidooie getoonde film.[65] Het tonen van de film is voldoende om hetgeen daarop is vastgelegd in het geding te brengen.

Volgens de procesregels inbrengen

Een feit is slechts dan geldig in het geding gebracht als dat feit volgens de procesregels wordt gesteld of ter kennis van de rechter komt.[66] Een feit dat weliswaar tijdens het proces naar voren komt, maar niet volgens de procesregels 'in het geding wordt gebracht', is niet geldig in het geding gebracht en mag niet door de rechter ten grondslag worden gelegd aan zijn beslissing. Dit komt erop neer dat als er een procedure is voorgeschreven voor de wijze waarop feiten worden ingebracht, deze procedure gevolgd zal moeten worden. Als deze niet wordt gevolgd, worden de betreffende feiten geacht niet te zijn ingebracht.

---

62 Vgl. HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. Van Oosten); HR 30 mrt 1979, NJ 1979, 510 (concl. A-G Remmelink); HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate, m.nt. WMK) ro. 3.1.

63 Vgl. HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate, m.nt. WMK) ro. 3.1.

64 HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate, m.nt. WMK); een ander voorbeeld is HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. Van Oosten) waarin de rechter vaststelt dat de eiser bij een inlichtingencomparitie bepaalde feiten heeft bevestigd en toegegeven. De rechter mocht deze feiten ten grondslag leggen aan zijn beslissing zonder dat het nodig dat dit werd vastgelegd in het proces-verbaal van de comparitie.

65 HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franx).

66 Vgl. Van Rossem/Cleveringa 1972 p. 331; Scheltema 1940 p. 8; Veegens/Wiersma 1973 p. 23.

Wat betreft sommige proceshandelingen zijn er niet veel procesregels, zodat gemakkelijk aan dit vereiste voldaan zal zijn. Voor de conclusies en comparitie bijvoorbeeld bestaan nauwelijks procesregels, zodat de feiten die hierbij worden aangevoerd al snel volgens de procesregels zijn ingebracht.

Voor andere proceshandelingen echter zijn duidelijke procedures voorgeschreven. Voor bijvoorbeeld het verhoren van getuigen gelden de regels van art. 189 ev. (oud) Rv, voor een deskundigenbericht gelden de regels van art. 221 ev. (oud) Rv en voor bezichtiging art. 226 (oud) Rv. De rechter mag alleen rekening houden met de feiten die bij deze proceshandelingen naar voren komen als de voorgeschreven procedure is gevolgd. Als een dergelijke procedure niet wordt gevolgd, worden de betreffende feiten geacht niet te zijn ingebracht en mag de rechter geen rekening houden met de feiten waarvan hij tijdens de proceshandeling kennis nam.

Slechts in uitzonderlijke gevallen kan een (aangepaste) procesregeling worden gecreëerd, zoals bij het horen van anonieme getuigen. Maar in verreweg de meeste gevallen zal de rechter het procesrecht moeten volgen.

Een voorbeeld van een zaak waarin de voorgeschreven procedure niet werd gevolgd is HR 18 dec. 1987.[67] De rechtbank had een niet-officiële bezichtiging gehouden dat wil zeggen dat een van de leden van de rechtbank buiten de procedure van art. 226 ev. (oud) Rv om langs was gegaan op de betrokken plaats om de feitelijke situatie te bekijken. De rechtbank heeft vervolgens deze feiten meegenomen bij het nemen van zijn beslissing. De Hoge Raad casseert op de grond dat deze handelswijze zich niet verdraagt met de wettelijke regeling der gerechtelijke plaatsopneming die de nodige waarborgen voor controle en bespreekbaarheid voor partijen omvat.[68] Aangezien er een procedure voor bezichtiging was voorgeschreven, moest deze gevolgd worden.

De vraag kan gesteld worden of aan het schenden van procesregels, zoals in het voorbeeld van de vorige alinea, altijd de consequentie moet worden verbonden dat de naar voren gekomen feiten buiten het geding moeten blijven. Of is er ruimte om toch rekening te houden met de betreffende feiten na het repareren van de fout? Dit is echter een kwestie die te ver gaat voor deze behandeling.

De feiten moeten in het huidige geding zijn ingebracht

De rechter mag slechts rekening houden met feiten die in het huidige geding zijn ingebracht. Feiten die in eerdere zaken zijn ingebracht en die de rechter slechts kent uit die eerdere zaken liggen buiten het huidige geding en hij mag ze dan ook niet meenemen bij zijn beslissing in de huidige zaak.[69] Als hij dat wel doet, vult hij de feiten aan in strijd met art. 176 en art. 48 (oud) Rv.[70]

67 HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 679 (concl. A-G Leijten; m.nt. WHH).
68 Ro. 3.2.
69 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 84.
70 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 125.

Als deze feiten ook in de huidige zaak worden ingebracht, mag hij er natuurlijk wel rekening mee houden.

Het is hierbij niet van belang dat het eerdere geding ging tussen dezelfde partijen en dezelfde inzet had. Deze feiten maken geen deel uit van het latere geding en de rechter mag hier geen rekening mee houden.[71] Een voorbeeld hiervan is HR 2 mei 1997.[72] De partijen hadden over dezelfde kwestie al een kort geding gevoerd waarin bij de memorie van grieven een kadastrale kaart was overgelegd. In het huidige geding maakt het Gerechtshof gebruik van deze kaart, die niet tot de stukken van dit latere geding behoort.[73] Dit is in strijd met art. 176 lid 1 (oud) Rv, nu de kaart in de huidige procedure niet is ingebracht.[74]

Een 'uitzondering' op deze regel is het geval dat de rechter de feiten kent uit de behandeling van een provisionele procedure in het kader van het huidige geding. Een provisionele vordering of verzoek, en de provisionele uitspraak daarop, maken deel uit van het hoofdgeding in de zin van art. 176 lid 1 (oud) Rv.[75] Dit betekent dat feiten die worden ingebracht in het kader van de behandeling van de provisionele vordering of verzoek geacht worden ook te zijn ingebracht in het geding waarin de hoofdvordering wordt beoordeeld.[76] Ook in het hoofdgeding zal de rechter dus rekening mogen houden met feiten die slechts in het kader van de provisionele vordering ter zijner kennis zijn gekomen.

Het verschil tussen het kort geding en de provisionele vordering is blijkbaar gelegen in het feit dat een kort geding niet zodanig is verbonden met de bodemprocedure dat het kort geding beschouwd moet worden als een deel van de bodemprocedure in de zin van art. 176 lid 1 (oud) Rv.[77] Dit in tegenstelling tot de provisionele procedure.[78]

Gescheiden feitelijke grondslagen

Het concept van gescheiden feitelijke grondslagen houdt in dat een feit dat is gesteld door partij A niet geldt als een feit dat is gesteld door partij B, behalve als partij B het feit in een feitelijke instantie tot de zijne maakt.[79]

---

71 Vgl. R.J.B. Boonekamp, Kronieken.Bewijsrecht, TCR 1997-4, p. 86-87.; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 5; HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. Asser;m.nt. WMK) ro. 3.4.2 en 3.4.3.

72 HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. Asser; m.nt. WMK).

73 Zie overw. 6.5 van het Gerechtshof hof.

74 Ro. 3.4.2.

75 HR 16 nov. 1990, NJ 1992, 84 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. HJS); vgl. R.J.B. Boonekamp, Kronieken.Bewijsrecht, TCR 1997-4, p. 86-87; HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. A-G Asser; m.nt. WMK) ro. 3.4.3.

76 Vgl. G.R. Rutgers/J.E. Bosch-Boesjes, Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, WPNR-1995, p. 77; Burg. Rv. (Asser) art. 176, aant 5 (slot).

77 HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (concl. Asser; m.nt. WMK) ro. 3.4.3; concl. ro. 2.5.

78 Zie de noot van HJS onder NJ 1992, 84 overw. 1b.; zie voor de provisionele vordering Hugenholtz/Heemskerk 1998 nr. 153; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 272/273.

79 Pels Rijcken 1983 p. 163; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7.

Partijen bouwen als het ware twee gescheiden feitelijke grondslagen op. Een gevolg hiervan is dat de rechter een rechtsnorm, aangevuld dan wel aangevoerd, niet ten gunste van partij B mag toepassen op grond van een door partij A gesteld feit.

De regel van gescheiden feitelijke grondslagen heeft belangrijke consequenties voor de rechter en voor partijen. Gegeven deze gevolgen is het vreemd dat deze regel nauwelijks wordt besproken in de literatuur. Buiten de genoemde bronnen wordt deze regel niet (duidelijk) genoemd. Ook een bestudering van de jurisprudentie laat geen duidelijk beeld zien van het al dan niet bestaan van deze regel. Maar de meer recente jurisprudentie spreekt het bestaan dan wel toepassing van deze regel wel tegen.[80]

Hier is met name van belang het arrest van HR 12 dec. 1997.[81] In cassatie verwijt eiseres het Gerechtshof dat deze in haar oordeel rekening heeft gehouden met vier omstandigheden waar verweerder geen beroep op had gedaan. In ieder geval één van die omstandigheden was zelfs door eiseres in het geding gebracht. De Hoge Raad overweegt:

> "Deze algemene klacht van het onderdeel ziet eraan voorbij dat het de rechter vrijstaat, binnen de grenzen van de rechtsstrijd, alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beoordeling van het hem voorgelegde punt van geschil te betrekken, en dat de rechter bij die beoordeling niet is beperkt tot de feiten en omstandigheden die door ieder van de partijen voor het door haar ingeroepen rechtsgevolg zijn aangevoerd."[82]

Ik ben dan ook van mening dat de regel van gescheiden feitelijke grondslagen in het procesrecht voor de herziening en ook in het huidige procesrecht geen toepassing meer vindt. Voor de volledigheid, wil ik nog het volgende hierover toevoegen.

De rechter mag de feiten die hem anderszins ter kennis komen zowel ten grondslag leggen aan de vorderingen als aan de verweren. Het gaat hier om de feiten aangedragen door getuigen en deskundigen, maar ook om de antwoorden op vragen van de rechter en stukken die op zijn verzoek worden overgelegd. Wat deze feiten betreft is er in ieder geval geen scheiding van

---

80 Arresten die de regel steunen: Vranken noemt de regel in zijn conclusie bij HR 11 dec. 1992, NJ 1993, 139 (concl. A-G Vranken). Hij haalt daarin HR 24 mei 1991, NJ 1991, 706 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS) aan waaruit mijns inziens echter niet van gescheiden feitelijke grondslagen blijkt; A-G Koopmans noemt de regel wel weer in het aangehaalde arrest en noemt nu twee andere arresten: HR 30 okt. 1981, NJ 1982, 436 (A-G Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB), waar de Hoge Raad de regel inderdaad lijkt toe te passen, en HR 13 nov. 1987, NJ 1988, 941 (concl. A-G Mok; m.nt. WLH), die betrekking heeft op het aanvullen van feitelijke gronden. Arresten die de regel tegenspreken: HR 7 apr. 1995, NJ 1995, 681 (A-G Koopmans; m.nt. PAS), HR 14 nov. 1997, NJ 1998, 149 (A-G De Vries Lentsch-Kostense) en HR 12 dec. 1997, NJ 1998, 224 (A-G Hartkamp).

81 HR 12 dec. 1997, NJ 1998, 224 (A-G Hartkamp).

82 Overweging 3.5.

feitelijke grondslagen. Ervan uitgaand dat de genoemde scheiding inderdaad bestaat, beoordeelt de rechter de vordering op grond van de door de eiser gestelde feiten en alle feiten die hem anderszins ter kennis zijn gekomen. De verweren beoordeelt hij op grond van de door de verweerder gestelde feiten en alle feiten die hem anderszins ter kennis zijn gekomen.

Voor zover de regel van gescheiden feitelijke grondslagen (nog) bestaat, wordt zij opzij gezet als het gaat om de (ambtshalve) toepassing van rechtsnormen van openbare orde.[83] De rechter moet in ieder geval bij de toepassing van deze rechtsnormen alle in het geding gebrachte feiten meenemen, ongeacht door wie een feit in het geding is gebracht.

Het behoort tot de mogelijkheden dat een partij een feit gesteld door de wederpartij 'tot de zijne maakt.' Het maakt daardoor ook deel uit van zijn feitelijke grondslag. De vraag is wanneer een partij een feit tot de zijne heeft gemaakt. Noch de literatuur noch de jurisprudentie geven duidelijke aanwijzingen voor de beantwoording van deze vraag. Het gaat mij wat ver dat partijen elkaars feiten zouden moeten herhalen. Ervan uitgaande dat partijen geacht moeten worden in hun beste belang te handelen behoudens aanwijzingen voor het tegengestelde, is de stelling verdedigbaar dat een partij geacht moet worden de door de wederpartij gestelde feiten die voor zijn gronden van belang zijn tot de zijne te hebben gemaakt, behalve als zij het tegengestelde heeft aangegeven. Dit heeft echter tot gevolg dat de scheiding van de feitelijke grondslagen de facto wordt opgeheven. Beide partijen worden geacht een beroep te hebben gedaan op de door de ander gestelde feiten voor zover zij daar belang bij hebben, waarbij zij in principe de mogelijkheid hebben om een feit uit te sluiten.

2.3.2 De eis dat een beroep moet zijn gedaan op feiten

Het tweede vereiste dat aan feiten wordt gesteld, is dat partijen een beroep op de feiten moeten hebben gedaan. Feiten waar geen beroep op is gedaan mag de rechter niet ten grondslag leggen aan zijn beslissing, ook al zijn die feiten wel in het geding gebracht. Doet hij dit toch, dan vult hij de feiten aan.[84]

De vraag is nu wat het betekent dat partijen een beroep moeten doen op feiten. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de feiten die door partijen worden gesteld en de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen.

---

83 Vgl. overw. 6 A-G Koopmans in zijn conclusie bij HR 24 mei 1991, NJ 1991, 706 (concl. A-G Koopmans; m.nt. PAS); overw. 9 A-G Vranken in zijn conclusie bij HR 11 dec. 1992, NJ 1993, 139 (A-G Vranken).

84 Vriesendorp 1970 p. 45, 56/57; Vriesendorp 1979 p. 122; Vriesendorp 1981 p. 14; Burg.Rv. (Asser) art. 48, aant. 2; Rutten 1945 p. 98; Pels Rijcken I 1987 p. 76; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38/39.

Door partijen gestelde feiten

De achtergrond van deze eis is het contradictoire karakter van het burgerlijk proces en het beginsel van hoor en wederhoor.[85] Het moet voor de wederpartij duidelijk zijn welke van de ingebrachte feiten ten grondslag zijn gelegd aan de vordering of het verweer, en welke feiten hij dus moet bestrijden. De rechter mag derhalve alleen rekening houden met de feiten waarbij dit duidelijk is. De eis dat een beroep moet zijn gedaan op een feit betekent dus uiteindelijk dat het feit op een zodanige wijze moet worden ingebracht dat duidelijk is voor de rechter en de wederpartij dat dit feit ten grondslag wordt gelegd aan de vordering of het verweer.[86]

De eis van 'een beroep doen' op de feiten is niet een aparte handeling naast het inbrengen van het feit, maar heeft betekenis voor de wijze waarop het feit wordt ingebracht. Bij de feiten die de partijen mondeling dan wel schriftelijk aanvoeren zullen zij de bedoeling hebben deze ten grondslag te leggen aan hun vordering of verweer, en zal dit ook duidelijk zijn. Van de wederpartij mag ook wel verwacht worden dat deze oplet. Het is dan ook beter te stellen dat een partij een beroep doet op de feiten die hij aanvoert, tenzij het feit niet duidelijk ten grondslag is gelegd aan de vordering of het verweer.

Het vereiste van een beroep heeft voornamelijk gevolgen als stukken zoals dossiers of overeenkomsten worden ingebracht. Het simpelweg overleggen van de stukken is dan niet voldoende om daarmee alle vermelde feiten of clausules ten grondslag te leggen aan de vordering of verweer. De betreffende partij zal duidelijk moeten aangeven op welke delen van het stuk hij een beroep wil doen. De rechter mag geen rekening houden met feiten of clausules waarop de partij geen beroep heeft gedaan.[87]

Een voorbeeld hiervan is HR 23 okt. 1992.[88] Eiser had het strafdossier waarin hij werd vrijgesproken overgelegd. In cassatie klaagt hij dat het Gerechtshof geen rekening heeft gehouden met de in dat dossier opgenomen verklaring van eiser dat hij rond 20.20 uur in Amsterdam was aangekomen. De Hoge Raad verwerpt deze klacht op grond van de volgende overweging:

> 'Het onderdeel miskent dat, ook al is een voor een civiele procedure van belang zijnd strafdossier in het geding gebracht, dit het hof niet noopte alle daarin vermelde feiten en omstandigheden zonder meer als door partijen aan hun standpunten ten grondslag gelegde stellingen aan te merken. De partij die een beroep wil doen op zodanige feiten en omstandigheden, dient dit op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden

85 Vgl. Vriesendorp 1981 p. 14.

86 Vgl. HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser) ro. 3.5; Bosch-Boesjes 1991 p. 125/126.

87 Vgl. HR 26 apr. 1968, NJ 1969, 19 (concl. A-G Van Oosten; noot HD) in 'ten aanzien van het primaire onderdeel van het middel'; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38/39; HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser); HR 21 jan 1944, NJ 1944, 176 (concl. P-G Wijnveldt).

88 HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser).

voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen hij zich dient te verweren. Een andere opvatting zou in strijd komen met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.'

De feiten die anderszins in het geding ter kennis van de rechter komen

Voor deze feiten geldt niet het vereiste dat partijen daar een beroep op moeten doen. Het is niet zo dat de partijen na getuigenverhoren, bezichtigingen, deskundigenberichten, getoonde films, demonstraties etc. een beroep moeten doen op de daarin naar voren gekomen feiten.[89] Zolang deze proceshandelingen volgens de voorgeschreven procesregels verlopen mag de rechter rekening houden met de tijdens de proceshandeling naar voren gekomen feiten.

Het beginsel van hoor en wederhoor geldt echter natuurlijk ook voor de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Ook hiervoor geldt dat partijen hierop moeten kunnen reageren. Dit betekent echter niet dat partijen een beroep moeten doen op deze feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Zodra deze feiten zijn ingebracht, maken zij deel uit van het geding en zal de rechter ze meenemen. Partijen behoren dit te weten en dienen hiermee rekening te houden.

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt wel mee dat partijen voldoende gelegenheid krijgen om kennis te nemen van deze feiten en hierop te reageren. De rechter zal ervoor moeten zorgdragen dat aan deze eisen wordt voldaan.

Op grond hiervan zullen de partijen meestal aanwezig moeten zijn bij de getuigenverhoren, de bezichtigingen etc. om daarna of daarbij de gelegenheid te krijgen om zich over het gestelde of gebeurde uit te laten. Als partijen niet aanwezig kunnen zijn, zoals bijvoorbeeld bij het verhoor van een anonieme getuige, moeten zij op de een of andere manier toch de gelegenheid krijgen om kennis te nemen van hetgeen is gebeurd of is gesteld, én om zich hierover uit te laten. Dit kan echter weer consequenties hebben voor de mate waarin de rechter rekening kan houden met de feiten. Als bijvoorbeeld ervoor wordt gekozen om een afwezige partij de beschikking te geven over de rapportage van de handeling, zal dit betekenen dat alleen is voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor voor wat betreft de feiten die in de rapportage staan. In het geval dat de rechter rekening wil houden met feiten die niet in de rapportage zijn opgenomen, mag hij dit niet zonder de afwezige partij(en) eerst de gelegenheid te geven om zich over dit feit uit te laten.

89 Vgl. Rutten 1945 p. 97; Een voorbeeld hiervan is de getoonde film in HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franx).

2.3.3 De eis dat feiten moeten zijn komen vast te staan

De derde eis die wordt gesteld is dat de feiten moeten zijn komen vast te staan.[90] Een feit dat niet is komen vast te staan, mag de rechter niet ten grondslag leggen aan zijn beslissing. Als hij dat toch doet, schendt hij het verbod om de feiten aan te vullen. Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet wordt het begrip 'vaststaan' in twee betekenissen gebruikt. Ten eerste als een term voor de gehele verzameling feiten die aan de processuele eisen voldoen (vaststaan in brede zin). Ten tweede voor feiten die voor waar worden aangenomen (vaststaan in enge zin). Buiten deze paragraaf wordt met 'vaststaan' vaststaan in brede zin bedoeld. In deze paragraaf gaat het om vaststaan in enge zin.

De stelling dat een feit vaststaat houdt dus in dat het feit in dit geding voor waar wordt aangenomen. Het betekent niet dat het ook waar is, maar slechts dat voor dit geding ervan wordt uitgegaan dat dit zo is.[91] De vraag wanneer een feit vaststaat wordt anders beantwoord voor door partijen gestelde feiten en de feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen.

Door partijen gestelde feiten
Een door partijen gesteld feit staat vast als het onder één van de volgende categorieën valt:
a het is niet of onvoldoende gemotiveerd betwist;
b het is erkend;
c het is bewezen, indien bewijs werd verlangd.

Ad a) Niet of onvoldoende gemotiveerd betwist
Een feit staat ten eerste vast als het niet wordt betwist of niet voldoende gemotiveerd wordt betwist.[92] Een vorm van niet-betwisting is als de wederpartij het gestelde feit simpelweg niet bestrijdt. Maar ook als de wederpartij zich (gedeeltelijk) refereert aan het oordeel van de rechter of de verweerder verstek laat gaan, worden de door de wederpartij gestelde feiten niet bestreden. Een gevolg van referte is dus dat de door de wederpartij gestelde feiten komen vast te staan.[93] Dit geldt in beginsel ook voor verstek, maar het is mogelijk dat de rechter hier toch bewijs van de eiser verlangt (zie verder hieronder onder ad c)).[94]

---

90 Vgl. art. 176 lid 1 Rv; Rutten 1945 p. 95; Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 148/149.
91 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 143.
92 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 126, 170; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 148; Scheltema 1940 p. 17/18; Rutten 1943 p. 95; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 5 en 6; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 7; Nat-Verhage 1988 p. 3; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 79.
93 Vgl. Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 6; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 14; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 21/22.
94 Snijder, Ynzonides & Meijer 1997 p. 140; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 66.

Een betwisting moet voldoende gemotiveerd gebeuren om te voorkomen dat een feit als vaststaand wordt beschouwd. Als een feit onvoldoende gemotiveerd wordt betwist, wordt het feit geacht niet te zijn betwist en staat het dus vast.[95] Hoe ver een partij moet gaan in de motivering bij het bestrijden van een gesteld feit is afhankelijk van vele factoren. Factoren die van belang zijn, zijn bijvoorbeeld hoe gedetailleerd de stellende partij is geweest[96] en over welke informatie de betwistende partij beschikt.[97] Een voorbeeld van dit laatste is te vinden in HR 13 nov 1914[98] waarin de man de stelling van de vrouw dat zijn inkomen *f* 6000 per jaar bedroeg bestreed door zonder verdere motivering te ontkennen dat hij het gestelde inkomen had. Deze bestrijding werd onvoldoende gemotiveerd geacht, omdat de man het beste in staat is om aan te geven hoe groot zijn inkomen is.

Een stelling als 'gedaagde ontkent al hetgeen eiser heeft gesteld, tenzij het hieronder uitdrukkelijk wordt erkend' zal meestal ruim onvoldoende zijn om als betwisting te gelden.[99]

Ad b) Erkend

Een feit staat ten tweede vast als het feit door de wederpartij wordt erkend.[100] Er is sprake van een rechtsgeldige erkenning als een partij uitdrukkelijk in een aanhangig geding de waarheid van een of meer feitelijke stellingen van de wederpartij erkent (art. 181 lid 1 (oud) Rv). De erkentenis kan schriftelijk worden gedaan bij conclusie of bij akte ter rolle, maar ook mondeling tijdens bijvoorbeeld een pleidooi, comparitie of getuigenverhoor.[101]

In geval van erkenning kan een partij niet op zijn erkenning terugkomen. Door het erkennen van de feiten heeft de partij afstand gedaan van de mogelijkheid om de feiten te bestrijden en een erkend feit kan niet later in het geding nog betwist worden. Dit kan zelfs niet in een hogere instantie, aangezien een ontkenning van erkende feiten als een gedekt verweer wordt beschouwd.[102]

Een gerechtelijke erkentenis kan echter wel worden herroepen indien de betreffende partij aannemelijk maakt dat zij door een dwaling of niet in vrijheid is afgelegd (art. 181 lid 2 (oud) Rv). Daarnaast kan een partij een erkenning

---

95 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 126, 170; HR 22 apr. 1960, NJ 1960, 293 (concl. A-G Loeff).

96 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 24 juli 1980, NJ 1981, 357.

97 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 7. Zie als verder voorbeelden: HR 11 dec. 1930, NJ 1931, 738 (A-G Berger); Hof Amsterdam 17 feb. 1983, NJ 1985, 635.

98 HR 13 nov 1914, NJ 1915, 106 (A-G Ledeboer).

99 Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 170.

100 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 148; Stein & Rueb 2000 p. 15, 93.

101 Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22.

102 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 125; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw Bewijsrecht, aant. 6; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 22, 55; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 114.

door haar procureur ontkennen op grond van de regeling van art. 263 ev. (oud) Rv (Désaveu).[103] Dit is mogelijk als de procureur een handeling verricht, zoals een erkenning, zonder daartoe toestemming te hebben verkregen van de partij.[104]

Een erkenning moet wel uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gebeuren.[105] Slechts dan is er sprake van een erkenning in de zin van art. 181 (oud) Rv met alle gevolgen van dien. Voor een geldig beroep is niet vereist dat art. 181 (oud) Rv of de term 'erkenning' worden gebruikt.

Zoals uit art. 181 (oud) Rv blijkt is er slechts sprake van een rechtsgeldige erkenning als deze in het aanhangige geding wordt gedaan. Een erkenning buiten het geding of in een ander geding geldt niet als een erkenning in de zin van art. 181 (oud) Rv in het aanhangige geding.[106]

De rechter kan geen bewijs verlangen van erkende feiten. De uitzondering hierop is als het feit ten grondslag ligt aan de toepassing van een rechtsnorm van openbare orde. Als erkende feiten leiden tot rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van de rechter staan, kan de rechter ondanks de erkenning bewijs verlangen van de erkende feiten.[107]

Ad c) Het is bewezen, indien bewijs werd verlangd

Een feit staat ten derde vast als het desverlangd wordt bewezen. Een feit waarvan bewijs wordt verlangd maar dat niet wordt bewezen, mag niet door de rechter ten grondslag worden gelegd aan zijn beslissingen.

De rechter mag in principe slechts bewijs verlangen van voldoende gemotiveerd betwiste feiten. Feiten die niet voldoende gemotiveerd zijn betwist, moet hij als vaststaand aannemen en mag hij niet onderzoeken.[108] Hierop zijn twee uitzonderingen. De rechter mag toch bewijs verlangen van niet betwiste feiten in geval van verstek en als aanvaarding van die feiten zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

In verstekzaken worden de door de eiser gestelde feiten niet betwist aangezien de gedaagde niet is verschenen om deze te betwisten. Om toch enige mate van controle op de juistheid van de feiten te krijgen heeft de rechter op grond van art. 76 lid 1 (oud) Rv de bevoegdheid om de eisende partij bewijs

103 Deze mogelijkheid is afgeschaft bij de herziening van het burgerlijk procesrecht.
104 Zie Snijders, Ynzonides & Meijer p. 125 en 158; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 184 en 186.
105 Vgl. Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22; Pitlo/Hidma & Rutgers 1998 p. 55; Nat-Verhage 1988 p.17.
106 Vgl. Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 22; Pitlo/Hidma & Rutgers 1998 p. 55; Nat-Verhage 1988 p. 18; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 114; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 181, aant. 3; een voorbeeld van dit laatste is HR 15 mrt. 1996, NJ 1996, 435 (concl. A-G Hartkamp).
107 Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 76; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 19; Pitlo/Hidma & Rutgers 1998 p. 55.
108 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 11, 148; Bosch-Boesjes 1991 p. 145/146; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 77.

van haar feitelijke stellingen op te dragen als hij twijfelt omtrent de juistheid van de gestelde feiten.[109] In zoverre zet art. 76 lid 1 (oud) Rv art. 176 lid 1 (oud) Rv opzij, zodat de rechter bij verstekzaken niet verplicht is onjuiste feiten als vaststaand aan te nemen.

De uitzondering van 'rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan' betreft de toepassing van rechtsnormen van openbare orde. De toepassing van deze rechtsnormen is van zodanig belang dat manipulatie van de feiten door partijen niet aanvaardbaar is. De rechter mag bewijs verlangen van de daarbij betrokken feiten zonder dat deze zijn betwist.[110]

Bij beide uitzonderingen gaat het om een bevoegdheid en niet om een verplichting.[111] De rechter zal niet altijd van alle betrokken feiten bewijs verlangen, maar slechts als hij daartoe voor bepaalde feiten reden ziet.

Feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen

Art. 176 lid 1 (oud) Rv stelt voor zowel de feiten die door partijen worden gesteld als de feiten die in het geding (anderszins) ter zijner kennis zijn gekomen, dat de rechter deze slechts ten grondslag mag leggen aan zijn beslissingen als deze zijn komen vast te staan. Voor de feiten die anderszins ter zijner kennis zijn gekomen geldt dus ook dat deze moeten komen vast te staan. De zaak ligt hier echter niet zo eenvoudig als bij de door partijen gestelde feiten.

Voor door partijen gestelde feiten geldt dat deze voor waar worden aangenomen behalve als zij worden betwist. Voor feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen geldt dat de waarachtigheid van de feiten door de rechter wordt bepaald. Art. 179 lid 2 (oud) Rv stelt dat de rechter vrij is in het waarderen van bewijs. De rechter bepaalt of en in welke mate hij de feiten uit deskundigenberichten, getuigenverklaringen, documenten, foto's, films etc. voor waar zal aannemen.[112] Als de rechter de feiten niet geloofwaardig acht, staan deze niet vast. Als hij deze wel geloofwaardig acht, staan de feiten vast.

Uitzondering hierop zijn de bewijsmiddelen met dwingende bewijskracht. De rechter is verplicht om de inhoud van deze bewijsmiddelen voor waar aan

---

109 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 146; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 66; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 140; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 21; Burg. Rv. (Asser) art. 76-78, aant. 4; HR 26 aug. 1949, NJ 1950, 55 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. DJV onder HR 30 juni 1949, NJ 1950, 56) p. 117 linkerkolom; Hof Arnhem 23 dec. 1981, NJ 1983, 16 ro. 4/5; HR 16 nov. 1979, NJ 1980, 487 (concl. A-G Van Oosten; m.nt. WHH).

110 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 145; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 170; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 21, 22; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 19; Nat-Verhage 1988 p. 3; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 76,77, 79; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 8; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 6; Veegens/Wiersma 1973 p. 70.

111 Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 19; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 8; Burg. Rv. (Rutgers/Flach) Inleiding nieuw bewijsrecht, aant. 6; Hidma/Rutgers 1998 p. 22; Veegens/Wiersma 1973 p. 71.

112 Vgl. Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 47; Nat-Verhage 1988 p. 10; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 178, aant. 2 en art. 179, aant. 6; Stein & Rueb 2000 p. 98; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15.

te nemen (art. 178 lid 1 (oud) Rv).[113] Tegen deze bewijsmiddelen staat nog wel tegenbewijs open, voor zover niet door de wet uitgesloten (art. 178 lid 2 (oud) Rv). Een voorbeeld van dwingend bewijs is de authentieke akte. Een authentieke akte levert tegen een ieder dwingend bewijs van hetgeen de ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard (art. 184 lid 1 (oud) Rv). Die feiten staan dus, behoudens tegenbewijs, vast.

Het staat partijen vrij om feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen te bestrijden. De rechter bepaalt echter zelf de waarachtigheid van deze feiten en de betwisting van deze feiten heeft dus op zich geen gevolg. De rechter kan ook zonder een betwisting oordelen dat het feit niet komt vast te staan. Daarnaast betekent een betwisting van deze feiten op zich ook niet dat deze feiten niet komen vast te staan. De rechter kan van betwiste feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen ook zonder verder bewijs oordelen dat deze vast staan. De betwistende partij zal dus verder moeten gaan dan alleen betwisten. Hij zal de rechter ervan moeten zien te overtuigen dat het feit onjuist is. Het komt erop neer dat de rechter gebaseerd op de omstandigheden van het geval een betwisting van deze feiten naast zich neer kan leggen, maar er ook reden in kan zien om de betwiste feiten nader te onderzoeken.

Het lijkt mij dat erkenning in de zin van art. 181 lid 1 (oud) Rv van feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen niet mogelijk is, aangezien de erkenning beperkt is tot de stellingen van de wederpartij (art. 181 lid 1 (oud) Rv). Een eventuele erkenning bindt de rechter dan ook niet. Hij bepaalt zelf het waarheidsgehalte van deze feiten en hij mag de erkenning passeren.

2.4 De rechter mag de feiten niet impliciet aanvullen

Deze regel is in zekere zin het spiegelbeeld van de regel dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten, met andere woorden, feiten die vaststaan in brede zin. Dat wil zeggen dat deze feiten voldoen aan de processuele vereisten: deze feiten zijn ingebracht, er is een beroep op gedaan en ze staan vast in enge zin.

Het is de rechter verboden om impliciet de feiten aan te vullen door een rechtsnorm toe te passen zonder dat de daarvoor benodigde feiten zijn komen vast te staan. Als de rechter een rechtsnorm toepast zonder dat de daarvoor benodigde feiten zijn komen vast te staan, impliceert hij immers dat de ontbrekende feiten vaststaan en vult hij deze impliciet aan. Hij past dan niet alleen ten onrechte deze rechtsnorm toe, maar schendt ook het verbod om de feiten aan te vullen.

113 Vgl. Stein & Rueb 2000 p.98; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 178, aant. 2; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15; Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 97, 98.

3 NOTOIRE FEITEN, ALGEMENE ERVARINGSREGELS, EIGEN WETENSCHAP VAN DE RECHTER EN PROCESSUELE FEITEN

Zoals er verschillende typen rechtsnormen zijn, zo zijn er ook verschillende typen feiten. In deze paragraaf komen de volgende typen aan de orde: notoire feiten en algemene ervaringsregels (§ 3.1), eigen wetenschap van de rechter (§ 3.2) en processuele feiten (§ 3.3).

3.1 Notoire feiten en algemene ervaringsregels

Notoire feiten of algemeen bekende feiten zijn feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of zonder noemenswaardig onderzoek uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen.[114] Algemene ervaringsregels zijn ervaringsregels die ieder normaal ontwikkeld mens uit ervaring weet. Zij betreffen een algemeen weten.[115] Ervaringsregels onderscheiden zich van feiten in die zin dat een feit een concrete gebeurtenis of omstandigheid omschrijft terwijl een ervaringsregel een theorie of empirische regel omschrijft.[116] De stelling 'die fiets heeft twee wielen' is bijvoorbeeld een feit. De stelling 'fietsen hebben twee wielen' is een ervaringsregel.

Zowel notoire feiten als algemene ervaringsregels zijn feiten in de zin van art. 48 en 176 lid 1 (oud) Rv.[117] Het onderscheid is procesrechtelijk gezien niet van belang en komt buiten art. 176 lid 2 (oud) Rv ook niet voor. Soms is het ook zo dat over feiten van algemene bekendheid wordt gesproken terwijl het strikt genomen om ervaringsregels gaat. In Rb. Arnhem 26 okt. 1995[118] bijvoorbeeld overwoog de rechtbank dat het een feit van algemene bekendheid is dat een sterilisatie niet voor 100% de kans op het ontstaan van een zwangerschap voorkomt. Dit is echter geen feit, maar een ervaringsregel.[119]

Aangezien dit onderscheid procesrechtelijk gezien weinig van belang is, zal ik voortaan slechts over algemeen bekende feiten of notoire feiten spreken. Het gestelde geldt ook voor ervaringsregels, behalve als anders is aangegeven.

---

114 Vgl. Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 77, 85; Pitlo/Hidma en Rutgers 1995 p. 23; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 9; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15; Anema 1940 p. 31; Stein & Rueb 2000 p. 92; Van der Nat-Verhage 1988 p. 3; zonder noemenswaardig onderzoek: Anema 1940 p. 31; Scheltema 1940 p. 31; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Van Empel I 1961 p. 427/428; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 15.

115 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Anema 1940 p. 26; Scheltema 1940 p. 33.

116 Vgl. Veegens 1989 p. 211.

117 Vgl. Scheltema 1940 p. 33; Beekhuis 1974 p. 32/33.

118 Rb. Arnhem 26 okt. 1995, NJ 1997, 141.

119 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 1964, NJ 1965, 324; Hof Amsterdam 13 jan. 1994, NJ 1995, 50; HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. MMM).

3.1.1 De regeling met betrekking tot de algemeen bekende feiten

Notoire feiten hoeven noch gesteld noch bewezen te worden[120] (art. 176 lid 2 (oud) Rv). De rechter mag deze feiten ambtshalve ten grondslag leggen aan zijn beslissing en ze staan zonder bewijs vast. Het ambtshalve mogen 'aanvullen' van algemeen bekende feiten gaat echter niet zover dat de rechter daaraan feitelijke gronden mag ontlenen die niet door partijen zijn aangevoerd. De rechter mag deze feiten slechts aanvullen binnen de grenzen van de door partijen aangevoerde feitelijke gronden.[121]

De regel dat algemeen bekende feiten zonder bewijs vaststaan betekent niet dat tegenbewijs niet is toegestaan.[122] Art. 176 lid 2 (oud) Rv betekent slechts dat een algemeen bekend feit vaststaat zonder bewijs. Het staat de belanghebbende partij vrij om de waarheid van het algemeen bekende feit te betwisten. Het feit dat een feit algemeen bekend is, wil immers niet zeggen dat het feit ook juist is. Het probleem bij het betwisten van algemeen bekende feiten is echter wel dat de partij er vaak pas achter komt dat de rechter een algemeen bekend feit heeft aangevuld als het vonnis al is gewezen.

Het gaat hier dan wel om tegenbewijs. Een algemeen bekend feit wordt in eerste instantie voor waar aangenomen en bewezen geacht. Dit betekent dat als een partij het algemeen bekende feit betwist het op hem, de betwistende partij, rust om aan te tonen dat het algemeen bekende feit onjuist is. Als een partij een algemeen bekend feit stelt, kan het dus, in verband met de bewijslast, van belang zijn dat het feit als een algemeen bekend feit wordt gekwalificeerd.

3.1.2 Voorbeelden van algemeen bekende feiten en ervaringsregels

Voorbeelden van feiten en ervaringsregels die als van algemene bekendheid worden gekwalificeerd, zijn:

- de ziekte van Alzheimer wordt veroorzaakt door het verdwijnen van hersenweefsel en daarbij gaan de intellectuele vermogens snel en in ernstige mate achteruit. De psychiatrische begeleiding die in deze gevallen nodig is, kan zowel in een ziekenhuis als in een verpleeginrichting afdoende worden verleend;[123]
- door de vooruitgang van de medische wetenschap verlaat een psychiatrische patiënt die vroeger langdurig in het ziekenhuis verbleef, tegenwoordig

120 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23; Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Scheltema 1940 p. 30, 32.
121 Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102.
122 Vgl. Scheltema 1940 p. 34.
123 HR 8 juni 1990, NJ 1990, 606 (concl. A-G Hartkamp) ro. 3.3, Gerechtshof's ro. 6 en 15.

vaak na korte tijd dat ziekenhuis en wordt in een verpleeginrichting opgenomen;[124]

- bromfietsen worden tegenwoordig veelvuldig gestolen, ook door jeugdige onbekwame bestuurders en dit geschiedt zeker op plaatsen waar zich bromfietsen onbeheerd plegen te bevinden, zoals in dit geval een NS-station;[125]
- aanrijdingen met dodelijk afloop komen herhaaldelijk voor;[126]
- een dier als een pink kan plotseling overgaan tot bewegingen of gedragingen, zoals in casu het op de rijweg springen, met name indien het dier in een hem niet volledig vertrouwde situatie wordt gebracht;[127]
- het optreden van bloedvergiftiging in door aanrijding veroorzaakte kwetsuren is een vrij geregeld voorkomend verschijnsel;[128]
- het overtreden van voorrangsregels in het verkeer komt veelvuldig voor;[129]
- gebruikte auto's zijn meermalen van misdrijf afkomstig;[130]
- het is een feit van algemene bekendheid op Curaçao dat het Spaanse water een openbaar vaarwater is;[131]
- in 1990 werden op en rond de automarkt te Utrecht veel gestolen auto's te koop aangeboden;[132]
- onder andere door regelmatige publicaties in de pers en de media is het in 1990 een feit van algemene bekendheid dat een sterilisatie niet voor 100% de kans op het ontstaan van een zwangerschap voorkomt;[133]
- een plaatselijke gesteldheid, die op of van de openbare weg voor een ieder waarneembaar is, kan van algemene bekendheid zijn;[134]
- het schrijven van een proefschrift wordt ondernomen om te promoveren en niet om door het productief maken of verkopen van het auteursrecht voordeel te behalen;[135]
- spelende kinderen van de leeftijd van Joke (4 jaar en 10 maanden) zijn minder oplettend en nauwgezet en slaan minder acht op hun omgeving dan kinderen van oudere leeftijd en volwassenen;[136]

---

124 Hartkamp in zijn conclusie onder HR 8 juni 1990, NJ 1990, 606 (concl. A-G Hartkamp) overw. 9, Gerechtshof's ro. 19.
125 Hof 's-Gravenhage 2 feb. 1984, NJ 1985, 344 ro. 3 sub c.
126 HR 21 mrt 1975, NJ 1975, 372 (concl. A-G Van Oosten; m.nt. GJS).
127 Hof Amsterdam 7 nov. 1968, NJ 1969, 278.
128 Hof Arnhem 5 mei 1937, NJ 1937, 1033.
129 HR 15 apr. 1966, NJ 1966, 321 (concl. A-G Minkenhof).
130 Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 1964, NJ 1965, 324.
131 HR 5 juni 1992, NJ 1992, 539 (concl. A-G Hartkamp).
132 Hof Amsterdam 13 jan. 1994, NJ 1995, 50.
133 Rb. Arnhem 26 okt. 1995, NJ 1997, 141 ro. 4.2.
134 HR 17 feb. 1950, NJ 1950, 325 (concl. A-G Hooykaas).
135 HR 3 mrt. 1954, BNB 1954, 125 (m.nt. Tekenbroek).
136 Hof 's-Hertogenbosch 2 dec. 1965 kenbaar uit HR 9 dec. 1966, NJ 1967, 69 (A-G Van Oosten; m.nt. GJS) p. 243 linkerkolom.

- kinderen van een bepaalde jeugdige leeftijd behoren bij voorkeur door de moeder te worden opgevoed;[137]
- de te Amsterdam gehouden honden zijn in het algemeen 'luxe honden';[138]
- in Friesland wordt in het algemeen meer wollen kleding gedragen dan elders in Nederland gebruikelijk is vanwege de in Friesland heersende klimatologische omstandigheden;[139]
- het hakenkruis is het symbool van een buitenlandse politieke partij, die min of meer stelling neemt tegenover andere rassen;[140] en
- het aandeel van Piet Nak in de februari-staking van 1941.[141]

Voorbeelden van feiten die niet van algemene bekendheid werden gekwalificeerd, zijn:

- de inhoud van een gemeenteraadsbesluit is niet per definitie een feit van algemene bekendheid;[142]
- het is niet een feit van algemene bekendheid dat reiskosten van en naar het ziekenhuis en nieuwe kleren voor de overledene die niet door de verzekering worden gedekt in alle gevallen worden gemaakt;[143] en
- het is geen feit van algemene bekendheid dat in de bodem opgeslagen olietanks aan corrosie onderhevig zijn en daaraan veelal na verloop van tijd kunnen plegen te bezwijken ten gevolge waarvan olie de tank kan verlaten en de bodem binnendringt.[144]

3.1.3 Algemene (bekende?) ervaringsregels

In de wet wordt gesproken over 'algemene ervaringsregels' en niet over algemeen bekende ervaringsregels. De vraag is of ervaringsregels van algemene bekendheid moeten zijn om onder de werking van art. 176 lid 2 (oud) Rv te vallen. In de oudere literatuur (met name van voor ± 1980) zijn de schrijvers het niet eens.[145]

Sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht moet een ervaringsregel van algemene bekendheid zijn om onder de werking van art. 176 lid 2 (oud)

137 HR 15 dec. 1961, NJ 1962, 49 (concl. A-G Moons).
138 Raad van Beroep voor de Directe Belastingen 21 nov. 1949 kenbaar uit HR 10 mei 1950, NJ 1950, 475.
139 Hof Leeuwarden 1978, niet gepubliceerd, genoemd in Wesseling-van Gent, 1988 p. 1118.
140 Ktg. Amsterdam 24 nov. 1933, NJ 1934, 719.
141 Hof Amsterdam 8 nov. 1973, NJ 1974, 163.
142 HR 22 dec. 1989 (concl. A-G Ten Kate) en HR 22 juni 1990, NJ 1990, 704 (concl. A-G Asser) ro. 3.
143 HR 9 okt. 1998, NJ 1998, 853 (concl. A-G Langemeijer).
144 HR 28 nov. 1997, NJ 1998, 658 (concl. A-G Hartkamp) ro. 3.4.2.
145 Zie de bijdrage van Beekhuis 1974 p. 27 en 35; Anema 1940 p. 26/27; De Hartog 1899 p. 46/47; Wesseling-van Gent 1988 p. 1119.

Rv te vallen. De parlementaire geschiedenis spreekt over een 'algemeen weten' als criterium voor de vraag of er sprake is van een algemene ervaringsregel in de zin van art. 176 lid 2 (oud) Rv.[146] Ook de huidige literatuur steunt het standpunt dat het gaat om algemeen bekende ervaringsregels. Dit blijkt met name uit de daarbij genoemde voorbeelden.[147]

Verder blijkt ook uit de jurisprudentie dat de werking van art. 176 lid 2 (oud) Rv afhankelijk wordt gesteld van de algemene bekendheid. In HR 28 nov. 1997[148] spreekt de Hoge Raad bijvoorbeeld niet over feit of ervaringsregel, maar over 'dat het van algemene bekendheid [is]', 'een algemene bekendheid' en 'naar algemeen bekend is'.[149]

3.1.4 Moet de rechter partijen horen voordat hij algemeen bekende feiten of ervaringsregels aanvult?

Het beginsel van hoor en wederhoor geldt uiteraard ook voor de algemeen bekende feiten. Ook hiervoor geldt dat partijen de gelegenheid moeten krijgen om zich over deze feiten uit te laten.Veel algemeen bekende feiten zijn echter vanzelfsprekend en bij deze zal het horen van partijen niet nodig zijn. Partijen zullen bijvoorbeeld weinig toe te voegen hebben aan de algemene ervaringsregels dat de remweg langer is bij een nat wegdek of dat het zicht minder is bij mist. Daarbij weten partijen dat algemeen bekende feiten noch gesteld noch bewezen hoeven te worden. Zij dienen er dan ook rekening mee te houden dat relevante algemeen bekende feiten ambtshalve aangevuld kunnen worden. Tijdens het verloop van de procedure hebben zij ruim de gelegenheid om zich over deze feiten uit te laten.

Tussen deze vanzelfsprekende algemeen bekende feiten en de gewone feiten is een grijs gebied van feiten die enerzijds een zekere mate van algemene bekendheid hebben, maar anderzijds misschien niet bij iedereen bekend zullen zijn. Bij feiten die binnen dit grensgebied vallen zal de rechter voorzichtig moeten zijn. Als hij ervoor kiest om art. 176 lid 2 (oud) Rv toe te passen, omdat de feiten nu toch eenmaal voldoende algemeen bekend zijn, is het voorleggen van deze feiten aan partijen aan te raden.[150]

---

146 Rutger/Flach & Boon p. 85.

147 Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 19; Pitlo/Hidma 1981 p. 17;Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 15 (regen maakt nat; citroenen smaken zuur); Princen 1990 p. 5 (een trein rijdt sneller dan een fiets); Stein & Rueb 2000 p. 92 (dat een auto, die 100 km per uur rijdt, niet in een seconde tot stilstand is te brengen); Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 169 (Het regent in Spanje minder dan in Nederland).

148 HR 28 nov. 1997, NJ 1998, 658 (concl. A-G Hartkamp) ro. 3.4.2.

149 Zie ook Hof 's-Gravenhage 2 feb. 1984, NJ 1985, 344. Ook in de oudere jurisprudentie werd deze wijze van spreken al gebruikt: HR 21 mrt. 1975, NJ 1975, 372; Hof Amsterdam 7 nov. 1968, NJ 1969, 278; HR 3 mrt. 1954, BNB 1954, 125.

150 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 9; Beekhuis 1974 p. 34.

Een tweede reden om partijen te horen is dat alleen omdat een feit algemeen bekend is, dit nog niet wil zeggen dat het ook waar is. Door de algemeen bekende feiten voor te leggen aan partijen, kan de rechter de juistheid van het feit toetsen.[151]

3.2 Eigen wetenschap van de rechter

Het is mogelijk dat de rechter zelf relevante kennis heeft die niet door partijen is aangevoerd. In deze paragraaf wordt de vraag behandeld in hoeverre de rechter deze kennis ambtshalve mag aanvullen. Ten eerste wordt het verbod om eigen wetenschap aan te vullen besproken (§ 3.2.1). Ten tweede komt in § 3.2.2 een opsomming van Beekhuis aan de orde waarin hij aangeeft wanneer de rechter eigen wetenschap mag gebruiken. Ten derde zal ik ingaan op het gebruik van kennis die ten onrechte als eigen wetenschap wordt gekwalificeerd (§ 3.2.3).

3.2.1 Het is de rechter verboden om eigen wetenschap ambtshalve aan te vullen

Onder eigen wetenschap van de rechter wordt verstaan de feiten die de rechter als privé persoon kent.[152] Het gaat bijvoorbeeld om kennis die hij heeft omdat hij bepaalde interesses heeft, of omdat hij toevallig getuige is geweest van een bepaalde situatie of gebeurtenis.

Het uitgangspunt is dat de rechter eigen wetenschap die niet in het geding is gebracht, niet mag gebruiken, behalve als het gaat om algemeen bekende feiten of algemene ervaringsregels.[153] Hij mag deze 'zuiver' eigen wetenschap alleen ten grondslag leggen aan zijn beslissing als deze door partijen is aangevoerd of anderszins in het geding ter kennis van de rechter is gekomen.[154] Daarnaast moet deze eigen wetenschap, in het geval deze door partijen wordt aangevoerd, op de normale wijze worden bewezen.[155] De rechter mag de omstandigheid dat hij bekend is met deze informatie niet laten meewegen bij de bewijslastverdeling of de bewijswaardering hiervan. Als laatste mag de rechter deze eigen wetenschap niet laten meespelen bij de bewijslastverdeling en bewijswaardering van andere feiten.[156]

---

151 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 45; Beekhuis 1974 p. 34; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 9.

152 Van Empel II 1961 p. 439; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Anema 1940 p. 34.

153 Vgl. Anema 1940 p. 34; Van Empel 1961 II p. 439; Veegens/Wiersma 1973 p.46; Burg Rv. (Asser) art. 48, aant. 7.

154 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p.46; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7.

155 Vgl. Anema 1940 p. 34; Pitlo/Hidma 1981 p. 17; Scheltema 1940 p. 30.

156 Vgl. Pitlo/Hidma 1981 p. 17.

3.2.2 De opsomming van Beekhuis

In zijn bijdrage 'Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter' geeft Beekhuis een opsomming van gevallen waarin de rechter eigen wetenschap wel of niet ambtshalve mag gebruiken.[157] Van belang is dat Beekhuis afwijkt van de hierboven gegeven en meer gevolgde omschrijving van eigen wetenschap. Hij definieert eigen wetenschap als feiten en omstandigheden waarmee de rechter in feite bekend is. Het gevolg hiervan is dat, hoewel de rechter de feiten in kwestie mogelijk wel mag gebruiken, er geen sprake is van eigen wetenschap in de betekenis die ik aan de term geef. Zijn opsomming is dan ook meer een beantwoording van de vraag wanneer de rechter kennis die hij heeft mag gebruiken, dan de vraag wanneer hij eigen wetenschap in de zin van privé kennis mag gebruiken. Het gebruik van 'eigen wetenschap' is volgens Beekhuis geoorloofd, als:

1 'het om feiten en omstandigheden gaat, die landelijk of plaatselijk algemeen bekend zijn, dan wel in de kring van procederende partijen [...] als algemeen bekend mogen worden verondersteld, of wel op ervaringsregels berusten;'
2 'de eigen wetenschap is gegrond op het bestuderen van boekwerken en algemeen uitgegeven geschriften, voor zover die elkaar niet duidelijk tegenspreken, en dus op gegevens die voor een ieder verkrijgbaar of toegankelijk zijn.'
3 'het gaat om feiten waarmede de rechter door het proces op de hoogte is (de zogenaamde processuele feiten);'
4 'het gaat om feiten die de rechter uit gegevens uit andere te zijner griffie bekende zaken te weten kan komen. Dit geldt alleen ten aanzien van gegevens die ter griffie van de desbetreffende rechter berusten'; en
5 'het gaat om feiten waarmede de rechter door waarneming of bezichtiging in het geding bekend wordt.'

Het is niet geoorloofd:

a 'dat een rechter gebruik maakt van eigen wetenschap omtrent een feit en dit feit aldus zonder meer als vaststaande aanneemt, wanneer hij daarmede slechts privé en toevallig bekend is geworden, bijv. door het aanwezig zijn bij een gebeurtenis of bij een privé gesprek, en dus over zulk alleen daardoor hem bekend geworden feit kan getuigen'; en
b 'dat een rechter als eigen wetenschap gebruik maakt van gegevens welke hij door middel van een door hem buiten partijen om ingesteld onderzoek

157 Beekhuis 1974 p. 27 ev.

heeft gekregen (voor zover hij die niet aan algemeen toegankelijke bronnen heeft ontleend) [...].'

Ad 1. Notoire feiten en algemeen bekende ervaringsregels
Het gaat hier niet om eigen wetenschap van de rechter. Het is de algemeen bekendheid van deze feiten waardoor zij een uitzonderingspositie innemen in het procesrecht, niet het feit dat de rechter bekend is met deze feiten. Al is dit laatste uiteraard wel nodig om ambtshalve aanvullen mogelijk te maken.

Ad 2. Ontleend aan voor een ieder toegankelijke bronnen
Ook hier is geen sprake van eigen wetenschap van de rechter. De feiten die een ieder zonder noemenswaardig onderzoek uit voor een ieder toegankelijke bronnen kan kennen, vallen onder de algemeen bekende feiten.

Ad 3. Processuele feiten
Processuele feiten vallen mijns inziens niet onder eigen wetenschap van de rechter. Het zijn geen feiten die de rechter als privé persoon kent, maar het zijn feiten waarmee de rechter bekend is geworden doordat hij deze als rechter in het geding heeft waargenomen.

Ad 4. Feiten uit andere ter griffie bekende zaken
In de parlementaire geschiedenis stelt de minister dat 'de rechter [...] feiten of rechten welke hem [...] uit een ander procesdossier bekend zijn geworden, maar welke niet door een van partijen in het latere geding zijn aangevoerd, niet aan zijn dan te nemen beslissing ten grondslag mag leggen.'[158] Deze feiten mag de rechter dus niet aanvullen.

Het gaat hier niet om eigen wetenschap van de rechter. Het zijn immers geen feiten die de rechter als privé persoon kent, maar het zijn feiten waarmee de rechter door zijn ambt als rechter bekend is geworden.

Ad 5. Waarneming of bezichtiging
De feiten waarmee de rechter door waarneming of bezichtiging in het geding bekend is geworden, zijn in het geding ter kennis van de rechter gekomen in de zin van art. 176 lid 1 (oud) Rv. Ook hier is geen sprake van eigen wetenschap van de rechter.

Ad a. Privé en toevallig bekend
Feiten waarmee de rechter slechts privé en toevallig bekend is geworden, vallen onder eigen wetenschap van de rechter. De rechter mag dan ook geen gebruik maken van deze feiten, behalve als het ook algemeen bekende feiten of algemene ervaringsregels zijn.

158 Rutgers/Flach & Boon 1988 p. 84.

Ad b. Een onderzoek buiten partijen om
De rechter mag niet buiten partijen om een onderzoek instellen. Feiten die hij aan een dergelijk onderzoek ontleent, mag hij dan ook zeker niet ten grondslag leggen aan zijn beslissing.[159]

3.2.3 Eigen wetenschap in de jurisprudentie

Uit een onderzoek in de jurisprudentie blijkt dat de rechter wel eens gebruik maakt van informatie die hij ten onrechte als eigen wetenschap bestempelt.[160] Soms gaat het om algemeen bekende feiten.[161] Soms gaat het om feiten die noch onder eigen wetenschap vallen noch van algemene bekendheid zijn. Deze kennis kan in twee groepen verdeeld worden: ervaring als rechter en kennis met betrekking tot het recht.

Ervaring als rechter
Het gaat hier om feiten als de volgende. In Rb. Rotterdam (KG) 14 nov. 1986[162] overweegt de president dat '[u]it eigen wetenschap ons bekend is, dat in de Rotterdamse haven het toepasselijk verklaren van de Fenexvoorwaarden op overeenkomsten van bewaargeving als de onderhavige (strekkende tot het in douane-depot opslaan van goederen) bepaald niet uitzonderlijk is te achten, […]'. Het gaat hier mijns inziens om ervaring die de rechter als Rotterdamse rechter heeft opgedaan.[163]

Er is hier geen sprake van eigen wetenschap aangezien het hier niet gaat om kennis opgedaan als privé persoon, maar als rechter. Maar mag de rechter dergelijke kennis gebruiken? Voor beide kanten valt wel iets te zeggen. Enerzijds is aanvaardbaar en te verwachten dat een professional gebruik maakt van zijn ervaring. Het kan ook gezegd worden dat dit feit een algemeen bekend feit is in de Rotterdamse haven. Anderzijds is er het verbod om feiten aan te vullen en meer in het bijzonder de regel dat het de rechter verboden is om ambtshalve feiten aan te vullen die hem slechts uit een ander dossier bekend zijn. Al kan hiervan gezegd worden dat deze regel concrete feiten

159 Vgl. HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 679 (concl. A-G Leijten; m.nt. WHH).
160 In sommige gevallen gebruikt de rechter wel degelijk eigen wetenschap. Het gaat echter in al de gevonden gevallen om overwegingen ten overvloede. HR 29 jan 1988, NJ 1988, 872 (concl. A-G Leijten; m.nt. PAS); HR 10 apr. 1987, NJ 1987, 626 (A-G Ten Kate); HR 13 jan. 1989, NJ 1990, 268 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. JCS); HR 29 apr. 1988, NJ 1988, 984 (concl. A-G Franx; m.nt. G); HR 17 dec. 1993, NJ 1994, 573 (concl. A-G Koopmans; m.nt. prof. Mr. Ch. Gielen); HR 28 mrt. 1997, NJ 1997, 581 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. WMK).
161 Zoals bijvoorbeeld in Hof 's-Gravenhage 11 apr. 1985, NJ 1986, 318 (m.nt. E.J. Dommering); HR 19 juni 1998, NJ 1999, 68 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. DWFV); HR 30 juni 1989, NJ 1989, 805 (concl. A-G Asser).
162 Rb. Rotterdam (KG) 14 nov. 1986 en Hof 's-Gravenhage (KG) 19 juni 1987, NJ 1988, 653.
163 Andere voorbeelden zijn: Ktg. Assen 26 nov. 1984 en Rb. Assen 25 mrt. 1986, NJ 1987, 15; HR 6 apr. 1995, NJ 1996, 404 (concl. A-G Loeb; m.nt. MB); HR (KG) 10 okt. 1997, NJ 1998, 66 (concl. A-G Mok); Hof 's-Gravenhage 13 juni 1986, NJ 1988, 245.

betreft en niet zozeer algemene kennis van de rechter die is ontstaan door het beoordelen van een groot aantal zaken.

Eigen wetenschap met betrekking tot het recht
Bij deze categorie gaat het om feiten als de volgende. In het arrest van de Hoge Raad (KG) van 12 januari 1990[164] overwoog het Gerechtshof dat 'uit eigen wetenschap bekend is, [dat] bij indiening van een verzoek op grond van art. 4 [Wet Gewetensbezwaren Militaire Dienst], in afwachting van een beslissing daarop, automatisch aan de verzoeker vrijstelling van dienstverrichtingen wordt verleend.' Het is dus overbodig om in kort geding een vordering in te dienen inhoudende een verbod aan de Staat om de eiser op te roepen voor militaire dienst totdat in hoogste instantie is beslist op het verzoek om vrijstelling. Het Gerechtshof gebruikt hier kennis met betrekking tot de vraag hoe een bepaald artikel in de praktijk wordt toegepast.[165]

Ook hier gaat het in feite niet om eigen wetenschap, maar om kennis die de rechter als rechter heeft opgedaan. Het is zelfs kennis die de rechter behoort te hebben. Het is immers de taak van de rechter om kennis van het toepasselijk recht te hebben of te krijgen, waaronder mijns inziens ook valt hoe een regel in de praktijk wordt toegepast (Ius curia novit).

3.3 Processuele feiten

Deze behandeling van processuele feiten bestaat uit drie paragrafen. In de eerste paragraaf wordt behandeld wat een processueel feit is (§ 3.3.1). In § 3.3.2 ga ik in op de werking van processuele feiten. Als laatste komt het probleem aan de orde dat de rechter die waarneemt niet altijd een van de rechters is die uiteindelijk beslist (§ 3.3.3).

3.3.1 De omschrijving van processuele feiten

Processuele feiten zijn feiten die de rechter zelf in het aanhangige geding heeft waargenomen.[166] Voorbeelden van processuele feiten zijn:

- dat een partij niet is verschenen;[167]
- dat een eed is afgelegd;[168]

164 Hoge Raad (KG) 12 jan. 1990, NJ 1990, 574 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. MS).
165 Een ander voorbeeld is HR 3 okt. 1986, NJ 1987, 911 (A-G Biegman-Hartogh; m.nt. MS).
166 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 170; Stein & Rueb 2000 p.92; Veegens/Wiersma 1973 p. 43; Scheltema 1940 p. 27; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Hidma/Rutgers 1995 p. 23 Anema 1940 p. 33; Vriesendorp 1980 p. 84.
167 Scheltema 1940 p. 28; Anema 1940 p. 33; Snijders, Ynzonides & Meijers 1997 p. 170.
168 Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Anema 1940 p. 33; Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6.

- dat een gedaagde heeft geweigerd zijn boeken open te leggen;[169]
- dat iemand een vinger mist;[170]
- dat een schuldbekentenis op verzegeld papier is geschreven;[171]
- dat een partij, getuige of deskundige een mondelinge verklaring van een bepaalde inhoud heeft afgelegd;[172]
- de volgorde waarin proceshandelingen voor de rechter plaatsvonden (de Hoge Raad spreekt hier mijns inziens ten onrechte van eigen wetenschap);[173]
- de vaststelling dat Veenstra ter comparitie heeft bevestigd dat hem zijdens Roorda de reden van het ontslag terstond bij ontslagzegging is medegedeeld;[174] en
- de vaststelling dat Veenstra ter comparitie heeft toegegeven dat hij heeft nagelaten hetzij Roorda op de hoogte te stellen van de reden van zijn verzuim hetzij zich omtrent deze reden kort na de ontslagaanzegging mondeling dan wel schriftelijk tot Roorda te wenden.[175]

Een processueel feit is slechts te beschouwen als een processueel feit in die instantie waarin zij is voorgevallen.[176] Voor de rechter(s) in latere instanties zijn de voorgevallen feiten uit de eerdere instantie geen processuele feiten. Deze feiten hebben zich immers niet in de latere instantie voorgedaan en de rechter heeft deze feiten dan ook niet kunnen waarnemen.

Voor deze (processuele) feiten geldt dat zij in latere instanties onder het gewone regime van de art. 48 en 176 (oud) Rv vielen. Zij zullen door partijen gesteld moeten worden en komen vast te staan als ze niet of onvoldoende gemotiveerd worden betwist of na betwisting worden bewezen.[177]

3.3.2 De werking van processuele feiten

Processuele feiten staan zonder bewijs vast.[178] Zoals bij algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels betekent dit niet dat geen tegenbewijs is toegelaten.[179] Soms zal dit betekenen dat de betreffende partij de rechter er van zal moeten overtuigen dat deze niet heeft gezien wat hij meent te hebben

169 Scheltema 1940 p. 28; Pitlo/Hidma 1981 p. 16.
170 Pitlo/Hidma 1981 p. 16.
171 Pitlo/Hidma 1981 p. 16.
172 Vgl. Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6.
173 HR 24 mei 1991, NJ 1991, 675 (concl. A-G Mok; m.nt. MS) ro. 4.2.
174 Van Oosten in zijn conclusie bij HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. A-G van Oosten).
175 Van Oosten in zijn conclusie bij HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. A-G van Oosten).
176 Vgl. Scheltema 1940 p. 28; Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23.
177 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Pitlo/Hidma 1981 p. 16.
178 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 43; Scheltema 1940 p. 27; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 22, 23; Stein & Rueb 2000 p. 92.
179 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 44; Vriesendorp 1980 p. 84.

gezien.[180] Vaker zal een partij de interpretatie of gebruik van processuele feiten betwisten. Het feit dat iemand een vinger mist bijvoorbeeld, wil niet zeggen dat hij deze heeft verloren in het ongeval waarover het geding gaat.

Processuele feiten hoeven niet alsnog door partijen gesteld te worden. Ook hoeven zij niet te blijken uit de stukken van het geding. Het is voldoende dat deze feiten door de rechter worden waargenomen. Als de rechter heeft gehoord dat een partij tijdens een comparitie een stelling heeft bevestigd, mag hij dit vaststaande (processuele) feit meenemen. Het is niet nodig dat deze bevestiging ook uit het proces-verbaal van de comparitie blijkt.[181]

Vanuit art. 176 lid 1 (oud) Rv bezien zijn processuele feiten feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen. Het zijn immers geen feiten die door partijen worden gesteld. De begrippen processuele feiten en feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen zijn echter niet verwisselbaar. Niet alle feiten die anderszins ter kennis van de rechter komen zijn processuele feiten. De inhoud van verklaringen van getuigen en deskundigen bijvoorbeeld is geen processueel feit.[182] Het feit dat een getuige een verklaring van een bepaalde inhoud heeft afgelegd is een processueel feit. De inhoud van die verklaring is dat echter niet.

Het feit dat de inhoud van de getuigenverklaring niet valt onder de processuele feiten blijkt ook uit hoe het procesrecht de getuigenverklaring behandelt. Processuele feiten staan zonder bewijs vast. De inhoud van een getuigenverklaring echter niet. De rechter is vrij om een getuigenverklaring te waarderen zoals hem goed dunkt. Als een getuige bijvoorbeeld stelt dat de gedaagde om 15.00 uur in Amsterdam was, is het een processueel feit dat de getuige dit gesteld heeft en dit processuele feit staat vast. Maar het is geen processueel feit dat de gedaagde om 15.00 uur in Amsterdam was. Dit laatste feit, dat anderszins ter kennis van de rechter is gekomen, staat dan ook niet vast, behalve als de rechter het als waar waardeert.

Ook voor de processuele feiten geldt dat de partijen de gelegenheid moeten krijgen om zich over deze feiten uit te laten. Uit de aard van de processuele feiten volgt dat deze feiten niet aan partijen ontgaan zullen zijn.[183] Zij zullen meestal aanwezig zijn bij mondelinge proceshandelingen, demonstraties, bezichtigingen en dergelijke en tegelijkertijd met de rechter de processuele feiten waarnemen. Ook zij zullen horen dat de getuige een bepaalde verklaring aflegt, of waarnemen dat een film met een bepaalde inhoud wordt getoond. Zij kunnen dan direct van de gelegenheid gebruik maken om te reageren op hetgeen is voorgevallen of om uitstel vragen om een reactie te bepalen.

---

180 Zie bijvoorbeeld HR 15 feb. 1991, NJ 1991, 341 (A-G Ten Kate) en HR 8 apr. 1988, NJ 1988, 659 (concl. A-G Franz).

181 HR 24 juni 1977, NJ 1978, 138 (concl. A-G van Oosten).

182 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 43.

183 Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 6.

Als partijen ervoor kiezen om niet aanwezig te zijn, doen zij mijns inziens daarmee ook afstand van het recht om te reageren op processuele feiten die verder niet uit een rapportage blijken. Het is voor risico van de afwezige partij dat hij niet op alle feiten kan reageren, als hij ervoor kiest om niet aanwezig te zijn.

Wat documenten betreft, beschikken partijen over dezelfde documenten als de rechter. Ook zij zullen kunnen zien dat bijvoorbeeld in de voettekst van ingediende brief de algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard. Zolang zij in de procedure nog de gelegenheid krijgen om op deze feiten te reageren, is ook hier voldaan aan de vereisten van het beginsel van hoor en wederhoor.

3.3.3 De rechter die waarneemt is niet altijd een van de rechters die oordeelt

Het is mogelijk dat de rechters die uiteindelijk uitspraak doen niet (allen) aanwezig waren bij bezichtigingen, getuigenverhoren en dergelijke. Dit kan bijvoorbeeld zijn omdat deze taak was opgedragen aan een rechter-commissaris. De vraag is hoe het in dergelijke gevallen zit met de processuele feiten die zich tijdens deze processuele handelingen hebben voorgedaan. De stelling wordt wel verdedigd dat omdat niet alle rechters aanwezig waren de rechtbank, of andere instantie, deze feiten niet heeft waargenomen en dus niet mag gebruiken.[184] Anderzijds wordt gesteld dat een rechtscollege bekend is met de processuele feiten die ten overstaan van een zijner leden als rechter- of raadsheer-commissaris zijn voorgevallen, mits deze heeft meegewerkt aan de uitspraak.[185]

Van proceshandelingen wordt meestal een proces-verbaal opgemaakt. Veel van de voorgevallen feiten zullen hierin worden opgenomen en zo ter kennis van het rechtscollege als geheel komen. Een proces-verbaal mag echter niet beschouwd worden als een volledige weergave in de zin dat feiten die niet vermeld worden ook niet door de rechter gebruikt mogen worden. De rechter mag door hemzelf waargenomen feiten ten grondslag leggen aan zijn beslissing ook al zijn deze waargenomen feiten niet in het proces-verbaal vermeld.[186]

Daarbij is het doel van het opdragen van bijvoorbeeld een getuigenverhoor aan een rechter-commissaris niet slechts om een rapport te maken, maar om een verhoor af te nemen. Het lijkt mij dat de processuele feiten evenzeer daartoe behoren als hetgeen getuigen vertellen. Deze processuele feiten dienen dan ook te worden meegenomen bij het beslissen. Het is daarom aan te raden

184 Scheltema 1940 p. 28/29; Pitlo/Hidma 1981 p. 16; Pitlo/Hidma & Rutgers 1995 p. 23.
185 Veegens/Wiersma 1973 p. 44.
186 HR 15 feb. 1991, NJ 1991, 341 (concl. A-G Ten Kate); HR 10 juni 1983, NJ 1984, 250 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WMK). Dit is alleen anders als één van de partijen niet in de gelegenheid gesteld kon of mocht worden om bij het verhoor aanwezig te zijn, zoals bijvoorbeeld mogelijk is bij het verhoren van anonieme getuigen.

en zelfs noodzakelijk dat als het verhoor van getuigen aan één van de rechters wordt opgedragen, deze rechter ook (mede) op de zaak beslist zodat de processuele feiten die niet in het proces-verbaal zijn opgenomen niet verloren gaan. Bovenstaande geldt uiteraard ook voor andere proceshandelingen.

Sinds de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is dit ook bepaald in art. 155 Rv: de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijgebracht, zal daarin zoveel als mogelijk het eindvonnis wijzen of medewijzen.

Dit is niet in strijd met de eis van onpartijdigheid. Dit zou mogelijk slechts anders zijn als de rechter in het kader van die proceshandeling een voorlopige beslissing over de al dan niet toewijsbaarheid van de vordering zou nemen.[187] Dat zal meestal niet het geval zijn, aangezien er bij de meeste proceshandelingen zoals een getuigenverhoor of een inlichtingencomparitie geen beslissing zal worden genomen over de al dan niet toewijsbaarheid van de vordering.

4 HANDELINGEN DIE NIET ONDER HET VERBOD VALLEN

Ondanks het verbod om de feiten aan te vullen in al zijn vormen, is het niet zo dat de burgerlijke rechter geen enkele bevoegdheid heeft als het de feiten betreft. Er zijn een aantal belangrijke handelingen die niet verboden worden door art. 48 en 176 (oud) Rv. In deze paragraaf zullen de volgende handelingen aan de orde komen:

- het afleiden van feiten (§ 4.1);
- de negatieve vaststelling van feiten (§ 4.2);
- de interpretatie van overgelegde stukken (§ 4.3);
- het kwalificeren van feiten (§ 4.4); en
- het stellen van vragen door de rechter (§ 4.5).

4.1 Het afleiden van feiten

De rechter is bevoegd om ambtshalve feiten af te leiden uit de gestelde en anderszins ter zijner kennis gekomen feiten. Dergelijke feitelijke gevolgtrekkingen vallen niet onder het verbod om de feiten aan te vullen.[188] Een voorbeeld van een dergelijke feitelijke gevolgtrekking is te vinden in HR 11 december

187 EHRM 22 feb. 1996, NJ 1996, 483 (m.nt. Kn) (Bulut); EHRM 24 aug. 1993, NJ 1993, 650 (m.nt. EAA) (Nortier); EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 (m.nt. PvD) (Hauschildt).

188 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 75 ev.; Vriesendorp 1981 p. 41; Pels Rijcken 1987 (I) p. 78; Dijksterhuis-Wieten 1998 p. 14; HR 7 mei 1982, NJ 1983, 525 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB) ro. 3, onderdeel A.2 van middel 1; HR 8 dec. 1995, NJ 1996, 274 (A-G Vranken) ro. 3.6; HR 15 jan. 1999, NJ 1999, 574 (A-G Hartkamp) ro. 3 verwijzend naar overwegingen 8-17 van de conclusie. Overweging 13 is de relevante overweging.

1987.[189] In casu baseerde de kantonrechter zich op het feit dat verweerder een encyclopedie had aangeschaft voor studie, hoewel dit laatste niet door partijen was gesteld. De kantonrechter mocht echter de feitelijke gevolgtrekking maken dat verweerder deze encyclopedie voor studie had aangeschaft, nu het een algemene ervaringsregel is dat een encyclopedie bedoeld is voor studie.[190] Op grond hiervan werd het beroep van verweerder op haar handelingsonbekwaamheid vanwege minderjarigheid verworpen.[191]

De feitelijke gevolgtrekkingen van de rechter zijn gebaseerd op het toepassen van ervaringsregels.[192] De rechter past de ervaringsregel toe dat als feiten A en B zich hebben voorgedaan dat dan ook feit C zich zal hebben voorgedaan.

De toegepaste ervaringsregels kunnen algemene ervaringsregels zijn die de rechter op grond van art. 176 lid 2 (oud) Rv ambtshalve mag aanvullen.[193] Het kunnen echter ook ervaringsregels zijn die de rechter in het geding ter kennis zijn gekomen, bijvoorbeeld doordat zij door een partij of een deskundige worden aangevoerd. Als een bepaalde ervaringsregel komt vast te staan, mag de rechter deze toepassen om feiten af te leiden uit de vaststaande feiten.

Als een ervaringsregel niet algemeen bekend is en niet in het geding ter kennis van de rechter is gekomen, mag de rechter deze niet toepassen. Als hij toch op basis van een dergelijke ervaringsregel feiten afleidt, vult hij zowel de ervaringsregel als de afgeleide feiten aan in strijd met art. 48 en 176 (oud) Rv.

In zekere zin is de rechter ook verplicht om feiten af te leiden. Partijen kunnen in hogere instanties klagen dat het onbegrijpelijk is dat de rechter ervan uitgaat dat een bepaald feit niet vaststaat aangezien de gestelde feiten dat toch logischerwijs meebrengen. Met de vaststaande feiten en ervaringsregels zijn de ontbrekende, af te leiden, feiten als het ware gesteld.

---

189 HR 11 dec. 1987, NJ 1988, 347 (concl. A-G Ten Kate). Andere voorbeelden zijn HR 17 sept. 1993, NJ 1993, 740 (concl. A-G Hartkamp); HR 8 mrt. 1991, NJ 1991, 396 (concl. A-G Hartkamp); HR 15 apr. 1966, NJ 1966, 321 (concl. A-G Minkenhof); HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (A-G De Vries Lentsch-Kostense); Hof Arnhem 27 mei 1975, NJ 1976, 291; HR (kort geding) 27 jan. 1984, NJ 1984, 803 (concl. A-G Franx; m.nt. CJHB) ro. 3.4 en 3.5; HR 7 mei 1982, NJ 1983, 525 (concl. A-G Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB) ro. 3; HR 10 jan. 1969, NJ 1969, 190 (concl. A-G Berger; m.nt. GJS) laatste O. Hoge Raad; HR 8 dec. 1995, NJ 1996, 274 (A-G Vranken) ro 3.6; HR 7 feb. 1992, NJ 1993, 78 (concl. A-G Asser; m.nt. HJS ro. 3.6; HR 6 jan. 1984, NJ 1984, 511 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WLH) ro. 3.5; HR 15 jan. 1999, NJ 1999, 574 (A-G Hartkamp) ro. 3 verwijzend naar overwegingen 8-17 van de conclusie. Overweging 13 is de relevante overweging.

190 Overwegingen 16-24 van de conclusie van Ten Kate.

191 De bepalingen in kwestie luidden: art. 234 lid 1: Minderjarigen zijn onbekwaam rechtshandelingen te verrichten voor zover de wet niet anders bepaalt; lid 3: Hij is bekwaam over gelden die zijn wettelijke vertegenwoordiger voor levensonderhoud of studie te zijner beschikking heeft gesteld, overeenkomstig deze bestemming te beschikken.

192 Vgl. Snijder/Ynzonides/Meijer 1997 p. 39; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 7; Veegens 1989 p. 212.

193 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39.

4.1.1 *Begrenzing van het afleiden van feiten*

De rechter moet ook bij de uitoefening van deze ambtshalve bevoegdheid blijven binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals die door partijen is bepaald.[194] De rechter mag niet een feitelijke grond die hij baseert op afgeleide feiten ten grondslag leggen aan zijn beslissing. Dit is uiteraard anders als deze feitelijke grond ook door de belanghebbende partij wordt aangevoerd.

Verder moet een feitelijke gevolgtrekking begrijpelijk zijn. Het moet gaan om een gevolgtrekking die logisch voortvloeit uit de vaststaande feiten. Als dit niet het geval is, vult de rechter in strijd met de art. 48 en 176 lid 1 (oud) Rv de feiten aan.[195] Of een feitelijke gevolgtrekking begrijpelijk is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Duidelijk is echter wel dat een feitelijke gevolgtrekking niet onbegrijpelijk is alleen omdat in abstracto een andere beoordeling mogelijk is.[196] Daarnaast is een feitelijke gevolgtrekking die is gebaseerd op onjuiste feiten per definitie onbegrijpelijk en zal in cassatie vernietigd worden.[197]

4.1.2 *Het beginsel van hoor en wederhoor bij afgeleide feiten*

Het verhaal is hier in essentie hetzelfde als bij de algemeen bekende feiten en de processuele feiten. Partijen kennen de vaststaande feiten en ervaringsregels. Aangezien de afgeleide feiten in het verlengde liggen van deze feiten kunnen partijen ook zelf deze feiten afleiden. Nu partijen moeten weten dat de rechter feiten mag afleiden, dienen zij er rekening mee te houden dat hij dit zal doen. Zolang partijen de gelegenheid hebben gehad om zich uit te laten over de vaststaande feiten en ervaringsregels, en daarmee over de mogelijk af te leiden feiten, mag de rechter de afgeleide feiten gebruiken zonder deze eerst voor te leggen aan partijen.

4.2 De negatieve vaststelling van feiten

In HR 26 jan. 1996[198] wordt in cassatie door verweerder H. geklaagd dat het Gerechtshof met de overweging dat 'niet is gebleken, dat Franken ooit door een autoriteit voor Wille was gewaarschuwd' de feiten heeft aangevuld aange-

194 Vgl. Biegman-Hartogh in zijn conclusie onder HR 7 mei 1982, NJ 1983, 525 (concl. Biegman-Hartogh; m.nt. CJHB) bij subonderdeel 2 van middel 1A.

195 Vgl. HR 8 dec. 1995, NJ 1996, 274 (concl. A-G Vranken) ro. 3.6.; HR 12 juni 1998, NJ 1998, 669 (concl. A-G Hartkamp).

196 HR 12 nov. 1982, NJ 1983, 82 (concl. Ten Kate) ro. 3 verwijzend naar de conclusie van Ten Kate met betrekking tot onderdeel 2 van het cassatiemiddel.

197 HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 687 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense); HR 15 apr. 1966, NJ 1966, 321 (concl. Minkenhof).

198 HR 26 jan. 1996, NJ 1996, 607 (concl. A-G Mok; m.nt. WMK).

zien dit feit niet aan de orde is geweest en ook door Franken (eiser) niet is gesteld.[199]

De Hoge Raad verwerpt bovengenoemde klacht. Zij overweegt ten eerste dat het op de weg van verweerder H. lag om aan te tonen dat de schade ook zonder de (onrechtmatige) gedraging zou zijn ontstaan. In het kader hiervan heeft het hof vastgesteld dat niet is gebleken, dat Franken ooit door een autoriteit voor Wille was gewaarschuwd. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

> "Dat zulks niet was gebleken is, in verband met [hetgeen hiervoor] omtrent de stelplicht is overwogen, niet een feit waarop art. 176, eerste lid [oud] Rv doelt. Het Hof is dan ook met zijn vaststelling dat van zodanige waarschuwing niet was gebleken niet met art. 176, eerste lid [oud] Rv in strijd gekomen."[200]

Een ambtshalve (negatieve) vaststelling dat iets niet is gebleken, is geen verboden aanvulling van feiten. Het hof constateert immers slechts dat iets niet uit de gestelde en anderszins ter kennis van de rechter gekomen feiten is af te leiden.[201] Dit is een vaststellen van een processueel feit te vergelijken met de vaststelling dat een bepaalde stelling niet is betwist of dat een partij niet ter comparitie is verschenen.

4.3 De interpretatie van overgelegde stukken

Voor de regeling van de interpretatie van overgelegde stukken moet er een onderscheid gemaakt worden tussen processtukken, zoals de conclusies van eis en antwoord, pleitnota's e.d., en stukken die betrekking hebben op de rechtsverhouding van partijen, zoals overeenkomsten, uitspraken van tuchtcommissies, akten van cessie, octrooien e.d. Ik zal eerst de regeling met betrekking tot deze laatste stukken bespreken (§ 4.3.1) en vervolgens de regeling met betrekking tot de processtukken (§ 4.3.2).

4.3.1 De interpretatie van stukken met betrekking tot de rechtsverhouding tussen partijen

Het voornaamste stuk waar het hier om gaat is de overeenkomst. De regeling is echter hetzelfde voor de uitleg van andere stukken die de rechtsverhouding van partijen bepalen.[202] Naast overeenkomsten gaat het om bijvoorbeeld[203] een volmacht die aan een van partijen door een derde was verleend,[204] een

199 Een ander voorbeeld is Hof Arnhem 27 mei 1975, NJ 1976, 291.
200 Ro. 3.5.2.
201 Vgl. A-G Mok overw. 4.3.3.3.
202 Vgl. Pels Rijcken 1987 (I) p. 76/77; Snijders & Wendels 1999 p. 201.
203 Zie Pels Rijcken 1987 (I) p. 76.
204 HR 27 juni 1947, NJ 1947, 431 (concl. P-G Berger; m.nt. DJV).

octrooi,[205] een testament,[206] de statuten van een BV,[207] een uitspraak van een tuchtrechter[208] en een vraag naar strafrechtelijk verleden in een aanvraagformulier in het kader van het overnemen/sluiten van een verzekering.[209] Hoewel ik hierna nog slechts over overeenkomsten spreek geldt de in deze paragraaf besproken regeling ook voor andere overgelegde stukken inzake de rechtsverhouding tussen partijen.

De regeling

De bevoegdheden van de rechter met betrekking tot de interpretatie van overgelegde overeenkomsten steunt enerzijds op de regel dat het de rechter is die de feiten interpreteert[210] en anderzijds op de autonomie van partijen. De regeling is als volgt. De rechter mag niet afwijken van een eenparige uitleg door partijen van een (bepaling uit een) overeenkomst.[211] Als partijen het echter niet met elkaar eens zijn, mag de rechter de overeenkomst zelfstandig uitleggen. Hij kan hierbij één van de partijen volgen, maar mag ook met een eigen, nieuwe uitleg komen.[212]

De rechter is beperkt in zijn mogelijke interpretaties als partijen verschillende interpretaties aan de rechter voorleggen en zij het er over eens zijn dat één van de interpretaties de juiste is. De rechter is in dat geval beperkt tot de opgegeven keuzemogelijkheden.[213] Een voorbeeld hiervan is de zaak HR 20 jan. 1984[214] waarin het Gerechtshof had vastgesteld dat partijen ten aanzien van het begrip 'normale waarde' het in zoverre altijd eens zijn geweest dat daarmee slechts een van twee begrippen bedoeld kan zijn geweest, te weten

205 HR 20 juni 1947, NJ 1948, 92 (concl. A-G Wijnveldt) en HR 23 juni 1972, NJ 1972, 451 (concl. P-G Langemeijer; m.nt. LWH).

206 HR 11 jan. 1974, NJ 1974, 187 (concl. A-G Berger; m.nt. GJS).

207 HR 31 dec. 1993, NJ 1994, 436 (concl. A-G Mok; m.nt. Ma).

208 In casu de Ereraad van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde HR 3 okt. 1997, NJ 1998, 9 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense).

209 HR 9 feb. 1996, NJ 1996, 745 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM).

210 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 75; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 3; Chorus 1987 p. 3; Tjittes 1994 p. 413.

211 Vgl. Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 8; Bosch-Boesjes 1991 p. 127; Pels Rijcken 1987 (I) p. 77; Tjittes 1994 p. 413/414; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38; Snijders & Wendels 1999 p. 201; HR 19 feb. 1993, NJ 1994, 290 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. CJHB) overw. 21 t/m 23 van de conclusie.

212 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 127; Pels Rijcken 1987 (I) p. 77; Tjittes 1994 p. 413; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38; Snijders & Wendels 1999 p. 201; HR 19 feb. 1993, NJ 1994, 290 (concl. A-G Strikwerda; m.nt. CJHB) ro. 3.6 en overw. 21 t/m 23 van de conclusie; HR 23 juni 1995, NJ 1996, 566 (concl. A-G Vranken; m.nt. HJS) ro. 3.4.3; HR 21 juni 1996, NJ 1997, 327 (concl. A-G Koopmans;m.nt. DWFV) ro 3.4. Voorbeelden van deze regeling zijn: HR 1 okt. 1993, NJ 1994, 62 (A-G Strikwerda); HR 18 apr. 1997, NJ 1997, 511 (concl. A-G Vranken); HR 12 sept. 1997, NJ 1997, 733 (A-G Asser); HR 8 juni 1990, NJ 1990, 606 (A-G Hartkamp);HR 20 sept. 1991, NJ 1992, 552 (concl. A-G Mok; m.nt. JBMV).

213 Zie HR 20 jan. 1984, NJ 1987, 295 (concl. A-G Biegman-Hartogh); Tjittes 1994 p. 414; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 38; Snijders & Wendels 1999 p. 201.

214 HR 20 jan. 1984, NJ 1987, 295 (concl. A-G Biegman-Hartogh) ro. 3.1.

de fiscale boekwaarde of de statiegeldwaarde. Het hof had dan ook niet de vrijheid om aan de contractuele term 'normale waarde' een andere betekenis toe te kennen dan de fiscale boekwaarde of de statiegeldwaarde.

Het geval van een beperking tot gegeven keuzemogelijkheden moet mijns inziens wel onderscheiden worden van het geval dat partijen twisten over de uitleg en slechts elk hun eigen interpretatie verdedigen. In dat geval gaat het immers niet om een duidelijke beperking van de 'juiste' interpretatie tot de gegeven keuzemogelijkheden waarbij beide partijen het er over eens zijn dat of de één of de ander juist is.

Partijen en de rechter zullen er wel rekening mee moeten houden dat partijen dwingend recht niet opzij kunnen zetten (zie hoofdstuk 7 § 6.3). Als de uitleg van partijen in strijd komt met dwingend recht zal de rechter de overeenkomst toch ambtshalve conform het dwingend recht zelfstandig moeten uitleggen. Dit kan betekenen dat er bij sommige stukken weinig ruimte over blijft voor gebondenheid aan een eenparige of beperkte uitleg door partijen.

De interpretatie van een juridisch begrip in de overeenkomst

Partijen nemen soms termen op in hun overeenkomsten die ook juridische begrippen zijn, zoals eigenaar, huurder of betaling. Het feit dat partijen een dergelijke term gebruiken wil niet zeggen dat zij die term in juridische zin gebruiken. Het is goed mogelijk dat partijen aan de term een betekenis toekennen die afwijkt van de juridische betekenis.

Als het begrip in zijn juridische betekenis wordt gebruikt, heeft dit twee consequenties. Ten eerste dat de rechter bij de uitleg van het begrip niet gebonden is aan een (eenparige) uitleg van partijen en ten tweede dat het oordeel van de rechter omtrent de inhoud van het begrip door de Hoge Raad volledig getoetst kan worden in cassatie.

In het geval dat partijen het erover eens zijn dat een begrip in zijn juridische betekenis moet worden uitgelegd, zal de rechter het begrip conform het recht uitleggen. Hij is daarbij niet gebonden aan de stellingen van partijen, aangezien het in dergelijke gevallen gaat om het toepassen van recht waarbij de rechter niet gebonden is aan rechtsbeschouwingen van partijen.[215] Hij zal dan ook een onjuiste (eenparige) uitleg van het juridische begrip naast zich neer kunnen leggen.

Als partijen het niet eens zijn over de vraag of een begrip als een juridisch begrip geïnterpreteerd moet worden, zal de rechter het begrip zelfstandig uitleggen. Als hij van mening is dat het begrip als juridisch begrip is gebezigd, zal hij het begrip conform het recht uitleggen, zoals in de vorige alinea beschreven.[216] Als dit niet het geval is, zal hij het begrip als een feitelijk begrip uitleggen.

---

215 Vgl. conclusie Biegman-Hartogh overw. 6 onder HR 20 jan. 1984, NJ 1987, 295 (concl. A-G Biegman-Hartogh).

216 Een voorbeeld hiervan is HR 16 feb. 1996, NJ 1997, 186 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM).

Het oordeel dat een begrip in zijn juridische betekenis is gebruikt, is een kwestie van feitelijke waardering en niet volledig te toetsen is cassatie.[217] Het oordeel omtrent de uitleg van het juridische begrip is echter een juridisch oordeel dat in cassatie volledig getoetst kan worden. Het betreft immers de interpretatie van recht.

4.3.2 De interpretatie van processtukken

Naast de stukken die de rechtsverhouding tussen partijen bepalen, dienen partijen processtukken in zoals de dagvaarding en de conclusie van antwoord. De interpretatie van deze stukken is voorbehouden aan de rechter. Hij legt deze stukken zelfstandig uit en is niet gebonden aan een (eenparige) uitleg van een processtuk door partijen.[218] Dit betekent dat de bedoeling van de partij niet doorslaggevend is. Als een partij later aangeeft dat de rechter het stuk anders heeft uitgelegd dan hij heeft bedoeld, is dat geen grond om de uitleg van de rechter bij te stellen (zelfde instantie) of te vernietigen (hogere instantie). Zolang de rechter het stuk heeft opgevat zoals hij deze kon en mocht opvatten, blijft zijn uitleg in stand.

4.4 Het kwalificeren van feiten

Onder het kwalificeren van feiten wordt verstaan het juridisch benoemen van de feiten.[219] Voorbeelden van kwalificaties zijn:

- het oordeel dat een vrachtauto die door een plotseling optredend defect tot stilstand kwam op een spoorwegovergang op het moment van de botsing met een goederentrein een 'motorrijtuig, waarmede op een weg wordt gereden' was in de zin van art. 31 Wegenverkeerswet (WVW);[220]
- het oordeel van het Gerechtshof dat de stortingen van de man op de bankrekening ten name van het kind worden aangemerkt als het voldoen van de man aan zijn verplichtingen tot levensonderhoud van het kind;[221]
- het oordeel dat een vriend die in het kader van een economische eenheid van de verstrekte bijstandsuitkering mede heeft geprofiteerd, niet kan worden aangemerkt als 'betrokkene' in de zin van art. 58 ABW;[222]

217 HR 16 feb. 1996, NJ 1997, 186 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM) ro. 3.5.
218 Vgl. Chorus 1987 p. 3 indirect: HR 4 nov. 1994, NJ 1996, 485 (A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. WMK) onder middel 7; HR 3 okt. 1997, NJ 1998, 9 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense); HR 23 apr. 1993, NJ 1993, 372 (A-G De Vries Lentsch-Kostense).
219 Vgl. Veegens/Wiersma 1973 p. 29; Vriesendorp 1970 p. 76; Sterk 1982 p. 695; De Kanter 1928 p. 22.
220 Hof 's-Gravenhage 14 mei 1969, NJ 1970, 272.
221 Hof 's-Gravenhage 24 mrt. 1976, NJ 1977, 101.
222 Ktg. 16 mrt. 1984, NJ 1985, 266.

- het oordeel van de Hoge Raad dat de schadevergoedingsvordering, zoals het hof die in de inleidende dagvaarding heeft gelezen, tot grondslag heeft dat tussen partijen een huurovereenkomst is gesloten en dus moet worden aangemerkt als een rechtsvordering betrekkelijk tot huur van bedrijfsruimte in de zin van art. 39 sub 5e RO;[223]
- het oordeel van de rechtbank dat de rechtsverhouding tussen partijen burgerrechtelijk gezien geen arbeidsovereenkomst is, maar een rechtsbetrekking van geheel eigen aard;[224] en
- het oordeel van het Gerechtshof dat de feiten dat G. jr. is weggegaan zonder de brandweer te waarschuwen en/of te trachten zelf de brand te blussen, terwijl er in een of meer bedrijfsruimten een brand woedde welke hij moet hebben opgemerkt, merkelijk schuld bij G. Jr. in de zin van art. 294 K. opleveren.[225]

4.4.1 De regels omtrent het kwalificeren van feiten

De bevoegdheid van de rechter om de feiten te kwalificeren vloeit voort uit art. 48 (oud) Rv.[226] Het kwalificeren van feiten heeft dan ook alle kenmerken van het toepassen van recht. Om te beginnen is de rechter verplicht om de juiste kwalificatie aan de feiten te geven en een onjuiste kwalificatie door partijen te passeren. Art. 48 (oud) Rv geeft immers een verplichting.

Daarnaast is het kwalificeren van de feiten voorbehouden aan de rechter.[227] Hij bepaalt hoe de feiten vertaald moeten worden naar juridische termen. Als de rechter feiten anders kwalificeert dan partijen, vult hij daarmee niet de feiten aan, maar past hij slechts het recht toe.[228]

De rechter is bij het kwalificeren van feiten niet gebonden aan of beperkt tot de door partijen gegeven kwalificaties.[229] Ook niet als het gaat om een eenparige kwalificatie door partijen.[230] Zoals de aangevoerde rechtsnormen, hebben de aangevoerde kwalificaties slechts het karakter van een advies (zie hoofdstuk 5). De rechter controleert de door partijen aangevoerde kwalificaties en als hij van mening is dat deze onjuist zijn, zal hij deze passeren. Als partijen

---

223 HR 16 nov. 1990, NJ 1991, 66 (A-G Koopmans).
224 HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173 (A-G Asser; m.nt. HJS).
225 HR 23 okt. 1992, NJ 1992, 814 (concl. A-G Asser).
226 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 55,76,87.
227 Rutten 1943 p. 100; Snijders & Wendels 1999 p. 202; Tjittes 1994 p. 414; HR 5 okt. 1979, NJ 1980, 485 (concl. Ten Kate; m.nt. WHH); overw. 20 concl. A-G Ten Kate bij HR 11 dec. 1987, NJ 1988, 347 (concl. A-G Ten Kate).
228 Vgl. WHH bij punt 1 in zijn noot onder HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 184 (concl. A-G Franx; m.nt. WHH).
229 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 48,55,87; Burg. Rv. (Asser) art. 48, aant. 8; Sterk 1982 p. 695; Snijders & Wendels 1999 p. 193/194; Bosch-Boesjes 1991 p. 130.
230 Zie HR 13 juni 1980, NJ 1980, 474 (concl. P-G Berger; m.nt. GJS) overw. 4 omtrent het middel; WHH bij punt 1 in zijn noot onder HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 184 (concl. A-G Franx; m.nt. WHH).

geen kwalificaties aan de feiten hebben gegeven, hetgeen niet vereist is, zal de rechter de feiten ambtshalve kwalificeren.

Een door de rechter gegeven kwalificatie moet wel door de feiten worden gedragen. Als de feiten hiertoe geen ruimte bieden, zal de rechter de feiten niet (anders) kunnen kwalificeren.[231] Dit brengt mee dat hoewel de rechter mag afwijken van de kwalificatie door partijen, hij dit alleen zal kunnen als de feiten daartoe de ruimte bieden. Als deze ruimte er niet is, zal hij het moeten laten bij de vaststelling dat bijvoorbeeld de eiser niet als eigenaar gekwalificeerd kan worden.

Er is alleen reden voor de rechter om onderzoek te doen naar een kwalificatie als de aangevoerde kwalificatie niet door de feiten wordt gerechtvaardigd, de wederpartij een andere kwalificatie verdedigt of er geen kwalificaties zijn aangevoerd. Als de aangevoerde kwalificatie door de feiten wordt gedragen en niet wordt bestreden, moet de rechter van die kwalificatie uitgaan en hoeft hij niet verder te zoeken. Als een bepaalde feitelijke situatie op meerdere manieren gekwalificeerd kan worden en partijen procederen op grond van een van deze kwalificaties, mag de rechter niet hiervan afwijken (vgl. ook hoofdstuk 7 § 4.3).

Als de rechter de feiten niet kan kwalificeren omdat de feiten geen kwalificatie kunnen dragen, wil dit niet zeggen dat hij de kwalificatie van partijen moet volgen. Niet elke door partijen aangevoerde feitelijke situatie zal immers naar relevante juridische begrippen te vertalen zijn. In dat geval zal hij de aangevoerde kwalificatie moeten verwerpen, en daarmee waarschijnlijk ook de betreffende feitelijke grond voor de vordering of het verweer.

Aangezien het kwalificeren aan de rechter is voorbehouden, kan een kwalificatie als zodanig ook niet het onderwerp van een bewijsopdracht zijn.[232] De feiten waarop de kwalificatie wordt gebaseerd, kunnen uiteraard wel het onderwerp van een bewijsopdracht zijn.[233] Een voldoende gemotiveerd aanbod tot (tegen)bewijs van de dragende feiten, betekent dan dat de rechter de betrokken partij tot het (tegen)bewijs moet toelaten.[234] Als het (tegen)bewijs slaagt, is het mogelijk dat de feiten niet langer in die mate vaststaan dat de kwalificatie door de vaststaande feiten wordt gedragen.

4.4.2 Als partijen juridische begrippen gebruiken

Het komt regelmatig voor dat partijen juridische begrippen gebruiken. Wat dit betreft zijn er twee kanttekeningen te maken. Ten eerste is het mogelijk dat de juridische betekenis van dit begrip afwijkt van de betekenis die dit

231 Zie bijvoorbeeld HR 16 feb. 1996, NJ 1997, 186 (concl. A-G Asser; m.nt. MMM); HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 184 (concl. A-G Franx; m.nt. WHH).
232 HR 5 okt. 1979, 1980, 485 (concl. Ten Kate; m.nt. WHH).
233 Vgl. WHH punt 2 in zijn noot onder dit arrest.
234 Vgl. de conclusie van Ten Kate onder dit arrest.

begrip heeft in het dagelijks taalgebruik. Dit is al eerder aan de orde gekomen bij de uitleg van overeenkomsten en dergelijke. Wat daar werd gesteld, geldt mijns inziens voor het gebruik van juridische begrippen door niet-juristen in het algemeen: het feit dat een door een niet-jurist gebruikte term een juridische betekenis heeft, wil niet zeggen dat hij deze de term ook in de juridische betekenis heeft gebruikt. De rechter zal zich moeten richten op hetgeen de niet-jurist heeft bedoeld, en onder omstandigheden, de betekenis die anderen aan die term mochten geven. Als blijkt dat het begrip in zijn juridische betekenis is gebruikt, zal de rechter dit begrip overeenkomstig het recht toepassen. Als echter blijkt dat het begrip in een niet-juridische betekenis is gebruikt, geldt de regeling zoals deze bij de uitleg van overeenkomsten is omschreven (§ 4.3.1).

Van juristen die als zodanig een rol spelen mag mijns inziens verwacht worden dat zij bekend zijn met de juridische betekenis van deze begrippen en dat zij hun stellingen zo formuleren dat duidelijk is of de term hier al dan niet in zijn juridische betekenis wordt gebruikt. In de context van een proces betekent dit dat ervan mag worden uitgegaan dat een begrip in zijn juridische betekenis wordt gebruikt als dit begrip tot het relevante rechtsgebied behoort en door een jurist wordt gebruikt. Dit is alleen anders als dit is aangegeven.

De tweede kanttekening die ik wil maken betreft het gebruik van juridische begrippen als 'shortcuts'. Partijen stellen dan juridische begrippen in hun juridische betekenis zonder de onderliggende feiten aan te voeren. Zij stellen bijvoorbeeld dat er sprake is van een huurovereenkomst of dat zij eigenaar zijn, zonder de onderliggende overeenkomst over te leggen of uit te werken hoe zij eigenaar zijn geworden. Dit is volkomen geoorloofd[235] en het aanvoeren van de onderliggende feiten is vaak ook niet nodig omdat de betreffende stelling niet het punt van geschil is. Waar het om gaat is bijvoorbeeld de beëindiging van de huurovereenkomst of revindicatie.

Als deze 'short-cut', die een kwalificatie is, door de wederpartij wordt betwist, zal de stellende partij moeten aantonen dat zijn stelling juist is. Hij zal de onderliggende feiten moeten aanvoeren, hetgeen er op neerkomt dat hij feiten moet aanvoeren die, als zij komen vast te staan, de gestelde kwalificatie rechtvaardigen van bijvoorbeeld de overeenkomst als huurovereenkomst. De wederpartij kan deze aangevoerde feiten op zijn beurt natuurlijk betwisten. Het is uiteindelijk aan de rechter om, ambtshalve en ongebonden aan rechtsbeschouwingen van partijen, te bepalen of de aangevoerde feiten (nog) de gestelde kwalificatie kunnen dragen.

Het stellen van juridische begrippen als short-cuts is echter niet zonder risico. Het probleem is dat een partij zich met het stellen van een juridisch begrip de mogelijkheden van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen beperkt. De partij baseert zich immers op een bepaald type overeenkomst en niet op een overeenkomst die mogelijk als het genoemde type gekwalificeerd

235 Vgl. Vriesendorp 1970 p. 41.

kan worden. Deze vorm van stellen laat de rechter niet de ruimte om de overeenkomst zo nodig anders te kwalificeren en de vordering te beoordelen op grond van aan te vullen rechtsnormen. Daarmee zou de rechter de feitelijke gronden aanvullen. De feitelijke grond is immers dat de huurovereenkomst recht geeft op het gevorderde, en niet dat de overeenkomst recht geeft op het gevorderde. Het is mogelijk dat de feiten die in het kader van het onderbouwen van de feitelijke grond worden aangevoerd anders gekwalificeerd kunnen worden, maar de feitelijke grond blijft beperkt tot de gestelde kwalificatie.

Deze ruimte om de rechtsgronden aan te vullen is er wel als de partij zich direct baseert op de relevante feiten en deze vervolgens kwalificeert. Als de rechter deze kwalificatie verwerpt, is er de ruimte om de feiten anders te kwalificeren en andere rechtsnormen aan te vullen zonder ook de feitelijke grond aan te vullen. Deze is immers nog steeds de aangevoerde, ongekwalificeerde feitelijke situatie of gebeurtenis.

4.5 Het stellen van vragen door de rechter

Het is duidelijk dat de burgerlijke rechter de bevoegdheid heeft om vragen te stellen. Op grond van art. 19a jo. 19 (oud) Rv heeft de rechter de bevoegdheid om in alle gevallen en in elke stand van het geding een inlichtingencomparitie te gelasten om partijen de gelegenheid te geven hun (feitelijke) stellingen te verduidelijken. Bij pleidooi heeft de rechter de bevoegdheid om inlichtingen te vragen (art. 144 lid 2 (oud) Rv). Dit is niet beperkt tot alleen vragen over het bij pleidooi gestelde of getoonde, maar mag ook betrekking hebben op hetgeen in een eerder stadium is aangevoerd of ingebracht.[236] Ook bij het getuigenverhoor heeft de rechter de bevoegdheid om partijen en getuigen te ondervragen (art. 205 lid 1 en 3 (oud) Rv). Art. 224 lid 2 (oud) Rv geeft de rechter de bevoegdheid om aan de deskundigen nadere toelichting of aanvulling te vragen als hij door het deskundigenbericht onvoldoende is voorgelicht. Deze bevoegdheden geven de rechter de mogelijkheid om zich actief met de samenstelling van de feitelijke grondslag bezig te houden.

De rechter kan deze bevoegdheden ten eerste gebruiken om partijen de gelegenheid te geven stellingen en andere aspecten van de zaak die de rechter onduidelijk zijn nader toe te lichten.[237] Hij kan partijen echter ook aanzetten om nadere feiten aan te voeren.[238] Het is wel zo dat deze inlichtingen-

236 Stein & Rueb 2000 p. 18; Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 84; Hoge Raad 7 juni 1968, NJ 1968, 325 (A-G Van Oosten).

237 Vgl. HR 18 mrt. 1994, NJ 1994, 407 (A-G Asser).

238 Vgl. Van der Nat-Verhage 1988 p. 4 (stimuleren om ontbrekende gegevens te verschaffen); Burg. Rv. (Gerretsen) art. 176, aant. 5 (sturen); Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 39 (aan te zetten tot aanvulling); Hugenholtz/Heemskerk 1998 p. 102: hij kan het bijeenbrengen en complementeren van het feitenmateriaal bevorderen door ambtshalve een comparitie van partijen tot het geven van inlichtingen te bevelen of een bewijsopdracht te verlenen.

bevoegdheden slechts gebruikt kunnen worden om voort te bouwen op de aangevoerde feiten en feiten die anderszins ter kennis van de rechter zijn gekomen. De rechter gebruikt deze bevoegdheden binnen de grenzen van de rechtsstrijd om leemten en onduidelijkheden weg te nemen en om zo een zo correct mogelijke feitelijke grondslag samen te stellen.

Een interessant arrest in dit kader is Diepop/Nouwens.[239] In dit geval was er schade ontstaan aan een lading peren en wortelen door een combinatie van opslag bij een te lage temperatuur en een te hoge concentratie CO^2. Het Gerechtshof overweegt in appel:

> "Ervan uitgaande dat partijen geen inzicht hebben gegeven in de vraag in hoeverre de schade aan de bevriezing respectievelijk aan de te hoge CO^2-concentratie geweten moet worden, terwijl het Hof hierover in het procesdossier ook geen aanwijzingen heeft gevonden, taxeert het Hof de schade, voor zover aan bevriezing te wijten, op 50% van de totale […] geleden schade."

In cassatie overweegt de Hoge Raad echter:

> "Voorts zijn onderdeel 2 van het middel in het principale beroep en subonderdeel 3c van het middel in het incidentele beroep in zoverre gegrond dat het Hof, zo het de aanwijzingen in eerder bedoeld rapport met bijlage niet voldoende had geoordeeld om tot een verantwoorde beslissing te kunnen komen met betrekking tot de hier aan de orde zijnde vraag, de partijen - die kennelijk geen rekening hadden gehouden met de mogelijkheid dat de rechter Diepop wèl voor schade als gevolg van bevriezing maar niet voor schade van een te hoge CO^2-concentratie aansprakelijk zou houden - in de gelegenheid had moeten stellen hun stellingen op dit punt aan te vullen en desgeraden daaromtrent bewijs bij te brengen."

Deze uitkomst is verrassend. In principe heeft het Gerechtshof drie mogelijkheden. Ten eerste kan zij stellen dat de eiser onvoldoende feiten heeft gesteld om toewijzing van de vordering te rechtvaardigen en de vordering afwijzen. Ten tweede kan zij partijen vragen nadere gegevens aan te voeren omtrent de verhouding tussen de schadeveroorzakende factoren. En ten derde kan zij een schatting maken van de schade op basis van de vaststaande feiten. Het hof kiest de laatste mogelijkheid.

Het feit dat de Hoge Raad dit afkeurt is niet opmerkelijk. De reden waarom is dit echter wel. Op grond van het systeem van art. 48 en 176 (oud) Rv zou ik verwachten dat de Hoge Raad zou oordelen dat de vordering had moeten worden afgewezen omdat de vaststaande feiten toewijzing van de vordering niet rechtvaardigen. De vaststaande feiten gaven immers geen beeld van de verhouding tussen de schadeveroorzakende factoren.

---

239 HR 30 sept. 1994, NJ 1995, 45 r.o. 3.5.3 (concl. A-G Hartkamp).

De Hoge Raad oordeelt echter dat het hof partijen om aanvullende feiten had moeten vragen. De reden hiervoor is dat het hof zijn uitspraak heeft gebaseerd op een wending waar partijen kennelijk geen rekening mee hebben gehouden. Dit is een belangrijke formulering. De Hoge Raad spreekt niet over een verrassende wending waar partijen geen rekening mee hebben *kunnen* houden, maar een beslissing waar partijen kennelijk geen rekening mee *hadden gehouden*. Het oordeel van de Hoge Raad lijkt dan ook niet te zijn gebaseerd op een eventuele regel dat de rechter verplicht is partijen te horen bij verrassingsbeslissingen, maar enkel op het feit dat partijen blijkbaar geen rekening hebben gehouden met de wending.[240]

De Hoge Raad lijkt hier uit te gaan van een plicht om inlichtingen te vragen als benodigde feiten ontbreken. Partijen gingen uit van of schuld voor beide factoren of geen schuld en hadden zich dus niet uitgelaten over de verhouding tussen de schadeveroorzakende factoren. Nu het hof de factoren splitste ontbraken relevante feiten en daarom moet het Hof partijen de gelegenheid geven hun stellingen aan te passen.[241]

240 Het is natuurlijk mogelijk dat er hier sprake is van een 'slip of the pen' en de Hoge Raad wel degelijk doelde op verrassingsbeslissingen.

241 Een andere zaak waarin de rechter gehouden was ontbrekende feiten aan partijen te vragen was HR 28 mrt. 1997, NJ 1997, 382 (A-G De Vries Lentsch-Kostense). Ten eerste betrof dit echter een verzoekschriftprocedure waarin dit meer te verwachten is en ten tweede was de rechter wettelijk verplicht om het oordeel te geven waarvoor de feiten ontbraken.

9 De herziening van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering

1 INLEIDING

Op 1 januari 2002 is de herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, in werking getreden. De vraag is wat de gevolgen zijn van deze wetswijziging voor de regels die voorheen in art. 48 (oud) Rv waren opgenomen dan wel aan dit artikel werden verbonden. Een wijziging van 'art. 48 (oud) Rv' heeft op zich geen gevolgen voor (de interpretatie van) art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb is immers gebaseerd op art. 48 (oud) Rv en het burgerlijk procesrecht van voor 1994, en luidt niet dat deze (burgerrechtelijke) bepaling van overeenkomstige toepassing is. Toch geeft een wijziging van 'art. 48 (oud) Rv' een ontwikkeling weer in het denken rondom het leerstuk 'aanvullen van de rechtsgronden' en wat daar omheen hangt. In zoverre is de wetswijziging van belang en daarom wordt zij besproken in dit proefschrift.

De zinsnede 'wijziging van art. 48 (oud) Rv' wordt overigens ruim geïnterpreteerd in die zin dat ook is gekeken naar wijzigingen in de verschillende onderwerpen die met art. 48 (oud) Rv samenhangen, zoals bijvoorbeeld de beginselen van de lijdelijkheid en de partij-autonomie. Voor de keuze van relevante onderwerpen is bepalend geweest de vraag of er reden was om dit onderwerp in deel II te bespreken en de vraag of, als een onderwerp pas bij de wetswijziging is toegevoegd, er voldoende raakvlakken zijn met art. 48 (oud) Rv.

De onderwerpen die worden behandeld zijn de volgende. Ten eerste het standpunt dat het bij de rechtspraak gaat om een dienst van de overheid (§ 2). Ten tweede dat (ook) partijen verantwoordelijkheid dragen voor de efficiëntie van de rechterlijke geschillenbeslechting (§ 3). Uit deze mede-verantwoordelijkheid vloeit de zogenaamde substantiëringsplicht voort, dat wil zeggen de plicht om in de eerste processtukken al het volledige geschil tot dan toe en de bewijsmiddelen waarover partijen beschikken aan te geven (§ 4). Deze drie punten zijn nieuw.

Nieuw in de nieuwe burgerlijke proceswetgeving is ook de grote nadruk op waarheidsvinding. Het idee is losgelaten dat het aanvaardbaar is dat de waarheid zoals die in het proces komt vast te staan mag afwijken van het werkelijk gebeurde. Ook in het burgerlijk procesrecht moet de rechter zoveel als mogelijk beslissen op grond van de materiële waarheid (§ 5).

Resultaat van deze en andere ontwikkelingen is een actievere burgerlijke rechter en een terugdringing van de partij-autonomie, al dan niet gepaard gaande met een gelijklopende toename van activiteit bij de rechter. Dit zal worden behandeld in § 6. Ook de artikelen die art. 48 (oud) Rv 'opvolgen', art. 24 en 25 Rv, komen aan de orde (§ 7 respectievelijk § 8). In § 9 worden de wijzigingen in het leerstuk van het aanvullen van de rechtsgronden besproken. Vervolgens wordt de stelling ingenomen dat de voornaamste verandering is een wijziging in de aard van de civiele procedure (§ 10). In § 11 wordt de fundamentele herbezinning besproken. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele afsluitende kanttekeningen (§ 12).

2 Rechtspraak als dienst van de overheid

Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt in de nieuwe wetgeving het idee losgelaten dat het burgerlijk proces een vrijblijvende arena is voor de burger om te procederen zoals hem schikt.[1] De wetgever ziet de rechtspraak als een 'door de overheid gefacilieerde maatschappelijke voorziening'[2] en acht zich verplicht om te zorgen voor een goed functionerende rechtspleging.[3] Verder zijn de voor de rechtspraak beschikbare menskracht en middelen beperkt, en bij de huidige vraag naar rechtspraak zelfs schaars. Deze schaarse middelen moeten doelmatig worden ingezet, hetgeen de wetgever ook tot de zorg van de overheid rekent.[4]

Het bovenstaande heeft ten eerste tot gevolg dat de rechter als vertegenwoordiger van de overheid tot taak heeft om adequaat toezicht te houden op het tempo van de procedures en te waken tegen onredelijke vertraging.[5] De rechter heeft dan ook specifiek de opdracht gekregen om tegen dergelijke vertraging te waken en beschikt over een algemene bevoegdheid om zo nodig maatregelen te treffen (art. 20 Rv). Voorbeelden van bedoelde maatregelen zijn het stellen van termijnen, het peremptoir stellen van een partij en het weigeren van aktes die in feite verkapte conclusies zijn.[6]

Ook elders in de wet komt deze taak naar voren. De rechter krijgt een concrete bevoegdheid om een bepaalde maatregel te treffen naast de algemene bevoegdheid van art. 20 Rv. De rechter kan bijvoorbeeld ambtshalve een vermeerdering of wijziging van eis buiten beschouwing laten als deze leidt tot een onredelijke vertraging (art. 130 lid 1 Rv).[7] Een ander voorbeeld is art.

1 Vgl. NV II p. 13; vgl. ook Nauta 1999 p. 83.
2 NV II p. 24; zie ook kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 19.
3 NV II p. 23; vgl. ook Asser 1999 p. 23; Vranken 1999 p. 83.
4 VV I p. 10; vgl. ook Leijten 2000 p. 36; voor het Engelse systeem Struycken 2001 p. 59 .
5 NV II p. 23; vgl. ook Stein & Rueb 2002 p. 28; voor het Engelse systeem Struycken 2001 p. 61.
6 MvT II p. 51; MvA I p. 21.
7 NV II p. 20.

133 lid 4 Rv waarin is bepaald dat als een proceshandeling niet is verricht binnen de daarvoor gestelde termijn en daarvoor geen uitstel kan worden verkregen, het recht om desbetreffende proceshandeling te verrichten vervalt.[8]

Het tweede gevolg van deze nieuwe instelling van de wetgever is dat de rechter er ook op moet letten dat de schaarse middelen op een doelmatige wijze worden ingezet.[9] Dit wil niet zeggen dat de rechter zijn procedurele beslissingen slechts op deze inzet moet beoordelen, maar wel dat dit een factor is waarmee de rechter rekening moet houden. Zo noemt de Minister in de Nota het volgende voorbeeld van een geval waarin uitstel op eenparig verzoek van partijen geweigerd kan worden:

> "Is er zittingscapaciteit in het geding, zoals bij een verzoek om uitstel van reeds geplande pleidooien, dan is de rechter vanuit zijn verantwoordelijkheid voor een juiste benutting van rechterlijke capaciteit, eerder gerechtigd om daarvoor geen nieuwe datum vast te stellen."[10]

Een derde gevolg is de in de volgende paragraaf te behandelen verantwoordelijkheid van partijen voor hun procesgedrag.[11]

Uit het feit dat het moet gaan om een goed functionerende rechtspleging vloeit verder voort dat het procesrecht ten opzichte van partijen een dienende functie heeft en dus zo weinig mogelijk 'valkuilen' moet hebben.[12] In deze interpretatie richt deze instelling zich tot de wetgever en de rechtbanken om dergelijke 'valkuilen' te voorkomen bij het tot stand brengen van proceswetgeving respectievelijk rolreglementen. Een voorbeeld van de toepassing van deze instelling zijn de wisselbepalingen van art. 69-76 Rv. Op grond van deze bepalingen kan een zaak verwezen worden naar de juiste instantie als blijkt dat deze niet bij de behandelende rechter behoort.

3 PARTIJ-VERANTWOORDELIJKHEID

Een fundamentele wijziging in de uitgangspunten van het burgerlijk procesrecht is dat partijen mede verantwoordelijkheid dragen voor een voortvarende

---

8 NV II p. 20; De Minister noemt hier verder als voorbeelden: art. 132 (de bevoegdheid om geen repliek en dupliek toe te staan als een comparitie na antwoord heeft plaatsgevonden), 179 lid 2 eerste zin (de bevoegdheid om bij een getuigenverhoor de beantwoording van een vraag te beletten als deze niet rechtstreeks betrekking heeft op hetgeen te bewijzen staat) en 196 (de bevoegdheid om een termijn te verbinden aan het storten van een voorschot voor de aan een deskundigenbericht verbonden kosten.) Rv. Zie verder ook MvT II p. 51 en MvA I p. 21.

9 NV II p. 23; Vranken 1999 p. 70/71, 83, 85.

10 NV II p. 23; vgl. kamerstukken I 2001/02, 26855, nr. 16b, p. 2/3; Handelingen I 2001/2002, nr. 10, p. 3; vgl. ook Leijten 2000 p. 36.

11 Vgl. NV II p. 24; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 17, 19.

12 MvT II p. 79; vgl. ook Harreman 2000 p. 54.

procedure en een doelmatige inzet van middelen. Zij mogen hun procesgedrag niet slechts laten leiden door hun eigen belang, maar moeten ook rekening houden met hetgeen nodig is voor een goed functioneren van de rechtspraak. Partijen kunnen hierop door de rechter worden aangesproken en lopen een risico door niet aan hun verplichtingen te voldoen.[13]

Voorbeelden van verplichtingen die voortvloeien uit de partij-verantwoordelijkheid zijn de volgende. In zijn algemeenheid zijn partijen tegenover elkaar en tegenover de rechter verplicht om onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen (art. 20 lid 1 en 2 Rv). Partijen lopen het risico dat als een proceshandeling niet binnen de daarvoor gestelde termijn is verricht, het recht om deze proceshandeling te verrichten vervalt.[14] Verder zijn partijen verplicht om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (de waarheidsplicht; art. 21 Rv) en om de rechter de inlichtingen en stukken te geven waar hij om vraagt (art. 22 Rv). Als een partij niet aan deze verplichtingen voldoet, kan de rechter daaruit de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht (art. 21 en 22 Rv). Voor verder bespreking van art. 21 Rv verwijs ik naar § 5.

Een van de belangrijkste gevolgen van deze partij-verantwoordelijkheid is het ontnemen van de zekerheid van repliek/dupliek en het pleidooi. Dit is bedoeld als een prikkel voor partijen om hun verantwoordelijkheid serieus te nemen om zo snel mogelijk tot de kern van het geschil te komen en om zo vroeg mogelijk de daarvoor benodigde feiten in het geding te brengen.[15] Als partijen niet in de dagvaarding respectievelijk conclusie van antwoord of de comparitie na antwoord al de benodigde feiten aandragen, lopen zij het risico dat deze feiten buiten beschouwing zullen worden gelaten aangezien er in beginsel geen verdere mogelijkheid zal zijn om deze feiten in te brengen.

4 De substantiëringsplicht

Op grond van art. 111 lid 3 Rv moet de eiser in de dagvaarding de door de gedaagde aangevoerde verweren en de gronden daarvoor vermelden, en verder de bewijsmiddelen waarover de eiser kan beschikken en de getuigen die hij kan horen ter staving van de betwiste gronden van de eis. De eiser moet ook een reactie opnemen op de door hem vermelde verweren.[16] De verweerder moet in zijn conclusie van antwoord de bewijsmiddelen en getuigen aangeven

13 NV II p. 6, 24; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 17, 19, 31/32 vgl. Nauta 1999 p. 79, 83; Stein & Rueb 2002 p. 22; Asser 1999 p. 23/24 ev.; Vranken 1999 p. 71; Asser 2003 p. 27; Brenninkmeijer 2003 p. 233.

14 Van den Reek 2003 p. 23; Leijten 2000 p. 35; vgl. ook Struycken 2001 p. 61.

15 NV II p. 13.

16 MvT II p. 99; NV II p. 47; MvA I p. 34.

waarover hij beschikt ter staving van zijn verweren (art. 128 lid 5 Rv). Dit wordt de substantiëringsplicht genoemd.

Het doel van deze plicht is om vroeg in de procedure tot de kern van het geschil te komen. De eiser vermeldt de stand van zaken in het geschil op het moment van dagvaarding, voor zover hij die kent: zijn gronden, de verweren die gedaagde al heeft tegengeworpen en eisers reactie hierop. De gedaagde op zijn beurt geeft zijn visie op het geschil en voert verweren aan. De intentie van de wetgever is dat de zaak, zowel qua geschil als qua bewijsmiddelen, in die mate op tafel ligt dat na een (inhoudelijke) mondelinge behandeling ter comparitie het eindvonnis kan worden gewezen.[17]

Het gaat er dus niet om dat de eiser alle denkbare verweren opsomt. Het is niet de bedoeling dat de eiser verweer voor de gedaagde voert. Hij moet slechts die verweren vermelden die de gedaagde in het 'pre-processuele debat' al heeft aangevoerd.[18]

De verweerder is dan ook niet beperkt tot of gebonden aan de door de eiser vermelde verweren. Hij kan verweren die de eiser vermeldt laten vallen, maar hij kan ook nadere verweren aanvoeren. Ook kan hij eventuele onjuistheden in de door de eiser vermelde verweren of in eisers weergave van verweerders positie bijstellen.

Het gaat verder slechts om een weergave van de al gevoerde weren. Het is dus niet zo dat eiser namens de gedaagde verweren aanvoert.[19] De gedaagde zal de vermelde verweren dus nog zelf in het geding moeten brengen als hij wil dat de rechter daarmee rekening houdt. Een verweer dat wel door de eiser wordt genoemd, maar dat niet door verweerder wordt ingebracht moet mijns inziens als niet aangevoerd worden beschouwd.

Dit laatste betekent dat de rechter de vordering dus niet mag afwijzen op grond van een verweer dat door de eiser op grond van de substantiëringsplicht is vermeld, maar dat niet door de verweerder alsnog in het geding is gebracht. Dit zou in strijd zijn met het verbod om de feitelijke gronden aan te vullen. Er zijn althans geen aanwijzingen dat het verbod om de feiten aan te vullen is gewijzigd met de invoering van de herziening van het burgerlijk procesrecht (zie § 7). Het zou ook merkwaardig zijn als een vordering zou worden afgewezen op grond van de door de eiser 'aangevoerde' verweren terwijl de verweerder dit verweer niet voert of zelfs verstek laat gaan. Verder past een dergelijke handelswijze ook niet binnen het systeem. Het zou immers de doorwerking van de substantiëringsplicht in de praktijk niet ten goede komen.

---

17 Vgl. MvT II p. 99, 100; NV II p. 46, 47; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 33; MvA I p. 33; zie ook Van den Reek 2003 p. 24; Wiersma 2002 p. 13; Boonekamp & Van Maanen 2000 p. 6/7.

18 Vgl. MvT II p. 53, 98, 100; NV II p. 46; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 34; MvA I p. 6, 20, 34; vgl. ook Hugenholtz/Heemskerk 2002 p. 53.

19 Vgl. NV II p. 47; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 33.

Boonekamp en Van Maanen merken nog terecht op dat, voor zover het gaat om stukken, het niet kan blijven bij het vermelden van bewijsmiddelen. Op grond van art. 85 Rv is een partij immers verplicht om als hij zich bij dagvaarding, conclusie of akte op een stuk beroept een afschrift van dat stuk bij te voegen.[20]

Een verzuim met betrekking tot de substantiëringsplicht van art. 111 Rv wordt niet bedreigd met nietigheid (art. 120 lid 4 Rv). Als partijen niet voldoen aan de substantiëringsplicht, heeft de rechter een aantal mogelijkheden. Hij kan partijen bevelen om de ontbrekende gegevens en bewijsmiddelen alsnog te verstrekken (Art. 120 lid 4 (eiser) en art. 128 lid 5 (verweerder) Rv). Ook heeft hij de algemene sanctie om aan de weigerachtigheid de gevolgen te verbinden die hij geraden acht.[21] Daarbij kan de rechter de betreffende partij (gedeeltelijk) in de proceskosten veroordelen.

De rechter is ook bevoegd om als een partij een bewijsmiddel onvermeld had gelaten, terwijl duidelijk was dat deze vermeld had moeten worden, het bewijsmiddel buiten beschouwing te laten op grond van strijd met de goede procesorde als dit bewijsmiddel later toch wordt aangevoerd. Dit is echter slechts gerechtvaardigd als de bijzondere omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.[22] Het buiten beschouwing laten van laat in de procedure naar voren gebrachte gegevens en middelen wegens strijd met de goede procesorde was ook onder het oude procesrecht mogelijk. Dit moment waarop een middel te laat is ingebracht, is echter onder het huidige procesrecht sterk vervroegd.[23]

5 De waarheidsplicht

Nieuw in het burgerlijk procesrecht is de invoering van een waarheidsplicht voor partijen. In deze paragraaf wil ik kort aandacht besteden aan een aantal punten. In § 5.1 zal ik de reikwijdte van art. 21 Rv verkennen. Vervolgens wordt kort een aantal sancties aangegeven (§ 5.2). In § 5.3 komt de verhouding tussen gedragsregel 12 en 13 van de gedragsregels voor advocaten en art. 21 Rv aan de orde.

5.1 Een verkenning van art. 21 Rv

Art. 21 Rv bepaalt dat partijen verplicht zijn om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Het is niet langer

20 Boonekamp & Van Maanen 2000 p. 7.
21 MvT II p. 99.
22 Vgl. MvT II p. 100; NV II p. 51.
23 Vgl. NV II p. 50/51; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 32.

aanvaardbaar dat partijen feiten voor zich houden of onjuist weergeven: als een partij feiten kent die relevant zijn voor de zaak is zij verplicht om deze, volledig en naar waarheid, te vermelden.[24] Ook als het gaat om voor de wederpartij gunstige feiten. Dit laatste geldt zeker als het gaat om feiten die de wederpartij niet kent of behoorde te kennen.[25]

Het primaire doel van deze bepaling is om te komen tot een open en eerlijk proces en het uitbannen van het onjuist en onvolledig informeren van de rechter.[26] Hieronder valt ook dat partijen de rechter niet op het verkeerde been mogen zetten.[27]

Het gaat hier mijns inziens echter om meer dan slechts het 'uitbannen van de bewuste leugen' of het tegengaan van een oneerlijke proceshouding doordat partijen feiten die gunstig zijn voor de ander verzwijgen. Deze bepaling heeft ook tot doel dat partijen zo spoedig mogelijk volledig openheid van zaken geven. Hierdoor kan zo snel mogelijk tot de kern van het geschil gekomen worden en worden latere verrassingen die tot vertraging van het geding kunnen leiden, voorkomen.[28]

De verplichting om feiten volledig en naar waarheid aan te voeren is uiteraard beperkt tot het kader van de omvang van het geschil. Dit blijkt ook uit art. 21 Rv. Het gaat om voor de beslissing van belang zijnde feiten. Feiten die buiten dat kader vallen zijn niet relevant en hoeven dus niet te worden aangevoerd.[29]

Ook gaat art. 21 Rv niet zo ver dat een partij 'eerlijk' zijn zwakke positie zou moeten opbiechten aan de rechter of de wederpartij[30] of dat een partij de tegenpartij zou moeten wijzen op gronden die deze tegenpartij zou kunnen aanvoeren.[31] Art. 21 Rv beperkt zich tot *feiten*.

Klaassen verdedigt dat een partij een ongunstig deskundigenrapport niet zou hoeven te overleggen.[32] De Minister stelt in dit kader dat "een partij niet verplicht is een voor haar ongunstig deskundigenbericht in het geding te brengen, zolang die partij binnen het kader van het geschil maar blijft voldoen aan artikel [21] en dus geen feiten weglaat waarvan zij weet heeft."[33] Hieruit maak ik op dat een partij wel verplicht is om feiten die door het onderzoek door de deskundigen bekend zijn geworden in te brengen (art. 21 Rv), met op eigen initiatief overlegging van het deskundigenbericht in het geval dat art. 85 Rv van toepassing is. De rechter kan altijd om het (ongunstige) deskun-

24 Vgl. MvT II p. 52, 53; NV II p. 25; vgl. ook Klaassen 2002 p. 1451.
25 Vgl. MvA I p. 22; vgl. ook Wiersma 2002 p. 14; Klaassen 2002 p. 1452, 1453.
26 Vgl. Klaasen 2002 p. 1451, 1452, 1453, 1458; Stein & Rueb 2002 p. 24; Vranken 1999 p. 85.
27 MvT II p. 53; vgl. ook Klaassen 2002 p. 1452.
28 Vgl. Klaassen 2002 p. 1451/1452, 1458; Asser 2003 p. 36.
29 Vgl. Klaassen 2002 p. 1451; Hugenholtz/Heemskerk 2002 p. 10.
30 Wiersma 2002 p. 14; Klaassen 2002 p. 1453.
31 Klaasen 2002 p. 1456.
32 Klaassen 2002 p. 1456.
33 Handelingen I 2001/02, 26855, nr. 10, p. 508.

digenbericht verzoeken (22 Rv).[34] Het zal dus van de inhoud van het deskundigenbericht afhangen of, en zo ja in hoeverre, dit dient te worden overlegd. De stelling dat een ongunstig deskundigenbericht niet hoeft te worden overlegd, gaat dan ook te ver.

Art. 21 Rv staat er niet aan in de weg dat partijen feiten op hun eigen, gunstige manier interpreteren.[35] Er is immers een verschil tussen het aanvoeren van een feit en een mening geven over welke gevolgen aan dat feit verbonden moeten worden.

Slechts op grond van gewichtige redenen mag een partij feiten achterhouden.[36] In de parlementaire geschiedenis wordt het geval genoemd dat een partij bepaalde feiten niet vermeldt omdat deze aanleiding kunnen zijn voor een strafrechtelijke vervolging. Het recht om te zwijgen weegt hier zwaarder dan het belang van waarheidsvinding.[37] Een andere mogelijkheid is als de feiten onder een geheimhoudingplicht vallen of van vertrouwelijke aard zijn.[38] Uiteindelijk zal de rechter moeten bepalen of er sprake is van gewichtige redenen.[39]

5.2 Sancties op het niet naleven van art. 21 Rv

Als een partij onvolledig is geweest of onjuiste feiten heeft ingebracht, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Dit verzuim kan voor de rechter reden zijn om de aannemelijkheid van andere stellingen van die partij extra kritisch te bezien, hetgeen weer van belang kan zijn voor de verdeling van de bewijslast.[40] Ook kan de rechter met dit verzuim rekening houden bij de proceskostenveroordeling. De kosten veroorzaakt door het verzuim zouden gekwalificeerd kunnen worden als nodeloos veroorzaakte kosten die de rechter op grond van art. 237 Rv voor rekening kan laten van de partij die deze kosten veroorzaakte.[41]

Daarbij loopt een partij die voor haar van belang zijnde feiten niet al bij de eerste gelegenheid inbrengt, het risico dat zij deze feiten niet meer kan inbrengen. De procedure is in principe beperkt tot één schriftelijk stuk en een mondelinge behandeling ter comparitie. Het is mogelijk om feiten nog ter comparitie in te brengen, maar slechts als de comparitie voldoende gelegenheid biedt aan de wederpartij om op deze feiten te reageren. Als dit niet het geval is en de inbrengende partij deze feiten ook al in haar schriftelijk stuk kon

34 Klaassen 2002 p. 1456.
35 Klaassen 2002 p. 1453.
36 MvT II p. 53; vgl. ook Klaassen 2002 p. 1453.
37 NV II p. 31.
38 Klaassen 2002 p. 1453.
39 Vgl. Klaassen 2002 p. 1453.
40 MvT II p. 53.
41 MvT II p. 53.

aanvoeren, loopt zij het risico dat de rechter geen rekening zal houden met de feiten. Er zal vaak immers geen reden zijn om de procedure te verlengen slechts omdat een partij voor hem van belang zijnde feiten zonder goede reden (tot nu toe) heeft achtergehouden.[42] Het is mogelijk dat een dergelijke reden wel bestaat. Het is aan die partij om duidelijk te maken waarom deze feiten nu pas zijn aangevoerd.[43]

5.3 Art. 21 Rv en gedragsregels 12 en 13 van de gedragsregels voor advocaten

Klaasen en Ten Haaft brengen de verhouding tussen gedragsregel 12 en 13 van de gedragsregels voor advocaten en de waarheidsplicht van art. 21 Rv naar voren. Klaasen betoogt dat advocaten de rechter met een beroep op deze gedragsregels informatie kan onthouden omtrent feiten die van belang kunnen zijn voor het door de rechter te beslechten geschil.[44] Ten Haaft stelt dat gedragsregel 12 dient te worden geschrapt, maar dat gedragsregel 13 gehandhaafd moet worden.[45]

Art. 21 Rv luidt als volgt:

> "Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht."

Regel 12 luidt als volgt:

> "1. Op brieven en andere mededelingen van de ene advocaat aan de andere mag in rechte geen beroep worden gedaan, tenzij het belang van de cliënt dit bepaaldelijk vordert, maar dan niet zonder voorafgaand overleg met de advocaat van de wederpartij.
> 2. Indien dit overleg niet tot een oplossing leidt, dient het advies van de deken te worden ingewonnen voordat in rechte een beroep als vorenbedoeld wordt gedaan."

Regel 13 luidt als volgt:

> "Omtrent de inhoud van tussen advocaten gevoerde schikkingsonderhandelingen mag aan de rechter aan wiens oordeel of instantie aan wier oordeel de zaak is onderworpen, niets worden medegedeeld zonder toestemming van de advocaat van de wederpartij."

---

42 Vgl. MvT II p. 54.
43 MvA I p. 21; kamerstukken I 2001/02, 26855, nr. 16b, p. 11.
44 Klaassen 2002 p. 1455.
45 Ten Haaft 2002 p. 64 ev.

De eerste vraag is of er sprake is van strijd tussen gedragsregels 12 en 13 en art. 21 Rv. Het gaat dan slechts om het aspect van de volledigheid van de waarheidsplicht. Klaasen en Ten Haaft verdedigen niet dat 'liegen en bedriegen' door een advocaat aanvaardbaar moet zijn.[46]

Het lijkt me dat het gegeven dat een feit naar voren is gekomen in een brief van een advocaat of tijdens schikkingsonderhandelingen geen reden mag zijn om dit feit geheim te houden voor de rechter. Art. 21 Rv bepaalt immers dat de feiten *volledig* moeten worden aangevoerd. Het is dus mogelijk dat de gedragsregels een gedrag voorschrijven dat in strijd komt met art. 21 Rv.

De tweede vraag is of een gedragsregel van de Gedragsregels 1992 art. 21 Rv opzij kan zetten. Het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een wet in formele zin. Blijkens hetgeen onder 'Ten geleide' bij de gedragsregels wordt gesteld is de status van de gedragsregels als volgt:

> "De gedragsregels blijven dus, zoals de commissie Visser van IJzendoorn in 1968 schreef, 'opgetekende coutumes, een weergave van datgene wat in de balie in een bepaald tijdvak leefde als ererecht´. Zij geven weer hoe de balie de wettelijke norm van artikel 46 Advocatenwet thans interpreteert. Het gaat dus om een eigentijdse invulling van wat lang 'de eer van de stand´ is genoemd."

En verder in de inleiding:

> "Deze regels brengen normen onder woorden, die naar de heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden inachtgenomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat. Zij vormen niet de vastlegging van het voor de advocaten geldende tuchtrecht."

en,

> "Zij zijn niet bindend in de zin, waarin de regels van de door de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde verordeningen bindend zijn. Zij zijn bedoeld als richtlijn voor de advocaat voor zijn handelen bij de uitoefening van de praktijk."

Gezien deze status kunnen de Gedragsregels 1992 bepalingen uit een wet in formele zin niet opzij zetten. Mijn conclusie is dan ook dat gedragsregel 12 en 13 art. 21 Rv niet opzij kunnen zetten, en dat art. 21 Rv onverkort geldt voor advocaten. Een feit dat een advocaat middels een brief of andere mededeling van een advocaat, of tijdens schikkingsonderhandelingen heeft geleerd moet dan ook gelijk andere feiten op grond van art. 21 Rv aan de rechter worden medegedeeld.

Dit is ook niet zo vreemd. Als zonder advocaat wordt geprocedeerd, zou de justitiabele dit feit onder dezelfde omstandigheden ook moeten overleggen.

---

46 Klaassen 2002 p. 1455.

Een dergelijk gedragsregel geldt immers niet ook voor andere rechtsbijstandverleners of de burger die zonder rechtsbijstand procedeert.[47]

Als de situatie bovendien wordt vergeleken met die in het bestuursrecht, blijkt dat daar deze feiten onder dezelfde omstandigheden ook worden overlegd. Ten eerste is het bestuur verplicht om alle stukken van het geding, inclusief brieven en verslagen van overleggen, aan de rechter te zenden (art. 8:42 Awb). Hieronder bevinden zich dus ook de verslagen van schikkingsonderhandelingen en feiten die (advocaat van) de belanghebbende in de primaire en in de bezwaarfase naar voren heeft gebracht. Daarbij moet het bestuursorgaan het besluit baseren op alle bekende feiten. Zij mag er niet voor kiezen bepaalde feiten te passeren (het formele zorgvuldigheidsbeginsel).[48] Alle stukken waarover het bestuursorgaan beschikt, zullen dus tot 'de op de zaak betrekking hebbende stukken' behoren en zullen aan de rechter moeten worden gezonden.

Overigens mag het feit dat een partij bereid was om bepaalde toezeggingen te doen in een poging om tot een schikking te komen mijns inziens niet tegen deze partij gebruikt worden. Dit hoeft ook niet op grond van art. 21 Rv te worden medegedeeld aan de rechter. Het is immers niet een voor de beslissing van belang zijnd feit.

Als laatste lijkt het me dat een advocaat confraternale correspondentie ook niet buiten het geding mag of hoeft te houden. Als in dergelijke correspondentie een overeenkomst is vastgelegd, moet deze overeenkomst, als deze relevant is, op grond van art. 21 Rv aan de rechter worden medegedeeld. Op grond van art. 111 lid 3 Rv moet worden aangegeven dat deze overeenkomst bewezen kan worden met de betreffende correspondentie en op grond van art. 85 Rv moet een afschrift hiervan bij de dagvaarding worden gevoegd.

6 De lijdelijkheid en partij-autonomie

De herziening van het burgerlijk procesrecht heeft belangrijke gevolgen gehad voor de beginselen van de lijdelijkheid en de partij-autonomie. In § 6.1 wordt de terugdringing van de lijdelijkheid behandeld. Vervolgens wordt kort de nieuwe rol van de rechter in het burgerlijk proces besproken (§ 6.2).

6.1 Terugdringing van de lijdelijkheid van de rechter

In de parlementaire geschiedenis bij de herziening van het burgerlijk procesrecht heeft de wetgever duidelijk zijn standpunt met betrekking tot de reikwijd-

47 Vgl. de toelichting op gedragsregel 12 en 13.

48 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999 p. 376; De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001 p. 154.

te van de lijdelijkheid onder het huidige burgerlijk procesrecht aangegeven. De lijdelijkheid is een afgeleide van de partij-autonomie en de rechter is slechts lijdelijk ten aanzien van de aanvang van de procedure en de omvang van het geschil. Wat betreft het verloop en de instructie van de zaak is de rechter niet lijdelijk en behoeft hij dat ook niet te zijn.[49] Onder het oude procesrecht was dit waarschijnlijk ook al het geval (zie hoofdstuk 3),[50] maar het staat nu vast dat de lijdelijkheid in bovenstaande zin beperkt is.

De 'lijdelijkheid' van de rechter ten aanzien van de voortgang van de procedure is nog verder teruggedrongen. In dit kader heeft de rechter bevoegdheden gekregen zoals art. 20 lid 1 Rv (de rechter waakt tegen onredelijke vertraging en kan in het kader hiervan ambtshalve maatregelen treffen), art. 132 Rv (repliek en dupliek gebeuren slechts met toestemming van de rechter) en art. 134 Rv (de rechter kan besluiten geen gelegenheid te geven voor pleidooi).

Het Landelijk Rol Regelement (hierna: LRR) sluit aan bij deze herziening van het burgerlijk procesrecht: de procesregeling, waar partijen in principe aan gebonden zijn, is erop gericht om de procedure binnen 12 maanden te beëindigen;[51] in de algemene bepalingen wordt bepaald dat de rechter afwijkt van een verzoek van partijen als dit leidt tot onredelijke vertraging van de procedure (art. 1.3, 1.6 LRR); bij niet naleving van het reglement zal de rechter daaraan het gevolg verbinden dat hem passend voorkomt (art. 1.5 LRR); termijnen worden ambtshalve gehandhaafd behalve als uit het reglement anders voortvloeit (art. 1.7 LRR) en in gevallen waarin het reglement niet voorziet beslist de rechter (1.8 LRR).

Deze verandering van instelling geldt niet alleen voor de voortgang van de procedure, maar ook voor het feitenonderzoek. Ook hier moet de rechter actief optreden. De wetgever spreekt zelfs over het onder (bege)leiding door de rechter intensiveren van het feitenonderzoek.[52] Voorbeelden van bevoegdheden in deze zijn de volgende: de rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure (een van de) partijen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen (art. 22 Rv); de rechter kan bevelen dat partijen aan hun substantiëringsplicht voldoen (art. 120 lid 4 Rv en art. 128 lid 5 Rv); als partijen niet aan de waarheidsplicht voldoen of weigeren aan bovenstaande bevelen te voldoen, kan de rechter de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (art. 21 en 22 Rv).

De activiteit van de rechter is ook toegenomen wat betreft de omvang van het geschil. De rechter beoordeelt nu ook ambtshalve of eiswijzigingen en -vermeerderingen in strijd zijn met de goede procesorde (art. 130 Rv).

---

49 MvT II p. 6; zie ook Stein & Rueb 2002 p. 23, 25; Asser 2003 p. 31, 35.
50 Zie ook Smith 2004 p. 17, 18.
51 Considerans LRR.
52 Nader rapport p. 11; MvT II p. 99.

Slechts wat betreft de aanvang en het voortijdig beëindigen van de procedure is de partij-autonomie ongewijzigd: alleen partijen kunnen een procedure beginnen,[53] en als partijen besluiten voor het vonnis de procedure te beëindigen, is het proces daarmee afgelopen.[54]

Overigens gaat een terugdringen van de partijautonomie niet altijd gepaard met een gelijke daling van de lijdelijkheid van de rechter. Een voorbeeld waarin de daling van de partij-autonomie geen invloed heeft op de lijdelijkheid van de rechter is art. 21 Rv waarin partijen verplicht worden alle bekende relevante feiten volledig en naar waarheid in te brengen. Dit verhoogt op zich niet de activiteit van de rechter.[55] Een voorbeeld van een bepaling waarin beide verminderen is art. 130 Rv dat bepaalt dat de rechter een eiswijziging of -vermeerdering ambtshalve beoordeelt op strijd met de eisen van de goede procesorde.

6.2 De rol van de rechter in het burgerlijk proces

De verandering in de lijdelijkheid van de rechter heeft geleid tot wijzigingen in de rol van de rechter in het civiele proces. Ten eerste wordt van de rechter verwacht dat hij een tot de kern komende en efficiënte beslechting van geschillen actief bevordert:

> "Waar minder lijdelijkheid kan bijdragen aan een efficiënte berechting, […] dient [de rechter] dit ook tot zijn taak te rekenen."[56]

Daarnaast wordt hij meer een case-manager dan voorheen het geval was.[57] Het gaat mij echter te ver om te spreken van een 'echt' rechtersproces.[58] In het nieuwe procesrecht is een spanning waar te nemen tussen enerzijds het idee van het proces van partijen en anderzijds het idee van het proces onder leiding van de rechter. In het eerste geval leidt de rechter de procedure maar zijn het uiteindelijk de partijen die de procedure kunnen bepalen. In het tweede geval bepaalt de rechter in overleg met partijen de procedure. Het nieuwe wetboek van burgerlijke rechtsvordering gekoppeld aan het Landelijk Rol Reglement houdt het midden tussen beide systemen. Het bevat elementen van beide, zonder een duidelijke keus voor één van beide te maken. Het is noch een proces van partijen noch een proces van de rechter.

---

53 Vgl. Stein & Rueb 2002 p. 23; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002 p. 43.
54 Vgl. Stein & Rueb 2002 p. 24; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002 p. 43.
55 Vgl. Van den Reek 2000 p. 3.
56 MvT II p. 51.
57 Vgl. Ten Haaft 2002 p. 64; Boonekamp & Van Maanen 2000 p. 10/11; Vranken 1999 p. 83/84.
58 Anders: Wiersma 2002 p. 14; Ten Haaft 2001 p. 9.

Vergeleken met het oude procesrecht is er wel sprake van een sterke verschuiving richting een 'rechtersproces'.[59] Dit blijkt ook wel uit de vele hierboven behandelde bevoegdheden die de rechter nu heeft. Het meest tekenend voor deze ontwikkeling is echter misschien wel de afschaffing van het fourneersysteem. Onder het oude procesrecht vroegen partijen vonnis en legden zij hun procesdossiers aan de rechter over. De rechter vonniste dan op grond van deze dossiers.[60] Onder het nieuwe recht vragen partijen niet om vonnis en leggen zij hun dossiers niet over; de rechter vonnist op basis van zijn 'eigen' griffiedossier (art. 7.1 LRR).[61] Het initiatief tot vonnis wijzen is bij de rechter komen te liggen.[62]

Onder het oude procesrecht bestond de regel dat procesregels niet ambtshalve werden toegepast tenzij deze van openbare orde waren (zie hoofdstuk 7 § 6.5). Deze regel lijkt mij in het nieuwe procesrecht niet meer te gelden. Onder het huidige procesrecht heeft de rechter een groot aantal ambtshalve bevoegdheden. Het lijkt mij niet dat al deze bevoegdheden van openbare orde zullen zijn. De grond voor het ambtshalve kunnen toepassen van deze bevoegdheden moet meestal worden gezocht in bijvoorbeeld de (nieuwe) actieve rol van de rechter, de versnelling van de procedure, de grotere nadruk op de materiële waarheid of de aard van het huidige procesrecht. Dit zijn geen punten van openbare orde.

Mijns inziens staat ambtshalve toepassing van een procesregel nu los van de vraag of deze regel van openbare orde is. Er wordt slechts een onderscheid gemaakt tussen procesregels die de rechter ambtshalve toepast en de procesregels die de rechter niet ambtshalve toepast, waarbij het criterium van de openbare orde slechts een van de criteria is op grond waarvan een procesregel ambtshalve wordt toegepast. Gezien de nieuwe rol van de rechter lijkt het me dat veel, zo niet de meeste procesregels, ambtshalve toegepast zullen worden.

7 ART. 24 RV

Art. 24 Rv luidt:

> "De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit."

59 Vgl. Asser 2003 p. 35.
60 Zie Bosch-Boesjes 1991 p. 189/190.
61 MvT II p. 88; Verslag II p. 27.
62 MvT II p. 134.

Het is niet meteen duidelijk waar art. 24 Rv op doelt. De parlementaire geschiedenis maakt het niet veel duidelijker:

> "Artikel [24] bindt de rechter aan de grondslag van het verzoek, de vordering of het verweer (of een combinatie van verzoek en verweer of vordering en verweer), zoals door partijen aangevoerd. Deze grondslag moet door partijen zijn gesteld en vormt tevens de grondslag voor het onderzoek en de beslissing van de zaak door de rechter. De rechter mag deze grondslag niet aanvullen met feiten en omstandigheden, die de andere partij heeft gesteld in haar verweer of die hem ter comparitie, uit getuigenverhoor of deskundigenbericht gebleken zijn, tenzij deze feiten en omstandigheden alsnog aan de vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Hij moet, ook bij het aanvullen van rechtsgronden, waarover het hieronder te bespreken artikel [25] handelt, blijven binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Zo mag hij bijvoorbeeld niet meer toewijzen dan is gevraagd. Evenmin mag hij zich, in beginsel, baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partijen aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd. Zie in dit verband ook het slot van het reeds geciteerde artikel 5 NCPC[63] (alsmede HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 94 [Van Schijndel]). De staving van de grondslag mag de rechter wèl uit zodanige feiten en omstandigheden en uit de feitelijke gevolgtrekking die hij daaruit maakt afleiden. Daarover gaat het huidige artikel 176, eerste lid, Rv, in dit wetsvoorstel artikel [149], eerste lid."[64]

> "Artikel [24] geeft partijen de vrijheid om aan hun vordering, verzoek of verweer die feiten ten grondslag te leggen die zij verkiezen (partij-autonomie). Bij zijn beslissing mag de rechter in beginsel niet buiten dat kader treden. Artikel [21] verplicht partijen om binnen het aldus gekozen kader geen onjuiste feiten te vermelden en de rechter geen voor zijn beslissing relevante feiten te onthouden. Artikel [149], eerste lid, brengt mee dat de rechter bij zijn beslissing weliswaar niet de door partijen bepaalde grondslag van hun vordering, verzoek of verweer mag verlaten, maar dat hij bij zijn beslissing op die grondslag wel mede acht mag slaan op hetgeen is komen vast te staan van wat partijen ter vervulling van hun waarheidsplicht te zijner kennis hebben gebracht. Binnen het door partijen geschapen kader dient de rechter immers zoveel mogelijk recht te doen overeenkomstig de 'materiële waarheid'."[65]

> "Op grond van de memorie van toelichting bindt dit artikel de rechter aan de grondslag van een onderzoek, vordering of verweer (of een combinatie), zoals door partijen aangevoerd. Graag vernemen de leden van de PvdA-fractie of de regering hiermee expliciet doelt op een feitelijke grondslag."[66]

---

63 Art. 5 Nouveau Code de Procédure Civile: 'Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.'

64 MvT II p. 56.

65 MvA I p. 23.

66 Verslag II p. 18.

> "Naar aanleiding van de desbetreffende vraag van de leden van de PvdA-fractie antwoorden wij dat artikel [24] inderdaad betrekking heeft op de feiten en omstandigheden die aan het verzoek, de vordering of het verweer (of een combinatie daarvan) ten gronde zijn gelegd."[67]

De Hoge Raad heeft bepaald dat uit art. 24 Rv volgt dat het de rechter niet vrijstaat zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Anders zou de wederpartij tekort worden gedaan in haar recht zich naar behoren te verdedigen.[68]

Uit deze jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 24 Rv het verbod om de feitelijke gronden aan te vullen omvat. De rechter is gebonden aan en beperkt tot de feitelijke gronden waarop een partij haar vordering respectievelijk verweer baseert.[69] Hij moet bij de beoordeling van deze gronden wel alle feiten en omstandigheden betrekken die in het geding naar voren zijn gekomen.[70]

Opvallend is de achtergrond die de Hoge Raad noemt bij bovengenoemde jurisprudentie. De achtergrond van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden is niet langer (primair) de partij-autonomie, maar het verdedigingsbeginsel oftewel het beginsel van hoor en wederhoor. In een aantal arresten worden de grenzen van de rechtsstrijd als achtergrond van de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden niet eens meer genoemd.[71] Soms wordt zij als tweede genoemd.[72] De ontwikkeling waarbij het beginsel van hoor en wederhoor de plaats inneemt van de partij-autonomie (en de lijdelijkheid) wordt doorgezet.

Uit de jurisprudentie blijkt ook dat de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden een belemmering blijft voor het aanvullen van de rechtsgronden. De rechter mag immers zijn beslissing niet baseren op een rechtsgrond die blijkt uit de aangevoerde feiten als de bijbehorende feitelijk grond niet door de belanghebbende partij is aangevoerd. Van belang is nog wel dat de rechter onder omstandigheden bevoegd is om deze feitelijke grond ambtshalve aan de orde te stellen (zie § 9.2).

Het is van wezenlijk belang dat art. 24 Rv een wettelijke grondslag geeft aan het verbod om feitelijke gronden aan te vullen. Voorheen was dit verbod

---

67 NV II p. 29.

68 HR 1 okt. 2004, NJ 2005, 92 (concl. P-G Hartkamp) ro. 3.4; HR 17 feb. 2006, NJ 2006, 158 (concl. P-G Hartkamp) ro. 3.6; HR 31 mrt. 2006, NJ 2006, 233 (concl. A-G Verkade) ro. 3.3; HR 10 feb. 2006, NJ 2006, 241 (concl. A-G Timmerman; m.nt. J.M.M. Maeijer) ro. 4.5.

69 Vgl. Smith 2004 p. 13, 20; Tjong Tjin Tai 2002 p. 29; Stein & Rueb 2002 p. 223.

70 Vgl. Tjong Tjin Tai 2002 p. 31, 33.

71 HR 1 okt. 2004, NJ 2005, 92 (concl. P-G Hartkamp) ro. 3.4; HR 17 feb. 2006, NJ 2006, 158 (concl. P-G Hartkamp) ro. 3.6.

72 HR 31 mrt. 2006, NJ 2006, 233 (concl. A-G Verkade) ro. 3.3.

slechts gebaseerd op een á contrario redenering die weer was gebaseerd op de lijdelijkheid van de rechter. Bij deze redenering gold het verbod niet voor de rechter in het geval het beginsel van de lijdelijkheid niet van toepassing was. In het huidige systeem is het verbod losgekoppeld van de lijdelijkheid en geldt het in principe ook als het beginsel van de lijdelijkheid niet van toepassing zou zijn.

Mijns inziens is het echter niet beoogd om met art. 24 Rv een wijziging te brengen in het verbod om de feitelijke gronden aan te vullen zoals dat voorheen werd afgeleid uit art. 48 (oud) Rv.[73] Als met andere woorden het beginsel van lijdelijkheid niet geldt, gelden ook onder het huidige systeem het verbod om de feitelijke gronden aan te vullen en art. 24 Rv niet.

8 ART. 25 RV

Art. 25 Rv luidt:

> "De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan."

De toelichting op dit artikel is kort:

> "Zoals in de toelichting op artikel [24] is aangegeven, mag de rechter in beginsel de grondslag van het verzoek, de vordering of het verweer niet aanvullen. De rechter mag, ja zelfs moet, wel de rechtsgronden aanvullen, dat wil zeggen dat hij zijn vonnis moet baseren op de rechtsregels ook wanneer partijen die niet zelf hebben genoemd of indien zij de verkeerde rechtsregels hebben genoemd. Dit aloude beginsel staat thans in artikel 48 [(oud)]Rv. Op de nu voorgestelde plaats en binnen de nieuwe context van de eraan voorafgaande, maar hiermee samenhangende artikelen [23] en [24], krijgt deze regel meer accent en reliëf."[74]

Buiten het opnemen van het verbod om de feitelijke gronden aan te vullen in art. 24 Rv en een wijziging bij verrassingsuitspraken (zie § 9.1) is er wat art. 48 (oud) Rv betreft inhoudelijk niets veranderd. De plicht om de rechtsgronden aan te vullen is in moderne bewoordingen gesteld en sluit aan bij de tekst van art. 8:69 lid 2 Awb. Er is geen reden om aan te nemen dat hiermee een inhoudelijke wijziging is bedoeld. Het regelsysteem dat onder art. 48 (oud) Rv was ontstaan, blijft bestaan en wordt nu onder art. 24 en 25 Rv geplaatst.[75] Dit blijkt ook uit recente jurisprudentie, zoals bijvoorbeeld:

---

73 Vgl. Tjong Tjin Tai 2002 p. 37.

74 MvT II p. 56.

75 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002 p. 44; zie ook HR 26 sept. 2003, NJ 2003, 679 (concl. A-G Verkade).

- HR 24 mrt. 2006: de rechter is op grond van art. 25 Rv gehouden ambtshalve te bepalen welk recht van toepassing is;[76]
- HR 9 juli 2004: de rechter is bevoegd om binnen de rechtsstrijd van partijen een andere kwalificatie aan de aangevoerde feiten te geven; en[77]
- HR 10 feb. 2006: de rechter mag niet ambtshalve een rechtsgrond aanvullen indien hij daarmee ook een feitelijke grond zou aanvullen. Dit zou in strijd zijn met art. 24 Rv.[78]

9 WIJZIGINGEN IN HET LEERSTUK VAN HET AANVULLEN VAN DE RECHTSGRONDEN

Over het algemeen is er door de invoering van de herziening niet veel veranderd in het leerstuk van het aanvullen van de rechtsgronden. Toch bevatten de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie een aantal wijzigingen.

9.1 Verrassingsuitspraken

In de parlementaire geschiedenis wordt gesteld dat als het aanvullen van de rechtsgronden leidt tot een verrassingsuitspraak, partijen in de gelegenheid dienen te worden gesteld om hun visie te geven en zo nodig hun stellingen aan te passen.[79] Ik heb betoogd dat onder het oude procesrecht de regel niet als zodanig is aanvaard dat de rechter verplicht is partijen te horen als het aanvullen van de rechtsgronden voor partijen als een verrassingsbeslissing gekwalificeerd moet worden (zie hoofdstuk 7 § 5.6). Dit werd wel aanbevolen. Nu is dit regel geworden, zodat deze stelling van de wetgever een beperkte verandering in het systeem van art. 48 (oud) Rv betekent.

Intussen is een uitspraak van 21 december 2001 van de Hoge Raad gepubliceerd waarin deze concludeert dat het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba heeft gehandeld in strijd met 'het fundamentele beginsel van procesrecht dat partijen over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing, voldoende moeten zijn gehoord en niet mogen worden verrast met een beslissing van de rechter waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoefden te houden.'[80] In casu had het Hof in hoger beroep in plaats van het door de rechter in eerste instantie gehanteerde criterium een andere maat-

76 HR 24 mrt. 2006, NJ 2006, 217 (concl. A-G Strikwerda) ro. 3.4.3.
77 HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 (concl. A-G Timmerman; m.nt. Ma) ro. 3.3.3.
78 HR 10 feb. 2006, NJ 2006, 154 (concl. A-G Huydecoper) ro. 3.3.
79 NV II p. 20; vgl. ook Stein & Rueb 2002 p. 27; anders: Snijders, Ynzonides & Meijer 2002 p. 31.
80 HR 21 dec. 2001, RvdW 2002, 5 (concl. A-G Hartkamp); NJ 2004, 34 (concl. P-G Hartkamp; m.nt. DA).

staf aangelegd op grond waarvan de vorderingen van eiser werden beoordeeld. Het Hof had met andere woorden de rechtsgronden aangevuld. Ook op grond van deze uitspraak dient de rechter derhalve partijen te horen als het aanvullen van de rechtsgronden leidt tot een verrassingsuitspraak.[81]

9.2 De bevoegdheid om feitelijke gronden aan de orde te stellen

Op grond van art. 24 Rv is de rechter beperkt tot de door partijen aangevoerde feitelijke gronden. Uit recente jurisprudentie blijkt echter dat dit niet wil zeggen dat de rechter feitelijke gronden die niet zijn aangevoerd, niet ambtshalve aan de orde mag stellen. Onder omstandigheden staat het de rechter vrij ambtshalve een feitelijke grond in het geding ter discussie te stellen. Als partijen, of de belanghebbende partij, deze feitelijke grond echter toch niet wil aanvoeren, moet de rechter zich op dit punt van een beslissing onthouden.[82] De rechter mag dus niet ambtshalve een feitelijke grond aanvullen, maar deze wel ambtshalve aan de orde stellen.

Het bovenstaande komt er op neer dat als de rechter uit de feiten opmaakt dat er mogelijk een feitelijke grond kan spelen die niet door de belanghebbende partij is aangevoerd, het hem onder omstandigheden vrijstaat om partijen, of de belanghebbende partij, te attenderen op deze feitelijke grond. Als de belanghebbende partij vervolgens aangeeft dat hij zijn vordering of verweer wil baseren op deze feitelijke grond en de wederpartij voldoende in de gelegenheid is gesteld om zich te verweren, mag de rechter zijn beslissing op deze feitelijke grond baseren. Als de belanghebbende partij echter deze feitelijke grond niet alsnog wil aanvoeren, mag de rechter zich niet op deze feitelijke grond baseren.

De Hoge Raad stelt dat de vraag wanneer de rechter een feitelijke grond ambtshalve aan de orde mag stellen niet in algemene zin is te beantwoorden. In de uitspraak van 26 september 2003 stelt zij dat het zozeer voor de hand lag dat de verweerder een beroep zou doen op de eigen schuld van de eiser, dat het in dit geval de rechter vrijstond om ambtshalve de eigenschuldvraag aan de orde te stellen:

> "[Het] partijdebat in eerste aanleg en in hoger beroep tot aan het eerste tussenvonnis, [had zich] beperkt tot de vraag of aansprakelijkheid van de Regiopolitie [verweerder] tegenover Hovax [eiser] bestond, c.q. of de door Hovax gestelde huurovereenkomst al dan niet tot stand was gekomen. Onder deze omstandigheden lag het, nadat de rechtbank had geoordeeld dat Hovax in het tot dan toe gevoerde debat het gelijk aan haar zijde had, zozeer voor de hand dat de Regiopolitie – die al eerder had gesteld dat het pand inmiddels zou zijn verhuurd en dat Hovax zich daarover diende uit te laten – vervolgens een beroep zou willen doen op eigen

81 Vgl. Smith 2004 p. 57-59, 65, 67.

82 HR 26 sept. 2003, NJ 2004, 460 (m.nt. JBMV onder NJ 2004, 461), JBPr 2004, 15 (m.nt. K. Teuben) ro. 5.2 en 5.3.

> schuld van Hovax aan haar schade, dat het de rechtbank vrijstond deze vraag ambtshalve aan de orde te stellen."[83]

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch past deze jurisprudentie toe in een uitspraak van 13 feb. 2006.[84] De curator stelt in zijn verslag dat bepaalde vorderingen zijn geplaatst op de lijst van voorlopig betwiste concurrente schuldvorderingen totdat is gebleken dat de vorderingen niet zijn verjaard. Naar aanleiding hiervan heeft het hof de schuldeiser gevraagd of aangetoond kon worden dat de verjaring van de vordering was gestuit. Gezien het tijdsverloop lag het aansnijden van verjaring voor de hand. De schuldenaar doet alsnog uitdrukkelijk een beroep op verjaring. De procureur van de schuldeiser maakt bezwaar tegen het stellen van deze vraag. Het hof overweegt:

> "Het hof mag het verjaringsverweer weliswaar niet ambtshalve toepassen, maar er bestond alle aanleiding toe om dit onderwerp aan te snijden, niet eens ambtshalve, maar naar aanleiding van voornoemde opmerking van de curator (vgl. ook HR 26 september 2003, NJ 2004/460 en JBPr 2004/15 met noot K. Teuben)."[85]

Afgaande op bovenstaande jurisprudentie lijkt het er op dat de rechter al snel een niet-aangevoerde feitelijke grond aan de orde mag stellen. In bovengenoemde zaken bleek uit de aangevoerde feiten en stellingen dat er mogelijk een niet aangevoerde feitelijke grond speelde. Dit was al voldoende om deze feitelijke grond aan de orde te mogen stellen.

Indien bovenstaande jurisprudentie veel toepassing vindt, vermindert de beperking die het verbod om de feitelijke gronden aan te vullen vormt voor de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen aanzienlijk. Als een rechtsgrond niet aangevuld kan worden omdat de bijbehorende feitelijke grond niet is aangevoerd, kan de rechter nu de feitelijke grond ambtshalve aan de orde stellen. Als de belanghebbende partij, als goed verstaander, alsnog de feitelijke grond aanvoert, en de wederpartij voldoende in de gelegenheid is gesteld om hierop te reageren, kan de rechter alsnog de rechtsgrond aan te vullen.

De beperking door het verbod om de feiten aan te vullen beperkt de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen alleen nog als de belanghebbende partij afziet van het alsnog aanvoeren van de feitelijke grond. Dit laatste mag mijns inziens niet te snel worden aangenomen. Als de belanghebbende partij op de vraag van de rechter ingaat, moet de rechter ervan uitgaan dat daarmee de feitelijke grond is aangevoerd. Van belang is dat in dat geval de wederpartij voldoende gelegenheid krijgt om zijn standpunt uiteen te zetten.

---

83 HR 26 sept. 2003, NJ 2004, 460 (m.nt. JBMV onder NJ 2004, 461), JBPr 2004, 15 ro. 5.3.
84 Hof 's-Hertogenbosch 13 feb. 2006, JBPr 2006, 54 (m.nt. K. Teuben).
85 Hof 's-Hertogenbosch 13 feb. 2006, JBPr 2006, 54 (m.nt. K. Teuben) ro. 4.5.

De vraag is wanneer in cassatie geklaagd kan worden dat de rechter een feitelijke grond aan de orde had moeten stellen. In hoger beroep kan immers een nieuwe feitelijke grond worden aangevoerd, maar in cassatie staan de grenzen van de rechtsstrijd vast. Het is mogelijk dat indien de rechter in hoger beroep een feitelijke grond aan de orde had gesteld, de belanghebbende partij die alsnog zou hebben aangevoerd. Aangezien de rechter deze feitelijke grond niet aan de orde heeft gesteld, is de feitelijke grond niet aangevoerd en is op de vordering ten nadele van de belanghebbende partij beslist. Kan deze belanghebbende partij nu in cassatie klagen dat de rechter de feitelijke grond aan de orde had moeten stellen? Op deze vraag bestaat op dit moment nog geen antwoord.

9.3 Bevoegdheidsperikelen als begrenzing

In hoofdstuk 7, § 5.7.1 werd de situatie beschreven dat de vordering niet kan worden toegewezen op grond van de aangevoerde rechtsgrondslag, maar wel op grond van een alternatieve grondslag waarvoor echter niet de rechtbank maar de kantonrechter bevoegd is, en vice versa. De vraag is of de rechter de rechtsnorm nu moet aanvullen en toepassen, zich onbevoegd moet verklaren, de vordering moet afwijzen of de zaak moet verwijzen.

In het kort was de regeling onder het oude procesrecht als volgt. De bevoegdheid van de rechter werd bepaald op grond van de (rechts)grondslag van de vordering in de dagvaarding. Als later in het geding bleek dat de werkelijke rechtsverhouding een andere was dan in de dagvaarding was aangegeven, was dit geen bevoegdheidskwestie en had dit alleen gevolgen heeft voor de toewijsbaarheid van de vordering.[86] Aangezien dit geen bevoegdheidskwestie was, was er geen plaats voor de toepassing van verwijzingsbepalingen. Dit kwam er op neer dat als de rechter onbevoegd was voor de alternatieve rechtsgrondslag hij de vordering moest afwijzen.

Onder het huidige procesrecht wordt de bevoegdheid van de rechter niet langer alleen bepaald op grond van de (rechts)grondslag van de vordering in de dagvaarding, maar op al de gegevens die in de procedure naar voren komen.[87] Onder het huidige procesrecht blijft dit probleem dus een bevoegdheidskwestie en is de verwijzingsbepaling van art. 71 Rv van toepassing. Deze bepaling brengt mee dat de vordering niet wordt afgewezen, maar wordt verwezen naar de bevoegde rechter die deze vordering verder behandelt op grond van de alternatieve rechtsgrondslag.

---

86 Zie voor deze kwestie de volgende arresten: HR 7 mrt. 1980, NJ 1980, 641 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. WHH), HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173 (concl. A-G Asser; m.nt. HJS), HR 8 juli 1993, NJ 1993, 689 (concl. A-G Vranken). En de conclusie van Langemeijer bij HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625 (concl. A-G Langemeijer).

87 MvT II p. 105.

9.4 Vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure

In hoofdstuk 7, § 5.7.2 kwam de vraag aan de orde of de rechter in een dagvaardingsprocedure een rechtsnorm kan aanvullen als voor de toepassing daarvan de verzoekschriftprocedure is voorgeschreven en vice versa. In die paragraaf constateerde ik dat de rechter hoogstwaarschijnlijk niet bevoegd zou zijn om de betreffende rechtsnorm aan te vullen en hij de vordering dus zal moeten afwijzen. Dit oordeel was gebaseerd op de weerstand die bestond tegen de vermenging van de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure.

Onder het huidige procesrecht leidt het indienen van het verkeerde procesinleidende stuk echter niet langer tot niet-ontvankelijkheid, maar wordt de wissel omgezet. Het proces dat begonnen is als dagvaardingsprocedure wordt voortgezet als verzoekschriftprocedure of vice versa. Dit wordt uitgewerkt in art. 69 Rv: de rechter geeft de 'eisende' partij de opdracht om het inleidende stuk te verbeteren en/of aan te vullen, desnoods wordt de zaak naar een andere kamer verwezen en krijgen partijen de gelegenheid om hun stellingen aan te passen. Vervolgens wordt de procedure voortgezet in de stand waarin deze zich bevond volgens de regels van het juiste procesrecht.

Deze regeling biedt ook de ruimte om de wissel om te zetten als de procedure al een tijdje loopt en is dus ook van toepassing voor het probleem van deze paragraaf. Als dus een vordering niet kan worden toegewezen op grond van de aangevoerde rechtsgrondslag, maar wel op grond van een rechtsgrondslag waarvoor de verzoekschriftprocedure is voorgeschreven dan zou de rechter de wissel van art. 69 Rv kunnen gebruiken en vervolgens de rechtsnorm(en) in kwestie kunnen aanvullen. En vice vera.

10 Wijziging in de aard van de procedure

Het geheel van de parlementaire geschiedenis en het beperkte aantal artikelen overziend, kom ik tot de conclusie dat de voornaamste verandering niet zit in een wijziging of toevoeging van een bepaling, maar in het feit dat met dit procesrecht de aard van de civiele procedure is gewijzigd. Voor 1 januari 2002 vond er een lopend debat plaats voor de rechter waarin het geschil zich ontwikkelde en partijen gedurende het geding nieuwe feiten en argumenten aanvoerden als die van belang werden.[88]

Na 1 januari 2002 is er veel minder plaats voor deze ontwikkeling van het geschil *tijdens* het proces. Partijen worden geacht in de preprocessuele voorfase met elkaar in debat te gaan, daar het geschil af te bakenen, standpunten te

88 Vgl. Asser 1999 p. 27 ev.

bepalen en voor zover mogelijk al bewijs en feiten uit te wisselen. Pas als partijen er niet uit komen leggen zij het geschil, voor zover dat niet is opgelost, voor aan de rechter. Het afgebakende geschil wordt dan, voorzien van alle argumenten, feiten en bewijs, in één keer gepresenteerd aan de rechter.[89] Het debat is nu meer gericht op de weergave van het geschil, de standpunten etc. en minder op de ontwikkeling daarvan.

Er is wel enige ruimte voor ontwikkeling van het geschil doordat nadere conclusies mogelijk zijn. Het behoort echter niet tot de normale gang van zaken.

Deze wijziging van de aard van de procedure is het sterkst terug te zien in de wijziging van de aard en functie van de comparitie na antwoord. De comparitie is onder het huidige procesrecht meer een zwaartepunt van het proces geworden dan in het oude procesrecht het geval was.[90] Onder het oude procesrecht was het doel van de comparitie, volgens de theorie, beperkt tot het geven van inlichtingen en het beproeven van schikkingen. Daarna werd het debat (schriftelijk) voortgezet. Onder het huidige procesrecht heeft de comparitie meer de functie gekregen van een mondelinge behandeling ter zitting waarbij de zaak (ook) inhoudelijk wordt behandeld en vonnisrijp wordt gemaakt.[91] Naast een mogelijkheid om een schikking te beproeven en inlichtingen te verkrijgen, is het de bedoeling dat op een comparitie na antwoord ook de zaak inhoudelijk wordt besproken. Verder dient de comparitie ook te worden gebruikt om met partijen te overleggen over het te volgen procedurele traject en om deze verder uit te stippelen.[92]

De comparitie levert dus op twee wijzen tijdswinst op. Ten eerste wordt de zaak in beginsel zo afgehandeld dat de comparitie de laatste fase van het geding is. Ten tweede wordt deze gebruikt om, als de zaak niet ter comparitie vonnisrijp kan worden gemaakt, het vervolgtraject vast te stellen. Na de comparitie staat duidelijk vast welke stappen eventueel nog gezet zullen worden. In principe zal de procedure tot deze stappen beperkt blijven.

In deze functie past de comparitie ook bij de gewijzigde aard van de procedure: partijen geven in de dagvaarding en conclusie van antwoord het geschil weer, voeren de feiten aan, geven aan over welk bewijs zij beschikken en leggen bewijsstukken over. Tijdens de mondelinge behandeling wordt de zaak toegelicht, de rechter kan vragen stellen en getuigen kunnen gehoord worden. Hierna doet de rechter in principe uitspraak.

---

89 Vgl. Stein & Rueb 2002 p. 87; Vranken 1999 p. 81; Asser 2003 p. 27, 36/37; Brenninkmeijer 2003 p. 233; voor het Engelse systeem Struycken 2001 p. 60.

90 Vgl. Asser 2003 p. 33.

91 Vgl. kamerstukken II 1999/2000, 26855, nr. B, p. 15; MvT II p. 111, 113; NV II p. 28, 57, 61, 62; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 22, 25, 27, 28; MvA I p. 29; vgl. ook Van den Reek 2003 p. 24, 25; Wiersma 2002 p. 12; Van den Reek 2000 p. 3.

92 Vgl. MvT II p. 2; NV II p. 7, 62; kamerstukken II 2000/01, 26855, nr. 16, p. 27; MvA I p. 10, 29; vgl. ook Snijders, Ynzonides & Meijer 2002 p. 142.

11 FUNDAMENTELE HERBEZINNING

De ontwikkelingen binnen het burgerlijk procesrecht staan niet stil. Bij de behandeling van de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bleek er bij de regering en de Tweede Kamer behoefte te bestaan aan een fundamentele herbezinning op de grondslagen, beginselen en uitgangspunten van het civiele procesrecht. De opdracht hiertoe is gegund aan prof. mr. W.D.H. Asser, prof. mr. H.A. Groen en prof. mr. J.B.M. Vranken met mr. I.N. Tzankova als wetenschappelijke assistent. In dit kader is een Interimrapport (2003)[93] en een Eindrapport (2006)[94] uitgebracht.

Wat betreft het onderwerp van dit proefschrift wil ik een aantal onderwerpen uit de fundamentele herbezinning kort bespreken. Ik zal eerst van een viertal onderwerpen uit beide rapporten weergeven wat daarover geschreven wordt (§ 11.1). Dit is ten eerste het voorstel om uit te gaan van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en de partijen voor de gang van zaken in de procedure (§ 11.1.1). Ten tweede wordt het voorstel besproken dat de rechter de grenzen van de rechtsstrijd ter discussie mag stellen. Hierbij is voornamelijk van belang de bevoegdheid om niet aangevoerde feitelijke gronden aan de orde te stellen (§ 11.1.2). Vervolgens worden voorstellen omtrent het aanvullen van de rechtsgronden en het aanvullen van feiten behandeld (§ 11.1.3 en § 11.1.4).

In § 11.2 bespreek ik bij wijze van reactie op de rapporten een zestal onderwerpen:

1 doel van het proces (§ 11.2.1);
2 het aan de orde stellen van niet-aangevoerde feitelijke gronden (§ 11.2.2);
3 partij-autonomie onder de voorstellen (§ 11.2.3);
4 is een wetswijziging noodzakelijk? (§ 11.2.4);
5 onpartijdigheid van de rechter (§ 11.2.5); en
6 vertraging van het geding (§ 11.2.6).

11.1 Bespreking van voorstellen uit de rapporten

Deze paragraaf is beperkt tot de weergave van wat er over de betreffende onderwerpen in de beide rapporten is geschreven.

11.1.1 Gezamenlijke verantwoordelijkheid

Een van de punten van de rapporten is het verlaten van de partij-autonomie en de lijdelijkheid als grondslag voor de verdeling van de bevoegdheden en

93 Asser, Groen & Vranken 2003.
94 Asser, Groen & Vranken 2006.

verplichtingen tussen de rechter en de partijen.[95] Hiervoor moet in de plaats komen de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en de partijen voor de gang van zaken in de procedure.[96]

Verschillende argumenten worden aangedragen ter onderbouwing van deze keuze voor de gezamenlijke verantwoordelijkheid. Ten eerste dat een procedure niet iets is dat alleen partijen aangaat. Gezien het beslag dat een procedure legt op de tijd en middelen van de overheid en de burger zijn de rechter en partijen verplicht tot een voortvarende, efficiënte en effectieve wijze van procederen.[97] Ten tweede hebben partijen er recht op dat de beslissing die de rechter bereikt aanvaardbaar is voor alle partijen en recht doet aan wat tussen partijen werkelijk in geschil staat.[98] Ten derde moet de rechter komen tot een juiste en zoveel mogelijk met de werkelijkheid overeenstemmende beslissing.[99] Ten vierde moet de beslissing ook vanuit een juridisch-kwalitatief oogpunt aanvaardbaar zijn.[100] Als laatste is de keuze voor de gezamenlijke verantwoordelijkheid gelegen in de algemene maatschappelijke norm dat men over en weer rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.[101]

Een conflictueze instelling staat aan het voldoen aan bovengeoemde vereisten in de weg.[102] Het voldoen hieraan kan beter bereikt worden als er sprake is van een gezamenlijke verantwoordelijkheid.[103] De grondslag voor het formuleren van een procesrecht dient dan ook deze gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en de partijen te zijn.

Dit leidt tot een algemene plicht tot het medewerken aan het bereiken van het doel van het proces[104] en tot een actieve rechter en actieve partijen ten einde de feitelijke en juridische basis voor de beslissing zorgvuldig op te bouwen.[105] Deze verplichtingen tot medewerking en activiteit leiden tot een afname van de beleids- en keuzevrijheid voor partijen.[106]

De medewerkingsplicht betekent bijvoorbeeld voor de rechter dat hij een voorspelbaar en op een fair proces afgestemd procesbeleid voert, verzoeken op processueel terrein serieus toetst, zittingen gedegen voorbereid en de termijnen handhaaft die hij zichzelf stelt voor procesverrichtingen.[107] Verder mag de rechter partijen niet zo kort houden dat zij hun argumenten en bewij-

95 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 79, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46, 49.
96 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46, 48.
97 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 63, 64, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 45.
98 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 78, 80, 82, 83.
99 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 80.
100 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 77, 83.
101 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 48/49.
102 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 64, 77, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 45.
103 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 64; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 45.
104 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 78, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46.
105 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 64; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46, 48.
106 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 64; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46.
107 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 64.

zen niet op behoorlijke wijze aan hem en de wederpartij kunnen presenteren en mogen de sancties op verkeerd procesgedrag niet disproportioneel zijn.[108]

Voor partijen betekent de medewerkingsplicht een verplichting tot opening van zaken[109] volledig en naar waarheid.[110] Partijen mogen geen relevante gegevens achterhouden, vertragingstactieken toepassen of elkaar met formaliteiten vliegen afvangen.[111]

De actieve instelling van de rechter betekent dat hij de verplichting heeft om zich actief met het proces bezig te houden om een aanvaardbaar resultaat te bereiken. In het bijzonder voor dit proefschrift is van belang de bevoegdheid voor de rechter om de grenzen van de rechtstrijd ter discussie te stellen (zie § 11.1.2), een uitbreiding van de bevoegdheden in het kader van het aanvullen van de rechtsgronden (zie § 11.1.3) en de mogelijkheid tot het aanvullen van de feiten (zie § 11.1.4).

11.1.2 De grenzen van de rechtsstrijd ter discussie stellen

Uit de gezamenlijke verantwoordelijkheid volgt dat de rechter niet gehouden is de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd zonder meer te aanvaarden. Hij moet deze grenzen ter discussie kunnen stellen als hij meent dat dit nodig is voor een verantwoorde beslechting van het geschil.[112] Hieruit volgt dat de rechter bevoegd moet zijn om ambtshalve de vraag aan de orde te stellen waarom een feitelijke grond niet is aangevoerd als hij dat van belang acht voor de beoordeling van de zaak.[113]

Het uitgangspunt dat partijen de grenzen van de rechtsstrijd bepalen, is niet onverenigbaar met de rechter die de bevoegdheid heeft de grenzen ter discussie te stellen en zonodig partijen te bewegen die te verleggen.[114] Het feit dat partijen het laatste woord hebben over het al dan niet aanvoeren van een feitelijke grond, wil niet zeggen dat de rechter zich niet hiermee mag bezighouden.[115]

Als de belanghebbende partij alsnog de betreffende feitelijke grond aanvoert en de wederpartij maakt hier bezwaar tegen, zal de rechter moeten beoordelen of het alsnog aanvoeren van de feitelijke grond in strijd is met de goede procesorde.[116]

---

108 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 49.
109 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 64, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46.
110 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 80.
111 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 49.
112 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 82, 90.
113 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 59, 182.
114 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 79; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46, 51.
115 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 83.
116 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 51, 59, 182.

11.1.3 Aanvullen van de rechtsgronden

De gezamenlijke verantwoordelijkheid heeft ook gevolgen in het kader van art. 25 Rv. Als de rechter ziet dat het gestelde of gebleken feitencomplex niet goed aansluit op de door een partij op dat feitencomplex gebaseerde ingeroepen rechtsgevolgen, moet hij dit in het licht van art. 25 Rv aan de orde stellen.[117] Verder mag de rechter een rechtsgrond niet aanvullen zonder partijen daar eerst over gehoord te hebben. Hij mag de partijen op dit punt niet verrassen.[118] Als een partij haar stellingen dan wenst aan te passen, en dit nodig is voor een juiste rechtstoepassing, zal de rechter dit moeten toelaten, tenzij het geding onredelijk wordt vertraagd of de wederpartij onevenredig in zijn processuele positie wordt benadeeld.[119]

11.1.4 Aanvullen van de feiten

In het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid moet de rechter zich bemoeien met de feiten om tot een juiste en zoveel mogelijk met de werkelijkheid overeenstemmende beslissing te komen.[120] Het is van maatschappelijk belang dat de rechterlijke beslissingen berusten op de realiteit en niet op wat door strategie en tactiek van procespartijen tot formele waarheid in het geding is geworden.[121] De rechter heeft ook een eigen verantwoordelijkheid voor de uitkomst van het geding. Er wordt niet alleen een beslissing in een geschil gevraagd door het doen van een rechtens bindende uitspraak, maar door de uitspraak krijgt de winnende partij de bevoegdheid veroordeling af te dwingen met gebruikmaking van het aan de overheid voorbehouden geweldsmonopolie. Deze dwang legitimeert dat de rechter erop toeziet dat hij op een werkelijk gebeurde basis beslist.[122]

Hij mag zich derhalve niet zonder meer neerleggen bij een in zijn ogen onvolledig feitelijk stramien. Hij moet de bevoegdheid hebben om waar hij twijfelt die feiten nader te onderzoeken bijvoorbeeld door de partij die ze stelt nadere informatie te laten verstrekken en/of de feitelijke stellingen aan te vullen.[123] Asser, Groen en Vranken stellen voor om voor de burgerlijke rechter de bevoegdheid in te voeren om de feiten aan te vullen zoals in art. 8:69 lid 3 Awb.[124]

Waar het om gaat bij de bemoeienissen met de feiten is niet een ambtshalve uitoefening van een ambtshalve bevoegdheid, maar het beginsel van hoor en

117 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 53.
118 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 53, 59, 183.
119 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 53, 59, 183.
120 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 70, 80.
121 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 80.
122 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 80/81.
123 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 81, 82, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46.
124 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 82; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46.

wederhoor. Het gaat er niet om dat het slechts partijen zijn die feiten aandragen, maar dat partijen kennis kunnen nemen van en zich kunnen uitlaten over alles wat aan feiten in het geding ter kennis van de rechter is gekomen.[125]

11.2 Reactie op de voorstellen

Het voert te ver om in het kader van dit proefschrift uitgebreid op de voorstellen in te gaan. Toch wil ik op enkele punten ingaan.

11.2.1 Doel van het proces

Bij de vraag hoe het procesrecht ingericht moet worden, hangt veel af van wat vanuit procesrechtelijk oogpunt het doel van het proces is. Het voeren van een proces is immers geen doel op zich. Welke bevoegdheden en verplichtingen hier moeten bestaan en waar die moeten liggen, wordt voor een belangrijk deel bepaalt door het doel van het proces.

Een doel van het proces kan zijn om de partijen (of rechtsbijstand) een arena te geven voor de strijd waarbij de rechter slechts als scheidsrechter optreedt en uiteindelijk een beslissing geeft (een puur partijenproces). Een ander mogelijk doel is om de rechter de mogelijkheid te geven om zich in kennis te stellen van alle feiten, partijen te horen en dan te bepalen hoe de rechtsverhouding tussen partijen is (een puur rechtersproces). In het eerste geval is de rol van de rechter zeer beperkt. In het tweede geval zijn de partijen als het ware overgeleverd aan de rechter. Geen van beide doelen is erg aantrekkelijk of zelfs verstandig.

Mijns inziens is het primaire doel van het proces om partijen de gelegenheid te geven om het materiële recht effectief te maken in de zin dat de partijen de rechter kunnen vragen om hun materiële rechten en plichten in een uitspraak vast te stellen en om hier al dan niet een executoriële titel aan te verbinden. Partijen moet dan slechts gegeven worden waar zij recht op hebben. Er is geen reden waarom een partij gegeven zou moeten worden waar zij, alle feiten overziend, geen recht op heeft. In dezelfde lijn is er geen reden om een partij te onthouden waar zij wel recht op heeft. Als ik het goed zie is dit het doel dat de schrijvers in het Interimrapport en het Eindrapport voor ogen staat, al blijft het misschien wat onduidelijk.

Bovengenoemd doel is beter te bereiken als zowel de rechter als de partijen hiervoor de verantwoordelijkheid dragen en beide bevoegdheden hebben dan in een meer of minder partijen- of rechtersproces. Het geding is niet van partijen of van de rechter. Het geding is van beiden. Dit is mijns inziens wat

125 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 82, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46.

bedoeld wordt met de gezamenlijke verantwoordelijkheid. Het is mogelijk dat gedeelde verantwoordelijkheid een betere term is.

De toename in de activiteit van de rechter dient om zeker te stellen dat partijen krijgen waar zij recht op hebben en om te voorkomen dat een verschil in vaardigheden van partijen of fouten de uitkomst van het geding bepalen. Een procesrecht waar de rechter de bevoegdheid heeft om vragen te stellen en keuzes van partijen aan de orde te stellen, beantwoordt beter aan bovengenoemd doel dan een procedure waarin de rechter zich zwijgzaam op moet stellen. Dit wil niet zeggen dat de rechter in elke procedure actief moet zijn. Als alle relevante feitelijke gronden zijn aangevoerd, zal er geen reden zijn voor de rechter om een nieuwe feitelijke grond ambtshalve aan de orde te stellen. Als de aangevoerde feiten niet tegenstrijdig zijn en volledig zijn, zal er geen reden zijn voor de rechter om zich met de feiten te bemoeien. Indien de rechter echter constateert dat er feitelijke gronden of feiten lijken te missen of dat feiten tegenstrijdig zijn, zal de rechter dit aan de orde moeten stellen.

Het secundaire doel van het proces is om, in de termen van de rapporten, een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Dit is echter geen zelfstandig doel. Als partijen het proces voortijdig beëindigen, zal de rechter niet toch een uitspraak mogen doen alleen voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Indien het echter tot een uitspraak komt, zal de rechter hierbij rekening moeten houden met de rechtsontwikkeling en rechtseenheid.

11.2.2 Het aan de orde stellen van niet-aangevoerde feitelijke gronden

Eén van de voorstellen in het Eindrapport is om de rechter de bevoegdheid te geven om ambtshalve de vraag aan de orde te stellen waarom een bepaalde feitelijke grond niet is aangevoerd.[126] Het is niet zo dat wordt voorgesteld dat de rechter zelf de feitelijke grond in het geding brengt en hij partijen slechts in de gelegenheid stelt om hierop te reageren. Het blijft de keuze van de belanghebbende partij om deze feitelijke grond al dan niet in te brengen. Het enige dat de rechter doet is een bepaald onderwerp aan de orde stellen dat hem van belang lijkt voor de beoordeling van de zaak, maar dat (nog) niet door partijen is besproken.

Ik deel het standpunt van schrijvers dat het uitgangspunt dat partijen de grenzen van de rechtsstrijd bepalen niet onverenigbaar is met de rechter die de bevoegdheid heeft de grenzen ter discussie te stellen. De keuze blijft immers bij partijen liggen. Als de belanghebbende partij ervoor kiest om de feitelijke grond niet aan te voeren, zal de rechter dit moeten respecteren.

Het is niet nodig dat de rechter zeker weet dat de feitelijke grond succes zal hebben om deze aan partijen voor te leggen. Meestal zal hij dit ook niet vooraf kunnen weten. Omdat het debat van partijen niet op deze feitelijke

126 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 59, 182.

grond gericht is geweest, zullen niet alle relevante feiten zijn aangevoerd en zullen niet alle tegenargumenten zijn ingebracht. Het is dan ook goed mogelijk dat het blijkt dat er een goede reden is dat de belanghebbende partij een feitelijke grond niet heeft aangevoerd. De reden dat de partij bijvoorbeeld geen beroep heeft gedaan op verjaring kan zijn dat beide partijen weten dat de verjaring is gestuit. Het antwoord op de vraag van de rechter waarom geen beroep is gedaan op verjaring is in dat geval simpelweg: omdat deze is gestuit.

Het zou op zich dan ook niet vreemd zijn dat de rechter een feitelijke grond afwijst die hij ambtshalve aan de orde heeft gesteld. De rechter zal meestal ook niet voorstellen om een feitelijke grond aan te vullen, maar alleen de vraag aan de orde stellen waarom een bepaalde feitelijke grond niet is aangevoerd. Pas nadat het debat is afgerond zal de rechter over voldoende informatie beschikken om te kunnen beoordelen of de aan de orde gestelde feitelijke grond succes heeft.

Als de belanghebbende partij besluit de feitelijke grond alsnog aan te voeren, zal het debat op dit punt voldoende gevoerd moeten worden. Dat betekent ten eerste dat de belanghebbende partij in de gelegenheid wordt gesteld om zo nodig de feitelijke grond uit te werken en te onderbouwen. En ten tweede dat de wederpartij voldoende de gelegenheid krijgt om te reageren op deze feitelijke grond en hetgeen daaraan ten grondslag wordt gelegd.

Het aanvullen van een feitelijke grond door een belanghebbende partij kan reden zijn voor de wederpartij om ook feitelijke gronden aan te voeren. De rechter zal de wederpartij ook op deze mogelijkheid moeten wijzen. Als de rechter bijvoorbeeld het onderwerp van verjaring aan de orde stelt, zal hij de belanghebbende partij wijzen op de feitelijke grond van verjaring. In dit kader zal hij de wederpartij moeten wijzen op de mogelijkheid van stuiting en hem kunnen verzoeken om, als hij besluit de feitelijke grond van stuiting aan te voeren, in zijn reactie hierop in te gaan.

11.2.3 Partij-autonomie onder de voorstellen

De partij-autonomie verdwijnt niet geheel uit het procesrecht. Op veel punten blijven partijen het laatste woord hebben: het initiatief tot het aanvangen en voortijds beëindigen van de procedure, de keuze om al dan niet bewijs te leveren of feiten in te brengen waarover alleen de partij beschikt en de keuze om (al dan niet na een vraag van de rechter) een feitelijke grond aan te voeren.[127] De voorstellen brengen hier geen verandering in.

De voorgestelde verhoogde activiteit komt er voornamelijk op neer dat de rechter aan een partij kan vragen waarom deze een bepaalde keuze heeft gemaakt. Het is mogelijk dat dan blijkt dat de partij deze keuze niet heeft gemaakt, maar dat bijvoorbeeld het niet aanvoeren van bepaalde feiten of

127 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 83; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 50.

feitelijke gronden berust op een fout, misvatting of verschil van mening. Het kan zijn dat de rechtsbijstand of justitiabele zelf de zaak juridisch anders heeft ingeschat dan de rechter. De aangevoerde feiten en feitelijke gronden zullen niet meer (geheel) passen op het recht dat de rechter zal toepassen. Dit is dan de reden dat een bepaalde feitelijke grond of bepaalde feiten niet zijn aangevoerd. Wat is er in dit geval op tegen dat de betreffende partij de feitelijke grond of feiten alsnog aanvult? Het gaat wat ver om een fout, misvatting of verschil van mening als keuze van die partij te bestempelen en de partij aan die 'keuze' te binden.

De achtergrond van de partij-autonomie is dat partijen het laatste woord hebben over bepaalde aspecten van de procedure. Zij hebben de keuze om iets al dan niet te doen. De verhoogde activiteit van de rechter versterkt dit slechts. Doordat de rechter partijen kan vragen naar het waarom van een keuze, wordt zeker gesteld dat het inderdaad een bewuste keuze is geweest.

11.2.4 Is een wetswijziging noodzakelijk?

In de rapporten wordt een aantal voorstellen gedaan. Een vraag is of voor het 'invoeren' van de voorstellen een wetswijziging nodig is. Ik meen dat dit voor het grootste deel van de voorstellen op het punt van het leerstuk van het aanvullen van de rechtsgronden niet nodig is. De voorstellen zijn:

1.
a. De rechter dient bevoegd te zijn ambtshalve de vraag aan de orde te stellen waarom een feitelijke of rechtsgrond die hij in de stellingen van een partij niet heeft aangetroffen, niet is aangevoerd.[128]
b. Maakt de wederpartij bezwaar tegen het alsnog aanvoeren van die grond, dan zal de rechter, gelet op dat bezwaar en aan de hand van de aan de goede procesorde ontleende maatstaven, daarop hebben te beslissen.[129]

2.
a. Indien de rechter de rechtsgronden meent te moeten aanvullen (art. 25 Rv) zal hij partijen daarop eerst dienen te horen.[130]
b. Blijkt dan een aanpassing van de feitelijke grondslag nodig en wenst de desbetreffende partij daartoe (alsnog) over te gaan, dan zal de rechter dat in beginsel moeten toestaan tenzij die aanpassing het proces onredelijk zou vertragen of de wederpartij onevenredig in haar processuele positie zou benadelen.[131]

---

128 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 59, 182.
129 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 59, 182.
130 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 59, 183.
131 Asser, Groen & Vranken 2006 p. 59/60, 183.

3.
De rechter moet de bevoegdheid hebben om waar hij twijfelt die feiten nader te onderzoeken bijvoorbeeld door de partij die ze stelt nadere informatie te laten verstrekken en/of de feitelijke stellingen aan te vullen.[132]

Het is mijns inziens niet nodig om partijen voor elk aanvullen van de rechtsgronden te horen. Veelal zal het aanvullen van de rechtsgronden geblokkeerd zijn doordat de bijbehorende feitelijke gronden niet zijn aangevoerd, zodat het aanvullen van de rechtsgronden zelfs niet mogelijk is zonder eerst met partijen te communiceren. Het horen van partijen is verplicht voor zover het aanvullen van de rechtsgronden leidt tot een verrassingsbeslissing (zie § 9.1). In ieder geval staat geen wettelijke bepaling er aan in de weg om partijen te horen voordat de rechter een rechtsnorm aanvult.

Ook staat geen bepaling er aan in de weg dat de rechter aan de belanghebbende partij of beide partijen vraagt waarom een bepaalde feitelijke grond niet is aangevoerd. Art. 24 Rv bepaalt dat de rechter beperkt is tot de door de partijen aangevoerde feitelijke gronden, maar deze bepaling zegt niets over de vraag of de rechter de keuze om bepaalde feitelijke gronden niet aan te voeren ter discussie mag stellen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt ook dat de rechter bevoegd is om niet aangevoerde feitelijke gronden aan de orde te stellen (zie § 9.2).[133]

Art. 149 lid 1, eerste volzin Rv bepaalt dat de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan. Deze volzin zegt echter niet wie de feiten in het geding mogen brengen. Het verbiedt de rechter met andere woorden niet om zelf feiten in het geding te brengen. Naar de letter genomen heeft deze volzin meer te maken met het beginsel van hoor en wederhoor dan met de partij-autonomie. Uit art. 149 lid 1, eerste volzin Rv volgt zeker niet dat de rechter geen vragen zou mogen stellen aan partijen omtrent de aangevoerde feiten, tegenstrijdigheden in de feiten of missende feiten.

In de tweede volzin van art. 149 lid 1 Rv is bepaald dat de rechter feiten of rechten als vaststaand moet beschouwen als deze door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist. Dit artikel zegt niets over de feiten die de rechter inbrengt en verbiedt de rechter niet om aan partijen de vraag voor te leggen waarom bepaalde feiten niet zijn betwist. Deze volzin staat wel in de weg aan de 'invoering' van een deel van het derde voorstel: als de rechter twijfelt aan een door één van de partijen

132 Asser, Groen & Vranken 2003 p. 81, 82, 90; Asser, Groen & Vranken 2006 p. 46.
133 HR 26 sept. 2003, NJ 2004, 460 (m.nt. JBMV onder NJ 2004, 461), JBPr 2004, 15 (m.nt K. Teuben).

aangevoerd feit dat niet is betwist, zal hij dit feit als vaststaand moeten aannemen.

De voornaamste belemmering voor de 'invoering' van de voorstellen zijn de partij-autonomie en de lijdelijkheid als beginselen (of kenmerken) van het burgerlijk procesrecht en met name de interpretatie van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in het licht van deze beginselen. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is het echter niet bepaald dat de partij-autonomie of lijdelijkheid beginselen moeten blijven. De wet staat er met andere woorden niet aan in de weg dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het doel van het proces (deels) in de plaats treedt van de partij-autonomie en de lijdelijkheid. Als de huidige bepalingen in het licht van deze gezamenlijke verantwoordelijkheid worden geïnterpreteerd, kunnen de (meeste) voorstellen op het gebied van het leerstuk van het aanvullen van de rechtsgronden nu al ingevoerd worden.

11.2.5 Onpartijdigheid van de rechter

Een bezwaar dat tegen een aanvullen van de feiten of het wijzen op een feitelijke grond wordt ingebracht, is dat de rechter hierdoor partijdig handelt. De redenering is dat een rechter door een partij te wijzen op een mogelijke feitelijke grond partijdig handelt, omdat die partij daar voordeel bij heeft en de wederpartij dus nadeel. Maar handelt de rechter niet evengoed partijdig door na te laten de partij op die feitelijk grond te wijzen? De wederpartij heeft daar immers voordeel bij en de partij dus nadeel. Hetzelfde geldt voor het aanvullen van feiten. Het volgt uit de aard van de procedure dat een handelen of nalaten door de rechter voor de ene partij gunstig zal zijn en voor de andere partij ongunstig. Dat maakt een rechter die handelt of nalaat nog niet partijdig.

De vraag of een handeling ongunstig is voor één der partijen is mijns inziens dan ook geen criterium voor de vraag of de rechter die handeling mag of moet verrichten. Van belang is wel het doel van het proces. Indien wordt gekozen voor een procesrecht waar het proces een arena is voor partijen, waar de rechter op grond van de partij-autonomie partijen niet mag vragen naar hun keuzes, en dus lijdelijk is, zal de rechter niet mogen handelen.

Indien het doel is om die uitspraak te doen die, alle relevante feiten overziend, door het materiële recht is voorgeschreven, zal de rechter in beginsel wel mogen handelen. De rechter handelt in dat geval ook niet met het oog op de behartiging van de belangen van één der partijen. Hij treedt op ter behartiging van het (algemene) belang dat de uitspraak recht doet aan wat tussen partijen werkelijk in geschil staat[134] en dat de rechter moet komen tot een juiste en zoveel mogelijk met de werkelijkheid overeenstemmende beslissing.[135]

---

134 Zie Asser, Groen & Vranken 2003 p. 78, 80, 82, 83.
135 Zie Asser, Groen & Vranken 2003 p. 80.

11.2.6 Vertraging van het geding

Een bezwaar dat tegen een actief optredende rechter wordt aangevoerd is dat dit kan leiden tot vertraging van het geding. Het is ongetwijfeld juist dat een actief optreden van de rechter tijdens een geding ertoe kan leiden dat het geding langer zal duren. Als een partij immers na een vraag van de rechter feiten of feitelijke gronden aanvoert en de wederpartij hiertegen bezwaar maakt, zal de rechter moeten beoordelen of het aanvoeren van deze feiten of feitelijke gronden in strijd is met de goede procesorde. In ieder geval zal de wederpartij de gelegenheid moeten krijgen om te reageren op de nieuwe feiten en feitelijke gronden.

De term vertraging lijkt mij hier echter onjuist. Deze term suggereert dat de extra tijd die met iets gemoeid is onnodig en verspilling is en dat de zaak dus eerder afgehandeld had kunnen zijn. Het enkele feit dat de behandeling langer duurt wil echter niet zeggen dat er sprake is van vertraging.

De vraag is of de verlenging nodig was om het doel te bereiken. Hier is dus weer van belang wat het doel van de procedure is. Zoals gezegd ben ik van mening dat het primaire doel van de procedure is om partijen te geven wat hen (materieel) rechtens toekomt. Indien hiervoor de rechter vragen moet stellen omtrent de al dan niet aangevoerde feiten en feitelijke gronden, levert dat op zich geen onnodige verlenging op. Er is dan geen sprake van vertraging. Er is slechts sprake van een langer duren.

Het kan de duur van een geding beperken als de rechter voor de comparitie al de vraag aan partijen voorlegt waarom een feitelijke grond niet is aangevoerd en hen in de gelegenheid stelt om voor de comparitie al in één schriftelijke ronde hun standpunten uiteen te zetten.

12 TOT BESLUIT

De meeste wijzigingen in het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn niet nieuw. Zo werd bijvoorbeeld ook onder het oude procesrecht de gedachte al teruggedrongen dat partijen onwaarheden mochten aanvoeren en de rechter feiten mochten onthouden.[136] Een ander voorbeeld is dat de regel dat de rechter tot taak heeft om te waken tegen onredelijke vertraging en bevoegd is om desnoods maatregelen te treffen, al werd afgeleid uit art. 6 EVRM.[137] De opname van de betreffende bepalingen is voor een groot deel dus 'slechts' codificatie om daarmee vast te leggen dat partijen feiten volledig

136 Zie MvA I p. 22; Klaassen 2002 p. 1452/1453; Stein & Rueb 2002 p. 25; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002 p. 32.

137 Vgl. Bosch-Boesjes 1990 p. 667, 669; Smits 1995 p. 12, 13, 14; Snijders, Ynzonides & Meijer 1997 p. 34-35 121.

en naar waarheid dienen aan te voeren respectievelijk dat de rechter moet waken tegen onredelijke vertraging.

Ook de daadwerkelijke veranderingen ten opzichte van het oude procesrecht zijn veelal niet nieuw. Veel van deze ideeën zijn al eerder geopperd, maar alleen niet ingevoerd. In hoofdstuk 2 van haar proefschrift laat Bosch-Boesjes[138] een aantal preadviezen, wetsvoorstellen en dergelijke de revue passeren waaruit blijkt dat veel van de nu ingevoerde ideeën al eerder zijn voorgesteld. Zo zijn bijvoorbeeld de mondelinge behandeling als zwaartepunt van het geding,[139] het afschaffen van de conclusie van eis,[140] de materiele waarheid als grondslag voor het oordeel[141] en de waarheidsplicht[142] al eerder voorgesteld als oplossingen voor de lange en kostbare processen.

Opvallend is dat de oplossing voor de problemen in het burgerlijk procesrecht eigenlijk voornamelijk wordt gezocht in de vergroting van de activiteit van de rechter: van het preadvies van Van Geuns (1881) tot en met de herziening (2002) en de fundamentele herbezinning (2006) speelt de actieve rechter een sleutelrol.[143]

Stukje bij beetje zijn de voorstellen van eind 19e en de 20e eeuw ingevoerd. Het is nu afwachten wat in de praktijk van deze wet zal worden gemaakt. De theorie van de wet en de praktijk van de toepassing kunnen immers sterk verschillen. De woorden van Gratama in zijn rede ter gelegenheid van de installatie van de naar hem vernoemde Staatscommissie (1911) kunnen nog steeds toepasselijk zijn:

> "Het wetboek zelf is nog niet zo slecht, maar wat de praktijk er van heeft gemaakt, deugt niet. Deze praktijk is zeer langzaam en geleidelijk ingeslopen en daartegen staat men vrijwel machteloos; denkwijze en gewoonten waaraan niet zo gemakkelijk valt te ontworstelen."[144]

---

138 Bosch-Boesjes 1991 p. 19-57.

139 Preadvies Caroli (1907); Commissie van de Nederlandse Juristen Vereniging (1911); Commissie van de Vrijzinnig Democratische Bond (1912); Ontwerp Gratama (1920); Belinfante (1940); Rapport Dorhout Mees (1948).

140 Comissie van de Nederlandse Juristen Vereniging en Commissie van de Vrijzinnige Democratische Bond.

141 Preadvies Caroli 1907; preadvies Hartzfeld (1907); Ontwerp Dorhout Mees (1948); preadviezen Eggens en Haardt (1951).

142 Preadvies Caroli (1907); Belinfante (1940).

143 Bosch-Boesjes 1991 p. 27 ev: het preadvies van Van Geuns (1881) (dit in tegenstelling tot Pijnappel die in zijn preadvies van hetzelfde jaar vasthoudt aan een lijdelijke rechter); de preadviezen van Caroli en Hartzfeld (1907); de wetsontwerpen van de commissie van de Nederlandse Juristen-Vereniging (1911) en de commissie van de Vrijzinnig Democratische Bond (1912); het ontwerp Gratama (1920); de invoering van de comparitie (1923) en termijnbepaling door de rechter (1924); het ontwerp Dorhout Mees (1948); de preadviezen van Eggens en Haardt (1951); de preadviezen van Nivard en Brunner (1968); het discussiestuk van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (1979); het nieuwe bewijsrecht(1988).

144 Bosch-Boesjes 1991 p. 33: S. Gratama, rede t.g.v. de installatie van de Staatscommissie op 25 nov. 1911, Ontwerp Gratama, deel 1, p. VII.

DEEL III

Het bestuursprocesrecht

Inleiding op deel III

In het voorgaande deel is het regelsysteem van art. 48 (oud) Rv besproken voor zover dit relevant was voor art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. In dit deel worden de bestuursrechtelijke bepalingen behandeld.

Deze behandeling is verdeeld over vier hoofdstukken. In hoofdstuk 10 worden een aantal begrippen omschreven voor het deel bestuursprocesrecht. Het onderwerp van hoofdstuk 11 is het bestuursprocesrecht voor zover dit een achtergrond vormt voor art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. Vervolgens wordt in hoofdstuk 12 de beoordeling die de bestuursrechter maakt besproken. In hoofdstuk 13 wordt de betekenis van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb behandeld.

Voor zowel art. 8:69 lid 2 als lid 3 geldt dat het onderzoek voor een belangrijk deel bestaat uit het vertalen van burgerlijk procesrechtelijke concepten en cultuur naar bestuursprocesrechtelijke concepten en cultuur. Dat heeft tot gevolg dat er bij de vergelijking tussen beide procesrechten vragen naar voren komen die zinvol zijn in het burgerlijk procesrecht, maar minder of geen zin hebben in het bestuursprocesrecht, waar ze dan eigenlijk ook niet gesteld worden.

10 Termen en begrippen

1 Inleiding

Een probleem bij de bestudering en bespreking van art. 8:69 Awb en hetgeen zich daaromheen afspeelt is dat er geen eensgezinde opvattingen bestaan over de gebruikte terminologie. Dit is overigens, zoals gezegd, niet anders bij art. 48 (oud) Rv in het civiele procesrecht. Ik zal derhalve, zoals in deel II, ook in dit deel beginnen met een hoofdstuk waarin ik een omschrijving geef van een aantal relevante begrippen.

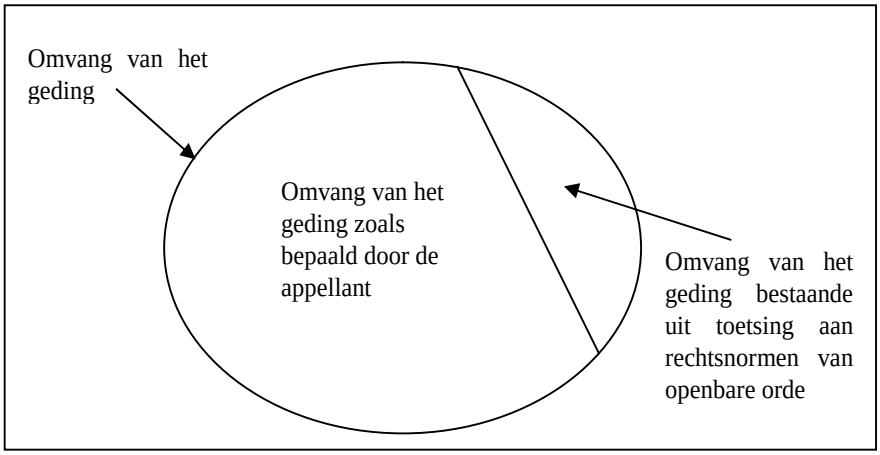
Dit zijn de begrippen omvang van het geding en grenzen van de rechtsstrijd (§ 2); rechtsgrond, (vaststaande) feiten en feitelijke grondslag (§ 3); beroepsgrond, grond, grief, argument en feitelijke grond (§ 4); onderdelen van het besluit (§ 5); ambtshalve aanvullen en ambtshalve toetsen (§ 6); reikwijdte van de toetsing en inhoud van de toetsing (§ 7), en zelf in de zaak voorzien (§ 8).

2 De omvang van het geding en de grenzen van de rechtsstrijd

De begrippen omvang van het geding en grenzen van de rechtsstrijd zien op de mate waarin de rechter de beslissing op bezwaar moet beoordelen. In ieder geval sinds de invoering van de Awb in 1994 is het niet langer de taak van de bestuursrechter om een besluit volledig te beoordelen en aan alle toepasselijke rechtsnormen te toetsen. Deze beoordeling is beperkt. Waartoe deze beoordeling beperkt is een onderwerp van hoofdstuk 12.

In het kader van het onderwerp van de omvang van het geding worden de volgende begrippen gebruikt: geschil, rechtsstrijd en geding. Geding en rechtsstrijd worden als synoniem gebruikt. Er is in dit proefschrift dan ook geen verschil bedoeld tussen de term omvang (of grenzen) van het geding en omvang (of grenzen) van de rechtsstrijd.

Tot het geding behoort ten eerste een beoordeling van de onderdelen van het besluit die door appellant bestreden worden en de formele voorschriften waarvan appellant betoogt dat ze zijn geschonden. Dit is de omvang van het geding zoals die door appellant is bepaald. Daarnaast behoort tot het geding een toetsing (van het besluit) aan alle toepasselijke (formele en materiële) voorschriften van openbare orde.



Wat betreft de term geschil wordt dit in de literatuur op twee wijzen gebruikt. Ten eerste als aanduiding van de bredere onenigheid tussen bestuur en de belanghebbende waar het besluit slechts een deel van uitmaakt. Zo kan in een geschil tussen een ambtenaar en de Staat een aantal besluiten genomen worden waarin disciplinaire straffen worden opgelegd. De bestuursrechter beoordeelt niet dit geschil, maar is beperkt tot de bestreden besluiten.

De term geschil wordt ook gebruikt om aan te geven waartoe de rechter bij de beoordeling van het bestreden besluit beperkt is: de mate waarin een besluit in geschil is. De beoordeling van de rechter is beperkt tot de mate waarin er tussen burger en bestuursorgaan onenigheid bestaat over het concrete besluit. De omvang van het geding is beperkt tot de mate waarin het besluit is geschil is. In dit proefschrift zal de term geschil voornamelijk in deze betekenis gebruikt worden.

De rol van de beroepsgronden is hierbij als volgt. De mate waarin het besluit in geschil is, wordt bepaald door de aangevoerde beroepsgronden. Die onderdelen van het besluit waartegen deze gronden zijn gericht, zijn de bestreden onderdelen van het besluit. De rechterlijke beoordeling is echter niet beperkt tot een beoordeling van alleen deze gronden, maar strekt zich uit tot het geheel van de betreffende onderdelen. Dit is slechts anders voor formele voorschriften: de rechter toetst slechts aan formele voorschriften als de appellant zich op schending daarvan beroept of indien het voorschriften van openbare orde betreft.[1]

1 Zie verder hoofdstuk 12 § 3.2.

3 Rechtsgrond, (vaststaande) feiten en feitelijke grondslag

De term rechtsgrond wordt hier in dezelfde betekenis gebruikt als in het voorgaande deel, namelijk in de zin van rechtsnorm. Ik verwijs naar hoofdstuk 2 § 2.

Ook wat betreft de termen (vaststaande) feiten en feitelijke grondslag worden deze termen hier gebruikt als in het deel Burgerlijk procesrecht. Een feit is een situatie of gebeurtenis. Rechtsfeiten zijn de juridisch relevante feiten. De vaststaande feiten zijn de feiten die de rechter ten grondslag mag leggen aan zijn besluit, omdat deze feiten aan de processuele vereisten voldoen. De feitelijke grondslag is de verzameling van vaststaande feiten (zie hoofdstuk 2 § 3).

4 Beroepsgrond, grond, grief, argument en feitelijke grond

De termen grond, argument en feitelijke grond hebben mijns inziens alle dezelfde betekenis. Het gaat hier om de feitelijke redenen waarom het besluit onrechtmatig dan wel rechtmatig is. Voor de appellant zijn de gronden de redenen waarom hij het niet eens is met de beslissing op bezwaar.[2] De termen beroepsgronden en grieven zien specifiek op de door appellant aangevoerde gronden. Het is echter ook mogelijk dat de rechter op een ambtshalve aangevulde feitelijke grond (reden) het besluit vernietigt (zie hoofdstuk 12 § 3).

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen de feitelijke grond en de rechtsgrond. Een voorbeeld van dit onderscheid is te zien in de volgende uitspraak. De rechtbank 's-Gravenhage overweegt:

> "Eiser heeft als grond van zijn beroep aangevoerd dat een onderscheid naar leeftijd zoals dit in de Gemeente Leiden bij verlening van parkeervergunningen wordt gemaakt, strijdig is met het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het [IVBPR]."[3]

De feitelijk grond is hier dat het gemaakte onderscheid ertoe leidt dat appellant anders wordt behandeld dan anderen en dat dit niet geoorloofd is. De rechtsgrond is art. 1 Gw en art. 26 IVBPR.

Vaak wordt bij een feitelijke grond ook een rechtsgrond genoemd. Bij de feitelijke grond dat het bestuur de buurman wel een bouwvergunning heeft gegeven voor het bouwen van een dakkapel staat geen rechtsgrond genoemd. Bij de grond dat het bestuur heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel omdat de buurman wel bovengenoemde bouwvergunning heeft gekregen,

---

2 Vgl. De Bock 2004 p. 38.

3 Rb. Den Haag 4 januari 1996, JB 1996, 47 (m.nt. HJS).

wordt wel een rechtsgrond genoemd namelijk het gelijkheidsbeginsel. De gevolgen van deze keuzes wordt besproken in hoofdstuk 13 § 3.7.1 en § 3.7.2.

De term gronden kan ook gebruikt worden voor de redenen waarom het bestuursorgaan (of 'verwerende' belanghebbende) van mening is dat de gronden van appellant (of de rechter) niet tot vernietiging van het besluit moeten leiden. Deze worden in het civiele recht verweren of verweergronden genoemd. In het bestuursrecht hebben de door appellant aangevoerde gronden een beperkende werking (zie hoofdstuk 12 § 3). Dit geldt niet voor de verweren in de zin dat de rechter voor de weerlegging van de aangevoerde gronden beperkt is tot de door het bestuur (en 'verwerende' belanghebbende) aangevoerde verweren.

De term grond wordt ook gebruikt in de zin van de gronden van het besluit. Dit zijn de dragende redenen waarom het bezwaar wel of niet tot herroeping van het besluit heeft geleid. Deze gronden kunnen niet door het bestuur worden aangevuld in het verweerschrift. De beoordeling door de bestuursrechter is immers beperkt tot het bestreden besluit. Het staat het bestuur wel vrij om het bestreden besluit in te trekken en te vervangen door een besluit mede gebaseerd op andere gronden. Ook kan het bestuur aangeven hoe het volgende besluit zou luiden als het besluit zoals dat er nu ligt wordt vernietigd.

In beginsel kan ook de rechter de gronden van het besluit niet aanvullen. Slechts als het bestreden besluit wordt vernietigd, is de bestuursrechter, onder voorwaarden, bevoegd om eventuele nieuw gebleken of aangevoerde gronden onder het besluit te schuiven. Hij kan dit doen door zelf in de zaak te voorzien of door de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. Dit voor zover het bestreden besluit vernietigd is.

5 Onderdelen van het besluit

Een begrip dat door de beperking van de rechterlijke beoordeling van belang is geworden is het begrip onderdeel van het besluit. Zo wordt gesteld dat de bestuursrechter beperkt is tot de bestreden onderdelen van het besluit (zie hoofdstuk 12 § 3). Verder komt de term ook naar voren bij de argumentatieve fuik voor zover deze geïnterpreteerd moet worden als een onderdelenfuik. Deze fuik heeft tot gevolg dat in beroep slechts die onderdelen van het besluit voor toetsing in aanmerking komen die ook al in de bestuurlijke fase het onderwerp van discussie waren. Onderdelen die in de bestuurlijke fase onbestreden zijn gebleven, kunnen niet voor het eerst in beroep worden bestreden (zie hoofdstuk 11 § 4.1).

De vraag is vervolgens wat een 'onderdeel van een besluit' is. Het meest eenvoudige voorbeeld betreft een besluit dat uit duidelijk te onderscheiden meerdere delen bestaat zoals een besluit met meerdere voorwaarden. Deze voorwaarden vormen afzonderlijke onderdelen van het besluit. Een voorbeeld

hiervan is te zien in een uitspraak van de Afdeling van 24 november 2004.[4] In deze zaak waren in bezwaar slechts bezwaren aangevoerd tegen voorwaarde drie, zodat een beroepsgrond gericht tegen voorwaarde vijf niet in beroep beoordeeld kon worden. Deze beroepsgrond betrof een onderdeel van het besluit dat geheel los stond van de onderdelen waartegen het gemaakte bezwaar zich richtte.

Naast deze omschrijving van het begrip onderdeel kan op grond van de jurisprudentie gezegd worden dat ook elk oordeel een apart onderdeel van een besluit vormt wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd.[5] Elk besluit bevat een aantal beslissingen die genomen moeten worden en meestal in een bepaalde volgorde. Elk van deze beslissingen kan gezien worden als een apart onderdeel van een besluit (zie voor dit onderwerp verder hoofdstuk 12 § 3.1, § 3.2 en § 3.3).

6 AMBTSHALVE AANVULLEN EN AMBTSHALVE TOETSEN

Er moet in het bestuursrecht een onderscheid gemaakt worden tussen het ambtshalve aanvullen van een rechtsnorm en het ambtshalve toetsen aan een rechtsnorm. De term ambtshalve toetsen ziet op het toetsen aan rechtsnormen buiten de grenzen van het geding zoals door appellant bepaald. Ambtshalve toetsing is beperkt tot rechtsnormen van openbare orde.

De term ambtshalve aanvullen van rechtsnormen ziet op het, binnen de grenzen van het geding, door de rechter inbrengen van een rechtsnorm die niet door partijen is aangevoerd. Het wordt ook wel omschreven als het vertalen van de eigen woorden van partijen naar de juridische taal en termen. Dit is deels juist in de zin dat de rechter deze vertaalslag maakt bij de door appellant aangevoerde gronden. De rechterlijke beoordeling gaat echter verder dan alleen een beoordeling van de gronden (zie hoofdstuk 12 § 3.2). Voor zover de beoordeling verder gaat dan de beoordeling van de gronden is er geen sprake van een vertaalslag. Alle rechtsnormen komen in beginsel voor aanvulling in aanmerking.

De terminologie van het bestuursprocesrecht bij het ambtshalve aanvullen en ambtshalve toetsen levert een mogelijke verwarring op. De omschrijving van ambtshalve toetsing betekent dat er slechts sprake is van ambtshalve toetsing als de rechter het besluit toetst buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals die door appellant zijn bepaald. Dit brengt mee dat de rechter ambtshalve aan een rechtsnorm kan toetsen zonder dat er sprake is van ambtshalve toetsing. Als de rechter bijvoorbeeld ambtshalve een rechtsnorm aanvult bij een aangevoerde grond, toetst hij ambtshalve aan deze rechtsnorm. Deze norm is immers niet door partijen aangevoerd. Hij treedt echter niet buiten de

4 ABRvS 24 nov. 2004, 200402355/1. Zie ook ABRvS 21 apr. 2004, JB 2004, 231.
5 Vgl. De Bock 2004 p. 33/34.

grenzen van de rechtsstrijd zoals die door appellant zijn bepaald zodat er geen sprake is van ambtshalve toetsing.

Zoals gezegd gaat de rechterlijke beoordeling verder dan de beoordeling van de aangevoerde gronden. Het gaat om een beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit. Deze onderdelen worden volledig door de rechter beoordeeld.[6] De rechter kan dan ambtshalve aan een rechtsnorm toetsen zonder te treden buiten de grenzen van het geding zoals door appellant bepaald. Ook hier kan de rechter dus het besluit 'ambtshalve toetsen' aan rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd zonder buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald te gaan.

De begrippen ambtshalve toetsen en ambtshalve aanvullen komen in hoofdstuk 13 § 3 uitgebreider aan de orde.

7 Reikwijdte van de toetsing en inhoud van de toetsing

De Bock maakt een onderscheid tussen reikwijdte en inhoud van de toetsing.[7] Reikwijdte van de toetsing heeft betrekking op wat de rechter moet toetsen. Dus welke (onder)delen of aspecten van het besluit door de rechter getoetst moeten worden. Het fenomeen van de ambtshalve toetsing behoort tot dit deel van de toetsing. De inhoud van de toetsing heeft betrekking op de vraag aan welk recht de rechter moet toetsen. Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden behoort tot dit deel van de toetsing. Hoewel ik deze terminologie niet gebruik is het onderscheid tussen *wat* er wordt getoetst en *waaraan* er wordt getoetst verhelderend.

Een voorbeeld is het volgende. Een werkgever krijgt een bestuurlijke boete opgelegd waar hij het niet mee eens is. Hij gaat (uiteindelijk) in beroep en voert aan dat de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ten onrechte de boete niet heeft gematigd op grond van beleidsregel 33 lid 8 sub c van de Beleidsregels Arbeidsomstandighedenwetgeving nu aan de voorwaarden voor toepassing hiervan is voldaan. De reikwijdte van de toetsing is dat deel van de beslissing op bezwaar waarin is overwogen dat niet aan de voorwaarden voor toepassing van beleidsregel 33 lid 8 sub c is voldaan. De inhoud van de toetsing is beleidsregel 33 lid 8 sub c (en art. 4:84 Awb voor zover die het bestuursorgaan verplicht om overeenkomstig beleidsregels te handelen).

In dit geval echter oordeelt de rechtbank op grond van de door de werkgever in het kader van zijn beroepsgrond aangevoerde feiten of de overtreding de werkgever verweten kan worden.[8] Op zich is dit slechts een andere rechts-

6 Zie § 2 en verder hoofdstuk 12 § 3.2.

7 De Bock 2004 p. 12.

8 De rechtsnorm dat een boete niet kan worden opgelegd als de overtreding niet aan de overtreder verweten kan worden heeft een aantal rechtsgrondslagen zoals art. 6 EVRM en art. 3:4 lid 2 Awb. In de vierde tranche wordt dit bepaald in art. 5.4.1.2 Awb.

grond die de rechter verplicht is om aan te vullen (inhoud van de toetsing). Echter, de reikwijdte van de toetsing was beperkt tot de vraag of aan de voorwaarden van beleidsregel 33 lid 8 sub c was voldaan. Het onderdeel van het besluit met betrekking tot het al dan niet ontbreken van de verwijtbaarheid was niet bestreden. Nu het aanvullen van de rechtsgronden slechts kan plaatsvinden binnen de grenzen van de reikwijdte van de toetsing, was er geen ruimte voor het aanvullen van de rechtsgronden inzake het ontbreken van de verwijtbaarheid.

8 Zelf in de zaak voorzien

Onder de Awb heeft de bestuursrechter bevoegdheden gekregen om nadat het besluit onrechtmatig is bevonden, de zaak definitief te beslechten of althans de definitieve afdoening van de zaak te bespoedigen. Hiertoe heeft de rechter de bevoegdheden van de art. 6:22 en 8:72 de leden 3, 4, 5 en 7 Awb gekregen. Op grond van art. 6:22 Awb kan de rechter er zelfs van af zien om bij bepaalde geconstateerde onrechtmatigheden het besluit te vernietigen. Het besluit wordt in dat geval gewoonweg in stand gelaten.

Bij de bevoegdheden van art. 8:72 Awb wordt het besluit wel vernietigd, maar geeft de rechter (deels) aan hoe er nu bestuurd moet worden. Door het stellen van een termijn of het geven van een opdracht kan de rechter de naleving van de uitspraak bevorderen. De rechter kan zich ook inhoudelijk uitlaten over hoe nu verder bestuurd moet worden. Hiertoe kan hij bijvoorbeeld bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven (gedektverklaring) of bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit (zelf in de zaak voorzien).

Buiten die paragrafen waar deze bevoegdheden het onderwerp zijn, zal ik voortaan de term 'zelf in de zaak voorzien' hanteren om aan te geven dat de rechter gebruik maakt van één van bovengenoemde bevoegdheden om te bepalen wat er na het constateren van de onrechtmatigheid moet gebeuren.

11 Het bestuursprocesrecht als achtergrond van de toepassing van art. 8:69 Awb

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik het bestuursprocesrecht behandelen voorzover dat de achtergrond vormt voor de toepassing van art. 8:69 Awb. De keuze voor de te behandelen elementen is enerzijds gebaseerd op de bestudering van het burgerlijk procesrecht als achtergrond van de toepassing van art. 48 (oud) Rv en anderzijds op wat van belang bleek bij de bestudering van art. 8:69 Awb. In dit hoofdstuk zullen behandeld worden: de keuze voor de rechtsbescherming als primaire doelstelling van het bestuursproces (§ 2), een aantal karakteristieken en beginselen van het bestuursprocesrecht (§ 3) en de argumentatieve fuik en de bewijsfuik (§ 4).

Wat betreft de karakteristieken en beginselen zal ten eerste de actieve rechter behandeld worden (§ 3.1). De actieve rechter is gebaseerd op de eis van materiële waarheidsvinding en de ongelijkheidscompensatie. Gezien deze band zullen ook deze twee behandeld worden (§ 3.2 respectievelijk § 3.3). Vervolgens zal het beginsel van de finaal-materiële geschilbeslechting of het finaliteitsbeginsel behandeld worden (§ 3.4). Daarna komen de beginselen van hoor en wederhoor (§ 3.5), de goede procesorde (§ 3.6), Ius curia novit (§ 3.7) en de partij-autonomie (§ 3.8) aan de orde.

2 Rechtsbescherming als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht

Het primaire doel van het bestuursproces onder de Awb is het bieden van rechtsbescherming. Dit is een wijziging ten opzichte van het oude bestuursproces waarin de handhaving van het objectieve publiekrecht meer het primaire doel was. In deze paragraaf wordt de betekenis van deze keuze behandeld.

2.1 De twee doelstellingen van het bestuursproces volgens de parlementaire geschiedenis

In de parlementaire geschiedenis bij de Awb worden twee doelstellingen van het bestuursproces onderscheiden. Ten eerste de handhaving van het objectieve

publiekrecht en ten tweede het bieden van rechtsbescherming. De handhaving van het objectieve publiekrecht is historisch gezien de eerste doelstelling van het bestuursproces geweest.[1] Dit hield in dat het er tijdens het bestuursproces om ging om te controleren of het bestuur zich bij het besturen aan de regels had gehouden. Hierbij passen de klassieke kenmerken van de beoordeling in het bestuursprocesrecht: het ex tunc beoordelen van de rechtmatigheid van een bestuurshandelen.[2]

Naast de handhaving van het objectieve recht, had het bestuursproces ook tot doel om de burger bescherming te bieden tegen het eenzijdig optreden van het bestuur. Het bestuursproces geeft de burger de mogelijkheid om voor zijn rechten op te komen bij een onafhankelijk derde.[3]

Verbonden met de doelstelling van rechtsbescherming is het concept van de ongelijkheidscompensatie. In de verhouding burger-bestuur neemt het bestuur veelal een machtiger positie in. Dit is niet alleen omdat zij eenzijdig op vele terreinen de rechten van de burger kan vaststellen, maar ook omdat het bestuur processueel een voorsprong heeft. Niet alleen is het bestuursorgaan een 'repeat-player' en aldus meer ervaren in het voeren van procedures, maar meestal kan het bestuur ook meer middelen inzetten dan de burger kan inzetten om voor zijn rechten op te komen. Het bestuursproces diende dus niet alleen om ervoor te zorgen dat het bestuur zich aan de regels hield, maar ook om de ongelijkheid tussen burger en bestuur enigszins te verminderen door de burger de mogelijkheid te geven de hulp van de (machtigere) rechter in te roepen.[4]

2.2 De uitwerking van de keuze voor rechtsbescherming in de parlementaire geschiedenis

De vraag is nu hoe de keuze van de wetgever voor rechtsbescherming als primaire doelstelling voor het bestuursproces invloed heeft op de vormgeving van dit bestuursproces. In de parlementaire geschiedenis wordt de keuze als volgt uitgewerkt.

Ondanks de keuze voor de rechtsbescherming is de handhaving van het objectieve recht niet geheel verdwenen uit het bestuursprocesrecht. Met het bieden van rechtsbescherming wordt immers ook het objectieve recht gehandhaafd.[5] Met de stelling dat het handhaven van het objectieve recht niet langer een zelfstandige doelstelling van het bestuursproces is, wordt bedoeld dat het objectieve recht in principe alleen nog gehandhaafd zal worden voorzover

1 PG Awb II p. 172.
2 PG Awb II p. 172/173.
3 PG Awb II p. 172.
4 PG Awb II p. 172.
5 PG Awb II p. 174.

dit samenvalt met het doel om rechtsbescherming te bieden. Voor de vormgeving van het bestuursprocesrecht betekent deze niet-zelfstandige positie van de doelstelling van het handhaven van het objectieve recht dat de kenmerken van het bestuursprocesrecht die uitsluitend dienstbaar waren aan het handhaven van het objectieve recht niet in de Awb zijn teruggekeerd.[6]

2.3 De wijzigingen in het bestuursproces door de keuze voor rechtsbescherming

Op basis van bovenstaande uitwerking moet om te beginnen geconstateerd worden dat niet is afgestapt van de beoordeling ex tunc van de rechtmatigheid van een bestuurshandeling.[7] Het object van de rechterlijke beoordeling is nog steeds een bestuurshandeling. Het gaat nu weliswaar om het bredere begrip besluit in plaats van het begrip beschikking, maar deze wijziging is wat dit onderwerp betreft niet van belang. Van belang is dat de beoordeling in het bestuursproces onder de Awb niet is gericht op een vordering die al dan niet moet worden toegewezen of op het vaststellen van de rechten van de burger. Het gaat nog steeds om een beoordeling achteraf van een bestuurshandeling.

De keuze voor rechtsbescherming heeft ook geen verandering gebracht in het feit dat een appellant kan opkomen tegen schendingen van objectief recht die niet verbonden zijn met zijn rechtspositie of rechten. Een burger kan beroep instellen bij de rechter als hij belanghebbende is. Het aanknopingspunt voor het zijn van belanghebbende is het hebben van (feitelijk) rechtstreeks belang bij het besluit, en niet het belang van een correcte naleving van rechtsnormen die de rechtspositie van de belanghebbende normeren. Als een burger belanghebbende is bij het besluit kan hij derhalve aanspraak maken op een volledig rechtmatig besluit ongeacht of en in hoeverre de geschonden regels zijn belangen beschermen. De belanghebbende kan dus bezwaren indienen tegen onrechtmatigheden die zijn rechtspositie niet raken en er aanspraak op maken dat deze onrechtmatigheden worden opgeheven.[8]

Verder kan geconstateerd worden dat de keuze voor rechtsbescherming voornamelijk een beperking van de rechterlijke beoordeling betekent. Met deze keuze geeft de wetgever aan dat de rechter het besluit slechts kan beoordelen voorzover de burger bescherming vraagt tegen het bestuur. Het achterliggende idee lijkt te zijn dat de rechter zich niet met aspecten van het besluit mag

---

6 PG Awb II p. 174.

7 PG Awb p. 175.

8 Schreuder-Vlasblom 2001 p. 50; Schreuder-Vlasblom 1994 p. 24, 51, 61; Bruning 1994 p. 457; Het idee is geopperd dat in art. 6:22 Awb een beperkte relativiteitsvereiste besloten ligt. Dit is mijns inziens niet het geval aangezien dit artikel niet een beperking legt op de in te dienen bezwaren, maar aangeeft hoe de rechter kan reageren op een geconstateerde onrechtmatigheid. Een uitgebreide uiteenzetting van dit onderwerp is nu echter niet op zijn plaats. Zie verder bijv. Schreuder-Vlasblom 1994 p. 24.

bemoeien als appellant daarmee kan leven. Consequentie hiervan is dat de rechter het besluit alleen nog beoordeelt voorzover appellant aangeeft het niet eens te zijn met het besluit.

Aangezien het handhaven van het objectieve recht geen zelfstandige doelstelling van het bestuursproces meer is, is er geen reden voor de rechter om het besluit buiten de gevraagde bescherming te beoordelen. Het is aanvaardbaar voor de wetgever dat in een deel van het besluit het recht onjuist is toegepast als de appellant daar geen probleem mee heeft. Het belang van een juiste rechtstoepassing is geen reden om dat onbestreden deel toch te beoordelen.

2.4 De gevolgen van deze wijzigingen

Op grond van bovenstaande constateringen kunnen drie conclusies getrokken worden. Ten eerste dat de keuze voor rechtsbescherming geen gevolgen heeft voor de mate waarin appellanten het besluit kunnen bestrijden. Appellanten zijn zo vrij om het besluit te bestrijden als voor de invoering van de Awb. Een volledige bestrijding van elk aspect van het besluit betekent een volledige beoordeling van elk aspect van het besluit. De beoordeling is dan qua omvang niet te onderscheiden van een beoordeling in een bestuursproces met als doelstelling de handhaving van het objectieve recht.

Ten tweede houdt de keuze in dat de mate waarin de rechter het besluit kan beoordelen beperkt is als de bezwaren van de appellanten niet een volledige beoordeling van alle delen en alle aspecten van het besluit meebrengen. De rechterlijke beoordeling is naar omvang verbonden aan de bezwaren van partijen[9] en de rechter mag onbestreden delen en aspecten van het besluit niet beoordelen. De keuze voor rechtsbescherming betekent dus een verschuiving van een volledige beoordeling naar een door de bezwaren van appellanten beperkte beoordeling, waarin de grenzen van de rechtsstrijd worden gevormd door de mate waarin de appellanten het besluit bestrijden. Het is de rechter verboden het besluit buiten deze grenzen van de rechtsstrijd te beoordelen (ne ultra petita).

De derde conclusie is dat de keuze voor rechtsbescherming tot gevolg heeft dat de rechter het besluit niet op grond van een rechtsschending zal vernietigen als de juiste toepassing van die rechtsnorm slechts zou leiden tot het verslechteren van de positie van de appellant zonder dat daar een verbetering tegenover staat van de positie van een andere burger die ook nog beroep heeft ingesteld (non reformatio in peius). Vernietiging zou in dit geval slechts dienen tot het handhaven van het objectieve recht, en is daarom niet toegestaan.

9 Vgl. Schreuder-Vlasblom 1994 p. 19.

2.5 De keuze voor rechtsbescherming en geschillenbeslechting als taak van de rechter

In de parlementaire geschiedenis wordt gesteld dat de keuze voor rechtsbescherming betekent dat het bestuursprocesrecht een adequaat kader dient te bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding van tussen burger en bestuursorgaan.[10] Deze stelling moet mijns inziens enigszins genuanceerd worden.

Het is mijns inziens onjuist om te stellen dat het bestuursprocesrecht onder de Awb gericht is op de beslechting van een rechtsgeschil. Het bestuursproces, ook onder de Awb, draait om de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit. De rechter beoordeelt het besluit en niet het rechtsgeschil als zodanig. Het is wel zo dat in het bestuursproces het besluit slechts wordt beoordeeld voorzover dit tussen partijen in geschil is. Het geschil dat de rechter dient te beslechten is dus het geschil omtrent het besluit. In zoverre kan gezegd worden dat er sprake is van het beoordelen van rechtsgeschillen tussen burger en bestuur.[11]

Verder gaat het te ver om, gezien de bevoegdheden van hoofdstuk 8 Awb, te stellen dat de rechter deze geschillen bindend beslecht. De bestuursrechter heeft inderdaad bevoegdheden gekregen om een dergelijk bindend beslechten mogelijk te maken. Het is echter in beginsel nog steeds aan het bestuursorgaan om na vernietiging opnieuw de rechten vast te stellen en een nieuw besluit te nemen. De uitoefening van genoemde bevoegdheden zijn dan ook verbonden aan strikte voorwaarden, zodat er voor het bindend beslechten van een geschil omtrent een besluit vaak weinig ruimte zal zijn. Meestal zal de rechter het (moeten) laten bij het constateren van onrechtmatigheden en vernietiging. De verdere beslechting is aan het bestuur. Het is juister om te stellen dat onder de Awb de rechter ernaar dient te streven het geschil omtrent het besluit zoveel als mogelijk bindend te beslechten (zie ook § 3.4).

3 KARAKTERISTIEKEN EN BEGINSELEN VAN HET BESTUURSPROCESRECHT

In deze paragraaf zal ik een aantal karakteristieken en beginselen behandelen die van belang zijn voor art. 8:69 Awb. Dit zijn: de actieve rechter (§ 3.1), het streven naar materiële waarheidsvinding (§ 3.2), de ongelijkheidscompensatie (§ 3.3), het finaliteitsbeginsel (§ 3.4), het beginsel van hoor en wederhoor (§ 3.5), de goede procesorde (§ 3.6) en het beginsel van Ius curia novit (§ 3.7). Als laatste zal ik ingaan op de vraag of de partij-autonomie als beginsel van het bestuursprocesrecht is geïntroduceerd in de Awb (§ 3.8).

10 PG Awb II p. 174.
11 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 16.

3.1 De actieve rechter

Een aspect dat meteen in het oog springt bij de bestudering van het bestuursprocesrecht, en zeker in vergelijking met het burgerlijk procesrecht, is de actieve rechter. In deze paragraaf zal de vraag behandeld worden wat dit betekent.

3.1.1 Actief versus lijdelijk

De stelling dat het bestuursprocesrecht een actieve rechter kent, heeft voornamelijk betekenis in vergelijking met het burgerlijk procesrecht. Er wordt mee bedoeld dat de bestuursrechter in tegenstelling tot de burgerlijke rechter niet lijdelijk is. De bestuursrechter heeft ruime bevoegdheden om op te treden waarbij die bevoegdheden slechts in beperkte mate wettelijk zijn geregeld en waarbij hij weinig gebonden is aan en beperkt is tot beschouwingen, stellingen, (gezamenlijke) verzoeken e.d. van partijen. Daarbij heeft hij ook de taak en verantwoordelijkheid om van deze bevoegdheden gebruik te maken.

De bestuursrechter heeft een actieve, leidende rol in het geding zowel wat betreft de inrichting van de procesgang als wat betreft het onderzoek naar de rechtmatigheid van het besluit.[12]

Inrichting van de procesgang
Wat betreft de inrichting van de procesgang is het zo dat de bestuursrechter de loop van het geding bepaalt: de rechter bepaalt of partijen de gelegenheid krijgen tot 'repliek' en 'dupliek' (art. 8:43 lid 1 Awb); de rechter kan belanghebbenden uitnodigen om als partij aan het geding deel te nemen (art. 8:26 Awb); de rechter kan kiezen voor de versnelde of de vereenvoudigde behandeling in plaats van de normale behandeling (art. 8:52 respectievelijk 8:54 Awb); de rechter roept de getuigen op en bepaalt wie als getuigen zullen worden opgeroepen (art. 8:46 Awb);[13] de rechter bepaalt de termijnen voor processuele handelingen (bv. art. 8:42 lid 2, 8:43 lid 2 laatste zin, 8:45, 8:47 lid 4 Awb).

Nadat de zaak aanhangig is gemaakt, bepaalt de rechter de verdere gang van zaken.[14] Partijen kunnen voorstellen doen over hoe het proces ingericht moet worden, maar de rechter is hier niet aan gebonden, zelfs niet als het gaat om een gezamenlijk verzoek. De rechter zal deze meningen wel meenemen bij het inrichten van het proces. Daartoe is hij ook verplicht. Partijen kunnen de rechter echter niet binden aan hun meningen met betrekking tot de inrichting van het proces.

De rechter is verder ook voor zijn processuele bevoegdheden niet afhankelijk van een (gezamenlijk) verzoek van partijen. Geen van de bepalingen van

12 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 149/150, 158, 169; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 15, 68, 74.
13 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 162-163.
14 PG Awb II p. 176; vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 16; Allewijn & Van der Veen 1999 p. 571.

hoofdstuk 8 bepaalt dat de rechter pas na een dergelijk verzoek gebruik mag maken van een bevoegdheid. Soms wordt wel de mogelijkheid genoemd dat, naast een ambtshalve toepassing, toepassing ook verzocht kan worden zoals bijvoorbeeld in art. 8:26 en 8:61 lid 3 Awb. In feite is dit overbodig, aangezien een partij altijd de rechter kan verzoeken gebruik te maken van een ambtshalve bevoegdheid.

Wat betreft de processuele bevoegdheden van de rechter onder de Awb gaat het meestal om discretionaire bevoegdheden die weinig wettelijk zijn geregeld. De achtergrond van deze vrijheid is om een flexibel procesrecht te creëren waardoor de rechter de concrete procedure kan aanpassen aan de aard en zwaarte van de concrete zaak. Uiteindelijk worden onder de Awb veel verschillende soorten besluiten beoordeeld waar heel verschillende soorten verhoudingen achter zitten. De rechter heeft dus een grote vrijheid nodig om de procedure te vormen naar zijn inzichten.[15]

De rechter is echter niet 'absoluut heerser' over het proces. Voor het gebruik van een aantal bevoegdheden heeft hij toestemming van (alle) partijen nodig.[16] Een voorbeeld hiervan is art. 8:57 Awb dat bepaalt dat de rechter het onderzoek ter zitting achterwege kan laten als partijen daarvoor toestemming geven.[17] Deze beperkingen lijken mij gegrond op het beginsel van hoor en wederhoor. Als zodanig vormen zij geen uiting van partij-autonomie, maar een correctie op de leidende rol van de rechter.

De Awb geeft de partijen verder een aantal processuele rechten waarmee de rechter rekening zal moeten houden bij de inrichting van het proces. Voorbeelden van dergelijke rechten zijn: toezending van de stukken aan partijen (art. 8:39 Awb) en dat partijen recht hebben op tenminste één schriftelijke uiteenzetting (art. 8:43 Awb). Ook deze beperkingen lijken mij gegrond op het beginsel van hoor en wederhoor.

Het is interessant om te constateren dat het verschil tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter wat betreft activiteit met betrekking tot de loop van het geding voor een groot deel is gelegen in het feit dat het bestuursproces minder strak door de wet is geregeld en meer aan het inzicht van de rechter is overgelaten. De bestuursrechter is actiever dan de burgerlijke rechter omdat de wet hem die mogelijkheid laat.

Het onderzoek

Ook wat betreft het onderzoek naar de rechtmatigheid van het besluit, de materiële kant van de zaak, is er sprake van een actieve rechter. Het gaat hier om zaken zoals het in het geding brengen van feiten en het vergaren van bewijs.

---

15 Vgl. PG Awb II p. 176.
16 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 158.
17 Andere voorbeelden zijn: art.8:29, 8:64 Awb.

Het feit dat de bestuursrechter een actieve rechter is, houdt in dat de bestuursrechter een actief onderzoekende rechter[18] is met een eigen onderzoeksverantwoordelijkheid.[19] Dat wil zeggen dat hij een eigen zelfstandige taak heeft tot ambtshalve feitelijk onderzoek in het kader van het onderzoek naar de rechtmatigheid van het besluit, en dat deze taak losstaat van wat partijen inbrengen.[20] Dit betekent niet dat de rechter het besluit volledig zelfstandig en langs partijen heen onderzoekt. De rechter heeft deze eigen onderzoeksverantwoordelijkheid *naast* de taken van partijen om aan te voeren en te betwisten, niet in de plaats daarvan. Hij mag zich laten leiden door de verzoeken van partijen, maar blijft zelf verantwoordelijk voor de wijze waarop hij zijn taak tot ambtshalve feitelijk onderzoek uitoefent.[21]

De bestuursrechter beschikt over vele bevoegdheden en heeft veel vrijheid wat betreft de feitenvergaring en bewijs. De rechter kan bewijs verlangen van onbetwiste feiten en kan beslissen om geen bewijs te vragen van wel betwiste feiten.[22] De Awb kent ook geen regels van dwingend bewijs. Volgens de parlementaire geschiedenis kent de Awb geen materiële bewijsregels.[23] Op basis van art. 3:2 en 4:2 Awb is echter een stelsel inzake bewijslastverdeling (bewijs(voerings)last en bewijsrisico) gevormd. Op grond van art. 3:2 Awb dient het bestuur bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Op grond van art. 4:2 lid 2 Awb dient de aanvrager de gegevens te verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs kan beschikken. Voor een meer uitgebreide behandeling van de bewijslastverdeling in het bestuursproces verwijs ik naar het artikel van Y.E. Schuurmans 'Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context'.[24]

Het komt wel voor dat het bestuur materiële bewijsregels opneemt in bijvoorbeeld beleidsregels. Het is nog maar de vraag in hoeverre dergelijke eenzijdig afgekondigde regels inzake bewijslastverdeling, (beperking van) bewijskracht en (beperking van rechterlijke) bewijswaardering, stand kunnen houden in een beroepsprocedure. De rechter toetst immers vol of deze bewijsbeleidsregels in strijd komen met art. 3:2 Awb. Als en voorzover er sprake is van strijdigheid gelden de beleidsregels niet. Een besluit dat tot stand is gekomen met deze beleidsregels zal waarschijnlijk vernietigd worden wegens strijd met art. 3:2 Awb.

Er zijn wel ongeschreven bewijsregels of richtlijnen geformuleerd in de literatuur of jurisprudentie. Deze ongeschreven bewijsregels gelden echter niet

18 PG Awb II p. 176; De Bock 2004 p. 77; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 177, 330.
19 Vgl. Ten Berge 1999 p. 196/197; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 150, 169 ev.; Allewijn & Ten Berge 1999 p. 18; Allewijn & Van der Veen 1999 p. 572.
20 Ten Berge 1999 p. 62; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.3 sub a.
21 Vgl. Allewijn & Ten Berge 1999 p. 18.
22 Vgl. Schueler 1999 p. 605-607, 608 ev.; anders Schreuder-Vlasblom 2001 p. 129.
23 Vgl. PG Awb II p. 175; Schuurmans 2004 p. 3/4; Pennarts 1998 p. 97.
24 Schuurmans 2004.

absoluut. Er blijft ruimte om de bewijszaken aan te passen aan de concrete situatie.[25] Afwijken van de ongeschreven regels zal vermoedelijk wel een motiveringsplicht met zich meebrengen.

Naast het grotendeels ontbreken van geschreven materiële bewijsregels, heeft de bestuursrechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid om de feiten aan te vullen. Ik zal in hoofdstuk 13 § 4 verder op de betekenis van dit artikel ingaan. Deze bepaling betekent echter onder meer dat de rechter niet gebonden is aan de feiten zoals partijen die presenteren, en dat hij ambtshalve onderzoek kan verrichten.[26] De rechter heeft bevoegdheden om nadere feiten van partijen te vragen en om zelf feiten in het geding te brengen. De bevoegdheden van de rechter kunnen gaan van het vragen om nadere inlichtingen of om onduidelijkheden op te lossen tot het gebruik van zijn onderzoeksbevoegdheden om zelf feiten en bewijs in te brengen.

De Awb geeft hem hiertoe bevoegdheden zoals de bevoegdheid om partijen op te roepen om te verschijnen om gehoord te worden (art. 8:44 Awb), de bevoegdheid om partijen en anderen te verzoeken schriftelijk inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken in te zenden (art. 8:45 Awb), en de bevoegdheid om een getuigenverhoor te gelasten waarbij de rechter de op te roepen getuigen bepaalt (art. 8:46 Awb).

De actieve rol van de rechter tijdens het feitenonderzoek blijkt ook uit de vele bepalingen die partijen verplichten om mee te werken aan het rechterlijk onderzoek.[27] Partijen zijn bijvoorbeeld verplicht om te verschijnen als ze zijn opgeroepen (art. 8:27 Awb), om verlangde inlichtingen of stukken te geven (artt. 8:27 en 8:28 Awb) en om mee te werken aan een onderzoek door een deskundige (art. 8:30 Awb). Als een partij niet aan deze verplichtingen voldoet kan de rechter daaruit de gevolgtrekkingen maken die hem geraden voorkomen (art. 8:31 Awb).

Wat betreft de feitenaanvoer en bewijs is er meer een wisselwerking tussen de taken van partijen en de rechter dan bij de procesinrichting, maar ook hier heeft de bestuursrechter een leidende rol.[28] De inbreng van partijen fungeert als uitgangspunt van het onderzoek, maar de rechter bepaalt voor een groot deel welke richting dit onderzoek op zal gaan: welke feiten moeten bewezen worden en door wie? Welke punten hebben verduidelijking nodig? Op welke punten zijn verdere gegevens nodig? Is een deskundigenbericht nodig of getuigenverhoor? etc. Dit zijn allemaal vragen die door de rechter zelfstandig beantwoord moeten worden.

---

25 Vgl. Pennarts 1998 p. 98; Ten Berge 1999 p. 218 ev.

26 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 150; Ten Berge 1999 p. 196/197, 208, 213; PG Awb II p. 176, 463.

27 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 158 ev.; Ten Berge 1999 p. 62.

28 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 149/150,158, 169; Allewijn & Van der Veen 1999 579; Ten Berge 1999 p. 196/197, 206/207.

Doordat de rechter duidelijk maakt welke punten hij van belang acht, kunnen partijen hun inbreng vervolgens weer hieraan aanpassen. Ook uit het feit dat meestal de door de rechter verlangde feiten en het bewijs weer door de partijen worden aangevoerd, blijkt deze wisselwerking tussen de taak en verantwoordelijkheid van rechter en partijen.

3.1.2 De actieve rechter en de grenzen van de rechtsstrijd

De onderzoeksverantwoordelijkheid van de rechter wordt wel beperkt door de grenzen van de rechtsstrijd. De keuze voor de rechtsbescherming als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht beperkt de onderzoeksverantwoordelijkheid van de bestuursrechter tot de mate waarin het besluit wordt bestreden. De activiteit van de rechter gaat niet zo ver dat hij het besluit buiten de grenzen van de rechtsstrijd mag beoordelen. Hoe ver de eigen onderzoeksverantwoordelijkheid van de bestuursrechter gaat, hangt dus af van waar partijen de grenzen van de rechtsstrijd gelegd hebben.

Toch is er ook wat betreft de omvang van het geschil sprake van een actieve rechter. Het feit dat de bestuursrechter een actieve rechter is, brengt mee dat de bestuursrechter de taak en verantwoordelijkheid heeft om er zeker van te zijn dat de appellant de grenzen bepaalt zoals hij die wil bepalen,[29] en dat hij niet het slachtoffer wordt van bijvoorbeeld verkeerd gekozen bewoordingen, moeite met het uitdrukken van zijn wensen of onbekendheid met het bestuursrecht. Het gaat er niet om om "appellant te 'pakken' op zijn formuleringen".[30] De bestuursrechter mag geen genoegen nemen met de formele omvang van het geschil, maar moet de werkelijke omvang bepalen.

De actieve instelling van de rechter op dit terrein komt naar voren in de bevoegdheid van de rechter om controlevragen te stellen. Deze vragen zijn erop gericht om te achterhalen of de rechter het beroepschrift van appellant juist heeft geïnterpreteerd en de grenzen van de rechtsstrijd heeft gelegd waar appellant deze bedoeld heeft. De rechter kan aan appellant bijvoorbeeld vragen of hij inderdaad bepaalde delen of aspecten niet wil bestrijden.

3.2 De eis van materiële waarheidsvinding

Een beginsel van het bestuursprocesrecht, ook onder de Awb, is de eis dat gestreefd moet worden naar de materiële waarheid.[31] Dit is een van de redenen waarom de bestuursrechter een actieve rechter is. De rechter heeft de bevoegdheid en de vrijheid om ambtshalve eigen onderzoek te verrichten,

29 Vgl. Bolt 1999 p. 638, 651, 659; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1.
30 Schreuder-Vlasblom 1998 p. 121.
31 PG Awb II p. 175.

mede om ervoor te zorgen dat het feitelijke onderzoek gericht is op het zoeken van de materiële waarheid.

3.2.1 Oordelen op grond van de materiële waarheid?

De eis van de materiële waarheidsvinding lijkt een problematische kwestie. Met materiële waarheid wordt het werkelijk gebeurde bedoeld.[32] Een probleem hierbij is dat het werkelijk gebeurde niet is vast te stellen. Wat als het werkelijk gebeurde wordt beschouwd, is immers afhankelijk van waarneming. Aangezien waarneming altijd subjectief is, zal er altijd wel verschil van mening bestaan over wat er nu werkelijk is gebeurd. Daarbij speelt ook het probleem van herinnering een rol. Naar mate de tijd verstrijkt, zal de herinnering van hetgeen gebeurd is veranderen. Herinneringen vervagen of worden aangepast aan hetgeen later gebeurt of wordt gezegd. Dit verschil in (herinnerde) waarneming wordt alleen maar versterkt als er sprake is van tegengestelde belangen zoals bij bestuursgeschillen het geval is.

Het gaat echter niet om het werkelijk gebeurde of het vaststellen van het werkelijk gebeurde. De materiële waarheid moet worden afgezet tegen de formele waarheid, waarbij de formele waarheid de waarheid is zoals die in het proces volgens de procesregels komt vast te staan. De tegenstelling formele waarheid – materiële waarheid moet verder geplaatst worden in de verhouding (oud) burgerlijk procesrecht – bestuursprocesrecht. In het burgerlijk procesrecht was het mogelijk dat de rechter rechtsprak op basis van een feitelijke grondslag die duidelijk onjuist was. De formele waarheid, het 'gebeurde' zoals dat in het proces was komen vast te staan, week duidelijk af van de materiële waarheid, hetgeen 'werkelijk' was gebeurd. Deze mogelijkheid werd ook aanvaard in het (oude) burgerlijk procesrecht. Deze situatie past ook bij een rechter die gebonden is aan de feitelijke situatie zoals partijen die aanvoeren. Een dergelijk verschil tussen formele waarheid en materiële waarheid is in het bestuursprocesrecht echter niet aanvaardbaar.

De eis van de materiële waarheidsvinding houdt in dat moet worden *gestreefd* naar materiële waarheidsvinding: de waarheid die in het proces komt vast te staan (de formele waarheid) mag niet duidelijk afwijken van hetgeen werkelijk is gebeurd (de materiële waarheid). De formele waarheid moet zo dicht als mogelijk de materiële waarheid benaderen gegeven de subjectiviteit van (herinnerde) waarneming. Vanuit een praktisch oogpunt betekent dit dat de waarheid zoals die in het proces wordt gevormd niet duidelijk onvolledig of pertinent onjuist mag zijn.

Het gaat dan ook niet om het vaststellen van een waarheid waar partijen het over eens zijn (zoals in het burgerlijk procesrecht), maar het gaat om het vaststellen van een waarheid die toetsing door onafhankelijke derden moet

32 Vgl. Bosch-Boesjes 1991 p. 144-145; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 66/67.

kunnen doorstaan.[33] Dit brengt een actieve rechter met zich mee die niet gebonden is aan de feitelijke situatie zoals partijen die schetsen, maar de bevoegdheden heeft om onvolledigheden en onjuistheden op te sporen en te elimineren.[34]

3.2.2 Waarom materiële waarheidsvinding?

Een reden dat in het bestuursprocesrecht gestreefd dient te worden naar de materiële waarheid, is dat besluiten tegenover een ieder rechtsgevolg hebben en dat dus ook de rechterlijke uitspraak rechtsgevolg voor een ieder heeft.[35] Er kan derhalve geen genoegen worden genomen met een feitelijke grondslag waar slechts partijen het over eens zijn. De feitelijke grondslag moet voor derden herkenbaar zijn en door hen aanvaard worden als min of meer juist.

De vraag wordt wel gesteld of de eis van de materiële waarheid nog wel moet gelden in burger-bestuur verhoudingen waarin er slechts één belanghebbende is, zoals bij het verlenen van uitkeringen, nu de functie van het bestuursprocesrecht is het bieden van rechtsbescherming.[36] Als het besluit immers alleen tussen burger en bestuur kan werken, waarom kan dan geen genoegen worden genomen met een eventuele onjuiste of onvolledige formele waarheid?

Mijns inziens dient ook hier echter de eis te gelden dat gestreefd moet worden naar de materiële waarheid. Dit ten eerste omdat besluiten van de overheid zoveel mogelijk gebaseerd moeten zijn op de materiële waarheid. Het is van belang voor de aanvaardbaarheid van besluiten dat deze gebaseerd zijn op de 'materiële waarheid'. Een besluit dat is gebaseerd op evident onjuiste feiten zal minder aanvaard worden en het gezag van het bestuur ondermijnen. Nu het besluit zijn aanvaardbaarheid deels ontleent aan het feit dat het een rechterlijke controle heeft (of zou kunnen) doorstaan is het voor de aanvaardbaarheid van het besluit van belang dat deze rechterlijke controle ook is (of zou zijn) gebeurd op grond van de 'materiële waarheid'. Een onderzoek door een actief onderzoekende rechter op basis van een materiële waarheid komt de aanvaardbaarheid van het concrete besluit in het bijzonder en het handelen van het bestuur in het algemeen ten goede, terwijl een onderzoek door een lijdelijke rechter (met formele waarheid) de aanvaardbaarheid van het besluit alleen maar zal schaden, zeker gezien de ongelijke verhouding tussen burger en bestuur.

Verder is het mijns inziens niet aanvaardbaar dat twee burgers die zich in feitelijk dezelfde situatie bevinden ongelijk worden behandeld enkel omdat het feitelijk onderzoek bij de een volledíger is geweest dan bij de ander. Het maakt niet uit of deze onvolledigheid een gevolg is van (on)handigheid door

33 Vgl. Wulfraat-van Dijk 1995 p. 67.
34 Vgl. PG Awb p. 463; De Bock 2004 p. 77.
35 Kooper 2000 p. 176.
36 Wulfraat-van Dijk 1995 p. 15.

de rechtsbijstand of fouten bij het bestuursorgaan, het mag niet leiden tot een ongelijke uitkomst. Het bestuursorgaan moet er naar streven dat de wet juist wordt toegepast en daarvoor is een materiële waarheid, zoals hiervoor omschreven, nodig. Dit betekent dat binnen de grenzen van het geschil de rechter zich moet baseren op de materiële waarheid om te voorkomen dat de appellant wordt onthouden waar hij recht op heeft of krijgt waar hij geen recht op heeft. Het doel van rechtsbescherming gaat immers niet zo ver dat een burger datgene moet krijgen waar hij geen recht op heeft.

3.2.3 Beperking van de materiële waarheidsvinding

De eis van de materiële waarheidsvinding wordt door verschillende ontwikkelingen beperkt. Het beginsel van de materiële waarheidsvinding is om te beginnen beperkt in de zin dat het feitelijk onderzoek door de rechter beperkt is tot de omvang van de rechtsstrijd.[37] De rechter mag geen feitelijk onderzoek verrichten naar feiten die niet relevant zijn voor de bestreden delen en aspecten van het besluit. Aangezien hij geen consequenties mag verbinden aan onrechtmatigheden die buiten de omvang van de rechtsstrijd liggen, heeft dergelijk onderzoek ook geen zin.

De eis van de materiële waarheidsvinding wordt verder beperkt door de invoering van de bewijsfuik. Bij deze fuik mogen relevante feiten of bewijsstukken die pas voor het eerst tijdens beroep door de belanghebbende worden aangevoerd, niet door de rechter worden meegenomen als zij behoren tot het bewijsdomein van de belanghebbende en het bestuur de belanghebbende voldoende heeft voorgelicht omtrent haar bewijspositie. De beoordeling van de rechtmatigheid hoeft blijkbaar niet gebaseerd te zijn op de materiële waarheid. Als gevolg van deze fuik worden feiten en bewijsstukken niet onderzocht en wordt het risico aanvaard dat wordt uitgegaan van een formele waarheid die afwijkt van het werkelijk gebeurde. Deze fuik zal verder besproken worden in § 4.2.

De derde relativering wordt gebaseerd op de ongelijkheidscompensatie. In het deel 'Hoger beroep' van de tweede evaluatie van de Awb lijkt het standpunt te worden ingenomen dat de materiële waarheidsvinding wordt begrensd door de ongelijkheidscompensatie. Dit laatste beginsel zou dienen als uitgangspunt bij het zoeken naar de materiële waarheid.[38] Dit impliceert dat de mate waarin de rechter zich moet inzetten om de materiële waarheid boven tafel te halen afhankelijk is van de mate waarin de ongelijkheidscompensatie dit vereist.

Deze twee beginselen staan echter los van elkaar. Het beginsel van het streven naar de materiële waarheid is een zelfstandig beginsel dat zich (mede) direct richt tot de rechter. Het is niet zo dat zij de verantwoordelijkheid voor

37 PG Awb II p. 175.
38 Widdershoven e.a. 2001 p. 44, 220/221.

het aanvoeren van de materiële waarheid op de partijen legt en slechts een actieve instelling van de rechter oproept bij procedurele ongelijkheid. De rechter moet zijn besluit zoveel als mogelijk baseren op de materiële waarheid en moet zich dus ook hiervoor inzetten als dit niet door de ongelijkheidscompensatie wordt ingegeven.

3.3 De ongelijkheidscompensatie

Het beginsel van de ongelijkheidscompensatie is een belangrijk aspect van het bestuursprocesrecht. Het is één van de redenen voor het ontstaan en onder de Awb ook behouden van de actieve bestuursrechter. Door actief op te treden compenseert de rechter de bestaande ongelijkheid tussen de burgers en het bestuur.[39] Ook de ongelijkheidscompensatie ligt echter onder vuur. In de parlementaire geschiedenis wordt wel gesteld dat de verhouding tussen de burger en het bestuur horizontaler is geworden en dat daarom de ongelijkheidscompensatie in de Awb gerelativeerd moet worden.

In deze paragraaf zal ik eerst ingaan op de vormen van ongelijkheid die tussen de burger en het bestuur bestaan. Vervolgens zal ik kijken naar de compensatie van deze ongelijkheid door het bestuursprocesrecht. Als laatste komt de relativering van de ongelijkheidscompensatie onder de Awb aan de orde.

3.3.1 Ongelijkheid

Mijns inziens kunnen er twee vormen van ongelijkheid onderscheiden worden. Ten eerste een maatschappelijke ongelijkheid en ten tweede een processuele ongelijkheid.

Maatschappelijke ongelijkheid
Bij maatschappelijke ongelijkheid gaat het om het verschil in positie die in de maatschappij bestaat tussen het bestuursorgaan enerzijds en met name de burger anderzijds. Het bestuur neemt een machtige positie in ten opzichte van de burger. Zij kan op eigen initiatief ingrijpen in het leven van burgers door ambtshalve besluiten te nemen. Daarnaast is voor een groot aantal activiteiten een vorm van toestemming nodig van een bestuursorgaan. Zonder toestemming zijn die activiteiten verboden. Verder is de uitvoering van veel sociale taken opgedragen aan bestuursorganen, zoals bijvoorbeeld het geval is bij uitkeringen. Wat deze laatste twee voorbeelden betreft neemt de burger een afhankelijke positie in ten opzichte van bestuursorgaan.[40]

---

39 Vgl. Wulfraat-van Dijk 1995 p. 15.
40 Vgl. Wulfraat-van Dijk 1995 p. 15, 343; Schreuder-Vlasblom 1991 p. 70; Bruning 1994 p. 454; Allewijn & Ten Berge 1999 p. 29; Allewijn 1995 p. 79.

In deze ambtshalve of aangevraagde besluiten stelt het bestuur de rechtspositie van de burger vast. Als de belanghebbende niet binnen zes weken bezwaar indient, verkrijgt het besluit formele rechtskracht. Daarmee ligt die rechtspositie 'eeuwig' vast.[41]

In al de gevallen waarin het bestuur besluiten kan nemen, neemt zij deze eenzijdig. Dat wil zeggen dat het bestuur de inhoud van het besluit bepaalt, zonder daarbij beperkt te zijn door de stellingen van de belanghebbende en zonder dat zij daarbij afhankelijk is van instemming van de belanghebbende. Zij moet de belanghebbende wel de mogelijkheid tot inspraak geven, maar uiteindelijk neemt het bestuur eenzijdig het besluit.

Verder moet niet vergeten worden dat het bestuur zelf veelal de procesregels en de materiële regels bepaalt. Soms doet het bestuursorgaan dat zelf, soms worden de regels vastgesteld door een hoger bestuursorgaan. Soms maakt het bestuursorgaan zelfs deel uit van de wetgever.

Bovendien lijkt het erop dat ook de regering veel begrip kan opbrengen voor de 'moeilijke positie' van bestuursorganen en snel kan reageren als deze klagen.[42]

Processuele ongelijkheid

Bij processuele ongelijkheid gaat het om de verschillen in middelen en vaardigheden waarover partijen beschikken om een proces te voeren. De burger is ook processueel gezien slechter af dan het bestuur.[43] Het bestuursorgaan is wat bestuursprocedures betreft een 'repeat-player': zij voert deze procedures vaker en heeft proceservaring opgedaan. Zij weet bijvoorbeeld welke bevoegdheden zij heeft en hoe zij daarmee om moet gaan. De burger is een 'one-shooter': een burger neemt meestal niet zo vaak deel aan bestuursprocedures en voor hem zal het meeste nieuw zijn.

Het bestuursorgaan beschikt meestal ook over meer en betere middelen om procedures te voeren: een budget om deze procedures te financieren, gespecialiseerde en deskundige ambtenaren, middelen om informatie te verzamelen, een zekere mate van gezag e.d.[44] Een eenvoudig maar belangrijk verschil tussen een bestuursorgaan en de gemiddelde burger kan alleen al zijn het feit dat het bestuursorgaan bekend is met de eerdere jurisprudentie die op het betreffende vlak is gewezen. Dit komt ten eerste doordat zij de bronnen van jurisprudentie kent en hier eenvoudig toegang toe heeft. Zo zal de gemiddelde burger niet vertrouwd zijn met uitgaven zoals de AB en de JB of sites als www.raadvanstate.nl of www.rechtspraak.nl. Ten tweede zal

41 Vgl. Allewijn & Ten Berge 1999 p. 29; Allewijn 1995 p. 108; Daalder, Van Dun & De Waard 1997 p. 26.

42 Damen 1999 p. 13; Widdershoven 1999 p. 117.

43 Vgl. Wulfraat-van Dijk 1995 p. 15, 124, 176, 343; PG Awb II p. 169.

44 Vgl. Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.3 sub a; Schreuder-Vlasblom 1991 p. 70; Bruning 1994 p. 454; Schueler 1999 p. 596/597.

het bestuursorgaan jurisprudentie kennen doordat zij als partij hierbij betrokken was.

3.3.2 *Ongelijkheidscompensatie door het bestuursprocesrecht*

Op die terreinen waar het bestuur bovenstaande machtige positie inneemt, is daar veelal een goede reden voor. De ongelijkheid is dan ook meestal aanvaardbaar. Wel dient zij gecompenseerd te worden. De ongelijkheidscompensatie vindt plaats doordat tegenover deze machtige positie een faciliterend procesrecht staat (moet staan). Dat wil zeggen een bestuursproces dat toegankelijk is, eenvoudig is en betrekkelijk risicoloos is voor de burger. Dit is de 'prijs' voor de machtige positie van het bestuur. Het gaat bijvoorbeeld om zaken als een laag griffierecht, een informele procesgang, het overleggen van het procesdossier door het bestuursorgaan, en ook een actieve rechter. Ongelijkheidscompensatie vindt plaats door het bestaan van een bestuursprocesrecht met faciliterende kenmerken zoals de actieve rechter.[45]

De compensatie van de maatschappelijke ongelijkheid vindt plaats ten eerste doordat er een beroepsprocedure is waar de burger een controle kan vragen op het besluit. Daarnaast wordt deze ongelijkheid ook gecompenseerd doordat het om een faciliterend procesrecht gaat: tegenover het gemak waarmee het bestuur eenzijdig (via besluiten) kan ingrijpen in het leven van een burger staat een procedure waarmee de burger met gelijk gemak het besluit kan laten beoordelen.

De processuele ongelijkheid wordt met name gecompenseerd door het bestaan van een actieve rechter. Ook ter compensatie van deze ongelijkheid, heeft de bestuursrechter een actieve rol in het bestuursgeding gekregen.[46]

3.3.3 *De activiteit aanpassen aan de daadwerkelijke ongelijkheid?*

Er wordt wel gesteld dat de rechter zijn mate van activiteit moet aanpassen aan de daadwerkelijk ongelijkheid tussen partijen.[47] Dit lijkt mij een onjuiste visie op het concept ongelijkheidscompensatie. Ten eerste ziet een dergelijk systeem van communicerende vaten alleen op de processuele ongelijkheid. Deze kan inderdaad meer of minder zijn. De maatschappelijke ongelijkheid blijft echter altijd bestaan. Een burger is afhankelijk van het bestuur en het bestuur kan eenzijdig besluiten ten opzichte van de burger nemen of het nu gaat om 'jan-met-de-pet' of Schiphol. Vanwege de maatschappelijke ongelijkheid blijven de faciliterende kenmerken van het bestuursprocesrecht gerecht-

45 Vgl. Wulfraat-van Dijk 1995 p. 15; Allewijn & Ten Berge 1999 p. 29; Allewijn 1995 p. 94, 108 ev.

46 Vgl. Wulfraat-van Dijk 1995 p. 78; Schueler 1999 p. 596/597; Bolt 1999 p. 649; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 149.

47 Bijvoorbeeld PG Awb II p. 175, 464.

vaardigd en vereist, ongeacht in hoeverre er daadwerkelijke *processuele* ongelijkheid bestaat tussen partijen.

Daarnaast blijft de eis van het streven naar de materiële waarheid nog gelden. De eis dat de bestuursrechter zich moet baseren op een juiste en volledige feitelijke grondslag blijft gelden, ongeacht hoe gelijk of ongelijk partijen zijn. Ook bij gelijke partijen geldt de redenering dat het bestuurshandelen op de 'materiële waarheid' gebaseerd moet zijn (zie § 3.2.2).

Dit betekent dat de rechter ook moet streven naar de materiële waarheid als (gelijke) partijen hier niet expliciet om vragen. Dit standpunt is niet in strijd met de eis van art. 6 EVRM dat binnen een redelijke termijn uitspraak moet worden gedaan. Redelijk wil immers niet zeggen 'zo kort mogelijk'. De redelijkheid van de tijdsduur van een procedure hangt af van de vraag of de proceshandelingen waaruit de procedure bestaat de concrete termijn rechtvaardigen. Het streven naar een materiële waarheid rechtvaardigt dan een langere behandelingsduur.

De vraag kan gesteld worden of het in strijd is met de eis van onpartijdigheid van de rechter als de rechter bij gelijke partijen toch streeft naar de materiële waarheid en dus ook ongevraagd feitelijk onderzoek verricht.[48] Dit zal immers meestal in het voordeel van een van de partijen uitpakken. Er is mijns inziens echter geen (onaanvaardbare) spanning en de rechterlijke onpartijdigheid komt hier niet in het geding. Ten eerste zal de keuze om geen feitelijk onderzoek te verrichten ook in het voordeel van één van de partijen werken, namelijk de partij die nadeel zou ondervinden van het rechterlijk onderzoek. Waarom zou de spanning die dan ontstaat wel aanvaardbaar zijn en de spanning die ontstaat als de rechter feitelijk onderzoek verricht onaanvaardbaar zijn? Als het wel verrichten van feitelijk onderzoek in strijd is met de eis van onpartijdigheid, is het niet verrichten van feitelijk onderzoek dan ook niet in strijd met de eis van onpartijdigheid?

Ten tweede is het doel van het feitelijk onderzoek niet om een van de partijen te bevoordelen, maar om de juiste toepassing van het recht, zoveel als mogelijk, te verzekeren. Door het rechterlijk onderzoek komt de rechter tot een beslissing die meer overeenkomt met hetgeen rechtens zou moeten zijn. Als de rechter partij kiest, is dat de partij van de juiste rechtstoepassing.

Hetgeen hiervoor is geschreven voor feitelijk onderzoek geldt ook voor de ongelijkheidsocmpensatie in het algemeen. De rechter treedt bij ongelijkheidscompensatie niet op als de raadsman van de burger. De compensatie is er op gericht om een meer zuivere toetsing aan het recht mogelijk te maken en om te komen tot een daadwerkelijke bescherming van de rechten van de burger. Zonder ongelijkheidscompensatie bestaat de mogelijkheid dat het rechtsoordeel wordt bepaald door de procesvaardigheden en kennis van het recht, of juist het gebrek daaraan, van de partijen. Met de ongelijkheidscompen-

48 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 35.

satie daarentegen wordt beslist op grond van de 'merits of the case', zodat de waarschijnlijkheid toeneemt dat de rechtens juiste beslissing wordt genomen en dat de rechten van de burger daadwerkelijk beschermd worden. Ook bij rechtsbescherming als de primaire functie van het bestuursprocesrecht hebben noch het bestuursorgaan noch burgers een rechtens te respecteren aanspraak op een besluit dat in strijd is met het recht alleen omdat zij daar voordeel bij hebben.

Op grond van het bovenstaande dient de ongelijkheidscompensatie onveranderd te blijven en dient de bestuursrechter even actief te zijn ongeacht de daadwerkelijke mate van processuele ongelijkheid.[49]

Het is echter wel juist om te zeggen dat er vaak minder reden is voor de rechter om actief op te treden als er minder processuele ongelijkheid tussen partijen bestaat. Minder processuele ongelijkheid betekent immers dat de burger en het bestuur ongeveer gelijke rechtsbijstand, ervaring etc. hebben. Beide partijen weten beter wat er nodig is en wat er komen gaat. Dit heeft weer tot gevolg dat de burger zijn zaak beter op kan zetten en dat er dus minder ruimte en noodzaak is voor de rechter om actief op te treden. Minder processuele ongelijkheid betekent dus niet dat de rechter niet actief mag zijn, maar slechts dat er waarschijnlijk minder noodzaak zal zijn voor de rechter om actief te zijn.

Het feit dat de rechter zich ongeacht de daadwerkelijk processuele ongelijkheid actief dient te op te stellen, wil echter niet zeggen dat minder processuele ongelijkheid geen invloed zal hebben in het geding. Er zal bijvoorbeeld op het bestuur een grotere voorlichtingstaak rusten in de bestuursfase als het gaat om een burger die zonder rechtsbijstand procedeert. Deze zal niet weten welke feiten onder zijn bewijsdomein vallen en wat hij dus moet aanvoeren en aannemelijk moet maken. Als het bestuur dit onvoldoende duidelijk maakt, en hierdoor een voor de burger ongunstig(er) besluit neemt zal dit besluit in strijd zijn met art. 3:2 Awb. Als het echter gaat om een burger die zich laat bijstaan door rechtsbijstand, mag verwacht worden dat deze beter op de hoogte is van zijn verantwoordelijkheden. De voorlichtingsplicht van het bestuursorgaan is in dat geval minder.

3.3.4 Verdere aanpassing van de ongelijkheidscompensatie?

Een grond om de ongelijkheidscompensatie te beperken zou zijn dat deze op gespannen voet zou staan met de onpartijdigheid van de rechter.[50] Wat dit betreft verwijs ik naar § 3.3.3.

---

49 Vgl. Ten Berge 1999 p. 208.

50 Widdershoven e.a. 2001 p. 197; zie ook Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 35; de noot van Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 19 mrt. 1999, AB 1999, 205 (m.nt. MSV).

Er zou verder minder aanleiding bestaan voor ongelijkheidscompensatie als er sprake is van een drie- of meerpartijengeschil.[51] Ik zie echter niet hoe het feit dat er meer dan twee partijen deelnemen aan het geding betekent dat de rechter minder actief zou moeten zijn. Er zal sprake zijn van meer af te wegen belangen, meer belanghebbenden die gehoord willen worden en meer gegevens die worden aangevoerd. Over het algemeen zal de behandeling van de zaak ook complexer zijn. Maar mag dit reden zijn om de mate van ongelijkheidscompensatie, en daarmee de activiteit van de rechter te beperken? Gezien de grotere complexiteit is er eerder reden voor meer activiteit van de rechter in plaats van minder.

Verder maakt het feit dat er belanghebbenden met tegengestelde belangen aan het proces deelnemen de processuele ongelijkheid niet minder. Het maakt voor de proceskennis en –ervaring van de belanghebbende die zonder rechtsbijstand procedeert niet uit of hij nu alleen het bestuursorgaan tegenover zich heeft of (ook) andere belanghebbenden. Gezien de (waarschijnlijk) grotere complexiteit van de zaak zal de processuele ongelijkheid zelfs groter kunnen zijn.

Daarbij blijft de maatschappelijke ongelijkheid onverkort bestaan. De machtige maatschappelijke positie van het bestuur, die eenzijdig besluiten kan nemen, rechtvaardigt en noopt ook hier tot compensatie door de rechter.

Ook de eis van een materiële waarheidsvinding geldt nog. Gezien het feit dat er meer partijen zijn die een versie van het gebeurde aanvoeren, is er waarschijnlijk meer noodzaak voor rechterlijke activitieit om ervoor te zorgen dat de formele waarheid zo dicht mogelijk bij het werkelijk gebeurd komt te liggen.

3.3.5 De relativering van de ongelijkheidscompensatie?

In de parlementaire geschiedenis stelt de wetgever dat de ontwikkelingen in de verhouding tussen de burger en het bestuur gepaard is gegaan met een relativering van de gedachte van de ongelijkheidscompensatie.[52] Hiermee bedoelt zij, lijkt mij, dat de ongelijkheidscompensatie door het bestuursprocesrecht van minder belang is geworden omdat dit minder noodzakelijk is. Dit past bij de stelling van de wetgever[53] dat de verhouding burger-bestuur horizontaler is geworden en dat er sprake is van wederzijdse rechten en plichten.[54]

Mijns inziens is het niet zo dat de verhouding burger-bestuur horizontaal genoemd kan worden. De burger is mondiger geworden en daardoor minder bereid om hetgeen het bestuur wil zomaar te aanvaarden. De burger maakt aanspraak op zijn recht om gehoord te worden en bestuursorganen zijn nood-

51 Widdershoven e.a. 2001 p. 40, 44, 221.
52 PG Awb II p. 174.
53 PG Awb II p. 174; PG Awb I p. 39/40; vgl. Damen 1999 p. 34.
54 Hetgeen mijns inziens iets anders is dan *wederkerige* rechten en plichten.

gedwongen met de burger gaan praten. In die zin is de verhouding burger-bestuur iets horizontaler geworden. Maar zeker gezien het verschil in bevoegdheden en macht is de verhouding burger-bestuur niet wezenlijk veranderd. Zowel vanuit het oogpunt van maatschappelijke ongelijkheid als vanuit processuele ongelijkheid is deze verhouding nog voldoende ongelijk om te spreken van ongelijkheid en verticaliteit. Er is mijns inziens dan ook geen reden om de gedachte van de ongelijkheidscompensatie te relativeren.

3.4 Finaliteitsbeginsel

Het finaliteitsbeginsel is een nieuw beginsel. Het wordt in de tweede evaluatie van de Awb echter al een van de beginselen van procesrecht genoemd.[55] Er worden verschillende termen gebruikt voor dit beginsel en het is ook nog niet duidelijk wat het precies inhoudt. Een aantal termen die voor dit beginsel worden gebruikt, zijn: finaliteitsbeginsel,[56] materiële rechtspraak,[57] effectieve geschiloplossing,[58] definitieve of finale geschillenbeslechting,[59] finaal-materiële geschilbeslechting[60] en effectieve rechtsbescherming.[61] Ik kies voor de term 'finaliteitsbeginsel'.[62]

3.4.1 Het finaliteitsbeginsel in de literatuur

Het finaliteitsbeginsel is geen duidelijk omlijnd begrip, zodat niet precies valt te zeggen wat dit beginsel precies betekent. Om een inzicht te geven in het concept van het zich ontwikkelende finaliteitsbeginsel, zal ik kort weergeven wat een aantal auteurs over dit onderwerp geschreven hebben. Dit zijn Allewijn in 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter',[63] Polak in zijn rede 'Effectieve bestuursrechtspraak',[64] Van Ettekoven in zijn pre-advies 'Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)'[65] en Widdershoven et al. in het deel 'Hoger beroep' van de tweede evaluatie van de Awb.[66]

55 Widdershoven e.a. 2001 p. 40-43.
56 Allewijn & Ten Berge 1999 p. 24.
57 Allewijn 1998 p. 291/292.
58 Polak 2000 p. 1.
59 Polak 2000 p. 9; Van Ettekoven 2001 p. 10, 12, 54.
60 Van Ettekoven 2001 p. 53, 54, 55, 75, 83, 90.
61 Van Ettekoven 2001 p. 90.
62 Ontleend aan Allewijn in 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter', RM Themis 1998-9, p. 291-298.
63 D. Allewijn, 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter', *RM Themis* 1998-9, p. 291-298.
64 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer:Kluwer 2000.
65 Van Ettekoven 2001.
66 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger Beroep*, Den Haag:Boom Juridische uitgevers 2001.

Ik zal de omschrijving van deze laatsten in een aparte paragraaf (§ 3.4.3) behandelen, aangezien die omschrijving op een aantal punten afwijkt van de omschrijving die Allewijn, Polak en Van Ettekhoven hanteren.

Allewijn omschrijft het finaliteitsbeginsel als het beginsel dat bij de uitspraak van de bestuursrechter de rechtsbetrekking tussen partijen zoveel mogelijk definitief moet worden vastgesteld.[67] Even verder stelt hij dat de strekking van het finaliteitsbeginsel tweeledig is: 'In de eerste plaats mag toetsing aan formele voorschriften of formele beginselen er niet (zonder motivering) toe leiden dat het materiële geschil onbeslecht blijft[…]; ten tweede moet de beslechting van het materiële geschil zo mogelijk definitief zijn […].'[68]

Polak constateert dat onvrede bij de burger en het bestuur mede voortkomt uit een gebrek aan effectiviteit in het systeem van de bestuursrechtspraak.[69] Het systeem is met name gericht op procedurele aspecten zodat van geschiloplossing vaak weinig terecht komt.[70] Daarnaast beslecht de bestuursrechter het geschil niet finaal, maar wordt de zaak 'terugverwezen' naar het bestuur, dat weer een besluit neemt waartegen beroep wordt ingesteld etc., waardoor een zogenaamd 'pingpongspel' kan ontstaan.[71] Polak stelt dat gestreefd dient te worden naar een systeem met een meer materiële en inhoudsvolle beoordeling en waarin de bestuursrechter in principe de zaak definitief beslecht.[72] Hiertoe stelt hij een bestuurlijke lus voor waarin de rechter zijn bevindingen met betrekking tot de gebreken in het besluit terugkoppelt aan het bestuur. Het bestuur geeft vervolgens schriftelijk aan hoe zij meent dat gelet op deze bevindingen nu materieel zou moeten worden beslist. Nadat de overige partijen in de gelegenheid zijn gesteld om zich over dit standpunt uit te laten, kan de rechter een bindende einduitspraak doen.[73]

Van Ettekoven stelt in het inleidende hoofdstuk van zijn preadvies dat het de taak van de rechter is om binnen een zo kort mogelijke termijn een rechtens juiste uitspraak te doen die geschiloplossend werkt, of zoveel mogelijk bijdraagt aan finale geschilbeslechting.[74] De rechter dient zoveel als mogelijk duidelijkheid te verschaffen over de materiële kant van de rechtsbetrekking.[75] Uitspraken die leiden tot herhaling van zetten en waar partijen niets aan hebben dienen voorkomen te worden.[76] Van Ettekoven stelt ook voor uit te gaan van het hoe-langer-des-te-finaler beginsel. Dit houdt in dat hoe langer een procedure heeft geduurd des te meer het is aangewezen dat de rechter

67 Allewijn 1998 p. 291/292.
68 Allewijn 1998 p. 294.
69 Polak 2000 p. 3,4.
70 Polak 2000 p. 3.
71 Polak 2000 p. 7, 8 ev.
72 Polak 2000 p. 46.
73 Polak 2000 p. 46.
74 Van Ettekoven 2001 p. 12.
75 Van Ettekoven 2001 p. 54, 75, 90-93.
76 Van Ettekoven 2001 p. 53, 59, 91, 92.

zijn bevoegdheden gebruikt om tot een finaal-materiële geschilbeslechting te komen.[77]

3.4.2 *Omschrijving van het finaliteitsbeginsel*

Het finaliteitsbeginsel heeft betrekking op de effectiviteit van de rechterlijke uitspraak. De achterliggende gedachte van het finaliteitsbeginsel is dat voorkomen moet worden dat de rechter partijen naar huis stuurt met een uitspraak waar zij niets aan hebben.[78] De uitspraak van de rechter moet effectief zijn, hetgeen wil zeggen dat de uitspraak zoveel als mogelijk het geschil definitief oplost dan wel zoveel als mogelijk bijdraagt aan de oplossing van het geschil.[79]

Voor het bestuursprocesrecht wordt dit beginsel onder de huidige systematiek en vraagstukken van de bestuursrechtspraak vertaald naar een beginsel van finaal-materiële geschilbeslechting. De bestuursrechter moet zoveel als mogelijk zelf een einde aan het geschil maken en het zogenaamde 'pingpongspel' tegengaan (finaal). Om dit te bereiken is nodig dat de rechter zoveel als mogelijk duidelijkheid geeft over de materiële kant van de zaak en zich niet slechts richt op de procedurele kant (materieel). Dit alles dan wat betreft de mate waarin het besluit ter beoordeling ligt.

De eis van de *materiële* geschilbeslechting betekent voor de bestuursrechter dat hij moet doorstoten naar het materiële geschil.[80] Hij mag het niet laten bij een vernietiging op formele gronden en het materiële geschil verder onbeoordeeld laten. Verder mag hij niet kiezen voor een formele vernietigingsgrond als een zwaardere, materiële grond voor handen is. De eis van de *finale* geschilbeslechting betekent dat als de rechter een geschil nu kan afmaken, hij dat in beginsel zou moeten doen.

Op zich beschikt de bestuursrechter over bevoegdheden die finaal-materiële geschilbeslechting mogelijk maken. Art. 6:22, 8:72 lid 3 (gedektverklaring) en 8:72 lid 4 tweede deel (het zelf in de zaak voorzien) geven de rechter de mogelijkheid om de zaak in deze instantie af te maken.[81] Een gebrek in het feitelijk onderzoek kan worden opgelost doordat de rechter gebruik maakt van zijn onderzoeksbevoegdheden.[82] Een gebrek in deskundigheid bij de

77 Van Ettekoven 2001 p. 75, 81.

78 Vgl. Allewijn 1998 p. 291; Polak 2000 p. 10, 12, 34, 43, 49; Schlössels 1999 p. 106; PG Awb II p. 175, 460.

79 Vgl. Allewijn 2004 p. 286; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 68-69; Pront-van Bommel 2003 p. 32; Van Ettekoven 2001 p. 12; Allewijn & Ten Berge 1999 p. 24; Stroink 1999 p. 7; Widdershoven 1999 p. 120.

80 Vgl. Allewijn 2004 p. 284; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 68-69; Pront-van Bommel 2003 p. 32; Polak 2002 p. 471; Scheltema 2002 p. 151; Allewijn 1998 p. 294; Damen 1999 p. 26, 27; Schlössels 1999 p. 106; Widdershoven 1999 p. 120.

81 Polak 2000 p. 10.

82 Vgl. Polak 2000 p. 56/57; Van Ettekoven 2001 p. 75, 82/83.

rechter kan worden opgelost door deskundigen te benoemen.[83] Eventuele derden kunnen door de rechter op grond van art. 8:26 Awb worden uitgenodigd om als partij aan het geding deel te nemen.[84]

Een probleem blijft de situatie dat er nog beleids- of beoordelingsruimte open staat. De bestuursrechter zou echter de geconstateerde onrechtmatigheid aan het bestuur kunnen voorleggen met een verzoek aan te geven hoe zij het besluit zou wijzigen en aldus de ruimte zou invullen.[85] De parlementaire geschiedenis lijkt hier ruimte voor te laten:[86]

> "[D]e rechter [kan] slechts dan zelf in de zaak […] voorzien, indien na de vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is. In beginsel, omdat wij ons kunnen voorstellen dat partijen, met het oog op het belang dat zij erbij hebben dat er een eind aan de procedure komt, aan de rechter vragen zelf in de zaak te voorzien, ook wanneer daarbij nog een zekere discretie aanwezig is. Wij menen dat in een dergelijk geval de rechter onder omstandigheden aan een dergelijk verzoek tegemoet zou kunnen komen, […]"[87]

Dit citaat lijkt er zelfs ruimte voor te laten dat de bestuursrechter zelf de beleids- of beoordelingsruimte invult. Het lijkt me dan ook niet in strijd met het systeem van de Awb dat de rechter tijdens de procedure het bestuur vraagt deze ruimte in te vullen om vervolgens op basis hiervan de zaak zelf af te doen. Dit nadat de rechter de invulling van het bestuur heeft beoordeeld en de overige partijen heeft gehoord.

Dit wil overigens niet zeggen dat de bestuursrechter in elk geval en onder alle omstandigheden zelf in de zaak dient te voorzien. De eisen van het finaliteitsbeginsel moeten geplaatst worden in de context van het bestuursproces. Hier is het in principe aan het bestuur om te besturen, en aan de rechter om te toetsen.[88] Maar in die gevallen waarin de rechter, eventueel met behulp van het bestuur, een zaak in de beroepsfase kan afmaken brengt dit beginsel mee dat hij hier niet zonder goede redenen vanaf mag zien.

Het finaliteitsbeginsel brengt ook mee dat de rechter zo volledig mogelijk uitspraak doet over de rechtmatigheid van het besluit. Hier valt bijvoorbeeld onder dat de rechter een oordeel geeft over alle aangevoerde beroepsgronden. Het draagt niet bij aan een finale geschilbeslechting als de rechter het besluit vernietigt op één grond, maar de verdere beroepsgronden niet bespreekt. Het bestuursorgaan weet niet of deze beroepsgronden terecht zijn opgeworpen of niet, en zal het besluit niet op deze punten aanpassen. Een dergelijke han-

---

83 Vgl. Van Ettekoven 2001 p. 82,83.
84 Vgl. Van Ettekoven 2001 p. 82.
85 Vgl. Polak 2000 p. 46, 48; Van Ettekoven 2001 p. 58-76, 81.
86 Anders: Polak 2000 p. 54/55.
87 PG Awb II p. 460.
88 Vgl. Jaarverslag 2000 van de Raad van State p. 23-24 (www.raadvanstate.nl -> Archief -> Jaarverslagen).

delswijze van de bestuursrechter nodigt uit tot het opnieuw instellen van beroep om nu een oordeel over de andere beroepsgronden te krijgen.

3.4.3 *Het finaliteitsbeginsel in de tweede evaluatie*

Het finaliteitsbeginsel wordt in het deel 'Hoger beroep' omschreven als het beginsel op grond waarvan de rechter, voorzover dat in zijn vermogen ligt, een zaak zodanig dient te beslechten dat er daadwerkelijk een einde komt aan het geschil. Het heeft te maken met het beginsel *litis finiri oportet* (procedures dienen ooit tot een einde te komen) en hangt samen met het beginsel van de redelijke termijn (art. 6 EVRM). Tot slot zou het finaliteitsbeginsel beperkingen stellen aan het pas op een laat moment aanvoeren van nieuwe gronden en feiten omdat dit immers kan leiden tot een voorkombare verlenging van de procedure.[89]

In bovenstaande omschrijving wordt uitgegaan van een te beperkte interpretatie van het finaliteitsbeginsel. De nadruk wordt gelegd op het beëindigen van de procedure. Bij het finaliteitsbeginsel gaat het echter om de effectiviteit van de uitspraak: een rechterlijke uitspraak dient effectief te zijn in de zin dat de rechter partijen niet naar huis mag sturen met een uitspraak waar zij niets aan hebben.[90] Het finaliteitsbeginsel eist niet slechts een einde aan het 'ping-pongspel', maar stelt ook een kwalitatieve eis aan de uitspraak waarmee de procedure wordt beëindigd.

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen het beslechten van het geschil omtrent het onderwerp van het besluit en het beëindigen van de procedure voor de rechter (het geding). Het is niet voldoende dat de uitspraak een definitief einde maakt aan het geding. Het finaliteitsbeginsel eist ook dat de uitspraak in de rechtsstrijd zoveel als mogelijk het geschil definitief beslecht. De uitspraak dient, zoveel als mogelijk, de noodzaak voor partijen weg te nemen om verder te procederen. Dit omdat het geschil is opgelost: er is niets voor partijen overgebleven om verder over te procederen. Dit betekent dat een uitspraak die weliswaar een einde maakt aan de procedure voor de betreffende instantie, maar die niet is ingegaan op het werkelijke geschil tussen partijen (omtrent het besluit) niet voldoet aan de eisen van het finaliteitsbeginsel.[91]

De eisen van het beginsel van *Litis finiri oportet* en het finaliteitsbeginsel lopen dus niet altijd parallel. Het beginsel van *Litis finiri oportet* eist dat er op een gegeven moment een einde komt aan de rechtsstrijd. De achtergrond is dat partijen niet eeuwig aan het procederen kunnen blijven. Het finaliteitsbeginsel eist iets soortgelijks in de zin dat de bestuursrechter, als hij de zaak

89 Widdershoven e.a. 2001 p. 40-43, p. 220.
90 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 30/31; Scheltema 2002 p. 151; Polak 2002 p. 470/471.
91 Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 21; Allewijn 2003 p. 93, 95.

nu zelf af kan doen, niet mag terugverwijzen naar het bestuur en daarmee de mogelijkheid van beroep weer openstelt. Op grond van beide beginselen dient de rechter het procederen, voorzover mogelijk, te beëindigen. Het verschil is echter dat het finaliteitsbeginsel eist dat de uitspraak ook effectief is en daarmee de noodzaak om te procederen wegneemt. Aan het beginsel van *Litis finiri oportet* is al voldaan met een definitief einde aan het geding.

Het finaliteitsbeginsel en de redelijke termijn hebben gemeen dat beide zich verzetten tegen het 'pingpongspel'. De rechter dient zoveel als mogelijk een oordeel te geven over alle pijnpunten en deze zoveel als mogelijk zelf definitief te beslechten. Dit vloeit voort uit de eis van de redelijke termijn omdat zonder noodzaak terugverwijzen of het geven van een niet 'volledige' beoordeling de zaak onnodig verlengt. De totale procedure wordt ten eerste langer doordat nu eerst het bestuur weer een beslissing op bezwaar moet nemen. Daarbij kan er ook weer beroep worden ingesteld. Dit terwijl de rechter de zaak af had kunnen maken door zelf in de zaak te voorzien. De rechter is hiertoe op grond van het finaliteitsbeginsel verplicht omdat een uitspraak waarin alle pijnpunten worden beslecht de meest effectieve uitspraak is.

Het is juist dat het beslechten van het materiële geschil en het zelf in de zaak voorzien meer onderzoek door de bestuursrechter zal vergen en daardoor zal leiden tot een langere procedure in de beroepsfase. Hiertegenover staat echter dat daarmee de tijd wordt gewonnen die het bestuur nodig heeft om een vervangend besluit te nemen en de periode dat de zaak eventueel weer in beroep ligt voordat opnieuw uitspraak wordt gedaan. Tegenover de spanning met de redelijke termijn die ontstaat in de beroepsfase, staat dat zo beter wordt voldaan aan de eis van een redelijke termijn voor de totale procedure doordat de gehele termijn vanaf aanvraag dan wel primair besluit tot en met de laatste rechterlijke uitspraak beperkt wordt.[92]

Wat betreft het aanvoeren van nieuwe gronden en feiten betekent het finaliteitsbeginsel niet dat beperkingen worden gesteld aan het laat in de procedure aanvoeren van dergelijke elementen. Dit beginsel zal eerder eisen dat deze nieuwe elementen, ondanks het late tijdstip, worden meegenomen, aangezien het meenemen hiervan tot een meer volledige beoordeling van het geschil leidt en dus tot een meer effectieve uitspraak.

Daarbij betekent de eis van een redelijke termijn ook niet 'zo kort mogelijk'. De vraag of een geding binnen de redelijke termijn is gebleven is afhankelijk van hetgeen tijdens het geding is verricht. Het verlengen van het geding door deze nieuwe gronden en feiten mee te nemen is noodzakelijk om tot een volledige beoordeling en finale beslechting van het geschil te komen. Dit rechtvaardigt de verlenging van de duur van het geding zodat het meenemen van de nieuwe gronden en feiten niet in strijd is met de eis van een redelijke termijn.

---

92 Vgl. Pront-van Bommel 2003 p. 32; Widdershoven 1999 p. 120.

3.5 Het beginsel van hoor en wederhoor

Het beginsel van hoor en wederhoor geldt ook in het bestuursprocesrecht. Zij heeft hier dezelfde inhoud als in het burgerlijk procesrecht. Dus hoewel hoofdstuk 4 van dit proefschrift is geschreven vanuit het perspectief van het burgerlijk procesrecht, geldt de behandeling van de aspecten van dit beginsel en de regels die daaruit voortvloeien ook voor het bestuursprocesrecht. Ik zal hier wat de inhoud van dit beginsel betreft slechts kort de hoofdpunten herhalen. Voor een grondiger uiteenzetting over de inhoudelijke betekenis van dit beginsel verwijs ik naar hoofdstuk 4.

Het beginsel van hoor en wederhoor houdt ten eerste in dat partijen de gelegenheid moeten krijgen om op te komen voor hun materiële belangen. Grof gezegd valt dit uiteen in twee aspecten: het recht op inbreng en het recht op reactie. Partijen moeten de gelegenheid krijgen om al datgene aan te voeren en in te brengen wat zij willen om de rechter van hun gelijk te overtuigen.[93] Partijen moeten daarnaast de gelegenheid krijgen om kennis te nemen van alles dat door anderen wordt ingebracht en zij moeten de gelegenheid krijgen om daarop te reageren.[94] Het gaat hier niet alleen om hetgeen de wederpartij inbrengt, maar ook om wat de rechter inbrengt. Als de rechter dus ambtshalve handelt, zullen partijen de gelegenheid moeten krijgen om hier op te reageren voordat de rechter uitspraak kan doen.

Ten tweede moeten partijen in gelijke mate gehoord worden.[95] Ten derde is de rechter verplicht om te luisteren naar hetgeen partijen aanvoeren en dit mee te nemen bij zijn beslissing(en).

Het recht van partijen om in te brengen en te reageren komt regelmatig terug in de Awb. Afdeling 8.1.7 is bijvoorbeeld gewijd aan het verzenden van stukken om zo goed als mogelijk te regelen dat partijen hiervan kennis kunnen nemen; alle partijen hebben het recht om minstens één schriftelijke uiteenzetting te geven (art. 8:43 Awb); partijen die niet worden opgeroepen om voor de rechter te verschijnen, worden in de gelegenheid gesteld om het horen bij te wonen en een uiteenzetting te geven (art. 8:44 Awb); de plaats en tijdstip van een onderzoek ter plaatse worden aan partijen medegedeeld en partijen worden in de gelegenheid gesteld om hierbij aanwezig te zijn (art. 8:50 lid 3 Awb); in de gewone behandeling kan het onderzoek ter zitting slechts met toestemming van (alle) partijen achterwege blijven (art. 8:57, 8:64 Awb). Het laatste voorbeeld dat ik wil noemen is art. 8:32 Awb waarin een procedure wordt voorgeschreven voor het geval dat kennisneming van bepaalde gegevens de gezondheid van een partij zou schaden (lid 1) of de persoonlijke levenssfeer

93 Vgl. bv. Nicolaï 1994 p. 152, 163; Ten Berge 1999 p. 49; Simon 1997 p. 306/307; Pennarts 1998 p. 8.

94 Vgl. bv. Ten Berge 1999 p. 49; Simon 1997 p. 306/307; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 210, 258; Pennarts 1998 p. 8, 55.

95 Vgl. bv. Wulfraat-van Dijk 1995 p. 155; Pennarts 1998 p. 8.

van iemand onevenredig zou schaden (lid 2). Het recht om te reageren op deze gegevens wordt beschermd door kennisneming voor te behouden aan een vertrouwenspersoon zoals een arts of een advocaat.

3.6 Het beginsel van de goede procesorde

Het beginsel van de goede procesorde komt met enige regelmaat voor in de jurisprudentie. Het is echter geen duidelijk omlijnd begrip. Er bestaat ook geen definitie of omschrijving van wat een goede procesorde precies is.[96] Ik zal eerst kort ingaan op de betekenis van het beginsel van de goede procesorde (§ 3.6.1) en vervolgens kort de goede procesorde in enge zin en de goede procesorde in ruime zin behandelen (§ 3.6.2).

3.6.1 De betekenis van het beginsel van de goede procesorde

Uit de literatuur en jurisprudentie kan worden opgemaakt dat het beginsel van de goede procesorde een norm is voor het verloop van de (rechterlijke) procedure en dat dit beginsel een behoorlijk en ordelijk verloop van deze procedure eist.[97] Het eist ook een voortvarend verloop van de procedure.[98] De Waard stelt dat binnen de eis van een ordelijk verloop, naast de voortvarendheid, het accent ook ligt op de eis van een betrouwbaar verloop van de procedure. Onder dit laatste wordt verstaan dat de actoren in het proces er op moeten kunnen rekenen dat het proces verloopt volgens doordachte regels en met respect voor de bevoegdsheidsverhoudingen.[99]

Er bestaat een overlap tussen de eisen van het beginsel van de goede procesorde en andere beginselen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor,[100] het motiveringsbeginsel[101] en het beginsel van fair play. Dit wil niet zeggen dat de goede procesorde slechts een overkoepelende term is voor andere bestaande behoorlijkheidsnormen en verder niets toevoegt. De toegevoegde waarde van de goede procesorde bestaat er voor een belangrijk deel uit dat zij niet alleen een behoorlijk, maar ook een ordelijk procesverloop voorschrijft dat wil zeggen dat op een ordelijke, overzichtelijke en systematische wijze moet worden geprocedeerd.[102] De rol van het beginsel van de goede procesorde is dat onbehoorlijk of wanordelijk gedrag op grond hiervan

96 Vgl. Albers & Schlössels 2005 p. 86; De Bock 2004 p. 91; De Waard 2001 p. 148, 151, 153; De Waard 1987 p. 113, 118.
97 De Bock 2004 p. 91; De Waard 2001 p. 149, 153; De Waard 1987 p. 113.
98 De Waard 2001 p. 149; vgl. De Bock 2004 p. 94; De Waard 1987 p. 113.
99 De Waard 2001 p. 150.
100 Vgl. De Bock 2004 p. 91; De Waard 2001 p. 149.
101 Vgl. De Waard 2001 p. 149.
102 Vgl. De Waard 2001 p. 149, 153.

kan worden aangepakt als andere rechtsnormen of rechtsbeginselen niet van toepassing zijn.

Het beginsel van de goede procesorde speelt vaak als een partij iets laat inbrengt, zoals als zij pas ter zitting nieuwe stukken of gronden inbrengt.[103] De goede procesorde lijkt voor te schrijven dat er voor alles een tijd en plaats is binnen de procedure. Als een partij iets buiten die aangewezen tijd en plaats wil doen, staat de goede procesorde daar in beginsel aan in de weg.[104]

Aan dit beperken van het inbrengen van nieuwe elementen ligt deels de eis van een systematische wijze van procederen ten grondslag (een goede procesvolgorde). Deels is deze beperking ook gebaseerd op overwegingen van proceseconomie en de vereiste voortvarendheid.[105] Als het nieuwe element tijdig was ingebracht, had het tijdens de procedure behandeld kunnen worden. Nu zou het meenemen van dit element echter betekenen dat voor dit punt de procedure (deels) herhaald moet worden. Als er geen rechtvaardiging bestaat voor het feit dat het nieuwe element niet in de voorgeschreven periode is ingebracht, is er geen rechtvaardiging voor het verder verlengen van de procedure. Het is dan in strijd met de goede procesorde (procesvolgorde en voortvarendheid) om dit element toch mee te nemen.

Uit bovenstaand voorbeeld blijkt dat er een verschil bestaat tussen de eisen van het beginsel van hoor en wederhoor en de eisen van het beginsel van de goede procesorde. Het zou in strijd zijn geweest met het beginsel van hoor en wederhoor om de nieuwe elementen mee te nemen zonder de wederpartij in de gelegenheid te stellen om hier op te reageren. Er kan echter aan dit beginsel voldaan worden door de wederpartij genoemde gelegenheid te geven. De eisen van een goede procesorde gaan echter verder. Op grond van het beginsel van de goede procesorde is er geen ruimte voor het bieden van genoemde gelegenheid, zodat de nieuwe elementen op grond van het beginsel van de goede procesorde buiten beschouwing moeten worden gelaten.[106]

3.6.2 De goede procesorde in ruime en in enge zin

Bij de goede procesorde kan een onderscheid gemaakt worden tussen de goede procesorde in enge of strikte zin en de goede procesorde in ruime zin.[107] Bij de goede procesorde in enge zin gaat het om de procesorde binnen de procedure bij één rechterlijke instantie, zoals de rechtbank. Bij de goede procesorde in ruime zin gaat het om de procesorde binnen de gehele procedure vanaf

103 Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 140; De Waard 2001 p. 149, 153; Marseille 2003 p. 127 ev.
104 Vgl. ABRvS 24 dec. 2002, AB 2003, 158.
105 Vgl. De Waard 2001 p. 149; Albers & Schlössels 2005 p. 86; De Bock 2004 p. 91, 94 ev.
106 Vgl. De Bock 2004 p. 94; De Waard 2001 p. 151; Widdershoven e.a. 2001 p. 32.
107 Vgl. A.T. Marseille overw. 3 in de noot onder ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 85 (m.nt. A.T. Marseille); K.J. de Graaf overw. 2 in de noot onder ABRvS 21 mei 2001, AB 2002, 234 (m.nt. K.J. de Graaf); Widdershoven e.a. 2001 p. 140 ev. m.n. p. 145; De Waard 2001 p. 149; Albers & Schlössels 2005 p. 86.

de primaire fase tot en met de hoger beroepsfase. In deze laatste zin kan de goede procesorde een beperking inhouden van hetgeen een partij mag in een latere instantie gebaseerd op haar gedrag in een eerdere instantie.

De goede procesorde in ruime zin

Een aantal voorbeelden kan de werking van de goede procesorde in ruime zin verduidelijken. Een eerste voorbeeld is als een bepaalde grief pas in hoger beroep wordt aangevoerd terwijl dit ook eerder (in bezwaar of beroep) had gekund.[108] Het is te laat om dit pas in hoger beroep te doen, zodat de grief buiten beschouwing gelaten moet worden. Het is de Afdeling die het beginsel van de goede procesorde in ruime zin ook op deze wijze toepast.[109]

Een ander voorbeeld is als een appellant in bezwaar welbewust afstand heeft gedaan van het bestrijden van een bepaald punt, maar dit punt in beroep toch wil bestrijden. Deze uitbreiding van het geschil in beroep is in strijd met de goede procesorde. Deze toepassing van het beginsel van de goede procesorde (in ruime zin) wordt door het College van Beroep[110] en de Centrale Raad[111] gevolgd. Het bestrijden van een tot dan toe onbestreden punt is blijkbaar op zich toegestaan, maar onder deze omstandigheden in strijd met de goede procesorde.

Overigens hebben de Centrale Raad en het College van Beroep bepaald dat het (terecht) buiten beschouwing laten van nieuwe grieven en stukken wegens strijd met de goede procesorde in eerste aanleg niet zonder meer doorwerking heeft in de procedure in hoger beroep. Deze nieuwe elementen kunnen in hoger beroep wel worden meegenomen als ze alsnog tijdig in hoger beroep worden ingebracht en de wederpartij voldoende de gelegenheid heeft gehad om op die nieuwe elementen te reageren.[112] Het College van Beroep acht het ook nog van belang dat het geschil in de betreffende zaak uitsluitend tussen twee partijen speelde.

Het is waarschijnlijk dat een welbewust afstand doen van het bestrijden van een bepaald punt wel weer doorwerking heeft tot en met het hoger beroep.

De goede procesorde in enge zin

Zoals bij de goede procesorde in ruime zin is ook de toepassing van de goede procesorde in enge zin sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

---

108 ABRvS 8 juni 2005, AB 2005, 287 (m.nt. TN) ro. 2.6.

109 ABRvS 8 juni 2005, AB 2005, 287 (m.nt. TN) (gronden); ABRvS 19 sept. 2001, AB 2001, 357 (m.nt. NV) ro. 2.3 (gronden); ABRvS 11 april 2000, AB 2000, 244 (m.nt. MSV) (stukken); Widdershoven e.a. 2001 p. 141, 142, 143-145; zie ook § 4.

110 CBB 10 dec. 2004, AB 2005, 101 (m.nt. JHvdV).

111 CRvB 7 sept. 2004, JB 2004, 378 (m.nt. C.L.G.F.H. A., tevens behorend bij JB 2004, 365); Widdershoven e.a. 2001 p. 114.

112 CBB 1 april 2004, AB 2004, 450 (m.nt. P.A. Willemsen) ro. 2.5; CRvB 20 juli 2001, USZ 2001, 197; CRvB 4 okt. 2000, JB 2000, 334; CRvB 16 okt. 1998, AB 1999, 48; vgl. De Bock 2004 p. 94; Widdershoven e.a. 2001 p. 114 ev., 141 ev.

Ik beperk me ook voor de goede procesorde in enge zin tot het geven van enkele voorbeelden. Ook hier geldt dat de goede procesorde in enge zin verschillend wordt toegepast door de hoogste bestuursrechters.

Bij de Afdeling zal een nieuw element dat pas laat in beroep wordt ingebracht, vaak al buiten beschouwing gelaten moeten worden omdat het pas in beroep is ingebracht (de goede procesorde in ruime zin). Als het aanvoeren van een nieuw element in beginsel is toegestaan, zal de Afdeling dit weer buiten beschouwing laten als het te laat in het geding wordt ingebracht.[113]

Ook het College van Beroep zal een nieuw element buiten beschouwing laten als dit te laat wordt ingebracht,[114] al lijkt er soms sprake te zijn van enige ruimte als het gaat om een goed uitgewerkte en onderbouwde nieuwe grond.[115]

De Centrale Raad hanteert meestal een relatief soepel beleid. Het is zelfs mogelijk dat het pas in hoger beroep ter zitting aanvoeren van een nieuwe grond niet in strijd is met de goede procesorde. Hierbij spelen een aantal factoren een rol. Om te beginnen moet de nieuwe grond voldoende zijn onderbouwd[116] en moet de wederpartij voldoende de gelegenheid hebben gehad om op de nieuwe grond te reageren.[117] Ook wordt rekening gehouden met de vraag of er een goede reden was waarom de betreffende grond niet eerder (in hoger beroep) naar voren was gebracht.[118] Verder is van belang of de wederpartij daadwerkelijk heeft gereageerd.[119] De vraag is of de wederpartij het meenemen van de nieuwe grond kan verhinderen door niet te reageren.

Het is echter niet zo dat al deze factoren in alle uitspraken van de Centrale Raad voorkomen. Er kan geen duidelijke lijn gezien worden in de gevonden uitspraken. In een aantal zaken wordt zelfs geconstateerd dat een pas ter zitting ingebracht element op grond van strijd met de goede procesorde buiten beschouwing dient te blijven.[120] Er vindt in het geheel geen toetsing plaats aan bovengenoemde criteria.

Naast de vraag of het indienen van de nieuwe grond in strijd is met de goede procesorde, is ook van belang dat de grond 'uit zijn aard niet buiten

113 ABRvS 19 sept. 2001, AB 2001, 357 (m.nt NV) ro. 2.4 (ter zitting); ABRvS 13 juni 2001, AB 2001, 338 (m.nt. NV) (ter zitting).

114 CBB 15 juli 2005, AB 2005, 423 (m.nt. JHvdV) (ter zitting bij het CBB die in eerste instantie oordeelde); CBB 1 april 2004, AB 2004, 450 (m.nt. P.A. Willemsen) (een schrijven twee dagen voor de zitting bij de rechtbank); CBB 26 mei 2004, AB 2004, 279 (m.nt. JHvdV) (ter zitting bij het CBB die in eerste instantie oordeelde).

115 CBB 4 maart. 2003, AB 2003, 169 (m.nt. JHvdV) ro. 7.5.

116 CRvB 1 nov. 2005, USZ 2006, 22; CRvB 5 okt. 2005, USZ 2005, 413.

117 CRvB 1 nov. 2005, USZ 2006, 22.

118 CRvB 5 okt. 2005, USZ 2005, 413.

119 CRvB 1 nov. 2005, USZ 2006, 22.

120 CRvB 20 okt. 2004, USZ 2005, 8 (nieuwe stukken); CRvB 1 okt. 2004, USZ 2004, 343 (nieuwe grieven).

de omvang van het geding in hoger beroep valt.' [121]Het is mij echter onduidelijk wat de Centrale Raad hiermee bedoelt.[122]

3.7 Ius curia novit

Het beginsel Ius curia novit geldt ook voor de bestuursrechter. Ook voor hem geldt dat het recht tot zijn terrein behoort.[123] De bestuursrechter is immers evenzeer rechter als de burgerlijke rechter. Zo bepaalt de bestuursrechter bijvoorbeeld welk recht toegepast zal worden, hoe dit recht geïnterpreteerd moet worden en is hij niet gebonden aan (eensgezinde) rechtsopvattingen van partijen. Voor de grondigere behandeling van dit beginsel verwijs ik naar hoofdstuk 5.

3.8 Partij-autonomie

In de literatuur en jurisprudentie wordt soms gesproken over de partij-autonomie als een beginsel dan wel kenmerk van het bestuursprocesrecht, en van een ontwikkeling richting een partijenproces.[124] Ook is er geconstateerd dat de bestuursrechter in WAO-zaken zich lijdelijker is gaan opstellen.[125] De vraag is of met de Awb en de keuze voor rechtsbescherming de partijautonomie beginsel of kenmerk van het bestuursprocesrecht is geworden.

Partij-autonomie en partijenproces
Partijautonomie houdt in dat partijen het proces beheersen met betrekking tot een bepaald aspect van het proces. Dit betekent dat zij de rechter kunnen binden aan hun keuzes wat dat aspect betreft of dat de rechter met betrekking tot dat aspect afhankelijk is van partijen. Hiertegenover staat dat partijen de verantwoordelijkheid hebben en het risico dragen om wat deze aspecten betreft goed voor hun belangen op te komen en hun keuzes goed duidelijk te maken.[126] In het burgerlijk procesrecht leidt de partij-autonomie tot een afwachtende en terughoudende instelling van de rechter (de lijdelijke burgerlijke rechter). In het (oude) burgerlijk procesrecht waren de mogelijkheden van de

121 CRvB 1 nov. 2005, USZ 2006, 22.
122 Zie ook § 4.1.1 onder *De Centrale Raad van Beroep*.
123 Vgl. Bolt 1999 p. 644; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.2 sub c; Allewijn 1998 p. 292; Allewijn 1994 p. 104; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 128; Kooper 2000 p. 174.
124 Zie bv. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 20; Nijmeijer 2004 p. 187; Widdershoven e.a. 2001 p. 82, 197, 210, 225; Hoogenboom 1998 p. 128, 131, 135; Ten Berge 1999 p. 207; Rb Assen 3 juli 1998, AB 1998, 319 (m.nt. HBr).
125 Aalders e.a. 2001 p. 123; Commissie Boukema 2002 p. 23.
126 Zie hoofdstuk 3 § 3.

rechter beperkt met betrekking tot die aspecten van het proces waarin partijen autonoom waren.

Het is onbetwist dat de keuze voor de rechtsbescherming een zwaardere taak op de appellanten legt dan in de periode van voor de invoering van de Awb. Onder de Awb bepalen appellanten in beginsel de grenzen van de rechtsstrijd. De rechter is aan deze grenzen gebonden. De enige uitzondering hierop is de ambtshalve toetsing aan rechtsnormen van openbare orde. Wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd is er dus sprake van een zekere partij-autonomie.

De vraag is nu of er sprake is van partij-autonomie als beginsel of kenmerk met betrekking tot de omvang van de rechtsstrijd. Afgezien van bepalingen van openbare orde mag de bestuursrechter onder de Awb niet ambtshalve de omvang van de rechtsstrijd wijzigen. Hij is wat dat betreft gebonden aan de wil van partijen. Hij mag echter wel (ambtshalve) aan de appellant vragen hoe hij deze grenzen heeft bedoeld en of het juist is dat hij bepaalde delen of aspecten buiten de beoordeling wil houden. De bestuursrechter is dus wel gebonden aan de keuze van partijen en afhankelijk van partijen met betrekking tot wat hij kan beoordelen, maar dit heeft geen terughoudende of afwachtende instelling tot gevolg.

Daarnaast kunnen slechts partijen een procedure beginnen en kunnen partijen een procedure zelfstandig eindigen door het beroep of de gronden in te trekken. De rechter kan niet ambtshalve een procedure beginnen of een procedure doorzetten als de partijen het beroep (gedeeltelijk) intrekken.[127] Dit is echter niet nieuw voor de Awb of uniek voor het bestuursprocesrecht.

De bewijsfuik leidt tot een uitbreiding van de partij-autonomie. De rechter zal immers niet zelf feiten mogen aanvullen die partijen niet mogen inbrengen. Als een feit onder de bewijsfuik valt en een appellant deze niet in een eerdere fase heeft ingebracht, is de rechter aan deze 'keuze' gebonden. In zoverre is hij gebonden aan en afhankelijk van het procesgedrag van partijen, al is het wel het procesgedrag in een eerdere fase. In zoverre is er sprake van partij-autonomie.

De huidige ontwikkeling in het bestuursprocesrecht is om een grotere taak op partijen te leggen waardoor de verantwoordelijkheid en met name het risico voor appelanten dus toenemen.[128] Het gaat hier bijvoorbeeld om de trechterwerking van de argumentatieve fuik en de bewijsfuik waardoor er minder ruimte is voor appellanten om hun fouten in volgende instanties te herstellen. Wat betreft de argumentatieve fuik betekent dit op zich niet een uitbreiding van de partij-autonomie. De rechter is immers niet meer afhankelijk van partijen dan voorheen. Deze fuik heeft wel tot gevolg dat de partij-autonomie op het punt van de grenzen van de rechtstrijd zich harder laat voelen.

127 Vgl. Pennarts 1998 p. 30, 57.
128 Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. xvi; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 152.

Wat betreft de omvang van de rechtsstrijd is ook nog van belang dat de negatieve gevolgen van de partij-autonomie sterk getemperd zouden kunnen worden door de grenzen van de rechtsstrijd ruim om de bezwaren van appellanten te trekken en door een actieve instelling van de rechter. Als de beoordeling beperkt is tot de gronden laat de partij-autonomie zich sterker voelen dan als de rechter bijvoorbeeld de bestreden onderdelen van het besluit volledig toetst (dus ook buiten de aangevoerde gronden).[129]

De bewijsfuik en de argumentatieve fuik hebben dus met de partij-autonomie gemeen dat partijen, en in casu de burger, verantwoordelijk worden gehouden voor hun procesgedrag en een risico lopen. In zoverre leiden deze fuiken tot een toename van met name het risico-aspect van de partij-autonomie in het bestuursprocesrecht.

Uit het onderzoek voor de tweede evaluatie blijkt dat een aantal respondenten[130] het bestuursproces zien als een typisch partijengeschil. Terwijl anderen er meer de nadruk op leggen dat er sprake is van een geschil tussen belanghebbende en bestuursorgaan, hetgeen noopt tot een bijzondere rechterlijke attitude.[131] Het is de vraag of deze instelling van invloed is op de mate waarin belanghebbenden geacht worden 'keuzes' te hebben gemaakt waaraan zij gebonden worden geacht.

Mijn conclusie is dat er wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd sprake is van partij-autonomie als beginsel, maar dat er geen sprake is van een daaraan gekoppelde lijdelijkheid van de bestuursrechter op dit punt. Ook is er sprake van partij-autonomie wat betreft het beginnen en beëindigen van een procedure. Wat betreft de feiten leidt de bewijsfuik tot een zekere mate van partij-autonomie. Buiten het bovenstaande is er geen sprake van autonomie van partijen. Hoewel er een toename is te signaleren, gaat het te ver om in zijn algemeenheid te stellen dat de partij-autonomie een beginsel of zelfs een kenmerk is van het bestuursprocesrecht.

Toename in de lijdelijkheid van de bestuursrechter?

In het deel 'De burger en de Awb' van de tweede evaluatie van de Awb wordt gesteld dat uit het onderzoek blijkt de rechters zich in WAO-procedures lijdelijker zijn gaan opstellen. Dit uit zich in een minder actieve houding op de zitting, minder eigen onderzoek en een beperking tot de toetsing van de aangevoerde geschilpunten en een terughoudende, marginale toetsing. De onderzoekers constateren ook dat de deskundigheid bij de rechters is verminderd als gevolg van het roulatiebeleid bij de rechtbanken. Zij vermoeden een verband tussen deze twee verschijnselen: minder specialistische kennis zou

129 Zie voor de verschillende stelsels inzake de grenzen van de rechtsstrijd hoofdstuk 12 § 3.

130 Het onderzoek bestond voor een deel uit interviews met sleutelpersonen die nauw betrokken zijn bij het hoger beroep (Widdershoven e.a. 2001 p. 7).

131 Widdershoven e.a. 2001 p. 197.

kunnen leiden tot een meer lijdelijke houding bij de rechter.[132] De Commissie Boukema stelt hiertegenover dat de nieuwe, meer lijdelijke, instelling eerder een gevolg is van de keuze voor de rechtsbeschermingsfunctie en de invoering van de medische bezwaarschriftprocedure.[133] Het onderzoek van de Commissie was te summier om sluitende uitspraken te kunnen doen over de precieze oorzaak van deze gedragsverandering.[134]

Uit beide onderzoeken blijkt wel dat deze toename in de lijdelijkheid (in WAO-zaken) niet is gebaseerd op een wijziging in het standpunt met betrekking tot de opstelling die bestuursrechters dienen in te nemen. Het gaat om een feitelijke wijziging, niet om een wijziging in de theorie.

Hierbij moet wel gezegd worden dat hoewel het bestuursprocesrecht sinds de invoering van de Awb een verschuiving richting partijautonomie en lijdelijkheid vertoont, het waarschijnlijk beter is om te stellen dat de bestuursrechter minder actief in plaats van meer lijdelijk is geworden.

4 De argumentatieve fuik en de bewijsfuik

Een relatief nieuw fenomeen in het bestuursprocesrecht zijn de zogenaamde argumentatieve fuik en de bewijsfuik. Deze fuiken betreffen de vraag in hoeverre de rechter rekening mag of moet houden met elementen die in een eerdere fase van het bestuursproces niet zijn aangevoerd of aan de orde zijn gesteld.[135] De bewijsfuik ziet op gegevens en bewijsmiddelen die pas voor het eerst in beroep worden aangevoerd. Afhankelijk van de interpretatie die gevolgd wordt, betreft de argumentatieve fuik beroepsgronden die pas in beroep worden aangevoerd of onderdelen van het besluit die pas in beroep worden bestreden.[136]

Deze fuiken zijn gebaseerd op het idee van een trechterwerking als de zaak voortschrijdt van de ene fase of instantie naar de volgende. Het feit dat een element niet in de vorige instantie is aangevoerd of dat een onderdeel daar niet is bestreden, is reden om dit element of dat onderdeel in de volgende instantie buiten beschouwing te laten, als het daar wel wordt aangevoerd

132 Aalders e.a. 2001 p. 123; Commissie Boukema 2002 p. 23.
133 Commissie Boukema 2002 p. 23.
134 Commissie Boukema 2002 p. 23.
135 Vgl. Brenninkmeijer 2003 p. 227; Daalder 2002 p. 149; Widdershoven e.a. 2001 p. xvii, Commissie Boukema 2002 p. 20; Simon 2003 p. 174/175.
136 De omschrijving van het begrip argumenten in het deel 'Hoger beroep' is "feiten en omstandigheden die dienst doen ter staving van de gronden. Argumenten kunnen bewijsrechtelijke implicaties hebben. Waar in dit rapport wordt gesproken over 'argumenten', wordt daarmee ook gedoeld op het bewijs ter ondersteuning hiervan.". Het aanvoeren van nieuwe argumenten valt in het deel 'Hoger Beroep' dus niet onder de argumentatieve fuik, maar onder de bewijsfuik.

respectievelijk bestreden. Het gaat dan wel om feiten en gronden die in de vorige instantie aangevoerd hadden kunnen worden.

In deze paragraaf wordt slechts de werking van de fuiken bij de rechter in eerste instantie behandeld. Ik zal eerst dieper ingaan op de argumentatieve fuik (§ 4.1) en de bewijsfuik (§ 4.2). In § 4.3 komt de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb aan de orde wat betreft de wijziging van art. 6:13 Awb nu dit artikel wordt gesteld als wettelijke grondslag voor zowel een argumentatieve fuik als de bewijsfuik. Hierna komt de vraag aan de orde of de fuiken ook gelden voor punitieve besluiten (§ 4.4). Vervolgens zal ik de rol van de eis van *full jurisdiction* in dit kader bespreken (§ 4.5). Daarna komt de rol van het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde (§ 4.6). Deze paragraaf wordt beëindigd met enkele afsluitende kanttekeningen (§ 4.7).

4.1 De argumentatieve fuik

De argumentatieve fuik wordt meestal geformuleerd in termen die passen bij een grievenstelsel: de bij de rechter aangevoerde gronden moeten hun grondslag vinden in de door de appellant in bezwaar opgeworpen bezwaren, of betrekking hebben op wijzigingen die ten opzichte van het besluit in prima zijn aangebracht.[137] Voor stelsels die uitgaan van, in meerdere of mindere mate, toetsing van onderdelen van het besluit, is deze fuik echter minder beperkend: de appellant mag slechts die onderdelen van het besluit bestrijden die al in bezwaar waren bestreden of die in bezwaar door het bestuursorgaan zijn gewijzigd dan wel toegevoegd. Bij deze stelsels kunnen ook bij het bestaan van een argumentatieve fuik nieuwe gronden worden aangevoerd, zolang deze maar geen betrekking hebben op tot dan toe onbestreden delen van het besluit.

Soms leidt het 'te laat' indienen van bezwaren of bestrijden van delen tot andere negatieve consequenties zoals het achterwege laten van de vergoeding van de proceskosten.

Ten Berge signaleert in dit kader nog een onderscheid tussen bezwaren waarvan de onderzoekslast tot het bestuursorgaan behoort en bezwaren waarvan de onderzoekslast bij de burger wordt gelegd. Een voorbeeld van het eerste is strijd met het evenredigheidsbeginsel. Het bewaken van de evenredigheid van een besluit behoort tot de taken van het bestuursorgaan en dus konden klachten hierover voor het eerst voor de rechter in eerste aanleg worden aangevoerd. Een voorbeeld van een bezwaar dat tot de onderzoekslast van de burger behoort is het bezwaar dat wegens bijzondere omstandigheden afwijking van een beleidsregel op zijn plaats is.[138] Het bezwaar dat een derge-

137 Vgl. De Gier e.a. 2001 p. 24; Commissie Boukema 2002 p. 20; Brenninkmeijer 2003 p. 227.
138 Ten Berge 1999 p. 131/132.

lijke uitzondering had moeten worden gemaakt, kan niet pas voor de rechter worden aangevoerd.

De argumentatieve fuik ziet niet op het geval dat een appellant laat in de procedure voor één bepaalde instantie nieuwe gronden aanvoert, zoals bijvoorbeeld pas ter zitting. Het is mogelijk dat als appellanten op zich nieuwe gronden mogen aanvoeren in beroep, zij dit zo laat doen dat deze gronden toch buiten beschouwing gelaten moeten worden wegens strijd met de goede procesorde (in enge zin).

Het zal duidelijk zijn dat de argumentatieve fuik niet geldt voor bepalingen waaraan de rechter ambtshalve moet toetsen. De rechter zal immers aan deze bepalingen toetsen, ongeacht de wijze waarop partijen de zaak opzetten en voorleggen.

4.1.1 Aanvaarding van de argumentatieve fuik

De vraag is in hoeverre de argumentatieve fuik nu daadwerkelijk wordt aanvaard. In het deel 'Hoger beroep ' benadrukt een deel van de respondenten huiverig te zijn voor de toepassing van een argumentatieve fuik in de relatie bezwarenfase en beroep in eerste aanleg. Het respecteren van art. 6 EVRM en met name de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter mag niet door het toepassen van het trechtermodel in een te vroege fase van de gehele procedure in gevaar komen.[139]

De Centrale Raad van Beroep

De Centrale Raad aanvaardt de argumentatieve fuik in de relatie bezwaarberoep bij de rechter niet.[140] Zij oordeelt dat indien een belanghebbende een grond tijdig kenbaar maakt aan de rechtbank en het bestuursorgaan in de gelegenheid is geweest gemotiveerd op die grond te reageren, geen geschreven of ongeschreven rechtsregel er aan in de weg staat deze grond in de rechterlijke beoordeling te betrekken. Verder blijkt uit het tweede evaluatieonderzoek dat de Centrale Raad het aanvoeren van nieuwe gronden in appel in principe toelaat.[141] Het lijkt me onwaarschijnlijk dat zij het aanvoeren van nieuwe gronden in eerste aanleg dan wel zou beperken.[142]

De Centrale Raad stelt wel andere grenzen aan de aanvoer van gronden.[143] Ten eerste mag de appellant met het aanvoeren van de gronden niet buiten de grenzen van het geschil treden. Het is mij niet duidelijk waar de

139 Widdershoven e.a. 2001 p. 103.

140 CRvB 7 sept. 2004, JB 2004, 378 (m.nt. C.L.G.F.H.A.); vgl. CRvB 12 nov. 2003, JB 2004, 30 (m.nt. C.L.G.F.H.A. en R.J.N.S.) onder *Ten aanzien van besluit 3*; De Bock 2004 p. 105 e.v.; Treffers 2004 p. 18; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 109; Damen 2003 p. 258.

141 Widdershoven e.a. 2001 p. xvii, 56, 57, 113-116, 134; vgl. De Bock 2004 p. 119.

142 Voor het gemak spreek ik hier slechts over gronden omdat deze formuleringen in het evaluatieonderzoek wordt gebruikt. Dit impliceert niet een keuze voor het grievenstelsel.

143 CRvB 7 sept. 2004, JB 2004, 378 (m.nt. C.L.G.F.H.A.).

Centrale Raad hiermee op doelt. De gronden bepalen immers de grenzen van het geschil in beroep. Het aanvoeren van een nieuwe grond breidt deze grenzen van het geschil zo nodig uit. In dit opzicht is het niet mogelijk om een grond aan te voeren die buiten de grenzen van het geschil ligt. Het is mogelijk dat in dit geval de grond kon leiden tot toewijzing van het gevorderde en dus in zoverre binnen het door het gevorderde bepaalde grenzen van het geschil lag.[144] Een andere mogelijkheid is dat de grond betrekking had op het deel van het besluit dat ook al in bezwaar was bestreden en dus binnen de grenzen van de heroverweging in bezwaar lag. De grond zou buiten de grenzen van het geschil hebben gelegen als daarmee een aspect of deel van het besluit werd bestreden dat buiten de heroverweging in bezwaar viel.

De tweede grens die de Centrale Raad stelt is dat een beroepsgrond niet kan worden aangevoerd als de appellant in een eerdere fase van de procedure welbewust ervan heeft afgezien het betreffende (mogelijke) gebrek van het besluit aan de orde te stellen. Hier is onduidelijk wat de Centrale Raad met 'procedure' bedoeld. Als de appellant in zijn beroepschrift welbewust afziet van het bestrijden van een bepaald gebrek, valt dit binnen de procedure. Maar geldt deze grens ook als de appellant afziet van het bestrijden van een bepaald gebrek in bezwaar? Of geldt dat een appellant een dergelijke fout in beroep mag herstellen, gezien het informele karakter van de bezwaarschriftprocedure en de vergelijking met het beproeven van een beschikking in het burgerlijk procesrecht (zie § 4.1.4)?

De derde grens die wordt genoemd betreft de situatie dat een deel van het bestreden besluit beschouwd moet worden als een separaat, slechts toevalligerwijs in hetzelfde document verwoord besluit waartegen expliciet en op separate gronden bezwaar moet worden gemaakt. In dat geval kan dit separate 'besluit' niet pas voor het eerst in beroep bestreden worden. Beroepsgronden die gericht zijn tegen dit tot dan toe onbestreden 'besluit' kunnen niet in beroep worden beoordeeld.[145]

De Afdeling Bestuursrechtspraak

Wat betreft de Afdeling was de situatie minder duidelijk. Uit recente jurisprudentie kan echter worden opgemaakt dat de Afdeling de argumentatieve fuik niet aanvaardt voor beroepsgronden die verband houden met hetgeen in bezwaar door de appellant is aangevoerd of hetgeen in de beslissing op bezwaar is (her)overwogen (zie § 4.1.2).[146] Deze beroepsgronden kunnen dus voor het eerst in beroep worden aangevoerd.

De argumentatieve fuik geldt nog wel voor beroepsgronden die gericht zijn op een onderdeel van het besluit dat geheel los staat van de onderdelen

144 Vgl. Albers in haar noot onder deze uitspraak (punt 2).

145 CRvB 12 nov. 2003, JB 2004, 30 (m.nt. C.L.G.F.H.A. en R.J.N.S.).

146 ABRvS 8 sept. 2004, JB 2004, 365 (m.nt. C.L.G.F.H.A. onder JB 2004, 378); ABRvS 10 sept. 2003, AB 2004, 4 (m.nt. RW).

waartegen het gemaakte bezwaar zich richtte. Dit onderdeel stond bij de heroverweging in bezwaar niet ter beoordeling van het bestuursorgaan, omdat zij toen onbestreden was. De trechterwerking tussen bezwaar en beroep betekent dat het te laat is om dit onderdeel pas voor het eerst in beroep te bestrijden. De beroepsgronden die tegen dit onderdeel zijn gericht kunnen niet in beroep beoordeeld worden.[147] Voor deze trechterwerking kan art. 7:11 Awb als wettelijke grondslag dienen (zie verder § 4.1.5).

Het is vooralsnog onduidelijk of de Afdeling nog steeds een argumentatieve fuik aanvaardt voor beroepsgronden die wel gericht zijn op een al in bezwaar bestreden onderdeel van het besluit, maar die niet voortbouwen op hetgeen in bezwaar is aangevoerd dan wel in de beslissing op bezwaar is overwogen.

Wel blijkt dat de Afdeling strenger is dan de Centrale Raad wat betreft het toelaten van nieuwe gronden in appel, maar dat er ook in deze fase nog ruimte voor bestaat. Uit de ongepubliceerde uitspraken blijkt zelfs van een soepele houding en worden nieuwe gronden in appel wel meegenomen.[148] Ook hieruit kan worden afgeleid dat het in beroep aanvoeren van nieuwe gronden niet in principe door Afdeling wordt afgewezen.

4.1.2 Het standpunt van de Afdeling omtrent de argumentatieve fuik

Het standpunt van de Afdeling met betrekking tot de argumentatieve fuik begint met name in de recente jurisprudentie duidelijkere vormen te krijgen. Van de van belang zijnde uitspraken zal ik kort per uitspraak de relevante overwegingen weergeven en vervolgens het beeld schetsen dat mijns inziens hieruit ontstaat.

ABRvS 25 januari 2001[149]

In de uitspraak van 25 januari 2001 oordeelt de Afdeling dat in beroep aangevoerde gronden die niet hun grondslag vinden in door de betrokken appellanten tegen het primaire besluit ingebrachte bezwaren geen rol kunnen spelen bij de beoordeling van een beroep. Zij stelt dat gronden die verwijtbaar niet in een eerder stadium zijn ingebracht in beroep niet kunnen worden meegenomen.[150]

ABRvS 10 september 2003[151]

In de uitspraak van 10 september 2003 oordeelt de Afdeling dat niet uit de wet of enig rechtsbeginsel voortvloeit dat gronden die niet expliciet in bezwaar

147 ABRvS 24 nov. 2004, 200402355/1; ABRvS 21 apr. 2004, JB 2004, 231; ABRvS 20 aug. 2003, AB 2003, 425 (m.nt. K.J. de Graaf).
148 Widdershoven e.a. 2001 p. 116-122, 135.
149 ABRvS 25 jan. 2001, AB 2001, 171 (m.nt. FM).
150 Ro. 2.5.1.
151 ABRvS 10 sept. 2003, AB 2004, 4 (m.nt. RW); zie voor een bespreking van deze uitspraak voor de argumentatieve fuik ook De Bock 2004 p. 103-104.

werden aangevoerd, vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven. Nu in dit geval de betrokken beroepsgrond direct verband houdt met datgene wat in de beslissing op bezwaar is overwogen is er geen reden waarom de Afdeling niet mede op grondslag daarvan uitspraak zou kunnen doen.[152]

ABRvS 8 september 2004[153]
In de uitspraak van 8 september 2004 oordeelt de Afdeling dat niet uit het recht, de wet (in het bijzonder art. 6:13 Awb) of uit enig rechtsbeginsel voortvloeit dat gronden die niet expliciet in bezwaar zijn aangevoerd, vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven. Nu in dit geval de betrokken beroepsgronden direct verband houden met hetgeen appellant in bezwaar heeft aangevoerd, is er geen reden waarom de Afdeling niet mede op grondslag van deze gronden uitspraak zou kunnen doen.[154]

ABRvS 15 november 2004[155]
In de uitspraak van 15 november 2004 oordeelt de Afdeling dat de ex tunc toetsing door de rechtbank er niet aan in de weg staat en geen rechtsregel verbiedt dat, binnen de door de wet en de goede procesorde begrensde mogelijkheden, bij de beoordeling van het beroep gronden worden betrokken die na het nemen van dat besluit zijn aangevoerd en niet als zodanig in bezwaar naar voren zijn gebracht.[156]

ABRvS 12 januari 2005[157]
In de uitspraak van 12 januari 2005 oordeelt de Afdeling dat niet uit het recht, de wet (in het bijzonder art. 6:13 Awb) of uit enig rechtsbeginsel voortvloeit dat gronden die niet expliciet in bezwaar zijn aangevoerd, vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven. Nu in dit geval de betrokken beroepsgronden direct verband houden met hetgeen appellant in bezwaar heeft aangevoerd, is er geen reden waarom de Afdeling niet mede op grondslag van deze gronden uitspraak zou kunnen doen.[158]

152 Ro. 2.2.2; de Afdeling was hier rechter in eerste instantie.
153 ABRvS 8 sept. 2004, JB 2004, 365 (m.nt. C.L.G.F.H.A. onder JB 2004, 378)
154 Ro. 2.2; Ook hier was de Afdeling rechter in eerste instantie.
155 ABRvS 15 nov. 2004, AB 2005, 26 (m.nt. SEW).
156 Ro. 2.1.1.
157 ABRvS 12 jan. 2005, AB 2005, 75 (m.nt. RW).
158 Ro. 2.2.

ABRvS 7 december 2005[159]
In de uitspraak van 7 december 2005 oordeelt de Afdeling dat noch de ex tunc toetsing door de rechtbank noch enige rechtsregel binnen de door de wet en de goede procesorde begrensde mogelijkheden er aan in de weg staat, dat bij de beoordeling van het beroep gronden worden betrokken die na het nemen van dat besluit zijn aangevoerd en niet als zodanig in bezwaar naar voren zijn gebracht.[160]

Analyse van de jurisprudentie
Uit deze uitspraken blijkt het volgende beeld. Ten eerste gaat de argumentatieve fuik niet zover dat een beroepsgrond alleen aangevoerd zou kunnen worden in beroep als deze expliciet eerder in bezwaar is aangevoerd. Dit blijkt al uit de uitspraak van 25 januari 2001 en wordt uitdrukkelijk bevestigd in alle bovengenoemde latere uitspraken. In de uitspraak van 25 januari 2001 wordt de basis van de (huidige) argumentatieve fuik gelegd: gronden die niet hun grondslag vinden in hetgeen in bezwaar is aangevoerd en die verwijtbaar niet in bezwaar zijn ingebracht, kunnen niet voor het eerst in beroep worden aangevoerd.

In de latere uitspraken wordt de norm van 25 januari 2001 verder uitgewerkt. Beroepsgronden die verband houden met hetgeen belanghebbende in bezwaar heeft *aangevoerd*, mogen voort het eerst in beroep worden aangevoerd. Dit bleek al uit de uitspraak van 25 januari 2001, maar wordt bevestigd in de uitspraken van 8 september 2004, 15 november 2004 en 12 januari 2005.

De uitspraak van 10 september 2003 voegt hier aan toe dat nieuwe beroepsgronden ook gericht mogen zijn tegen punten die in de beslissing op bezwaar zijn *(her)overwogen*, maar waar appellant geen bezwaren tegen had gericht. Dit is logisch. Het zou immers vreemd zijn als een belanghebbende in beroep een punt dat is (her)overwogen in de beslissing op bezwaar niet ter discussie zou mogen stellen, enkel omdat het bestuursorgaan dit punt op eigen initiatief dan wel naar aanleiding van de bezwaren van een andere belanghebbende heeft (her)overwogen.

Geconcludeerd kan worden dat beroepsgronden voor het eerst in beroep mogen worden aangevoerd als zij voortbouwen op de bezwaren die in bezwaar door appellant zijn aangevoerd of op hetgeen in bezwaar is (her)overwogen.

De twee zaken die niet geheel binnen dit systeem passen zijn die van 15 november 2004 en 7 december 2005. In deze zaken mocht de belanghebbende de gronden pas in beroep aanvoeren, maar gaat de Afdeling verder niet in op de vraag of de betreffende beroepsgrond voortbouwde op de bezwaren die door appellant waren aangevoerd of op hetgeen in bezwaar was (her)overwogen. Op zich was hier in de zaak van 15 november 2004 ook geen reden toe. Nu het ging om een beroepsgrond die op art. 8 EVRM was gebaseerd, gold

159 ABRvS 7 december 2005, 200501043/1.
160 Ro. 2.1.1.

er in het geheel geen argumentatieve fuik (zie § 4.1.3). Dit speelde echter niet in de zaak van 7 december 2005.

De huidige argumentatieve fuik
In de recente jurisprudentie is de strikte interpretatie van de argumentatieve fuik dat een beroepsgrond slechts kan worden aangevoerd als deze grond al in bezwaar expliciet is aangevoerd, verworpen. Dit voorzover deze fuik überhaupt al in de praktijk werd toegepast. Onder de huidige argumentatieve fuik mag een grond voor het eerst in beroep worden aangevoerd als deze verband houdt met de bezwaren die door appellant zijn aangevoerd of met hetgeen in bezwaar is (her)overwogen (het debat in bezwaar). Het criterium blijft (waarschijnlijk) de vraag of de nieuw aangevoerde grond verwijtbaar niet in een eerder stadium was ingebracht. Voorzover het gaat om het voortbouwen op het eerdere debat in bezwaar is het aanvoeren van een nieuwe grond in beroep in beginsel niet verwijtbaar te laat.

Een mogelijk verschil tussen de Afdeling en de Centrale Raad is dat de Centrale Raad ook beroepsgronden aanvaardbaar acht die buiten de grenzen van de heroverweging in bezwaar vallen,[161] en de Afdeling niet. Gezien de jurisprudentie is dit op dit moment echter nog niet duidelijk (zie § 4.1.1).

Een onderdelenfuik?
De vraag is vervolgens hoe ver de huidige argumentatieve fuik gaat. Uitgaande van de interpretatie van de grenzen van de rechtsstrijd dat de rechter de bestreden onderdelen van een besluit volledig moet beoordelen,[162] zou de huidige argumentatieve fuik moeten neerkomen op een onderdelenfuik. Als de rechter het onderdeel toch al volledig beoordeelt, is het weinig zinvol om de appellant te verbieden nieuwe gronden tegen dit onderdeel aan te voeren enkel en alleen omdat die gronden niet voortbouwen op het debat in bezwaar. Immers, ook als de belanghebbende niet aanvoert dat een bestreden onderdeel op een bepaald punt onrechtmatig is, zal de rechter de naleving van het recht op dat punt toch (ambtshalve) moeten beoordelen. Deze (ambtshalve) beoordeling vloeit voort uit de grenzen van de rechtsstrijd en de taak van de rechter om het besluit binnen de grenzen van rechtsstrijd te beoordelen. Als met andere woorden de rechterlijke beoordeling zich uitstrekt tot de bestreden onderdelen van een besluit, zal de argumentatieve fuik slechts een beperking tot bepaalde onderdelen kunnen inhouden (een onderdelenfuik).

Een onderdelenfuik zou ook passen bij de wensen van de regering zoals die blijken uit de parlementaire geschiedenis bij de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb. Hierin wordt gesteld dat het gewijzigde art. 6:13 Awb betekent dat de belanghebbende in beroep bij de rechter

161 Vgl. bv. CRvB 12 nov. 2003, JB 2004, 30 (m.nt. C.L.G.F.H.A. en R.J.N.S.) onder *Ten aanzien van besluit 3*.
162 Zie hoofdstuk 12 § 3.2.3.

terzake van onderdelen van het besluit die ook reeds in de bestuurlijke fase ter discussie zijn gesteld, in beginsel nieuwe gegevens, beroepsgronden of bewijsmiddelen kan inbrengen, tenzij de belanghebbende redelijkerwijs kan worden verweten deze niet eerder te hebben ingebracht.[163]

In een uitspraak van *16 maart 2005* wordt de argumentatieve fuik al als onderdelenfuik toegepast.[164] In deze zaak had belanghebbende voor het eerst in beroep aangevoerd dat betreffende onderzochte lammeren niet van hem waren. Het bestuursorgaan voert aan dat de rechtbank in strijd met de goede procesorde heeft gehandeld door toch met deze nieuwe grond rekening te houden. De Afdeling overweegt het volgende:

> "[Het bestuursorgaan] was ingevolge artikel 3:2 van de Awb gehouden zich te vergewissen van de zorgvuldigheid waarmede in zijn opdracht en derhalve door hem voor de beoordeling van de aanvraag noodzakelijk geacht onderzoek is verricht. De vraag of hieraan was voldaan, diende betrokken te worden in de ingevolge artikel 7:11 van de Awb vereiste volledige heroverweging in bezwaar. Derhalve heeft de rechtbank terecht evenbedoelde stelling betrokken bij de beoordeling van het besluit […]."[165]

Het lijkt er in ieder geval op dat de Afdeling deze beslissing heeft gebaseerd op een onderdelenfuik: voorzover een bepaalde grond ziet op een onderdeel dat binnen de heroverweging in bezwaar viel, kan die grond voor het eerst in beroep worden aangevoerd. De achtergrond hiervan is dat in feite de grond wordt aangevoerd dat de heroverweging in bezwaar niet juist is uitgevoerd (zie § 4.1.4 en 4.1.5).

Ook in de jurisprudentie bij *bestemmingsplanprocedures* lijkt de Afdeling een onderdelenfuik te volgen. Als de nieuwe gronden aan een eerder bestreden deel van het besluit kunnen worden toegerekend kunnen ze worden meegenomen in beroep.[166] In een uitspraak van 20 april 2005 werkt de Afdeling dit als volgt uit:

> "De reikwijdte van zienswijzen en bedenkingen wordt bepaald door de planonderdelen die daarin worden bestreden, zoals plandelen, voorschriften of aanduidingen. Het uitgangspunt van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, namelijk het systeem van getrapte rechtsbescherming, leidt ertoe dat planonderdelen die in de zienswijze niet zijn bestreden en die ongewijzigd worden vastgesteld, in de bedenkingenfase niet alsnog kunnen worden bestreden, behoudens de uitzondering genoemd in artikel 27, eerste lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Evenzo kunnen planonderdelen die in de bedenkingen niet zijn bestreden en die door verweerder

163 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 421, nr. 3, p. 7/8; zie § 4.3.
164 ABRvS 16 maart 2005, JB 2005, 138.
165 Ro. 2.3.
166 ABRvS 16 feb. 2005, LJN AS6214, BR 2005, 609 (m.nt. M.A.A. Soppe) ro. 2.4.10; ABRvS 25 aug. 2004, 200403195/1 ro. 2.6.

> zijn goedgekeurd, in de fase van beroep bij de Afdeling niet alsnog worden bestreden, behoudens de uitzondering genoemd in artikel 56, tweede lid, onder 2, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.
>
> Nadere argumenten ter onderbouwing van zienswijzen en bedenkingen kunnen echter nog in iedere fase van de procedure naar voren worden gebracht. In de bedenkingenfase en in de fase van beroep bij de Afdeling kunnen derhalve argumenten worden aangevoerd die nieuw zijn ten opzichte van de zienswijze. Dat laat onverlet dat argumenten in de fase van beroep buiten beschouwing moeten worden gelaten indien een goede procesorde dat in een concreet geval vereist."[167]

In het concrete geval oordeelt de Afdeling dat veel van hetgeen door verweerder is aangemerkt als bedenkingen die buiten beschouwing moeten worden gelaten, moet worden aangemerkt als nadere onderbouwing van tijdig ingebrachte zienswijzen en niet als nieuwe bedenkingen tegen niet in de zienswijzen bestreden planonderdelen.[168] Dit lijkt weer op de formulering van de (huidige) argumentatieve fuik waarin nieuwe beroepsgronden kunnen worden meegenomen als zij voortbouwen op hetgeen in bezwaar is aangevoerd. Duidt dit er op dat met de huidige argumentatieve fuik, zoals hierboven beschreven, een onderdelenfuik bedoeld is?

Het is overigens nog van belang er op te wijzen dat het in bovenstaande uitspraak ging om een toepassing van een fuik in de bedenkingenfase en niet in de beroepsfase. Gezien echter de geciteerde overwegingen is het waarschijnlijk dat hetgeen voor de bedenkingenfase wordt overwogen ook geldt voor de beroepsfase.

Het is opvallend dat de Afdeling in de uitspraak van 20 april 2005 spreekt over argumenten in plaats van gronden. Het is mogelijk dat dit is ingegeven door het feit dat er in deze procedure twee fuiken bestaan: één in de bedenkingenfase en één in de beroepsfase. De term argumenten dekt dan zowel bedenkingen als gronden.

Ervan uitgaande dat de Afdeling met argumenten gronden bedoelt, ligt de begrenzing van het aanvoeren van nieuwe gronden in het kader van bestemmingsplanprocedures dus niet bij het voortbouwen op hetgeen in de bedenkingenfase is aangevoerd en is heroverwogen. De begrenzing ligt bij de in de voorgaande fase bestreden onderdelen van het besluit. Die onderdelen kunnen met nieuwe gronden bestreden worden.

Gezien het feit dat de onderdelenfuik in de bestemmingsplanprocedures uitdrukkelijk gekoppeld is aan de Wet op de Ruimtelijke Ordening is het nog maar de vraag of deze jurisprudentie betekenis heeft voor het overige bestuursprocesrecht. Daarbij blijkt uit de uitspraken dat de jurisprudentie inzake de huidige argumentatieve fuik en de jurisprudentie inzake bestemmingsplan-

167 ABRvS 20 april 2005, JB 2005, 171 ro. 2.5.3.
168 ABRvS 20 april 2005, JB 2005, 171 ro. 2.5.3.

procedures al een tijdje naast elkaar bestaan. De uitspraken in de bestemmingsplanprocedures hebben mijns inziens dan ook geen betekenis voor de interpretatie van de huidige argumentatieve fuik voor het overige bestuursprocesrecht. Hetgeen overigens niet wil zeggen dat de huidige argumentatieve fuik geen onderdelenfuik is.

4.1.3 De argumentatieve fuik en het EVRM en het gemeenschapsrecht

Een aantal uitspraken van de Afdeling hebben betrekking op de vraag of de argumentatieve fuik ook moet gelden voor bepalingen van het EVRM en het gemeenschapsrecht.

Het EVRM
De Afdeling heeft geoordeeld dat de argumentatieve fuik niet geldt voor rechtstreeks werkende verdragsbepalingen van Europees recht waarvan de handhaving, mede gelet op art. 13 EVRM, door de nationale rechter moet worden verzekerd.[169] Het is onduidelijk wat de reikwijdte van deze uitspraak precies is, maar de argumentatieve fuik geldt niet voor gronden gebaseerd op art. 8 EVRM, art. 14 EVRM of art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Het is waarschijnlijk dat de argumentatieve fuik gewoonweg niet geldt voor alle bepalingen van het EVRM.[170]

Het feit dat het in deze zaak ging om een beroepsgrond die pas in hoger beroep bij de Afdeling werd aangevoerd, is niet van belang. Gronden die immers voor het eerst in hoger beroep mogen worden aangevoerd, zullen ook voor het eerst in beroep mogen worden aangevoerd.

Het gemeenschapsrecht
Het is onduidelijk of de Afdeling de argumentatieve fuik laat gelden voor het gemeenschapsrecht. In haar uitspraak van 20 augustus 2003 oordeelt de Afdeling dat de zogenaamde 'bedenkingenfuik' niet van toepassing is als het gaat om "mogelijk rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht waarvan de handhaving door de nationale rechter moet worden verzekerd en de afwijzing van die beoordeling ertoe zou leiden dat het [gemeenschapsrechtelijke] effectiviteitsbeginsel wordt geschonden."[171] De Afdeling stond hier toe dat de belanghebbende een grond gebaseerd op genoemd gemeenschapsrecht voor het eerst bij de rechter in eerste aanleg, in dit geval de Afdeling, aanvoerde.

Van belang is wel dat de gevolgde procedure in de zaak van 20 augustus 2003 een andere is dan die van de 'standaard' procedure volgens de Awb.

---

169 ABRvS 28 april 2004, AB 2004, 276 (m.nt. RW), JB 2004, 213 (m.nt. C.L.G.F.H.A.), JB 2004, 239 (m.nt. NV).
170 Widdershoven in zijn noot bij AB 2004, 276; Albers in haar noot bij JB 2004, 213 punt 5; Verheij in zijn noot bij JB 2004, 239 punt 1.
171 ABRvS 20 aug. 2003, AB 2003, 391 (m.nt. RW) ro. 2.2.

Op grond van art. 20.1 lid 1 Wet milieubeheer staat tegen besluiten op grond van deze wet beroep open op de Afdeling en hier werd de bezwaarschriftprocedure niet gevolgd (art. 7:1 lid 1 aanhef en onder d Awb). Het is echter de vraag of er een voor dit vraagstuk van belang zijnd verschil is tussen een procedure bestaande uit een bedenkingenfase en een beroepsfase enerzijds, en een procedure bestaande uit een bezwaarfase en beroepsfase anderzijds. Als de Afdeling oordeelt dat in het eerste geval het effectiviteitsbeginsel in het gedrang komt, is dat dan ook niet zo bij het tweede geval?

Voorzover onder de argumentatieve fuik een grondenfuik verstaan moet worden, werkt deze op dezelfde wijze als de bedenkingenfuik. De redenering die de Afdeling gebruikt in de uitspraak van 20 augustus 2003 voor de bedenkingenfuik gaat mijns inziens ook op voor de argumentatieve fuik voorzover dit een grondenfuik is.[172]

Aangezien de uitspraak met betrekking tot het gemeenschapsrecht betrekking had op de bedenkingenfuik (wat meer een grondenfuik was), is er, strikt genomen, nog geen uitspraak gedaan over de vraag of de huidige argumentatieve fuik wel geldt voor het gemeenschapsrecht.

Een interessante recente uitspraak in dit geheel is die van 21 juni 2006.[173] In deze zaak voert appellant pas voor het eerst in appel aan dat het betreffende perceel in de nabijheid van een vogelbiotoop ligt en dat de Vogelrichtlijn van toepassing is. De Afdeling overweegt dat de aanwezigheid van een vogelbiotoop geen onderwerp van geschil was in beroep en dat er derhalve geen grond was voor de rechtbank om met een aanvulling van de rechtsgronden de toepasselijke bepalingen uit de Vogelrichtlijn in haar beoordeling te betrekken. Dan overweegt zij:

> "Aangezien het hoger beroep is gericht tegen de aangevallen uitspraak, er geen reden is waarom de aanwezigheid van een vogelbiotoop niet reeds voor de rechtbank had kunnen worden aangevoerd en appellanten dit uit een oogpunt van een zorgvuldige en doelmatig gebruik van rechtsmiddelen, gelet op de functie van het hoger beroep, hadden behoren te doen, dient de vogelbiotoop buiten beschouwing te blijven. Dat appellanten in dit verband mede hebben gewezen op rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht is geen reden daar anders over te oordelen."[174]

De laatste zin is opvallend. Waar in de hierbovengenoemde uitspraken van 28 april 2004 (het EVRM) en 20 augustus 2003 (het gemeenschapsrecht) de rechtstreekse werking nog reden is om het betreffende internationale recht

172 Vgl. Albers in punten 4 en 5 van haar noot onder ABRvS 26 juli 2004, AB 2004, 337 (m.nt. C.L.G.F.H.A.); Verheij in punt 3 ev. van noot onder ABRvS 28 april 2004, JB 2004, 239 (m.nt. NV); De Bock 2004 p. 105.

173 ABRvS 21 juni 2006, JB 2006, 220.

174 ABRvS 21 juni 2006, JB 2006, 220 ro. 2.2.3.

een bijzondere positie toe te kennen, wordt in dit geval vrij eenvoudig over de rechtstreekse werking heen gestapt.

Een verschil met de eerdere uitspraak over het gemeenschapsrecht is dat het in de zaak van 21 juni 2006 ging om het aanvoeren van een nieuwe grond in hoger beroep, en niet in eerste aanleg. Daarentegen was het feit dat de nieuwe grond pas in hoger beroep werd aangevoerd geen probleem in de uitspraak met betrekking tot het EVRM (28 april 2004).

De vraag is wat de uitspraak van 21 juni 2006 nu betekent voor de bijzondere positie van het gemeenschapsrecht bij de argumentatieve fuik. Een aantal interpretaties zijn mogelijk:

- Deze uitspraak heeft slechts betrekking op de (argumentatieve) fuik tussen het beroep in eerste aanleg en het hoger beroep: de argumentatieve fuik in eerste aanleg geldt nog steeds niet voor het gemeenschapsrecht.
- De Afdeling is om en is afgestapt van de lijn van 20 augustus 2003: er is geen bijzondere positie voor het gemeenschapsrecht (meer) bij de argumentatieve fuik.
- De norm dat de argumentatieve fuik niet geldt voor het EVRM is ook gebaseerd op de 'rechtstreekse werking' van dit verdrag. Als de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht de argumentatieve fuik niet opzij zet, geldt dit dan ook voor het EVRM? Eén interpretatie is dan ook dat de uitspraak van 21 juni 2006 ook betekenis heeft voor de argumentatieve fuik bij het EVRM: de argumentatieve fuik geldt toch voor het EVRM.

Het is vooralsnog echter niet duidelijk hoe de uitspraak van 21 juni 2006 geïnterpreteerd moet worden.

Afsluitende opmerkingen omtrent de argumentatieve fuik en het EVRM en het gemeenschapsrecht

Een probleem met bovenstaande jurisprudentie is dat het niet geheel duidelijk is welke argumentatieve fuik de Afdeling bij deze uitspraken voor ogen heeft gestaan en welke fuik nu opzij wordt gezet als het gaat om bepalingen van het EVRM of gemeenschapsrecht. Gezien echter het feit dat de uitspraak over art. 13 EVRM is gedaan op 28 april 2004 toen de Afdeling ook al van de argumentatieve fuik in de zin van een strikte grondenfuik was afgestapt,[175] is het waarschijnlijk dat ook de huidige argumentatieve fuik (waarbij een nieuwe grond moet voortbouwen op het debat in bezwaar) niet geldt voor bepalingen van het EVRM.

Voorzover de argumentatieve fuik niet geldt voor het EVRM betekent dat dat de rechter bij elke grond die pas voor het eerst in beroep wordt aangevoerd en die binnen de argumentatieve fuik valt, dient na te gaan of deze (mede)

175 Zie § 4.1.2.

gebaseerd *kan* worden op bepalingen van het EVRM. De belanghebbende hoeft immers geen beroep te doen op rechtsnormen of deze te noemen, maar kan in eigen woorden zijn gronden formuleren. Als deze gronden (mede) betrekking hebben op bepalingen van het EVRM geldt de argumentatieve fuik niet. De rechter moet deze gronden beoordelen en eventueel de bepalingen van het EVRM op grond van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve aanvullen.

Het bovenstaande geldt uiteraard tevens voor het gemeenschapsrecht als en voorzover mocht blijken dat de argumentatieve fuik ook niet geldt voor het gemeenschapsrecht.

4.1.4 Bezwaren tegen de argumentatieve fuik

Er zijn een aantal bezwaren verbonden aan de aanvaarding van de argumentatieve fuik. Een eerste gevolg van een argumentatieve fuik is een verbreding van het geschil in de voorfase. Belanghebbenden zullen zich gedwongen voelen om in bezwaar zoveel mogelijk bezwaren aan te voeren zodat zij hun opties open houden voor de beroepsfase.[176] Meestal zullen deze extra bezwaren weinig kans van slagen hebben, maar zij zullen wel leiden tot een toename van de werklast in de bezwaarfase.

Ten tweede leidt een argumentatieve fuik tot het juridiseren en formaliseren van de bestuurlijke fase.[177] Een belanghebbende zal zowel in bezwaar als in prima een beroep doen op rechtsbijstand om maar geen fouten te maken. Deze fouten kunnen immers niet later hersteld worden. Hierdoor kan de argumentatieve fuik leiden tot een de facto verplichte rechtsbijstand.[178] Het bestuur loopt het risico dat als deze ontwikkeling zich doorzet zij voortaan geen belanghebbenden meer op haar weg vindt, maar (betaalde) juristen. Daarbij zal door de toename van de kosten de laagdrempeligheid nagenoeg zijn verdwenen.

De werkgroep Van Kemenade toont zich ook een tegenstander van een dergelijke gejuridiseerde en geformaliseerde (bezwaar)procedure. In het rapport wordt gesteld dat een procedure waarin de focus (te) sterk ligt op het juridische in de weg staat aan goed en soepel bestuur.[179]

Een belangrijk bezwaar tegen de aanvaarding van de argumentatieve fuik is dat belanghebbenden hier niet bekend mee zullen zijn. Over het algemeen zijn zij geen bestuursrechtjuristen en de meesten zullen geen eerdere bestuursrechtelijke ervaringen hebben gehad waaruit zij deze fuik zouden kunnen kennen. Nu het onwaarschijnlijk is dat het bestuur hen zal waarschuwen voor

176 Vgl. De Gier e.a. 2001 p. 27; Commissie Boukema 2002 p. 20; Polak 2002 p. 469; Damen 1999 p. 31.
177 Vgl. De Bock 2004 p. 110; De Gier e.a. 2001 p. 27; Polak 2002 p. 469; De Graaf en Lindijer 2003 p. 170.
178 Vgl. Simon 1999 p. 54/55.
179 Werkgroep Van Kemenade 1997 p. 49, 51, 52.

deze beperking, bestaat de kans dat appellanten pas bij de rechter te horen krijgen dat het nu te laat is om de omvang van de rechtsstrijd uit te breiden.

Verder is de argumentatieve fuik in strijd met de bedoeling die de wetgever met de bezwaarfase heeft gehad. In de parlementaire geschiedenis wordt het volgende gesteld over de verhouding tussen de bewaarfase en de beroepsfase:

> "[Heroverwegingsprocedures zoals de bezwaarschriftprocedure] beogen te verzekeren dat de eindbeslissing een zorgvuldige is en voorts dat conflicten tussen burger en bestuur zoveel mogelijk binnen het bestuur tot een oplossing worden gebracht. Deze procedures verduidelijken het geschil en kunnen de geschilpunten verkleinen. Zij maken mogelijk dat – als de rechter uiteindelijk toch wordt geadieerd – een geordend dossier aan hem wordt voorgelegd. Het is juist dat een bestuursorgaan bij zijn heroverweging tevens toetst op rechtmatigheid. Maar deze omstandigheid kan naar ons oordeel niet leiden tot de conclusie dat deze procedures daardoor inwisselbaar zijn met een rechterlijke instantie."[180]

En verder:

> "Wij wijzen erop dat in de burgerlijke rechtspraak en de strafrechtspraak de zaak zelden rauwelijks aan de rechter wordt voorgelegd. In de burgerlijke rechtspraak ontbreekt weliswaar een procedurele voorziening, zoals in het bestuursrecht, niettemin zal de meest gerede partij, alvorens de burgerlijke rechter te adiëren, al dan niet met behulp van rechtsbijstand proberen met haar tegenpartij tot een vergelijk te komen. Het beproeven van een schikking en het voeren van onderhandelingen hebben evenals de bezwaarschriftprocedure een ordenende en zevende functie."[181]

De bezwaarschriftprocedure moest een lichte procedure worden zoveel mogelijk ontdaan van juridiseringsaspecten.[182] De bezwaarfase wordt in de parlementaire geschiedenis vergeleken met het beproeven van een schikking voor de aanvang van een civiele procedure. Daar past geen argumentatieve fuik bij. Net zo min als uit een schikkingsvoorstel of verdere schikkingsonderhandelingen een beperking voor de in te dienen civiele vordering voortvloeit, zou uit de bezwaarfase een beperking voor de aan te voeren beroepsgronden kunnen voortvloeien.

De heroverweging in bezwaar is verder in beginsel een volledige heroverweging waarbij het bestuursorgaan nogmaals naar het besluit kijkt. Slechts die onderdelen van het besluit die geheel los staan van de aangevoerde bezwaren blijven buiten beschouwing.[183] De bestreden onderdelen worden

180 PG Awb II p. 195.
181 PG Awb II p. 196.
182 De Gier e.a. 2001 p. 27,28; Commissie Boukema 2002 p. 20; Polak 2002 p. 469; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 113.
183 PG Awb I p. 347.

volledig beoordeeld. De heroverweging is derhalve niet beperkt tot een beoordeling van de bezwaren, al is de motivering van het besluit dat meestal wel. Dus ook als de belanghebbende een bepaalde grond niet aanvoert, moet het bestuursorgaan op grond van art. 7:11 Awb het besluit op het betreffende punt wel heroverwegen. Hieruit volgt dat een belanghebbende die in beroep een grond aanvoert die hij niet al in bezwaar had aangevoerd, maar die wel is gericht tegen een in bezwaar bestreden onderdeel van het besluit, in feite niet meer doet dan betogen dat het bestuur in bezwaar de heroverweging van art. 7:11 Awb niet juist heeft uitgevoerd. Op grond van art. 7:11 Awb viel deze grond immers binnen de rechtsstrijd in bezwaar.[184] Is het in beroep dan relevant dat de burger deze grond of dit punt niet eerder expliciet aan de orde heeft gesteld? Op zich niet. Een beroepsgrond gericht tegen de rechtmatigheid van de heroverweging in bezwaar kan immers pas voor het eerst in beroep worden aangevoerd. Uit art. 7:11 Awb volgt dus dat een belanghebbende een grond die valt binnen de grenzen van de heroverweging in bezwaar pas voor het eerst in beroep expliciet aan de orde kan stellen, omdat deze beroepsgrond betrekking heeft op de rechtmatigheid van de heroverweging in bezwaar.

Er is uiteraard geen strijd tussen art. 7:11 Awb en deze fuik indien de argumentatieve fuik in zijn huidige, soepele vorm (zie § 4.1.2) zo geïnterpreteerd moet worden dat in beroep altijd nieuwe gronden kunnen worden aangevoerd tegen onderdelen die in bezwaar al bestreden waren.

De Commissie Rechtsbescherming voert nog aan dat de eis van effectieve rechtsbescherming uit het EVRM met zich brengt dat het systeem van rechtsbescherming als zodanig helder en samenhangend moet zijn. Zij stelt dat betwijfeld kan worden of de trechterjurisprudentie in overeenstemming is met de strekking van de jurisprudentie van het EHRM en het HvJEG dat het een appellant niet mag worden tegengeworpen in het geval deze als gevolg van ingewikkelde jurisprudentie de draad kwijt raakt.[185] De argumentatieve fuik heeft vele bezwaren, maar ik denk niet dat een bekend gemaakte argumentatieve fuik het procesrecht dermate ingewikkeld maakt, dat er sprake zou zijn van strijd met deze eisen.

Veel van bovenstaande bezwaren worden sterker naar mate de argumentatieve fuik strikter wordt toegepast. Zo zal de belanghebbende eerder rechtsbijstand nodig hebben als wordt uitgegaan van een strikte grondenfuik dan als er sprake is van een onderdelenfuik. Ook lijkt een procedure met een onderdelenfuik meer op een lichte procedure, zoveel mogelijk ontdaan van juridiseringsaspecten, dan een procedure waarin een strikte grondenfuik wordt gehanteerd.

184 Zie ook Allewijn 2004 p. 285/286.
185 Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 51.

4.1.5 Wettelijke basis van de argumentatieve fuik

De argumentatieve fuik heeft op zich geen wettelijke basis.[186] Op grond van de Awb mag de appellant voor de rechter gronden aanvoeren die hij ook in de bezwaarschriftprocedure had kunnen aanvoeren maar niet heeft gedaan.[187] In beginsel ligt het geding weer open.[188] Ook voor andere negatieve consequenties bestaat geen wettelijke basis. Zoals hierboven betoogd volgt zelfs uit art. 7:11 Awb dat een belanghebbende een grond die valt binnen de grenzen van de heroverweging in bezwaar voor het eerst in beroep expliciet aan de orde mag stellen, omdat deze beroepsgrond betrekking heeft op de rechtmatigheid van de heroverweging in bezwaar.

Dit wil echter niet zeggen dat uit de Awb geen beperkingen afgeleid kunnen worden voor de aanvoer van nieuwe gronden in beroep. Uit art. 7:11 Awb volgt ook dat beroepsgronden niet pas in beroep kunnen worden aangevoerd als zij zijn gericht op onderdelen van het bestreden besluit die buiten de heroverweging in bezwaar lagen. Aangezien deze onderdelen niet bestreden waren, vielen zij buiten de heroverweging in bezwaar. Het bestuursorgaan heeft derhalve niet onrechtmatig gehandeld door deze onderdelen niet te heroverwegen. Nu het beroep betrekking heeft op de rechtmatigheid van de heroverweging in bezwaar, is het beperkt tot hetgeen in bezwaar binnen de grenzen van de heroverweging viel. Als de nieuwe beroepsgrond betrekking heeft op een punt dat buiten de heroverweging in bezwaar viel, kan het derhalve geen onderdeel zijn van de rechtmatigheidstoetsing in beroep.[189]

Ook uit art. 6:13 Awb kan een beperking worden afgeleid. Dit artikel bepaalt dat een belanghebbende die geen bezwaar heeft ingediend toch ontvankelijk is in beroep als hem redelijkerwijs niet kan worden verweten geen bezwaar te hebben gemaakt tegen het primaire besluit. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de belanghebbende berust in het primaire besluit, maar zijn rechtspositie door de heroverweging in bezwaar verslechtert. De belanghebbende is in dat geval ontvankelijk in zijn beroep. Hij kan echter slechts beroepsgronden richten tegen die onderdelen van de beslissing op bezwaar waardoor zijn rechtspositie is verslechterd.[190] Slechts wat betreft de verslechtering kan hem immers niet verweten worden dat hij deze niet eerder bestreden heeft door in bezwaar te gaan.

Bij art. 6:13 Awb zal het dus afhangen van de reden waarom een en ander niet verweten kan worden of hieruit een beperking voor de aan te voeren beroepsgronden voortvloeit.

---

186 Vgl. De Bock 2004 p. 110.
187 Vgl. Ten Berge 1999 p. 131; Ten Berge e.a. 1996 p. 188; Simon 1997 p. 303.
188 Vgl. Schueler 1999 p. 600.
189 Vgl. ABRvS 24 nov. 2004, 200402355/1; ABRvS 21 apr. 2004, JB 2004, 231; ABRvS 20 aug. 2003, AB 2003, 425 (m.nt. K.J. de Graaf).
190 Vz. ABRvS 11 apr. 2003, AB 2003, 281 (m.nt. A.T. Marseille).

4.1.6 Voordelen van de argumentatieve fuik

De voordelen van de argumentatieve fuik zijn beperkt.[191] Een eerste voordeel dat wordt genoemd is dat deze fuik de rechter werk bespaart doordat de gronden worden beperkt die aangevoerd kunnen worden. Dit leidt weer tot een snellere doorlooptijd van zaken. Een tweede voordeel is dat deze fuik een sanctie zet op slordig procederen en de belanghebbende of de gemachtigde dwingt om al in bezwaar zijn positie volledig uiteen te zetten. Hierdoor wordt voorkomen dat de rechter punten moet beoordelen die al in bezwaar opgelost hadden kunnen worden. Hier staat wel tegenover dat de meeste appellanten niet juridisch onderlegd zijn, zodat zij niet bekend zullen zijn met de consequenties van 'het kruit droog houden'. Verder zijn zij geen 'repeat-player', zodat ook het leereffect van de confrontatie met de argumentatieve fuik beperkt zal zijn.

Een derde voordeel van de argumentatieve fuik dat wordt genoemd is dat een onbeperkt toestaan van nieuwe gronden tekort doet aan de positie van de derde-belanghebbenden.[192] Dit zie ik niet. Meestal zal bekend zijn wie de derde-belanghebbenden zijn. Zij kunnen op grond van art. 8:26 Awb deelnemen aan het geding en een reactie geven op de gronden die pas voor het eerst in beroep zijn aangevoerd. Het is ook goed mogelijk dat de derde-belanghebbenden belang hebben bij de behandeling van de pas in beroep aangevoerde grond, omdat hun belang parallel loopt aan de belangen van appellant. Er is geen reden waarom het meenemen van een nieuwe grond tekort zou (moeten) doen aan de positie of belangen van derde-belanghebbenden.

Een vierde voordeel dat genoemd wordt is dat het niet past dat de rechter zich uitlaat over gronden waarmee het bestuursorgaan geen rekening heeft kunnen houden in bezwaar, nu deze gronden pas in beroep zijn aangevoerd.[193] Vaak zal dit onjuist zijn, omdat, hoewel de grond niet als bezwaargrond is aangevoerd, het bestuursorgaan dit punt toch zal moeten heroverwegen. Het gaat immers om een volledige heroverweging (van de bestreden onderdelen) waarbij het bestuursorgaan op alle punten rechtmatig moet handelen en moet nagaan of dat in prima ook is gebeurd. Het feit dat een bezwaar niet is aangevoerd, betekent dus niet dat het bestuursorgaan met de betreffende rechtsnorm geen rekening zou hoeven te houden. Daarbij geeft het verweerschrift het bestuursorgaan voldoende gelegenheid om aan te geven dat het besluit op het betreffende punt niet onrechtmatig is. Desnoods wordt het bestreden besluit ingetrokken en vervangen door een nieuw besluit waarin aan de aangevoerde beroepsgrond tegemoet wordt gekomen.

---

191 Vgl. De Bock 2004 p. 107 ev.
192 Vgl. De Bock 2004 p. 108.
193 Vgl. De Bock 2004 p. 108.

Het bovenstaande is slechts anders als het bestuursorgaan de betreffende rechtsnorm alleen moet toepassen als de belanghebbende daar een beroep op doet. Toepassing van de rechtsnorm valt slechts binnen de grenzen van de besluitvorming of heroverweging als de belanghebbende een dergelijk beroep doet. Als een dergelijk beroep pas voor het eerst in beroep wordt gedaan is dat wel te laat.

Het argument dat in het vierde voordeel naar voren wordt gebracht is sterker als de nieuwe grond zich richt tegen een onderdeel van het besluit dat buiten de heroverweging in bezwaar lag. De functie van de bezwaarfase is dat nog eens naar het besluit wordt gekeken voordat partijen naar de rechter gaan. Er wordt (meestal) echter niet gekeken naar een niet bestreden onderdeel van het besluit. Dit ligt immers buiten de grenzen van de heroverweging en er is geen bepaling die verplicht tot het beoordelen van niet bestreden onderdelen. Als het toegestaan zou zijn om in beroep voor het eerst een niet bestreden onderdeel te bestrijden, zou in feite voor dit onderdeel van het besluit de bezwaarfase worden overgeslagen. Buiten de mogelijkheid van rechtstreeks beroep past het overslaan van de bezwaarfase niet binnen het systeem van het bestuursprocesrecht.

Aan de andere kant geldt ook hier dat het verweerschrift ook in dit geval vaak nog voldoende gelegenheid tot reactie biedt.

4.2 De bewijsfuik

De bewijsfuik houdt in dat feitelijke gegevens en bewijsmiddelen buiten beschouwing moeten blijven als de belanghebbende deze pas voor het eerst bij de rechter inbrengt, terwijl hij dit ook al in prima of in bezwaar had kunnen doen. Het wordt de burger verweten dat hij deze feiten pas in rechte aanvoert, terwijl hij dit ook al in prima of in bezwaar had kunnen doen.[194]

Het moet wel gaan om feiten die in de vorige instantie aangevoerd hadden kunnen worden.[195] Feiten die zijn voorgevallen na de beslissing op bezwaar of bewijsmiddelen die pas daarna zijn ontstaan, vallen niet onder de bewijsfuik en kunnen dus (pas) in beroep worden aangevoerd. Dit uiteraard slechts voorzover zij betrekking hebben op de situatie ex tunc.[196] Een voorbeeld is een rapport dat eerst na de procedure in bezwaar is gepubliceerd of dan pas tot stand komt.

De bewijsfuik is minder beperkend dan deze in eerste instantie lijkt. Alleen feiten (en bewijs) die behoren tot het bewijsdomein van de belanghebbende en die ondanks voldoende en tijdige voorlichting door het bestuur niet uiterlijk

194 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 202, 216; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 132 ev.; Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 214-221.
195 Vgl. ABRvS 20 feb. 2001, AB 2002, 29 (m.nt. NV).
196 Vgl. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 217.

in de bezwaarfase zijn ingebracht, vallen hier onder. Slechts voor deze feiten geldt dat het niet in bezwaar aanvoeren leidt tot verlies van het recht om dit in beroep te doen. Als de feiten buiten dit bewijsdomein vallen of als er geen sprake is van adequate voorlichting omtrent hetgeen de belanghebbende moet inbrengen, is het geoorloofd dat deze feiten pas bij de rechter voor het eerst door een appellant worden aangevoerd.[197]

Een voorbeeld waarin het de belanghebbende niet duidelijk was of hoefde te zijn dat hij bepaalde feiten en stukken moest aanvoeren is te zien in een uitspraak van de Centrale Raad van 18 februari 2004.[198] Hier had het bestuursorgaan pas bij de beslissing op bezwaar aan de beslissing ten grondslag gelegd dat het oude WW-recht van belanghebbende niet kon herleven. Nu de belanghebbende niet eerder op de hoogte was van dit standpunt kon hij ook niet eerder de feitelijke onderbouwing hiervan aanvechten met eigen feiten.

4.2.1 Bewijsdomein

De vraag wordt dus welke feiten onder de verantwoordelijkheid van de belanghebbende vallen om in te brengen. De verdeling van de 'bewijslast' of beter gezegd de aanvoerplicht is niet duidelijk in het bestuursprocesrecht geregeld. Art. 3:2 en 4:2 Awb geven een (wettelijk) uitgangspunt voor het bewijsdomein en verder geeft de jurisprudentie een aantal richtlijnen.

Art. 3:2 Awb brengt mee dat het bestuur moet zorgen voor de feiten die nodig zijn voor een deugdelijke grondslag van haar besluit.[199] De feiten die het bestuursorgaan op grond van art. 3:2 Awb ambtshalve moet onderzoeken, vallen in beginsel niet onder het bewijsdomein van de belanghebbende. Het is dus in beginsel toegestaan dat de belanghebbende pas in beroep deze feiten inbrengt.[200] Veel onderzoek door het bestuursorgaan zal echter bestaan uit het vragen van relevante stukken aan de belanghebbende of het horen van de belanghebbende. Het gaat om stukken waarover de belanghebbende beschikt dan wel gemakkelijk kan beschikken of feiten die de belanghebbende kent, zoals feiten die vallen binnen zijn privé- of bedrijfsdomein. Als de belanghebbende niet aan een verzoek om dergelijke stukken en feiten voldoet, is het wel weer te laat om deze pas in beroep in te brengen. Het kan de belanghebbende immers verweten worden dat hij niet in de besluitvormingsfase aan

197 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 202; Widdershoven e.a. 2001 p. 70, 111, 124, 209; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 33, 110; Brenninkmeijer en Schilder 2001 p. 1484, 1484/1485; Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 216, 218; Damen 2000 p. 66; Schreuder-Vlasblom in haar noot onder ABRvS 11 april 2000, AB 2000, 244 (m.nt. MSV) en ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 360 (m.nt. MSV).

198 CRvB 18 feb. 2004, JB 2004, 163.

199 Schreuder-Vlasblom in haar noot onder ABRvS 11 april 2000, AB 2000, 244 (m.nt. MSV); Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 217.

200 Vgl. ABRvS 6 aug. 2003, JB 2003, 264 ro. 2.2; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 202, 206; Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 217, 218; Damen 2000 p. 66.

het verzoek heeft voldaan.[201] Dit is weer anders als het bestuur deze stukken en feiten gemakkelijk op een andere wijze kan achterhalen. In dat geval is de onderzoeksplicht van art. 3:2 Awb weer doorslaggevend.

Art. 4:2 lid 2 Awb bepaalt dat de aanvrager de gegevens en stukken verschaft die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Deze feiten vallen in principe dus onder het bewijsdomein van de aanvrager.[202] Hierbij rust weer de plicht op het bestuursorgaan om aan te geven welke feiten en stukken nodig zijn en om de aanvrager de gelegenheid te geven om deze feiten en stukken in te brengen (art. 4:5 lid 1 Awb). Als het bestuur aan deze verplichting heeft voldaan, maar de burger toch ervoor gekozen heeft bepaalde feiten en stukken niet in de besluitvormingsfase in te brengen, kunnen deze niet in beroep alsnog worden ingebracht.[203]

Als het bestuursorgaan het onderzoek naar zich toe trekt door een beleid te voeren om meer te onderzoeken dan waartoe zij strikt genomen verplicht is, breidt zij haar eigen bewijsdomein uit. De feiten die het bestuursorgaan op grond van het beleid zelf onderzoekt, vallen dan niet meer onder de bewijsdomein van de belanghebbende en hij kan deze pas in beroep aanvoeren.[204] Ook hier geldt echter weer hetgeen hierboven is gesteld omtrent het verzoeken van informatie van de belanghebbende. Als de belanghebbende niet (volledig) aan dit verzoek voldoet, vallen de niet aangevoerde feiten weer onder het bewijsdomein van de belanghebbende.

Onder het bewijsdomein van de belanghebbende zullen ook de feiten vallen waarvan het bestuur het bestaan niet kan kennen, en waarnaar deze dus niet, of slechts indirect, kan vragen.

In de jurisprudentie zijn richtlijnen geformuleerd wanneer feiten tot de 'bewijslast' van de belanghebbende behoren. Dit zijn slechts richtlijnen, en geen harde procesregels. Voorbeelden van deze richtlijnen zijn de volgende:

- het is aan het bestuur om de consistentie van zijn handelen te bewaken. Feiten waaruit blijkt dat het bestuur in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld, kunnen dus pas in beroep worden aangevoerd;
- als het bestuur heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht van art. 3:2 Awb, is het aan de belanghebbende om de onjuistheid van de feiten aannemelijk te maken. De uitwerking van hoe hij dit moet doen, is afhankelijk van de bron van die feiten.[205] De bestrijding van de door het bestuur verzamelde

201 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 210; Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 217; Schueler 1999 p. 619.

202 Vgl. Daalder & Schrueder-Vlasblom 2000 p. 216.

203 Schreuder-Vlasblom in haar noot onder ABRvS 11 april 2000, AB 2000 (m.nt. MSV).

204 Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 217; Damen 2000 p. 66, 67; Schreuder-Vlasblom in haar noot onder ABRvS 28 juni 1999, Ab 1999, 360 (m.nt. MSV).

205 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 207.

feiten zal dus in beginsel in de besluitvormingsfase moeten plaatsvinden;[206]

- als de belanghebbende een beroep doet op een ongewone situatie, is het aan hem om al in de besluitvormingsfase de feiten en stukken aan te voeren ter onderbouwing hiervan. Als hij het laat bij een enkel stellen van de situatie kan hij deze stelling niet pas in beroep onderbouwen.

  Het lijkt erop dat het bestuursorgaan in dit geval niet om onderbouwing hoeft te vragen, maar dat enige activiteit van de belanghebbende wordt verwacht om op eigen initiatief zijn stellingen te onderbouwen;[207]
- de belanghebbende dient zelf te zorgen voor de onderbouwing van een verzoek tot schadevergoeding. Als een verzoek op de aangevoerde gronden en feiten niet kan worden toegewezen, hoeft het bestuursorgaan geen onderzoek in te stellen naar de gestelde schade en de mogelijke oorzaken daarvan. Het is mogelijk dat dit samenhangt met het feit dat het bij een schadevergoedingsvordering in het burgerlijk procesrecht ook de eiser is die in principe zijn vordering dient te onderbouwen en dat het niet aan de verweerder is om de schade en oorzaken te onderzoeken. Hoe dan ook, het is te laat als de aanvrager in beroep nieuwe feiten of bewijs ten grondslag legt aan zijn vordering tot schadevergoeding (bij een (zuiver) schadebesluit);[208]
- de belanghebbende die door eigen onzorgvuldigheid bewijsmiddelen verliest of vernietigt, draagt de bewijslast van de feiten die met deze middelen bewezen hadden kunnen worden;[209] en
- de belanghebbende dient de feiten aannemelijk te maken die grond kunnen zijn voor de toepassing van uitzonderingsbepalingen, zoals de afwijkingsbevoegdheid van art. 4:84 Awb.[210] De belanghebbende zal dus al in de besluitvormingsfase de feiten en stukken moeten inbrengen ter onderbouwing van een dergelijk beroep.

4.2.2 Adequate voorlichting omtrent de aanvoerplicht

Het is onvoldoende voor het toepassen van de bewijsfuik dat feiten behoren tot het bewijsdomein van de belanghebbende. Het bestuursorgaan moet de belanghebbende ook tijdig en ondubbelzinnig informeren over de verplichting om bepaalde stukken en feiten in te brengen, hem de gelegenheid geven om

206 Bv. ABRvS 1 juni 2001, AB 2002, 406 (m.nt. AMLJ); ABRvs 20 feb. 2001, AB 2002, 29 (m.nt. NV).

207 Zie bv. ABRvS 13 feb. 2002, AB 2002, 123 (m.nt. NV); ABRvS 20 feb. 2001, AB 2002, 29 (m.nt. NV).

208 ABRvS 1 juni 2001, AB 2002, 406 (m.nt. AMLJ); ABRvS 15 okt. 1998, JB 1998, 278 (m.nt. R.J.N.S.).

209 Schueler 1999 p. 618.

210 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 211; Van Wijk/Konijnebelt & Van Male 1999 p. 574; Schueler 1999 p. 619.

de betreffende stukken en feiten in te brengen en hem toestaan eventuele verzuimen wat dit betreft in bezwaar te herstellen.[211] Het moet voor de belanghebbende duidelijk zijn welke stukken en gegevens van hem verlangd worden en wat hij dient te 'bewijzen'. Slechts als aan deze voorlichtingsplicht is voldaan, kan de belanghebbende niet pas in beroep feiten inbrengen die hij ook in de besluitvormingsfase in had kunnen brengen.

Een voorbeeld van de rol van deze voorlichtingsplicht is te zien in de uitspraak van de Afdeling van 19 augustus 1999.[212] In deze zaak had belanghebbende pas in beroep bewijsstukken aangevoerd ter onderbouwing van haar stelling dat zij winter-bewaar-prei verbouwde.

Deze bewijsstukken, veilinggegevens en nota's van het koelhuis, behoorden tot het bewijsdomein of de aanvoerplicht van belanghebbende nu het ging om een aanvraag en om bescheiden waarover de belanghebbende redelijkerwijs de beschikking kon krijgen. Op grond van art. 4.2 lid 2 Awb dient de belanghebbende deze stukken te verschaffen aan het bestuursorgaan.[213] De rechtbank houdt rekening met deze stukken en vernietigt de beslissing op bezwaar.

Het hoger beroep van het bestuursorgaan beperkt zich tot de vraag of deze bewijsstukken te laat zijn ingebracht. De Afdeling stelt vast dat het bestuursorgaan weliswaar om bewijsstukken had verzocht, maar dat niet is gebleken dat dit verzoek betrekking had op het aantonen dat winter-bewaar-prei werd verbouwd. Het was dan ook niet voor belanghebbende duidelijk noch had het voor haar duidelijk behoren te zijn dat werd verzocht om bewijsstukken teneinde aan te tonen dat belanghebbende winter-bewaar-prei teelde. Er was voor het bestuursorgaan nog voldoende gelegenheid geweest om deze bewijsstukken op te vragen. Nu niet aan de voorlichtingsplicht was voldaan, kan belanghebbende in beroep voor het eerst de betreffende stukken inbrengen.

4.2.3 Aanvaarding van de bewijsfuik

De Centrale Raad heeft de bewijsfuik niet aanvaard.[214] Volgens haar lijn is het belanghebbenden toegestaan om in eerste aanleg nieuwe of aanvullende feiten aan te voeren ook al hadden deze reeds in bezwaar kunnen worden ingebracht. De begrenzing van deze mogelijkheid wordt gegeven door wettelijke bepalingen zoals art. 8:58 lid 1[215] en 8:60 lid 4[216] Awb en het beginsel van

211 Schreuder-Vlasblom in haar noot onder ABRvS 11 april 2000, AB 2000, 244 (m.nt. MSV); Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 217.

212 ABRvS 19 aug. 1999, AB 1999, 403 (m.nt. MSV).

213 Vgl. Schreuder-Vlasblom in haar noot onder ABRvS 19 aug. 1999, AB 1999, 403 (m.nt. MSV).

214 CRvB 30 mrt. 2004, JB 2004, 218; CRvB 18 feb. 2004, JB 2004, 163; CRvB 20 aug. 2003, AB 2004, 13 (m.nt. HBr); vgl. De Bock 2004 p. 107; Damen 2003 p. 258.

215 Art. 8:58 lid 1 Awb: Tot tien dagen voor de zitting kunnen partijen nadere stukken indienen.

216 Art. 8:60 lid 4 Awb: Partijen kunnen getuigen en deskundigen meebrengen of bij aangetekende brief of deurwaardersexploit oproepen, mits daarvan uiterlijk een week voor de dag van de zitting aan de rechtbank en aan de andere partijen mededeling is gedaan, met

hoor en wederhoor. Als uit de nieuwe feiten blijkt dat het besluit onrechtmatig is, wordt dit vernietigd. Indien het echter de belanghebbende verweten kan worden dat zij deze feiten pas voor het eerst voor de rechter aanvoert, kan dit leiden tot het (gedeeltelijk) achterwege laten van een veroordeling in de proceskosten of tot een vermindering van de schadevergoeding.[217]

In de uitspraken van de Afdeling wordt de bewijsfuik wel aanvaard.[218] In een aantal zaken wordt de bewijsfuik beperkt tot de bewijsdomein van de belanghebbende zoals hierboven beschreven.[219] In andere zaken is het appellanten niet toegestaan nieuwe feiten in te brengen enkel omdat deze niet al in de bestuurlijke fase waren ingebracht. In de overwegingen wordt althans geen aandacht besteed aan de vragen of deze feiten tot het bewijsdomein van de belanghebbende behoren en of het bestuur belanghebbende adequaat heeft voorgelicht. Voor het uitsluiten van de nieuwe feiten is het al voldoende dat zij pas bij de rechter voor het eerst zijn ingebracht.[220] Het is niet duidelijk wat de verhouding is tussen deze beide type uitspraken.

Door deze ontwikkelingen is het streven naar materiële waarheidsvinding bij de Afdeling beperkter dan bij de Centrale Raad. Bij de lijn van de Afdeling wordt een mogelijke grotere ruimte tussen de waarheid zoals die tijdens het geding wordt vastgesteld (de formele waarheid) en het 'werkelijk gebeurde' aanvaard. Bij de lijn van de Centrale Raad is het streven naar materiële waarheidsvinding nog duidelijker herkenbaar, zodat de kans van het uit elkaar lopen van de formele waarheid en de materiële waarheid kleiner zal zijn.[221]

Het is de vraag of de bewijsfuik geldt als het gaat om feiten die betrekking hebben op gronden die gebaseerd zijn op het EVRM of gemeenschapsrecht. De argumentatieve fuik geldt immers niet voor gronden gebaseerd op het EVRM en waarschijnlijk niet voor gronden gebaseerd op het gemeenschapsrecht. Deze gronden kunnen voor het eerst in beroep worden aangevoerd. Volgt hieruit dat de bewijsfuik dan ook niet geldt voor de feitelijke onderbouwing van deze gronden? De Afdeling meent dat de bewijsfuik toch geldt. De nieuwe grond moet wel beoordeeld worden, maar de daaraan pas in beroep ten grondslag gelegde feiten kunnen niet bij die beoordeling betrokken worden als zij onder de bewijsfuik vallen.[222]

---

vermelding van namen en woonplaatsen. Op deze bevoegdheid worden partijen in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56, gewezen.

217 De Bock 2004 p. 107; Widdershoven e.a. p. 77; vgl. recentelijk CRvB 20 augustus 2003, AB 2004, 13 (m.nt. HBr.).

218 Bv. ABRvS 13 feb. 2002, AB 2002, 123 (m.nt. NV); ABRvS 1 juni 2001, AB 2002, 406 (m.nt. AMLJ); ABRvS 20 feb. 2001, AB 2002, 29 (m.nt. NV); ABRvS 11 april 2000, AB 2000, 244 (m.nt. MSV); ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 360 (m.nt. MSV); vgl. De Bock 2004 p. 86 ev., 101, 104-105; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 110.

219 Vgl. ABRvS 6 aug. 2003, JB 2003, 264 ro. 2.2.

220 Widdershoven e.a. 2001 p. 72-77, 78, 209; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 110/111.

221 Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 220.

222 ABRvS 1 juni 2004, 200402866/1 ro. 2.2.1.

4.2.4 *Bezwaren tegen de bewijsfuik*

Een rigide bewijsfuik heeft voor een deel dezelfde nadelen als een argumentatieve fuik. Het leidt tot juridisering van de bestuurlijke voorfase[223] en is in strijd met de bedoeling van een lichte voorfase.[224]

Op zich bestaat er voor de bewijsfuik geen wettelijke basis.[225] Wat betreft de aanvoer van feiten kent de Awb geen beperkende regels behalve dat de rechter alleen rekening mag houden met die feiten die, of door de rechter of door partijen, in het geding zijn gebracht (art. 8:69 lid 1 Awb). De grondslag voor de bewijsfuik wordt gevonden in de taak van de bestuursrechter, en de taakverdeling tussen het bestuur en de bestuursrechter.

De redenering gaat als volgt. Besturen behoort tot de taak van het bestuur. De taak van de rechter is beperkt tot een ex tunc rechtmatigheidsbeoordeling van de besluiten die het bestuur in het kader van het besturen neemt. Het is niet de taak van de bestuursrechter om de besluitvorming over te doen, ook niet wat betreft de feitenvaststelling. De beroepsfase is niet een voortzetting van het besluitvormingsproces. Een besluit kan dus alleen vernietigd worden als het onrechtmatig is. De omstandigheid dat het bestuur bepaalde feiten niet heeft meegenomen is alleen onrechtmatig als het bestuur deze feiten zelf had moeten inbrengen. Dan heeft het bestuur immers niet aan zijn onderzoeksplicht voldaan. Nu het bij feiten uit het bewijsdomein van de belanghebbende echter de taak van de belanghebbende was om deze feiten in te brengen, heeft het bestuur geen rechtsnorm geschonden door deze feiten niet in te brengen. Door feiten uit zijn bewijsdomein pas in beroep aan te voeren toont de belanghebbende slechts aan dat hij in de besluitvormingsfase niet aan zijn eigen inbrengverplichtingen heeft voldaan, en dat het besluit (mogelijk) anders zou zijn geweest als hij wel aan zijn inbrengverplichtingen had voldaan. Dit maakt de besluitvorming door het bestuur echter niet onrechtmatig, zodat het niet relevant is in het kader van een ex tunc rechtmatigheidsbeoordeling in beroep van het genomen besluit. Door de feiten toch mee te nemen, beoordeelt de rechter niet langer het bestreden besluit, maar beoordeelt hij hoe het bestuur met deze feiten zou hebben moeten besturen. Dat gaat de taak van de bestuursrechter te buiten, zodat deze feiten niet in beroep kunnen worden meegenomen.[226]

---

223 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 113; Damen 2000 p. 68; Damen 1999 p. 28; Simon 1999 p. 54, 55.

224 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 113; De Graaf en Lindijer 2003 p. 168, 170, 172; Damen 2000 p. 68.

225 Vgl. Damen 2000 p. 67/68.

226 Zie Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 32-33, 110; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 202, 216/217; Brenninkmeijer en Schilder 2001 p. 1484; Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000 p. 216/217, 218; ABRvS 19 aug. 1999, AB 1999, 403 (m.nt. MSV); ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 360 (m.nt. MSV), JB 1999, 197 (m.nt. RJNS); zie ook de noot van Verheij onder ABRvS 20 feb. 2001, AB 2002, 29 (m.nt. NV).

Het bezwaar dat deze fuik onbekend is bij de belanghebbenden speelt niet. Als de belanghebbende immers niet op de hoogte is van het feit dat van hem verwacht wordt dat hij bepaalde feiten en stukken moet overleggen, heeft het bestuursorgaan niet aan zijn voorlichtingsplicht voldaan. In dit geval geldt de bewijsfuik niet en mag de belanghebbende de betreffende feiten en stukken pas in beroep aanvoeren.

Een verder bezwaar van de bewijsfuik is dat deze in strijd is met het beginsel van de materiële waarheidsvinding. Relevante feiten worden immers buiten het geding gehouden.[227] In het geval dat een appellant voor de bestuursrechter feiten of bewijsmiddelen aanvoert die onder de bewijsfuik vallen, mag de rechter geen rekening houden met deze nieuwe feiten. Het besluit zal beoordeeld worden op grond van een onjuiste en onvolledige feitelijke grondslag. Door deze trechterwerking is de waarheid in de bestuursprocedure iets formeler geworden.

De rol van van de onderzoeksbevoegdheden van hoofdstuk 8 lijkt zeer beperkt als de hierboven beschreven bewijsfuik wordt aanvaard. Als het gaat om feiten die behoren tot het bewijsdomein van de belanghebbende mag hij deze niet pas in beroep aanvoeren en de rechter derhalve ook niet. De onderzoeksbevoegdheden spelen dan geen rol. Als het gaat om feiten die niet behoren tot het bewijsdomein van de belanghebbende is het besluit al onrechtmatig door het feit dat een relevant feit niet bij de besluitvorming is betrokken. Het bestuur heeft in dat geval immers art. 3:2 Awb geschonden. De onderzoeksbevoegdheden kunnen slechts ertoe dienen om de juistheid en volledigheid van het nieuwe feit te onderzoeken. De onderzoeksbevoegdheden spelen verder slechts een rol in het kader van het zelf in de zaak voorzien, voorzover dit is aangewezen.

De aanvaarding van de bewijsfuik zal niet leiden tot een verbreding van het geschil. Wel bestaat het risico dat belanghebbenden veel (irrelevante) feiten gaan aanvoeren om er maar zeker van te zijn dat zij niets vergeten. Het doorzoeken van deze veelheid aan gegevens naar relevante feiten leidt echter weer tot een toename van de werklast voor bestuursorganen.

Verder ben ik van mening dat, net zoals bij de argumentatieve fuik, een bewijsfuik het systeem van rechtsbescherming niet dermate ingewikkeld maakt dat er sprake zou zijn van strijd met de eis van effectieve rechtsbescherming uit het EVRM.

Van belang is zeker nog dat de hierboven beschreven bewijsfuik niet algemeen aanvaard is.[228]

---

227 Verheij in punt 3 van zijn noot onder ABRvS 20 feb. 2001, AB 2002, 29 (m.nt. NV); Widdershoven e.a. 2001 p. 224; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 109, 113; De Graaf en Lindijer 2003 p. 170.

228 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 33, 172; Brenninkmeijer en Schilder 2001 p. 1484; Damen 2000 p. 61-69; zie ook Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 216.

4.2.5 *Voordelen van de bewijsfuik*

Ook hier geldt dat de voordelen die bij de argumentatieve fuik genoemd worden ook genoemd kunnen worden voor de bewijsfuik: werkbesparing en daarmee een snellere doorlooptijd; een sanctie op slordig procederen; het meenemen van de nieuwe feiten levert extra inspanning op door de positie van de derde-belanghebbende; en het bestuursorgaan heeft geen rekening kunnen houden met deze feiten in bezwaar.

Er is wel een verschil tussen de argumentatieve fuik en de bewijsfuik wat betreft het laatste voordeel. Voorzover het gaat om feiten die behoren tot het bewijsdomein van de burger, heeft het bestuursorgaan terecht geen rekening gehouden met deze feiten. Het viel immers niet onder haar onderzoeksplicht om hier (verder) onderzoek naar te doen. Het is derhalve niet onrechtmatig dat het bestuursorgaan geen rekening heeft gehouden met deze feiten. Het zou gezegd kunnen worden dat als de rechter rekening mag houden met deze feiten als deze pas in beroep worden aangevoerd, de burger een efficiënt besturen zou kunnen frustreren door mondjesmaat feiten aan te voeren.[229]

Voorzover het gaat om nieuwe gronden geldt dat het bestuur de bestreden delen van het besluit volledig dient te heroverwegen, ook op punten waarvoor geen bezwaren zijn geformuleerd. Het feit dat een bepaald bezwaar niet is aangevoerd, is geen reden om het bestreden deel op het betreffende punt niet te heroverwegen. Hier kan dus niet gezegd worden dat het bestuur terecht het besluit op dit punt niet heeft heroverwogen. Het is onrechtmatig om dit punt niet te heroverwegen in bezwaar. Als de rechter rekening houdt met de nieuwe grond, wordt slechts beoordeeld of het bestuur wel een volledige heroverweging heeft verricht. Efficiënt besturen wordt niet gefrustreerd.

Een vijfde voordeel van de bewijsfuik dat wordt genoemd is dat zij voorkomt dat de bestuursrechter gaat besturen doordat het beroep op de rechter verwordt tot een verlenging van de besluitvormingsfase. Als de bestuursrechter moet beslissen welk besluit genomen had moeten worden met deze nieuwe feiten, is hij immers niet meer aan het toetsen maar aan het besturen. Hij bepaalt hoe, bij nader inzien, bestuurd had moeten worden. Bezwaar hiertegen is ten eerste dat dit zijn taak niet is. Daarbij mist hij ook de democratische legitimatie hiervoor.[230]

Dit standpunt is op zich juist. Echter, er zijn andere manieren om het besturen door de rechter te voorkomen en het besturen aan het bestuur te laten zonder rigoureus nieuwe feiten buiten het rechtsgeding (en daarmee het besturen) te laten. Er kan bijvoorbeeld worden gekozen voor een toepassing van de bestuurlijke lus gecombineerd met een proceskostenveroordeling voor

229 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 217; Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 218; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 14.

230 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 217; Verheij in punt 4 van zijn noot onder ABRvS 20 feb. 2001, AB 2002, 29 (m.nt. NV).

de belanghebbende. Door zijn handelswijze veroorzaakt de belanghebbende kosten in beroep. Deze dienen voor rekening van de belanghebbende te blijven en deze dient zelfs (deels) de kosten van het bestuursorgaan te dragen (zie verder § 4.7).

4.3 Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb

Op 1 juli 2005 is art. 6:13 Awb gewijzigd. In de parlementaire geschiedenis bij de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb wordt art. 6:13 Awb, in gewijzigde vorm, gepresenteerd als wettelijke grondslag voor zowel de argumentatieve fuik als de bewijsfuik. Art. 20.6 lid 2 Wet milieubeheer en soortgelijke bepalingen zijn vervallen. Om het getrapte karakter van het beroepsrecht in het betreffende recht te handhaven is art. 6:13 Awb aangepast.[231] Art. 6:13 Awb luidt als volgt:

> "Geen beroep bij de administratieve rechter kan worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen als bedoeld in art. 3:15 Awb naar voren heeft gebracht, geen bezwaar heeft gemaakt of geen administratief beroep heeft ingesteld."

Deze bepaling geeft nu, in de woorden van de regering: "voor nagenoeg het gehele bestuursrecht uitdrukking aan de gedachte dat de toegang tot de rechter slechts openstaat voor diegene die gebruik heeft gemaakt van een in de Awb gewaarborgde mogelijkheid om zijn probleem aan het bestuur voor te leggen […]."[232]

De regering stelt dat het gewijzigde art. 6:13 Awb ook betekent dat de belanghebbende in beroep bij de rechter ter zake van onderdelen van het besluit die ook reeds in de bestuurlijke fase ter discussie zijn gesteld, in beginsel nieuwe gegevens, beroepsgronden of bewijsmiddelen kan inbrengen, tenzij de belanghebbende redelijkerwijs kan worden verweten deze niet eerder te hebben ingebracht. In zoverre ondergaat deze bepaling een functieverandering.[233]

De regering onderschrijft echter ook de aanbeveling van de Commissie Boukema dat:

> "in beroep bij de bestuursrechter […] een belanghebbende geen onderdelen van een besluit [kan] aanvechten, die hij niet reeds in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, tenzij dit laatste hem niet kan worden verweten. Tegen de onderdelen van het besluit die hij wel in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, kan

231 Kamerstukken II 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 6; Handelingen II 2004/05, p. 802.
232 Kamerstukken II 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 7.
233 Kamerstukken II 2003/04, 29 421, nr.3, p. 7/8; Kamerstukken II 2004/05, 29 421, nr. 11 p. 2; Kamerstukken I 2004/05, 29 421, nr. D, p. 2.

> een belanghebbende in de fase van het beroep bij de rechter echter wel nieuwe beroepsgronden of nieuw bewijs aanvoeren."[234]

Deze aanbeveling moet naar het oordeel van de regering de leidraad zijn bij de verdere jurisprudentiële invulling van art. 6:13 Awb.[235]

Art. 6:13 Awb vormt nu dus de basis voor zowel de argumentatieve fuik als de bewijsfuik voor het gehele bestuursrecht.[236] Gezien de steun voor de aanbeveling van de Commissie Boukema worden de fuiken echter versoepeld naar een onderdelenfuik. Naar het oordeel van de regering zou de werking van de fuiken beperkt moeten blijven tot de niet bestreden onderdelen van het besluit. Besluitonderdelen die in de bestuurlijke voorfase in het geheel niet ter discussie zijn gesteld, kunnen in beginsel niet meer in de beroepsfase worden bestreden. Wat betreft die onderdelen van het besluit die al in de bestuursfase onderwerp van discussie waren, vormt art. 6:13 Awb echter geen beletsel voor de belanghebbende om in beroep nieuwe gronden en feiten aan te voeren.

De toekomst zal moeten leren welke invloed het gewijzigde art. 6:13 Awb zal hebben op het fenomeen van de argumentatieve fuik en de bewijsfuik.[237] Bij de bewijsfuik is nog van belang dat onder deze fuik art. 3:2 en 4:2 Awb een beletsel vormden voor het aanvoeren van nieuwe feiten. Een vraag is of wat betreft de feiten deze artikelen een beletsel zullen blijven vormen. In dit verband is een uitspraak van de Afdeling van 1 februari 2006[238] nog interessant. Hier overweegt de Afdeling als volgt:

> "Wat er zij van de stelling van de stichting dat de afspraken met de brandweer voorzien in een hoger beveiligingsniveau dan het in de eis gestelde, de rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de stichting deze afspraken niet in de bezwaarfase heeft overgelegd, zodat de Staatssecretaris daarmee bij de heroverweging geen rekening heeft kunnen houden."

Hier is nog duidelijk sprake van een bewijsfuik. Van belang is mogelijk dat de uitspraak van de rechtbank dateerde van 29 april 2005 en dus is van voor de inwerkingtreding van het aangepaste art. 6:13 Awb. De Afdeling kan de bestreden uitspraak hebben beoordeeld naar het toen geldende recht. Ook is van belang dat in bezwaar uitdrukkelijk was gevraagd naar betreffende afspraken, maar deze niet waren overgelegd.

---

234 Kamerstukken II 2004/05, 29 421, nr. 11, p. 3; zie ook Kamerstukken I 2004/05 29 421, nr. D, p. 1.
235 Kamerstukken II 2004/05, 29 421, nr. 11, p. 3.
236 Kamerstukken II 2004/05. 29 421, nr. 11, p. 2, 3.
237 Zie § 4.1.2 onder *Afwijkende jurisprudentie.*
238 ABRvS 1 feb. 2006, 200505065/1.

4.4 De fuiken bij punitieve besluiten

Bij het opleggen van een punitieve sanctie komt het optreden van het bestuur het zwaarst aan. Het doel van een sanctie is eenvoudig leedtoevoeging. De vraag is of het aanvaardbaar is dat de fuiken de mogelijkheden beperken voor de 'verdachte' om deze leedtoevoeging ongedaan te maken.

Bij punitieve besluiten zou een informatieplicht voor de belanghebbende in strijd kunnen komen met de onschuldpresumptie.[239] Het lijkt mij echter dat de bewijsfuik niet zozeer op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie, maar eerder met het zwijgrecht.

4.4.1 De bewijsfuik

Het standpunt wordt verdedigd dat de bewijsfuik gezien de aard van het besluit niet van toepassing is bij punitieve besluiten.[240] Er is mij één uitspraak bekend waarin de rechter een feit dat pas in beroep werd aangevoerd en behoorde tot het bewijsdomein van de belanghebbende heeft meegenomen bij zijn beslissing.[241] Er zijn ook uitspraken waarin inbreng van nieuwe feiten en bewijsstukken die behoorden tot het bewijsdomein van de belanghebbende niet werd aanvaard door de bestuursrechter.[242] De vraag is of er gronden zijn om de bewijsfuik niet van toepassing te achten bij punitieve besluiten.

De bewijsfuik bij punitieve besluiten
Er is mijns inziens geen reden waarom de bewijsfuik zoals hiervoor beschreven niet van toepassing zou zijn bij punitieve besluiten. Feiten (en bewijs) die behoren tot het bewijsdomein van de belanghebbende en die ondanks voldoende en tijdige voorlichting door het bestuur niet uiterlijk in de bezwaarfase zijn ingebracht, blijven buiten beschouwingen als de belanghebbende deze pas voor het eerst bij de rechter inbrengt terwijl hij dit ook al in prima of in bezwaar had kunnen doen.

Het is wel zo dat bij punitieve besluiten het bewijsdomein van de belanghebbende beperkter zal zijn dan bijvoorbeeld bij een aanvraag. Zo is het aan het bestuursorgaan om aan te tonen dat een overtreding is begaan en dat deze aan de belanghebbende kan worden toegerekend. Als de belanghebbende feiten aanvoert die onder de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan vallen en die het bestuursorgaan door onderzoek had behoren te kennen, kan hij deze in

239 ABRvS 15 april 1999, Rawb 1999, 146 (met aantekening O.J.D.M.L. Jansen); vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 70.
240 De Bock 2004 p. 58, 105; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 135.
241 Rb. Roermond 8 nov. 2005, AWB 05/394 WET. Het valt overigens niet uit de uitspraak op te maken dat de rechter een pas in beroep aangevoerd feit (toch) meeneemt.
242 Zie b.v. Rb. Breda 27 april 2005, 04/1645 (De rechtbank spreekt hier overigens over een beroepsgrond, maar het gaat (ook) om een nieuw feit); Rb. Rotterdam 11 juni 2004, 03/3789.

beroep aanvoeren ter onderbouwing van zijn standpunt dat het bestuursorgaan onvoldoende onderzoek heeft gedaan.[243] Dit is op zich niet anders dan bij andere type besluiten.

Ook bij punitieve besluiten zijn er echter feiten die onder het bewijsdomein van de burger vallen. Het gaat bijvoorbeeld om feiten en stukken ter onderbouwing van een beroep op strafuitsluitingsgronden zoals een beroep op het ontbreken van verwijtbaarheid.[244] Voor deze feiten geldt de bewijsfuik. Als het bestuursorgaan aan zijn voorlichtingsplicht heeft voldaan, zijn deze feiten te laat aangevoerd als ze pas in beroep worden ingebracht.[245]

Verder vallen onder het bewijsdomein van de burger de feiten en stukken die op zich onder de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan vallen, maar waarnaar het bestuursorgaan heeft gevraagd en die zij niet op een andere wijze kan of hoefde te achterhalen. Een onderzoek door het bestuursorgaan zal vaak (groten)deels bestaan uit het stellen van vragen aan de belanghebbende en uit hen verzoeken om bepaalde stukken over te leggen. In principe is het zo dat krachtens de bewijsfuik de belanghebbende de betreffende feiten en stukken niet pas in beroep kan aanvoeren als hij niet heeft geantwoord op de vragen of niet aan het verzoek heeft voldaan. Overigens zal het bestuursorgaan er geen bezwaar tegen hebben als de belanghebbende in beroep voor het eerst belastende stukken en feiten aanvoert.

ABRvS 15 april 1999

De uitspraak van de Afdeling van 15 april 1999[246] is een voorbeeld van een zaak waarin de belanghebbende in het kader van een punitief besluit (ter zitting) nieuwe feiten inbracht die onder de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan vielen. De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen had bij wijze van sanctie een bedrag in mindering gebracht op een verzochte rijksvergoeding. Dit baseerde zij op een accountantsverklaring die door belanghebbende was overgelegd. Uit deze verklaring zou blijken dat niet aan de voorschriften van de TWAO[247] was voldaan.

In beroep voert belanghebbende een andere interpretatie aan van de accountantsverklaring en beroept zich op nieuwe feiten. De Staatsecretaris stelt dat met deze feiten geen rekening kan worden gehouden, aangezien deze feiten hem ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing niet bekend waren. De Afdeling verwerpt dit verweer en stelt:

243 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 135.

244 Zie ABRvS 9 feb. 2005, 200403288/1; ABRvS 2 juni 2004, 200307786/1; Rb. Rotterdam 11 juni 2004, 03/3789; zie ook art. 5.4.1.2 in het Voorstel van wet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht en de Memorie van Toelichting daarbij.

245 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 135.

246 ABRvS 15 april 1999, Rawb 1999, 146 (met aantekening O.J.D.M.L. Jansen).

247 Tijdelijke wet arbeidsbemiddeling onderwijs.

> "Uit de onschuldpresumptie neergelegd in artikel 6 van het EVRM vloeit voort dat de bewijslast voor wat betreft de (rechts)feiten, welke de overtreding constitueren, ligt bij het bestuursorgaan dat de bestuurlijke boete heeft opgelegd. Dit brengt mee dat de Afdeling het bestreden besluit ook in dat licht ten volle moet beoordelen. Op grond van het voorgaande als ook in aanmerking nemende dat door verweerder de juistheid van de uiteenzetting van appellant niet is bestreden, is de Afdeling van oordeel dat de in het bestreden besluit neergelegde motivering voor het opleggen van een sanctie in dit geval als ontoereikend moet worden aangemerkt."[248]

In het eerste deel van deze aangehaalde overweging stelt de Afdeling op basis van art. 6 EVRM de bewijslastverdeling vast: wat betreft het aantonen van de overtreding ligt de bewijslast in beginsel bij het bestuursorgaan. Het is het bestuursorgaan dat moet aantonen dat er sprake is van een overtreding en niet de belanghebbende die moet aantonen dat hij geen overtreding heeft begaan. Als de belanghebbende in beroep met nieuwe feiten komt die betrekking hebben op de vraag of er sprake is van een overtreding, is de eerste vraag of het bestuursorgaan aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. In dit geval oordeelde de Afdeling blijkbaar dat de Staatssecretaris meer onderzoek had moeten doen naar de vraag of zijn interpretatie van de accountantsverklaring juist was. Hoewel de Afdeling het besluit vernietigt wegens een ontoereikende motivering, is er in feite sprake van strijd met art. 3:2 Awb.[249] Door het aanvoeren van de nieuwe feiten heeft belanghebbende in feite gesteld dat het besluit in strijd met de onderzoeksplicht van art. 3:2 Awb was genomen. Op het spoor gezet van een mogelijke overtreding van de voorschriften van de TWAO, had de Staatssecretaris moeten onderzoeken of er daadwerkelijk sprake was van een overtreding. Hij had niet slechts mogen afgaan op de enkele accountantsverklaring. Hierbij heeft mogelijk een rol gespeeld dat dit document niet is opgesteld met het oogmerk om overtredingen van de TWAO op te sporen of vast te leggen.

Het is mogelijk van belang dat er in deze procedure geen sprake was van een bezwaarfase. Aangezien de Staatssecretaris belanghebbende niet had gehoord omtrent zijn interpretatie van de accountantsverklaring, was het beroep bij de rechter dus de eerste gelegenheid voor belanghebbende om deze interpretatie te bestrijden.

Het zwijgrecht

Een complicerende factor bij de bewijsfuik bij punitieve besluiten is het zwijgrecht. Punitieve besluiten vallen immers onder de omschrijving van *criminal charge* zodat de 'verdachte' in ieder geval op grond van het EVRM een zwijgrecht heeft. Ook kent de nationale wetgeving bepalingen waarin de 'verdachte'

248 Ro. 2.6.

249 Vgl. Jansen onder ABRvS 15 april 1999, Rawb 1999, 146 (met aantekening O.J.D.M.L. Jansen).

een zwijgrecht wordt toegekend.[250] Het lijkt me dat het derhalve is toegestaan dat de belanghebbende pas in beroep feiten aanvoert die hij op grond van het zwijgrecht had mogen verzwijgen, en veelal in beroep nog steeds mag verzwijgen. Het bestuursorgaan zal niet protesteren als de belanghebbende besluit in beroep van zijn zwijgrecht af te zien en een belastende verklaring af te leggen. Maar wat nu als het gaat om feiten die de belanghebbende vrijpleiten? Geldt in dat geval ook het zwijgrecht met als consequentie dat de bewijsfuik niet geldt?

Het aanvoeren van strafuitsluitingsgronden of van feiten die de belanghebbende vrijpleiten lijkt mij niet te vallen onder het zwijgrecht. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overweegt omtrent het zwijgrecht het volgende:

> "The Court reiterates that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (see, John Murray v. the United Kingdom, judgment of 8 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, p. 49, § 45). The right not to incriminate oneself in particular presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention […]."[251]

De achtergrond van het zwijgrecht ligt in het recht om niet bij te dragen aan de eigen veroordeling. Bij de meeste feiten die de belanghebbende vrijpleiten zal van een bijdrage aan de eigen veroordeling geen sprake zijn. Integendeel zelfs. Het zwijgrecht hoeft dus niet te betekenen dat de belanghebbende feiten die hem vrijpleiten niet hoeft aan te voeren. Het mag dan ook van de belanghebbende verwacht worden dat hij aan zijn verantwoordelijkheid voldoet en dergelijke feiten al in de bestuursfase aanvoert,[252] en zeker als daarnaar door het bestuursorgaan gevraagd wordt. Als de belanghebbende dus pas bij de rechter voor het eerst hem vrijpleitende feiten aanvoert, mag de rechter hier consequenties aan verbinden. Dit zolang het bestuursorgaan aan zijn voorlichtingsplicht heeft voldaan.

---

250 Art. 10:3 lid 3 Artw; art. 35 lid 1 Arbowet 1998; art. 18b lid 3 Wav.

251 EHRM 8 apr. 2004, zaak 38544/97, ro. 39 (WEH vs. Oostenrijk); zie ook EHRM 17 dec. 1996, 19187/91, ro. 68 (Saunders vs. the United Kingdom); EHRM 8 feb. 1996, 18731/91, ro. 45 (JohnMurray vs. The United Kingdom).

252 Zie voor een soortgelijke redenering bij het aanvoeren van gronden in het bezwaarschrift: HR 8 maart 2002, AB 2002, 353 (A-G Wattel; m.nt. OJ) ro. 3.6.

De consequentie moet echter niet zijn dat er geen rekening mag worden gehouden met deze feiten en stukken. Zeker bij punitieve sancties moet het belang dat een belanghebbende die geen verwijt gemaakt kan worden niet wordt gestraft, zwaarder wegen dan de voordelen die de bewijsfuik oplevert. De rechter moet in dit geval beoordelen of het besluit ook met de nieuwe feiten in stand kan blijven. Na invoering van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht zal vernietiging en 'terugverwijzing' naar het bestuur in dergelijke gevallen zelfs niet meer mogelijk zijn (art. 8:72a in het Voorstel van wet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht[253]).

De belanghebbende heeft echter nodeloos de (schaarse) middelen van het bestuur en de rechterlijke macht ingezet. Mijns inziens mag dan ook bij punitieve besluiten dergelijk gedrag verdisconteerd worden in de proceskostenveroordeling, het al dan niet vergoeden van het griffierecht en een eventuele schadevergoeding (betalen van wettelijke rente[254]).[255]

Conclusie inzake de bewijsfuik bij punitieve besluiten

De bewijsfuik is grotendeels op dezelfde wijze van toepassing bij punitieve besluiten als bij andere besluiten. Als de belanghebbende in beroep een nieuw feit aanvoert, zal bepaald moeten worden of het feit onder de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan valt of dat het onder het bewijsdomein van de belanghebbende valt. Als het onder het bewijsdomein van de belanghebbende valt, is de vraag of het bestuursorgaan voldoende voorlichting heeft gegeven over de aanvoerplicht van belanghebbende. Slechts die nieuwe feiten die behoren tot het bewijsdomein van de belanghebbende en die ondanks voldoende en tijdige voorlichting door het bestuur niet uiterlijk in de bezwaarfase zijn ingebracht, vallen onder de bewijsfuik.

Bij punitieve besluiten echter mag de bewijsfuik niet tot gevolg hebben dat de nieuwe feiten en stukken niet worden meegenomen. In plaats daarvan heeft de bewijsfuik gevolgen voor de proceskostenveroordeling, de (beperkte) vergoeding van het griffierecht en een eventuele schadevergoeding.

4.4.2 De argumentatieve fuik

Voor de argumentatieve fuik geldt hetzelfde als voor de bewijsfuik. Maar ook hier moet het belang dat er niet onterecht wordt gestraft, zwaarder wegen dan de belangen die door de argumentatieve fuik worden gediend.

---

253 Art. 8:72a: Indien de rechtbank een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, neemt zij een beslissing omtrent het opleggen van de boete en bepaalt zij dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking.

254 Een aantal wetten kennen het betalen van wettelijke rente als een automatische verplichting: art. 10:13 Artw; art. 43 Arbowet 1998; art. 19j WAV.

255 Zie ook § 3.5.5.

4.5 Full jurisdiction

Het onderwerp van deze paragraaf is de vraag of het bestuursproces bij het bestaan van een bewijsfuik of een argumentatieve fuik in de verhouding bezwaar-beroep bij de rechtbank nog wel voldoet aan de uit art. 6 EVRM voortvloeiende eis van *full jurisdiction*.

4.5.1 De achtergrond van full jurisdiction

De achtergrond van *full jurisdiction* is de volgende. Het EVRM gaat niet zover dat elke fase van het traject waarin een 'contestation over civil rights and obligations' wordt beoordeeld, moet plaatsvinden voor een 'tribunal' die voldoet aan alle eisen van art. 6 EVRM.[256] Het is dus in overeenstemming met art. 6 EVRM om bij een geschil omtrent een besluit de bezwaarschriftprocedure voor te schrijven ook al voldoet de procedure in bezwaar niet aan de vereisten van deze bepaling.[257] Dit is echter alleen aanvaardbaar zolang "[the proceedings before that body [het bestuursorgaan in bezwaar]] are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of article 6 para. 1.".[258] Met andere woorden óf de rechtbank óf de appelrechter moet zijn 'a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of article 6 para 1.'

De eis van *full jurisdiction* houdt in dat de rechter in kwestie moet zijn 'competent to determine all the aspects of the matter'.[259] Voor de feitelijke kant houdt dit in dat de rechter '[must be able] to examine all the relevant facts' en de bevoegdheid moet hebben 'to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below.'[260]

256 EHRM 23 juni 1981, zaak 00006878/75, 00007238/75 (Le Compte, Van Leuven and De Meyere/België; NJ 1982,602) overw. 51(a).

257 Het bestuursorgaan dat beslist op bezwaar is bijvoorbeeld geen tribunal; EHRM 23 juni 1981, zaak 00006878/75, 00007238/75 (Le Compte, Van Leuven and De Meyere/België; NJ 1982,602) overw. 55.

258 EHRM 10 februari 1983, zaak 00007299/75, 00007496/76 (Albert en Le Compte/België) overw. 29; EHRM 22 nov. 1995, zaak 00019178/91 (Bryan/The United Kingdom) overw. 40; EHRM 28 mei 2002, zaak 35605/97 (Kinglsey/The United Kingdom) overw. 32; zie ook EHRM 23 juni 1981, zaak 00006878/75, 00007238/75 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België; NJ 1982,602) overw. 51(b).

259 EHRM 10 feb. 1983, zaak 00007299/75, 00007496/76 (Albert en Le Compte/België) overw. 37.

260 EHRM 23 okt. 1995, zaak 00015963/90 (Gradinger v. Oostenrijk) overw. 43 respectievelijk overw. 44.

4.5.2 De fuiken en full jurisdiction

Het is niet waarschijnlijk dat de bewijsfuik, in zijn in § 4.2 beschreven beperkte vorm, in strijd is met de eis van *full jurisdiction*.[261] De bewijsfuik beperkt de beoordeling van de feitelijke kant van de zaak doordat de feitelijke vaststellingen van het bestuur niet bestreden kunnen worden met feiten die al eerder ingebracht hadden kunnen worden. Ze beperkt niet de bevoegdheid van de rechter om feitelijke vraagstukken te beoordelen. Deze is bevoegd om de feitelijke oordelen van het bestuursorgaan te beoordelen en te vernietigen. De bewijsfuik betekent echter dat de appellant zich de weg kan afsnijden om bepaalde feitelijke kwesties aan de rechter voor te leggen door de wijze waarop hij procedeert.[262] Door bijvoorbeeld een bepaald rapport niet al in bezwaar aan te voeren, kan hij onder de bewijsfuik dit rapport niet pas in beroep overleggen en kan de rechter niet de vraag beoordelen of dit rapport betekent dat het besluit anders had moeten luiden.

De bewijsfuik is echter alleen dan niet in strijd met art. 6 EVRM als er sprake is van een reële mogelijkheid om een feitelijke kwestie aan de rechter voor te leggen. Dit brengt mee dat het de belanghebbende dus duidelijk moet zijn dat hij de verantwoordelijkheid heeft om relevante gegevens en bescheiden in de bestuurlijke fase aan te voeren, en dat als hij bepaalde feitelijke kwesties aan de rechter wil voorlegen, hij nu al in de bestuurlijke fase de daarvoor benodigde feiten moet inbrengen. Als deze verantwoordelijkheid de belanghebbende niet eerst duidelijk is gemaakt of anderszins duidelijk moet zijn, mag het hem niet verboden worden om deze gegevens, bescheiden en kwesties later aan te voeren.[263]

Voor de argumentatieve fuik geldt hetzelfde. Deze fuik maakt het aanvoeren van gronden omtrent het toepassen van recht of feitelijke vaststellingen niet onmogelijk, maar stelt slechts een nader vereiste. Zolang de belanghebbende dit weet dan wel moet weten, en dus zijn procesgedrag er op aan kan passen, is de argumentatieve fuik mijns inziens niet in strijd met de eis van *full jurisdiction*.

4.5.3 Feiten 'relevant to the dispute'

Schreuder-Vlasblom en Daalder stellen dat de eis van *full jurisdiction* beperkt is tot de feiten die '*relevant for the dispute*' zijn:[264] nu het geschil naar Nederlands recht geen betrekking heeft op de aanvraag, maar op de onrechtmatigheid van het genomen besluit, zijn de feiten die behoren tot het bewijsdomein

261 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 112; zie ook Daalder 2002 p. 158; anders: Simon 2003 p. 177.
262 Vgl. Daalder 2002 p. 158.
263 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 112.
264 Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 p. 219.

van de belanghebbende en die niet in bezwaar zijn ingebracht, niet relevant.[265]

Mijns inziens gaat deze redenering niet op. Ten eerste wordt de invulling van het begrip *dispute* in het kader van het EVRM niet bepaald door het nationale recht.[266] Ten tweede is deze invulling mijns inziens te eng. De term *dispute* in het kader van art. 6 EVRM ziet mijns inziens op het geschil tussen belanghebbende en bestuur in casu omtrent het besluit, en niet alleen op de rechtsstrijd voor de rechter. Dit betekent dat in principe alle feiten die relevant zijn in het kader van het nemen van het besluit '*relevant to the dispute*' zijn en voor de rechter ter sprake moeten kunnen worden gebracht.

4.5.4 Bryan vs. the United Kingdom

Uit deze zaak blijkt dat niet elke beperking van rechterlijke controle op het feitenonderzoek in de bestuursfase in strijd is met art. 6 EVRM.[267] In casu ging het om een beoordeling die beperkt was tot *points of law*: "As an appeal to the High Court under section 289 (1) is on a point of law, the High Court has no power to receive further evidence on primary facts". Op grond van de specifieke omstandigheden van het geval was de "scope of review of the High Court" desondanks voldoende om te voldoen aan art. 6 EVRM.

Van belang was ten eerste dat het ging om een "specialised area of law". In casu ging het om bouwrecht.

Ten tweede had de feitenvaststelling door het bestuur plaatsgevonden in een procedure met een "quasi-judicial character" waarin veel van de waarborgen van art. 6 EVRM al verzekerd waren:

> "[T]he duty incumbent on each inspector to exercise independent judgment; the requirement that inspectors must not be subject to any improper influence; the stated mission of the inspectors to uphold the principles of openness, fairness and impartiality […].".[268]

En ten derde was er sprake van een vorm van marginale toetsing door de High Court van de feitelijke vaststellingen door het bestuur:

> "[The High Court could have quashed the inspector's decision] if it had been made by reference to irrelevant factors or without regard to relevant factors; or if the evidence relied on by the inspector was not capable of supporting a finding of fact; or if the decision was based on an inference from facts which was perverse or

265 Widdershoven e.a. p. 71, 218.
266 Vgl. Widdershoven e.a. p. 218.
267 Zie ook Widdershoven e.a. 2001 p. 37.
268 Overw. 46.

irrational in the sense that no inspector properly directing himself would have drawn such an inference […]."[269]

De High Court was in deze zaak de eerste en enige nationale rechterlijke instantie.

Het lijkt erop dat de beperking waar de High Court onder werkte veel verder gaat dan de bewijsfuik, maar toch aanvaardbaar is onder de genoemde omstandigheden. Uit deze uitspraak blijkt dat de bewijsfuik aanvaardbaar is, zolang voldoende duidelijkheid aan belanghebbenden wordt gegeven omtrent de aan te voeren feiten.[270]

Bryan vs. the United Kingdom lijkt meer van belang voor de vraag onder welke voorwaarden een marginale toetsing geen strijd oplevert met de eis van full jurisdiction.

4.5.5 A judicial body

Als laatste wil ik nog opmerken dat als de rechtbank in eerste aanleg al voldoet aan de eis van full jurisdiction, dan wat het bestuurstraject betreft aan deze eis is voldaan. Er hoeft slechts één *judicial body* te zijn die voldoet aan de vereisten van art. 6 EVRM en die *full jurisdiction* heeft. De instantie in appel hoeft niet meer aan alle eisen te voldoen en de vraag of een bewijsfuik of een argumentatieve fuik in strijd is met de eis van *full jurisdiction* speelt daar dus niet meer.

4.6 Het beginsel van hoor en wederhoor en de fuiken

Op grond van het beginsel van hoor en wederhoor moet een partij voldoende gelegenheid krijgen om de rechter van haar gelijk te overtuigen, en om al hetgeen aan te voeren dat zij hiervoor van belang acht (zie hoofdstuk 4 § 2.1.1). Het gelijk voor de appellant is hier dat het besluit onrechtmatig is. De vraag is of de argumentatieve fuik of de bewijsfuik in strijd komen met dit beginsel.

Noch de argumentatieve fuik noch de bewijsfuik maken het aanvoeren van 'al hetgeen' onmogelijk. Zij stellen hier slechts een nadere eis. Ook bij het bestaan van deze fuiken hebben appellanten de gelegenheid om al hun feiten en gronden aan te voeren, maar zij moeten de feiten wel uiterlijk in bezwaar al aanvoeren en een basis leggen voor de gronden in het debat in bezwaar.

De vraag is of er nog sprake is van voldoende gelegenheid. Ook hier komt het weer neer op duidelijkheid: de belanghebbende moet weten wanneer hij wat moet aanvoeren en wat de consequenties ervan zijn als hij dit niet doet. Nu het bij bestuurszaken meestal gaat om belanghebbenden die geen verstand

269 Overw. 44, tweede alinea.
270 Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 218/219.

hebben van bestuursrecht, zal het bestuursorgaan duidelijk moeten aangeven wat de taak van de belanghebbende is en welke consequenties er verbonden kunnen worden aan het niet aanvoeren van relevante feiten en gronden in bezwaar. Dan is voldaan aan de eis dat partijen voldoende gelegenheid moeten hebben om al datgene aan te voeren dat zij willen aanvoeren. Op zich zijn de argumentatieve fuik en de bewijsfuik dus niet in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor.

In het deel 'Hoger beroep' wordt het standpunt ingenomen dat terughoudend moet worden omgegaan met het toelaten van nieuwe gronden en verweren in appel als er sprake is van een drie- of meerpartijen geschil. Alle (weder)partijen moeten zich op grond van het beginsel van hoor en wederhoor tegen deze nieuwe elementen kunnen verweren en het is mogelijk dat niet alle oorspronkelijke belanghebbenden nog aan het beroep in hoger beroep deelnemen.[271] Hoewel deze overweging betrekking heeft op de situatie in appel, geldt zij ook voor de fase van het beroep in eerste instantie.

Het is mogelijk dat niet alle belanghebbenden beroep hebben ingesteld en dat bepaalde belanghebbenden hier dus nog geen partij zijn. De beroepsgronden, de motivering van het besluit en de bekende feiten waren voor deze derde-belanghebbenden geen reden om deel te nemen aan het beroep. Als later nieuwe elementen worden aangevoerd dienen de derde-belanghebbenden nog wel de gelegenheid te krijgen om zich tegen deze nieuwe elementen te verweren.

Dit hoeft geen probleem te zijn. Art. 8:26 Awb biedt deze belanghebbenden de mogelijkheid om de rechter te verzoeken hen toe te staan om aan het geding deel te nemen als partij. Vaak echter zullen deze derde-belanghebbenden niet op de hoogte zijn van het bestaan van de nieuwe elementen. Als zij niet om deelname verzoeken, kan de rechter hen hiertoe uitnodigen. Het gaat immers om bekende belanghebbenden. Als de rechter de nieuwe elementen wil meenemen is hij mijns inziens ook verplicht de derde-belanghebbenden uit te nodigen. Zeker als de nieuwe elementen zouden (kunnen) leiden tot een verslechtering van hun positie. Het recht van deze belanghebbenden om zich te verweren is daarmee voldoende gewaarborgd. Als zij er ondanks de uitnodiging van de rechter voor kiezen om niet deel te nemen aan het beroep, hebben zij daarmee afstand gedaan van hun recht om zich te verweren. Dit recht kan niet meer worden tegengeworpen aan de appellant die nieuwe elementen wil aanvoeren.

Soms kan het uitnodigen van de derde-belanghebbenden, en hun deelname, zonder al te veel moeite in de procedure ingepast worden. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de nieuwe elementen ruim voor de zitting worden ingebracht. De derde-belanghebbenden kunnen dan kennisnemen van de nieuwe elementen, zij kunnen hun standpunt schriftelijk uiteenzetten en de overige partijen

271 Widdershoven e.a. 2001 p. 39.

kunnen hiervan kennisnemen zonder dat dit leidt tot een verlenging van de procedure. Dit is anders als de nieuwe elementen bijvoorbeeld pas tijdens de zitting worden ingebracht. In dat geval leidt het uitnodigen van de derde-belanghebbenden tot een verlenging van de procedure. Dit kan in strijd komen met de goede procesorde (zie § 3.6).

Als de rechter er voor kiest om de derde-belanghebbenden niet, via art. 8:26 Awb of anderszins, toe te staan om hun standpunt omtrent de nieuwe elementen uiteen te zetten, kan hij geen rekening houden met deze nieuwe elementen. In ieder geval niet als en voorzover deze leiden tot een (feitelijke of juridische) verslechtering van de positie van de derde-belanghebbenden.

Gezien de bevoegdheid van art. 8:26 Awb leidt het beginsel van hoor en wederhoor niet tot een argumentatieve of bewijsfuik. Het is daarentegen mogelijk dat nieuwe elementen niet kunnen worden meegenomen, omdat de rechter oordeelt dat er in de betreffende fase van het proces geen ruimte is voor de verlenging van de procedure waartoe het uitnodigen van de derde-belanghebbenden zou leiden. De basis van deze beperking ligt echter in de goede procesorde en niet zozeer in het beginsel van hoor en wederhoor.

4.7 De argumentatieve fuik en de bewijsfuik tot besluit

Zowel de Commissie Boukema als de Commissie Rechtsbescherming doen de aanbeveling dat noch de argumentatieve fuik noch de bewijsfuik voor de procedure in eerste aanleg worden aanvaard. Nieuwe feiten, bewijs en gronden mogen niet buiten beschouwing worden gelaten op de enkele grond dat zij niet al in de bestuurlijke fase zijn aangevoerd terwijl dit wel mogelijk was. Dit is alleen anders als dit bewijs, deze feiten of deze gronden betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet is aangevochten.[272]

De onderzoekers van het deel Hoger Beroep doen de volgende aanbeveling aan de rechtspraak: het niet reeds aanvoeren van feitelijke gegevens en bewijs in de bestuurlijke (bezwaren)fase dient alleen in uitzonderingssituaties ertoe te leiden dat deze niet meer bij de eerste rechter kunnen worden aangevoerd. Van een uitzonderingssituatie is sprake als dit welbewust of met aan opzet grenzende nalatigheid is geschied. Voor het overige dient deze 'fout' te worden verdisconteerd in de proceskostenveroordeling en bij het toekennen van schadevergoeding.[273]

Bij deze aanbevelingen sluit ik mij aan, waarbij ik kies voor de aanbeveling van de onderzoekers om slechts bij opzet of grove nalatigheid de nieuwe feiten

272 Allewijn 2004 p. 285; Commissie Boukema 2002 p. 21, 83/84; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 112-114, 172; vgl. ook Widdershoven e.a. 2001 p. xx, 230; Widdershoven e.a. 2002 p. 169.

273 Widdershoven e.a. 2001 p. 230.

toch niet mee te nemen. Als het bestuursorgaan aan zijn voorlichtingsplicht voldoet, zal deze uitzonderingssituatie zich overigens regelmatig voordoen. Het is ook van belang op welk moment binnen het geding de nieuwe feiten worden aangevoerd. Zo zal eerder van nalatigheid gesproken kunnen worden als dergelijke feiten pas ter zitting worden aangevoerd dan als zij al bij het beroepschrift worden ingebracht.

4.7.1 De bewijsfuik

Bij een afweging van de voordelen en de nadelen, ben ik er niet van overtuigd dat de bewijsfuik een verbetering van het bestuursproces oplevert. De voornaamste reden hiervoor is dat de ruimte voor de belanghebbende om bij de rechter de rechtmatigheid van het besluit aan de orde te stellen te veel wordt beperkt. De ruimte die over zou blijven is bijzonder beperkt, zeker in het licht van het 'vereiste' van een faciliterend procesrecht als gevolg van de machtige positie die het bestuur in de maatschappij inneemt.

Daarbij kunnen de voordelen van de bewijsfuik veelal ook op een minder rigoreuze wijze bereikt worden. Het feit dat feiten en bewijs pas in beroep mogen worden aangevoerd, wil immers niet zeggen dat er in het geheel geen consequenties verbonden zouden moeten worden aan het verwijtbaar laat aanvoeren van deze elementen.[274]

De appellant heeft door deze handelswijze onnodig middelen van het bestuur en de rechterlijke macht bezet. Hiervan mag hij dan (deels) de kosten dragen. Appellant zal zijn eigen kosten van de beroepsprocedure moeten dragen ook als het beroep gegrond wordt verklaard. Ook het achterwege laten van het vergoeden van het griffierecht[275] moeten tot de mogelijkheden behoren in de zin dat als een beroep gegrond wordt verklaard, het griffierecht toch niet wordt vergoed. Dit als aan de vernietiging van het besluit feiten ten grondslag liggen die appellant pas voor de rechter heeft aangevoerd terwijl dit ook in bezwaar had gekund en de appellant al in bezwaar wist dan wel had moeten weten dat deze feiten relevant waren en door hem ingebracht hadden moeten worden. Hiervoor zal art. 8:74 Awb wel moeten worden aangepast.

Ook is er in die gevallen geen reden voor schadevergoeding. Het bestuursorgaan heeft immers aan zijn onderzoeksplicht voldaan en het feit dat bepaalde feiten in prima en in bezwaar niet zijn meegenomen is aan de belanghebbende te wijten. De schade die hierdoor ontstaat, dient dan ook voor rekening van de belanghebbende te blijven.

Er is pas sprake van het verwijtbaar laat aanvoeren van feiten en bewijs als het gaat om feiten of bewijs die behoren tot het bewijsdomein van de

274 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 110, 114; Widdershoven e.a. 2001 p. xx, 79, 230; Widdershoven e.a. 2002 p. 169; Damen 1999 p. 29, 33.

275 Vgl. Widdershoven e.a. 2002 p. 169; Commissie Boukema 2002 p. 35.

burger. Als het inbrengen van de feiten of bewijs tot de taak en verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan behoren, kan het niet aan de belanghebbende verweten worden dat de feiten niet in de bestuursfase waren meegenomen.

Verder moet het duidelijk zijn geweest dat deze feiten relevant waren en derhalve aangevoerd dienden te worden. Het bestuursorgaan heeft een voorlichtingsplicht voorzover het de belanghebbende niet anderszins duidelijk moet zijn geweest dat het aan hem was om de feiten of bewijs in te brengen. Zo mag van rechtsbijstand die vaker met het betreffende type besluit te maken heeft gehad, verwacht worden dat op eigen initiatief de feiten of bewijs worden ingebracht die onder het bewijsdomein van de belanghebbende vallen in plaats van te wachten op een verzoek van het bestuursorgaan.

Bovenstaande betekent wel dat de proceskosten- en griffierechtregelingen anders en meer genuanceerd toegepast moeten gaan worden.

4.7.2 De argumentatieve fuik

Ik sluit mij ook aan bij de aanbevelingen wat betreft de argumentatieve fuik. Deze fuik dient niet zozeer betrekking te hebben op de gronden van beroep, maar op onderdelen van het besluit. Bij de heroverweging in bezwaar vormen deze onderdelen de grenzen. Als een onderdeel van het primaire besluit niet in bezwaar wordt bestreden en daarmee buiten de heroverweging in bezwaar ligt, zou de argumentatieve fuik moeten betekenen dat dit onderdeel niet voor het eerst in beroep kan worden bestreden. Gronden die tegen dit tot dan toe onbestreden onderdeel zijn gericht, kunnen niet voor het eerst in beroep worden aangevoerd. Nieuwe gronden die betrekking hebben op al bestreden delen kunnen wel voor het eerst in beroep worden aangevoerd.

Het enkele feit dat een grond niet eerder is aangevoerd is op zich dus niet zo relevant en op zich ook geen reden om de grond niet mee te nemen.

12 De beoordeling door de bestuursrechter

1 INLEIDING

De bevoegdheden van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb worden toegepast bij de beoordeling die de bestuursrechter moet maken. Deze bevoegdheden krijgen in zekere zin pas betekenis door ze te plaatsen in de context van deze beoordeling. In dit hoofdstuk zullen drie aspecten van deze beoordeling aan de orde komen. Ten eerste wordt de taak van de bestuursrechter behandeld (§ 2). Daarna zullen in § 3 de grenzen van de rechtsstrijd besproken worden. Als laatste komt het verbod van reformatie in peius aan de orde (§ 4).

2 DE TAAK VAN DE BESTUURSRECHTER

In deze paragraaf zal ik de taak van de bestuursrechter behandelen. In het burgerlijk procesrecht is het de taak van de rechter om te beoordelen of het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering rechtvaardigt. Deze taakomschrijving past niet bij de bestuursrechter aangezien het object in het bestuursprocesrecht niet de vordering is, maar het bestreden besluit.

Ik zal om te beginnen kort de loop van het bestuurstraject weergeven bezien vanuit het besluit (§ 2.1). Hieruit blijkt dat in het bestuursproces twee fasen onderscheiden worden. In § 2.2 zal ik deze scheiding bespreken. Vervolgens wordt de taak van de bestuursrechter in deze fasen besproken (§ 2.3). Dan wordt in § 2.4 een aantal elementen van de taakomschrijving in de eerste fase nader besproken. Vervolgens komt de rol van de vordering bij de taak van de bestuursrechter aan de orde (§ 2.5) en als laatste zal de vraag behandeld worden in hoeverre geschillenbeslechting tot de taak van de bestuursrechter behoort (§ 2.6).

2.1 De loop van het bestuurstraject

Het traject begint als het bestuur ambtshalve of op verzoek een primair besluit neemt. Meestal staat niet direct beroep op de bestuursrechter open, maar zal de appellant eerst bezwaar moeten indienen bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Tegen dit besluit op bezwaar kan beroep

worden ingesteld bij de bestuursrechter. Het besluit dat de rechter beoordeelt is dus meestal een besluit op bezwaar.[1]

Als het bestreden besluit niet onrechtmatig wordt bevonden, wordt het beroep ongegrond verklaard.[2] Het bestuursproces is daarmee wat deze instantie betreft ten einde gekomen.

Als de rechter oordeelt dat het besluit onrechtmatig is, wordt het beroep gegrond verklaard en wordt het besluit vernietigd.[3] Vernietiging van het besluit (of als dit mogelijk is slechts het onrechtmatige deel) is de voorgeschreven sanctie voor onrechtmatigheid. De enige uitzondering hierop is als de rechter ervoor kiest om art. 6:22 Awb toe te passen. Dit artikel bepaalt dat de bestuursrechter bevoegd is om een besluit ondanks schending van een vormvoorschrift in stand te laten indien blijkt dat de belanghebbenden door de schending van het vormvoorschrift niet zijn benadeeld. In dit geval leidt de onrechtmatigheid van het besluit niet tot vernietiging van het besluit. Als art. 6:22 Awb wordt toegepast, wordt het beroep ongegrond verklaard.[4]

Vernietiging van het besluit houdt in dat de rechtsgevolgen van het besluit worden vernietigd. In juridische zin heeft het besluit nooit bestaan.[5] Feitelijke gevolgen worden natuurlijk niet met de vernietiging van het besluit uitgewist. Het is aan het bestuur om ervoor te zorgen dat deze feitelijke gevolgen worden teruggedraaid, voorzover deze niet (opnieuw) gedekt worden door een vervangend besluit of de rechterlijke uitspraak.

Als het besluit wordt vernietigd is daarmee de zaak meestal niet afgelopen. Het besluit dat wordt vernietigd is meestal immers het besluit op bezwaar. Dit betekent dat er door de vernietiging van het besluit in beroep nu (weer) een bezwaarschrift open ligt waarop nog niet is beslist.[6] De taakverdeling tussen rechter en bestuur die ten grondslag ligt aan het bestuursprocesrecht is dat het nemen van besluiten primair behoort tot de verantwoordelijkheid van het bestuur en dat de rechter het genomen besluit 'slechts' toetst.[7] Het is dus in principe aan het bestuur om verder actie te ondernemen als een besluit onrechtmatig wordt bevonden. Als er nog iets moet gebeuren naar aanleiding van de gegrondverklaring in beroep, zoals bijvoorbeeld het nemen van een vervangend besluit na de vernietiging van het bestreden besluit, is dit dan ook in principe een taak voor het bestuursorgaan.

Onder de Awb heeft de rechter echter ook bevoegdheden om de zaak zelf definitief af te doen dan wel de definitieve afdoening van de zaak te bespoedigen. Een van deze bevoegdheden is de al eerder genoemde bevoegdheid om het besluit ondanks schending van een vormvoorschrift in stand te laten op

1 Vgl. PG Awb II p. 470.
2 Art. 8:70 Awb.
3 Art. 8:70 Awb respectievelijk 8:72 lid 1 Awb.
4 Schreuder-Vlasblom 1996 p. 177.
5 PG Awb II p. 470; Ten Berge 1999 p. 142.
6 PG Awb II p. 470.
7 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 194.

grond van art. 6:22 Awb. De rechter ontneemt het bestuursorgaan de noodzaak tot actie door het besluit ondanks onrechtmatigheid niet te vernietigen.

Daarnaast heeft de bestuursrechter de bevoegdheid om: te bepalen dat de rechtsgevolgen van het (vernietigde deel van het) besluit in stand blijven;[8] te bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het besluit of het vernietigde deel daarvan;[9] het bestuursorgaan op te dragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak;[10] het bestuursorgaan een termijn te stellen voor het nemen van een nieuw besluit of het verrichten van een andere handeling[11] of een dwangsom te verbinden aan het (tijdig) voldoen aan de uitspraak.[12]

Kenmerkend van deze bevoegdheden is dat ze de rechter de mogelijkheid geven om invloed uit te oefenen op hetgeen moet gebeuren nadat is geconstateerd dat het besluit onrechtmatig is. Bij de meest vergaande bevoegdheden, zoals het zelf in de zaak voorzien of gedektverklaring, maakt het rechter het geschil bovendien zelf af. Maar ook bij de wat minder vergaande bevoegdheden, zoals het bepalen van een termijn en het opleggen van een dwangsom, houdt de rechter zich bezig met hetgeen moet gebeuren na de beoordeling van het besluit.

2.2 Twee fasen in het bestuursproces

Zoals uit § 2.1 blijkt kunnen er in het bestuursproces twee fasen onderscheiden worden. In de eerste fase wordt de rechtmatigheid van het besluit (op bezwaar) beoordeeld. In de tweede fase wordt het geschil omtrent het besluit (gedeeltelijk) door de rechter afgedaan althans oefent de bestuursrechter na vernietiging invloed uit op de verdere gang van zaken omtrent het besluit via bijvoorbeeld het geven van opdrachten of het opleggen van een dwangsom.

Het zal duidelijk zijn dat de tweede fase alleen kan intreden als het besluit onrechtmatig wordt bevonden. Als het besluit niet onrechtmatig wordt bevonden, is er onder het systeem van de Awb geen taak voor de bestuursrechter om verder op te treden. Het geschil omtrent het besluit wordt in dat geval beëindigd met het oordeel dat het beroep ongegrond is.

Het is bij deze twee fasen een kwestie van wel te onderscheiden, maar niet te scheiden. Het bestuursproces bestaat niet uit twee fasen die strikt gescheiden chronologisch na elkaar worden afgehandeld. Tijdens de procedure zullen beide fasen van de procedure aan de orde komen. De rechter zal echter wel

8 Art. 8:72 lid 3 Awb.
9 Art. 8:72 lid 4 laatste deel Awb.
10 Art. 8:72 lid 4 eerste deel Awb.
11 Art. 8:72 lid 5 Awb.
12 Art. 8:72 lid 7 Awb.

moeten opletten dat hij pas van zijn tweede fase bevoegdheden gebruik kan maken als het bestreden besluit onrechtmatig is bevonden.

Volgens het systeem van de Awb is vernietiging alleen dus niet langer de hoofdregel. Onder de Awb heeft de rechter ook duidelijk een taak nadat het besluit onrechtmatig is bevonden. Hij zal na de constatering dat het besluit onrechtmatig is, steeds moeten nagaan of hij gebruik moet maken van zijn bevoegdheden om het geschil nu al (gedeeltelijk) definitief te beslechten.[13]

Enige voorzichtigheid is hierbij geboden. Bij de tweede fase bevoegdheden neemt de bestuursrechter in zekere zin (gedeeltelijk) de taak over van het bestuur om actie te ondernemen nadat het besluit onrechtmatig is bevonden, althans bepaalt hij mede welke actie het bestuur kan of moet ondernemen. Bij een uitspraak waar de rechter zelf in de zaak voorziet, neemt hij zelfs het vervangende besluit (op bezwaar) in plaats van het bestuur. Maar ook bij het geven van een opdracht, het stellen van een termijn en het opleggen van een dwangsom bemoeit de rechter zich met hoe in casu bestuurd moet worden. Onder het huidige systeem is het echter niet de bedoeling dat de rechter de bestuurstaken van het bestuur gaat uitoefenen. De rechter zal slechts gebruik mogen maken van zijn tweede fase bevoegdheden als dit 'op zijn plaats is'. Slechts dan mag de rechter handelen in plaats van het bestuur. Buiten het geval dat er nog maar één uitkomst mogelijk is, is het onduidelijk wanneer het gebruik van deze tweede fase bevoegdheden op zijn plaats is.

In sommige gevallen zal de rechter verplicht zijn om zelf in de zaak te voorzien. Art. 8:72a Awb zal na invoering van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht bepalen dat indien de rechtbank een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, zij een beslissing omtrent het opleggen van de boete neemt en bepaalt dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking.

Bij het gebruik van deze tweede fase bevoegdheden moet er een evenwicht gevonden worden tussen enerzijds het belang om de zaak definitief af te doen om bijvoorbeeld proceseconomische en efficiëntie redenen en anderzijds het behouden van de taakverdeling tussen rechter en bestuur.[14] In veel gevallen bestaat het bestuursproces dan ook slechts uit de eerste fase.

2.3 De taken van de bestuursrechter

De taak van de rechter verschilt per fase. In de eerste fase is het de taak van de bestuursrechter om de rechtmatigheid van het bestreden besluit te toetsen op grond van de feitelijke en juridische situatie op het moment dat het besluit werd genomen.[15] Over deze taakomschrijving bestaat geen verschil van mening.

13 Allewijn 1998 p. 293.
14 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 194, 197.
15 Vgl. PG Awb II p. 501; Tak 1995 p. 173; Widdershoven 1994 p. 218, 220.

Deze taakomschrijving past echter duidelijk niet bij de taak van de bestuursrechter in de tweede fase. In deze latere fase beoordeelt de rechter niet langer het besluit, maar draait de beoordeling om hetgeen moet gebeuren nu is vastgesteld dat het besluit onrechtmatig is. Het is minder makkelijk om voor deze fase een taakomschrijving te vinden, met name omdat in de literatuur weinig is te vinden over een taakomschrijving voor deze fase. Dit laatste komt waarschijnlijk omdat de precieze taak van de rechter in deze fase nog in ontwikkeling is.

Uit de literatuur en jurisprudentie valt een aantal elementen op te maken die gezamenlijk de taak van de bestuursrechter in de tweede fase geven. Het eerste element is het volgende. Een belangrijke overweging bij de totstandkoming van de Awb was dat de gevoerde procedures een definitief resultaat moeten opleveren. Vernietigingen waar de justitiabelen niets mee opschieten dienen dan ook zoveel mogelijk vermeden te worden.[16] Verder werd overwogen dat bestuursgeschillen zo spoedig mogelijk dienen te worden afgedaan en dat de procedure als geheel, dus al vanaf de bestuurlijke besluitvorming in prima, niet langer mag duren dan strikt noodzakelijk.[17] Hiertoe heeft de rechter de bevoegdheden van de art. 6:22 en 8:72 de leden 3, 4, 5 en 7 Awb gekregen. Het doel van deze bevoegdheden is om de rechter de mogelijkheid te geven om nadat het besluit onrechtmatig is bevonden, de zaak definitief te beslechten of althans de definitieve afdoening van de zaak te bespoedigen.

Zoals gezegd mag de rechter slechts gebruik maken van deze bevoegdheden als dit 'op zijn plaats' is. In principe blijft de taakverdeling tussen rechter en bestuur behouden: het bestuur neemt de besluiten en de rechter beoordeelt deze. Voorzover na de rechterlijke toets opnieuw rechten moeten worden vastgesteld is dit in principe een taak voor het bestuursorgaan.[18]

Dit 'op zijn plaats zijn' geldt niet alleen voor de vraag of de rechter zal handelen in de tweede fase, maar ook voor welke bevoegdheid de rechter in dat geval zal gebruiken. De Awb geeft de rechter de mogelijkheid om zijn handelen in deze fase aan te passen aan mate waarin 'rechterlijk besturen' nodig is. De mogelijkheden variëren van het stellen van een termijn tot het zelf nemen van het vervangende besluit.

Een tweede element is dat dit (gedeeltelijk) definitief beslechten ex nunc plaatsvindt.[19] De rechter zal in deze fase uitgaan van de feitelijke en juridische situatie op het moment van de rechterlijke uitspraak. Hij zal dus rekening moeten houden met alle nieuwe feiten en wijzigingen in het recht die hebben plaatsgevonden na het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen.[20]

---

16 PG Awb I p. 313; PG Awb II p. 175, 460, 470.
17 PG Awb II p. 175, 460.
18 Vgl. Verheij 2003 p. 28-29, 43; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 194.
19 Vgl. Allewijn & Ten Berge 1999 p. 24; Bruning 1994 p. 455; Tak 1995 p. 167.
20 Vgl. PG Awb II p. 470/471.

Dit zou het bestuursorgaan immers ook moeten doen en de rechter handelt hier in de plaats van het bestuursorgaan.

De voorgaande elementen samenvoegend, kom ik tot de volgende taakomschrijving: de taak van de bestuursrechter in de tweede fase is om, zo dit op zijn plaats is, het geschil met betrekking tot het besluit ex nunc (gedeeltelijk) definitief te beslechten door middel van de relevante bevoegdheden van art. 6:22 of art. 8:72 Awb.

Ik zal mij in dit proefschrift verder beperken tot de eerste fase.

2.4 De taak van de bestuursrechter in de eerste fase: een ex tunc beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit

De taak van de bestuursrechter in de eerste fase is het ex tunc beoordelen van de rechtmatigheid van het besluit. Ik zal drie van de elementen in deze omschrijving nader behandelen. Om te beginnen het element dat het gaat om het beoordelen van een genomen besluit (§ 2.4.1). Vervolgens komt het element 'ex tunc' aan de orde (§ 2.4.2) en in het verlengde daarvan de kwestie van een 'ex nunc' beoordeling in het huidige systeem (§ 2.4.3). Het derde element dat wordt behandeld is 'rechtmatigheid' (§ 2.4.4).

2.4.1 Beoordeling van een besluit

In het bestuursrecht gaat het (in de eerste fase) om het beoordelen van een genomen bestuursbesluit. Het is niet de taak van de bestuursrechter om te beoordelen welk besluit het bestuursorgaan had moeten nemen of welk besluit naar het oordeel van de rechter het meest is aangewezen. De rechter moet slechts nagaan of het bestuur bij het nemen van het besluit het juiste recht juist in acht heeft genomen. Als dus bijvoorbeeld een besluit op een aanvraag is genomen is het slechts de taak van de rechter om te beoordelen of dit besluit rechtmatig is. Het is niet de taak van de rechter om te beoordelen of de aanvraag, alle feiten en recht in ogenschouw nemend, toe- dan wel afgewezen moet worden.

In een zaak van de Afdeling van 21 april 2004[21] heeft het bestuur een bouwvergunning voor de bouw van twee zomerhuisjes geweigerd omdat niet was voldaan aan de eis van art. 2.9 lid 2 van het bestemmingsplan. De rechtbank oordeelt dat de twee zomerhuizen niet ten behoeve van een kampeercentrum worden opgericht, en dat de bouwplannen niet in overeenstemming zijn met art. 2.9 lid 1 van de planvoorschriften. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank hiermee buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, nu het

21 ABRvS 21 april 2004, AB 2004, 379 (m.nt. TN onder AB 2004, 380); zie voor andere voorbeelden ABRvS 29 sept. 2004, AB 2004, 415 (m.nt NV); ABRvS 1 okt. 2003, AB 2004, 50 (m.nt. TN); ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 67 (m.nt. A.T. Marseille).

beroep van appellant zich alleen richtte tegen de weigering op de grond dat niet aan art. 2.9 lid 2 was voldaan.

De rechter is hier echter niet alleen buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, maar ook buiten het bestreden besluit. De taak van de bestuursrechter was hier beperkt tot het oordeel of de weigering op grond van art. 2.9 lid 2 rechtmatig was, aangezien dit het besluit was. Door te beoordelen of er andere gronden waren op grond waarvan de aanvraag kon worden geweigerd, heeft de rechter de aanvraag beoordeeld. Als het bestreden besluit onrechtmatig was, was het in beginsel aan het bestuursorgaan om de aanvraag (in bezwaar) opnieuw te beoordelen en om te bepalen of de aanvraag op andere gronden geweigerd moest worden.

De rechter kan alleen dan de aanvraag beoordelen als het bestreden besluit vernietigd moet worden en er reden is om zelf in de zaak te voorzien. Hiervan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als ook de tweede weigeringsgrond in bezwaar of beroep (voldoende) onderwerp van discussie is geweest en duidelijk is dat het bestuursorgaan op deze grond zou weigeren als de zaak zou worden 'terugverwezen'.

Er moet wel een onderscheid gemaakt worden tussen het aanvullen van de motivering van het besluit (naar aanleiding van de beroepsgronden) en het wijzigen van de motivering.[22] De beroepsgronden kunnen voor het bestuur aanleiding zijn om bepaalde aspecten van de motivering van het besluit nader uit te werken. Hierbij blijft het gaan om hetzelfde besluit. Als het besluit echter van een geheel nieuwe motivering wordt voorzien is er sprake van een nieuw besluit. De bestuursrechter mag wel met nieuwe feiten de bestaande motivering staven, maar hij mag niet zo ver gaan dat hij de motivering wijzigt. Dit laatste is in beginsel aan het bestuur.

De grens tussen het aanvullen van de motivering en het wijzigen daarvan is vaag. In bezwaar is dit meestal geen probleem aangezien, uitzonderingen daargelaten, in de beslissing op bezwaar het besluit van een andere motivering kan worden voorzien.[23] De bestuursrechter zal er echter op moeten letten dat hij bij de motivering van zijn uitspraak niet te ver gaat en in feite het besluit van een andere motivering voorziet. Als de rechter hier wel voor kiest, zal hij eerst het bestreden besluit moeten vernietigen om vervolgens zelf in de zaak te voorzien.

2.4.2 Ex tunc

Een belangrijk uitgangspunt van het bestuursprocesrecht is dat de rechter het besluit ex tunc beoordeelt. Dit wil zeggen dat de rechter het besluit beoordeelt op basis van de feitelijke en juridische situatie zoals die bestond op het moment

22 Vgl. De Bock 2004 p. 24 ev.
23 Vgl. De Bock 2004 p. 25.

dat het besluit werd genomen.[24] De rechter beoordeelt immers niet welk besluit het bestuur nu zou moeten nemen, maar of het besluit toentertijd al dan niet in strijd was met het recht. Het gaat hier meestal om de situatie op het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen, aangezien dit het besluit is dat over het algemeen door de bestuursrechter wordt getoetst. Wijzigingen die na het besluit op bezwaar in de feitelijke of juridische situatie zijn opgetreden, zijn voor de beoordeling van het besluit dus meestal niet relevant.

De werkelijk toenmalige feitelijke situatie

De rechter moet zijn oordeel baseren op de werkelijke toenmalige feitelijke situatie. Als tijdens het proces blijkt dat de toenmalige situatie anders was dan door het bestuur was vastgesteld, wordt het besluit beoordeeld op grond van de situatie zoals die bij nader inzien blijkt te zijn geweest.[25] Het is dus mogelijk dat het besluit wordt beoordeeld op grond van een feitelijke situatie die afwijkt van de vastgestelde feitelijke situatie in bezwaar.

Het kan bijvoorbeeld gaan om feiten die al wel bestonden op het moment dat het besluit werd genomen, maar die het bestuursorgaan toen niet kende en dus niet heeft meegenomen bij het nemen van het besluit. Deze nieuwe feiten moeten in principe worden meegenomen door de rechter bij de beoordeling van het besluit. Het gaat dan niet om feiten die nieuw zijn in de zin dat deze feiten na nemen van het besluit zijn opgetreden, maar om feiten die nieuw zijn ten opzichte van de feitelijke grondslag waarop het besluit toentertijd is genomen.

Een ander voorbeeld van een wijze waarop de feitelijke situatie bij de rechter kan verschillen van de feitelijke situatie bij het bestuursorgaan is het volgende. Het is mogelijk dat de appellant pas tijdens het beroep slaagt in het bewijs van wel al aangevoerde feiten. Hierdoor zal de feitelijke grondslag waarop de rechter het besluit beoordeelt afwijken van de feitelijke grondslag waarop het besluit in bezwaar is genomen. Dit verschil in bewijs kan ontstaan omdat de rechter het al aangevoerde bewijs anders beoordeelt dan het bestuursorgaan of dat het bewijs pas later ontstond of bekend werd,[26] dan wel pas voor de rechter wordt aangevoerd.

De bewijsfuik kan echter wel betekenen dat de feiten of het bewijs toch niet mogen worden meegenomen (zie hoofdstuk 11 § 4.2).

---

24 Vgl. Verheij 2003 p. 35 ev.; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 182; Allewijn & Ten Berge 1999 p. 24; Ten Berge 1999 p. 135; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar 8:69, aant. 6d; Tak 1995 p. 166; Van Blommestein 2000 p. 132; Van Wijk/Konijnebelt & Van Male 1999 p. 666.

25 Vgl. Schueler 1999 p. 611; Tak 1995 p. 166; Rb Groningen 21 feb. 1994, RAwb 1994, 9.

26 Vgl. Van Blommestein 2000 p. 135/136; Schueler 1999 p. 611.

De toenmalige juridische situatie
Het kenmerk van een ex tunc beoordeling geldt ook voor het recht op grond waarvan het besluit wordt beoordeeld. De rechter zal het besluit in principe beoordelen op grond van het recht dat gold toen het besluit werd genomen.[27] Meestal is dit het moment van het besluit op bezwaar. Het gaat immers om de vraag of het bestuursorgaan zich bij nemen van het besluit aan het recht heeft gehouden.

Onder omstandigheden zal het besluit echter getoetst worden op grond van gewijzigd recht. Als het recht bijvoorbeeld intussen op grond van jurisprudentie anders geïnterpreteerd wordt, moet de rechter uitgaan van dit 'nieuwe' recht.[28] Ook zal de rechter rekening moeten houden met overgangsrecht. Het is mogelijk dat het overgangsrecht meebrengt dat het besluit moet worden beoordeeld op grond van het nieuwe recht, ook al was dit niet geldend recht op het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen.[29]

Ook hier geldt dat het besluit wordt beoordeeld op grond van de *werkelijke* toenmalige juridische situatie. Het bestuur dient immers te besluiten op grond van het geldende recht en dit recht juist toe te passen. Er is geen verantwoordelijkheid voor de belanghebbenden om het recht aan te voeren zodat het de appellant ook niet kan worden tegengeworpen dat hij bepaald recht niet heeft aangevoerd.

2.4.3 Een beoordeling ex nunc?

Het uitgangspunt van een ex tunc beoordeling is niet onbestreden. Er gaan stemmen op om de bestuursrechter de bevoegdheid te geven ex nunc te toetsen. Maar met uitzondering van het vreemdelingenrecht[30] geldt voor het bestuursprocesrecht nog steeds een beoordeling ex tunc.

---

27 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 182; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 123.
28 Vgl. Verheij 2003 p. 39.
29 Vgl. ABRvS 10 sept. 1999, AB 2000, 56; Verheij 2003 p. 43-44; anders Schreuder-Vlasblom 2001 p. 123.
30 In art. 83 Vreemdelingenwet 2000 wordt bepaald dat de bestuursrechter bevoegd is om rekening te houden met feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen:
1. De rechtbank houdt bij de beoordeling van het beroep rekening met feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd
2. Met feiten en omstandigheden, bedoeld in het eerste lid, wordt alleen rekening gehouden indien deze voor de beschikking omtrent de verblijfsvergunning, bedoeld in de artikelen 28 en 33, relevant kunnen zijn.
3. De rechtbank verzoekt Onze Minister om zo spoedig mogelijk schriftelijk aan de wederpartij en de rechtbank te laten weten of de ingeroepen feiten en omstandigheden aanleiding zijn voor handhaving, wijziging of intrekking van het bestreden besluit.

Dit wil niet zeggen dat de rechter nooit rekening zal houden met feiten die zijn opgetreden na het moment dat het besluit werd genomen. Deze feiten spelen regelmatig een rol zonder dat dit in strijd is met het uitgangspunt van een beoordeling ex tunc. Hieronder zal ik een aantal wijzen bespreken waarop deze later opgetreden feiten een rol spelen.

Later opgetreden feiten als bewijs

Eén van de wijzen waarop later opgetreden feiten een rol kunnen spelen is dat de bestuursrechter ook rekening houdt met later gebeurde feiten als bewijs voor de toenmalige situatie. Dit is geen ex nunc toetsing.[31] De rechter gebruikt slechts de later opgekomen feiten om de toenmalige werkelijke situatie vast te stellen. De rechtmatigheid van het besluit wordt nog steeds slechts getoetst op grond van de ex tunc feitelijke situatie. Een voorbeeld hiervan is een medisch onderzoek tijdens het beroep bij de rechter. Dit onderzoek zal de rechter mee kunnen nemen voorzover het iets zegt over de medische situatie van de belanghebbende op het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen.

Dat de rechter op deze wijze rekening zou kunnen houden met dergelijk bewijs is niet onomstreden. De jurisprudentie neemt de latere feiten soms wel mee, en soms weer niet.[32] De Afdeling oordeelde bijvoorbeeld in een uitspraak van 28 juni 1999[33] dat de rechtbank geen gebruik mocht maken van nieuwe medische gegevens verkregen van een door de rechter benoemde deskundige, omdat deze gegevens pas 'na het nemen van de beslissingen op bezwaar, zijn overgelegd' en aangezien de gebruikte techniek al lang bestond, stond 'niets [de belanghebbenden] in de weg deze gegevens, daargelaten de relevantie ervan, tijdig naar voren te brengen. Hieraan doet niet af dat de scans eerst later zijn gemaakt, zoals belanghebbenden ter zitting hebben betoogd.' De rechtbank mocht slechts rekening houden met de tijdens de aanvraag en bezwaar overgelegde gegevens.[34]

De vraag kan gesteld worden of de rechter ooit een deskundige kan benoemen. Zal het bij een deskundigenbericht immers niet altijd gaan om gegevens die pas na het nemen van de beslissing op bezwaar zijn overlegd? Doorslaggevend lijkt te zijn geweest dat de appellant dit onderzoek (op eigen kosten) ook in de bestuursfase had kunnen laten verrichten en dat dit ook zijn verantwoordelijkheid was. Er is dan geen ruimte voor een deskundigenbericht door de rechter op kosten van de gemeenschap. Dit heeft op zich niets te maken met de ex tunc-beoordeling, maar is een gevolg van de bewijsfuik.

31 Vgl. Verheij 2003 p. 36; Van Blommestein 2000 p. 135/136; Schueler 1999 p. 611.
32 Een voorbeeld van dit laatste is weer ABRvS 15 juli 1999, AB 2000, 141 (m.nt. CJ).
33 ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 630 (m.nt. MSV).
34 Deze jurisprudentie is op haar beurt weer bestreden door Damen: Damen 2000 p. 61 ev.

Een voorbeeld van gebruik van later opgekomen bewijs is ABRvS 20 maart 1997.[35] In deze zaak had het college van B&W geweigerd om gebruik te maken van haar bevoegdheid om met toepassing van bestuursdwang op te treden tegen een paardenpension dat in strijd met het bestemmingsplan werd uitgeoefend. Van doorslaggevend gewicht bij dit besluit was het belang van de exploitant bij de voortzetting van het paardenpension. Het college heeft er toen op gewezen dat het om een overgangssituatie ging nu zij van plan was het bestaan en uitoefening van het pension te legaliseren, uiteindelijk door herziening van het bestemmingsplan. Tot op de zitting bij de Afdeling was echter niet gebleken dat er enige actie van betekenis was genomen ter legalisering. De beslissing in beroep wordt daarom voor een half jaar aangehouden om het college de gelegenheid te geven de twijfel over de geloofwaardigheid van het geuite legaliseringsvoornemen weg te nemen door het ondernemen van daadwerkelijk stappen. Het college heeft na het verstrijken van de termijn stukken toegestuurd waaruit blijkt dat het paardenpension is gelegaliseerd. De Afdeling overweegt: 'Onder deze omstandigheden kan het er voor worden gehouden dat het *ten tijde van het nemen van het bestreden besluit[mijn cursivering]* daadwerkelijk in de bedoeling lag om tot legalisering te komen'. De Afdeling gebruikt later gebeurde feiten, zelfs ingezet door de Afdeling, om ex tunc feiten te bewijzen.

Voorzienbare feiten

In sommige gevallen zal de rechter bij het beoordelen van het besluit toch rekening moeten houden met feiten die zich pas hebben voorgedaan nadat het besluit werd genomen. Het gaat dan om feiten waarvan voorzienbaar was op het moment dat het besluit werd genomen dat deze zich zouden gaan voordoen. Omdat toen al duidelijk was dat deze feiten zich zouden voordoen, moest het bestuur deze wijziging meenemen bij het nemen van het besluit.[36] Deze vorm van toetsing wordt ook wel retrospectieve ex tunc toetsing genoemd.

Of een feit voorzienbaar was en het bestuur er dus rekening mee kon en moest houden, is vaak discutabel. Soms zal de rechter terecht het verwijt gemaakt kunnen worden dat hij achteraf 'makkelijk praten' heeft.

Na het wijzigen of vervangen van het bestreden besluit door het bestuursorgaan

Verder mag de rechter rekening houden met later gebeurde feiten als het bestuursorgaan tijdens de procedure het besluit wijzigt of vervangt in de zin van 6:18 en 6:19 Awb.[37] Dit heeft echter niets te maken met een ex nunc

35 ABRvS 20 maart 1997, AB 1997, 399.

36 Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar 8:69, aant. 6d; Van Blommestein 2000 p. 136; Schueler 1999 p. 611; Ten Berge 1999 p. 135; Verheij 2003 p. 36: Verheij noemt het rekening houden met later opgekomen bewijs retrospectieve ex tunc toetsing.

37 Vgl. Van Blommestein 2000 p. 136.

toetsing. Als het bestuur tijdens de procedure het besluit wijzigt, stelt art. 6:19 lid 1 Awb dat het beroepschrift geacht wordt ook te zijn gericht tegen het nieuwe besluit. De rechter zal het besluit beoordelen op grond van de feitelijke situatie van het moment dat het nieuwe besluit werd genomen. Wijzigingen in de feitelijke situatie tussen het moment van het oorspronkelijk bestreden besluit op bezwaar en het moment van het nieuwe besluit worden logischerwijs meegenomen bij de beoordeling van het nieuwe besluit. Dit is echter een gewone toetsing ex tunc.

Bij het definitief beslechten van het geschil
Bij het (gedeeltelijk) definitief beslechten van het geschil in de tweede fase door bijvoorbeeld zelf in de zaak te voorzien gaat de rechter uit van de situatie ex nunc. In deze fase toetst de rechter niet meer. Het besluit is onrechtmatig bevonden. Het gaat hier om de vervolghandeling. Als het bestuur de vervolghandeling zou verrichten zou zij uitgaan van de situatie op dat moment. Nu de rechter dit om bijvoorbeeld proceseconomische redenen doet, zal ook hij uitgaan van de situatie ex nunc.

Bij procedurele beslissingen van de bestuursrechter
Bij het nemen van procedurele beslissingen zal de rechter uitgaan van de situatie ex nunc. Dit vormt geen inbreuk op het kenmerk van de toetsing ex tunc. Een procedurele beslissing valt immers niet onder de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit. Dit is een processuele beslissing met betrekking tot de voor de bestuursrechter gevoerde procedure. De rechter zal hierbij uitgaan van de feitelijke situatie van dat moment en niet van de feitelijke situatie van het moment van het besluit op bezwaar.

Zo zal de bestuursrechter bij elk beroep moeten beoordelen of appellant (nog) procesbelang heeft en zal hij daarbij uitgaan van de feiten op het moment van het beoordelen van het procesbelang. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van het CBB van 15 juli 1998.[38] De wijziging in de feiten waardoor de appellant zijn procesbelang verloor, deed zich voor ruim nadat de beslissing op bezwaar was genomen.[39] Het CBB overweegt hier dat het beroep gedeeltelijk niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat door een wijziging van de opstelplaats appellant geen rechtens te honoreren belang meer heeft bij een beoordeling ten gronde van een verleende machtiging.

38 CBB 15 juli 1998, AB 1999, 85 (m.nt. GC).
39 Punt 1 van de noot van Cartigny.

2.4.4 Rechtmatigheid

De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van het besluit. Enerzijds betekent dit dat de rechter alleen de rechtmatigheid van het besluit beoordeelt, anderzijds dat de rechter het besluit zal toetsen aan al het recht.[40]

Ik begin met de beperking. De rechter houdt zich in principe niet bezig met het beleid dat het bestuur als kader voor het type bestreden besluit voert of de doelmatigheid van het besluit. Op deze gebieden is het bestuur in relatie tot de rechter autonoom. De rechter mag zich slechts uitlaten over het beleid of de doelmatigheid voorzover het bestuur daarmee ook handelt in strijd met het recht.

Dit betekent dat de rechter zich niet mag uitlaten over de doelmatigheid van het besluit of algemener de behoorlijkheid van het besluit. Een 'onheuse bejegening' die niet in strijd is met het recht is bijvoorbeeld geen grond om het besluit te vernietigen.

Als een rechtsnorm het bestuursorgaan enige beleidsruimte laat om zelf in te vullen, zoals bij discretionaire bevoegdheden, mag de rechter slechts beoordelen of het bestuur binnen de grenzen van deze ruimte is gebleven. Dat deze ruimte anders ingevuld zou kunnen worden en meer ten gunste van de appellant of dat de rechter de ruimte anders ingevuld zou hebben, brengt op zich niet mee dat het besluit dus onrechtmatig is. Slechts als bij het invullen van de ruimte het recht is geschonden is er sprake van onrechtmatigheid.

Het feit dat de rechter de rechtmatigheid van het besluit beoordeelt, betekent verder dat de rechter het besluit toetst aan al het geldende toepasselijke recht. De Awb kent geen beperking tot bepaalde beroeps- of toetsingsgronden, zodat de rechter niet bij zijn beoordeling tot dergelijke gronden is beperkt. Hij toetst zowel aan geschreven recht, zoals wetten en algemene maatregelen van bestuur, als aan ongeschreven recht, zoals algemene beginselen van behoorlijk bestuur (voorzover deze niet in de Awb zijn gecodificeerd).[41] Hij zal het besluit ook toetsen aan internationale verdragen zoals het EVRM en het gemeenschapsrecht.

Bovenstaande beperking en ruime toetsing is terug te vinden in art. 8:77 Awb waarin is bepaald dat indien de uitspraak strekt tot gegrondverklaring van het beroep, in de uitspraak wordt vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld. Enerzijds staat hier dat het recht het enige toetsingkader voor de rechter vormt. Anderzijds blijkt dat de rechter niet beperkt is tot bepaalde rechtsgronden voor gegrondverklaring. Schending van elke rechtsnorm of rechtsbeginsel is voldoende rechtsgrond voor gegrondverklaring.

---

40 Tak 1995 p. 173.

41 Vgl. PG Awb II p. 501; Allewijn 1998 p. 292; Tak 1995 p. 169, 173; Pennarts 1998 p. 57; Schlössels 1999 p. 99.

2.5 De rol van een vordering bij de beoordeling

Het is mogelijk dat een appellant in zijn beroepschrift (onverplicht) een vordering of eis opneemt waarin hij een stelling inneemt over de gewenste rechterlijke uitspraak met betrekking tot het besluit.[42] De rol van de vordering in het bestuursprocesrecht is een andere dan die in het burgerlijke procesrecht. In het burgerlijk procesrecht draait het om de toewijsbaarheid van de vordering en de vraag of de eiser recht heeft op hetgeen hij vordert. In het bestuursprocesrecht is dat niet zo. Het draait om de controle op de rechtmatigheid van het besluit. Het is het desbetreffende bestuursorgaan dat bepaalt of en in hoeverre hetgeen de appellant wenst, verwerkt kan worden of moet worden in het te nemen besluit. Hierbij past zij het recht toe, en haar eigen beleid voorzover het recht haar daartoe de ruimte laat. Deze opzet heeft tot gevolg dat de vordering in veel aspecten de rechter niet bindt.

De mogelijke rechterlijke uitspraken zijn verder in de wet vastgelegd: gegrondverklaring van het beroep (gevolgd door vernietiging van het besluit), ongegrondverklaring van het beroep, niet-ontvankelijkverklaring van het beroep en onbevoegdverklaring van de rechter. Ook is in de wet vastgelegd wanneer de rechter welke uitspraak moet doen. Een eventuele vordering van de appellant maakt niet uit voor de vraag wat de rechterlijke uitspraak zal zijn. De rechter zal de voorgeschreven uitspraak doen ongeacht een vordering van de appellant.

Ook als de appellant in de vordering een besluit met een bepaalde inhoud vordert, is de rechter hier niet aan gebonden. Vaak zal immers niet hij, maar het bestuur het vervangende besluit nemen zodat een vordering bij de rechter ook weinig zin heeft. Daarbij is de rechter in deze tweede fase beperkt door de buitengrens van de onderliggende aanvraag of wettelijke verplichting. Dit heeft bepaald wat het onderwerp van het besluit is. Het recht, en het beleid van het bestuursorgaan, bepalen vervolgens wat de inhoud van het besluit moet zijn.

Wat betreft het beoordelen van het besluit is de voornaamste rol van een vordering, lijkt mij, als richtlijn voor de mate waarin het besluit in geschil is. Een vordering is een van de elementen die bepalend zijn voor de grenzen van de rechtsstrijd.[43] Bij twijfel of de beroepsgronden tegen een bepaald onderdeel van het besluit gericht zijn, kan de vordering uitsluitsel bieden: als die onderdelen in de weg staan aan het door de appellant gewenste besluit, zijn die in geschil en vallen ze binnen de grenzen van de rechtsstrijd.

Hoewel de vordering van beperkt belang is wat betreft de beoordeling van het besluit en zelfs het definitief beslechten van het geschil, is zij van groot belang bij die uitspraken die de rechter alleen op verzoek van een partij kan

42 Onder vordering versta ik de eis of het petitum in een beroepschrift. Itt. Kooper die ook de feitelijke gronden onder de vordering brengt (Kooper 2000 p. 173).

43 Vgl. Kooper 2000 p. 173.

doen, zoals de veroordeling tot het betalen van schadevergoeding op grond van art. 8:73 Awb. Zonder verzoek zijn deze veroordelingen immers niet mogelijk.

2.6 Geschillenbeslechting als taak van de bestuursrechter?

Het wordt wel gesteld dat geschillenbeslechting wordt beschouwd als de primaire taak van de bestuursrechter.[44] Deze stelling is niet onjuist, maar er dienen wel enige kanttekeningen bij geplaatst te worden. Bij deze stelling moet een onderscheid gemaakt worden tussen wat ermee wordt bedoeld en wat zij lijkt te zeggen. Deze stelling is niet bedoeld als omschrijving van de taak van de rechter. Met deze stelling wordt bedoeld dat de rechter niet langer het besluit volledig beoordeelt, maar zich beperkt tot de mate waarin het besluit in geschil is. Voorzover het besluit niet in geschil is, moet de rechter het besluit laten rusten. In zoverre is de stelling juist.

Maar naast de bedoelde betekenis, lijkt zij ook te zeggen dat het de taak van de bestuursrechter is om geschillen tussen partijen te beslechten. In hoeverre is dit juist? Om te beginnen gaat in het bestuursprocesrecht niet om het beslechten van een tussen belanghebbenden en een bestuursorgaan bestaand geschil, maar om het beoordelen van de rechtmatigheid van een besluit. Vaak zal het besluit deel uitmaken van een breder geschil waarover de rechter niet kan beslissen. De bestuursrechter kan slechts beslissen over een geschil voorzover dit geschil deel uitmaakt van de beoordeling van de rechtmatigheid van (een onderdeel van) een besluit. Het bredere geschil wordt zeker niet door de rechter beslecht.

Zoals gezegd, beoordeelt de rechter onder de Awb het besluit slechts voorzover het in geschil is. Wat dit geschil betreft kan de rechter er volledig kennis van nemen. Als de term geschil zo wordt bezien, beoordeelt de rechter inderdaad een geschil.

De volgende vraag is of het de taak van de rechter is om dit geschil omtrent het besluit te beslechten. Enerzijds heeft de rechter bevoegdheden om het geschil te beslechten en is er het finaliteitsbeginsel, anderzijds mag de rechter niet 'op de stoel van het bestuur gaan zitten' en is het gebruik van de geschilbeslechtingsbevoegdheden verbonden aan strenge voorwaarden. Het resultaat is dat de rechter in de huidige opzet maar weinig aan de toepassing van deze bevoegdheden toekomt. Meestal zal de rechter het besluit slechts vernietigen en het aan het bestuursorgaan moeten overlaten om een vervangend besluit te nemen of andere handelingen te verrichten.

De stelling dat de taak van de rechter primair wordt beschouwd als geschillenbeslechting is dus juist in de zin dat de taak van de rechter niet langer is

44 Schreuder-Vlasblom 2001 p. 149; Allewijn 1998 p. 297.

om het besluit volledig te controleren, maar dat hij beperkt is tot de mate waarin het besluit in geschil is. Dat het primair de taak van de rechter zou zijn om dit geschil ook te beslechten is mijns inziens onjuist.

3 De grenzen van de rechtsstrijd[45]

De beoordeling die de rechter in het bestuursproces maakt, is beperkt. De eerste begrenzing ligt bij het besluit. Zoals gezegd is het bestuursprocesrecht gericht op de beoordeling van een besluit. De buitengrens van het geding wordt dan ook gevormd door het bestreden besluit zoals dat luidt of op grond van de relevante wettelijke bepalingen, het beleid van het bestuursorgaan en een eventuele onderliggende aanvraag had moeten luiden. Elementen die buiten het kader van het besluit vallen kunnen niet betrokken worden in het geding. De rechter mag dan ook niet buiten het kader van het besluit treden.[46]

Onder de Awb is de rechterlijke beoordeling verder beperkt. De bestuursrechter beoordeelt niet (langer) het volledige besluit ongeacht wat appellanten aanvoeren. De beoordeling is beperkt tot de mate waarin het besluit wordt bestreden. In de parlementaire geschiedenis wordt deze beperking gelezen in art. 8:69 lid 1 Awb.[47]

De rol die art. 8:69 lid 2 en 3 Awb (kunnen) spelen in het bestuursproces is voor een groot deel afhankelijk van de grenzen van de rechtsstrijd. Als de grenzen breder worden getrokken, spelen deze bepalingen een grotere rol. Als de grenzen beperkter worden getrokken, is de rol van deze bepalingen beperkter.[48] Een moeilijkheid is dat de Awb niet duidelijk aangeeft waar de grenzen van de rechterlijke beoordeling liggen. Als op dit punt een duidelijk stelsel zou gelden, zou het bestuursprocesrecht wat betreft art. 8:69 lid 2 en 3 Awb voor een groot deel op zijn plaats vallen.

In § 3.1 worden een aantal stelsels behandeld inzake de grenzen van de rechtsstrijd. In § 3.2 worden de procesregels besproken die door de Centrale Raad en de Afdeling op dit punt zijn ontwikkeld. Vervolgens wordt in § 3.3 aan de hand van een aantal criteria besproken welk stelsel naar mijn mening de voorkeur verdient. Daarna wordt de rechtsgrond voor de beperking van de rechtsstrijd behandeld (§ 3.4) In § 3.5 komen een aantal factoren aan de

45 Voor een ander proefschrift over de grenzen van de rechtsstrijd verwijs ik naar: p. A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer:Kluwer 2005. Dit proefschrift kon niet meer bij dit onderzoek worden meegenomen.

46 Vgl. De Bock 2004 p. 15 ev., 19 ev., 27; Widdershoven e.a. 2001 p. 80; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 181; Allewijn 1998 p. 295; Pennarts 1998 p. 58; Tak 1995 p. 155; Ten Berge, De Waard & Widdershoven e.a. 1996 p. 186; Allewijn 1994 p. 102; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 122/123.

47 PG Awb II p. 175, 463.

48 Vgl. De Bock 2004 p. 80.

orde die van belang zijn voor het bepalen van de mate waarin het besluit wordt bestreden.

3.1 De grenzen van de rechtsstrijd

Het is algemeen aanvaard, althans onder bestuursrechtjuristen, dat de rechterlijke beoordeling van het besluit onder de Awb is beperkt. De rechter beoordeelt niet langer het besluit volledig, maar beperkt zijn beoordeling tot de mate waarin het besluit wordt bestreden. De Awb zelf geeft geen aanwijzingen voor waar de grenzen van de rechterlijke beoordeling gelegd moet worden. In de parlementaire geschiedenis wordt deze begrenzing wel iets uitgewerkt maar er ontstaat geen duidelijk beeld: de rechter is beperkt tot de omvang van het geschil zoals bepaald door appellanten;[49] de rechter mag niet buiten de omvang van het geschil treden;[50] de rechter mag niet buiten de vordering treden;[51] die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen moeten door de rechter buiten beschouwing worden gelaten. Bij dit laatste wordt de kanttekening gemaakt dat de rechter niet zonder meer zal kunnen afgaan op de geformuleerde gronden. Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift kan men immers niet afleiden dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten.[52] Op grond van deze aanwijzingen is slechts duidelijk dat de rechterlijke beoordeling beperkt is tot het beoordelen van het besluit voorzover dat tussen belanghebbende(n) en het bestuursorgaan in geschil is. Maar hoe de grenzen van deze beoordeling precies bepaald moeten worden en hoe deze moeten liggen, wordt niet duidelijk.

Uit de literatuur en jurisprudentie blijkt dat auteurs en bestuursrechters het er over eens zijn dat de rechter beperkt is tot het tussen partijen bestaande geschil omtrent het besluit, dat de appellanten de omvang van het geding bepalen, dat de rechter niet buiten de grenzen van het geschil c.q. het geding mag treden en dat de rechter onderdelen van het besluit die niet zijn bestreden buiten beschouwing moet laten.[53] Buiten dit staat er weinig vast over de omvang van het geding en omvang van de rechterlijke beoordeling.

Een bestudering van literatuur waar duidelijk op dit onderwerp wordt ingegaan, levert grofweg een beeld op van twee mogelijke stelsels:[54] een grievenstelsel en een stelsel met een beperkte volledige toetsing. In het onder-

---

49 PG Awb II p. 175, 463.
50 PG Awb II p. 175, 463.
51 PG Awb II p. 463, 464.
52 PG Awb II p. 463.
53 Vgl. bv. Allewijn & Ten Berge 1999 p. 26; Bolt 1999 p. 651; Hoogenboom 1998 p. 128; Pennarts 1998 p. 59; Simon 1997 p. 302; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 41, 86; Tak 1995 p. 30,31; Bruning 1994 p. 455; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1.
54 Vgl. Allewijn 1998 p. 292.

zoek gepubliceerd onder de titel 'Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht'[55] komt een derde stelsel naar voren die beide voorgaande stelsels combineert. Dit zal ik het compromisstelsel noemen. Deze drie stelsels zullen hieronder worden besproken (§ 3.1.1. § 3.1.2 en § 3.1.3).

3.1.1 Het grievenstelsel

In het grievenstelsel is de beoordeling beperkt tot de tegen het besluit aangevoerde gronden. Als deze gronden ongegrond worden bevonden, wordt het beroep afgewezen. De rechter mag het besluit niet vernietigen op grond van een niet aangevoerde grond.[56]

Dit stelsel is te vergelijken met de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden in het burgerlijke procesrecht.[57] De beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden werkt in het kort als volgt: de burgerlijke rechter beoordeelt ten eerste of de vordering kan worden toegewezen op de door de eiser aangevoerde feitelijke gronden. Als dit zo is, beoordeelt hij of de vordering alsnog moet worden afgewezen op grond van de door de verweerder aangevoerde feitelijke gronden. Als een feitelijke grond niet is aangevoerd, mag de burgerlijke rechter de vordering niet op grond hiervan toe- respectievelijk afwijzen. Stel bijvoorbeeld dat een eiser € 1000,– vordert als schadevergoeding wegens wanprestatie en dat de vordering op deze feitelijke grond toewijsbaar is. De verweerder voert als verweer aan dat hij al betaald heeft. Dit is in dit geval de enige feitelijke grond die verweerder aanvoert. Als de rechter nu meent dat de verweerder geen schadevergoeding verschuldigd is omdat er sprake is van overmacht, mag hij de vordering niet op deze grond afwijzen. Verweerder heeft de feitelijke grond van 'overmacht' immers niet aangevoerd.

De beperking tot de feitelijke gronden in het bestuursprocesrecht onder het grievenstelsel werkt als volgt. Stel dat een appellant beroep instelt tegen een bestuursbesluit en als grond aanvoert dat een gestelde voorwaarde niet gesteld had mogen worden omdat het bestuursorgaan appellant had verzekerd dat deze voorwaarde niet gesteld zou worden. De rechterlijke beoordeling is beperkt tot de beoordeling of het stellen van deze voorwaarde rechtmatig is gezien de (beweerde) verzekering. Als het stellen van deze voorwaarde bijvoorbeeld ook in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, omdat deze niet gesteld wordt bij andere vergelijkbare besluiten, mag de bestuursrechter het beroep niet gegrond verklaren en het besluit niet vernietigen op grond van strijd met het gelijkheidsbeginsel. De feitelijke grond dat deze voorwaarde

55 J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven e.a, *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht,* Deventer:W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

56 Vgl. . Schreuder-Vlasblom 2001 p. 16, 123-126; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 119; Schreuder-Vlasblom 1994 p. 13, 19, 23, 61, 62; Hoogenboom 1998 p. 129, 130; zie ook Stroink 1999 p. 6; Allewijn 1998 p. 293.

57 Vgl. Kooper 2000 p. 173.

niet wordt gesteld bij andere vergelijkbare besluiten was immers niet aangevoerd als grond tegen het besluit.

3.1.2 Het stelsel van een beperkte volledige toetsing

Een ruimer stelsel is het stelsel van een beperkte volledige toetsing. In dit stelsel wordt de grens van de rechtsstrijd gelegd bij de bestreden onderdelen van het besluit. De rechterlijke beoordeling is beperkt tot die onderdelen van het besluit die door de appellant worden bestreden. De niet bestreden delen van het besluit liggen buiten de grenzen van de rechtsstrijd en mogen niet door de rechter beoordeeld worden.

De bestreden onderdelen worden echter volledig door de rechter beoordeeld, dus zonder een beperking tot de aangevoerde gronden. Alle rechtmatigheidsaspecten van de bestreden onderdelen worden door de rechter beoordeeld ongeacht of deze onderwerp zijn van een grond. De rol van de gronden is hier om aan te geven welke onderdelen van het besluit de appellant ter beoordeling van de rechter wil leggen. In dit stelsel kan de rechter het bestreden deel van het besluit onrechtmatig oordelen op grond van een niet door appellant aangevoerde grond zonder daarbij buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden.[58] Dit is mijns inziens een vorm van aanvullen van de feiten in de zin van art. 8:69 lid 3 Awb (zie hoofdstuk 8 § 2.2 en hoofdstuk 13 § 4.1.2 en § 4.1.5).

Het verschil met het grievenstelsel blijkt bij toepassing van het in de vorige paragraaf genoemde voorbeeld. In dat voorbeeld had de appellant beroep ingesteld tegen een bestuursbesluit en als grond aangevoerd dat een bepaalde voorwaarde niet gesteld had mogen worden omdat het bestuursorgaan appellant had verzekerd dat deze voorwaarde niet gesteld zou worden. De rechterlijke beoordeling onder het stelsel van een beperkte volledige toetsing is beperkt tot een volledige beoordeling van de rechtmatigheid van deze voorwaarde, en niet alleen tot een beoordeling op grond van, juridisch gekwalificeerd, het vertrouwensbeginsel. De rechter zal onder het stelsel van een beperkte volledige toetsing alle rechtmatigheidsaspecten van de bestreden voorwaarde moeten beoordelen. Het onderzoek moet daar ook op gericht zijn. Als nu blijkt dat het stellen van deze voorwaarde ook in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, mag de bestuursrechter het beroep wel gegrond verklaren en het besluit vernietigen op grond van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Ook als de daarvoor benodigde grond niet door appellant was aangevoerd. Deze (feitelijke) grond voor de vernietiging van het besluit wordt nu binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve door de rechter aangevuld. Mijns inziens gebeurt dit op grond van art. 8:69 lid 3 Awb.

---

58 Vgl. Stroink 1999 p. 6; Allewijn 1998 295/296; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1.

De rechter is op grond van het beginsel van hoor en wederhoor wel verplicht om ervoor te zorgen dat partijen de gelegenheid krijgen om zich over de aan te vullen (feitelijke) grond uit te laten.[59] Een praktische reden hiervoor is dat het niet met zekerheid gezegd kan worden dat het besluit daadwerkelijk in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als het debat tussen partijen niet hierop gericht is geweest.

3.1.3 Het compromisstelsel

In de periode maart 1995 tot september 1996 is onderzoek gedaan naar de werking van het bestuursprocesrecht. De bevindingen hiervan zijn gepubliceerd in het boek 'Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht'.[60] In het kader van dit onderzoek zijn interviews afgenomen met rechters, ondersteunend personeel van de rechterlijke colleges, bestuursorganen en vertegenwoordigers van cliënten en advocaten.[61] Burgers zijn niet geïnterviewd in het kader van dit onderzoek. Uit de weergave van deze interviews komt een derde stelsel naar voren: het compromisstelsel. Hieronder zal ik eerst kort de weergave van de interviews geven en vervolgens verder ingaan op het systeem.

Weergave van de interviews[62]
Eén rechtbank stelt dat niet in algemene zin valt te zeggen hoe ver de beoordeling precies gaat. Dit hangt af van het concrete geval. Een andere stelt dat de benadering van de geschillenbeslechting een mengvorm is van actief zoeken naar rechtsgronden en een grievenstelsel: "Hierbij is men geneigd een rechtsgrond die door appellant niet is aangevoerd, ambtshalve aan te vullen in het geval het gaat om een 'standaard'-rechtsgrond en de appellant geen raadsman heeft. Deze neiging wordt echter minder wanneer de appellant wel door een raadsman wordt bijgestaan. Naar rechtsgronden die zich niet aanstonds aandienen, wordt geen diepgaand onderzoek verricht. Wat betreft het ambtshalve aanvullen van dwingende rechtsgronden, volgt deze rechtbank een pragmatische koers waarbij rekening wordt gehouden met de ernst van de schending: zo zal deze rechter een bouwvergunning wel ambtshalve vernietigen bij strijd met het bestemmingsplan, maar gaat hij hiertoe niet over indien slechts een ondergeschikte bepaling uit de bouwverordening is geschonden."[63]
Een derde rechtbank liet het al dan niet ruimer beoordelen afhangen van de mate van ongelijkheidscompensatie.

---

59 Allewijn 1998 296, 298.
60 J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven e.a, *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.
61 Ten Berge e.a. 1996 p. 13.
62 Ten Berge e.a. 1996 p. 201-203.
63 Ten Berge e.a. 1996 p. 201.

Van rechtshulpverleners wordt genoteerd dat "de rechter weliswaar wat minder actief is dan 50 jaar geleden, maar dat er zeker nog geen sprake is van een grievenstelsel. Rechters gaan creatief om met de mogelijkheden van de Awb en vullen recht en feiten ambtshalve aan."[64] En verder dat "men onder de Awb nog steeds te maken heeft met actieve bestuursrechters die actief aan waarheidsvinding doen en ambtshalve beoordeling niet schuwen. In een meerderheid van zaken lopen de rechtbanken systematisch ambtshalve alle potentiële vernietigingsgronden af: ook aspecten van het geschil die door eiser niet aan de orde worden gesteld, worden in de discussie betrokken. Wat betreft dit laatste punt bepleit de desbetreffende respondent meer terughoudendheid."[65]

Van de kant van de verweerders wordt het volgende gesteld: "[De rechter is] nogal eens geneigd het geschil ambtshalve uit te breiden, waarbij ook aspecten aan de orde komen waarover in bezwaar niet is geoordeeld."[66] Andere verweerders brachten naar voren dat "de rechters nogal wat zaken in hun beoordeling betrekken die door partijen niet zijn aangevoerd; zo controleert men bijvoorbeeld ambtshalve of er al dan niet een hoorzitting heeft plaatsgevonden en of de mandatering juist is geregeld. De grenzen van de rechterlijke beoordeling zouden duidelijker moeten zijn."[67]

Het compromisstelsel zoals dat blijkt uit 'Ervaringen met de Awb'

Het stelsel zoals dat blijkt uit 'Ervaringen met de Awb' gaat verder dan het grievenstelsel, maar niet zo ver als het stelsel van een beperkte volledige toetsing. Dit compromisstelsel bestaat uit de volgende elementen. Ten eerste is de rechter bevoegd tot een beperkte volledige toetsing hetgeen inhoudt dat hij de bestreden delen volledig mag beoordelen en bevoegd is om ambtshalve feitelijke gronden aan te vullen. Het besluit kan en mag dus vernietigd worden op grond van niet aangevoerde gronden.

Het tweede element betreft de werkwijze van de rechter. De rechter beoordeelt de aangevoerde gronden uitgebreid en loopt verder de bestreden delen van het besluit na op onrechtmatigheden. Als hij bij dit nalopen ernstige of duidelijke (mogelijke) onrechtmatigheden ontdekt, zal en mag hij deze onderzoeken. Ambtshalve ontdekte onrechtmatigheden die niet ernstig en niet overduidelijk zijn, zal en mag de rechter laten rusten.

Ten derde is voor de vraag of de rechter verder ingaat op ambtshalve ontdekte onrechtmatigheden ook nog van belang de ongelijkheid tussen partijen. Bij minder ongelijkheid kan de rechter eerder een ambtshalve ontdekte onrechtmatigheid laten rusten dan bij een grotere mate van ongelijkheid.

64 Ten Berge e.a. 1996 p. 201.
65 Ten Berge e.a. 1996 p. 201/202.
66 Ten Berge e.a. 1996 p. 202.
67 Ten Berge e.a. 1996 p. 202.

Ten vierde houdt de rechter rekening met de vraag of de appellant wordt bijgestaan door rechtsbijstand. Bij een appellant die geen rechtsbijstand heeft, zal de rechter een ambtshalve ontdekte onrechtmatigheid eerder onderzoeken dan bij een appellant die wel rechtsbijstand heeft.

Het compromisstelsel kan als volgt worden samengevat. Dit stelsel houdt het midden tussen het grievenstelsel en het stelsel van een beperkte volledige toetsing. De rechter gaat hier wel verder dan het beoordelen van de gronden, maar hij gaat niet zo ver dat hij bij de bestreden delen uitgebreid de naleving van alle toepasselijke rechtsnormen onderzoekt. Hij loopt de bestreden delen van het besluit na op onrechtmatigheden. De vraag of een hierbij gevonden (mogelijke) onrechtmatigheid ambtshalve onderzocht zal worden, hangt af van de ernst van de (mogelijk) schending, de zichtbaarheid van de (mogelijke) schending, de ongelijkheid tussen partijen en of de belanghebbende rechtsbijstand heeft. Een niet in een grond bestreden (mogelijke) onrechtmatigheid komt in aanmerking voor ambtshalve onderzoek als deze ernstig is of duidelijk zichtbaar is. Verder zal zij eerder onderzocht worden als de ongelijkheid tussen partijen groter is en als de belanghebbende geen rechtsbijstand heeft.

Het compromisstelsel betekent echter niet dat de rechter niet verder zou mogen toetsen, maar slechts dat hij aan zijn beoordelingstaak heeft voldaan door naast het beoordelen van de aangevoerde grieven het besluit tevens te onderzoeken op ernstige en duidelijke onrechtmatigheden. Hij is onder dit stelsel wel bevoegd om ook niet ernstige of niet direct duidelijke onrechtmatigheden te onderzoeken en het besluit op grond hiervan te vernietigen. Hij is echter niet hiertoe verplicht.

3.2 De ontwikkelde procesregels inzake de grenzen van de rechtsstrijd

De vraag is nu welke procesregels door de bestuursrechter worden toegepast. Hiervoor moet ten eerste een onderscheid gemaakt worden tussen toetsing aan formele voorschriften en toetsing aan materiële voorschriften. Wat betreft de toetsing aan formele voorschriften hebben zowel de Centrale Raad als de Afdeling een grievenstelsel aanvaard. Dit wordt in § 3.2.5 besproken. De procesregels die door de Centrale Raad zijn ontwikkeld met betrekking tot de grenzen van de rechtsstrijd bij de inhoudelijke toetsing in de eerste instantie worden in § 3.2.1 besproken. Naar aanleiding hiervan wordt het concept onderdelen van het besluit nader behandeld (§ 3.2.2). In § 3.2.3 komen de procesregels van de Afdeling aan de orde. In § 3.2.4 wordt het probleem van de formulering van de gronden besproken.

3.2.1 De Centrale Raad van Beroep en de grenzen van de rechtsstrijd

Uit jurisprudentie van de Centrale Raad blijkt dat de beoordeling door de bestuursrechter op zich beperkt is tot de bestreden onderdelen van een besluit.[68] Als er echter sprake is van een nauw verband of verwevenheid tussen het bestreden onderdeel van het besluit en een onderdeel van het besluit waar geen gronden tegen gericht zijn, moet de bestuursrechter ook dat laatste onderdeel van het besluit beoordelen.[69] Van dergelijke verwevenheid was wel sprake in de volgende gevallen:

- Nu de opzegtermijn en de aanzegtermijn samen de lengte van de fictieve opzegtermijn en daarmee de eerste werkeloosheidsdag bepalen, is "er sprake van een zodanige verwevenheid tussen de beslissingen over de opzeg- en aanzegtermijn dat het geding in hoger beroep mede omvat het geschil over de opzegtermijn."[70]
- De intrekking en de terugvordering van een recht op bijstand zijn "zo nauw met elkaar […] verweven dat deze onderdelen binnen het hier ter beoordeling liggende bestreden besluit in het onderhavige geval als één geheel moeten worden beschouwd."[71]

Maar niet in deze gevallen:

- Tussen de bestreden maatregel om een WW-uitkering blijvend te weigeren en het beschikbaarheidsvereiste bestaat "niet een zodanig verband dat de rechtbank aan die voorwaarde voor het recht op uitkering zou moeten toetsen alvorens aan de beoordeling van de opgelegde maatregel te kunnen toekomen.";[72]
- Tussen de bestreden weigeringsgrond (niet arbeidsongeschikt) en de verzekeringsplicht bestaat "niet een zodanig nauw verband dat de rechtbank aan die voorwaarde voor het recht op uitkering zou moeten toetsen alvorens aan de beoordeling van de in het bestreden besluit neergelegde weigeringsgrond te kunnen toekomen."[73]

De Bock stelt dat er, onder de lijn van de Centrale Raad, sprake is van een integrale toetsing van het besluit behalve als de belanghebbende aangeeft dat hij een bepaald onderdeel niet bestrijdt.[74] Dit lijkt mij onjuist.[75] Op grond

---

68 CRvB 22 jan. 2003, JB 2003, 55 (m.nt. C.L.G.F.H. A.).
69 CRvB 24 dec. 2003, JB 2004, 105 (m.nt. A.J. Bok); CRvB 4 juli 2003, 01/153 NABW; CRvB 29 april 2003, JB 2003, 191; CRvB 19 dec. 2002, JB 2003, 50 (m.nt. C.L.G.F.H. A. onder JB 2003/55); vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 185/186.
70 CRvB 29 april 2003, JB 2003, 191.
71 CRvB 4 juli 2003, 01/153 NABW.
72 CRvB 19 dec. 2002, JB 2003, 50 (m.nt. C.L.G.F.H. A. onder JB 2003, 55).
73 CRvB 24 dec. 2003, JB 2004, 105 (m.nt. A.J. Bok).
74 De Bock 2004 p. 41-43, 44.
75 Vgl. Allewijn 2004 p. 283/284.

van de jurisprudentie moet gesteld worden dat de Centrale Raad de beoordeling door de bestuursrechter beperkt tot die onderdelen van het besluit die bestreden worden en die onderdelen van het besluit die verweven zijn met de bestreden onderdelen.

Vervolgens is het de vraag hoe ver de beoordeling van de betreffende onderdelen volgens de Centrale Raad zou moeten gaan. Uit het feit dat de rechter ook onderdelen moet beoordelen die niet door de gronden worden bestreden, volgt al dat de beoordeling volgens de Centrale Raad niet beperkt dient te zijn tot de aangevoerde gronden. Er is ook geen reden om aan te nemen dat deze beoordeling beperkt is tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden. De lijn van de Centrale Raad is mijns inziens dat de onderdelen die onderwerp van het beroep zijn volledig beoordeeld dienen te worden.

3.2.2 Onderdelen van een besluit

De beoordeling is onder de lijn van de Centrale Raad beperkt tot de bestreden onderdelen van het besluit. De vraag is vervolgens wanneer iets wel en wanneer iets niet een onderdeel van een besluit vormt. De meest eenvoudige situatie is als een beschikking uit duidelijk te scheiden delen bestaat, zoals voorwaarden bij een vergunning. Op basis van de hierboven genoemde voorbeelden in de jurisprudentie van de Centrale Raad kan echter ook gezegd worden dat elk oordeel een apart onderdeel van een besluit vormt wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd.[76] Elke beschikking bevat een aantal beslissingen die genomen moeten worden en meestal in een bepaalde volgorde. Bij de boeteoplegging door de Arbeidsinspectie zijn dit bijvoorbeeld:[77]

1 Is er sprake van een overtreding?
2 Tot wie is de betreffende norm gericht?
3 Is er een beroep gedaan op het ontbreken van verwijtbaarheid? en
4 Hoe hoog dient de boete te zijn?

Als de appellant in zijn beroepschrift slechts de hoogte van de boete bestrijdt, betekent dit dat de oordelen omtrent punten 1 tot en met 3 onbestreden zijn.[78] Deze drie onderdelen liggen dan buiten de grenzen van de rechtsstrijd.

Bij de lijn van de Centrale Raad omvat de rechterlijke beoordeling ook andere onderdelen als er sprake is van verwevenheid tussen deze andere onderdelen en het bestreden onderdeel.

76 Vgl. De Bock 2004 p. 33/34, 39, 44.
77 Dit is niet een volledige opsomming.
78 Overigens is de Afdeling voor deze besluiten de bevoegde appelinstantie.

3.2.3 De Afdeling en de grenzen van de rechtsstrijd

Ik zal in deze paragraaf bespreken welke procesregels door de Afdeling zijn ontwikkeld met betrekking tot de grenzen van de rechtsstrijd in de eerste instantie.

De Bock stelt dat de Afdeling uitgaat van een grievenstelsel. Zij definieert een grievenstelsel als een stelsel waarin 'alleen dat deel van het besluit, waartegen een grief is gericht, […] onderwerp [is] van de rechterlijke toetsing.'[79] Dit is echter niet wat met een grievenstelsel bedoeld wordt. Een grievenstelsel gaat verder dan een beperking tot de door de gronden bestreden delen van een besluit. Het beperkt de toetsing tot de gronden zelf.

Het standpunt van De Bock dat ook de Afdeling uitgaat van een beperking tot de bestreden onderdelen van het besluit, is mogelijk echter wel juist.[80] Op basis van de jurisprudentie van de Afdeling gaat het mij in ieder geval te ver om te zeggen dat de Afdeling uitgaat van een grieven- of grondenstelsel. Hiervoor is de beoordeling die de rechter in eerste aanleg binnen de grenzen van de rechtsstrijd mag maken te breed. Veel uitspraken kunnen uitgelegd worden als een toepassing van een onderdelenstelsel.

ABRvS 2 april 2003, JB 2003, 129 (m.nt. C.L.G.F.H. A.) r.o. 2.3
Tot de behandeling van het beroep bij de rechtbank hebben partijen zich steeds op het standpunt gesteld dat de garages dienen te worden aangemerkt als aanbouwen in de zin van de planvoorschriften. Zij waren slechts verdeeld over de vraag of de opbouwen als kap in de zin van de planvoorschriften konden worden aangemerkt. Gelet hierop, slaagt het betoog van het college dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door te overwegen dat de garages met opbouw dienen te worden aangemerkt als uitbreidingen van woningen en niet als aanbouwen.

Het onderdeel van de beschikking waarin een beslissing werd genomen over de kwalificatie van de garages was niet bestreden. Het was voor partijen een gepasseerd station en lag derhalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd.

ABRvS 18 juni 2003, 200206043/1 r.o. 1 en 2.1
In het primaire besluit wordt een vergunning verleend voor het verbouwen/uitbreiden van een kantoor. In bezwaar wordt de bouwvergunning (alsnog) geweigerd voor dat deel van het bouwplan dat betrekking heeft op de verbouw van voormalige garages. Voor het verbouwen van de zolder wordt de vergunning gehandhaafd.

De rechtbank vernietigt de gehele beslissing op bezwaar. De Afdeling overweegt nu dat de rechtbank heeft miskend dat het beroep slechts was gericht tegen de beslissing op bezwaar voorzover daarbij de bij het primaire

79 De Bock 2004 p. 43, 44.
80 Anders: Jansen en Widdershoven onder ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 (m.nt OJ en RW).

besluit verleende bouwvergunning was gehandhaafd. Door de gehele beslissing op bezwaar te vernietigen is de rechtbank buiten de grens van het geschil getreden, zoals dat aan de orde was gesteld.

ABRvS 21 mei 2003, AB 2003, 324 (m.nt. TN) r.o. 2.2
Gelet op de inhoud van het beroep richtte dit zich niet tegen de beslissing van het college dat de gevraagde bouwvergunning niet kon worden geweigerd. De rechtbank heeft echter geoordeeld dat het bestreden besluit is genomen in strijd met art. 50 lid 1 Wonw., omdat de gevraagde bouwvergunning wegens strijd met het bestemmingsplan had moeten worden geweigerd. Hierdoor is de rechtbank getreden buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil.

Het beroep was niet gericht tegen het onderdeel van het besluit waarin het college had beslist dat de bouwvergunning niet kon worden geweigerd. Dit onderdeel kon dan ook niet door de rechter worden beoordeeld.

ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 294 (m.nt. dG) r.o. 2.6
Appellant voert in zijn beroepschrift geen gronden aan die betrekking hebben op de welstand. De rechtbank oordeelt dat het college niet zonder nadere motivering het positieve advies van de welstandcommissie aan het besluit op bezwaar ten grondslag had mogen leggen. De rechtbank is nu buiten de grenzen van het geschil getreden door de welstandaspecten bij haar beoordeling van de beslissing op bezwaar te betrekken. Het onderdeel van het besluit met betrekking tot de welstand was immers niet bestreden.

ABRvS 7 juli 2004, JB 2004, 295 r.o. 2.2
Uit de stukken komt niet naar voren dat aanvragers hebben beoogd het buiten toepassing laten door het college van de hardheidsclausule van art. 26 van de verordening onderdeel te laten uitmaken van het beroep. Dit is ter zitting bevestigd. Zij hebben ook geen gronden aangevoerd die op de toepassing van de hardheidsclausule zagen. Door dit onderdeel in haar beoordeling te betrekken is de rechtbank buiten de grenzen van het geschil getreden.

ABRvS 18 januari 2005, 2005457/1 r.o. 2.2
Het beroep in eerste aanleg was beperkt tot de vraag of de Staatssecretaris belanghebbende heeft kunnen aanmerken als werkgever van het slachtoffer van het arbeidsongeval. Over de hoogte van de boete zijn in eerste aanleg geen gronden aangevoerd. Door te beoordelen of de hoogte van de boete voldoende was gemotiveerd, is de rechtbank in strijd met art. 8:69 lid 1 Awb buiten de omvang van het geschil getreden.

Nu slechts het onderdeel met betrekking tot het werkgeverschap was bestreden, lag het onderdeel met betrekking tot de hoogte van de boete buiten de grenzen van de rechtsstrijd.

Op basis van het bovenstaande is mijn (voorzichtige) conclusie dat ook de Afdeling uitgaat van een beperking van de beoordeling tot de bestreden onderdelen van een besluit. Er is verder geen reden om aan te nemen dat de te maken beoordeling van de bestreden onderdelen beperkt zou zijn tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden. Ook voor de Afdeling geldt dat de onderdelen die onderwerp van het beroep zijn volledig beoordeeld dienen te worden. Verder geldt onder de jurisprudentie van de Afdeling dat de rechter onderdelen van het besluit die niet zijn bestreden toch moet beoordelen, indien deze onlosmakelijk verbonden zijn met wel bestreden onderdelen (zie hieronder).

Het bovenstaande wil niet zeggen dat een appellant de grenzen van de rechtsstrijd niet verder kan beperken. Als een belanghebbende er bijvoorbeeld uitdrukkelijk voor kiest om de beoordeling te beperken tot de toetsing aan een bepaalde rechtsnorm, is er, buiten bepalingen van openbare orde, geen grond voor de rechter om hiervan af te wijken en meer te beoordelen dan is gevraagd. De rechter zal er echter niet snel van uit mogen gaan dat een appellant een dergelijke beperking heeft bedoeld.

Een stelsel dat uitgaat van een beperking tot bestreden oordelen kan zeer dicht tegen een grievenstelsel aanliggen. Een voorbeeld hiervan is ABRvS 25 juni 2003, JB 2003, 226.[81] In deze zaak oordeelde de rechtbank dat belanghebbende het gerechtvaardigde vertrouwen heeft kunnen ontlenen aan de brief van het college van 15 februari 2000 dat hem vrijstelling en bouwvergunning zou worden verleend. De Afdeling overweegt dat uit de stukken blijkt dat belanghebbende in beroep geen beroep heeft gedaan op een gewekt vertrouwen. Nu een dergelijke beroep niet was gedaan trad de rechtbank buiten de grenzen van het geschil.

Uit de uitspraak kan ik niet opmaken of belanghebbende in bezwaar een beroep had gedaan op een gewekt vertrouwen. Hoe dit ook zij, de Afdeling oordeelt dat nu een beslissing omtrent schending van het vertrouwensbeginsel niet in beroep was bestreden, het de rechtbank niet vrijstond om dit onderdeel van het besluit te beoordelen.

Ik vraag mij echter af of de Afdeling hier niet te streng is geweest. Naleving van het vertrouwensbeginsel is geen apart onderdeel van het besluit, maar maakt deel uit van de na te leven normen bij het nemen van de verschillende beslissingen (onderdelen) van het besluit. Uitgaande van het eerder genoemde voorbeeld van de verschillende oordelen bij boeteoplegging door de Arbeidsinspectie[82] speelt bij elke beslissing de vraag of aan de rechtsnormen is voldaan waaronder het vertrouwensbeginsel. Als een belanghebbende in beroep aanvoert dat hij op basis van een gewekt vertrouwen een lagere boete had verwacht, is hiermee het onderdeel inzake het bepalen van de hoogte van de

81 Een ander voorbeeld is ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW) die hieronder onder 'Formulering van de gronden' besproken wordt.

82 Zie § 3.2.2.

boete bestreden. De beoordeling is beperkt tot dit onderdeel van het besluit (Hoe hoog dient de boete te zijn?). De beoordeling is, lijkt mij, echter niet beperkt tot een toetsing aan het vertrouwensbeginsel, maar is in principe volledig. De rechter dient bijvoorbeeld ook te beoordelen of de beleidsregel[83] is nageleefd bij het bepalen van de hoogte van de boete en of er sprake is van bijzondere omstandigheden in de zin van art. 4:84 Awb.

Overigens is de uitspraak van de Afdeling mijns inziens materieel wel juist. Er kan slechts sprake zijn van strijd met het vertrouwensbeginsel als een gewekt vertrouwen is geschonden. Als niet door de belanghebbende wordt gesteld dat er sprake is van een gewekt vertrouwen, kan er geen sprake zijn van strijd met het vertrouwensbeginsel. Dit is niet anders als gezien de feiten een gewekt vertrouwen aannemelijk zou zijn geweest. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte vernietigd wegens strijd met het vertrouwensbeginsel.

Samenhang-criterium

De Bock stelt dat de Afdeling in tegenstelling tot de Centrale Raad geen gebruik maakt van een samenhang-criterium. Onderdelen van een besluit kunnen niet op grond van verband met een bestreden onderdeel in de beoordeling door de bestuursrechter worden betrokken.[84] Dit is niet geheel juist. In een aantal uitspraken noemt de Afdeling als criterium de vraag of een niet-bestreden onderdeel onlosmakelijk is verbonden met het bestreden onderdeel.[85] De Afdeling neemt echter niet snel aan dat onderdelen onlosmakelijk zijn verbonden.[86] Er is mij slechts één uitspraak bekend waarin de Afdeling uit is gegaan van het onlosmakelijk verbonden zijn van een niet-bestreden onderdeel. Al overweegt zij dat niet uitdrukkelijk. Dit was in een uitspraak van 11 augustus 2004.[87] Hier overweegt de Afdeling het volgende:

> "[Het] betoog van appellanten dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat de bouwvergunning van rechtswege is verleend, [kan alleen] slagen als het bouwplan in strijd is met het bestemmingsplan.
> Bij de beantwoording van de door appellanten opgeworpen vraag of art. 46 lid 3 [Woningwet] eraan in de weg staat dat van rechtswege een bouwvergunning is verleend, dient de Afdeling allereerst te beoordelen of voor het bouwplan alleen bouwvergunning kan worden verleend, nadat vrijstelling is verleend met toepassing van art. 15, 17 of 19 WRO. Daartoe dient de Afdeling het bouwplan aan het bestemmingsplan te toetsen."[88]

83 Beleidsregel 33 van de Beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving.
84 De Bock 2004 p. 43.
85 ABRvS 18 januari 2006, 200505457/1; ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW); ABRvS 21 april 2004, AB 2004, 379 (m.nt. TN onder AB 2004, 380).
86 Vgl. Jansen en Widdershoven onder ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 (m.nt Oj en RW).
87 ABRvS 11 augustus 2004, AB 2004, 380 (m.nt. TN).
88 Ro. 2.3.

Het is mogelijk dat het feit dat de Centrale Raad vaker samenhang aanneemt dan de Afdeling een gevolg is van de aard van de te beoordelen besluiten. Allewijn neemt het standpunt in dat de Centrale Raad en de Afdeling in de achterliggende procesregels inzake het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd niet zo ver uit elkaar liggen. Hij stelt dat vermeende verschillen slechts een kwestie is van interpretatie. Gezien bovengenoemde jurisprudentie is dat goed mogelijk. Zolang de Centrale Raad en Afdeling niet duidelijk aangeven wat de normering is inzake het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd zal er wel onduidelijkheid blijven bestaan.

3.2.4 Formulering van de gronden

Aangezien de gronden de basis zijn voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd is het voor de belanghebbende verstandig de gronden niet te specifiek te formuleren. Hierdoor kan het geschil erg beperkt worden. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 2 juni 2004.[89] In deze zaak voert belanghebbende in haar beroepschrift zeer specifiek aan dat zij aan de voorwaarden van beleidsregel 33 lid 8 sub c van de Beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving voldoet en dat de boete derhalve met 25% gematigd had moeten worden. Haar gronden richten zich hierdoor op de mede-verwijtbaarheid van het slachtoffer aan het ongeval. De rechtbank overweegt dat door de Staatssecretaris onvoldoende is onderzocht en aannemelijk is gemaakt of de overtreding aan belanghebbende werkgever verweten kan worden. Op zich is dit, buiten de impliciete bewijslastverdeling, geen vreemde gang van zaken. De beoordeling van de verwijtbaarheid van de werkgever en de mede-verwijtbaarheid van de werknemer liggen dicht tegen elkaar aan, en meestal zullen beide binnen de grenzen van de rechtsstrijd vallen.

De Afdeling overweegt echter dat de rechtbank heeft miskend dat in het beroepschrift uitsluitend is aangevoerd dat de boete had moeten worden verlaagd, omdat voldaan is aan de voorwaarde genoemd in beleidsregel 33 lid 8 sub c. Door (het ontbreken van) de verwijtbaarheid van de overtreding bij de werkgever te beoordelen is de rechtbank getreden buiten de omvang van het geschil, 'zoals dat door [belanghebbende] aan de orde is gesteld':[90]

> "[h]et geschil was beperkt tot de vraag of, zoals door [belanghebbende] gesteld en door haar aannemelijk dient te worden gemaakt, het arbeidsongeval mede aan het slachtoffer kan worden verweten omdat deze, tegen de instructies van [belanghebbende] in, zich niet aan de bij of krachtens de Arbowet opgelegde verplichtingen heeft gehouden."[91]

89 ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW).
90 ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt OJ en RW) ro. 2.3.
91 ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt OJ en RW) ro. 2.3.

Als belanghebbende haar gronden ruimer had geformuleerd, had mogelijk een beoordeling van zowel het ontbreken van de verwijtbaarheid als van de mede-verwijtbaarheid van de werknemer binnen de grenzen van de rechtsstrijd gelegen.[92]

Als belanghebbende zijn gronden echter te ruim formuleert, zijn de gronden te weinig concreet en onvoldoende bepaald om aan te merken als grond tegen de bestreden beschikking. In dat geval kan het zo zijn dat onderdelen onbestreden blijven. In het meeste extreme geval kan een te ruime formulering van de gronden ertoe leiden dat het beroep, na herkansing, niet-ontvankelijk wordt verklaard.[93] De belanghebbende moet dus enerzijds niet te vaag zijn, maar moet zijn gronden ook niet te specifiek stellen.

Het is zeer de vraag of de belanghebbende bovenstaande nuance door zal hebben.[94] Het lijkt me daarom aangewezen de grenzen van het geschil niet te strikt te bepalen en niet te snel een vergaande beperking aan te nemen. Dit zeker gezien het feit dat het niet de bedoeling is geweest een de facto verplichte procesvertegenwoordiging te creëren in het bestuursprocesrecht.

3.2.5 Een grievenstelsel voor formele voorschriften

Onder de Awb is een grievenstelsel ontstaan voor de toetsing aan formele voorschriften: de rechter toetst slechts aan formele voorschriften als de appellant zich op schending daarvan beroept of indien het voorschriften van openbare orde betreft.[95] De rechter zal dus niet ambtshalve toetsen aan formele voorschriften, behalve als het gaat om formele voorschriften van openbare orde.

Dit grievenstelsel is niet op de wet gebaseerd. De Awb bevat geen bepaling waarin wordt bepaald dat de rechter slechts de naleving van formele voorschriften beoordeelt als de belanghebbende over de schending van dergelijke voorschriften klaagt dan wel als de betreffende bepaling van openbare orde is. Ook de parlementaire geschiedenis noemt een dergelijke gedragslijn niet. Wel wordt het volgende in de Memorie van Antwoord gesteld:

> "De toepassing van de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid is van openbare orde en staat daarmee niet ter vrije beschikking van partijen. Zo zal de rechter – en dat komt in de praktijk met enige regelmaat voor – zich inderdaad

92 Zie bv. ABRvS 9 feb. 2005, 200403288/1.

93 Vgl. CRvB 27 dec. 2001, JB 2002, 75; zie ook CRvB 10 juni 2003, AB 2003, 330 (m.nt. HBr); ABRvS 3 nov. 2004, JB 2004, 393.

94 Vgl. De Bock 2004 p. 42; Nijmeijer 2004 p. 190 en 196 ev.

95 Zie De Bock 2004 p. 53; Widdershoven 2001 p. 84, 87/88; Allewijn 1998 p. 294, 295; Verbeek (Praktijkboek bestuursrecht) § XI.4.3.3; bv. ABRvS 17 sept. 2003, JB 2003, 299 (m.nt. C.L.F.G.H. A.); CRvB 25 nov. 2004, 03/283 ALGEM; CRvB 29 april 2003, JB 2003, 192; CRvB 18 maart 2004, JB 2004, 192 (m.nt. C.L.G.F.H. A.); CRvB 11 april 2003, 02/282 WSF; CRvB 8 april 2003, 01/2825 WAO; ABRvS 29 juli 1996, JB 1996, 190 (m.nt. MAH).

niet conformeren aan bij voorbeeld een onjuiste uitleg van het besluitbegrip of een ten onrechte verschoonbaar geoordeelde termijnoverschrijding.[…]"[96]

Met de stelling dat de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid van openbare orde zijn en daarmee niet ter vrije beschikking van partijen staan, worden echter slechts voorbeelden van rechtsnormen van openbare orde gegeven. Uit niets blijkt dat het feit dat dit formele voorschriften zijn hier van belang is. Het lijkt mij slechts toeval. Er kan dan ook niet uit dit deel van de parlementaire geschiedenis worden opgemaakt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om een grievenstelsel voor formele voorschriften te creëren.

Het grievenstelsel voor formele voorschriften past wel in het streven naar een finaal-materiële geschilbeslechting.[97] Bij dit streven is er geen ruimte voor de toetsing aan formele voorschriften als partijen hier niet om vragen, nu een vernietiging op grond van een formeel voorschrift niet leidt tot een finale en materiële beslechting van het geschil. Dit grievenstelsel past verder bij art. 6:22 Awb waarin is bepaald dat een besluit in stand kan worden gelaten ondanks schending van een vormvoorschrift, indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Het feit dat een formeel voorschrift niet (nauwgezet) is nageleefd is onder de Awb onvoldoende reden om de zaak terug te verwijzen als het besluit verder inhoudelijk rechtmatig is. Aangezien zelfs het eventueel constateren van een schending van formele voorschriften niet altijd tot vernietiging van het besluit hoeft te leiden, is een ongevraagde toetsing aan deze voorschriften niet een redelijke inzet van middelen. Op beide gronden is er geen reden voor een ongevraagde toetsing aan formele voorschriften.

Dit is anders als er sprake is van een formeel voorschrift van openbare orde. Naleving van deze regels is dermate belangrijk dat het niet aan partijen kan worden overgelaten om te bepalen of er aan deze formele voorschriften getoetst moet worden. Er moet altijd aan deze regels getoetst worden.

Het begrip openbare orde is echter niet bijzonder geschikt als onderscheidend criterium voor het al dan niet ambtshalve beoordelen van de naleving van formele voorschriften.[98] De betekenis van het begrip is, ook in het burgerlijk procesrecht, onduidelijk. Volgens de burgerlijk procesrechtelijke omschrijving is het standpunt zelfs verdedigbaar dat het hele bestuursrecht van openbare orde is (zie hoofdstuk 13 § 3.8.1). Op basis van de jurisprudentie kan ondertussen echter wel een opsomming gegeven worden van een aantal bepalingen die wel en die niet van openbare orde zijn (zie hoofdstuk 13 § 3.8.1).

96 PG Awb II p. 464.
97 Vgl. Verbeek (Praktijkboek Bestuursrecht) § XI.4.3.3.
98 Albers onder ABRvS 17 sept. 2003, JB 2003, 299 (m.nt. C.L.G.F.H. A.).

3.3 Het stelsel van een beperkte volledige toetsing als voorkeur

Bij de vraag welk stelsel gekozen zou moeten worden, dient mijns inziens gekozen te worden voor het stelsel van een beperkte volledige toetsing. Dit stelsel voldoet het beste aan de eisen die voor een stelsel inzake de grenzen van de rechtsstrijd gelden.

Ten eerste zal het stelsel moeten aansluiten bij hetgeen in de parlementaire geschiedenis over de grenzen van de rechtsstrijd wordt gesteld. Noch uit de Awb noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de Awb uitgaat van een grievenstelsel.[99] In de parlementaire geschiedenis wordt als aanwijzing omtrent de grenzen van de rechtsstrijd gesteld dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen door de rechter buiten beschouwing worden gelaten. Het stelsel dat het meest aansluit bij deze stelling is het stelsel van een volledige beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit.[100]

Ten tweede betekent de keuze voor rechtsbescherming als doel van het bestuursprocesrecht dat dit procesrecht een adequaat kader dient te bieden voor het bindend beslechten van het (werkelijke) geschil met betrekking tot het besluit.[101] Een stelsel waarbij de toetsing gericht is op de mate waarin het besluit in geschil is, en die verder gaat dan slechts het beoordelen van de gronden, voldoet beter dan een grievenstelsel.

Ten derde is één van de kenmerken van het bestuursprocesrecht dat deze toegankelijk moet zijn voor de burger. Het te ontwikkelen stelsel mag niet een te zware last op hem leggen en dient uit te gaan van het concept van een faciliterend bestuursprocesrecht. Van de burger mag niet verwacht worden dat hij zich het (on)geschreven formele en materiele bestuurs(proces)recht eigen maakt om de rechter en bestuur te kunnen bedienen van duidelijke en eenvoudig controleerbare gronden. De burger is over het algemeen niet juridisch onderlegd en hoeft dat ook niet te worden. Tegenover het gemak waarmee het bestuur eenzijdig (via besluiten) kan ingrijpen in het leven van een burger moet een bestuursprocesrecht staan waarin de burger met gelijk gemak deze besluiten door de rechter kan laten beoordelen. Hierbij past een stelsel dat de burger zijn fouten en omissies niet te zwaar aanrekent. Dit is zeker het geval als het gaat om fouten waarvan de burger gezien zijn gebrekkige juridische kennis niet weet dat het fouten zijn. Het is in die gevallen voldoende dat de appellant aangeeft met welke onderdelen van het besluit hij het niet eens is en dit enigszins onderbouwt met gronden.

Ten vierde zal het te kiezen stelsel niet mogen leiden tot een de facto verplichte rechtsbijstand. Een kenmerk van het bestuursprocesrecht, dat voortbouwt op de toegankelijkheid, is dat rechtsbijstand niet verplicht is. In een stelsel dat de belanghebbende confronteert met een beperking tot aangevoerde

99 Vgl. Allewijn 1998 p. 295.
100 Vgl. De Bock 2004 p. 29, 31, 33.
101 PG Awb II p. 174.

gronden is rechtsbijstand bijna vereist.[102] Een burger is niet bekend met het recht en zal niet weten welke gronden hij aan kan voeren om zijn doel te bereiken.[103] Hij zal beter in staat zijn om aan te geven met welk deel van het besluit hij het niet eens is dan om precies aan te geven hoe dit deel onrechtmatig is.[104] Ook hier voldoet een stelsel van een beperkte volledige toetsing als beste.

De redenen om de beoordeling te beperken zijn voornamelijk praktisch. Een meer volledige beoordeling van een besluit neemt nu eenmaal meer tijd in beslag dan een meer beperkte beoordeling. Hoe meer tijd een rechter steekt in de ene zaak, hoe minder tijd hij over heeft voor de andere. Dit betekent dat een ruimere beoordeling leidt tot een toename van de rechterlijke en ondersteunende ambtenaren om de beroepschriften nog binnen de redelijke termijn af te doen.

Daarbij betekent een meer volledige beoordeling ook meer werk voor het bestuursorgaan. Een stelsel van een beperkte volledige beoordeling zou kunnen leiden tot een uitgebreider verweer dan als slechts de gronden weerlegd hoeven te worden. Als de rechter ambtshalve een potentiële onrechtmatigheid onderzoekt, moet het bestuursorgaan (naast andere partijen) in de gelegenheid gesteld worden om haar visie te geven. Het belang van het beschermen van de rechten van de burger zou moeten worden afgewogen tegen het algemene belang dat het bestuur effectief en efficiënt moet kunnen besturen.[105]

Deze laatste twee argumenten overtuigen mij echter niet. Mijns inziens zal het extra werk voor het bestuursorgaan en de rechter beperkt zijn. Daarbij mogen personele of organisatorische problemen bij de rechterlijke macht en het bestuur niet op de burger afgewenteld worden. Zij mogen dus in principe niet van invloed zijn op de vorming van (bestuurs)procesrecht.

3.4 De rechtsgrond voor de beperking van de grenzen van de rechtsstrijd

Art. 8:69 lid 1 Awb wordt genoemd als rechtsgrondslag voor de beperking van de rechtsstrijd. Art. 8:69 lid 1 Awb luidt als volgt:

> 'De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.'

---

102 Vgl. De Bock 2004 p. 51-52.

103 Hoe belangrijk de formulering van de gronden in een grievenstelsel zijn blijkt uit de situatie die Nijmeijer schetst in zijn artikel 'Het bestemmingsplan en de bouwvergunning. Een niet-ambtshalve door de bestuursrechter te toetsen relatie' (Jurisprudentie Bestuursrecht plus 2004) p. 196-198.

104 Vgl. De Bock 2004 p. 42, 54-55; Stroink in zijn noten onder ABRvS 22 mei 1997, JB 1997, 170 (m.nt. F.A.M.S.) en Vz. ABRvS 10 feb. 1997, JB 1997, 99 (m.nt. F.A.M. S.); Heldeweg in zijn noot onder ABRvS 29 juli 1996, JB 1996, 190 (m.nt. MAH).

105 Vgl. Rapport Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 14.

De redenering is dat uit de zinsnede 'op de grondslag van' volgt dat de rechterlijke beoordeling beperkt is.[106] In het burgerlijk procesrecht is de rechter beperkt tot de door eiser aangevoerde feitelijke gronden die tezamen de feitelijke grondslag van de vordering vormen. Met grondslag in art. 8:69 lid 1 Awb zou feitelijke grondslag zijn bedoeld zodat ook de bestuursrechter beperkt is tot de feitelijke grondslag die tijdens het geding naar voren wordt gebracht.

Deze redenering overtuigt mij niet. Zo beschouwd heeft art. 8:69 lid 1 Awb betrekking op de feitelijke gronden en niet op de mate waarin het besluit wordt bestreden. Art. 8:69 lid 1 Awb kan echter geen beperking betekenen tot de door partijen aangevoerde feitelijke gronden, aangezien art. 8:69 lid 3 Awb de rechter de bevoegdheid geeft om ambtshalve de feitelijke gronden aan te vullen (zie hoofdstuk 13 § 4.1.2).

Met de zinsnede 'op de grondslag van' wordt mijns inziens niet meer bedoeld dan dat de rechter zijn oordeel moet nemen *op basis van* genoemde elementen. Dit betekent wat betreft de omvang van de rechtsstrijd dat de rechter de mate waarin het besluit is bestreden, en derhalve ter beoordeling ligt, moet bepalen op grond van (al) hetgeen in een procedure voorvalt. De rechtsnorm dat de rechter zijn beoordeling moet beperken tot de mate waarin het besluit is bestreden, staat mijns inziens niet in art. 8:69 lid 1 Awb.

Uit deze bepaling vloeit wel voort dat de rechter bij het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd niet beperkt is tot hetgeen in het beroepschrift is aangevoerd. Deze beperking zou zich ook niet verhouden met de stelling in de parlementaire geschiedenis dat uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift niet kan worden afgeleid dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen.[107] Ook verder blijkt uit de parlementaire geschiedenis niet van een primaat van het beroepschrift.

In de tekst van art. 8:69 lid 1 Awb gaat het slechts om een opsomming van de verschillende elementen van het geding waarop de rechter zich mag en moet baseren. Uit de tekst van art. 8:69 lid 1 Awb volgt ten eerste dat de rechter alles moet meewegen wat in het geding, bestaande uit de genoemde elementen, naar voren is gebracht in welke vorm dan ook. Ten tweede volgt hieruit dat de rechter zich ook alleen maar mag baseren op hetgeen tijdens dit geding naar voren is gebracht. Het beroepschrift wordt als eerste genoemd, omdat dat nu eenmaal het begin van de beroepsprocedure is en de opsomming in art. 8:69 lid 1 Awb in chronologische volgorde staat.

106 Kooper 2000 p. 171.
107 PG Awb II p. 463.

3.5 Factoren die van belang zijn bij het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd

In deze paragraaf wil ik aandacht besteden aan een aantal factoren die van belang zijn bij het bepalen van de grenzen van een concrete rechtsstrijd. Dit is geen volledige opsomming van relevante factoren. Daarvoor is het systeem rond de grenzen van de rechtsstrijd nog teveel in beweging. De volgende factoren komen aan de orde:

1 de vordering en het verhaal;
2 de inbreng van gronden na het beroepschrift; en
3 hulp van de rechter bij de aanvoer van gronden.

Naast deze factoren zal ook kort aan de orde komen of partijen die op grond van art. 8:26 Awb als partij aan het geding deelnemen gronden kunnen aanvoeren. Als laatste bespreek ik de stelling dat de wensen van partijen uitgangspunt zijn voor de afbakening van de rechtsstrijd.

Uit de jurisprudentie blijkt dat hetgeen in de bezwaarschriftprocedure is aangevoerd een beperking kan betekenen voor de gronden die in beroep kunnen worden aangevoerd. Voor een bespreking van deze argumentatieve fuik verwijs ik naar hoofdstuk 11 § 4.

3.5.1 De vordering en het verhaal

In alle genoemde stelsels spelen de aangevoerde gronden een belangrijke rol bij het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd. Deze zullen inderdaad de belangrijkste factor zijn, maar mijns inziens zal voor het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd ook gekeken moeten worden naar een eventuele vordering en naar het 'verhaal' van de appellant. De rechter mag immers niet zonder meer afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde gronden. De vordering en het verhaal vormen de context waarbinnen de gronden geïnterpreteerd moeten worden.[108]

Verder is de beperking van de beoordeling gericht op het geschil. Daarvoor zal verder gekeken moeten worden dan slechts de geformuleerde gronden, zoals in de parlementaire geschiedenis ook gesteld wordt.[109]

3.5.2 De inbreng van gronden na het beroepschrift

Het aangewezen moment om gronden aan te voeren is in het beroepschrift. In dit document geeft de appellant primair aan wat er zijns inziens mankeert aan het besluit op bezwaar. De appellant is zelfs op straffe van niet-ontvanke-

108 Vgl. De Bock 2004 p. 35.
109 PG Awb II p. 463.

lijkheid verplicht om gronden op te nemen in zijn beroepschrift.[110] De mogelijkheid tot het aanvoeren van gronden is echter niet beperkt tot het beroepschrift. De appellant is bevoegd om ook daarna nog nieuwe gronden aan te voeren.[111]

Deze bevoegdheid is echter begrensd. Een appellant die nadere gronden wil aanvoeren zal rekening moeten houden met de eisen van hoor en wederhoor, de eisen van de goede procesorde en de belangen van derden.

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat als een nieuwe grond in het geding wordt gebracht de andere partijen voldoende gelegenheid moeten krijgen om hierop te reageren. Hier wordt de consequentie aan verbonden dat als het geding hiervoor onvoldoende gelegenheid biedt, de rechter het nieuwe bezwaar zal moeten passeren.[112] Het beginsel van hoor en wederhoor verplicht hier echter niet toe. Als het geding in de huidige stand onvoldoende gelegenheid biedt voor de andere partijen om te reageren, kan de rechter het geding immers ook aanhouden om partijen die gelegenheid te geven.

Hoe de rechter in casu moet beslissen, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Een reden om te kiezen voor het passeren van de nieuwe grond is dat het beoordelen hiervan teveel nader onderzoek met zich zal brengen om aan de eisen van een zorgvuldige beoordeling te voldoen. Een andere overweging die hier speelt is dat een procedure eens moet zijn afgelopen. Het is voor risico van de appellant als hij nog zo laat in het geding een grond aanvoert. Anderzijds zijn van belang de vragen waarom de grond nu pas wordt ingebracht en hoe ernstig de aangevoerde (beweerde) schending is.

Een tweede begrenzing van het later aanvoeren van gronden wordt gevormd door de goede procesorde. Er kan ten eerste sprake zijn van strijd met de goede procesorde als de nieuwe grond te laat in de procedure is ingediend. Dit staat los van eventuele verdedigingsperikelen van de verweerder. In dit geval is te laat gewoon te laat.[113]

Zeker als de gronden de facto het onderwerp van de beoordeling zijn, is de vraag van belang of de belanghebbende die zonder rechtsbijstand procedeert wel op de hoogte is van deze begrenzing door de goede procesorde. Door het aanvoeren van nieuwe gronden kan blijken dat de grenzen van de rechtsstrijd anders gelegd moeten worden dan op basis van het beroepschrift is gedaan.[114] De ruimte dient in beginsel aanwezig te zijn om nadere gronden

110 Art. 6:5 jo. 6:6 Awb.

111 Vgl. Bolt 1999 p. 660; Pennarts 1998 p. 59; Ten Berge 1999 p. 131 ev.; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 87; Ten Berge e.a. 1996 p. 10.

112 Vgl. ABRvS 12 nov. 2003, AB 2004, 85 (m.nt. A.T. Marseille); ABRvS 29 jan. 2002, JB 2002, 100 (m.nt. C.L.G.F.H. A.); Ten Berge 1999 p. 133; Bolt 1999 p. 660; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 6 sub c.

113 Vgl. CBB 26 mei 2004, AB 2004, 279 (m.nt. JH vdV); CBB 1 april 2004, AB 2004, 195; CRvB 10 okt. 2002, JB 2002, 369; CBB 22 nov. 2001, AB 2002, 55 (m.nt. JHvdV); Ten Berge 1999 p. 134; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 87.

114 Vgl. Ten Berge 1999 p. 133/134.

aan te voeren, zelfs ter zitting. Dit om de onwetende belanghebbende de gelegenheid te geven de beslissing op bezwaar te bestrijden zoals hij dat bedoeld heeft. Het kan zijn dat deze gronden zo ver gaan dat zij teveel nader onderzoek vergen of de behandeling hiervan in strijd komt met de belangen van andere partijen of derden. Zeker als dit wordt gewogen tegen de reden dat de grond pas later is aangevoerd. Dit zou in dat geval de reden zijn om deze gronden toch te passeren, en niet zozeer de goede procesorde.

Een andere wijze waarop het aanvoeren van een grond in strijd kan zijn met de goede procesorde is als eerder uitdrukkelijk is aangegeven dat een (mogelijke) onrechtmatigheid niet in het geding is.[115] Ook hier zal de vraag of dit voldoende reden is om de grond te passeren afhangen af van de omstandigheden van het geval. Van belang is bijvoorbeeld waarom de appellant afstand heeft gedaan en waarom de grond nu toch weer wordt aangevoerd. Het feit dat eerder uitdrukkelijk is gesteld dat een bepaald (mogelijke) onrechtmatigheid niet wordt bestreden, is echter een zwaarwegende factor bij de vraag of een later ingediende grond dat toch tegen deze onrechtmatigheid is gericht meegenomen moet worden.

Naast de eisen van het beginsel van hoor en wederhoor en de goede procesorde, moet de rechter bij de aanvoer van gronden later in het geding rekening houden met de belangen van derden. Het kan zijn dat door de aanvoer van deze grond het geding nu van belang is geworden voor belanghebbenden die tot nu toe geen partij waren. Afgaand op het beroepschrift bracht de beroepsprocedure geen risico mee voor hun positie, maar na de aanvoer van de nieuwe grond wel.[116] Deze belanghebbenden kunnen in dit geval op grond van art. 8:26 Awb vragen om als partij aan het geding deel te nemen. De rechter zal ook zelf in de gaten moeten houden of de belangen van derden in het geding komen, en als duidelijk is dat dit het geval is, hen moeten uitnodigen om deel te nemen aan het geding. Door de wijziging van de grenzen van de rechtsstrijd zijn de belangen van deze derden in het geding gekomen en zij hebben het recht om zich tegen een inbreuk op hun belangen te verdedigen.

De gevolgen van het aanvoeren van nieuwe gronden hangt sterk af van het gekozen stelsel. Een grond dat op hetzelfde onderdeel is gericht als de eerdere gronden zal bijvoorbeeld in het grievenstelsel meer onderzoek vergen dan in het stelsel van een beperkte volledige toetsing aangezien in dit laatste stelsel het onderzoek breder is en mogelijk al gericht is geweest op de in deze grond bestreden onrechtmatigheid.

Bovenstaande begrenzingen spelen uiteraard niet als de nieuwe grond gericht is tegen een punt dat de rechter al ambtshalve moet beoordelen.

---

115 Vgl. Bolt 1999 p. 660.
116 Vgl. Ten Berge 1999 p. 133.

3.5.3 Hulp van de rechter

De rechter dient te onderzoeken waartegen de belanghebbende zijn beroep richt.[117] Een belangrijke vraag is of de rechter bevoegd is om de appellant te helpen als het gaat om het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Het staat vast dat de rechter bevoegd is om vragen te stellen aan partijen met betrekking tot de omvang van het geschil. Hij mag vragen stellen om een zo duidelijk mogelijk beeld te krijgen van het tussen partijen bestaande geschil.[118] Zo mag hij bijvoorbeeld verduidelijking vragen aan appellant als de grenzen van de rechtsstrijd hem onduidelijk zijn. Verder mag hij controleren of zijn beeld van wat in geschil is, juist is. In dit kader kan hij zelfs aan de appellant de vraag voorleggen of het juist is dat deze in een bepaald gebrek heeft willen berusten.[119] In deze zin mag hij de belanghebbende helpen.

De vraag is of de rechter bevoegd is om de suggestie te doen aan een appellant om het beroep tevens te richten tegen een onrechtmatigheid of een deel van het besluit als deze bij de huidige stand van zaken duidelijk niet binnen de grenzen van de rechtsstrijd ligt. Pennarts stelt dat het de rechter vrijstaat om dergelijke suggesties te doen als het hem dienstig lijkt om nu nog onbestreden delen toch te beoordelen. Als de appellant aangeeft bij zijn eigen keuze te blijven, dient de rechter dit te respecteren en blijft het onbestreden deel of de onbestreden onrechtmatigheid buiten de rechterlijke beoordeling liggen.[120] Bolt wil niet zo ver gaan. De rechter mag niet optreden als raadsman van de appellant door te wijzen op onderdelen die onrechtmatigheden bevatten. De rechter moet zich beperken tot controlerende vragen met betrekking tot de omvang van de rechtsstrijd, aldus Bolt. Daarbij dient wel vermeld te worden dat Bolt van mening is dat de beperking van de toetsing tot enkele onderdelen weinig zal voorkomen en dat in het algemeen het gehele besluit ter beoordeling voorligt.[121] Buiten deze auteurs wordt door anderen niet direct op deze vraag ingegaan.

Er is mij geen jurisprudentie bekend waarin de rechter een partij heeft geholpen door haar op een onrechtmatigheid te wijzen. De vraag of de rechter hiertoe bevoegd is, zal dan ook vooralsnog onbeantwoord moeten blijven.

Het is mogelijk dat op basis van vragen van de rechter de grenzen van de rechtsstrijd anders komen of blijken te liggen dan tot dan toe door de wederpartij of derde-belanghebbenden werd gedacht. De rechter zal de andere partijen in dat geval voldoende de gelegenheid moeten geven om hun stellingen aan te passen aan de gewijzigde grenzen. Dit kan zo ver gaan dat de

117 Vgl. De Bock 2004 p. 35.
118 Vgl. De Bock 2004 p. 32; Bolt 1999 p. 659.
119 Vgl. PG Awb II p. 463; Bolt 1999 p. 638,639; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 125; Bruning 1994 p. 455; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1.
120 Pennarts 1998 p. 59; vgl. De Bock 2004 p. 32.
121 Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1; Bolt 1999 p. 638.

rechter derde-belanghebbenden die (nog) niet aan het geding deelnemen van de wijzigingen of interpretatie van de grenzen van het geschil op de hoogte stelt. Het is immers mogelijk dat deze derde-belanghebbenden uitgingen van een andere interpretatie van de grenzen en om die reden vooralsnog niet als partij aan het geding deelnamen.

3.5.4 De rol van art. 8:26 Awb

Belanghebbenden kunnen op twee manieren als partij deelnemen aan een bestuursgeding in eerste instantie: als appellanten en als belanghebbenden die op grond van art. 8:26 Awb als partij aan het geding deelnemen. Deze 8:26-partijen kunnen de appellanten of de verweerder steunen, maar ook een geheel eigen positie innemen. De rechtspositie van een belanghebbende die op grond van art. 8:26 Awb deelneemt, is anders dan van de belanghebbende die beroep instelt. Deze 8:26-partijen kunnen geen invloed kunnen uitoefenen op de grenzen van de rechtsstrijd. Zij nemen deel aan het geding binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals die door appellanten worden bepaald.[122] Zij kunnen de grenzen van de rechtsstrijd dus niet uitbreiden en ook niet het geding overnemen als appellanten het beroep (gedeeltelijk) intrekken.

Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de Afdeling van 14 januari 2004.[123] Het college van B&W had geweigerd appellant een bouwvergunning te verlenen. Nadat bezwaar en beroep ongegrond waren verklaard, stelde appellant appel in. Drie derde-belanghebbenden waren als partij toegelaten. Zij voeren aan dat het bouwwerk in strijd zou komen met het bestemmingsplan. De Afdeling overweegt als volgt:

> "Nu [derde-belanghebbenden] geen hoger beroep hebben ingesteld en deze stelling buiten de grenzen van het door appellant aan de orde gestelde geschil valt, dient deze – daargelaten de juistheid ervan – in hoger beroep buiten beschouwing te blijven."[124]

De rechtsnorm dat een partij die op grond van art. 8:26 Awb deelneemt aan het geding slechts 'meelift' in het beroep van een ander blijkt ook uit de uitspraak van de Afdeling van 28 januari 2004.[125] In deze zaak had een stichting zelf geen beroep ingesteld, maar slechts deelgenomen aan het geding op grond van art. 8:26 Awb. De stichting kon zich niet verenigen met de uitspraak en stelde hoger beroep in. De Afdeling oordeelt dat het de stichting verweten kon worden dat zij geen beroep had ingesteld, en dat zij dus op grond van art. 6:13 jo. 6:24 Awb niet-ontvankelijk verklaard moet worden. Het feit dat

122 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 153; Schreuder-Vlasblom 1994 p. 24.
123 ABRvS 14 jan. 2004, AB 2004, 239 (m.nt. TN).
124 ABRvS 14 jan. 2004, AB 2004, 239 (m.nt. TN) r.o. 2.3.
125 ABRvS 28 jan. 2004, 200300389/1.

zij op grond van art. 8:26 Awb als partij had deelgenomen aan het geding doet daar niet aan af. Een 8:26-partij heeft geen recht op het instellen van hoger beroep en kan dus niet de strijd voortzetten bij een hogere instantie als de partij die beroep heeft ingesteld hiervan afziet.

Zij heeft wel het recht om hoger beroep in te stellen als het haar redelijkerwijs niet verweten kan worden dat zij geen beroep heeft ingesteld (art. 6:13 Awb). Art. 8:26 Awb staat hier los van. Een belanghebbende heeft dit recht ook als zij in eerste instantie geen partij was geweest.

3.5.5 De wensen van partijen

Een standpunt dat wordt ingenomen is dat bij de afbakening van de rechtsstrijd de wensen van partijen uitgangspunt behoren te zijn.[126] Dit lijkt mij onjuist. Allereerst omdat de wensen van partijen (het bestuursorgaan en de belanghebbende, en belanghebbenden met tegengestelde belangen) tegengesteld zijn. Verder omdat de wensen van de appellant niet centraal staan: een appellant die een parkeervergunning heeft aangevraagd, wenst die parkeervergunning; een appellant die een uitkering heeft aangevraagd, wenst die uitkering. Als deze wens centraal staat, behoort de rechter het gehele besluit te onderzoeken en te beoordelen of deze wens verwerkelijkt kan worden. Dit is niet het geval onder de Awb. De bepalende factoren bij de afbakening van het geschil zijn de (feitelijke) gronden die appellant aanvoert.

4 HET VERBOD VAN REFORMATIO IN PEIUS

Onder de Awb wordt de beoordeling door de rechter ook begrensd door het verbod van reformatio in peius.[127] Het verbod van reformatie in peius houdt in dat de indiener van een beroepschrift niet door het feit dat hij beroep instelt in een nadeliger positie mag komen te verkeren dan waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij geen beroep zou hebben ingesteld.[128] Deze omschrijving bevat een aantal elementen:

- indiener van het beroepschrift (§ 4.1);
- een nadeliger positie (§ 4.2);
- door het instellen van het beroep (§ 4.3).

Als laatste komt de rol van rechtsnormen van openbare orde bij dit verbod aan de orde (§ 4.4).

126 Zie bijvoorbeeld Marseille 2003 p. 109; Commissie Boukema 2002 p. 29; Widdershoven e.a. 2001 p. xvi, 210.
127 PG Awb II p. 175, 463, 464.
128 Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.5.

4.1 Indiener van het beroepschrift

Het verbod van reformatio in peius is gericht op de positie van de appellant.[129] De positie van de geadresseerde wordt dus niet beschermd door het verbod van reformatio in peius als alleen derde-belanghebbende(n) beroep instellen. Dit zou ook wel wonderlijk zijn. De geadresseerde zou een vorm van immuniteit hebben gekregen en de meeste beroepen van derde-belanghebbenden zouden kansloos zijn.

Het verbod van reformatio in peius geldt niet in situaties met belanghebbenden met tegengestelde belangen.[130] Er is dan ook geen sprake van een verboden reformatio in peius in rechtszaken waarin appellanten met tegengestelde belangen beroep hebben ingesteld en de positie van de één verslechtert ten gunste van de ander. Dit volgt ook uit de omschrijving van het verbod. Het verbod houdt immers in dat de positie van de appellant niet nadeliger mag worden door het enkele feit dat hij beroep heeft ingesteld. Hieruit vloeit voort dat de positie nadeliger kan en mag worden ten gevolge van het beroep van een ander.

4.2 Nadeliger positie

Bij het bepalen of er sprake zou zijn van een 'nadeliger positie' gaat het om het vergelijken van de rechtspositie na het einde van het geding met de rechtspositie die de appellant inneemt na de beslissing op bezwaar: voor het besluit op bezwaar mag niet, ex tunc en met terugwerkende kracht, een minder gunstig besluit in de plaats worden gesteld.[131] Hieronder valt ook het geval dat de rechter het besluit in stand laat op minder gunstige gronden dan het oorspronkelijke besluit.[132]

4.3 Door het instellen van het beroep

Het gaat er om dat *het instellen van het beroep* niet mag leiden tot een nadeliger positie. Dit ziet ten eerste op het voorkomen van de situatie dat door de uitspraak waarin de rechter een besluit vernietigt de weg vrijkomt voor het bestuur om een minder gunstig besluit te nemen, terwijl deze mogelijkheid zonder de vernietiging niet zou hebben bestaan. In de meeste gevallen is het het bestuur verboden om een eenmaal genomen besluit zomaar in te trekken

129 Vgl. Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 4.
130 PG Awb II p. 464; vgl. Kooper 2000 p. 174; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 4.
131 Vgl. Bolt 1999 p. 641; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.5.
132 Vgl. Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 4.

en te vervangen door een minder gunstig besluit. Het is niet de bedoeling van het bestuursprocesrecht, en zeker niet bestuursprocesrecht met als doel rechtsbescherming, om het bestuur deze mogelijkheid toch te verschaffen door middel van vernietiging door de rechter.

Het is mogelijk dat het instellen van het beroep het bestuursorgaan aanzet tot verder onderzoek met betrekking tot de situatie ex tunc op grond waarvan zij een minder gunstig vervangend besluit zou willen nemen. De rechter zal in beginsel geen rekening houden met deze feiten bij de beoordeling van het besluit. Het bestuur was immers aangezet tot het nadere onderzoek doordat beroep was ingesteld. Het rekening houden met deze feiten zou leiden tot een nadeligere positie door het instellen van het beroep en valt ook onder het verbod van reformatio in peius.

In die gevallen echter waarin het bestuur bevoegd is om het besluit in te trekken en te vervangen door een minder gunstig besluit is ook de rechter bevoegd om rekening te houden met de 'nieuwe' feiten en het besluit te vernietigen ook al zou dit leiden tot een nadeliger positie voor de appellant.

4.4 Het verbod van reformatio in peius en rechtsnormen van openbare orde

Het verbod van reformatio in peius geldt niet als de nadeliger positie het gevolg is van het toetsen aan en toepassen van rechtsnormen van openbare orde.[133] Appellanten kunnen op grond van rechtsnormen van openbare orde na het geding in een slechtere positie gebracht zijn dan dat zij voor het beroep innamen. Een voorbeeld hiervan is het volgende. De belanghebbende stelt bezwaar in, maar het bezwaar is buiten de termijn van art. 6:7 Awb ingediend. Het bestuursorgaan behandelt het bezwaar inhoudelijk en in de beslissing op bezwaar wordt het besluit ten gunste van de belanghebbende gewijzigd. De belanghebbende krijgt niet volledig gelijk en stelt beroep in. De rechter is nu verplicht om de ontvankelijkheid van het bezwaar te beoordelen. Rechtsnormen met betrekking tot de ontvankelijkheid zijn immers van openbare orde. De rechter zal nu de bestreden beslissing op bezwaar vernietigen en op grond van overschrijding van de bezwaartermijn het bezwaar niet-ontvankelijk verklaren waarbij het ongunstigere primaire besluit (volledig) herleeft.

133 Vgl. Brugman 2005 p. 265; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 3; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 132.

13 Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb

1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is de achtergrond van de toepassing van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb behandeld. In dit hoofdstuk komen deze bepalingen zelf aan de orde. In § 2 wordt de mate waarin art. 8:69 lid 2 en 3 Awb in de jurisprudentie voorkomen besproken. In § 3 wordt art. 8:69 lid 2 Awb en het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden besproken. In § 4 komt art. 8:69 lid 3 Awb en het ambtshalve aanvullen van de feiten aan de orde.

2 JURISPRUDENTIEONDERZOEK

Bij de bestudering van art. 8:69 Awb ontstond de indruk dat hoewel art. 8:69 lid 2 en 3 Awb als belangrijke bepalingen werden beschouwd, zij (relatief) weinig voorkomen in de jurisprudentie. In dit kader heb ik onderzoek gedaan in de onderdelen 'Administratiefrechtelijke Beslissingen' en 'Bouwrecht' van de elektronische databanken van Kluwer, de elektronische databank op www.rechtspraak.nl en de elektronische databank op www.wettenbank.sdu.nl. De onderzochte periode was vanaf 1 januari 1994 tot en met 5 augustus 2003. De jurisprudentie van na deze periode is overigens wel in het onderzoek en de hoofdstukken van dit proefschrift betrokken. De resultaten van het jurisprudentie-onderzoek heb ik opgenomen in tabellen in bijlage 1.

Verreweg de meeste uitspraken waarin art. 8:69 Awb voorkomt, betreffen de grenzen van de rechtsstrijd. De leden 2 en 3 komen veel minder voor. Dit is inclusief de annotaties, voorzover een databank annotaties kent. In de onderzochte periode werd art. 8:69 lid 2 Awb 66 keer in een uitspraak genoemd. Het artikel werd 74 keer genoemd in de noot bij een uitspraak en 7 keer in zowel de noot als de uitspraak. Art. 8:69 lid 3 Awb werd 3 maal genoemd in de uitspraak en 11 maal alleen in de noot. In geen enkel geval in beide.

Bij art. 8:69 lid 2 Awb moet nog vermeld worden dat de rechtbank Rotterdam op een gegeven moment de volgende overweging, of een overweging van gelijke strekking, is gaan gebruiken:

> "Nu ook overigens – en binnen de grenzen van artikel 8:69, eerste en tweede lid, van de Awb – niet is gebleken van strijd met enige geschreven of ongeschreven

> rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel, kan het bestreden besluit in rechte standhouden en dient het beroep van eiseres ongegrond te worden verklaard."

Op zich wordt art. 8:69 lid 2 Awb wel genoemd, maar aangezien niet duidelijk is gemaakt hoe die grenzen luiden of hoe deze bepaling een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de uitspraak, voegt deze overweging weinig toe aan het beeld van art. 8:69 lid 2 Awb. Voor de onderzochte periode ging het om 31 gevallen waarin deze of een gelijkende overweging werd gebruikt.

Verreweg de meeste uitspraken inzake art. 8:69 lid 2 Awb hebben betrekking op de vraag of de rechter ambtshalve een rechtsnorm bij de beoordeling van het besluit mag betrekken. Dit kan echter zowel ambtshalve toetsing (buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald) als ambtshalve aanvulling (binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald) zijn. Een complicatie bij bestudering van de jurisprudentie is dat de discussie over de betekenis van het aanvullen van de rechtsgronden en de discussie over de rechterlijke bevoegdheden en beperkingen, en met name omtrent de grenzen van de rechtsstrijd, door elkaar lopen. Een ander probleem is dat meestal niet duidelijk wordt aangegeven hoe art. 8:69 lid 2 Awb in het concrete geval is toegepast.

Het is opvallend hoe weinig art. 8:69 lid 2 Awb, en met name art. 8:69 lid 3 Awb voorkomen in de jurisprudentie. Van de zaken waarin art. 8:69 lid 2 of 3 Awb worden genoemd, gebeurt dit over het algemeen in de noten en niet in de uitspraak zelf.[1] De vraag kan dan ook gesteld worden of art. 8:69 lid 2 en/of 3 Awb een rol spelen in het proces.

Daarentegen gaat hier wel om de gepubliceerde uitspraken. Dit is maar een deel van de uitspraken die worden gedaan. Anderzijds gaat het hier om de (samengevoegde) resultaten van vier belangrijke juridische databanken, en bevat de databank op www.rechtspraak.nl een groot aantal uitspraken.

Het is verder nog van belang dat het enkele feit dat een artikel niet wordt genoemd in een uitspraak nog niet wil zeggen dat deze bepalingen geen rol hebben gespeeld. Als de rechter bijvoorbeeld in het kader van art. 8:69 lid 2 Awb de mogelijkheid van aanvulling heeft onderzocht, maar heeft besloten dat dit toch niet nodig of mogelijk was, zal dit vaak niet blijken uit de uitspraak.

1 Het plaatje bij art. 8:69 lid 2 Awb is enigszins vertekend door de standaardoverweging van de rechtbank Rotterdam: van de 66 uitspraken waarin art. 8:69 lid 2 Awb werd genoemd in de uitspraak waren er 31 waarin dit deze standaardoverweging betrof.

3 ART. 8:69 LID 2 AWB: DE RECHTBANK VULT AMBTSHALVE DE RECHTSGRONDEN AAN

Blijkens de parlementaire geschiedenis is art. 8:69 lid 2 Awb gebaseerd op art. 48 (oud) Rv:

> "[o]vereenkomstig artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is in het tweede lid bepaald dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult."

Art. 48 (oud) Rv geeft de rechter de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, maar functioneert daarnaast ook als de wettelijke verankering voor de (ongeschreven) rechtsnorm dat de rechter ambtshalve het recht toepast, de rechtsnormen die hieruit voortvloeien en de taak van de burgerlijke rechter (zie hoofdstuk 7).

De eerste vraag die beantwoord moet worden is dan ook: houdt art. 8:69 lid 2 Awb slechts de bevoegdheid in voor de rechter om de rechtsgronden aan te vullen of is het mede een wettelijke verankering voor de regel dat de rechter ambtshalve het recht toepast, de regels die hieruit voortvloeien en de taak van de bestuursrechter? Deze vraag zal in § 3.1 behandeld worden. In deze paragraaf komen verder de volgende onderwerpen aan de orde:

- de betekenis van de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen voor het systeem van het bestuursprocesrecht (§ 3.2);
- de rol van de ongelijkheidscompensatie bij de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen (§ 3.3);
- de werking van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen bij de concrete beoordeling van het besluit (§ 3.4);
- de ambtshalve toetsing (§ 3.5);
- het ambtshalve aanvullen van en het ambtshalve toetsen aan internationaal recht (§ 3.6);
- enkele vragen met betrekking tot de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen. Deze zijn deels gebaseerd op de bevindingen met betrekking tot art. 48 (oud) Rv en deels op hetgeen in het bestuursprocesrecht omtrent dit onderwerp is geschreven (§ 3.7);
- de verschillende typen rechtsnormen die in het burgerlijk procesrecht bestaan. Hierbij staat de vraag centraal of deze typen ook in het bestuursprocesrecht onderscheiden kunnen worden (§ 3.8);
- de begrenzingen van het aanvullen van de rechtsgronden in het burgerlijk procesrecht waarbij de vraag is of deze ook gelden voor het bestuursprocesrecht (§ 3.9);
- de rol van het aanvullen van de rechtsgronden bij de exceptieve toetsing (§ 3.10); en
- de regel dat de interpretatie van het recht aan de rechter is voorbehouden (§ 3.11).

3.1 Art. 8:69 lid 2 Awb als wettelijke verankering?

Art. 8:69 lid 2 Awb wordt in de literatuur of jurisprudentie niet gezien als de wettelijke verankering van de rechtsnorm dat de bestuursrechter ambtshalve het recht toepast of van de taak van de bestuursrechter. De rechtsnorm dat de rechter ambtshalve het recht toepast en alle regels die daaruit voortvloeien gelden wel in het bestuursprocesrecht en werken op dezelfde wijze als in het burgerlijk procesrecht. Ook de bestuursrechter kwalificeert dus zelfstandig de vaststaande feiten,[2] interpreteert het recht en is niet gebonden aan of beperkt door rechtsbeschouwingen van partijen.[3] Deze rechtsnormen bestaan echter als ongeschreven rechtsnormen en art. 8:69 lid 2 Awb wordt niet gezien als de wettelijke verankering hiervan.

Aangezien het recht tot het terrein van de rechter behoort, kunnen stukken met betrekking tot dit recht niet tardief of in strijd met de goede procesorde door partijen worden ingebracht. Een partij die een beroep doet op een aspect van het recht doet immers niets meer dan de rechter wijzen op iets dat hij zelf al verplicht was om zo nodig ambtshalve toe te passen. Aangezien de rechter bijvoorbeeld verplicht is om bij zijn interpretatie van het recht de bestaande jurisprudentie te betrekken, kan een partij niet tardief of in strijd met de goede procesorde de rechter op deze jurisprudentie wijzen. Als de partij het niet had aangevoerd, zou de rechter het zelf alsnog moeten hebben opzoeken.

Ook de taak van de bestuursrechter wordt niet verankerd in art. 8:69 lid 2 Awb. De norm dat het de taak van de rechter is om ex tunc de rechtmatigheid van het besluit te toetsen wordt niet gelezen in dit artikel, maar bestaat als ongeschreven recht.

Het verschil tussen art. 48 (oud) Rv en 8:69 lid 2 Awb wat deze verankeringen betreft ligt mijns inziens hierin dat art. 48 (oud) Rv en de daarin verankerde rechtsnormen zijn ontwikkeld in een periode dat geschreven recht, de wet, belangrijker werd geacht dan ongeschreven recht. Voor een groot deel van het bestaan, en zeker de ontwikkeling, van art. 48 (oud) Rv werd bijvoorbeeld in art. 1401 (oud) BW onrechtmatig nog gelezen als onwetmatig. Een ander voorbeeld is dat tot 1963 bij de cassatiemiddelen nog moest worden aangegeven welke wetsartikelen waren geschonden. Een rechtsnorm moest dus minstens in de wet verankerd zijn om geldend recht te zijn. Daarbij kwam het meer praktische punt dat slechts over de schending van een rechtsnorm geklaagd kon worden bij de Hoge Raad als bij het cassatiemiddel een wetsartikel gevonden kon worden. Wettelijke verankering was in dit kader zelfs nodig.

---

2 Vgl. Simon 1997 p. 304/305 ; Bolt 1999 p. 644; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1 sub a.

3 Vgl. Bolt 1999 p. 644; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 9; Kooper 2000 p. 174; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 128.

Bij de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht is het verschil tussen geschreven en ongeschreven recht veel minder belangrijk. In de huidige situatie in zowel het burgerlijk procesrecht als het bestuursprocesrecht is ongeschreven recht qua kracht en gelding gelijk aan geschreven recht. Het is niet meer nodig om de regel dat de rechter het recht toepast, de regels die daaruit voortvloeien of de taak van de rechter te verankeren in een wettelijke rechtsnorm.

De conclusie is dat in art. 8:69 lid 2 Awb slechts de verplichting is opgenomen om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

3.2 De betekenis van de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen in het bestuursprocesrecht

Ik begin deze paragraaf met de bespreking van de betekenissen die in de jurisprudentie aan de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen zijn gegeven, en de betekenis waarvoor gekozen moet worden (§ 3.2.1.). In § 3.2.2 wordt de gekozen betekenis van deze verplichting verder besproken.

3.2.1 De interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb in de jurisprudentie

Wat betreft de betekenis van art. 8:69 lid 2 Awb kunnen in de jurisprudentie twee interpretaties onderscheiden worden. Ten eerste wordt soms onder het aanvullen van rechtsgronden verstaan het aanvullen van beroepsgronden. Hierbij wordt de nadruk bij het begrip 'rechtsgronden' gelegd op gronden. De rechter kan deze beroepsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd aanvullen, maar is wel gebonden aan het verbod van reformatio in peius.[4] Voorzover de aan te vullen beroepsgrond van openbare orde is, kan de rechter deze ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd aanvullen en is hij niet gebonden aan het verbod van reformatio in peius. Dit laatste wordt ambtshalve toetsing genoemd.[5]

Ten tweede wordt het aanvullen van de rechtsgronden ook gezien als het aanvullen van het toepasselijke of juiste recht bij de (aangevoerde) gronden. Het gaat om het juridisch vertalen van de gronden in het recht. De nadruk wordt hier bij het begrip 'rechtsgronden' gelegd op 'recht'. Van de uitspraken

4 Bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 3 juli 2002, zaaknr. Awb 01/827 WAO; CRvB 27 mrt 2002, zaaknr. 01/5127 WVG, 01/5128 WVG; de noot onder CRvB 7 feb. 2001, AB 2001, 178 (m.nt. HBr); Rb. 's-Gravenhage 9 okt. 2000, zaaknr. AWB 00/10001, 00/10004; de noot onder ABRvS 21 sept. 2000, BR 2001, 42; ABRvS 28 jan. 2000, JB 2000, 57 (m.nt. F.A.M. S).

5 Bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 7 feb. 2003, zaaknr. AWB 02/89756; ABRvS 8 april 1999, BR 1999, 675.

in de periode 2000-2003 betreft het merendeel deze interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb.[6]

Dit betekent dat van zowel het aanvullen van een beroepsgrond, als het ambtshalve toetsen als het aanvullen van de (juiste) rechtsnorm wordt verdedigd dat dit onder het aanvullen van de rechtsgronden in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb valt. Uit de jurisprudentie blijkt niet dat de ene interpretatie de andere uitsluit. Soms blijkt dat art. 8:69 lid 2 Awb beide interpretaties omvat. Soms wordt de verplichting van art. 8:69 lid 2 Awb beperkt tot het aanvullen van toepasselijk recht.

Geen van de twee interpretaties zijn mijns inziens in principe onjuist. De wetgever heeft niet duidelijk aangegeven wat onder het aanvullen van de rechtsgronden in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb verstaan moet worden, zodat beide interpretaties in principe mogelijk zijn. Echter, uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het de bedoeling is geweest om in art. 8:69 lid 2 Awb dezelfde verplichting op te nemen als in art. 48 (oud) Rv was opgenomen. Er is daarbij geen reden waarom (nu) gelijkluidende bepalingen ongelijk geïnterpreteerd zouden moeten worden.

Als art. 8:69 lid 2 Awb vergeleken wordt met art. 48 (oud) Rv is er slechts één interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb mogelijk en dat is de verplichting om ambtshalve het toepasselijke recht aan te vullen bij de beoordeling van het besluit (hiervoor de tweede interpretatie). De plicht om de rechtsgronden aan te vullen van art. 48 (oud) Rv is immers een correctie op de juridische onderbouwing van de rechtsstrijd: partijen hebben verzuimd het juiste recht aan te voeren.

De plicht om (vergeten) beroepsgronden aan te vullen valt niet onder art. 8:69 lid 2 Awb. Het aanvullen van beroepsgronden is een correctie op de feitelijke argumentatie: de appellant heeft verzuimd ook een bepaalde grond aan te voeren. Vanuit de systematiek van art. 48 (oud) Rv bezien valt dit onder het aanvullen van de feitelijke gronden en dus onder de bevoegdheid om de feiten aan te vullen van art. 8:69 lid 3 Awb.

De plicht om ambtshalve te toetsen aan rechtsnormen van openbare orde (de ambtshalve toetsing) valt onder art. 8:69 lid 1 Awb. In deze bepaling wordt een beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd gelezen. Deze beperking geldt niet voor het toetsen aan rechtsnormen van openbare orde, derhalve volgt uit deze bepaling dat de rechter verplicht is tot ambtshalve toetsing.

Het feit dat het aanvullen van beroepsgronden en de plicht tot ambtshalve toetsing in deze interpretatie niet onder art. 8:69 lid 2 Awb vallen, betekent dus niet dat de rechter niet hiertoe bevoegd respectievelijk verplicht zou zijn.

---

6 Bijvoorbeeld: ABRvS 12 mrt. 2003, JB 2003, 124 (m.nt. C.L.G.H. A.); de noot onder ABRvS 19 juni 2002, AB 2003, 49 (m.nt. p. van der Ree); de noot onder ABRvS 9 jan. 2002, AB 2003, 14 (m.nt. P van der Ree); Rb. Amsterdam 18 september 2001, USZ 2001, 290 (m.nt. MD); de noot onder ABRvS 15 aug. 2001, AB 2001, 328 (m.nt. p. A. Willemsen); CRvB 21 mrt. 2001, zaaknr. 98/4579 WAO; Rb. 's-Gravenhage 4 jan. 2001, zaaknr. AWB 00/76415.

3.2.2 De betekenis van de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen

Zoals gesteld betekent de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen hetzelfde in het bestuursprocesrecht als in het burgerlijk procesrecht. Kort gezegd komt dat op het volgende neer. Er is sprake van een aanvullen van de rechtsgronden als de rechter een rechtsnorm toepast die niet door partijen is aangevoerd. De verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen houdt in dat de rechter verplicht is om toepasselijke rechtsnormen die partijen niet hebben aangevoerd zelf aan te voeren en toch toe te passen.[7] Het feit dat de rechtsnorm niet door partijen is aangevoerd, mag de rechter er niet van weerhouden om de rechtsnorm (toch) toe te passen.

Het aanvullen van de rechtsgronden is een bevoegdheid die de rechter slechts uitoefent in het kader van de beoordeling die hij moet maken. Deze plicht bepaalt niet de mate waarin een bestreden besluit beoordeeld moet worden. Het aanvullen van de rechtsgronden vindt plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. De plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen is dan ook geen grond om de grenzen van de rechtsstrijd uit te breiden of buiten de grenzen van de rechtsstrijd te gaan. Dit betekent dat de mate waarin de rechter rechtsgronden kan aanvullen en verplicht is de rechtsgronden aan te vullen, toe- of afneemt met het stelsel dat gevolgd wordt voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Het te volgen stelsel bepaalt immers in hoeverre de rechter het besluit mag beoordelen en dus rechtsnormen mag toepassen en aanvullen.

De meest eenvoudige vorm van het aanvullen van de rechtsgronden is als de rechter de juiste rechtsnorm aanvult bij een door een partij aangevoerde grond. Als een partij de juiste rechtsnorm niet zelf aanvoert, vult de rechter deze op grond van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve aan bij de feitelijke grond en toetst hij toch aan deze rechtsnorm. Voorbeelden van een dergelijk aanvullen van de rechtsgronden zijn de volgende:

- een betoog van belanghebbende over de lange tijdsverloop in deze zaak, had voor de rechtbank aanleiding moeten zijn om te beoordelen of aan de redelijke termijn van art. 6 lid 1 EVRM is voldaan.[8] De rechtbank had art. 6 EVRM bij de feitelijke grond omtrent het lange tijdsverloop moeten aanvullen;
- appellant heeft aangevoerd dat hij van Belgische nationaliteit is en woonachtig is in Lanaken, terwijl zijn partner, met wie hij langdurig een vaste relatie heeft, in Susteren woont, dat hij in loondienst was van een te Lanaken gevestigde onderneming, die grotendeels in Nederland werkzaam is, maar voor die onderneming op afroepbasis beschikbaar blijft. In dit betoog had de rechtbank aanleiding behoren te zien om te onderzoeken of de

7 Vgl. De Bock 2004 p. 46.
8 ABRvS 19 nov. 2003, AB 2004, 27 (m.nt. AMLJ).

minister het gemeenschapsrecht (art. 17 lid 1 en 18 lid 1 EG-Verdrag) in acht heeft genomen; en
- bij de feitelijke grond dat een onderscheid naar leeftijd zoals dit door de gemeente wordt gemaakt, strijdig is met het discriminatieverbod van art. 1 GW heeft de rechtbank terecht ook getoetst aan art. 26 IVBPR en 14 EVRM.[9]

De tweede vorm van het aanvullen van de rechtsgronden is als de rechter het besluit toetst op punten die de belanghebbende niet aan de orde heeft gesteld. De rechter vult ambtshalve de feitelijke grond en de rechtsnorm aan en toetst het besluit toch op dit punt en aan deze rechtsnorm. Hier kan sprake zijn van ambtshalve toetsing als deze toetsing ligt buiten de grenzen van het geding zoals die door appellant zijn bepaald. Dit hoeft echter niet. Bij een volledige beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit zal de rechter ook punten beoordelen (en daarbij rechtsnormen aanvullen) die niet door appellant zijn bestreden, maar dit gebeurt binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Deze toetsing is ook niet beperkt tot rechtsnormen van openbare orde.

3.3 De verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en de ongelijkheidscompensatie

Het wordt wel gesteld dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen voortvloeit uit de ongelijkheidscompensatie.[10] Dit is onjuist. De achtergrond van deze verplichting is niet de maatschappelijke en processuele ongelijkheid tussen belanghebbende en bestuur, maar het beginsel van *Ius curia novit*: het recht behoort tot het terrein van de rechter. Het behoort tot de taak van de rechter om het recht ambtshalve toe te passen en daaronder valt ook het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. Dit is de achtergrond in het burgerlijk procesrecht (zie hoofdstuk 5 en hoofdstuk 7 § 2). Er is geen reden om aan te nemen dat dat voor het bestuursprocesrecht anders zou zijn. Ook de bestuursrechter is immers een rechter. Een grotere of mindere mate van daadwerkelijke processuele ongelijkheid tussen partijen is dan ook van geen invloed op de mate waarin de bestuursrechter verplicht is de rechtsgronden aan te vullen.

Aan het bovenstaande doet niet af dat als de belanghebbende goed juridisch is onderlegd, er meestal minder noodzaak zal zijn voor de rechter om de rechtsgronden aan te vullen. De belanghebbende zal dan immers waarschijnlijk zelf de juiste rechtsnormen al hebben aangevoerd.

---

9 ABRvS 10 feb. 1997, JB 1997, 85; dit is de uitspraak in het hoger beroep tegen Rb. Den Haag 4 jan. 1996, JB 1996, 47 (m.nt. HJS).

10 De Bock 2004 p. 52; Widdershoven e.a. 2001 p. 40, 44, 82.

3.4 De werking van het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden bij het beoordelen van het besluit

Het aanvullen van rechtsgronden betekent dus het toepassen van rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd. Bij het beoordelen van de rechtmatigheid van het besluit komt het toepassen van een rechtsnorm grotendeels neer op het toetsen van het besluit aan deze rechtsnorm. Dit betekent dat er sprake is van een ambtshalve aanvullen van een rechtsnorm in deze fase als de rechter het besluit vernietigt op grond van een rechtsnorm waarvan appellant niet heeft betoogd dat het besluit daarmee in strijd is, maar ook als de rechter het besluit in stand laat op grond van een rechtsnorm die niet door partijen is aangevoerd. Deze rechtsnorm wordt dan aangevuld.

Het eenvoudigste voorbeeld van een geval waarin de rechtsgronden worden aangevuld is als de rechter het besluit vernietigt op grond van een aangevoerde feitelijke grond, maar op grond van een andere rechtsnorm dan waarvan schending werd betoogd. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Afdeling van 12 maart 2003.[11] De derde-belanghebbende heeft in beroep gesteld dat realisering van de (van het bouwplan deel uitmakende) windturbine met een ashoogte van 60 meter leidt tot visuele hinder, horizonvervuiling en aantasting van het karakteristieke landschap. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank deze stelling, overeenkomstig art. 8:69 lid 2 Awb, terecht heeft aangemerkt als een grond die betrekking heeft op de welstand.[12] De rechtbank heeft het besluit derhalve terecht vernietigd op de grond dat het bestuursorgaan het bouwplan ten onrechte in overeenstemming met redelijke eisen van welstand heeft geoordeeld.

Een voorbeeld waarbij het aanvullen van de rechtsgronden het vernietigen van het besluit voorkomt, is het volgende. Stel dat de appellant aanvoert dat het bestuursorgaan op het bezwaar heeft beslist zonder de belanghebbenden te hebben gehoord. Uit de feiten blijkt dat dit juist is. Echter, uit de feiten blijkt ook dat de belanghebbenden verklaard hebben geen gebruik te willen maken van het recht om gehoord te worden. Art. 7:3 sub c Awb bepaalt dat in dit geval het bestuursorgaan kan afzien van het horen van belanghebbenden. De rechter is nu verplicht art. 7:3 sub c Awb aan te vullen en het bezwaar ongegrond te verklaren.

Wat betreft het beoordelen van de in de beroepsgronden aangevoerde feitelijke gronden is het aan de rechter om te bepalen of deze feitelijke gronden vernietiging rechtvaardigen omdat zij correct betogen dat het besluit in strijd is met het recht. Dit kan zijn in strijd met de aangevoerde rechtsnormen dan wel met ambtshalve door de rechter aan te vullen rechtsnormen. Dit laatste is hetgeen de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen toevoegt aan de rechterlijke beoordeling van de aangevoerde gronden.

---

11 ABRvS 12 maart 2003, JB 2003, 124 (m.nt. C.L.G.F.H.A.).
12 Ro. 2.6.

Zoals gezegd hangen de gevolgen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen af van het stelsel dat gevolgd wordt. Voor het grievenstelsel gaat de beoordeling niet verder dan het beoordelen van de gronden. Wat dit stelsel betreft is het bovenstaande het hele verhaal over de werking van art. 8:69 lid 2 Awb. Voor stelsels die verder gaan dan het beoordelen van de gronden, gaat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen ook verder. De grenzen van de rechtsstrijd zijn breder, zodat de rechterlijke beoordeling ook verder gaat en daarmee is de ruimte (en verplichting) om rechtsnormen aan te vullen ook toegenomen.

In het stelsel van een beperkte volledige toetsing beoordeelt de rechter de bestreden delen van het besluit volledig. Daarbij zal hij ook de naleving van rechtsnormen beoordelen waarvan de appellant niet heeft betoogd dat zij zijn geschonden. Naast een beoordeling van de gronden zoals bij het grievenstelsel, beoordeelt hij ambtshalve de naleving van de verder op de bestreden delen van het besluit van toepassing zijnde rechtsnormen. Als de rechter op grond van deze ambtshalve aanvulling het bestreden deel van het besluit onrechtmatig oordeelt en vernietigt, vult hij zowel de rechtsgronden (de norm die is geschonden) als de feitelijke gronden (het feitelijk argument dat het besluit op dit punt onrechtmatig is) aan.

Stel bijvoorbeeld dat een appellant aanvoert dat een voorwaarde in strijd is met het vertrouwensbeginsel. De rechter oordeelt dat het besluit niet hiermee in strijd is. In dit geval brengt ook de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen bij de aangevoerde gronden geen uitkomst aangezien er niet in de grond mede of in feite strijd met een andere rechtsnorm wordt betoogd. In het stelsel van een beperkte volledige toetsing is de rechter verplicht om ook van andere op deze voorwaarde van toepassing zijnde rechtsnormen te onderzoeken of deze zijn geschonden. Stel dat hij hierbij constateert dat deze voorwaarde niet bij andere soortgelijke besluiten wordt gesteld. Hij komt tot de conclusie dat deze voorwaarde in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en hij vernietigt het besluit wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel. In dit voorbeeld vult de rechter de feitelijke grond (deze voorwaarde wordt niet in andere gelijke zaken gesteld) en de bijbehorende rechtsgrond (het gelijkheidsbeginsel) aan. Beide aanvullingen vinden plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald (de bestreden onderdelen van het besluit) en de rechter is verplicht om beide aanvullingen te maken aangezien hij de bestreden delen volledig moet toetsen.

In het compromisstelsel hangt de vraag of de rechter ambtshalve de feitelijke grond en de rechtsgrond zal aanvullen onder meer af van de ernst en duidelijkheid van de schending (zie hoofdstuk 12 § 3.1.3). Als de rechter de ambtshalve ontdekte schending bijvoorbeeld ernstig genoeg acht, zal hij de feitelijke grond en rechtsgrond aanvullen en het besluit vernietigen. Zo niet, dan niet.

De vraag die bestuursrechter in het kader van art. 8:69 lid 2 Awb stelt, is of hij het besluit ambtshalve aan deze bepaalde rechtsnorm mag of moet

toetsen, en in het verlengde daarvan of hij het besluit ambtshalve op grond van deze bepaalde rechtsnorm mag of moet vernietigen. Uit bovenstaande voorbeelden blijkt mijns inziens wel dat dit, buiten het geval van het aanvullen van een rechtsnorm bij een aangevoerde grond, geen vraag is naar het aanvullen van de rechtsgronden, maar een vraag naar de grenzen van de rechtsstrijd en welk stelsel wordt gevolgd. Als duidelijk is waar de grenzen van de rechtsstrijd liggen, vloeit daaruit vanzelf het antwoord voort op de vraag of ambtshalve aan een bepaalde rechtsnormen getoetst moet worden en dus of het besluit ambtshalve op grond van deze aan te vullen rechtsnorm vernietigd moet worden.

3.5 Ambtshalve toetsing

Op grond van art. 8:69 lid 1 Awb mag de rechter het besluit in beginsel niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd beoordelen. Er wordt echter een uitzondering gemaakt voor rechtsnormen van openbare orde.[13] De rechter is verplicht om ambtshalve de naleving van deze bepalingen te beoordelen. Dit zo nodig tegen de wil van partijen en buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald om.[14] Dit wordt ambtshalve toetsing genoemd.

De rechter zal partijen wel moeten horen bij ambtshalve toetsing. Een vernietiging ten gevolge van een ambtshalve toetsing zonder partijen eerst in de gelegenheid te stellen om zich over de ambtshalve aan te vullen rechtsnorm van openbare orde uit te laten is in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor en de goede procesorde.[15]

Ambtshalve toetsing hoeft niet beperkt te zijn tot bepalingen van openbare orde. Het is mogelijk dat ambtshalve toetsing wordt voorgeschreven voor rechtsnormen die niet van openbare orde zijn.[16] Een voorbeeld hiervan is de Wet ammoniak en veehouderij. Op grond van art. 10 lid 7 van deze wet dient de rechter een vergunning ambtshalve te toetsen aan deze wet indien beroep wordt ingesteld tegen een vergunning die na 8 december 2000 is verleend.[17] Het is niet waarschijnlijk dat alle bepalingen van deze wet van openbare orde zijn.

---

13 Zie voor een bespreking van de definities van de term rechtsnorm van openbare orde § 3.8.1.

14 Vgl. Brugman 2005 p. 265, 266; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 107/108; De Bock 2004 p. 63, 65; Verbeek (Praktijkboek bestuursrecht) § XI.4.3.4; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Bolt 1999 p. 654; Simon 1997 p. 305; ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) ro. 2.3.3.

15 Vgl. Brugman 2005 p. 266; De Bock 2004 p. 65; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 201; Bolt 1999 p. 654; HR 19 nov. 2004, JB 2005, 3 (m.nt. R.M.P.G.N.-C.); CRvB 16 dec. 1999, AB 2000, 133 (m.nt. HH); CRvB 2 dec. 1999, TAR 2000, 23; ABRvS 8 aug. 1996, JB 1996, 198 (m.nt. MAH).

16 Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 170, 186, 188; soms ook niet: Widdershoven e.a. 2001 p. xvi.

17 ABRvS 20 nov. 2002, AB 2003, 59 (m.nt. JV).

Het is verder mogelijk dat bepaalde bepalingen van EU-recht onder deze categorie vallen. Als uit het EU-recht volgt dat ambtshalve aan een bepaling van gemeenschapsrecht getoetst moet worden, zal dit moeten gebeuren ook al voldoet de bepaling niet aan het nationale vereiste dat deze van openbare orde dient te zijn.[18] Vooralsnog is er geen gemeenschapsbepaling waar dit voor geldt.

In deze paragraaf zal ik twee aspecten van ambtshalve toetsing bespreken. In § 3.5.1 zal ik ingaan op het onderscheid tussen ambtshalve toetsen en ambtshalve aanvullen. Verder neemt Kooper in een aantal artikelen een standpunt in dat op een aantal punten afwijkt van de min of meer aanvaarde theorie. Dit komt in § 3.5.2 aan de orde.

3.5.1 Ambtshalve toetsen en ambtshalve aanvullen

Ambtshalve toetsing moet onderscheiden worden van ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. Vast staat dat het aanvullen van de rechtsgronden slechts plaatsvindt binnen de grenzen van de rechtsstrijd en dat de rechter bij ambtshalve toetsing buiten de grenzen treedt.[19] Verder vindt ambtshalve toetsing (in ieder geval) plaats aan rechtsnormen van openbare orde.[20] Consensus is ook dat het bij het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden gaat om het ambtshalve toepassen van het recht.[21] Wat dit laatste betekent wordt echter niet uitgewerkt.

Wel wordt geconstateerd dat aangezien verschillend wordt gedacht over de afbakening van de rechtsstrijd en de taak van de bestuursrechter, de gevolgen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen verschillen per auteur.[22] Mede dankzij deze verschillen omtrent de grenzen is er mijns inziens een vervaging tussen de concepten van ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en ambtshalve toetsing buiten de door appellant(en) bepaalde grenzen van de rechtsstrijd.

Er is echter geen tegenstelling tussen deze twee handelingen. Er is sprake van een ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden als de rechter rechtsnormen betrekt bij de beoordeling van het besluit die niet door partijen zijn

18 Vgl. Albers in punt 2 van haar noot onder ABRvS 2 maart 2004, JB 2004, 152 (m.nt. C.L.F.G.H.A.).

19 Vgl. De Bock 2004 p. 48; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186/187; Widdershoven e.a. 2001 p. xvi, 44, 170, 186,188, 199; Commissie Boukema 2002 p. 30; Verbeek (praktijkboen bestuursrecht) § XI.4.3.3; Kooper 2000 p. 174; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Bolt 1999 p. 643; Stroink 1999 p. 6; Damen 1999 p. 105; Hoogenboom 1998 p. 130; ABRvS 12 maart 2003, JB 2003, 124 (m.nt. C.L.G.F.H.A.) ro. 2.6.

20 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 107; Marseille 2003 II p. 113; Widdershoven e.a. 2001 p. xvi, 171, 173, 188, 199; Stroink & Widdershoven 2002 p. 30; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 197; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Bolt 1999 p. 643, 654; Stroink 1999 p. 6; Damen 1999 p. 29, 105; Hoogenboom 1998 p. 130; Simon 1997 p. 305.

21 Widdershoven e.a. 2001 p. 187.

22 Widdershoven e.a. 2001 p. 187.

aangevoerd (zie hoofdstuk 2 en hoofdstuk 7). Bij ambtshalve toetsing beoordeelt de rechter het besluit buiten de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd. Ambtshalve toetsing gaat echter altijd gepaard met een aanvullen van de rechtsgronden namelijk de aanvulling van de rechtsnorm van openbare orde.[23] Een rechtsnorm waaraan de rechter ambtshalve toetst zal niet door partijen zijn aangevoerd. Anders was ambtshalve toetsing immers niet nodig geweest. Bij ambtshalve toetsing betrekt de rechter een rechtsnorm bij de beoordeling die niet door partijen is aangevoerd en dus vult hij de rechtsgronden aan. Een ambtshalve toetsing zal dus altijd deels uit een aanvullen van rechtsnormen bestaan. Het zal echter duidelijk zijn dat niet elke aanvulling van rechtsnormen gebeurt in het kader van een ambtshalve toetsing.

Het ambtshalve aanvullen gebeurt binnen de grenzen van de rechtsstrijd, maar dit zijn niet altijd de grenzen zoals appellant die heeft bepaald. Als de rechter een rechtsnorm aanvult bij een door één van de partijen aangevoerde feitelijke grond, vindt het aanvullen van de rechtsgronden plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Het ambtshalve aanvullen bij ambtshalve toetsing vindt echter nog steeds plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Dit zijn echter niet meer louter de grenzen zoals door appellant bepaald. De rechter heeft de rechtsstrijd uitgebreid met een toetsing aan de rechtsnorm van openbare orde.[24] Binnen deze uitgebreide grenzen vult de rechter de rechtsnorm van openbare orde aan.

De rechtsstrijd wordt uitgebreid op grond van de verplichting tot ambtshalve toetsing (art. 8:69 lid 1 Awb). Het is derhalve niet de verplichting tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden (art. 8:69 lid 2 Awb) op grond waarvan de grenzen van de rechtsstrijd door de rechter worden uitgebreid.

Een aanvullen van de rechtsgronden is dus altijd beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd. De rechter kan in beginsel een rechtsnorm niet aanvullen en hieraan toetsen als die toetsing ligt buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Echter, als die rechtsnorm van openbare orde is, moet de rechter ambtshalve de rechtsstrijd uitbreiden en alsnog ambtshalve de rechtsnorm betrekken (oftwel de rechtsgronden aanvullen). Dit laatste gebeurt in het kader van ambtshalve toetsing.

De uitspraak Schaap/Zaanstad[25] kan hier als illustratie dienen. De jurisprudentie is deels al achterhaald,[26] maar dit is voor de bespreking hier niet van belang. De Afdeling overwoog:

> "[1] Hoewel Schaap in zijn beroepschrift noch overigens uitdrukkelijk strijd met het bestemmingsplan heeft aangevoerd en dit punt door de rechtbank ter zitting

23 Vgl. De Bock 2004 p. 63; Kooper 2002 p. 86.
24 Vgl. Kooper 2002 p. 85, 87; Kooper 2000 p. 174, 176, 177.
25 ABRvS 8 aug. 1996, AB 1996, 481 (m.nt. PvB).
26 Zie Nijmeijer 2004; ABRvS 14 jan. 2004, AB 2004, 239 (m.nt. TN); ABRvS 1 okt. 2003, AB 2004, 50 (m.nt. TN); ABRvS 21 mei 2003, AB 2003, 324 (m.nt. TN).

> niet aan de orde is gesteld, is de Afdeling van oordeel dat, waar de handhaving van een verleende bouwvergunning is bestreden, de toetsing van het bouwplan aan het ter plaatse geldende bestemmingsplan niet achterwege kan blijven. [2] Het betreft hier immers een in artikel 44 Woningwet opgenomen dwingende weigeringsgrond. [3] De rechtbank heeft dan ook terecht onderzocht of het bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan en aldus in overeenstemming met het tweede lid van artikel 8:69 Awb de rechtsgronden aangevuld."[27]

Uitgaande van de hierboven beschreven structuur, is het volgende gebeurd: de rechtbank heeft de grenzen van de rechtsstrijd uitgebreid met een ambtshalve toetsing aan art. 44 Woningwet (zin 1 en 2). Deze ambtshalve toetsing gaat gepaard met het ambtshalve aanvullen van deze wetsbepaling (zin 3).

Deze stappen blijken echter niet duidelijk omdat er slechts wordt gesproken over een ambtshalve aanvullen hetgeen de indruk wekt dat er hier alleen sprake was van een aanvullen van de rechtsgronden en niet ook van een ambtshalve toetsing.

De rechter die geconfronteerd wordt met de vraag of hij aan een bepaalde rechtsnorm moet toetsen, zal eerst dienen te bepalen of deze toetsing binnen de gewenste beoordeling valt. Zo ja, dan zal hij deze bepaling dienen aan te vullen. Zo nee, dan zal hij moeten bepalen of deze rechtsnorm van openbare orde is en of hij dus ambtshalve aan deze rechtsnorm moet toetsen. Als dit niet het geval is, mag hij niet aan deze rechtsnorm toetsen en mag deze dus niet worden aangevuld.

De toepassing van deze theorie in de praktijk wordt bemoeilijkt doordat de grenzen van de rechtsstrijd vaak niet duidelijk zijn. In de literatuur leggen verschillende auteurs de grenzen verschillend neer zodat wat de één slechts als een aanvullen van de rechtsgronden beschouwt, voor de ander ambtshalve toetsing is.[28] Het is dus vaak niet duidelijk in hoeverre een rechter een bestreden besluit moet beoordelen en wanneer hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd treedt. Het feit dat het criterium waarop ambtshalve toetsing gebaseerd wordt, namelijk recht van openbare orde, slechts in abstracte termen inhoudelijk omschreven kan worden, maakt de zaak er niet duidelijker op.

3.5.2 Ambtshalve toetsing volgens Kooper

Kooper ziet ambtshalve toetsing als een uitbreiding van de feitelijke grondslag met kwesties van openbare orde.[29] De feitelijke grondslag omvat dan in ieder geval de door partijen aangevoerde feitelijke gronden, maar ook de kwesties van openbare orde ongeacht of partijen er iets over (willen) aanvoeren. Deze opvatting heeft twee elementen die afwijkend zijn van de min of meer aanvaar-

27 Widdershoven e.a. 2001 p. 182.
28 Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 187.
29 Kooper 2000 p. 175,176; Widdershoven e.a. 2001 p. 189-190; Kooper 2002 p. 84-89.

de theorie. Ten eerste spreekt Kooper over kwesties van openbare orde in tegenstelling tot bepalingen of rechtsnormen van openbare orde. Ten tweede ziet hij ambtshalve toetsing voornamelijk als een uitbreiding van de feitelijke grondslag.

Kwesties van openbare orde
Dit lijkt mij een terminologische kwestie. Het maakt niet wezenlijk uit of bijvoorbeeld wordt gezegd dat de kwesties omtrent bevoegdheid van openbare orde zijn of dat rechtsnormen omtrent bevoegdheid van openbare orde zijn. In beide gevallen zal de toetsing op hetzelfde neerkomen. Uit de artikelen van Kooper blijkt dat de vraag welke kwesties van openbare orde zijn, toch weer wordt bepaald door rechtsnormen.

Kooper heeft gelijk in de zin dat de vraag of een rechtsnorm van openbare orde is vaak afhankelijk is van de vraag of de kwestie die de rechtsnorm regelt een uitzonderingspositie in het procesrecht rechtvaardigt. Toch kies ik ervoor om te spreken over rechtsnormen van openbare orde. Dit past beter bij de opzet van het bestuursprocesrecht. Het is de taak van de rechter om het besluit te toetsen aan rechtsnormen. Aan welke rechtsnormen getoetst moet worden, wordt bepaald door de kwesties die in het beroepschrift aan de orde worden gesteld. Aan deze rechtsnormen worden toegevoegd de rechtsnormen die van openbare orde zijn. De kwesties die hierbij horen, worden ook onderzocht.

Ambtshalve toetsing als een uitbreiding van de feitelijke gronden
Ik ben het niet eens met Kooper dat het bij ambtshalve toetsing voornamelijk gaat om een uitbreiding van de feitelijke grondslag. Ambtshalve toetsing betreft het uitbreiden van de omvang van de rechtsstrijd. De rechtsstrijd wordt uitgebreid met de beoordeling van aspecten die niet door partijen zijn bestreden aan rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd. Bij ambtshalve toetsing spelen dus alledrie de leden van art. 8:69 Awb. Op grond van lid 1 worden de grenzen van de rechtsstrijd uitgebreid. Dit gaat gepaard met een aanvullen van de rechtsgronden (de rechtsnorm van openbare orde) op grond van lid 2 en een aanvullen van de feitelijke gronden (het feitelijk argument dat het besluit wat dit punt betreft onrechtmatig is) op grond van lid 3.

Ambtshalve toetsing is dus evenzeer een zaak van rechtsnormen als van feitelijke gronden.

3.6 Internationaal recht

Een rechtsverhouding tussen belanghebbende en het bestuur wordt in bepaalde gevallen ook deels bepaald door rechtsnormen uit het internationaal recht zoals EU-recht, het EVRM en het IVBPR. Wat betreft dit recht kunnen er twee vragen gesteld worden. Ten eerste de vraag of ook dit recht op grond van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve aangevuld dient te worden. Deze vraag zal in § 3.6.1

behandeld worden. De tweede vraag is of het feit dat het gaat om internationaal recht een verplichting tot ambtshalve toetsing met zich brengt. Deze vraag zal wat betreft het EVRM en het gemeenschapsrecht in § 3.6.2 respectievelijk § 3.6.3 besproken worden.

3.6.1 Aanvullen van internationaal recht

Het feit dat het gaat om internationaal recht is niet van belang voor de verplichting van art. 8:69 lid 2 Awb. Ongeacht hoe het betreffende verdrag hier tegenover staat, vormt internationaal recht recht in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb en moet op grond van deze bepaling internationaal recht, gelijk als nationaal recht, ambtshalve worden aangevuld. Als internationaal recht van toepassing is en partijen hebben er geen beroep op gedaan, dient de betreffende internationale rechtsnorm ambtshalve te worden aangevuld.[30] Wat betreft rechtsnormen uit het gemeenschapsrecht vloeit dit ook voort uit de uitspraak in Van Schijndel.[31] De nationale procesregels die gelden voor vorderingen gericht op de bescherming van rechten die justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen mogen immers niet ongunstiger zijn dan de procesregels die gelden voor soortgelijke vorderingen gebaseerd op nationaal recht (het vereiste van non-discriminatie)[32] (zie § 3.6.3).

Een voorbeeld van het aanvullen van internationaal recht is te zien in een uitspraak van 19 november 2003.[33] Hierin oordeelde de Afdeling dat de rechtbank in het betoog van appellant over het lange tijdsverloop in de betreffende zaak, aanleiding had behoren te zien om "– daarmee ambtshalve de rechtsgronden aanvullend in de zin van art. 8:69, tweede lid, van de Awb – na te gaan of aan de eisen van het eerste lid van art. 6 van het EVRM is voldaan."[34]

Het internationaal recht speelt vaak een rol in een rechtszaak in kader van de exceptieve toetsing als de geldigheid van nationaal recht wordt getoetst aan hoger (internationaal) recht. De bestuursrechter is op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht het internationale recht aan te vullen en het nationaal recht dat in strijd is met het (hogere) internationale recht ambtshalve buiten toepassing te verklaren.[35] Het internationale recht is immers van toepassing nu het iets zegt over de geldigheid van het relevante nationale recht.

De verplichting voor de rechter om het nationale recht te toetsen aan internationaal recht vloeit ook voort uit art. 94 Gw.[36] In dit artikel is bepaald

30 Zie ABRvS 26 juli 2004, JB 2004, 337 (m.nt. C.L.G.F.H.A.); Simon 2003 II p. 391.
31 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB).
32 Conclusie AG mr. Jacobs bij HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB) ro.17; vgl. R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Kluwer:Deventer 1999 p. 240/241; Widdershoven e.a. 2001 p. 30; Widdershoven 1999 II p. 80.
33 ABRvS 19 nov. 2003, JB 2004, 15.
34 ABRvS 19 nov. 2003, JB 2004, 15, ro. 2.5.
35 Vgl. Kooper 2002 p. 88-89.
36 De Werd 1998 p. 690-691, 692-693; Widdershoven e.a. 2001 p. 29.

dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De rechter zal, zo nodig ambtshalve, de verenigbaarheid van het toepasselijke nationale recht met internationaal recht dienen te beoordelen. Als een nationale bepaling niet verenigbaar is, zal de rechter deze bepaling buiten toepassing moeten laten nu art. 94 Gw bepaalt dat ze geen toepassing vindt.

Een vraag is of art. 94 Gw de rechter verplicht om ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd de verenigbaarheid van de toegepaste bepalingen met internationaal recht te toetsen. Als art. 94 Gw art. 8:69 lid 1 Awb opzij zet, zal de rechter bij elke in het besluit toegepaste bepaling de verenigbaarheid hiervan met internationaal recht moeten toetsen, ongeacht of hij hiertoe verplicht is op grond van het betreffende verdrag of besluit en ongeacht de grenzen van de rechtsstrijd. De Werd stelt dat de Awb-wetgever de reikwijdte van art. 94 Gw niet kan inperken zonder dat art. 94 Gw zelf daarvoor een grondslag biedt. Een dergelijke beperkingsmogelijkheid valt niet uit art. 94 Gw af te leiden, aldus De Werd.[37]

Ik voel echter meer voor het standpunt van Widdershoven e.a. die stellen dat art. 94 Gw zich niet uitlaat over de vraag wanneer de toetsingplicht van art. 94 Gw geldt. Dit kan dus wel door de Awb-wetgever bepaald worden.[38] Er moet mijns inziens nog wel sprake zijn van een wezenlijke rol voor art. 94 Gw. De Awb-wetgever kan deze grondwetbepaling niet tot een dode letter maken. De toetsingsplicht van art. 94 Gw is mijns inziens dan ook in beginsel beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd, zodat deze toetsingsplicht binnen de exceptieve toetsing valt.

Een complicatie bij de exceptieve toetsing is dat de strijdigheid niet altijd van zuiver juridische aard is.[39] Er is tevens sprake van relevante strijd met internationaal recht als het resultaat dat het nationale recht bij deze feiten voorschrijft in strijd is met het resultaat dat het internationale recht voorschrijft.[40] Ook in dit geval dient de rechter dit toepasselijke internationale recht aan te vullen en toe te passen op grond van art. 8:69 lid 2 Awb. Een probleem hierbij is dat deze toetsing sterk is verweven met de feiten en deze niet altijd zijn ingebracht.

In het burgerlijk procesrecht zal het verbod om de feiten aan te vullen meebrengen dat de rechter het noodzakelijke onderzoek niet mag initiëren. In het bestuursprocesrecht heeft de rechter daarentegen de bevoegdheid om feiten aan te vullen. Hij zal feitelijk onderzoek kunnen doen als dit nodig is voor de exceptieve toetsing. Op zich is de rechter ook verplicht om dergelijk onderzoek te verrichten, aangezien het bij het aanvullen van de rechtsgronden

37 De Werd 1998 p. 691.
38 Widdershoven e.a. 2001 p. 29/30.
39 Vgl. Kooper 2002 p. 88.
40 Vgl. Kooper 2002 p. 89.

om een verplichting gaat. Het is echter mogelijk dat het benodigde feitenonderzoek op een gegeven moment zo breed en diepgaand wordt dat het de functie van een rechtszaak te buiten gaat. Wanneer dit het geval is, is echter op dit moment niet duidelijk (zie voor deze problematiek ook § 3.10).

3.6.2 Ambtshalve toetsing aan het EVRM

Het EVRM neemt een belangrijke plaats in in het Nederlands rechtssysteem. De vraag is of deze plaats of de aard van deze rechtsnormen betekent dat de rechter in alle gevallen een ambtshalve toetsing aan dit recht moet verrichten.

Uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens volgt dat nationale rechters niet op grond van het EVRM verplicht zijn tot ambtshalve toetsing aan het EVRM.[41] Ook op grond van het nationale recht lijkt een dergelijke verplichting niet te worden aangenomen. De Afdeling toetst vooralsnog niet ambtshalve aan art. 3, 8, 13 en 14 EVRM en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM.[42] De voorzichtige conclusie is gerechtvaardigd dat de bepalingen van het EVRM voor de Afdeling niet van openbare orde zijn, en dat zij evenmin op andere gronden voor ambtshalve toetsing in aanmerking komen.[43]

Uit de onderzochte jurisprudentie komt geen duidelijk beeld naar voren van het standpunt van de Centrale Raad inzake de al dan niet ambtshalve toetsing aan bepalingen van het EVRM.[44] In een aantal uitspraken wordt art. 6 EVRM wel ambtshalve betrokken bij een beoordeling. Het is echter niet duidelijk in hoeverre het hier gaat om kwesties of rechtsnormen van openbare orde waarvoor de rechter een ambtshalve toetsing moet verrichten of dat het slechts gaat om een ambtshalve aanvullen van art. 6 EVRM als een van toepassing zijnde rechtsnorm binnen de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd.[45]

Het is van belang op te merken dat het enkele feit dat er geen beroepsgrond is gebaseerd op de toepasselijke bepaling uit het EVRM, niet wil zeggen dat niet aan deze bepaling getoetst moet worden. Het lijkt er op dat zowel de Afdeling als de Centrale Raad de grenzen van het geding ruimer trekken dan de aangevoerde gronden. Het gaat niet om een beoordeling van de aangevoerde beroepsgronden, maar om een beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit. Hieruit volgt dat er minder noodzaak overblijft voor ambtshalve toetsing aan het EVRM. Als de betreffende bepaling van toepassing is voor

41 EHRM 6 nov. 1980, application number 7654/76 (Van Oosterwijck vs. Belgium), § 39; EHRM 15 nov. 1996, application number 18877/91 (Sadik vs. Greece), § 27- 34; Widdershoven e.a. 2001 p. 34.

42 Widdershoven in zijn noot onder ABRvS 28 april 2004, AB 2004, 276 (m.nt RW) punt 6; Vz. ABRvS 10 feb. 1997, JB 1997, 99 (m.n.t F.A.M. S.).

43 Vgl. De Bock 2004 p. 60.

44 Zie ook Simon 2003 II p. 390-392.

45 CRvB 16 mei 2002, AB 2002, 263; CRvB 29 jan. 1999, AB 1999, 200 (m.nt. FP); CRvB 25 feb 1998, JB 1998, 61 (m.nt. AWH).

het bestreden deel, valt het toetsen aan de toepasselijke bepaling van het EVRM onder de te verrichten beoordeling van het onderdeel. De ambtshalve toepassing van een bepaling van het EVRM is in dat geval niet meer dan het aanvullen van de feitelijke gronden (art. 8:69 lid 3 Awb) en de rechtsgronden (art. 8:69 lid 2 Awb) binnen de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd (art. 8:69 lid 1 Awb).

3.6.3 Ambtshalve toetsing aan gemeenschapsrecht

Ook het gemeenschapsrecht neemt een belangrijke plaats in in het Nederlands rechtssysteem. Als het gemeenschapsrecht een rol speelt in een geding kan dit zijn doordat het nationale recht al dan niet in strijd is met het gemeenschapsrecht. Dit komt neer op een exceptieve toetsing waartoe de rechter ambtshalve verplicht is (zie § 3.6.1 en § 3.10). Er is hier geen sprake van ambtshalve toetsing. Bij de exceptieve toetsing gaat het om het beoordelen van de geldigheid van de rechtsnormen die van toepassing zijn op de bestreden onderdelen van het besluit en in de procedure. Deze toetsing vindt derhalve plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd.[46]

Het gemeenschapsrecht kan echter ook spelen als bijvoorbeeld een richtlijn niet, te laat of niet goed is geïmplementeerd. Als een bepaling uit een richtlijn voldoet aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking kan de burger tegenover de Staat direct een beroep doen op deze richtlijnbepaling bij de nationale rechter.[47] De rechter kan deze bepaling ambtshalve aanvullen.

De Afdeling heeft in een uitspraak van 2 maart 2004 bepaald dat ambtshalve toetsing aan gemeenschapsrecht in beginsel niet is toegestaan.[48] Ook het College van Beroep voor het Bedrijfsleven gaat ervan uit dat er geen ambtshalve toetsing mogelijk is aan gemeenschapsrecht althans in die zin dat dit naar nationaal recht niet mogelijk is.[49] Het standpunt van de Centrale Raad met betrekking tot het al dan niet ambtshalve toetsen aan gemeenschapsrecht is vooralsnog onduidelijk.[50]

De jurisprudentie van de Afdeling en het College lijken mij in overeenstemming met de jurisprudentie van Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof van Justitie). Ik zal dit in deze paragraaf uitwerken. Deze paragraaf is in de volgende onderdelen verdeeld:

- jurisprudentie van het Hof van Justitie;
- bevoegd en verplicht;
- gelijkwaardigheidsbeginsel;

---

46 Vgl. ABRvS 19 feb. 2003, AB 2003, 19 (JV).

47 Vgl. Slot, Barents en Lawson 2005 p. 110-111; Barents & Brinkhorst 2003 p. 169-170, 171-172; Kapteyn e.a. 2003 p. 433/434.

48 ABRvS 2 mrt. 2004, AB 2004, 152 (m.nt. BPV en RW), JB 2004, 152 (m.nt. C.L.G.F.H.A.).

49 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.3-5.4.4.

50 Vgl. De Bock 2004 p. 59.

- effectiviteitsbeginsel;
- toepassing van de criteria uit Van Schijndel;
- de beperking door een grievenstelsel;
- Peterbroeck; en
- rechtsnormen van openbare orde.

Jurisprudentie van het Hof van Justitie

Wat betreft de vraag of de nationale rechter ambtshalve moet toetsen aan gemeenschapsrecht bestaat enige jurisprudentie van het Hof van Justitie. Als de rechter ingevolge het nationale recht verplicht is om ambtshalve de aan interne regels van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen die niet door partijen zijn aangevoerd, geldt diezelfde verplichting wanneer het dwingende regels van gemeenschapsrecht betreft. Als het slechts gaat om de mogelijkheid om dergelijke regels ambtshalve in het geding te brengen, is de rechter voor gemeenschapsbepalingen hiertoe toch verplicht.[51] De nationale rechter dient gemeenschapsbepalingen dus ambtshalve toe te passen wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft geen beroep is gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat.[52]

Als de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht wordt belemmerd door bepalingen van nationaal procesrecht, geldt het volgende. Aangezien er geen gemeenschapsregeling bestaat inzake de procesregels voor vorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die burgers aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen, is de vormgeving van dit procesrecht in beginsel een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat. Deze procesregels mogen echter niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (non-discriminatie of gelijkwaardigheidsbeginsel) en mogen de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel).[53]

In haar uitspraken gebruikt het Hof van Justitie ruime formuleringen. Zij spreekt over het in het geding brengen van rechtsgronden en het ambtshalve toepassen van dwingende rechtsregels. Gezien deze ruime formuleringen gaat de in voorgaande alinea's genoemde jurisprudentie op voor zowel het ambtshalve aanvullen van gemeenschapsbepalingen (art. 8:69 lid 2 Awb) als het (eventueel) ambtshalve toetsen aan gemeenschapsbepalingen (art. 8:69 lid 1 Awb).

---

51 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 13, 14; HvJEG 24 okt. 1996, AB 1997, 133, C-72/95, (Kraaijeveld) ro. 57, 58, 59.

52 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 15; HvJEG 24 okt. 1996, AB 1997, 133, C-72/95, (Kraaijeveld) ro. 60.

53 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93 (Van Schijndel), ro. 17; HvJ EG 14 dec. 1995, C-312/93 (Peterbroeck) ro. 12.

In de hierboven aangehaalde jurisprudentie ging het om een burgerlijk procesrechtzaak (*Van Schijndel*) en twee bestuursprocesrechtzaken (*Peterbroeck* en *Kraaijeveld*). De jurisprudentie van het Hof van Justitie geldt dus ook voor het bestuursprocesrecht.

Bevoegd en verplicht

De rechtsnorm dat de nationale rechter gemeenschapsrecht ambtshalve moet toepassen als zij dit voor (soortgelijke) nationale bepalingen ook moet, volgt al uit het non-discriminatie beginsel. Wat Nederland betreft volgt het ook uit de Algemene wet bestuursrecht. Er wordt immers in art. 8:69 Awb geen onderscheid gemaakt tussen nationaal recht en internationaal recht. Een bepaling van gemeenschapsrecht is gewoon een rechtsnorm die op grond van art. 8:69 lid 2 Awb aangevuld moet worden. Verder zal de rechter op grond van art. 8:69 lid 1 Awb (ook) ambtshalve toetsen aan een gemeenschapsbepaling als deze naar nationale maatstaven van openbare orde mocht zijn.[54] Overigens kan uit de uitspraken van het Hof van Justitie worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht niet per definitie van openbare orde is en dus zal het gemeenschapsrecht over het algemeen niet voor ambtshalve toetsing in aanmerking komen (zie verder hieronder).[55]

Maar het Hof van Justitie gaat verder. Als het nationale procesrecht de rechter slechts de mogelijkheid geeft om een dwingende rechtsregel ambtshalve toe te passen, is de nationale rechter hiertoe verplicht als het gaat om een gemeenschapsbepaling. Met mogelijkheid wordt hier mijns inziens een discretionaire bevoegdheid bedoeld. Aangezien noch de ambtshalve toetsing noch het ambtshalve aanvullen een discretionaire bevoegdheid is, maar plichten zijn,[56] is dit deel van de jurisprudentie van het Hof van Justitie hier niet van belang.

Albers en Schlössels nemen het standpunt in dat de Nederlandse bestuursrechter bevoegd is tot het ambtshalve toetsen aan gemeenschapsrecht. Zij baseren dit op het feit dat het stelsel van art. 8:69 lid 1 en 2 Awb de nationale rechter de ruimte laat om een eigen invulling te geven aan de reikwijdte van ambtshalve rechtstoepassing. En als deze ruimte er is, zou het gemeenschapsrecht de nationale rechter verplichten tot het gebruik van deze ruimte. Dit standpunt deel ik niet. De term mogelijkheid die het Hof van Justitie gebruikt, ziet, zoals gezegd, op een discretionaire bevoegdheid[57] en niet op de mogelijkheid om een rechtsregel anders te interpreteren. Het gemeenschapsrecht dwingt de nationale rechter mijns inziens niet om nationaal procesrecht zo mogelijk zo te interpreteren dat het ambtshalve toepassen van gemeenschapsrecht zo

54 Vgl. Brugman 2005 p. 274.
55 Vgl. De Bock 2004 p. 60; Widdershoven e.a. 2001 p. 32.
56 Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4; Brugman 2005 p. 274.
57 Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.

min mogelijk belemmerd wordt. Ook verplicht zij de nationale rechter niet om te kiezen voor de minst belemmerende interpretatie als een bepaling binnen een nationaal procesrecht door verschillende hoogste bestuursrechters verschillend wordt geïnterpreteerd. Nationaal procesrecht is immers een aangelegenheid van de nationale interne rechtsorde.

Dit blijkt ook wel uit de uitspraak inzake *Van Schijndel*. In deze zaak had de heer Van Schijndel (pas in cassatie) aangevoerd dat de rechtbank Breda ambtshalve de verenigbaarheid van de verplichte deelneming in een pensioenregeling met bepaalde bepalingen van gemeenschapsrecht had moeten beoordelen. Deze beoordeling werd echter belemmerd door de op de lijdelijkheid gebaseerde verboden om buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en om zich te baseren op andere feiten dan die ten grondslag zijn gelegd aan de vordering. Dit laatste was 'slechts' een interpretatie van art. 48 (oud) Rv. Het Hof van Justitie oordeelde niet dat nu het 'slechts' ging om een interpretatie deze opzij gezet moest worden als het gaat om gemeenschapsrecht.

Nu er naar het oordeel van de Afdeling en het College sprake is van een verbod om ambtshalve aan gemeenschapsbepalingen te toetsen, en niet van een discretionaire bevoegdheid, bestaat er voor hen geen plicht om ambtshalve te toetsen aan gemeenschapsrecht. Althans niet op grond van de regel dat er sprake is van een plicht om het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen als er voor nationaal recht sprake is van een mogelijkheid.

Gelijkwaardigheidsbeginsel

Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie dient het gemeenschapsrecht wat betreft de ambtshalve toetsing gelijk te worden behandeld als het nationale recht. Hieraan voldoet het Nederlands bestuursprocesrecht. Het probleem was niet dat het gemeenschapsrecht ongunstiger werd behandeld, maar juist dat het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze werd behandeld als nationaal recht. De prejudiciële vragen waren derhalve ook of het gemeenschapsrecht een uitzonderingspositie binnen het procesrecht zou moeten innemen in de zin dat het gemeenschapsrecht van dien aard is dat te allen tijde hieraan ambtshalve getoetst moet worden.

Het is mogelijk dat in het Nederlands bestuursprocesrecht het gemeenschapsrecht gunstiger wordt behandeld dan nationaal recht, aangezien voor gronden die (mede) betrekking (kunnen) hebben op gemeenschapsrecht mogelijk geen argumentatieve fuik geldt (zie hoofdstuk 11 § 4.1.3).

Het nationale bestuursprocesrecht voldoet dus aan het gelijkwaardigheidsbeginsel, zodat dit beginsel geen verplichting tot ambtshalve toetsing aan gemeenschapsrecht meebrengt.[58]

58 Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.

Effectiviteitsbeginsel
Het Hof van Justitie heeft in haar jurisprudentie een nadere invulling gegeven aan het effectiviteitsbeginsel. Om te bepalen of een nationale procesregel de toepassing van gemeenschapsrecht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet gekeken worden naar de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende instanties. Er moet rekening gehouden worden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.[59]

In het algemeen kan mijns inziens niet gezegd worden dat de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald de toepassing van gemeenschapsrecht in het bestuursrecht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Uitgaande van de grenzen van de rechtsstrijd zoals omschreven in hoofdstuk 12 § 3.2 is immers het enige wat de belanghebbende hoeft te doen, het bestrijden van het betreffende onderdeel van het besluit. Binnen deze grenzen zal de rechter de feitelijke gronden en rechtsgronden aanvullen.

Als mocht blijken dat de huidige argumentatieve fuik niet geldt voor gemeenschapsrecht[60] kan de belanghebbende zelfs voor het eerst bij de rechter een tot dan toe niet bestreden onderdeel van het besluit bestrijden met een grond gebaseerd op het gemeenschapsrecht. De beoordeling is dan wel beperkt tot die grond en de verenigbaarheid van dat onderdeel van het besluit met het gemeenschapsrecht.

De toepassing van de criteria uit Van Schijndel
Ook een toepassing van de criteria uit *Van Schijndel* rechtvaardigt de conclusie dat de belemmering van de toepassing van gemeenschapsrecht door de omvang van de rechtsstrijd in het bestuursrecht aanvaardbaar is. In *Van Schijndel* bestond de beperking er uit dat de rechter niet mag treden buiten de rechtsstrijd van partijen (voorwerp van geschil) en zich niet mag baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke aan de vordering ten grondslag zijn gelegd.[61] Het Hof van Justitie oordeelt dat deze beperking wordt gerechtvaardigd door het beginsel dat het initiatief bij de partijen ligt en de rechter alleen ambtshalve kan optreden in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist:

---

59 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 19; HvJEG 14 dec. 1995, C-312/93 (Peterbroeck) ro. 14.

60 Zie hoofdstuk 11 § 4.1.3.

61 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 11, 12, 20. De derde vraag had betrekking op de nationale beperkingen in cassatie. Deze vraag wordt niet behandeld door het Hof van Justitie (ro. 23).

> "Dit beginsel geeft uitdrukking aan de in de meeste lid-staten bestaande opvattingen over de verhouding tussen de staat en de particulier, het beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen."[62]

Het bestuursprocesrecht verschilt wat betreft de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd niet wezenlijk van het civiele proces.[63] Sinds de invoering van de Awb is het doel van de beroepsprocedure het bieden van rechtsbescherming en dan voorzover appellant dat vraagt. De rechterlijke beoordeling is beperkt tot de mate waarin het besluit is bestreden. Zoals in het burgerlijk procesrecht mag de bestuursrechter niet treden buiten de rechtsstrijd van partijen. Ook hier geldt het beginsel dat het initiatief ligt bij de partijen en de rechter alleen ambtshalve kan optreden in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist. In zoverre gaat de vergelijking met *Van Schijndel* op.

Het is mij niet bekend of deze opvatting over de verhouding tussen de staat en de belanghebbende in het bestuursrecht ook bestaat in andere lidstaten, maar het is mij ook onduidelijk welke rol opvattingen binnen andere lidstaten in dit kader precies spelen.

Verder geldt voor het bestuursprocesrecht evenzeer dat de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd de rechten van de verdediging beschermt. Bij de verdediging gaat het om het bestuursorgaan en belanghebbenden die belang hebben bij de instandlating van het bestreden besluit. Het bestuursorgaan treedt op ter behartiging van de belangen die door de betreffende wetgeving worden beschermd. Hierbij is nog van belang dat de personen die worden beschermd door de wetgeving niet altijd belanghebbende zullen zijn. Zo worden bijvoorbeeld de belangen van een werknemer beschermd door de arbeidsomstandighedenwetgeving, maar is de werknemer geen belanghebbende bij een boete die is opgelegd aan zijn werkgever wegens overtreding van die arbeidsomstandighedenwetgeving.

Als laatste geldt ook voor het bestuursprocesrecht dat door de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd een goed verloop van de procedure wordt verzekerd in de zin dat de vertraging, waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen.

Dit wil niet zeggen dat de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursprocesrecht altijd gerechtvaardigd is. Bij de effectiviteitstoets wordt niet alleen gekeken naar de abstracte procesregels, maar ook naar de concrete zaak.[64] Het is dus mogelijk dat in een concreet geval of bij een bepaald type zaken geoordeeld moet worden dat de beperking tot de grenzen

62 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 21.
63 Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.
64 Albers & Schlössels 2005 p. 89; Prechal 1998 p. 691-693.

van de rechtsstrijd de toepassing van gemeenschapsrecht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

De belemmering door een grievenstelsel
In een grievenstelsel is de beoordeling door de bestuursrechter beperkt tot een beoordeling van de aangevoerde beroepsgronden. Als in het bestuursrecht een strikt grievenstelsel zou worden aanvaard, zou dit waarschijnlijk ook een aanvaardbare belemmering van de (ambtshalve) toepassing van gemeenschapsrecht zijn. In het burgerlijk procesrecht is de rechter immers gebonden aan de aangevoerde feitelijke gronden (zie hoofdstuk 8 § 2.2). Deze beperking is door het Hof van Justitie aanvaard in *Van Schijndel*. Het is dan niet waarschijnlijk dat een beperking tot de aangevoerde grieven in het bestuursrecht onaanvaardbaar zou zijn.

Peterbroeck[65]
In *Peterbroeck* bestond de beperking er uit dat nieuwe bezwaren slechts konden worden ingebracht binnen een termijn van zestig dagen na neerlegging van de bestreden beslissing. Het Hof van Justitie oordeelt dat de termijn van zestig dagen op zich geen aanleiding geeft tot kritiek. Echter, gezien de bijzondere kenmerken van de procedure oordeelt het Hof van Justitie dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de procesregel waarin een aan het gemeenschapsrecht ontleend nieuw bezwaar niet meer buiten de termijn van zestig dagen kan worden ingebracht. Hierbij waren de volgende feiten van belang:
- het Hof van Beroep was de eerste rechterlijke instantie die een prejudiciële vraag kon stellen;
- de periode waarin verzoeker nieuwe bezwaren kon opwerpen, was verstreken op het moment dat de terechtzitting van het Hof van Beroep plaatsvond, zodat dit Hof niet meer de mogelijkheid had die beoordeling ambtshalve te verrichten;
- er was geen andere nationale rechter die tijdens de verdere procedure ambtshalve de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht kon beoordelen; en
- de onmogelijkheid voor de nationale rechter om ambtshalve aan het gemeenschapsrecht te toetsen, vindt geen redelijke rechtvaardiging in beginselen als dat van de rechtszekerheid of het goede verloop van de procedure.

Uit *Peterbroeck* blijkt dat een belemmering door het nationale procesrecht in beginsel niet is toegestaan dan wel strenger wordt bekeken als deze ertoe leidt dat er geen rechterlijke instantie is die de verenigbaarheid van de betreffende

65 HvJ EG 14 dec. 1995, C-312/93 (Peterbroeck).

handeling met het gemeenschapsrecht kan beoordelen.[66] Het is met name van belang dat er een instantie moet zijn die een prejudiciële vraag kan stellen. Wat het Nederlandse bestuursprocesrecht betreft heeft *Peterbroeck* voornamelijk gevolgen voor de argumentatieve fuik. Door deze fuik wordt immers voorkomen dat een bepaalde kwestie van gemeenschapsrecht aan de rechter kan worden voorgelegd.[67] Aangezien de rechter de eerste is die een prejudiciële vraag kan stellen, staat deze beperking ook in de weg aan het (eventueel) voorleggen van deze kwestie aan het Hof van Justitie. Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat de argumentatieve fuik in de zin van een grondenfuik (waarschijnlijk) niet geldt voor gronden die (mede) gebaseerd (kunnen) zijn op het gemeenschapsrecht.[68] Het is de vraag of de huidige argumentatieve fuik, die (meer) lijkt op een onderdelenfuik, wel de toets van het Hof van Justitie kan doorstaan.

Voor de kwestie van de belemmering van het toetsen aan gemeenschapsrecht door de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd lijkt *Peterbroeck* mij niet van belang.

Rechtsnormen van openbare orde

Het uitgangspunt is dat het gemeenschapsrecht wordt toegepast volgens de nationale procesregels. Dit betekent dat de rechter niet ambtshalve toetst aan gemeenschapsbepalingen als deze toetsing ligt buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Dit tenzij de gemeenschapsbepaling van openbare orde is. Uit de uitspraken van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht niet per definitie van openbare orde is.[69]

Dit wil niet zeggen dat er geen afzonderlijke gemeenschapsbepalingen zouden kunnen zijn die naar nationale maatstaven als van openbare orde gekwalificeerd zouden moeten worden. Ook is het mogelijk dat er een verplichting tot ambtshalve toetsing volgt uit een concrete gemeenschapsregeling. Een voorbeeld hiervan is te zien in een uitspraak van het Hof van Justitie van 27 juni 2000.[70] Het Hof oordeelt dat uit het systeem van bescherming dat de richtlijn consumenten biedt, volgt dat een doeltreffende bescherming van consumenten enkel wordt bereikt, indien de nationale rechter de bevoegdheid heeft om ambtshalve te toetsen of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.[71]

66 Zie ook HvJEG 1 juni 1999, NJ 2000, 339 (m.nt. HJS onder HR 25 febr. 2000, NJ 2000, 340), C-126/97 (Eco Swiss/Benetton) ro. 40; vgl. Brugman 2005 p. 274; Albers & Schlössels 2005 p. 90; Prechal 1998 p. 693 ev.

67 Vgl. Albers & Schlössels 2005 p. 87/88, 90.

68 Zie hoofdstuk 11 § 4.1.3.

69 Vgl. De Bock 2004 p. 60; Widdershoven e.a. 2001 p. 32.

70 HvJEG 27 juni 2000, C-240/98 to c-244/98 (Océano Grupo Editorial SA en Salvat Editores SA); zie ook HvJEG 21 nov. 2002, C-473/00 (Cofidis SA).

71 Ro. 25 t/m 29.

Een derde mogelijkheid is dat het Hof van Justitie zal bepalen dat een bepaalde gemeenschapsbepaling van dermate belang is dat deze toch ambtshalve toegepast zal moeten worden en daarvoor nationale processuele belemmeringen opzij zet.[72] De bepaling is dan in gemeenschapsrechtelijke zin van openbare orde.

Dit laatste is het onderwerp van de prejudiciële vraag die het College in een uitspraak van 17 mei 2005[73] (*Van Middendorp*) aan het Hof van Justitie voorlegt. In deze zaak stelt het College vast dat een beoordeling van een bestreden besluit aan richtlijn 85/511/EEG buiten de omvang van het geschil valt zoals dat ter beslissing aan het College is voorgelegd.[74] Verder stelt zij vast dat de betreffende bepalingen van richtlijn 85/511/EEG niet van dien aard zijn dat zij volgens nationaalrechtelijke maatstaven als rechtsnormen van openbare orde gekwalificeerd moeten worden.[75] Zij stelt de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie:

> "Verplicht het gemeenschapsrecht tot ambtshalve toetsing – dat wil zeggen toetsing aan gronden die vallen buiten de grondslag van het geschil – aan gronden die zijn ontleend aan richtlijn 85/511/EEG?"

Een mogelijk relevant verschil tussen *Van Middendorp* en *Van Schijndel* is dat het College bij *Van Middendorp* in enige en hoogste rechterlijke instantie oordeelt.[76] In *Kraaijeveld* echter oordeelde de Afdeling ook als enige en hoogste rechter, en daar oordeelde het Hof van Justitie dat de nationale rechter slechts binnen het kader van zijn bevoegdheid tot ambtshalve toepassing van het betreffende gemeenschapsrecht verplicht was. Het is vooralsnog afwachten of het Hof van Justitie in *Van Middendorp* een uitspraak zal doen over de kwalificatie van openbare orde in gemeenschapsrechtelijke zin.

3.7 Enkele vragen omtrent de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen

Na bovenstaande paragrafen blijven er een aantal vragen over. In deze paragraaf zal ik de volgende behandelen:

1 wat als appellanten geen rechtsnormen aanvoeren? (§ 3.7.1);
2 wat als appellanten wel rechtsnormen aanvoeren? (§ 3.7.2);

---

72 Vgl. Albers & Schlössels 2005 p. 89; De Bock 2004 p. 73; Vermeulen en Widdershoven (ro. 8) in hun noot onder ABRvS 2 mrt. 2004, AB 2004, 152 (m.nt. BPV en RW); Widdershoven e.a. 2001 p. 32; Prechal 1998 p. 702-705; Heukels 1996 p. 351/352.
73 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV).
74 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.3.
75 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.3.
76 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.

3 waarvan of waarbij worden de rechtsgronden aangevuld? (§ 3.7.3);
4 moet de rechter rechtsnormen aanvullen ten gunste van alle partijen? (§ 3.7.4);
5 wat is de rol van het verbod van reformatio in peius bij het aanvullen van de rechtsgronden? (§ 3.7.5); en
6 begrenst art. 6:22 Awb de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen? (§ 3.7.6)

3.7.1 Wat als appellanten geen rechtsnormen aanvoeren?

Appellanten zijn niet verplicht om rechtsnormen aan te voeren in hun beroepschrift of later in het geding. Het is voldoende dat een appellant feitelijke gronden aanvoert waarin betoogd wordt dat het besluit onrechtmatig is.[77] Hij hoeft niet aan te geven welke rechtsnormen geschonden zijn. Het is aan de rechter om te bepalen of de feitelijke gronden inderdaad tot de conclusie moeten leiden dat het besluit onrechtmatig is en om, als dit het geval is, de toepasselijke rechtsnorm(en) aan te vullen en het besluit te vernietigen.[78]

3.7.2 Wat als appellanten wel rechtsnormen aanvoeren?

Vaak noemen appellanten wel rechtsnormen bij de feitelijke gronden. Een voorbeeld hiervan is als de eiser als grond van zijn beroep aanvoert dat een onderscheid naar leeftijd zoals dit in de gemeente bij verlening van parkeervergunningen gemaakt wordt, strijdig is met art. 1 Gw en art. 26 IVBPR.[79] De grenzen van het geschil worden niet hierdoor beperkt tot de genoemde rechtsnormen. Zoals het Europese Hof het in de zaak Guerra uitdrukt: "A complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on."[80] Ook als partijen rechtsnormen aanvoeren, geldt dat het de taak van de rechter is om de relevante rechtsnormen te bepalen. Hierbij is hij noch gebonden aan noch beperkt tot de door partijen aangevoerde rechtsnormen. De feitelijke grond in bovengenoemd voorbeeld is dat het gemaakte onderscheid niet geoorloofd is. Als deze feitelijke grond niet kan slagen op grond van de aangevoerde rechtsnormen (art. 1 Gw en 26 IVBPR) dient de rechter ambtshalve te bepalen of de feitelijke grond toch tot de conclusie moet leiden dat het besluit onrechtmatig is en dient hij, als dit het geval is, de toepasselijke rechtsnorm(en) aan te vullen en het besluit te vernietigen.

77 De appellant is hiertoe verplicht op grond van art. 6:5 lid 1 sub d Awb. Art. 8:69 Awb verplicht appellant niet om gronden aan te voeren.
78 Vgl. Bolt 1999 p. 645; Allewijn 1994 p. 104.
79 Rb. Den Haag 4 jan. 1996, JB 1996, 47 (m.nt HJS).
80 EHRM 19 feb. 1998, application number 14967/89 (Guerra and others vs. Italy) § 44.

3.7.3 Waarvan of waarbij worden de rechtsgronden aangevuld?

Deze vraag wordt zowel in het bestuursprocesrecht als het burgerlijk procesrecht gesteld.[81] Mijns inziens gaat het enerzijds om het aanvullen van de rechtsgronden van het oordeel van de rechter. In zijn uitspraak geeft de rechter zijn oordeel met betrekking tot de rechtmatigheid van het besluit. De rechter is voor de juridische gronding van zijn oordeel niet beperkt tot de rechtsnormen die partijen aanvoeren, maar is bevoegd om zijn oordeel te gronden op andere (aan te vullen) rechtsnormen.

Anderzijds gaat het bij het aanvullen van de rechtsgronden om het aanvullen van de rechtsgronden bij de feitelijke gronden van partijen. Als partijen geen rechtsnormen hebben aangevoerd of als zij niet de juiste rechtsnormen hebben aangevoerd, is het aan de rechter om te beoordelen of de aangevoerde feitelijke gronden bij (andere) rechtsnormen (toch) kunnen slagen. De rechter vult deze rechtsnormen dan aan bij de aangevoerde feitelijke gronden.

Voor dat deel van de beoordeling waarbij de rechter verder gaat dan het beoordelen van de beroepsgronden, vult de rechter de rechtsgronden, en ook de feitelijke gronden, aan bij het beroep van de appellant of het verweer van het bestuursorgaan of belanghebbende.

3.7.4 Moet de rechter rechtsnormen aanvullen ten gunste van alle partijen?

Het aanvullen van de rechtsgronden is niet beperkt tot het geval dat dit ten gunste van appellant werkt. Het aanvullen van rechtsgronden is wat dit betreft neutraal: als een rechtsnorm van toepassing is en niet door partijen is aangevoerd, vult de rechter deze rechtsnorm op grond van art. 8:69 lid 2 Awb aan en past hij deze rechtsnorm toch toe. Dit ongeacht wie daar baat bij heeft.[82] Het aanvullen van de rechtsgronden kan dus werken ten gunste van de belanghebbenden, het verwerende bestuursorgaan,[83] andere verweerders en partijen die op grond van art. 8:26 Awb aan het geding deelnemen.

Een voorbeeld van hoe een aanvullen van de rechtsgronden ten gunste van het bestuursorgaan kan werken, is de in § 3.4 genoemde casus. In deze casus voert de appellant aan dat het bestuursorgaan op het bezwaar heeft beslist zonder belanghebbenden te hebben gehoord. Uit de feiten blijkt dat dit juist is. Echter, uit de feiten blijkt ook dat belanghebbenden verklaard hebben geen gebruik te willen maken van het recht om gehoord te worden. Art. 7:3 sub c Awb bepaalt dat in dit geval het bestuursorgaan kan afzien van het horen van belanghebbenden. De rechter is nu verplicht art. 7:3 sub c Awb

81 Zie bv. Kooper 2000 p. 174; Allewijn 1998 p. 293; Simon 1997 p. 304.

82 Vgl. Kooper 2000 p. 174; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.2 sub d; Allewijn 1994 p. 104; anders De Bock 2004 p. 46 ev.

83 Vgl. CRvB 6 nov. 2003, JB 2004, 61 (m.nt. C.L.G.F.H. A.).

aan te vullen en de grond ongegrond te verklaren.[84] Deze aanvulling werkt ten gunste van het verwerende bestuursorgaan. Overigens worden hier zowel de feitelijke gronden (belanghebbenden hadden afstand gedaan van het recht om gehoord te worden) als de rechtsgronden (art. 7:3 sub c Awb) aangevuld.

Er moet wel een onderscheid gemaakt worden tussen het aanvullen van rechtsgronden ten gunste van het bestuur in het kader van het beoordelen van het besluit en het ambtshalve aanvullen van de (feitelijke en rechts)grondslag van het besluit. Indien de rechter tot de conclusie komt dat het besluit niet op grond van de bestaande grondslag gehandhaafd kan worden, mag hij niet de grondslag van het besluit verbeteren en het besluit in stand laten op grond van een alternatieve grondslag. Als de rechter de grondslag van het besluit aanvult, gaat het niet langer om het beoordelen van het bestreden besluit. Een besluit met een andere grondslag is immers een nieuw besluit.

De aangewezen weg is om het besluit te vernietigen en, indien aan de voorwaarden hiervoor is voldaan, zelf in de zaak te voorzien. Het bestreden besluit met de oorspronkelijke grondslag wordt vernietigd en vervangen door een nieuw besluit met de nieuwe grondslag. Dit kan gepaard gaan met een aanvullen van de rechtsgronden.

Een voorbeeld van bovenstaand onderscheid is te vinden in de uitspraak van de Afdeling van 31 januari 2002.[85] In dit geval vulde de rechtbank in eerste aanleg ambtshalve de bewaringsgrond van het bevel tot bewaring in de zin van de Vreemdelingenwet aan met de bewaringsgrond dat appellant verdacht werd van het plegen van een misdrijf. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank heeft beoogd art. 8:69 lid 2 Awb toe te passen, maar dat deze bepaling slechts ziet op het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden van het beroep. Art. 8:69 lid 2 Awb ziet niet op het aanvullen van de gronden waarop het bestreden besluit berust. Wat de rechtbank had moeten doen was het besluit vernietigen en zelf in de zaak voorzien op basis van de nieuwe grond.

Bij deze uitspraak moet wel de volgende kanttekening gemaakt worden. Art. 8:69 lid 2 Awb verplicht niet slechts tot het aanvullen van de rechtsgronden van het beroep, maar tot het aanvullen van rechtsgronden in het kader van het beoordelen van het beroep. Een aanvullen kan immers ook ten gunste van het bestuursorgaan uitpakken.

Een ander voorbeeld van het onderscheid is het volgende.[86] Stel dat een verzoek om subsidie wordt afgewezen op de grond dat gelet op alle betrokken belangen geen aanleiding wordt gezien om tot subsidiëring over te gaan. Appellant stelt bezwaar en vervolgens beroep in. Het beroep is op zich gegrond. De rechter constateert echter tijdens het geding dat het verzoek om subsidieverlening een project betreft waarmee reeds een aanvang was gemaakt

84 Anders: De Bock 2004 p. 73.
85 ABRvS 31 jan. 2002, AB 2002, 276 (m.nt. Sew).
86 Dit voorbeeld is ontleend aan Bolt 1999 p. 656/657.

voordat het verzoek was ingediend en dat dit onder de subsidieregeling een grond is om het verzoek om subsidie af te wijzen. De rechter mag nu niet de rechtsgrondslag van het besluit aanvullen en het beroep ongegrond verklaren. Het is niet zijn taak om de toewijsbaarheid van het verzoek te beoordelen, maar slechts de rechtmatigheid van het besluit. Het besluit is onrechtmatig en dus terecht bestreden. De rechter moet het beroep gegrond verklaren en het besluit vernietigen. Als nu voldoende duidelijk is dat het bestuur het verzoek alsnog zal afwijzen op bovengenoemde ambtshalve geconstateerde rechtsgrond, kan de rechter in beginsel zelf in de zaak voorzien en het verzoek afwijzen op de rechtsgrond dat een verzoek om subsidie wordt geweigerd als reeds een aanvang is gemaakt met het project voordat het verzoek is ingediend. De voorwaarden voor het zelf in de zaak voorzien kunnen dit echter blokkeren. Het moet bijvoorbeeld voldoende zeker zijn dat het bestuur het besluit op deze grondslag zou baseren en ook dat het besluit op deze grondslag wel rechtmatig is.

3.7.5 Wat is de rol van het verbod van reformatio in peius bij het aanvullen van de rechtsgronden?

Naast de grenzen van de rechtsstrijd kan ook het verbod van reformatio in peius het aanvullen van de rechtsgronden beïnvloeden.

In het grievenstelsel is de invloed van het verbod van reformatio in peius beperkt. Dit verbod zal eerder voorkomen dat op grond van een feitelijke grond wordt vernietigd, dan dat zij zal voorkomen dat de juiste rechtsnorm wordt aangevuld bij een feitelijke grond waarin terecht strijd met het recht wordt betoogd. Als immers in een grond terecht een onrechtmatigheid wordt bestreden en vernietiging op grond hiervan niet in strijd is met het verbod van reformatio in peius, is het onwaarschijnlijk dat het enkele aanvullen van de toepasselijke rechtsnorm wel in strijd zal zijn met het verbod van reformatio in peius.

De invloed van het verbod van reformatio in peius is groter in het stelsel van een beperkte volledige toetsing en het compromisstelsel, omdat de rechter hier ook feitelijke gronden mag aanvullen. Als de rechter ambtshalve een onrechtmatigheid ontdekt, zal hij moeten nagaan of het vernietigen op grond hiervan in strijd komt met het verbod van reformatio in peius. Als dit het geval is mag hij het besluit niet vernietigen op grond van deze onrechtmatigheid. De rechter zal dan noch de feitelijke grond noch de rechtsgrond mogen aanvullen.

Voor de volledigheid moet nog vermeld worden dat het verbod van reformatio in peius niet in de weg staat aan de ambtshalve toetsing aan en vernietiging wegens strijd met rechtsnormen van openbare orde. Dit verbod geldt immers niet als het gaat om rechtsnormen van openbare orde.

3.7.6 Begrenst art. 6:22 Awb de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen?

Een vraag is of art. 6:22 Awb de plicht om de rechtsgronden aan te vullen begrenst. Art. 6:22 Awb luidt:

> "Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld."

Art. 6:22 behoort tot de bevoegdheden waarmee de bestuursrechter in de tweede fase van het geding het geschil kan beslechten. Meestal is het scheidingspunt tussen de eerste en de tweede fase de vernietiging van het besluit. Art. 6:22 Awb legt dit punt echter na het vaststellen van de onrechtmatigheid en vóór de vernietiging. In plaats van het terugsturen naar het bestuur te voorkomen door bijvoorbeeld de werking van de vernietiging op te heffen via een gedektverklaring (art. 8:72 lid 3 Awb), voorkomt de rechter hier dat de onrechtmatigheid leidt tot vernietiging. Het vaststellen van de onrechtmatigheid wordt niet doorgezet naar de voorgeschreven consequentie, de vernietiging.

Vormt dit artikel nu een begrenzing van de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen? In een geval waarin de rechter door een aanvulling van de rechtsgronden een besluit kan vernietigen en waarin art. 6:22 Awb van toepassing is, kan de rechter ervoor kiezen om het besluit toch in stand te laten. De rechter ziet echter niet af van het aanvullen van de rechtsgrond. Deze norm is nog steeds bij de beoordeling betrokken en de feitelijke gronden zijn nog steeds door de rechter vertaald naar toetsing aan deze rechtsnorm. Het aanvullen van de rechtsgrond leidt echter door toepassing van art. 6:22 Awb niet tot vernietiging. Dit is niet anders dan als strijd met de rechtsnorm door de eiser wordt aangevoerd. Ook dan leidt de toetsing door toepassing van art. 6:22 Awb niet tot vernietiging, maar wordt wel eerst aan de rechtsnorm getoetst. Art. 6:22 Awb voorkomt niet dat, eventueel na aanvulling van de betreffende rechtsnorm, aan een rechtsnorm wordt getoetst. Deze bepaling staat dus niet in de weg aan het aanvullen van de rechtsgronden.

3.8 Verschillende typen rechtsnormen

Bij de behandeling van het aanvullen van de rechtsgronden in het burgerlijk procesrecht zijn een aantal verschillende typen rechtsnormen behandeld. De vraag is nu of deze typen ook in het bestuursprocesrecht bestaan en wat de gevolgen hiervan eventueel zijn voor het aanvullen van de rechtsgronden. De typen die hier behandeld zullen worden, zijn:

1 recht van openbare orde (§ 3.8.1);
2 regelend recht en dwingend recht (§ 3.8.2);
3 rechtsmiddelen (§ 3.8.3);
4 recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat (§ 3.8.4); en
5 procesregels (§ 3.8.5 en § 3.8.6).

Vervolgens wordt de vraag behandeld of beleidsregels rechtsgronden vormen (§ 3.8.7). In § 3.8.8 worden enige afsluitende conclusies genomen.

3.8.1 Recht van openbare orde

Ook het bestuursrecht kent recht van openbare orde. De werking is in beginsel hetzelfde als in het burgerlijk procesrecht: de rechter past dit recht toe ongeacht de begrenzing door partijen. Voor het beoordelen van het besluit betekent dit dat de rechter de naleving van dit recht beoordeelt zo nodig ambtshalve en buiten de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd om (ambtshalve toetsing).

Het feit dat een rechtsnorm van openbare orde is zet ook het verbod van reformatio in peius opzij. Het is dus mogelijk dat ambtshalve toetsing een vernietiging tot gevolg heeft die leidt tot een verslechtering van de positie van de appellant die zonder beroep (en vernietiging) niet mogelijk zou zijn geweest.[87] Het is daarentegen waarschijnlijk dat het bestuursorgaan ook zonder vernietiging bevoegd is om het besluit ten nadele van appellant te wijzigen als er sprake is van strijd met een rechtsnorm van openbare orde. Het verbod van refomatio in peius speelt dan geheel niet.

Criteria voor rechtsnormen van openbare orde

Net zo min als in het burgerlijk procesrecht is het begrip 'openbare orde' in het bestuursprocesrecht een duidelijk criterium waarmee eenvoudig de uitzonderingsbepalingen geïdentificeerd kunnen worden.[88] Duidelijk is slechts dat het gaat om belangrijke bepalingen waarvan de handhaving niet kan worden overgelaten aan partijen.[89]

Voorbeelden van criteria zijn de volgende:[90]

- rechtsregels die behoren tot die kernelementen van de rechtsorde die juist de rechter los van de wil en de kennis van partijen behoort te bewaken;[91]

87 Vgl. Brugman 2005 p. 265, 266; De Bock 2004 p. 65; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123 Hoogenboom 1998 p. 131; Pennarts 1998 p. 59; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 3.

88 Vgl. Brugman 2005 p. 269; De Bock 2004 p. 64.

89 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 129; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Schreuder-Vlasblom 1994 p. 54; Hoogenboom 1998 p. 131; Damen 1999 p. 29; Bolt 1999 p. 659.

90 Zie ook Widdershoven e.a. 2001 p. 188-190.

91 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 198.

- rechtsnormen die zeer kwetsbare belangen beschermen of die als structuurelement van de rechtsorde moeten worden beschouwd, zoals grondrechten en andere uit democratisch en rechtstatelijk oogpunt essentiële voorschriften en voor het openbare bestuur geldende integriteitsnormen;[92]
- rechtsregels die betrekking hebben op de essentiële waarden van het publiekrecht;[93]
- regels inzake de bewaking van de staatsrechtelijke grenzen van de rechtsbescherming, het algemeen belang en de belangen van derden;[94]
- de grondregels voor een behoorlijk proces in eerste aanleg,[95] met name regels die waarborgen dat partijen genoegzaam en gelijkelijk de kans krijgen om schriftelijk en mondeling hun standpunt naar voren te brengen;[96]
- essentiële procesrechtelijke normen;[97]
- de categorie rechtsregels die de toegang tot en ontvankelijkheid van het beroep regelen;[98]
- bepalingen waarvan de betekenis voor de rechtsorde zo groot is dat hun gelding moet worden verzekerd, ongeacht de wil, kennis of het belang van partijen: zij staan derhalve niet ter vrijer beschikking van partijen;[99]
- het feit dat een rechtsnorm van dwingend recht is, is onvoldoende om te kunnen spreken van een rechtsnorm van openbare orde;[100] en
- voorschriften die een zelfstandige betekenis hebben voor het bestuursproces als zodanig. Het gaat om een betekenis die kan worden onderscheiden van de betekenis die voorschriften voor partijen in een concreet geschil over hun onderlinge rechtsverhouding kunnen hebben.[101]

Voorbeelden van rechtsnormen van openbare orde, althans rechtsnormen waarvan de naleving ambtshalve wordt gecontroleerd zo nodig buiten de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd om, zijn:[102]

92 Schreuder-Vlasblom 1994 p. 54; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 200.
93 Bolt 1999 p. 654.
94 Kooper 2000 p. 175.
95 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 199; Widdershoven e.a. 2001 p. 189; Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven); vgl. De Bock 2004 p. 71; Brugman 2005 p. 277.
96 Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123.
97 Simon 1997 p. 305.
98 De Bock 2004 p. 56, 65; vgl. Brugman 2005 p. 277.
99 Widdershoven e.a. 2001 p. 188/189.
100 CRvB 8 apr. 2003, 01/2825 WAO.
101 Brugman 2005 p. 269, 277.
102 Zie ook Brugman 2005 p. 269 ev.; De Bock 2004 p. 66; Stroink & Widdershoven 2002 p. 31; Widdershoven e.a. 2001 p. 173-181, 189, 191-195, 198-199.

- bepalingen inzake de bevoegdheid en ontvankelijkheid;[103]
- (de toepassing van) art. 6:18 tot en met 6:20 Awb;[104]
- het vereiste dat in beginsel een voorprocedure wordt gevolgd (art. 7:1 Awb);[105]
- de regel dat als per aangetekende post verstuurde stukken terug worden ontvangen de rechtbank dient te verifiëren of appellant op de dag van verzending of uiterlijk een week daarna in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens stond ingeschreven op het adres waarnaar de stukken zijn verzonden (art. 8:38 Awb);[106]
- de regel dat buiten de toepassing van art. 8:54 Awb van een nadere zitting slechts wordt afgezien met toestemming van partijen (art. 8:57 Awb);[107]
- de regel dat de zitting in de regel openbaar is;[108]
- bepalingen inzake termijnen voor het indienen van bezwaar en beroep;[109]
- regels inzake de bekendmaking van besluiten;[110] en
- het bereik van de bestuurlijke heroverweging.[111]

De vraag wanneer een rechtsnorm van openbare orde is, wordt ook wel van de andere kant benaderd door criteria te geven voor wanneer een rechtsnorm niet van openbare orde is:

- als er andere vormen van toezicht bestaan dan beroep in rechte;[112]
- materiële rechtsnormen (deze worden in de regel niet aangemerkt als rechtsnormen van openbare orde);[113] en
- voorschriften die strekken ter bescherming van kwetsbare belangen, indien zij niet tevens een zelfstandige betekenis voor het bestuursproces hebben.[114]

---

103 PG Awb II p. 464; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123/124; Ten Berge 1999 p. 129; ABRvS 26 nov. 2003, JB 2004, 46; ABRvS 22 okt. 2003, JB 2003, 341 (m.nt. R.J.N.S.); Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven); Brugman 2005 p. 269, 270.

104 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 198; Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven); vgl. Brugman 2005 p. 271.

105 Brugman 2005 p. 271.

106 CRvB 31 dec. 2002, JB 2003, 53.

107 Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; ABRvS 31 okt. 2002, JV 2003, 4; Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven).

108 Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123.

109 Brugman 2005 p. 269, 271; De Bock 2004 p. 69; Widdershoven e.a. 2001 p. 175; Pennarts 1998 p. 59; ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) (art. 6:7 Awb).

110 De Bock 2004 p. 66; Ten Berge 1999 p. 130.

111 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 198.

112 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 199.

113 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 199.

114 Brugman 2005 p. 272.

Voorbeelden van rechtsnormen die niet van openbare orde zijn en waarvan de naleving niet ambtshalve wordt getoetst, zijn:[115]

- de regels voor bestuurlijke besluitvorming;[116]
- art. 3:47 Awb (vermelding van motivering);[117]
- art. 7:2 Awb (het recht om gehoord te worden);[118]
- art. 7:4 en 7:6 Awb (de indiening en inzage van stukken respectievelijk het (afzonderlijk) horen van belanghebbenden);[119]
- art. 7:5 lid 1 Awb (door wie gehoord kan worden);[120]
- art. 7:7 Awb (van het horen wordt een verslag gemaakt);[121]
- art. 7:9 Awb (horen na de ontdekking van nieuwe feiten);[122]
- art. 7:11 Awb (volledige heroverweging in bezwaar);[123]
- art. 7:13 lid 7 Awb (motiveren van het afwijken van het advies van een adviescommissie);[124]
- de vraag of de cautie is gegeven in het kader van het onderzoek bij punitieve besluiten;[125] en
- art. 36 lid 2 WAO (herziening van de arbeidsongeschiktheidsuitkering vindt plaats met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 37 tot en met 40).[126]

Is al het bestuursrecht per definitie van openbare orde?

Eén redenering is dat al het bestuursrecht van openbare orde is.[127] Dit is gebaseerd op de civielrechtelijke omschrijving dat bepalingen die (mede) het algemeen belang betreffen in tegenstelling tot slechts privé-belangen van openbare orde zijn. Al het bestuursrecht betreft vanuit zijn aard het algemeen belang.[128] Een onderwerp wordt immers door het bestuursrecht geregeld omdat het algemeen belang dit vereist. In civielrechtelijke zin is al het bestuursrecht derhalve van openbare orde. Gezien het feit dat in het bestuursprocesrecht niet al het recht van openbare orde is, moet wel geconcludeerd worden dat de omschrijving van de term 'openbare orde' in het civiele procesrecht weinig hulp biedt bij het omschrijven van deze term in het bestuursprocesrecht.

115 Zie ook Brugman 2005 p. 271 en De Bock 2004 p. 66 ev.
116 De Bock 2004 p. 72; Widdershoven e.a. 2001 p. 188/189.
117 CRvB 11 apr. 2003, 02/282 WSF.
118 ABRvS 29 juli 1996, JB 1996, 190 (m.nt. MAH); CRvB 8 juli 1997, JB 1997, 179 (m.nt. RJGHS).
119 Widdershoven e.a. 2001 p. 174.
120 CRvB 25 nov. 1997, Abkort 1998, 109.
121 Ten Berge 1999 p. 130.
122 CRvB 8 jan 1998, Abkort 1998, 217.
123 ABRvS 17 sept. 2003, JB 2003, 299 (C.L.G.F.H. A.).
124 CRvB 29 april 2003, JB 2003, 192, AB 2003, 307 (m.nt. HBr).
125 CRvB 18 maart 2004, JB 2004, 192 (C.L.G.F.H. A.).
126 CRvB 8 april 2003, 01/2825 WAO.
127 Vgl. De Bock 2004 p. 63.
128 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 24, 169.

Bij de vraag wat recht van openbare orde is, gaat het niet om een definitie naar inhoud, maar om een definitie naar gevolg. Recht van openbare orde is het uitzonderingsrecht: deze regels zijn van dermate belang in vergelijking met andere regels dat er voor deze regels een uitzondering moet worden gemaakt. De uitzondering in kwestie is dat de toepassing van of toetsing aan deze regels niet afhankelijk kan worden gesteld van partijen.[129] Eventuele door partijen opgeworpen begrenzingen die in de weg staan aan de toepassing van of de toetsing aan deze regels worden door het zwaarwegende belang dat door deze regels wordt behartigd opzij gezet.

Dit betekent dat het bijzonder moeilijk is om met een eenvoudige en sluitende inhoudelijke definitie van recht van openbare orde te komen. Het valt immers niet in zijn algemeenheid te zeggen wanneer een rechtsnorm een uitzonderingspositie dient in te nemen. Het past dan ook bij het begrip 'van openbare orde' dat het veelal niet mogelijk is om te voorspellen of een rechtsnorm als van openbare orde beschouwd zal worden of niet. Er is pas zekerheid als dit uitdrukkelijk wordt vastgesteld door de wetgever (bijvoorbeeld: de toepassing van regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid[130]) of in de rechtspraak (bijvoorbeeld: art. 8:57 Awb[131]).

Opmerkelijk is dat er bij het bepalen van welke rechtsnormen van openbare orde zijn, ook pragmatische overwegingen een rol lijken te spelen. Zo stellen een aantal respondenten in het kader van de tweede evaluatie van de Awb dat EG-recht en grondrechten niet van openbare orde zijn omdat 'ambtshalve toetsing hieraan praktisch niet mogelijk is'.[132]

Is art. 8:69 Awb van openbare orde?

Het zal duidelijk zijn dat art. 8:69 Awb wat betreft de leden 2 en 3 niet van openbare orde is. Als deze twee leden van openbare orde zouden zijn, zou de bevoegdheid van de rechter om de rechtsgronden respectievelijk de feiten aan te vullen niet begrensd kunnen worden door de keuzes van partijen. Deze bevoegdheden zijn onmiskenbaar wel begrensd en wel met name door de mate waarin het besluit (door appellant) is bestreden.

Art. 8:69 lid 1 Awb is van openbare orde voorzover in deze bepaling wordt gelezen dat de rechter gebonden is aan de grenzen van de rechtsstrijd.[133] Dit brengt mee dat de appelrechter ambtshalve beoordeelt of de afbakening van het geschil correct is geschied en of de rechter in eerste aanleg zich heeft gehouden aan de grenzen van de rechtsstrijd.[134]

---

129 Vgl. Nijmeijer 2004 p. 187.
130 PG Awb II p. 464.
131 Widdershoven e.a. 2001 p. 179.
132 Widdershoven e.a. 2001 p. 198.
133 Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven).
134 De Bock 2004 p. 43; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 185; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 124; Hoogenboom 1998 p. 129.

3.8.2 Regelend recht en dwingend recht

Dwingend recht is recht waarvan partijen niet kunnen afwijken. Zij kunnen deze rechtsnormen niet door middel van een eigen regeling opzij zetten. Dit recht reguleert de verhouding tussen partijen ongeacht hun wensen hieromtrent. Regelend recht is recht waarvan partijen wel af kunnen wijken. Zij kunnen het uitsluiten of een eigen regeling er voor in de plaats stellen (zie hoofdstuk 7 § 6.3).

In principe kunnen burgers en het bestuur bestuursrechtelijke bepalingen niet uitsluiten of vervangen door een eigen regeling. Bestuursrecht geldt voor alle burgers en in alle rechtsverhoudingen die door het betreffende bestuursrecht worden geregeld. Er zijn echter rechtsnormen die onder voorwaarden opzij gezet kunnen worden. Een voorbeeld zijn de normen waarvoor het betreffende bestuursorgaan op verzoek van een belanghebbende vrijstellingen of ontheffingen kan verlenen. De bepaling waarvan ontheffing of vrijstelling wordt verleend, geldt niet in de rechtsverhouding waarvoor vrijstelling of ontheffing wordt verleend.

Art. 9.19 Arbobesluit regelt bijvoorbeeld van welke bepalingen van het Arbobesluit geen ontheffing of vrijstelling kan worden verleend. Zo kan geen ontheffing of vrijstelling worden verleend van art. 3.1b, de artikelen van de afdelingen 2, 3, 3a, 3b en 3c en de paragrafen 4 en 5 van afdeling 5 van hoofdstuk 3. Deze bepalingen zijn derhalve van dwingend recht. Art. 3.16 Arbobesluit wordt hier niet genoemd, zodat van deze bepaling wel vrijstelling of ontheffing kan worden verleend. Deze bepaling is derhalve van regelend recht in de zin zoals hierboven beschreven.

Soms kunnen ook burgers onderling de werking van een bestuursrechtelijke rechtsnorm opzij zetten en een eigen regeling hiervoor in de plaats stellen. Een voorbeeld hiervan waren de overlegregelingen van de Arbeidstijdenwet. Werkgevers en werknemers konden binnen door de wet bepaalde grenzen in (collectief) overleg afwijken van de normen in de standaardregeling.

In deze zin zijn bepalingen waarvan vrijstelling of ontheffing mogelijk is en de standaardregelingen, regelend recht. Bepalingen waarvoor dit niet mogelijk is, zijn van dwingend recht.

Een belangrijk verschil tussen regelend recht in het burgerlijk procesrecht en in het bestuursprocesrecht is de wijze waarop een bepaling kan worden uitgesloten. In het burgerlijk procesrecht is dit relatief eenvoudig. Dit kan variëren van het vastleggen in een schriftelijke overeenkomst tot het ten processe aangeven dat deze bepaling alsnog wordt uitgesloten. Voor het bestuursprocesrecht moet de afwijkende regeling in een bestuursrechtelijk stuk zoals een algemene maatregel van bestuur, een besluit of een collectieve regeling worden vastgelegd. Hiervoor moet de voorgeschreven procedure gevolgd worden. Totdat de afwijkende regeling in werking is getreden geldt de betreffende bepaling.

Voor het aanvullen van de rechtsgronden betekent dit dat de rechter een rechtsnorm niet kan aanvullen als hiervan geldig is afgeweken. Deze bepaling geldt immers niet in deze rechtsverhouding. Bestuursrechtelijke bepalingen van 'regelend recht' waarvoor geen afwijkende regeling geldt en bestuursrechtelijke bepalingen van dwingend recht, gelden onverkort in de betreffende rechtsverhouding en de rechter is verplicht om deze bepalingen aan te vullen.

Voor alle duidelijkheid: dwingend recht is niet hetzelfde als recht van openbare orde.[135] Dwingend recht moet worden afgezet tegen regelend recht, en betreft de vraag of het kan worden uitgesloten in een rechtsverhouding. Recht van openbare orde is recht dat dermate belangrijk is dat daaraan desnoods tegen de wil van partijen in getoetst moet worden. Recht van openbare orde is uiteraard dwingend recht.

3.8.3 Rechtsmiddelen

Het burgerlijk procesrecht kent rechtsnormen die de rechter niet mag toepassen, behalve als de belanghebbende partij een beroep op de rechtsnorm doet. Dit worden rechtsmiddelen genoemd.[136] De rechter mag rechtsmiddelen dus niet ambtshalve aanvullen. In hoofdstuk 7 bleek dat deze beperking niet zo strikt wordt doorgevoerd als op het eerste gezicht zou worden gedacht. Voor een beroep op een rechtsmiddel is het niet nodig dat de toepasselijke rechtsnorm wordt genoemd of dat bepaalde juridische begrippen worden gebruikt. Het is voldoende dat in eigen bewoordingen een beroep op het rechtsmiddel wordt gedaan. Voor een beroep op verjaring is de uitroep 'Maar dat is al zo lang geleden!' bijvoorbeeld al voldoende. De beperking die voortvloeit uit de status van rechtsmiddel valt dan ook samen met de (in het burgerlijk procesrecht bestaande) beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden. Als de feitelijke grond 'verjaring' wordt aangevoerd is daarmee een beroep gedaan op verjaring en als een beroep wordt gedaan op verjaring is daarmee verjaring als feitelijke grond aangevoerd.

Voor het grievenstelsel betekent dit dat de vraag naar het al dan niet bestaan van rechtsmiddelen in het bestuursprocesrecht niet relevant is. Deze beoordeling is al beperkt tot de aangevoerde feitelijke gronden. De beperking die voortvloeit uit een eventueel bestaan van rechtsmiddelen zou niets toevoegen aan de beperkingen van de rechterlijke beoordeling.

Voor stelsels waarin de beoordeling verder gaat dan de gronden, is de vraag naar het bestaan van rechtsmiddelen in het bestuursprocesrecht echter wel relevant, aangezien de rechter onder deze stelsels de feitelijke gronden kan aanvullen. De beperking die voortvloeit uit de kwalificatie als rechtsmiddel heeft dan wel gevolgen.

---

135 Vgl. De Bock 2004 p. 63; CRvB 8 apr. 2003, 01/2825 WAO.

136 Dit zijn dus niet middelen tegen rechterlijke uitspraken zoals cassatie en hoger beroep.

De vraag is of er in het bestuursrecht rechtsnormen zijn waar de rechter niet ambtshalve aan mag toetsen binnen de grenzen van de rechtsstrijd, maar slechts als partijen (direct of in eigen woorden) hebben gesteld dat in strijd is gehandeld met deze rechtsnorm. Deze kwalificatie zou moeten voortvloeien uit de aard van de rechtsnorm.

Nu is aanvaard dat er een grievenstelsel geldt voor de toetsing aan formele voorschriften, mag de rechter slechts aan deze rechtsnormen toetsen als appellant een beroep op schending hiervan heeft gedaan.[137] Deze beperking vloeit echter voort uit de aanvaarding van het grievenstelsel, niet uit de aard van het individuele formele voorschrift. Formele voorschriften kunnen dan ook niet als rechtsmiddelen gekwalificeerd worden, al worden zij wel als zodanig behandeld.

Gezien de ontwikkelende situatie met betrekking tot de grenzen van de rechtsstrijd en plaats van het aanvullen van de rechtsgronden hierbij, is de vraag of rechtsmiddelen bestaan in het bestuursprocesrecht op dit moment niet te beantwoorden. Noch in de literatuur noch in de onderzochte rechtspraak wordt over een dergelijk type rechtsnorm gesproken. In die gevallen dat de rechter ten onrechte ambtshalve aan een rechtsnorm getoetst heeft, ligt de reden die hiervoor wordt gegeven meestal in de grenzen van de rechtsstrijd. Of rechtsmiddelen een plaats (moeten) hebben in het bestuursrecht zal nog uitgemaakt moeten worden.

Een verdere moeilijkheid bij de vraag naar het bestaan van rechtsmiddelen in het bestuursprocesrecht is dat niet precies duidelijk is wanneer (in het burgerlijk procesrecht) een rechtsnorm een rechtsmiddel is. Waarom zijn verjaring en gezag van gewijsde bijvoorbeeld rechtsmiddelen?

Daarnaast valt de beperking doordat een rechtsnorm een rechtsmiddel is samen met de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden zodat in het burgerlijk procesrecht de eigen aard van het rechtsmiddel niet echt naar voren is gekomen. Deze vraag waarom een rechtsnorm als rechtsmiddel moet worden gekwalificeerd, is in het burgerlijk procesrecht eigenlijk niet van belang geweest. Zij is echter, zoals gezegd, wel van belang voor het bestuursprocesrecht, nu de bestuursrechter wel bevoegd is om de feitelijke gronden aan te vullen.

3.8.4 Recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat

De term 'recht dat niet ter vrije beschikking van partijen staat' wordt ook gebruikt in het bestuursrecht. Ook hier wordt er recht van openbare orde mee bedoeld.[138] De overname van dit begrip uit het burgerlijk procesrecht impli-

137 Ook als dit in eigen bewoordingen is, neem ik aan.

138 Zie bv. Marseille 2003 II p. 113; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 197; De Bock 2004 p. 63; PG Awb II p. 464; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 129; Simon 1997 p. 305; ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) ro. 2.3.3.

ceert dat in het bestuursrecht recht bestaat dat wel ter vrije beschikking van partijen zou staan. De vraag is of dit het geval is.

Afgaande op hetgeen is gesteld over recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat in hoofdstuk 7 § 6.4 kan het volgende gezegd worden. In het burgerlijk procesrecht bestaan er verschillen wat betreft de mate waarin recht ter vrije beschikking staat: partijen kunnen vrij beschikken door een afwijkende regeling te treffen of recht uit te sluiten (regelend recht), door geen beroep op het recht te doen als een dergelijk beroep nodig is (rechtsmiddelen) en door de rechtsgrondslag van de vordering te beperken tot de aangevoerde rechtsnormen of duidelijk afstand te doen van de toepassing van een bepaalde rechtsnorm. Als laatste kan een partij de toepassing van een hem ter beschikking staande rechtsnorm voorkomen door zijn eis te beperken of bepaalde feitelijke gronden niet aan te voeren.

In hoeverre bestaan deze beschikkingsmogelijkheden in het bestuursprocesrecht? Regelend recht bestaat in zeker opzicht wel (zie § 3.8.2). De procedure om van het regelend recht af te wijken is echter ingewikkelder dan in het burgerlijk procesrecht. Het gaat mij ook wat ver om hier te spreken van vrije beschikking.

Of rechtsmiddelen bestaan is op dit moment nog onduidelijk (zie § 3.8.3).

Wat betreft het afstand doen van de toepassing van recht, lijkt het mij dat, gezien de rechtsbescherming als doel van het bestuursproces, het onder de Awb mogelijk is dat een appellant afstand doet van de toetsing aan een rechtsnorm als toetsing hieraan op zich wel binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt.[139] Een appellant kan toetsing aan een rechtsnorm zeker voorkomen door deze toetsing buiten de grenzen van de rechtsstrijd te houden. De rechter is immers beperkt tot de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd.

Gebaseerd op het bovenstaande is mijn conclusie dat in het bestuursprocesrecht in zekere zin sprake is van recht dat ter vrije beschikking van partijen staat. Dit is het bestuursrecht voorzover dat niet van openbare orde is. Dit recht staat in zoverre ter vrije beschikking van partijen dat een appellant ervoor kan zorgen dat niet aan een bepaalde rechtsnorm zal worden getoetst hetzij door aan te geven geen toetsing te willen aan deze rechtsnorm als deze toetsing binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt, hetzij door de grenzen van de rechtsstrijd zo te leggen dat toetsing aan deze rechtsnorm buiten de grenzen van de rechtsstrijd valt.

In deze zin staat het recht echter niet zozeer ter vrije beschikking van partijen, maar van appellant.

---

139 Aangezien het onwaarschijnlijk is dat een appellant zijn beroep op een dergelijke manier beperkt, kan deze beperking niet zomaar worden aangenomen. De beperking zal duidelijk gesteld moeten zijn.

3.8.5 *Procesregels van het lopende proces*

Procesregels spelen op twee manieren een rol in een procedure: ten eerste als regels die het proces bij de lopende instantie regelen en ten tweede als toetsingsgronden bij de vraag of bij de voorgaande instantie de daarvoor geldende procesregels zijn gevolgd. In deze paragraaf gaat het om procesregels die op de eerste wijze worden toegepast.

Wat het toepassen van procesregels bij de lopende instantie betreft, wordt in het burgerlijk proces een onderscheid gemaakt tussen enerzijds procesregels die van openbare orde zijn en die de rechter op eigen initiatief toepast en anderzijds procesregels die niet van openbare orde zijn en die de rechter alleen mag toepassen als de belanghebbende partij daar een beroep op doet, zoals ook bij rechtsmiddelen het geval is. Een voorbeeld van de eerste soort is art. 95 (oud) Rv. De burgerlijke rechter zal ambtshalve de nietigheid van de dagvaarding uitspreken als die door een onbevoegde deurwaarder is betekend. De belanghebbende partij hoeft geen beroep op deze regel te doen. Een voorbeeld van een procesregel die niet van openbare orde is, is art. 126 (oud) Rv (de relatieve competentie van de rechtbank). Als de verweerder is gedagvaard voor een (relatief) onbevoegde rechtbank mag de rechter zich niet ambtshalve onbevoegd verklaren. Hij mag zich slechts onbevoegd verklaren als de verweerder (eventueel in eigen woorden) een beroep doet op art. 126 (oud) Rv.

De vraag is nu of er ook in het bestuursprocesrecht een verdeling kan worden gemaakt tussen procesregels die de rechter ambtshalve toepast en procesregels die de rechter niet ambtshalve toepast. Dit is niet een vraag die ik als zodanig in de literatuur ben tegengekomen. Ik vermoed dat de verdeling niet wordt gemaakt en dat daarom de vraag niet opkomt in het kader van het bestuursprocesrecht. Slechts bij een vergelijking met het burgerlijk procesrecht komt deze vraag naar voren.

Naar mijn mening worden procesregels in het bestuursproces ambtshalve door de rechter toegepast. In het bestuursprocesrecht onder de Awb is er immers sprake van een actieve rechter die het proces beheerst.[140] Het is hierbij vanzelfsprekend dat de rechter de procesregels ambtshalve toepast. Dit beeld wordt versterkt door de procesregels van de Awb die zo zijn geformuleerd dat zij uitgaan van een ambtshalve toepassing door de rechter. De enige beperking op het toepassen van procesregels is dat voor enkele bepalingen toestemming van partijen is vereist, zoals bijvoorbeeld art. 8:57 Awb. Verder ben ik bij geen procesregel de beperking tegengekomen dat de rechter deze slechts zou mogen toepassen nadat de belanghebbende partij daar een beroep op heeft gedaan.

140 Vgl. PG Awb II p. 176.

3.8.6 Procesregels als toetsingsgronden

Procesregels of formele voorschriften van de ene instantie vormen toetsingsgronden voor de volgende instantie. Zo zal de bestuursrechter bijvoorbeeld kunnen toetsen of het bestuur zich bij het nemen van het bestreden besluit heeft gehouden aan de formele voorschriften van hoofdstuk 7 van de Awb. Deze formele voorschriften kunnen gelijk als materiële voorschriften op grond van art. 8:69 lid 2 Awb als rechtsgronden worden aangevuld. Verschil is wel dat voor formele voorschriften een grievenstelsel geldt. Dit betekent dat deze voorschriften alleen kunnen worden aangevuld als de belanghebbende (in eigen woorden) heeft geklaagd over schending van het betreffende voorschrift (behoudens formele voorschriften van openbare orde). Als een belanghebbende bijvoorbeeld klaagt dat hij het niet eens is met het besluit omdat het bestuursorgaan hem niet in de gelegenheid heeft gesteld om gehoord te worden, zal de rechter hierbij art. 7:2 Awb kunnen en dienen aan te vullen.

Het zal duidelijk zijn dat formele voorschriften van openbare orde altijd (zo nodig in het kader van een ambtshalve toetsing) aangevuld kunnen worden.[141]

3.8.7 Vormen beleidsregels rechtsgronden in de zin van art. 8:69 Awb?

In een uitspraak van 25 februari 2004 heeft de Afdeling bepaald dat de bestuursrechter niet gehouden is tot ambtshalve toepassing van door een bestuursorgaan vastgestelde beleidsregels, aangezien beleidsregels niet zijn aan te merken als recht in de zin van art. 8:69 Awb.[142] De term 'toepassing', die de Afdeling waarschijnlijk gebruikt in navolging van de Hoge Raad,[143] is hier verwarrend. Doelt de Afdeling op ambtshalve aanvulling van beleidsregels of ambtshalve toetsing aan beleidsregels? Of beide?[144] Na een korte bespreking van de werking van beleidsregels, zal ik ingaan op de vraag in hoeverre de rechter verplicht is tot ambtshalve aanvulling van dan wel ambtshalve toetsing aan beleidsregels.

Beleidsregels

Beleidsregels binden slechts het bestuursorgaan.[145] Het bestuursorgaan is verplicht om beleidsregels toe te passen, behoudens het bestaan van bijzondere omstandigheden die leiden tot onevenredig nadeel voor een belanghebbende (art. 4:84 Awb). Dit betekent ten eerste dat aangezien een bestuursorgaan zal

141 Vgl. De Bock 2004 p. 53.
142 ABRvS 25 feb. 2004, AB 2004, 286 (m.nt. Sew), JV 2004, 154 ro. 2.3; vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 187.
143 Zie HR 28 maart 1990, AB 1990, 306 (m.nt. FHvdB) ro. 4.8, waarnaar de Afdeling verwijst.
144 Zie voor deze vraag ook Ortlep 2004 p. 261/262.
145 Vgl. De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001 p. 347, 348; PG Awb III p. 295; HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 (m.nt. FvO) ro. 3.4.

besturen volgens de beleidsregels, deze beleidsregels via de bestuurshandeling ook de belanghebbende binden. Als een vergunning volgens de beleidsregels moet worden gegeven, heeft de belanghebbende op grond van art. 4:84 Awb 'recht' op deze vergunning. Als de vergunning volgens de beleidsregels niet moet worden verleend, heeft de belanghebbende op grond van art. 4:84 Awb geen recht op de vergunning. Dit behoudens genoemde bijzondere omstandigheden.

Aangezien de rechter toetst of het bestuur rechtmatig, waaronder overeenkomstig art. 4:84 Awb, heeft bestuurd, zullen de beleidsregels ook de rechter via art. 4:84 Awb binden. Voorzover dit binnen de rechtsstrijd valt, zal de rechter moeten beoordelen of het bestuur bij zijn besluit de beleidsregels (juist) heeft toegepast.

Rechter en belanghebbende zijn echter niet altijd via art. 4:84 Awb gebonden aan beleidsregels. De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft bijvoorbeeld in de beleidsregels Arbeidsomstandighedenwetgeving bepalingen van het Arbeidsomstandighedenbesluit nader uitgewerkt. Zo is er ten tijde van het schrijven van dit proefschrift een beleidsregel 3.16 voor art. 3.16 Arbobesluit. De belanghebbende die verplicht is art. 3.16 Arbobesluit na te leven, is niet gebonden aan beleidsregel 3.16 en is dus niet verplicht beleidsregel 3.16 na te leven. Er kan dan ook geen boete worden opgelegd wegens overtreding van beleidsregel 3.16. Slechts als het handelen (ook) in strijd is met art. 3.16 Arbobesluit, kan een boete worden opgelegd en dan wel voor overtreding van art. 3.16 Arbobesluit. De Staatssecretaris is wel gebonden aan beleidsregel 3.16 en kan geen boete opleggen als de belanghebbende overeenkomstig deze beleidsregel handelt.[146] Naar het beleid van de Staatssecretaris is er immers geen overtreding.

De rechter is niet gebonden aan wetsinterpreterende beleidsregels. Het behoort tot de taak van de rechter om het recht te interpreteren (Ius curia novit), en hij is hierbij niet gebonden aan de uitleg die een bestuursorgaan aan een bepaling geeft.[147] Het maakt hierbij niet uit dat de interpretatie in een beleidsregel is neergelegd. Als de rechter eenmaal heeft vastgesteld dat een wetsinterpreterende beleidsregel onjuist is, zal in ieder geval deze beleidsregel ook het bestuur niet meer binden voorzover de interpretatie onjuist is bevonden.[148] Het bestuursorgaan kan zich dan niet meer op de beleidsregel beroepen en zal deze dienen in te trekken dan wel aan te passen. Onder omstandigheden komt de burger nog wel een beroep op het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel toe zodat het bestuursorgaan de beleidsregel in dat geval nog wel contra legem moet volgen.[149]

146 Vgl. HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 (m.nt. FvO) ro. 3.4.
147 Vgl. Nicolaï & Damen 2003 p. 285-287; De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001 p. 350; PG Awb III p. 39, 299, 302; HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 (m.nt. FvO) ro. 3.4.
148 Vgl. PG Awb III p. 298; Nicolaï & Damen 2003 p. 40, 287.
149 Nicolaï & Damen 2003 p. 287.

Op grond van art. 8:69 lid 2 Awb is de rechter bevoegd en verplicht om ambtshalve de rechtmatigheid van ingeroepen beleidsregels te toetsen. Hierbij geldt in feite hetzelfde als bij exceptieve toetsing. Zoals de rechter lagere regelgeving moet toetsen aan hogere regelgeving, zo dient hij ook beleidsregels te toetsen aan het toepasselijke recht.[150] Als een partij een beroep doet op beleidsregels zal de rechter bijvoorbeeld toetsen of de beleidsregels in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Gw, art. 26 IVBPR, art. 14 EVRM), maar dient hij ook te toetsen of de invulling die het bestuursorgaan aan zijn discretionaire bevoegdheid heeft gegeven niet in strijd is met de wet waarop de beleidsregels zijn gebaseerd.

Ambtshalve aanvullen van beleidsregels?
Wat betreft het ambtshalve aanvullen van beleidsregels het volgende. Nadat de Afdeling in de uitspraak van 25 februari 2004 bepaalt dat de rechter niet gehouden is tot ambtshalve toepassing van beleidsregels, overweegt zij als volgt:

> "Derhalve was de rechtbank niet gehouden ambtshalve, dat wil zeggen zonder dat daarover een beroepsgrond was voorgedragen, te onderzoeken of de minister de juiste beleidsregel heeft toegepast."[151]

Hieruit lijkt te volgen dat de rechter niet ambtshalve toetst aan beleidsregels, maar dat er wel ruimte is voor een ambtshalve aanvullen van beleidsregels, namelijk als er wel een beroepsgrond is voorgedragen gericht op de toepassing van beleidsregels. Dan worden de beleidsregels aangevuld bij de beroepsgrond.

De basis voor het oordeel dat de rechter niet gehouden is tot het ambtshalve toepassen van beleidsregels is dat beleidsregels geen recht vormen, althans niet in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb. De status van beleidsregels als feit of recht is echter niet van belang in het kader van de vraag of de rechter gehouden is tot het ambtshalve aanvullen van, dan wel het ambtshalve toetsen aan, beleidsregels. Van belang hier is niet de status van beleidsregels, maar die van art. 4:84 Awb. Art. 4:84 Awb vormt wel recht en komt derhalve als elke rechtsnorm in beginsel in aanmerking voor ambtshalve aanvulling dan wel ambtshalve toetsing. Aangezien art. 4:84 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan zich aan de beleidsregels dient te houden, komt een aanvullen van of toetsen aan art. 4:84 Awb neer op een aanvullen van of toetsen aan de betreffende beleidsregels.

De vraag is derhalve of art. 4:84 Awb ambtshalve aangevuld moet worden en of de rechter ambtshalve aan art. 4:84 Awb moet toetsen. Er is geen reden waarom de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen niet zou gelden

150 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; ABRvS 22 juli 1999, BR 2000, 124 (auteur noot onbekend).
151 ABRvS 25 feb. 2004, AB 2004, 286 (m.nt. Sew), JV 2004, 154 ro. 2.3.

voor de rechtsnorm van art. 4:84 Awb. Als er derhalve een beroepsgrond is gericht op de toepassing van de beleidsregels dient de rechter, zo nodig, art. 4:84 Awb aan te vullen en het besluit te toetsen aan art. 4:84 Awb en dus aan de beleidsregels.

Van belang is verder nog dat beleidsregels feiten vormen in de zin van art. 8:69 lid 3 Awb. Het zijn immers geen rechtsnormen. Nu de rechter bevoegd is om de feiten aan te vullen, is er geen reden waarom hij deze, gepubliceerde, beleidsregels niet zou kunnen aanvullen. In tegenstelling tot de burgerlijke rechter kan de bestuursrechter niet afzien van het aanvullen van een rechtsnorm (art. 4:84 Awb) enkel en alleen omdat hij de daarvoor benodigde feiten (de betreffende beleidsregels) mist. Hij heeft de bevoegdheid om de feiten aan te vullen en dient hiervan gebruik te maken als het gaat om het vervullen van een verplichting. Nu het aanvullen van de feiten (de beleidsregels) nodig is om de verplichte aanvulling van de rechtsgronden (art. 4:84 Awb) naar behoren te kunnen verrichten, is ook de bevoegdheid om de beleidsregels ambtshalve aan te vullen een verplichting (zie ook § 4.3.2).

De conclusie moet dan ook zijn dat zodra een belanghebbende in eigen woorden een beroepsgrond richt tegen de toepassing van een beleidsregel de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd (en verplicht) is om deze beleidsregels aan te vullen en op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht is om art. 4:84 Awb aan te vullen en te beoordelen of het bestuursorgaan de beleidsregels overeenkomstig art. 4:84 Awb heeft toegepast.

De rechter zal partijen nog wel de gelegenheid moeten geven om zich uit te laten over de beleidsregels en de toepassing van art. 4:84 Awb.[152]

De vraag is hoe streng de rechter moet zijn bij de vraag of de aangevoerde beroepsgronden bovenstaande verplichtingen om aan te vullen in werking zetten. Is een grond die gericht is tegen een bepaalde uitoefening van een bevoegdheid in feite al niet voldoende om de vraag aan de orde te stellen of het bestuursorgaan zijn beleidsregels wel juist heeft toegepast? Of moet de belanghebbende stellen dat het bestuursorgaan in strijd met beleid(sregels) heeft gehandeld? Zeker in een stelsel waarin de bestreden onderdelen volledig worden beoordeeld, zal het bestrijden van het concrete gebruik van een discretionaire bevoegdheid of de interpretatie van een rechtsnorm voldoende zijn om te verplichten tot het aanvullen van de betreffende beleidsregel en art. 4:84 Awb. Het zal nog moeten worden uitgemaakt of de beoordeling beperkt is tot de vraag of de beleidsregel is gevolgd (en zelf rechtmatig is) of dat ook de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden beoordeeld moet worden. Het is mogelijk dat het daarbij gaat om samenhangende onderdelen van het besluit.

152 Vgl. Ortlep 2004 p. 265.

Ambtshalve toetsen aan beleidsregels?
De vraag naar het ambtshalve toetsen aan beleidsregels is eenvoudiger te beantwoorden. Uit de uitspraak van de Afdeling van 25 februari 2004 kan worden afgeleid dat de rechter niet ambtshalve mag toetsen aan beleidsregels. Art. 4:84 Awb is blijkbaar niet van openbare orde.

3.8.8 Afsluitende conclusie met betrekking tot de verschillende typen rechtsnormen

In deze paragraaf is nagegaan in hoeverre de verschillende typen rechtsnormen die in het burgerlijke procesrecht onderscheiden konden worden in het kader van art. 48 (oud) Rv ook bestaan in het bestuursprocesrecht. De conclusie is dat er in het bestuursprocesrecht normen te vinden zijn die aansloten bij de verschillende typen. Het is wel vaak 'in zekere zin' en 'voorzover'.

De vraag kan dan ook gesteld worden of het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht niet te verschillend zijn om begrippen 'zomaar' te kunnen uitwisselen. Het is waarschijnlijk beter om de burgerrechtelijke begrippen ter zijde te leggen en nieuwe begrippen en begrippenparen te ontwikkelen die aansluiten bij verschillende typen rechtsnormen die daadwerkelijk in het bestuursrecht bestaan.

3.9 Burgerrechtelijke grenzen van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen

In hoofdstuk 7 § 5 zijn de begrenzingen van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen in het burgerlijk procesrecht behandeld. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre deze begrenzingen ook in het bestuursprocesrecht bestaan. Slechts die begrenzingen die relevant zijn voor het bestuursprocesrecht zijn overgenomen.

1 de begrenzing door de feiten;
2 de begrenzing doordat een partij de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer heeft beperkt;
3 de begrenzing doordat het aanvullen van de rechtsgronden tot een verrassingsuitspraak zou leiden;
4 de begrenzing op grond van het beginsel van hoor en wederhoor; en
5 processuele grenzen.

3.9.1 De begrenzing door de feiten

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen wordt in het burgerlijk procesrecht begrensd door de vaststaande feiten en door de aangevoerde feitelijke gronden. De burgerlijke rechter kan een rechtsnorm niet aanvullen als de feiten die nodig zijn voor de toepassing van die rechtsnorm niet door partijen zijn

ingebracht, of niet vaststaan (in enge zin) of de wederpartij niet de gelegenheid heeft gehad om op de betreffende feiten te reageren. Daarnaast kan de burgerlijke rechter een rechtsnorm niet aanvullen als de bijbehorende feitelijke grond niet door de belanghebbende partij is aangevoerd. Gelden deze begrenzingen nu ook in het bestuursprocesrecht?

De benodigde feiten

De begrenzing doordat de benodigde feiten niet door partijen zijn ingebracht staat in het bestuursprocesrecht niet in de weg aan het aanvullen van de rechtsgronden. De rechter is immers bevoegd om ambtshalve feiten aan te vullen. Hij kan zelf ambtshalve feitelijk onderzoek verrichten en de benodigde feiten inbrengen of partijen de opdracht geven nadere feiten aan te voeren. Het ontbreken van benodigde feiten mag de rechter er niet van weerhouden om een toepasselijke rechtsnorm aan te vullen.

Het kan zijn dat de benodigde feiten wel zijn aangevoerd, maar dat partijen eerst duidelijk de gelegenheid moeten krijgen om zich over deze feiten uit te laten (in de context van deze aan te vullen rechtsnorm) of dat nader onderzoek nodig is omtrent de juistheid en volledigheid van deze feiten. Ook deze problemen met betrekking tot het recht om te reageren respectievelijk het vaststaan (in enge zin) van de feiten, mogen de rechter er niet van weerhouden om de rechtsgronden aan te vullen. Hij is bevoegd om ambtshalve partijen te horen dan wel de vereiste bewijsopdrachten te geven of zelf bewijs te vergaren, om vervolgens het besluit aan de aan te vullen rechtsnorm te toetsen.

Bij dit feitelijk onderzoek is de rechter uiteraard gebonden aan het recht zoals de goede procesorde en de bewijsfuik. Als de belanghebbende partij bepaalde feiten niet mag inbrengen, mag de rechter dat ook niet.

Feitelijke gronden

Wat deze begrenzing betreft is het van belang welk stelsel inzake de grenzen van de rechtsstrijd gevolgd wordt. In het grievenstelsel is de beoordeling door de rechter beperkt tot de door appellant in de gronden aangevoerde feitelijke gronden. Hij mag deze niet aanvullen. In dit stelsel is de plicht om de rechtsgronden aan te vullen begrensd door de aangevoerde feitelijke gronden. Als het besluit in strijd is met een rechtsnorm, maar er is geen feitelijke grond aangevoerd waarin deze onrechtmatigheid (direct dan wel in eigen bewoordingen) wordt betoogd, mag de rechter de rechtsnorm niet aanvullen. Hij zou daarmee ook een feitelijke grond aanvullen en buiten de gronden treden. In dit stelsel is het aanvullen van de rechtsgronden beperkt tot het aanvullen van de juiste rechtsnorm indien door de appellant strijd met een onjuiste rechtsnorm wordt betoogd of geen rechtsnorm wordt genoemd.

In ruimere stelsels waarin de rechter niet alleen de aangevoerde feitelijke gronden beoordeelt, maar de naleving van alle op de bestreden delen van toepassing zijnde rechtsnormen, vormen de feitelijke gronden in mindere mate een begrenzing. Als de rechter binnen deze grenzen een onrechtmatigheid

vaststelt die niet in een feitelijke grond is aangevoerd, vult hij de feitelijke grond aan. Binnen de bestreden delen is het feit dat een onrechtmatigheid niet in een aangevoerde feitelijke grond is betoogd geen begrenzing voor het aanvullen van de rechtsgronden. De bestuursrechter vult ambtshalve de rechtsgrond en de feitelijke grond aan en vernietigt het besluit op grond van de ambtshalve vastgestelde onrechtmatigheid. Buiten de bestreden delen mag de rechter de feitelijke gronden niet aanvullen en in deze zin geldt dat het aanvullen van de rechtsgronden begrensd wordt door de aangevoerde feitelijke gronden. Al is het beter om te zeggen dat het aanvullen van de rechtsgronden wordt begrensd door de grenzen van de rechtsstrijd.

3.9.2 De begrenzing doordat een partij de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer heeft beperkt

In het burgerlijk procesrecht is het mogelijk dat een eiser of verweerder de rechtsgrondslag van zijn vordering respectievelijk zijn verweer beperkt. Hij kan dit doen door de beoordeling te beperken tot de aangevoerde rechtsnormen of door de beoordeling op grond van een bepaalde rechtsnorm uit te sluiten. De rechter kan in het eerste geval geen rechtsgronden aanvullen bij de vordering of het verweer. In het tweede geval kan alleen de uitgesloten rechtsnorm niet aangevuld worden.

In het bestuursprocesrecht is een soortgelijke beperking ook mogelijk. Ten eerste kan een belanghebbende de beoordeling van een grond beperken tot de beoordeling van strijd met de aangevoerde rechtsnorm. De rechter kan dan geen rechtsnorm aanvullen bij de aangevoerde feitelijke grond. Ten tweede kan een belanghebbende aangeven dat hij het besluit niet op grond van een bepaalde rechtsnorm of een bepaalde onrechtmatigheid wil bestrijden. De rechter zal het besluit niet kunnen vernietigen wegens strijd met de betreffende rechtsnorm en deze rechtsnorm zal niet kunnen worden aangevuld.

Het is onwaarschijnlijk dat een belanghebbende zijn beroep op bovenstaande wijze wil beperken, maar, gezien de keuze voor rechtsbescherming als doel van het bestuursprocesrecht, lijkt het mij wel toegestaan. Het moet dan wel gaan om een welbewuste keuze van de belanghebbende. De rechter mag een dergelijke beperking niet afleiden uit de houding of stellingen van belanghebbende. De beperking moet uitdrukkelijk door de belanghebbende worden aangevoerd, waarbij de rechter zal moeten nagaan of de belanghebbende dit echt wil en zich bewust is van de consequenties van deze keuze.

Het zal duidelijk zijn dat de belanghebbende niet de toetsing aan rechtsnormen van openbare orde kan uitsluiten. De rechter toetst ambtshalve op schending van rechtsnormen van openbare orde, zonodig tegen de wil van partijen in.[153]

153 Vgl. ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) ro. 2.3.3.

3.9.3 *De begrenzing doordat het aanvullen van de rechtsgronden tot een verrassingsuitspraak zou leiden*

Bij de behandeling van het burgerlijk procesrecht is ook het probleem van de verrassingsbeslissing aan de orde gekomen. Er is sprake van een verrassingsbeslissing als de rechter in een beslissing een wending maakt waarop partijen niet bedacht hoefden te zijn. Deze wending is zo onverwacht dat partijen zich in feite niet over (het onderwerp van) de beslissing hebben kunnen uitlaten en hun stellingen hier dus niet op hebben kunnen richten.

Dit kan ook in het bestuursproces gebeuren. Gezien de actieve bestuursrechter is de kans op een verrassingsbeslissing zelfs groter dan in het burgerlijk procesrecht. De kwestie van de verrassingsbeslissing is mijns inziens niet anders in het bestuursprocesrecht dan in het burgerlijk procesrecht. Ik zal de hoofdpunten van hoofdstuk 7 § 5.6 kort herhalen.

Het probleem bij een verrassingsbeslissing ligt niet in het feit dat de rechter door zijn beslissing een onverwachte wending aan de procedure heeft gegeven, maar in het feit dat de beslissing is genomen zonder partijen eerst de gelegenheid te bieden om hun stellingen aan de wending aan te passen. Het nemen van de beslissing is op zich niet verboden. Er is geen reden waarom de rechter zou moeten afzien van een beslissing die hij juist acht alleen omdat dit een verrassingsbeslissing zou zijn. Zeker niet nu het probleem kan worden opgelost door partijen de gelegenheid te bieden hun stellingen aan te passen aan de onverwachte wending voordat de rechter de (verrassings)beslissing neemt.

Het aanvullen van de rechtsgronden wordt niet begrensd doordat het aanvullen mogelijk tot een verrassingsbeslissing leidt. Het feit dat het aanvullen van de rechtsgronden, op welke wijze dan ook, voor partijen verrassend zou zijn, is immers geen reden om van het aanvullen af te zien. Dit betekent echter wel dat de bestuursrechter partijen eerst moet horen voordat de (verrassings)beslissing wordt genomen.[154]

3.9.4 *De begrenzing op grond van het beginsel van hoor en wederhoor*

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de rechter geen beslissing mag nemen zonder dat partijen eerst de gelegenheid hebben gehad om zich over het onderwerp van die beslissing uit te laten. Zoals bij de verrassingsbeslissing betekent dit beginsel niet dat de rechter een rechtsgrond niet mag aanvullen. Zij stelt 'slechts' een nader vereiste waaraan voldaan moet worden voordat de rechter rechtsgronden aanvult. De vraag is of de rechter verplicht is om partijen te horen voordat hij de rechtsgronden aanvult.

154 Vgl. De Bock 2004 p. 52, 65; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 201; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 132.

Sinds de invoering van de Awb is het beginsel van hoor en wederhoor in de wet opgenomen en wel in art. 8:69 lid 1 Awb.:[155]

> "De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting."

De werking van lid 1 is niet beperkt tot de feiten en de feitelijke gronden. De stelling zou verdedigd kunnen worden dat de rechter zijn oordeel slechts mag baseren op rechtsnormen die in het beroepschrift, de stukken, het vooronderzoek of de zitting ter sprake zijn gekomen. Op grond van deze interpretatie is de bestuursrechter verplicht om partijen te horen voordat hij de rechtsgronden aanvult.

In Schaap/Zaanstad overweegt de Afdeling dat de goede procesorde meebrengt dat de rechtbank de aan te vullen rechtsgrond uitdrukkelijk ter zitting aan de orde stelt.[156] Het ging in casu echter niet alleen om het ambtshalve aanvullen van een toepasselijke rechtsnorm, maar ook om het aanvullen van een feitelijke grond en zelfs om ambtshalve toetsing.

Het lijkt me juist dat de rechter verplicht is om partijen eerst te horen als het aanvullen van de rechtsgronden gepaard gaat met een aanvullen van de feitelijke gronden of gebeurt in het kader van een ambtshalve toetsing. Maar zou een verplichting ook moeten gelden als het aanvullen van de rechtsgronden enkel bestaat uit het toevoegen van het juiste artikel bij de feitelijke grond? Met andere woorden: zou de rechter partijen ook moeten horen als het puur gaat om het aanvullen van de rechtsnormen? Dit lijkt me niet altijd noodzakelijk.

Verder vraag ik mij af of de verplichting om partijen te horen niet ook zou moeten gelden als de bestuursrechter afziet van het aanvullen van rechtsgronden. Ook dit kan immers een reden zijn voor partijen om hun stellingen aan te passen.

3.9.5 Processuele grenzen

Het burgerlijk procesrecht bestaat uit een aantal verschillende procedures met elk een eigen procesrecht. Dit brengt mee dat de burgerlijke rechter soms een rechtsnorm niet kan aanvullen, omdat voor de toepassing van deze rechtsnorm een ander procesrecht is voorgeschreven en de verschillen tussen beide procesrechten te groot zijn om het aanvullen toe te staan.

Dit probleem zal zich in het bestuursprocesrecht niet voordoen. De bevoegdheid van de rechter wordt bepaald door de rechtsgrondslag en/of inhoud

---

155 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186; Widdershoven 1994 p. 120; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar 8:69, aant. 1; Schreuder-Vlasblom 2001p. 126, 132; Bolt 1999 p. 637; Pennarts 1998 p. 46.

156 ABRvS 8 aug. 1996, JB 1996, 198 (m.nt. MAH), AB 1996, 481 (m.nt. PvB).

van het besluit[157] en niet door het beroepschrift. Met het besluit is het procesrecht gegeven. Met het besluit zijn ook de op het besluit van toepassing zijnde rechtsnormen gegeven en dus de rechtsnormen waaraan getoetst kan worden. De taak van de rechter in de eerste fase is beperkt tot het toetsen aan de van toepassing zijnde rechtsnormen. Geen aanvullen van rechtsnormen waaraan het besluit getoetst wordt, zal een verandering brengen in de rechtsgrondslag of inhoud van het besluit. Een aanvullen van de rechtsgronden kan dus niet leiden tot een verandering van procesrecht. Het probleem van verschillen in procesrecht speelt dus niet in deze fase van het bestuursproces.

Het is natuurlijk wel mogelijk dat het onjuiste procesrecht is toegepast bij het nemen van het bestreden besluit. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een brief ten onrechte is aangemerkt als een bezwaar, terwijl de belanghebbende had bedoeld om een klacht in te dienen. Dit kan reden zijn om de beslissing op bezwaar te vernietigen. Het heeft echter geen gevolgen voor het procesrecht dat van toepassing is op de beoordeling van de bestreden beslissing op bezwaar.

3.10 De exceptieve toetsing

Het aanvullen van de rechtsgronden speelt niet alleen een rol bij het toetsen van het besluit aan de toepasselijke rechtsnormen, maar ook bij het beoordelen van de geldigheid van de van toepassing zijnde rechtsnormen. Het behoort tot de taak van de bestuursrechter om de beoordelen of de rechtsnormen waarop het besluit is gebaseerd en waarop partijen en de rechter zich baseren, geldig zijn en of ze voldoen aan de formele eisen die de wet aan hun verbindendheid stelt.[158] Dit wordt exceptieve toetsing genoemd. In dit kader worden rechtsnormen getoetst aan hogere rechtsnormen, zoals bijvoorbeeld hogere wetgeving of het gemeenschapsrecht.

Ook als niet is aangevoerd dat een rechtsnorm in strijd is met een hogere rechtsnorm, is de bestuursrechter verplicht om, dan ambtshalve, de geldigheid van de rechtsnorm te beoordelen. Als hij oordeelt dat de rechtsnorm in strijd is met een hogere rechtsnorm, vult de rechter de hogere rechtsnorm aan en verklaart hij de lagere rechtsnorm buiten toepassing. Deze toetsing vindt plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd, ook als de onverbindendheid niet door partijen is aangevoerd.[159]

---

157 Zie de artikelen van afd 8.1.1 van de Awb.

158 De Bock 2004 p. 61; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 128/129; Stroink & Widdershoven 2002 p. 32; Ten Berge 1997 p. 111, 114; Simon 1997 p. 125; FHvdB in zijn noot onder HvJEG 14 dec. 1995 (m.nt. FHvdB) (Van Schijndel) ro. 4.

159 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 128; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 124.

In de tweede evaluatie geeft een aantal respondenten aan dat de rechter ambtshalve de verbindendheid van onderliggende regelgeving moet toetsen. De onderzoekers verbinden hier de conclusie aan dat de exceptieve toets blijkbaar als van openbare orde wordt aangemerkt.[160] Dit laatste lijkt mij niet juist. Ten eerste vloeit deze vorm van toetsing voort uit de verplichting tot het ambtshalve toepassen van het recht. Het recht behoort tot het terrein van de rechter (Ius curia novit) en hij dient dan ook de geldigheid van rechtsnormen te beoordelen die een rol spelen in het geding.[161]

Daarnaast is er gewoonweg sprake van een aanvullen van rechtsgronden. De hogere rechtsnorm is van toepassing nu deze iets zegt over de geldigheid of verbindendheid van de rechtsnormen die van toepassing zijn bij het beoordelen van het besluit. Art. 8:69 lid 2 Awb verplicht de rechter om deze van toepassing zijnde hogere rechtsnorm ambtshalve aan te vullen en toch toe te passen als deze niet door partijen is aangevoerd.[162] Deel van die toepassing is het buiten toepassing verklaren van het lagere recht voorzover dat strijdig is.

De beoordeling van de geldigheid van de rechtsnorm vindt plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd aangezien het gaat om de geldigheid van rechtsnormen die spelen binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Dit zijn de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald als het gaat om een rechtsnorm die binnen deze grenzen van toepassing is. Maar ook bij ambtshalve toetsing zal de rechter de geldigheid van de betreffende rechtsnorm van openbare orde moeten beoordelen. Dan speelt de exceptieve toetsing zich af binnen het kader van de ambtshalve toetsing. Dit is echter nog steeds binnen de grenzen van de rechtsstrijd, al zijn dit niet meer louter de grenzen zoals door appellant bepaald.

Het komt erop neer dat de rechter op twee gronden verplicht is tot exceptieve toetsing en dat deze toetsing zich binnen de grenzen van de rechtsstrijd afspeelt. Bij exceptieve toetsing is er derhalve geen sprake van ambtshalve toetsing.[163] Uit het feit dat de rechter ambtshalve de geldigheid van een rechtsnorm beoordeelt, volgt dus ook niet dat de exceptieve toets van openbare orde is.

Een voorbeeld van de verplichting tot exceptieve toetsing is te lezen in de uitspraak van de Afdeling van 19 februari 2003.[164] Hier hadden appellanten in beroep voor het eerst aangevoerd dat niet in de Interimwet ammoniak en veehouderij het onderdeel van de IPPC-richtlijn is verwerkt dat bepaalt dat de lidstaten in hun milieuwetgeving ten aanzien van de vergunningsbesluiten de beste beschikbare technieken moeten verlangen. De IPPC-richtlijn zou in

160 Widdershoven e.a. 2001 p. 198.
161 Vgl. Kooper 2002 p. 88.
162 Vgl. Brugman 2005 p. 267; Kooper 2002 p. 88; Kooper 2000 p. 177; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 124; Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 2 nov. 1998, AB 1999, 81 (m.nt. MSV).
163 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196.
164 ABRvS 19 feb. 2003, AB 2003, 129 (m.nt. JV).

zoverre rechtstreekse werking kennen. De Afdeling overweegt dat zij ondanks de fase waarin deze grond is aangevoerd inhoudelijk hierop zal ingaan, nu dit een ambtshalve te beoordelen aspect is. Dit lijkt mij juist. Hier was de implementatietermijn verstreken op 30 oktober 1999 zodat het nationale recht (waaronder de Interimwet ammoniak en veehouderij) vanaf die datum in overeenstemming diende te zijn met het bepaalde in de IPPC-richtlijn. Nu het ging om de geldigheid van de rechtsnormen waarop het bestuur het besluit baseerde, was het de taak van de rechter om te beoordelen of deze richtlijn juist in de nationale wetgeving was geïmplementeerd.

In dit geval kwam de exceptieve toetsing er op neer dat het bestuur er niet was door de Interimwet ammoniak en veehouderij toe te passen. Zij moest ook rekening houden met die bepalingen van de richtlijn die niet geïmplementeerd waren. Nu de betreffende bepaling van de richtlijn voor rechtstreekse werking in aanmerking kwam, konden appellanten een beroep doen op deze richtlijn. Als zij dat niet gedaan hadden, had de rechter deze bepaling van de richtlijn als rechtsgrond in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve dienen aan te vullen.

De exceptieve toets kan niet altijd eenvoudig worden verricht. Als de strijdigheid duidelijk is omdat deze bijvoorbeeld in jurisprudentie is uitgemaakt of als het gaat om een strijdigheid van zuiver juridische aard die abstract kan worden vastgesteld, mag de rechter er niet van af zien om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en de betreffende rechtsnorm onverbindend te verklaren dan wel buiten toepassing te laten.[165] Vaker zal de strijdigheid echter niet duidelijk zijn en is de exceptieve toets verweven met de feiten. De vraag is dan of de toepassing van de rechtsnorm (in bepaalde situaties) in strijd komt met de situatie die door de hogere rechtsnorm wordt voorgeschreven. In dergelijke gevallen zal de strijdigheid pas vastgesteld kunnen worden als alle relevante feiten zijn aangevoerd en zal de rechter zo nodig feitelijk onderzoek moeten verrichten.

Hiertoe heeft de rechter, gezien art. 8:69 lid 3 Awb, ook de bevoegdheid. De vraag is echter of hij altijd van deze bevoegdheid gebruik moet maken gezien de tijd en middelen die voor het feitelijk onderzoek worden ingezet en het feit dat partijen niet om dit onderzoek gevraagd hebben. Partijen mogen van de rechter verwachten dat hij binnen een redelijke termijn beslist op hun zaak en op de punten die voor hen in geschil zijn. Dit betekent dat de redelijke termijn een beperking zou kunnen zijn voor de exceptieve toets. Verder kan blijken dat het feitelijk onderzoek dermate omvangrijk moet zijn dat dit de taak van de rechter te buiten gaat.[166]

165 Vgl. Kooper 2002 p. 88.

166 Vgl. Kooper 2002 p. 89; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; Kooper 2000 p. 177; Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 2 nov. 1998, AB 1999, 81 (m.nt. MSV).

Hier staat tegenover dat van de rechter verwacht mag worden dat hij geldig recht toepast. Partijen hebben er geen aanspraak op dat ongeldig recht wordt toegepast alleen omdat zij daar voordeel bij hebben.

In beginsel moet de rechter een exceptieve toets verrichten ook als dit gepaard gaat met feitelijk onderzoek. In die gevallen echter waar blijkt dat het feitelijk onderzoek te omvangrijk moet worden om de exceptieve toets te kunnen verrichten en partijen niet om de exceptieve toets verzocht hebben, zal de rechter kunnen afzien van dit feitelijk onderzoek en daarmee van de exceptieve toets. Wanneer hiervan sprake is, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

3.11 De interpretatie van het recht is aan de rechter voorbehouden

Het laatste punt dat ik zal bespreken betreft de interpretatie van rechtsnormen. Ook in het bestuursrecht geldt dat de interpretatie van het recht aan de rechter is voorbehouden.

In de literatuur en jurisprudentie wordt wel gesteld dat de rechter hierbij gebonden zou zijn aan een interpretatie van het bestuursorgaan. De rechter zou de rechtsnorm niet ongebonden mogen interpreteren, maar moeten beoordelen of het bestuursorgaan een redelijke uitleg aan de bepaling heeft gegeven.[167] Als hij meent dat de interpretatie van het bestuursorgaan onjuist is, doch niet onhoudbaar, zal hij van die interpretatie uit moeten gaan en niet van zijn eigen interpretatie. Dit is mijns inziens onjuist. In de woorden van Hennekens: de bevoegdheid om het recht te interpreteren komt in ons recht als fundamenteel beginsel van onze rechtsorde ten volle toe aan de rechter en niet aan een bestuursorgaan onder marginale toetsing van de rechter.[168]

Ook is de rechter niet beperkt tot een marginale toetsing van de interpretatie van rechtsnormen als het gaat om rechtsnormen die het bestuursorgaan een marge van beoordelingsvrijheid of beleidsruimte laten. Het is niet het bestuur dat bepaalt of die vrijheid er is en waar de grenzen ervan liggen, maar de rechter. Bij het beoordelen van het besluit zal de rechter eerst vaststellen in hoeverre het bestuur bij de toepassing van de betreffende rechtsnorm vrijheid heeft en vervolgens of het bestuur bij de concrete toepassing van de norm binnen die vrijheid is gebleven.[169]

De rechter is dan ook niet gebonden aan beleidsregels inzake de uitleg van wettelijke voorschriften.[170] Het bestuur is bevoegd om dergelijke wetsinterpreterende beleidsregels vast te stellen. Art. 1:3 lid 4 Awb bepaalt immers dat "[o]nder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene

167 Schreuder-Vlasblom 2001 p. 127; CRvB 15 okt. 1998, AB 1999, 33 (m.nt. HH).
168 Hennekens in punt 4 in zijn noot onder CRvB 15 okt. 1998, AB 1999, 33.
169 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 189.
170 Vgl. Schlössels 1999 p. 104 noot 153.

regel […] omtrent […] de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan." De rechter is echter niet gebonden aan een dergelijke wetsinterpreterende beleidsregel. Het is immers de taak van de rechter om het recht te interpreteren. De rechter zal dus zelfstandig de inhoud van een wettelijk voorschrift of begrip bepalen. Als de beleidsregel een andere interpretatie voorschrijft, is de beleidsregel in strijd met het recht en dus niet geldig. De rechterlijke interpretatie van het voorschrift of begrip gaat dan voor de bestuurlijke interpretatie, ook als deze is vastgelegd in een beleidsregel. Er is ook geen reden waarom een bestuursorgaan het voorrecht zou moeten hebben om zelf te bepalen hoe de rechtsnormen die haar gedrag reguleren geïnterpreteerd moeten worden.

Overigens is het bestuursorgaan ook niet altijd gebonden aan een wetsinterpreterende beleidsregel. In beginsel is zij op grond van art. 4:84 Awb verplicht om (ook) wetsinterpreterende beleidsregels altijd toe te passen. Art. 4:84 Awb geldt immers ook voor dergelijke beleidsregels. De plicht van art. 4:84 Awb geldt uiteraard niet als de beleidsregel onrechtmatig is. Als het bestuursorgaan van mening is dat de beleidsregel onrechtmatig is, dan wel als dit door de rechter is vastgesteld, is het bestuursorgaan niet langer verplicht de beleidsregel te volgen voorzover deze onrechtmatig is. Het oordeel over de vraag of de beleidsregel inderdaad onrechtmatig is en dus het bestuursorgaan niet meer bindt, is uiteindelijk aan de rechter voorbehouden.

Bovenstaande stellingen met betrekking tot de ongebondenheid van de rechter bij de interpretatie van rechtsnormen geldt ook voor het kwalificeren van feiten, het beoordelen van de geldigheid van rechtsnormen en de verdere aspecten van de rechterlijke activiteit die terug te voeren zijn op de regel dat het toepassen van het recht aan de rechter is voorbehouden. Stellingen van partijen, waaronder beleidsregels waarin een wetsinterpretatie is opgenomen, hebben 'slechts' de status van advies en zijn als zodanig waardevol. Zij binden de rechter echter niet.[171]

4 Art. 8:69 lid 3 Awb: de rechtbank kan ambtshalve de feiten aanvullen

De parlementaire geschiedenis bevat weinig informatie over de betekenis van de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen. In de memorie van toelichting bij art. 8:69 lid 3 Awb wordt gesteld dat de betekenis van deze regel voornamelijk hierin ligt dat de bestuursrechter in tegenstelling tot de burgerlijke rechter zich niet hoeft neer te leggen bij de feiten zoals deze door partijen worden gepresenteerd; de bestuursrechter kan doorvragen.[172] Dit is nogal een summiere toelichting en veel omtrent deze bepaling is nog onduidelijk.

171 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 191.
172 PG Awb II p. 463.

In deze paragraaf zal ik ingaan op een aantal kwesties betreffende art. 8:69 lid 3 Awb.

De reden om in art. 8:69 lid 3 Awb een bevoegdheid om de feiten aan te vullen op te nemen, was om daarmee nadrukkelijk vast te leggen dat met het overnemen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen uit art. 48 (oud) Rv niet ook het verbod om de feiten aan te vullen was overgenomen. Bij het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv kon een onderscheid gemaakt worden tussen vier regels. Nu art. 8:69 lid 3 Awb deze verboden opzij zet, zouden deze regels op zich niet gelden in het bestuursprocesrecht. In § 4.1 ga ik in op de vraag of deze regels uit art. 48 (oud) Rv (op andere gronden) toch gelden in het bestuursprocesrecht.

In de verdere paragrafen wordt de bevoegdheid voor de rechter om de feiten aan te vullen nader besproken. In § 4.2 wordt de betekenis van deze bevoegdheid verder behandeld. Vervolgens zal ik in § 4.3 ingaan op de vraag wat het doel is van het aanvullen van de feiten. Als laatste zal ik ingaan op de vraag of de rechter ten gunste van alle partijen de feiten aanvult (§ 4.4).

4.1 Het verbod om de feiten aan te vullen in het bestuursprocesrecht

Bij het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv konden vier regels onderscheiden worden. Deze vier regels waren gegrond op een op de lijdelijkheid gebaseerde à contrario interpretatie van art. 48 (oud) Rv. De vier regels waren:

1 de rechter mag zelf geen feiten in het geding brengen;
2 de rechter mag de feitelijke gronden van de vordering of het verweer niet aanvullen;
3 de rechter mag alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten; en
4 de rechter mag de feiten niet impliciet aanvullen door een rechtsnorm toe te passen waarvoor de benodigde feiten niet vaststaan.

Op zich worden al deze verboden opzij gezet door art. 8:69 lid 3 Awb. In onderstaande paragrafen zal de vraag besproken worden of deze regels uit art. 48 (oud) Rv, op andere gronden dan een interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb, toch gelden in het bestuursprocesrecht.

4.1.1 De rechter mag zelf (geen) feiten in het geding brengen

Het zal duidelijk zijn dat dit verbod niet geldt in het bestuursprocesrecht. De bestuursrechter is bevoegd om zelf feiten in het geding te brengen.

Aangezien ook de burgerlijke rechter vele bevoegdheden heeft om feiten in het geding te brengen, is het misschien beter om te zeggen dat de bestuurs-

rechter meer bevoegdheden heeft om feiten in het geding te brengen en met name een grotere verantwoordelijkheid heeft om van deze bevoegdheden gebruik te maken.

4.1.2 De rechter mag de feitelijke gronden van de vordering of het verweer (niet) aanvullen

In het burgerlijk procesrecht houdt het verbod om de feiten aan te vullen ook een verbod in om de feitelijke gronden aan te vullen. Het gaat om feitelijke redenen om de vordering toe te wijzen dan wel af te wijzen. In het bestuursprocesrecht gaat het om feitelijke redenen om het besluit te vernietigen of niet te vernietigen. Feitelijke gronden kunnen in het bestuursprocesrecht gedefinieerd worden als de feitelijke redenen waarom het besluit rechtmatig dan wel onrechtmatig is.

De bevoegdheid om de feitelijke gronden aan te vullen houdt in dat de rechter het besluit kan vernietigen op grond van een onrechtmatigheid die niet door de appellant is aangevoerd of een grond kan verwerpen op een verweer dat niet door de verweerder (bestuursorgaan of andere belanghebbende) is aangevoerd. Dit verbod geldt niet in het bestuursprocesrecht. De bestuursrechter is bevoegd om ambtshalve de feitelijke gronden aan te vullen. Dit is dan wel beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd.

Het antwoord op de vraag of de bestuursrechter in casu een feitelijke grond kan aanvullen, hangt dus sterk af van de mate waarin de rechter bevoegd is om het besluit te beoordelen, en dus van welk stelsel betreffende de omvang van de rechtsstrijd wordt gevolgd.

In het stelsel waar de beoordeling verder gaat dan de beoordeling van de aangevoerde feitelijke gronden, zal er ruimte zijn voor de rechter om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de feitelijke gronden aan te vullen. Ook bij een ambtshalve toetsing zal de rechter de feitelijke gronden aanvullen. Hij is in beide gevallen ook verplicht om de feitelijke gronden aan te vullen nu het gaat om een verplichte beoordeling.

In het grievenstelsel worden slechts de (feitelijke) beroepsgronden beoordeeld. In dit stelsel mag de rechter niet de feitelijke gronden van het beroepschrift aanvullen. Dit is niet zozeer een verbod om de feitelijke gronden aan te vullen als wel een verbod om buiten de gronden te treden. Het resultaat is echter hetzelfde.

Een vraag is of de bestuursrechter in het grievenstelsel wel de feitelijke gronden van het verweer mag aanvullen. Ook hier kan de casus uit § 3.4 van dienst zijn, zij het in een iets aangepaste vorm. Stel dat de appellant de grond heeft aangevoerd dat hij niet is gehoord. Het bestuursorgaan heeft hierop als verweer aangevoerd dat zij niet verplicht was om de appellant te horen aangezien volledig aan het bezwaar werd tegemoetgekomen en belanghebbenden, waaronder de huidige appellant, daardoor niet in hun belangen werden geschaad (art. 7:3 sub d Awb). De rechter is van oordeel dat dit op art. 7:3

sub d Awb gebaseerde verweer niet opgaat, maar dat appellant toentertijd wel had verklaard geen gebruik te willen maken van zijn recht om gehoord te worden (art. 7:3 sub c Awb). Mag de rechter nu ambtshalve dit feitelijke verweer (en art. 7:3 sub c Awb) aanvullen en de beroepsgrond afwijzen? Of is de rechter onder het grievenstelsel ook beperkt tot de aangevoerde verweren?

Dit probleem komt niet aan de orde als in de literatuur het grievenstelsel wordt besproken. Het lijkt mij dat de rechter bevoegd is om een feitelijk verweer aan te vullen. Art. 8:69 lid 3 Awb geeft de rechter de bevoegdheid om, binnen de grenzen van de rechtsstrijd, de feitelijke gronden aan te vullen. Het grievenstelsel is, net als de andere stelsels, gericht op de uitwerking van de regel dat onder de Awb het besluit slechts nog wordt beoordeeld voorzover het in geschil is, waarbij de implicatie is dat dit geschil volledig wordt beoordeeld. Onder het grievenstelsel is het geschil beperkt tot de feitelijke grond dat het besluit op het punt van het niet horen onrechtmatig is. Een volledige beoordeling van dit geschil betekent dat alle verweren die meebrengen dat het besluit op dit punt niet onrechtmatig is, moeten worden meegenomen, ook als deze niet door het bestuursorgaan zijn aangevoerd.

Daarbij houdt het grievenstelsel slechts in dat de mate waarin het besluit beoordeeld wordt, beperkt is tot de in de gronden bestreden onrechtmatigheden. Dit zijn de feitelijke gronden van het beroep waartoe de rechter beperkt is. Dit stelsel stelt echter geen beperkingen aan de gronden waarop een grond verworpen kan worden, zodat de rechter wel bevoegd is om de feitelijke gronden van het verweer aan te vullen.

4.1.3 De rechter mag alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten

Ook in het bestuursprocesrecht geldt de regel dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten die aan de processuele vereisten voldoen. Het bestuursprocesrecht stelt ook dezelfde eisen. De invulling door het bestuursprocesrecht is echter gedeeltelijk anders. De drie vereisten waaraan de feiten in het burgerlijk procesrecht moeten voldoen, zijn dat de feiten in het geding gebracht moeten zijn, dat zij vaststaan (in enge zin) en dat zij voldoen aan de vereisten van het beginsel van hoor en wederhoor (zie hoofdstuk 8 § 2.3).

Ook voor het bestuursprocesrecht geldt dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten die in het geding gebracht zijn. Dit is opgenomen in art. 8:69 lid 1 Awb, waarin is bepaald dat de rechtbank uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting oftewel op grondslag van hetgeen in het geding is aangevoerd.[173] Verschil met het burgerlijk pro-

173 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186.

cesrecht is wel dat in het bestuursprocesrecht ook de rechter uitdrukkelijk bevoegd is om feiten in het geding te brengen.

Ook voor het bestuursprocesrecht geldt dat feiten moeten vaststaan (in enge zin). Dat een feit vaststaat (in enge zin) houdt in dat de rechter de feiten voor waar aanneemt. Ook de bestuursrechter zal slechts uitgaan van de feiten die hij, gebaseerd op het verhandelde in het geding, voor waar aanneemt oftewel de feiten die vaststaan (in enge zin).

Het verschil met het burgerlijk procesrecht is dat de bestuursrechter niet gebonden is aan stellingen van partijen als het gaat om het vaststaan van feiten. In het burgerlijk procesrecht is het zo dat een onvoldoende betwist feit vaststaat. De burgerlijke rechter moet dit feit voor waar aannemen. De bestuursrechter heeft dergelijke beperkingen niet. Het al dan niet vaststaan van feiten is aan het inzicht van de rechter overgelaten.[174]

Ook voor het bestuursprocesrecht geldt het beginsel van hoor en wederhoor. Wat dit betreft is er geen verschil met het burgerlijk procesrecht. Voor zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter geldt dat zij slechts rekening mogen houden met feiten als partijen de gelegenheid hebben gehad om zich over die feiten uit te laten.[175]

De regel dat de rechter alleen rekening mag houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten geldt dus, op andere gronden, ook in het bestuursprocesrecht.

4.1.4 *De rechter mag de feiten (niet) impliciet aanvullen door een rechtsnorm toe te passen waarvoor de benodigde feiten niet vaststaan*

De rechter zal een besluit alleen op grond van strijd met een rechtsnorm kunnen vernietigen als uit de feiten blijkt dat het bestuursorgaan deze rechtsnorm heeft geschonden. Als de rechter het besluit vernietigt wegens strijd met een rechtsnorm waarbij deze strijdigheid niet blijkt uit de feiten, vernietigt hij niet alleen ten onrechte het besluit, maar vult hij ook impliciet de ontbrekende feiten aan waaruit deze strijdigheid zou blijken.

Het verbod om op deze wijze de feiten impliciet aan te vullen bestaat ook in het bestuursprocesrecht. De rechter moet zijn beoordeling baseren op de feiten die aan de processuele vereisten voldoen. Als onvoldoende feiten vaststaan om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat er sprake is van strijd met een rechtsnorm, mag de rechter deze feiten niet impliciet aanvullen door toch wegens strijd met deze rechtsnorm het besluit te vernietigen.

174 Anders: Schreuder-Vlasblom 2003 p. 197.
175 Vgl. De Bock 2004 p. 78.

4.1.5 Conclusie

De bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen houdt dus ten eerste in de bevoegdheid voor de rechter om zelf feiten in het geding te brengen. Ten tweede houdt de bevoegdheid om de feiten aan te vullen de bevoegdheid in om de feitelijke gronden (de beroepsgronden en verweren) aan te vullen. Deze bevoegdheid wordt ingevuld door het stelsel voor de grenzen van de rechtsstrijd dat gevolgd wordt.

4.2 De bevoegdheid om zelf feiten in het geding te brengen

Art. 8:69 lid 3 Awb bepaalt dat de bestuursrechter ambtshalve de feiten kan aanvullen. Een vraag is of art. 8:69 lid 3 Awb slechts een beginselverklaring inhoudt (§ 4.2.1) of dat zij de rechter ook een concrete bevoegdheid geeft om feiten in het geding te brengen. In dit kader moet een onderscheid gemaakt worden tussen een bevoegdheid tot het verrichten van feitelijk onderzoek (§ 4.2.2) en het aanvullen van kennis die de rechter al heeft: de algemeen bekende feiten, de algemene ervaringsregels, de eigen wetenschap van de rechter (§ 4.2.3) en feiten uit andere procesdossiers (§ 4.2.4).

4.2.1 Art. 8:69 lid 3 Awb als beginselverklaring

Art. 8:69 lid 3 Awb heeft voor een belangrijk deel de functie van beginselverklaring waarmee het bestuursprocesrecht zich afzet tegen de partij-autonomie betreffende de feiten en het verbod om de feiten aan te vullen uit het burgerlijk procesrecht. Met art. 8:69 lid 3 Awb wordt aangegeven dat de bestuursrechter niet gebonden is aan of beperkt is tot hetgeen partijen aanvoeren met betrekking tot de feiten.[176] Deze vrijheid van de bestuursrechter komt voornamelijk tot uiting in de aanvoer van feiten en het bewijs en keert terug in vele bepalingen van hoofdstuk 8 Awb.

Ten eerste is de rechter niet beperkt tot de feiten die partijen aanvoeren. Hij kan ook zelf feiten in het geding brengen.[177] Hiertoe heeft hij vele bevoegdheden zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om inlichtingen te vragen aan partijen en anderen (art. 8:44, 45 en 59 Awb), de bevoegdheid om stukken op te vragen (art. 8: 45 Awb) en de bevoegdheid om getuigen op te roepen (art. 8:46 Awb).

Ten tweede is de bestuursrechter onder de Awb wat betreft het bewijs niet gebonden aan stellingen van partijen. Hij kan bewijs verlangen van onbetwiste

176 Vgl. PG Awb II p. 463; Marseille 2003 p. 78.
177 Vgl. Kooper 2000 p. 177; Ten Berge 1999 p. 197; Schueler 1999 p. 608; Bolt 1999 p. 649.

feiten.[178] De omstandigheid dat een feit niet is betwist door de 'wederpartij' betekent dus niet dat de rechter dit feit voor vaststaand moet aannemen.[179] Daarnaast kan de bestuursrechter het betwisten van feiten passeren en ervoor kiezen om geen bewijs te vragen van betwiste feiten.[180]

De bestuursrechter zal op grond van de vrijheid die volgt uit art. 8:69 lid 3 Awb ook niet gebonden zijn aan eventuele 'bewijsovereenkomsten' of beleidsregels inzake bewijslastverdeling, bewijswaardering etc., zodat partijen de rechter ook niet op deze wijze kunnen binden.

Deze vrijheid van de rechter raakt ook de kwestie van het ongeschreven materieel bewijsrecht. Een kenmerk van het bestuursprocesrecht, ook onder de Awb, is dat zij weinig regels van geschreven materieel bewijsrecht kent. Dit zijn regels omtrent bewijsomvang, bewijslastverdeling, bewijswaardering en toelaatbaarheid van bewijsmiddelen.[181] De Awb kent een grote vrijheid voor de rechter om deze kwesties in de concrete gevallen naar eigen inzicht te bepalen. In de literatuur wordt erop gewezen dat bewijsregels zich wel in de jurisprudentie hebben ontwikkeld. Dit recht wordt wel getypeerd als vuistregels of bewijsrechtelijk gewoonterecht en is gebaseerd op beginselen van behoorlijke rechtspleging en beginselen van behoorlijke procesorde.[182]

Toch binden ook deze regels mijns inziens niet. Ten eerste gaat het om vuistregels en gewoonterecht. Bij dit type normen behoort de vrijheid om daarvan af te wijken als dat in het concrete geval gerechtvaardigd is.

Bovendien blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de bestuursrechter niet teveel gebonden mag worden aan materieel bewijsrecht. De wetgever stelt dat wat blijft is het vrijwel ontbreken van regels van materieel bewijsrecht.[183] Het is dus niet zo dat het de wetgever niet duidelijk was wat het materieel bewijsrecht moest zijn en de ontwikkeling van dit bewijsrecht aan de praktijk wilde overlaten. De wetgever heeft gekozen voor een bewijsstelsel met weinig materieel bewijsrecht en met veel vrijheid voor de bestuursrechter:

> "[D]e rechter [heeft], afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in het geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen te verdelen."[184]

Deze vrijheid is verbonden met art. 8:69 lid 3 Awb, nu "[i]n een stelsel waarin de rechter de bevoegdheid heeft ambtshalve de feiten aan te vullen, […] aan

178 Vgl. Schueler 1999 p. 605/606, 608, 616; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 59; anders: Schreuder-Vlasblom 2001 p. 129.
179 Vgl. CRvB 29 okt. 2002, JB 2003, 22.
180 Vgl. Schueler 1999 p. 608, 616; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 59.
181 Schuurmans 2004 p. 3 (noot 11); Ten Berge 1999 p. 218; PG Awb II p. 175.
182 Pennarts 1999 p. 98 ev.; Ten Berge 1999 p. 218 ev. ; Schueler 1999 p. 616 ev.
183 PG Awb II p. 175.
184 PG Awb II p. 175.

een wettelijk stelsel van materieel bewijsrecht niet of nauwelijks behoefte [is].'[185]

Wat betreft de bewijslastverdeling ontwikkelt zich op grond van art. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb een stelsel, maar ook daaronder heeft de bestuursrechter nog veel vrijheid.[186]

Met uitzondering van enige mate van beperking in de bewijslastverdeling heeft de bestuursrechter veel vrijheid in het regelen van de concrete bewijskwesties. Hij heeft de bevoegdheid om bewijskwesties te regelen naar eigen inzicht uitgaande van de concrete omstandigheden van de casus.[187]

Hoe dit ook zij, bij de ontwikkeling van dit bewijsrechtelijke gewoonterecht zal in elk geval rekening moeten worden gehouden met het beginsel van art. 8:69 lid 3 Awb dat de rechter niet gebonden is aan of beperkt is tot hetgeen partijen aanvoeren met betrekking tot de feiten. Ongeschreven bewijsregels zullen de rechter in beginsel dus niet kunnen binden aan stellingen van partijen.

4.2.2 Een bevoegdheid tot het verrichten van feitelijk onderzoek

Voor het inbrengen van feiten zal de bestuursrechter meestal feitelijk onderzoek moeten verrichten. De vraag is of art. 8:69 lid 3 Awb zelf de rechter een concrete bevoegdheid verleent om feitelijk onderzoek te verrichten, dat wil zeggen zonder dat hij gebruik maakt van één van de in hoofdstuk 8 Awb opgenomen onderzoeksbevoegdheden. In de literatuur lijkt soms het standpunt te worden ingenomen dat de rechter voor het verrichten van feitelijk onderzoek beperkt is tot de in de wet opgenomen instrumentaria.[188] De rol van art. 8:69 lid 3 is hier beperkt tot de beginselverklaring dat de bestuursrechter in zijn algemeenheid bevoegd is om nader feitelijk onderzoek te verrichten en om deze feiten vervolgens in het geding te brengen. De daadwerkelijke bevoegdheid om een bepaald feitelijk onderzoek te verrichten ontleent hij aan andere bepalingen.

De rechter heeft echter mijns inziens in art. 8:69 lid 3 Awb een concrete bevoegdheid gekregen om elke vorm van feitelijk onderzoek te verrichten die niet in de Awb is geregeld. In het burgerlijk procesrecht is het primair de taak van de partijen om feiten en bewijsmiddelen in te brengen. Zij zijn hierbij niet beperkt tot de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde bewijsmiddelen, maar kunnen ook op andere wijzen feiten en bewijsmiddelen inbrengen. Wel moeten zij een procesregeling volgen als een bepaald bewijsmiddel is geregeld. Hetzelfde geldt in het bestuursprocesrecht. Ook hier zijn partijen niet beperkt tot de geregelde bewijsmiddelen, maar moeten zij een bestaande regeling wel volgen.

---

185 PG Awb II p. 175.
186 Zie Schuurmans 2004.
187 Anders: Schreuder-Vlasblom 2001 p. 150.
188 Vgl. Ten Berge 1999 p. 47, 197; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 57; Pennarts 1998 p. 98.

Verschil met het burgerlijk procesrecht is echter dat ook de rechter een verantwoordelijkheid draagt voor de volledigheid en juistheid van de feiten, en bevoegd is om feiten en bewijsmiddelen in te brengen gelijk aan partijen. Ook voor de rechter geldt derhalve dat hij niet beperkt is tot de geregelde bewijsmiddelen. Hij is op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd om op andere dan de geregelde wijzen feiten en bewijsmiddelen in te brengen.

Hoofdstuk 8 Awb regelt echter verreweg de meeste vormen van feitelijk onderzoek door de rechter, zodat de kwestie van feitenonderzoek enkel gebaseerd op art. 8:69 lid 3 Awb voornamelijk theorie is. Mocht er echter ander feitelijk onderzoek dan is geregeld mogelijk zijn, dan zou art. 8:69 lid 3 Awb hiervoor een basis bieden.

Het verrichten van dergelijk direct op de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb gebaseerd feitelijk onderzoek moet dan wel binnen de grenzen van het recht plaatsvinden. Ten eerste zal het gebruik van lid 3 om feitelijk onderzoek te verrichten niet de regelingen van hoofdstuk 8 Awb mogen doorkruisen. Als een bepaald onderzoek wettelijk is geregeld, zal de rechter deze regeling moeten volgen. Als de rechter bijvoorbeeld getuigen wil horen of een deskundigenbericht wil vragen, zal hij de regelingen van hoofdstuk 8 Awb moeten volgen. Het is dus ook nog maar de vraag in hoeverre het gebruik van de informele plaatsopneming, dat wil zeggen zonder opmaking van een procesverbaal en zonder inbreng van partijen,[189] is toegestaan onder de Awb.

Ten tweede zal de rechter de aldus verkregen feiten in het geding moeten brengen. Dit vereiste geldt ook voor feiten die voortkomen uit onderzoek verricht op grond van de regelingen van hoofdstuk 8 Awb. Als de rechter bijvoorbeeld inlichtingen en stukken van derden opvraagt, zal hij deze in het geding moeten brengen voordat hij de feiten hier uit mag gebruiken. Dit staat ook in verband met de derde voorwaarde, namelijk het voldoen aan het beginsel van hoor en wederhoor.

Ten derde zal de rechter de feiten die hij vaststelt bij dit feitelijk onderzoek slechts mogen gebruiken nadat partijen de gelegenheid hebben gehad om van deze feiten kennis te nemen en zich hierover uit te laten. Het beginsel van hoor en wederhoor en art. 8:69 lid 1 Awb gelden natuurlijk ook voor rechterlijk feitelijk onderzoek.[190]

Ten vierde zullen de feiten betrekking moeten hebben op de beoordeling die de rechter moet maken. Zo is de rechter beperkt tot een ex tunc beoordeling. Hij mag in beginsel geen feitelijk onderzoek verrichten naar de feitelijke situatie van na het moment van de beslissing op bezwaar. Dit is immers niet van belang voor de beoordeling van het besluit. Een voorbeeld van deze begrenzing is te vinden in een uitspraak van de Afdeling van 29 oktober

189 Zie Ten Berge e.a. 1996 p. 154 ev.; Het gebruik van informele plaatsopneming is verboden in het burgerlijk procesrecht (hoofdstuk 8 § 2.4.1).

190 Vgl. De Bock 2004 p. 78.

2003.[191] Hierin had appellant betoogd dat de rechtbank op grond van art. 8:69 lid 3 Awb een ambtsbericht van de Minister van Buitenlandse Zaken bij de beoordeling had moeten betrekken. De Afdeling oordeelt dat voor het toepassen van de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb om ook zonder dat partijen daarom hebben verzocht, de feiten aan te vullen geen plaats was nu het ambtsbericht dateerde van na het nemen van het bestreden besluit en die bevoegdheid niet afdoet aan het feit dat besluiten in beginsel worden getoetst aan de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het nemen van het besluit.

De bevoegdheid om de feiten aan te vullen is ook beperkt tot de mate waarin het besluit bestreden is en de mate waarin de rechter een ambtshalve toetsing moet verrichten.[192] Het heeft immers geen zin om feitelijk onderzoek te verrichten voor onderdelen van het besluit die buiten de beoordeling liggen. De rechter zou toch niets met deze feiten mogen.

4.2.3 *Een bevoegdheid tot het inbrengen van algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap*

Naast de vraag of art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid verleent voor het verrichten van onderzoek, is een vraag of dit artikel de rechter de bevoegdheid verleent om feiten in te brengen waarvan hij al kennis heeft en waarvoor hij dus geen feitelijk onderzoek hoeft te verrichten. Het gaat dan bijvoorbeeld om algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter.

Wat betreft dergelijke kennis kan een onderscheid gemaakt worden tussen het in het geding brengen van deze informatie, bijvoorbeeld tijdens de zitting, en het aanvullen van deze feiten tijdens de beoordeling in de raadkamer. Beide zijn vormen van aanvullen van feiten waarvoor art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid kan verlenen. Op grond van het beginsel van hoor en wederhoor moeten feiten in principe echter altijd in het geding gebracht worden.

De vraag is of art. 8:69 lid 3 Awb de bestuursrechter de bevoegdheid geeft om deze feiten aan te vullen. Het eerste deel van deze vraag betreft de vraag of deze feiten aangevuld mogen worden. Het tweede deel betreft de vraag of art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid hiertoe verleent.

Voor zowel de algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels als de eigen wetenschap is het zo dat niet duidelijk is wat de regels omtrent het gebruik van deze feiten precies zijn. Noch de literatuur noch de jurisprudentie geven duidelijke antwoorden.

---

191 ABRvS 29 okt. 2003, JB 2004, 5.
192 Vgl. De Bock 2004 p. 79 ev.

Algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels
Wat betreft de algemeen bekende feiten en de algemene ervaringsregels het volgende. De Awb kent geen equivalent van art. 176 lid 2 (oud) Rv waarin wordt bepaald dat de rechter algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels ten grondslag mag leggen aan zijn beslissing ongeacht of zij zijn gesteld en verder dat dit type feiten ook geen bewijs behoeven. De burgerlijke rechter mag rekening houden met deze feiten ook al zijn deze niet (door partijen) in het geding gebracht. Hij mag ze dus in de raadkamer aanvullen. Deze feiten zijn zo bekend 'bij iedereen' dat in het geding brengen en apart de gelegenheid geven om te reageren onnodig wordt geacht (zie hoofdstuk 8 § 3.1 en met name § 3.1.4).

Het lijkt me dat bovenstaande ook geldt in het bestuursprocesrecht. Er is althans geen reden waarom in het bestuursprocesrecht de regeling voor algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels anders zou moeten zijn.

Uit de literatuur blijkt wel dat ook in het bestuursprocesrecht geldt dat algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels niet bewezen hoeven te worden.[193] Maar hierin verschillen zij niet wezenlijk van andere feiten in het bestuursproces. Van alle typen feiten bepaalt de rechter immers zelfstandig of hij ze voor waar aanneemt of dat hij bewijs vraagt.

Eigen wetenschap van de rechter
Wat betreft eigen wetenschap kan een onderscheid gemaakt worden tussen kennis die de rechter als privé-persoon heeft verkregen en kennis die de rechter door ervaring als rechter heeft verkregen. Maar voor beide soorten is niet met zekerheid te zeggen of het ambtshalve aanvullen van deze kennis is toegestaan.

De Bock noemt het voorbeeld dat de rechter na de zitting in een krantenartikel feiten leest die relevant zijn voor de zaak. De vraag is of de rechter deze feiten mag aanvullen en ten grondslag mag leggen aan zijn beslissing. De Bock stelt dat art. 8:69 lid 1 Awb de rechtbank verbiedt haar uitspraak (mede) te baseren op het krantenartikel.[194]

Dit lijkt mij onjuist. Art. 8:69 lid 1 Awb verbiedt de rechtbank om het krantenartikel te gebruiken zonder dit eerst in het geding te brengen. Op grond van art. 8:68 lid 1 Awb kan zij het onderzoek heropenen en het krantartikel inbrengen. Partijen hebben zo de gelegenheid om op dit artikel te reageren. Dan is aan de eisen van art. 8:69 lid 1 Awb voldaan, althans wat betreft het beginsel van hoor en wederhoor.

Aangezien de wetgever geen beperkingen heeft aangebracht aan de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb, lijkt de rechter mij in beginsel op grond van 8:69 lid 3 Awb bevoegd om deze kennis die hij als privé persoon heeft opgedaan in te brengen. Ik betwijfel echter of aan een krantenartikel dermate

193 Vgl. Pennarts 1998 p. 99; Ten Berge 1999 p. 219.
194 De Bock 2004 p. 11.

waarde kan worden gehecht dat dit het gebruik van de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb rechtvaardigt.

Ten Berge schrijft dat 'feiten die de rechter uit eigen wetenschap bekend zijn' niet bewezen hoeven te worden, maar, gezien het voorbeeld dat hij geeft, lijkt hij te spreken over ervaring van de rechter.[195] Pennarts schrijft hetzelfde, maar geeft geen voorbeeld.[196]

Wat betreft ervaring van de rechter, schrijft Schueler dat het de rechter niet is toegestaan om feiten aan te vullen die hij kent omdat hij een bepaalde soort zaken vaker voor zich heeft gehad.[197] Uit jurisprudentie blijkt echter dat de rechter (soms) gebruik maakt van kennis die hij op grond van ervaring als rechter heeft verkregen. In een uitspraak van het CBB van 24 jan. 1992[198] verbindt het College een dwangsom aan een termijn voor het opnieuw beslissen mede 'gelet op de – naar het College uit eigen wetenschap bekend is – niet zelden grote vertragingen, die zich voordoen bij het nemen van beslissingen, als waarom het hier gaat'. In de noot bij de uitspraak van het College van Beroep Studiefinanciering van 2 mei 1997[199] schrijft Bröring het volgende:

> "Het College van Beroep Studiefinanciering kon in het onderhavige geval oordelen, 'dat ook uit andere aanhangige zaken blijkt dat verweerder ter zake thans een consistente lijn volgt.' Waar de rechter dit niet – uit eigen wetenschap – kan beoordelen, drukt op het bestuursorgaan een zware motiveringsplicht."

Op grond van bovenstaande kom ik tot de conclusie dat het de rechter is toegestaan om kennis die hij heeft opgedaan als rechter aan te vullen in het geding. Wat betreft privé-kennis is minder duidelijk of dit is toegestaan. Voorzover hierover wordt geschreven, lijkt de lijn te zijn dat het aanvullen van privé-kennis niet is toegestaan.

Hoe dan ook, als de rechter eigen wetenschap wil aanvullen, zal hij dit eerst in het geding dienen te brengen en partijen de gelegenheid dienen te geven om op deze feiten te reageren. Van dit type feiten kan immers niet altijd gezegd worden dat deze 'bij iedereen' bekend zijn. Daarbij wil de omstandigheid dat de rechter een bepaald feit kent, nog niet zeggen dat dit feit juist is of dat de kennis van de rechter volledig is. Dit geldt zeker als een krantenartikel de bron van de eigen kennis is.

---

195 Ten Berge 1999 p. 219.
196 Pennarts 1998 p. 99.
197 Schueler 1999 p. 610.
198 CBB 24 jan. 1992, AB 1992, 253 (m.nt. RMvM).
199 College van Beroep Studiefinanciering 2 mei 1997, AB 1997, 256 (m.nt. HBr) punt 7.

Art.8:69 lid 3 Awb als grondslag
Aangezien er geen specifieke bepaling in de Awb is die de rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid verleent om algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels, of eigen wetenschap aan te vullen, kan art. 8:69 lid 3 Awb deze functie vervullen en de rechter de concrete bevoegdheid verlenen om deze gegevens aan te vullen. Bij mijn weten wordt art. 8:69 lid 3 Awb hier echter niet voor gebruikt en worden algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap, voorzover ze worden aangevuld, aangevuld zonder de rechtsgrondslag hiervoor aan te geven.

Voor zowel de algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels als eigen wetenschap geldt dat de rechter voorzichtig moet zijn met het gebruik van deze feiten zonder de partijen te raadplegen. Het is immers nog maar de vraag of wat de rechter denkt te weten juist en volledig is.

4.2.4 Feiten uit een ander procesdossier

Het standpunt wordt wel verdedigd dat het de rechter verboden zou zijn om feiten en stukken uit een dossier in de ene zaak in te brengen in een andere zaak.[200] Dit zou in strijd komen met art. 8:69 lid 1 Awb. Dit standpunt is mijns inziens onjuist. In een deel van de bij dit standpunt aangehaalde jurisprudentie lag het probleem echter niet in het feit dat de rechter deze stukken ten grondslag had gelegd aan zijn beslissing, maar in het feit dat hij dit had gedaan zonder de stukken eerst in het geding te brengen en partijen de gelegenheid te geven om op deze stukken te reageren.[201] Art. 8:69 lid 1 Awb bepaalt dat de rechter zich slechts mag baseren op het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Als de rechter de betreffende stukken in het vooronderzoek of ter zitting had ingebracht had hij juist gehandeld. Nu hij dit niet heeft gedaan, heeft hij in strijd met art. 8:69 lid 1 Awb gehandeld.

In het andere deel van de jurisprudentie overweegt de Centrale Raad dat bepaalde stukken die zich niet in het dossier bevinden buiten beschouwing moeten blijven bij de beoordeling van het bestreden besluit.[202] Dit is niet meer dan logisch. Het is immers in strijd met art. 8:69 lid 1 Awb om stukken ten grondslag te leggen aan een uitspraak als die stukken niet zijn overgelegd.

Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter feiten uit andere dossiers inbracht is een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 mei 2005.[203] In deze zaak was een bestuurlijke boete opgelegd wegens het overtreden van het arbeidsomstandighedenbesluit. In het kader van de beoordeling van de

200 De Bock 2004, p. 92; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186.
201 ABRvS 10 april 2004, 200102136; CRvB 11 feb. 1999, TAR 1999, 54.
202 CRvB 20 maart 2002, 99/6462, 99/6463.
203 Rb. Rotterdam 11 mei 2005, 04/3600.

hoogte van de opgelegde boete vergeleek de rechtbank deze zaak met eerdere zaken waarin een boete was opgelegd en waar beroep was ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. Nu de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid in die zaken niet geringer was dan in de lopende zaak, zag de rechtbank niet in waarom de bestreden boete hier hoger was. In ieder geval de feiten met betrekking tot de hoogte van de boete, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid in de eerdere zaken werden door de rechter in de lopende zaak ingebracht.

Art. 8:69 lid 3 Awb geeft de rechter op zich de bevoegdheid om feiten en stukken uit het ene dossier ten grondslag te leggen aan zijn beslissing in een andere zaak. Hierbij moet hij dan wel art. 8:69 lid 1 Awb in acht nemen. Hij moet de feiten en stukken eerst inbrengen en partijen de gelegenheid geven om zich hierover uit te laten.

Overigens zal de rechter deze feiten en stukken slechts mogen inbrengen als ze betrekking hebben op een onderdeel dat binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt. In het hoger beroep tegen de hierboven genoemde uitspraak van de rechtbank Rotterdam oordeelde de Afdeling dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden, aangezien er geen gronden waren gericht tegen de hoogte van de boete en dit onderdeel van het besluit niet onlosmakelijk was verbonden met het onderdeel dat wel bestreden was (het punt van werkgeverschap).[204]

4.3 Het doel van de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen

De rechter is op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd om zich met de feiten bezig te houden. Deze bevoegdheid is nader uitgewerkt in geschreven en ongeschreven rechtsnormen, zoals de rechtsnormen dat de rechter kan vragen om inlichtingen en stukken, getuigen kan oproepen, bewijs kan verlangen van onbetwiste feiten, de betwisting van feiten kan passeren etc. Noch de concrete rechtsnormen noch art. 8:69 lid 3 Awb geven echter een antwoord op de vraag hoe de rechter met zijn bevoegdheden omtrent de feiten dient om te gaan en wat het doel is van het aanvullen van feiten door de rechter. Duidelijk zal zijn dat hij niet volledig vrij is om soms wel en soms niet over te gaan tot feitelijk onderzoek. Dan zou er sprake zijn van willekeur. Dit betekent dat de rechter in elke zaak zal moeten nagaan of er reden is om gebruik te maken van deze bevoegdheden in het kader van het doel waarvoor deze actieve rol omtrent de feiten is gegeven.[205] Wat is nu het doel waarvoor deze actieve rol en de daaraan verbonden bevoegdheden aan de bestuursrechter zijn toegekend?

204 ABRvS 18 jan. 2006, 200505457/1, ro. 2.2.
205 Vgl. Nicolaï 1994 p. 143.

Ik onderscheid in ieder geval twee doelstellingen van het aanvullen van de feiten. Ten eerste het voldoen aan de beginselen die ten grondslag liggen aan deze bevoegdheid: de eis van de materiële waarheidsvinding en de ongelijkheidscompensatie (§ 4.3.1). Ten tweede het doel om de feiten te achterhalen die nodig zijn voor het juist uitvoeren van een rechterlijke verplichting (§ 4.3.2).

4.3.1 Materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de actieve rol van de rechter omtrent de feiten in verband wordt gebracht met twee beginselen: de ongelijkheidscompensatie[206] en de materiële waarheidsvinding.[207] In de parlementaire geschiedenis wordt de nadruk gelegd op de ongelijkheidscompensatie als achtergrond van de bevoegdheid om de feiten aan te vullen.[208] Het doel van de rechterlijke bemoeienis is om de zwakkere partij te helpen zodat de zaak kan worden beslist op de *merits of the case* en dat wordt voorkomen dat de grotere ervaring of mogelijkheden van de sterkere partij de doorslag geven.[209] De mate waarin de rechter bevoegd is om de feiten aan te vullen, of in ruimere zin bevoegd is om zich met de feiten te bemoeien, hangt af van de mate van ongelijkheid tussen partijen.

In de literatuur wordt voor de invulling van de bevoegdheid om de feiten aan te vullen meer aansluiting gezocht bij de materiele waarheidsvinding.[210] De bevoegdheid van de rechter om zich met de feiten bezig te houden heeft (ook) als doel dat het besluit wordt beoordeeld op grond van het 'werkelijk gebeurde'. Manipulatie van de feiten door partijen wordt niet aanvaard in het bestuursprocesrecht. Dit betekent dat het doel van het feitelijk onderzoek en de rechterlijke activiteit is om te komen tot een zorgvuldig samengestelde, consistente, niet evident onjuiste of evident onvolledige feitelijke grondslag.

De omstandigheid dat de bevoegdheid om de feiten aan te vullen wordt beheerst door zowel de ongelijkheidscompensatie als de materiele waarheidsvinding betekent dat de bestuursrechter ook bij gelijke partijen zich actief met de feiten moet bezighouden. Ook bij gelijke partijen zal de beoordeling immers uit moeten gaan van de materiele waarheid.[211]

Het streven naar materiële waarheidsvinding, en dus de rechterlijke activiteit omtrent de feiten, is wel begrensd door bijvoorbeeld de bewijsfuik en de goede procesorde.

---

206 PG Awb II p. 175, 464.
207 PG Awb II p. 173, 175.
208 PG Awb II p. 175, 464.
209 Vgl. De Bock 2004 p. 75-77; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.3 sub c; Schueler 1999 p. 597.
210 Zie bv. Kooper 2000 p. 177; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 67, 68, 118; Pennarts 1998 p. 97; Ten Berge 1999 p. 197, 208, 219; Allewijn en Ten Berge 1999 p. 18; Schueler 1999 p. 595, 606.
211 Anders: Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 108.

4.3.2 Uitvoeren van verplichtingen

De bestuursrechter heeft in art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid gekregen om zelf feitelijk onderzoek te verrichten. Dit betekent dat als de bestuursrechter feiten mist die hij nodig heeft om omtrent een bepaald punt de juiste beoordeling te kunnen maken hij zich hier niet bij neer moet leggen en de beslissing moet nemen op basis van de feiten waarover hij beschikt. De rechter moet, met inachtneming van het procesrecht, verder onderzoek doen om de relevante feiten te achterhalen.

Dit betekent dat de bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten een verplichting wordt als het gaat om feiten die de rechter nodig heeft om een verplichting juist te kunnen uitvoeren. Het enkele feit dat de rechter bepaalde feiten mist, is, gezien art. 8:69 lid 3 Awb, onvoldoende reden om niet aan een verplichting te voldoen. Het onderzoek kan eruit bestaan dat de rechter een of meerdere partijen verzoekt om relevante feiten in te brengen, maar de rechter kan zijn verantwoordelijkheid om de benodigde feiten te achterhalen niet afwentelen op partijen. Als partijen niet in staat zijn of weigeren om de feiten te achterhalen en in te brengen, zal de rechter zich alsnog zelf moeten inspannen om de benodigde feiten te achterhalen.

Beoordelen van de rechtmatigheid van het bestreden besluit
De primaire taak van de bestuursrechter is om de rechtmatigheid van het bestreden besluit te beoordelen. De rechter is bevoegd om zelf feitelijk onderzoek te verrichten en zelf feiten in het geding te brengen voorzover dit nodig is om de beoordeling te kunnen verrichten.[212] Nu het gaat om een verplichte beoordeling, is de rechter ook verplicht om onderzoek te (laten) verrichten naar de benodigde feiten.

Door de opzet van het bestuursproces zal er in de meeste zaken echter weinig ruimte en noodzaak overblijven voor de rechter om in dit kader feiten aan te vullen. Ten eerste wordt de beroepsfase voorafgegaan door de primaire fase en de bezwaarfase waarin belanghebbende feiten inbrengt en het bestuursorgaan feitelijk onderzoek verricht. Alle feiten die hier naar voren komen, worden al door het bestuur ingebracht op grond van de plicht om alle op de zaak betrekking hebbende stukken in te zenden. Ervan uitgaande dat het onderzoek in prima en bezwaar aan de regels voldoet, blijft er weinig noodzaak over voor de rechter om nader feitelijk onderzoek te verrichten.

Verder wordt de ruimte om de feiten aan te vullen beperkt door de bewijsfuik. Als een belanghebbende bepaalde feiten en bewijs niet mag aanvoeren, zal de rechter dit immers ook niet mogen.[213] Het feitelijk onderzoek door de rechter met betrekking tot deze feiten zal beperkt zijn tot bijvoorbeeld

212 Vgl. De Bock 2004 p. 81; Verheij onder ABRvS 29 sept. 2004, AB 2004, 415 (m.nt. NV) punt 4.
213 Vgl. De Bock 2004 p. 79.

verduidelijking van hetgeen wel omtrent deze feiten is gesteld in prima en bezwaar.

Als het gaat om een feit dat onder de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan valt, brengt de omstandigheid dat het bestuursorgaan dit relevante feit niet heeft meegenomen soms al mee dat het besluit onrechtmatig is. Het onderzoek door de rechter zal hier gericht zijn op de juistheid en volledigheid van de nieuwe feiten.

Door de opzet van het bestuursproces en de taak van de rechter lijkt de ruimte voor de rechter om, in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit, feitelijk onderzoek te verrichten nogal beperkt te zijn.

Ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden

Wat betreft de plicht om de rechtsgronden aan te vullen is de omstandigheid dat bepaalde feiten ontbreken onvoldoende reden om de betreffende rechtsnorm niet aan te vullen. Omdat het aanvullen van de rechtsgronden een verplichting is, is de rechter verplicht nader onderzoek te verrichten (voorzover dit nodig is) alvorens al dan niet de rechtsgronden aan te vullen.[214] Stel bijvoorbeeld dat de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet toetsen aan het gelijkheidsbeginsel, maar dat hij hiervoor de feiten omtrent vergelijkbare gevallen mist. Hij mag niet op grond van dit gebrek afzien van een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, maar hij moet nader onderzoek (laten) verrichten naar vergelijkbare gevallen. Dit kan hij bijvoorbeeld doen door aan partijen, en met name het bestuursorgaan, informatie te vragen omtrent vergelijkbare gevallen.

De plicht om zo nodig feitelijk onderzoek te verrichten betekent voor de toetsing aan beleidsregels, het volgende. Als de belanghebbende in eigen woorden een klacht richt tegen de toepassing van beleidsregels, is de rechter op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht om ambtshalve art. 4:84 Awb aan te vullen en te beoordelen of het bestuursorgaan overeenkomstig art. 4:84 Awb de beleidsregels heeft toegepast. De beleidsregels vormen feiten in de zin van art. 8:69 lid 3 Awb, zodat de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd is om de beleidsregels ambtshalve aan te vullen, dat wil zeggen in het geding te brengen. Deze bevoegdheid is een verplichting nu het gaat om het aanvullen van feiten die nodig zijn om de verplichting om de rechtsgronden (art. 4:84 Awb) aan te vullen juist te kunnen verrichten.

Ambthalve toetsing

De rechter dient het besluit ambtshalve te toetsen aan bepalingen van openbare orde. De naleving van deze bepalingen is dermate belangrijk dat de handhaving hiervan niet kan worden overgelaten aan partijen (zie § 3.8.1). Het is derhalve aan de rechter om in elke zaak na te gaan of deze bepalingen (juist)

214 Vgl. De Bock 2004 p. 80.

zijn toegepast. Hij is hierbij niet gebonden aan of beperkt tot hetgeen partijen al dan niet aanvoeren. Dit betekent dat voorzover de feiten ontbreken die nodig zijn om deze toetsing te kunnen verrichten, de rechter deze ambtshalve dient aan te vullen. De bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten is dus een verplichting als dit feitelijk onderzoek nodig is voor een ambtshalve toetsing.[215]

Een voorbeeld van deze plicht is te zien in een uitspraak van de Centrale Raad van 26 september 1996.[216] De rechtbank had geoordeeld dat er ten tijde van het nemen van het besluit tot weigering van de ontslaguitkering en de beslissing op bezwaar lacunes bestonden in het systeem van (sub)mandatering. De bevoegde hoofddirectie had echter in een brief verklaard dat het bestreden besluit als een besluit van de hoofddirectie gold. Hierdoor zou het bevoegdheidsgebrek geheeld zijn. De rechtbank weigert echter overlegging van deze brief op grond van art. 8:58 Awb.[217]

De Centrale Raad oordeelt dat art. 8:58 Awb er niet toe kan strekken de rechter te verhinderen het door hem zelfstandig in te stellen onderzoek naar de bevoegdheid van de besluitnemer te volvoeren. Naar het oordeel van de Centrale Raad had het eerder op de weg van de rechtbank gelegen om de bewuste brief op te vragen en aan het dossier toe te voegen dan de beoogde overlegging te weigeren.

Een uitspraak van 27 mei 2003 van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven lijkt weer in strijd te zijn met deze zelfstandige onderzoeksplicht van art. 8:69 lid 3 Awb.[218] In deze zaak voerde appellante in hoger beroep aan dat het bestuursorgaan tijdens de zitting nog documenten had ingebracht die hij niet van te voren had gezien. Het ging onder andere om mandaatbesluiten. Het College oordeelt dat dit stukken zijn die in beginsel slechts tot tien dagen voor de zitting kunnen worden ingediend, en dat deze besluiten "klaarblijkelijk door de rechtbank ambtshalve, en dus niet naar aanleiding van een van de door appellante naar voren gebrachte beroepsgronden," bij het bestuursorgaan zijn opgevraagd. Nu het College appellante gezien de omstandigheden van het geval niet in haar processuele belangen geschaad acht, verbindt zij echter geen gevolgen aan deze gang van zaken.

Nu kan de vraag gesteld worden of het niet zo is dat mandaatbesluiten tot het recht behoren en als zodanig altijd ingebracht kunnen worden. De rechter is immers op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht om al het relevante recht te betrekken bij zijn beoordeling. De belanghebbende die een exem-

---

215 Vgl. De Bock 2004 p. 77; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 201; Verheij onder ABRvS 29 sept. 2004, AB 2004, 415 (m. nt. NV) punt 4, 5; Widdershoven e.a. 2001 p. 190.

216 CRvB 26 sept. 1996, AB 1997, 139 (m.nt. HH); Een ander voorbeeld is te vinden in HR 19 nov. 2004, JB 2005, 3 (R.M.P.G.N.-C.).

217 Art. 8:58 lid 1 Awb: Tot tien dagen voor de zitting kunnen partijen nadere stukken indienen.

218 CBB 27 mei 2003, AB 2003, 456.

plaar van de relevante regelgeving overlegt, wijst de rechter slechts op iets dat deze anders zelf had moeten opzoeken.

De vraag naar de status van dit mandaatbesluit maakt echter ook niet uit. Mandaatbesluiten hebben betrekking op de bevoegdheid van het bestuursorgaan en de betreffende bepalingen zijn van openbare orde. De rechter is dus verplicht om te onderzoeken of het besluit bevoegd is genomen. Als mandaatbesluiten, of dit mandaatbesluit, als feitelijk stuk gekwalificeerd moeten worden, is de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb verplicht om deze in het kader van ambtshalve toetsing aan te vullen omdat dit mandaatbesluit nu eenmaal nodig is om de bevoegdheid te kunnen beoordelen.

De overweging dat de rechter klaarblijkelijk deze stukken niet had opgevraagd naar aanleiding van de beroepsgronden is dan ook niet van belang. Ook als er geen beroepsgrond op de bevoegdheid was gericht, had de rechter dit aspect moeten beoordelen. Als het mandaatbesluit als recht gekwalificeerd moet worden, had de rechter dit op grond van art. 8:69 lid 2 Awb dienen aan te vullen. Als het mandaatbesluit als feit gekwalificeerd moet worden, had de rechter dit op grond van art. 8:69 lid 3 Awb dienen aan te vullen. Beide in het kader van de ambtshalve toetsing. Gevolg hiervan is dat mandaatbesluiten te allen tijde kunnen worden ingediend door partijen.

Overigens zal de rechter partijen nog wel de gelegenheid moeten geven om te reageren op de ingebrachte mandaatbesluiten en de kwestie van de bevoegdheid alvorens op dit punt te beslissen.

Exceptieve toetsing

De rechter is in beginsel verplicht om ambtshalve te beoordelen of de aan het besluit ten grondslag liggende rechtsnormen en andere toepasselijke rechtsnormen niet in strijd zijn met hogere regelgeving (§ 3.10). Het zal niet altijd direct duidelijk zijn of er sprake is van strijd. Zeker als het gaat om de vraag of de concrete toepassing van de rechtsnorm in strijd komt met de situatie die door een hogere rechtsnorm wordt voorgeschreven, zal vaak nader onderzoek nodig zijn. Art. 8:69 lid 3 Awb geeft de rechter de bevoegdheid om het benodigde feitelijk onderzoek te verrichten. De rechter is in beginsel ook tot dit onderzoek verplicht, nu ook het verrichten van de exceptieve toetsing een verplichting is.

Hierbij geldt de taak van de rechter als grens voor de mate waarin de rechter verplicht is om de exceptieve toetsing en het daarvoor benodigde feitelijk onderzoek te verrichten. Enerzijds mag van de rechter verwacht worden dat hij uitspraak doet op basis van het geldend recht. Anderzijds mogen partijen van de rechter verwachten dat binnen een redelijke termijn op hun zaak wordt beslist en dat hij niet veel tijd en middelen gaat spenderen aan een onderzoek waar partijen niet om gevraagd hebben. Als het debat tussen partijen niet is gericht op de geldigheid van onderliggende regelgeving, zal er een moment komen dat het (feitelijk) onderzoek dermate veel tijd in beslag gaat nemen dat de beoordeling van de vraag of de onderliggende rechtsnorm ongeldig is wat betreft deze concrete toepassing van de rechtsnorm,

de taak van de rechter te buiten gaat. Waar dat omslagpunt ligt, zal van de concrete omstandigheden van het geval afhangen.

4.4 Vult de rechter de feiten aan ten gunste van alle partijen?

Een vraag bij art. 8:69 lid 3 Awb is ten gunste van welke partijen de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen. In bredere zin gaat het hier echter om meer dan alleen het inbrengen van feiten of het verrichten van feitelijk onderzoek. Deze vraag betreft in het algemeen de actieve rol van de rechter met betrekking tot de feiten en alles dat hieruit voortvloeit.

Mijns inziens geldt voor art. 8:69 lid 3 Awb hetzelfde als voor art. 8:69 lid 2 Awb: de bevoegdheid om de feiten aan te vullen is neutraal. De rechter vult de feiten aan om te komen tot een feitelijke grondslag die voldoet aan de eisen van de materiële waarheidsvinding en voor het juist uitoefenen van de verplichtingen. Het is hierbij irrelevant ten gunste van wie dit aanvullen werkt.[219]

Een aanvullen van de feiten kan dus zowel ten gunste als ten nadele van elke partij uitpakken. De rechter zal bijvoorbeeld bewijs verlangen van een onbetwist feit als hij dit nodig acht, ongeacht of dit ten gunste van appellant of het bestuursorgaan werkt. Het antwoord op de vraag wie er voordeel heeft bij het aanvullen, hangt af van de vraag in hoeverre een partij er belang bij had dat het besluit beoordeeld zou worden op grond van de werkelijke gebeurde feiten.

Als het doel van het aanvullen van de feiten beperkt was tot de ongelijkheidscompensatie zou het aanvullen van de feiten waarschijnlijk beperkt moeten blijven tot het helpen van de zwakkere partij en zou de rechter zich slechts met de feiten mogen bezig houden ten gunste van deze partij. Dit zou waarschijnlijk meestal de appellerende burger zijn. Doordat ook het beginsel van de materiele waarheidsvinding en het uitoefenen van verplichtingen invulling geven aan de bevoegdheid om de feiten aan te vullen, is het aanvullen van de feiten neutraal geworden. De rechter dient ook gericht te zijn op het vaststellen van het 'werkelijk gebeurde' en het achterhalen van de benodigde feiten, en niet slechts op het helpen van de zwakkere partij.

219 Vgl. PG Awb II p. 464; Kooper 2000 p. 177.

DEEL IV

Slot

14 Conclusie

1 Inleiding

In deel I werd in de Algemene inleiding de volgende onderzoeksvraag gesteld: wat is de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv? Hierbij werd een onderscheid gemaakt tussen twee aspecten. Ten eerste het aspect van de inhoud van deze bepalingen en ten tweede het aspect van hoe deze bepalingen vervolgens werken bij de beoordeling die de rechter moet maken. Verder werd gesteld dat deze vraag werd benaderd vanuit het gezichtspunt van de rechter, de rechtshulpverlener of belanghebbende die zich in een zaak geconfronteerd ziet met de toepassing van art. 8:69 Awb, en wil weten wat deze bepalingen inhouden en hoe deze werken in het proces.

In dit hoofdstuk zet ik bij wijze van antwoord een aantal conclusies bij elkaar.

Ik zal beginnen met het aspect van de inhoud van art. 8:69 Awb te bespreken (§ 2 (lid 1), § 3 (lid 2) en § 4 (lid 3)). In § 5 komt de rol van de grenzen van de rechtsstrijd bij de werking van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb aan de orde. Vervolgens wordt de werking van art. 8:69 Awb bij de toetsing van een besluit behandeld (§ 6).

In § 7 komt de mate van convergentie tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht aan de orde wat betreft het leerstuk 'aanvullen van de rechtsgronden'.

Ik eindig met enige afsluitende kanttekeningen in § 8.

2 De inhoud van art. 8:69 lid 1 Awb

Art. 8:69 lid 1 Awb heeft twee functies. Ten eerste beperkt deze bepaling de rechterlijke beoordeling tot de mate waarin het besluit tussen partijen in geschil is (§ 2.1). Ten tweede bepaalt deze rechtsnorm waarmee de rechter rekening mag en moet houden bij het nemen van een beslissing: alleen datgene dat is aangevoerd en al datgene dat is aangevoerd (§ 2.2).

2.1 Beperking van de beoordeling

In art. 8:69 lid 1 Awb wordt de rechtsnorm gelezen dat de rechter niet het volledige besluit beoordeelt, maar dat de rechterlijke beoordeling beperkt is tot de mate waarin het besluit door appellant wordt bestreden (buiten ambtshalve toetsing aan rechtsnormen van openbare orde). In de parlementaire geschiedenis wordt niet uitgewerkt hoe deze grenzen van de rechtsstrijd bepaald moeten worden. In de literatuur kunnen een aantal stelsels onderscheiden worden voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Het meest beperkende stelsel is het grievenstelsel. In dit stelsel is de rechterlijke beoordeling beperkt tot de door appellant aangevoerde gronden.

Een ruimer stelsel is het stelsel van een beperkte volledige toetsing. In dit stelsel beoordeelt de rechter alleen die onderdelen van een besluit die door de gronden bestreden worden. Deze onderdelen worden echter volledig beoordeeld. Als het betreffende onderdeel op een punt onrechtmatig is, maar deze onrechtmatigheid niet in de gronden wordt bestreden, zal de rechter het besluit toch op deze onrechtmatigheid vernietigen.

In de periode maart 1995 tot september 1996 is onderzoek gedaan naar de werking van het bestuursprocesrecht. De bevindingen hiervan zijn gepubliceerd in het boek 'Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht'.[1] Uit interviews die in dit kader werden afgenomen, blijkt een derde stelsel: het compromisstelsel. In dit stelsel gaat de beoordeling verder dan een beoordeling van de gronden, maar de beoordeling van de onderdelen wordt beperkt door de werkwijze van de rechter. De rechter loopt de bestreden delen van het besluit na op onrechtmatigheden. De vraag of een hierbij gevonden (mogelijke) onrechtmatigheid ambtshalve onderzocht zal worden, hangt af van de ernst van de (mogelijke) schending, de zichtbaarheid van de (mogelijke) schending, de ongelijkheid tussen partijen en of de belanghebbende rechtsbijstand heeft. Een niet in een grond bestreden (mogelijke) onrechtmatigheid komt in aanmerking voor ambtshalve onderzoek als deze ernstig is of duidelijk zichtbaar is. Verder zal zij eerder onderzocht worden als de ongelijkheid tussen partijen groter is en als de belanghebbende geen rechtsbijstand heeft.

De Centrale Raad beperkt de beoordeling tot de bestreden onderdelen van het besluit. De lijn van de Afdeling is minder duidelijk, maar het gaat mij te ver om te zeggen dat de Afdeling uitgaat van een grievenstelsel. Op grond van de jurisprudentie kan mijns inziens het standpunt verdedigd worden dat ook de Afdeling de beoordeling beperkt acht tot de bestreden onderdelen van een besluit. Het meest eenvoudige voorbeeld van deze beperking betreft een besluit dat uit duidelijk te onderscheiden meerdere delen bestaat zoals een besluit met meerdere voorwaarden. Afgaande op uitspraken van de Afdeling

1 J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven e.a, *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.

en de Centrale Raad kan echter gezegd worden dat ook elk oordeel een apart onderdeel van een besluit vormt wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd.

De beoordeling wordt uitgebreid met een beoordeling van de onderdelen die een nauw verband of nauwe verwevenheid hebben (de Centrale Raad) respectievelijk onlosmakelijk zijn verbonden (de Afdeling) met de bestreden onderdelen. Ook uit het feit dat niet-bestreden onderdelen kunnen worden beoordeeld, volgt al dat de beoordeling niet beperkt is tot de gronden. Tegen de niet-bestreden onderdelen zijn immers zeker geen gronden gericht.

Wat betreft de mate waarin de onderdelen vervolgens beoordeeld moeten worden, geeft de jurisprudentie geen uitsluitsel. De lijn van zowel de Afdeling als de Centrale Raad is mijns inziens dat de onderdelen die het onderwerp van het beroep zijn, volledig beoordeeld dienen te worden. Er is althans geen reden om aan te nemen dat deze beoordeling beperkt is tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden.

Wat betreft de toetsing aan formele voorschriften wordt wel een grievenstelsel toegepast. De rechter toetst slechts aan formele voorschriften als de appellant zich (in eigen woorden) op schending daarvan beroept of indien het voorschriften van openbare orde betreft.

Naar mijn mening voldoet het stelsel van een beperkte volledige toetsing het beste aan de eisen die aan een stelsel inzake de grenzen van de rechtsstrijd gesteld moeten worden. Het sluit beter dan de andere stelsels aan op hetgeen in de parlementaire geschiedenis op dit punt wordt gesteld. Het leidt tot het beslechten van het werkelijke geschil omtrent het besluit en voldoet het beste aan de eis van een faciliterend procesrecht. Daarbij leidt een meer beperkend stelsel zoals het grievenstelsel tot een de facto verplichte rechtsbijstand hetgeen in strijd is met de eis van toegankelijkheid van het bestuursproces. De tegenargumenten van een grotere belasting voor de rechter en het bestuur overtuigen mij niet. Ten eerste omdat naar mijn mening het extra werk beperkt is en ten tweede omdat personele of organisatorische problemen bij de rechterlijke macht en het bestuur niet op de burger afgewenteld mogen worden.

2.2 Alleen datgene en al datgene

Art. 8:69 lid 1 Awb bepaalt dat de rechter uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Hiermee worden alle fasen genoemd waaruit een bestuursgeding bestaat. Uit deze bepaling vloeit ten eerste voort dat de rechter slechts rekening mag houden met datgene dat tijdens deze fasen naar voren wordt gebracht. Dit betekent voor de feiten dat de rechter slechts die feiten mee mag nemen die tijdens een van deze fasen, door of op initiatief van de partijen dan wel de rechter, in het geding worden ingebracht. Wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd betekent dit dat de rechter voor de vraag

naar de mate waarin het besluit is bestreden zich slechts mag baseren op de gronden die tijdens deze fasen naar voren zijn gebracht.

Daarnaast vloeit uit deze bepaling ook de verplichting voort om rekening te houden met al datgene dat in één van de fasen wordt aangevoerd. De rechter zal de uitspraak moeten baseren op alle feiten die volgens de procesregels zijn ingebracht in één van de fasen van het geding. Wat betreft het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd zal de rechter rekening moeten houden met alle gronden die in één van de fasen van het geding naar voren komen. Deze verplichting is overigens niet onbegrensd. Ten eerste zullen (on)geschreven procesregels in acht genomen moeten worden. Zo zal de rechter geen rekening mogen houden met feiten die weliswaar zijn ingebracht, maar die vallen onder de bewijsfuik. Daarbij kunnen algemene rechtsbeginselen zoals de goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor meebrengen dat bijvoorbeeld geen rekening kan worden gehouden met feiten of gronden die pas tijdens de zitting naar voren worden gebracht.

3 De inhoud van art. 8:69 lid 2 Awb

De wetgever heeft de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen overgenomen uit het burgerlijk procesrecht zonder aan te geven wat deze verplichting precies inhoudt in en voor het bestuursprocesrecht. Op grond van de bestudering van het bestuursprocesrecht en de vergelijking met het burgerlijk procesrecht, kan het volgende gezegd worden over de inhoud van art. 8:69 lid 2 Awb. Ten eerste wordt art. 8:69 lid 2 Awb niet gezien als wettelijke verankering van de rechtsnorm dat de rechter (ambtshalve) het recht toepast (Ius curia novit) en de daaruit voortvloeiende regels. Dit beginsel en deze regels gelden wel in het bestuursprocesrecht, maar bestaan als ongeschreven recht. Ook de bestuursrechter kwalificeert zelfstandig de feiten, interpreteert het recht en is niet gebonden aan of beperkt door rechtsbeschouwingen van partijen etc. Evenzo is de taak van de bestuursrechter niet verankerd in art. 8:69 lid 2 Awb en bestaat deze 'slechts' als ongeschreven rechtsnorm. In art. 8:69 lid 2 Awb is enkel de verplichting voor de rechter opgenomen om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

In de jurisprudentie kunnen twee interpretaties van deze verplichting worden onderscheiden. Soms wordt in deze bepaling een verplichting om de beroepsgronden aan te vullen gelezen. Dit is gezien de vergelijking met het burgerlijk procesrecht onjuist (§ 3.1). Onder de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen moet verstaan worden de verplichting om toepasselijke rechtsnormen aan te vullen die niet door partijen zijn aangevoerd (§ 3.2). Verder moet het ambtshalve aanvullen worden onderscheiden van ambtshalve toetsing (§ 3.3). In § 3.4 wordt de grens besproken dat het aanvullen van de rechtsgronden alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd plaatsvindt. Als

laatste wordt de vraag behandeld wanneer de rechter mag toetsen aan een niet door partijen aangevoerde rechtsnorm (§ 3.5).

3.1 De verplichting om de beroepsgronden aan te vullen

De interpretatie van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen als een verplichting om de beroepsgronden aan te vullen is niet afkomstig uit het burgerlijk procesrecht. Bij het aanvullen van beroepsgronden gaat het om het (ambtshalve) beoordelen van niet direct door de bezwaren bestreden mogelijke onrechtmatigheden in het besluit. Stel bijvoorbeeld dat de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve beoordeelt of een gestelde voorwaarde in gelijke gevallen ook gesteld wordt. Indien hij tot de conclusie komt dat dit niet het geval is en hij het besluit op grond van deze onrechtmatigheid vernietigt, heeft hij de beroepsgrond aangevuld dat deze voorwaarde in andere (gelijke) gevallen niet gesteld wordt. Dit wordt in deze interpretatie gebaseerd op art. 8:69 lid 2 Awb.

Vanuit het gezichtspunt van het burgerlijk procesrecht gaat het hier echter om een aanvullen van feitelijke gronden, zodat dit aanvullen op art. 8:69 lid 3 Awb gebaseerd zou moeten worden. Op grond van art. 8:69 lid 3 Awb vult de rechter ambtshalve de feitelijke grond aan dat deze voorwaarde in gelijke gevallen niet gesteld wordt. Hierbij vult hij ook de rechtsgrond van het gelijkheidsbeginsel aan (op grond van art. 8:69 lid 2 Awb).

Op zich is het niet van belang of het bij dit ambtshalve aanvullen (primair) gaat om het aanvullen van een feitelijke grond of om het aanvullen van een rechtsgrond. De bestuursrechter is immers tot beide bevoegd. Gezien echter het feit dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen is overgenomen uit het burgerlijk procesrecht, lijkt het mij dat in beginsel aangesloten moet worden bij de betekenis van deze verplichting in het burgerlijk procesrecht. In dat geval wordt onder het aanvullen van de rechtsgronden het aanvullen van toepasselijke rechtsnormen verstaan, en niet het aanvullen van beroepsgronden.

3.2 De verplichting om toepasselijke rechtsnormen aan te vullen

Art. 8:69 lid 2 Awb houdt bij deze interpretatie in dat de rechter verplicht is om van toepassing zijnde rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd, ambtshalve aan te vullen en toch toe te passen. Deze interpretatie is uit het burgerlijk procesrecht overgenomen. Het feit dat de rechtsnorm niet door partijen is aangevoerd, mag de rechter er niet van weerhouden om de rechtsnorm (toch) toe te passen. Dit betekent dat er sprake is van een ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden als de rechter het besluit vernietigt op grond van een rechtsnorm waarvan appellanten niet hebben betoogd dat het besluit

daarmee in strijd is, maar ook als de rechter het besluit in stand laat op grond van een rechtsnorm die niet door partijen is aangevoerd.

De meest eenvoudige vorm van het aanvullen van de rechtsgronden is als de rechter de juiste rechtsnorm aanvult bij een door een partij aangevoerde grond. Als een partij de juiste rechtsnorm niet zelf aanvoert, vult de rechter deze op grond van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve aan bij de feitelijke grond en toetst hij toch aan deze rechtsnorm.

Een tweede vorm van het aanvullen van de rechtsgronden vindt plaats als de rechter het besluit toetst op punten die de appellant niet aan de orde heeft gesteld. De rechter vult ambtshalve de feitelijke grond en de rechtsnorm aan en toetst het besluit toch op dit punt en aan deze rechtsnorm. Hier kan sprake zijn van ambtshalve toetsing als deze toetsing ligt buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Dit hoeft echter niet. Bij een volledige beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit zal de rechter ook aan rechtsnormen toetsen waarvan appellant niet (in eigen bewoordingen) heeft betoogd dat deze zijn geschonden, maar dit gebeurt binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald.

3.3 Ambtshalve toetsing

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en ambtshalve toetsing. Bij ambtshalve toetsing beoordeelt de rechter het besluit buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Bij het ambtshalve aanvullen blijft de rechter binnen deze grenzen. Ambtshalve toetsing is in beginsel beperkt tot bepalingen van openbare orde.

Er is geen tegenstelling tussen ambtshalve aanvullen en ambtshalve toetsen. Deel van een ambtshalve toetsing is het ambtshalve aanvullen van de betreffende rechtsnorm van openbare orde.

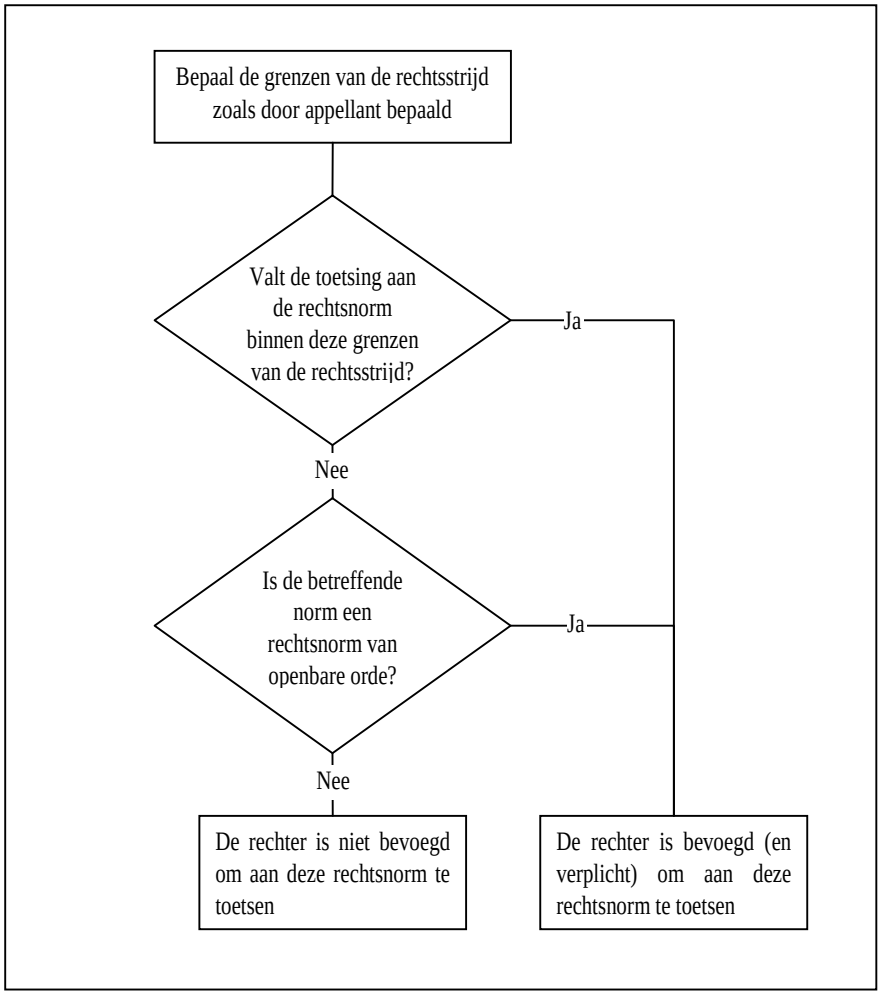
Bij ambtshalve toetsing spelen alledrie de leden van art. 8:69 Awb een rol. Op grond van lid 1 worden de grenzen van de rechtsstrijd uitgebreid. Dit gaat gepaard met een aanvullen van de rechtsgronden (de rechtsnorm van openbare orde) op grond van lid 2 en een aanvullen van de feitelijke gronden (het feitelijk argument dat het besluit wat deze kwestie betreft onrechtmatig is) op grond van lid 3.

3.4 Ambtshalve aanvullen alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd

Het aanvullen van rechtsnormen vindt altijd plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Dit zijn echter niet altijd louter de grenzen zoals appellant die heeft bepaald. Als de rechter een rechtsnorm aanvult bij een door één van de partijen aangevoerde feitelijke grond of in het kader van de (volledige) beoordeling van de bestreden onderdelen, vindt het aanvullen van de rechtsgronden

plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Maar ook bij een ambtshalve toetsing vindt het aanvullen van de rechtsnormen plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Bij deze toetsing aan een rechtsnorm van openbare orde breidt de rechter de rechtsstrijd uit met een toetsing aan die rechtsnorm. Binnen deze (uitgebreide) grenzen vult de rechter de betreffende rechtsnorm van openbare orde aan.

3.5 Wanneer mag de rechter toetsen aan een niet door partijen aangevoerde rechtsnorm?



De vraag is wanneer de rechter verplicht is het besluit ambtshalve aan een niet-aangevoerde rechtsnorm te toetsen. Buiten het geval dat de rechter een rechtsnorm aanvult bij een aangevoerd bezwaar, is dit niet een vraag naar de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen. Het antwoord op deze vraag wordt bepaald door de grenzen van de rechtsstrijd en dus door de vraag van welk stelsel gevolgd wordt. Het stelsel van een beperkte volledige toetsing en het compromisstelsel laten de bestuursrechter de ruimte om meer te beoordelen dan alleen de aangevoerde gronden. De rechter kan hier de feitelijke gronden en de bijbehorende rechtsnormen aanvullen binnen de grenzen van de rechtsstrijd (zoals door appellant bepaald). Als dus duidelijk is waar deze grenzen van de rechtsstrijd liggen, vloeit daaruit het antwoord voort op de vraag of ambtshalve aan een bepaalde rechtsnorm getoetst moet worden.

Het antwoord op bovenstaande vraag is dus ten eerste: als dit binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald ligt. De rechter is overigens in dat geval ook verplicht om te toetsen aan deze rechtsnorm.

Daar komt bij dat de rechter altijd verplicht is om te toetsen aan rechtsnormen van openbare orde. Dit ongeacht waar de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald liggen en dus ongeacht welk stelsel gevolgd wordt.

De rechter die zich geconfronteerd ziet met de vraag of hij aan een niet door appellant aangevoerde rechtsnorm moet toetsen, zal eerst dienen te bepalen of deze toetsing valt binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Zo ja, dan zal hij aan deze bepaling dienen te toetsen en deze dienen aan te vullen. Zo nee, dan zal hij moeten bepalen of deze rechtsnorm van openbare orde is en of hij dus (toch) ambtshalve aan deze rechtsnorm moet toetsen. Als dit niet het geval is, mag hij niet aan deze rechtsnorm toetsen en mag deze dus niet worden aangevuld.

4 De inhoud van art. 8:69 lid 3 Awb

Door de wetgever is weinig aandacht besteed aan de vraag wat de bevoegdheid om de feiten aan te vullen in moet houden. Ook wat de dogmatiek betreft wordt er weinig aandacht besteed aan art. 8:69 lid 3 Awb.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat lid 3 voornamelijk is opgenomen om aan te geven dat met het overnemen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen niet ook het verbod om de feiten aan te vullen is overgenomen. Art. 8:69 lid 3 Awb heeft in dit opzicht de functie van een beginselverklaring. Met deze bepaling wordt aangegeven dat de bestuursrechter niet gebonden is aan of beperkt is door hetgeen partijen aanvoeren met betrekking tot de feiten. In zekere zin gaat het om een soort omgekeerde partij-autonomie.

De bestuursrechter is ook wat betreft bewijskwesties niet gebonden aan of beperkt door stellingen van partijen. Met uitzondering van enige mate van beperking in de bewijslastverdeling is de rechter vrij in het regelen van kwes-

ties van materieel bewijsrecht (bewijsomvang, bewijslast, toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en bewijswaardering). Hij kan deze kwesties regelen naar eigen inzicht uitgaande van de concrete omstandigheden van de casus.

De vraag of de bevoegdheid om de feiten aan te vullen nu een concrete bevoegdheid toekent en wat deze in dat geval inhoudt, wordt niet in de parlementaire geschiedenis besproken. Op basis van een vergelijking met het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv houdt de bevoegdheid om de feiten aan te vullen de volgende bevoegdheden in:

- de bevoegdheid voor de rechter om zelf feiten in het geding te brengen, waaronder:
  - een algemene bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten naast de specifieke onderzoeksbevoegdheden van hoofdstuk 8 Awb (§ 4.1 en § 4.3); en
  - een bevoegdheid om algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter in te brengen (§ 4.2).
- de bevoegdheid om de feitelijke gronden (de beroepsgronden) aan te vullen (§ 4.4).

4.1 De bevoegdheid om zelf feiten in het geding te brengen

De bestuursrechter is niet beperkt tot de feiten die partijen aanvoeren. Art. 8:69 lid3 Awb kent de rechter de bevoegdheid toe om zelf feiten in te brengen en om zelf feitelijk onderzoek te verrichten. Het moet hier dan wel gaan om een vorm van feitelijk onderzoek dat niet al door hoofdstuk 8 Awb geregeld wordt. De rechter kan niet op grond van de bevoegdheid om de feiten aan te vullen de regelingen van hoofdstuk 8 Awb doorkruisen. Aangezien de meeste vormen van feitelijk onderzoek door de rechter al in hoofdstuk 8 Awb geregeld zijn, is er meestal weinig ruimte voor de rechter om direct op grond van art. 8:69 lid 3 Awb feitelijk onderzoek te verrichten.

Bij de vraag wanneer de rechter feiten mag aanvullen wordt een belangrijke rol gespeeld door de bewijsfuik. De rechter zal geen feiten mogen aanvullen die partijen, en dan met name de appellant, niet in mogen brengen. De bewijsfuik beperkt dus niet alleen de mogelijkheden van de appellant, maar ook de mate waarin de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb en de bevoegdheden van hoofdstuk 8 Awb feitelijk onderzoek mag verrichten.

Gezien het feit dat de meeste feiten al in het dossier staan dat door het bestuursorgaan wordt overgelegd en het bestaan van de bewijsfuik lijkt er weinig ruimte over te blijven voor de rechter om zelf feiten in te brengen of om feitelijk onderzoek te verrichten in het kader van de toetsing van een besluit.

4.2 Algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter

Wat betreft algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels kent het bestuursprocesrecht geen tegenhanger van art. 149 lid 2 Rv[2] waarin wordt bepaald dat deze feiten niet gesteld of bewezen hoeven te worden. Ook de bestuursrechter zal, zeker gezien de beginselverklaring van art. 8:69 lid 3 Awb, bevoegd zijn om deze feiten ambtshalve in het geding te brengen. Art. 8:69 lid 3 Awb verleent dan de concrete bevoegdheid om algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels in het geding te brengen.

Wat betreft de eigen wetenschap van de rechter moet een onderscheid gemaakt worden tussen kennis die de rechter als privé-persoon heeft gekregen en kennis die hij door zijn ervaring als rechter heeft opgedaan. Het is de rechter toegestaan om kennis die hij heeft opgedaan als rechter aan te vullen in het geding. Ook hier geeft art. 8:69 lid 3 Awb de rechter een concrete bevoegdheid namelijk de bevoegdheid om kennis die hij als rechter heeft opgedaan ambtshalve in het geding te brengen.

Wat betreft privé-kennis lijkt de lijn te zijn dat het aanvullen van privé-kennis niet is toegestaan.

4.3 Het doel van het aanvullen van de feiten

De vraag is nu wanner de rechter gebruik moet maken van zijn bevoegdheid om feiten in te brengen en feitelijk onderzoek te verrichten. Het doel van de rechterlijke bemoeienis is ten eerste ongelijkheidscompensatie. Als het verschil in vaardigheden of middelen tussen partijen de uitkomst van de beoordeling dreigt te bepalen, dient de rechter de zwakkere partij de helpende hand te bieden. De mate waarin de rechter bevoegd is om de feiten aan te vullen of in ruimere zin bevoegd is om zich met de feiten te bemoeien, hangt bij dit doel af van de mate van ongelijkheid tussen partijen.

De bevoegdheid van de rechter om zich met de feiten bezig te houden heeft ook als doel dat het besluit wordt genomen en wordt beoordeeld op grond van het 'werkelijk gebeurde' (de eis van materiële waarheidsvinding). Manipulatie van de feiten door partijen wordt niet aanvaard in het bestuursprocesrecht. Het doel van het feitelijk onderzoek en de rechterlijke activiteit is om te komen tot een zorgvuldig samengestelde, consistente, niet evident onjuiste of evident onvolledige feitelijke grondslag.

Het feit dat de bevoegdheid om de feiten aan te vullen wordt beheerst door zowel de ongelijkheidscompensatie als de materiële waarheidsvinding betekent dat de bestuursrechter ook bij gelijke partijen zich actief met de feiten

2 Voorheen art. 176 lid 2 Rv.

moet bezighouden. Ook bij gelijke partijen zal de beoordeling immers uit moeten gaan van de materiële waarheid.

Verder wordt de bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten een verplichting als het gaat om feiten die de rechter nodig heeft om een verplichting juist te kunnen uitvoeren:

- de primaire taak van de bestuursrechter is om de rechtmatigheid van het bestreden besluit te beoordelen. Nu dit een verplichting is, is de rechter verplicht om feiten aan te vullen voorzover dit nodig is om deze beoordeling te kunnen verrichten.
- wat betreft de plicht om de rechtsgronden aan te vullen is het enkele feit dat bepaalde feiten ontbreken onvoldoende reden om de betreffende rechtsnorm niet aan te vullen. Omdat het aanvullen van de rechtsgronden een verplichting is, is de rechter verplicht nader onderzoek te verrichten (voorzover dit nodig is) alvorens al dan niet de rechtsgronden aan te vullen. Welke vorm dit onderzoek moet nemen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- nu het verrichten van een ambtshalve toetsing een verplichting is, dient ook hier de rechter de feiten aan te vullen voorzover de feiten ontbreken die nodig zijn om deze toetsing te kunnen verrichten. De bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten is dus een verplichting als dit feitelijk onderzoek nodig is voor een ambtshalve toetsing.
- ook bij de exceptieve toetsing (het beoordelen van de geldigheid van de van toepassing zijnde rechtsnormen) is de rechter in beginsel (zo nodig) tot feitelijk onderzoek verplicht, aangezien het verrichten van de exceptieve toetsing een verplichting is. Hier kan de taak van de rechter echter een begrenzing vormen voor dit feitelijk onderzoek.

4.4 De bevoegdheid om de feitelijke gronden aan te vullen

De feitelijke gronden zijn de feitelijke redenen waarom het besluit rechtmatig dan wel onrechtmatig is. Dit zijn bijvoorbeeld de (feitelijke) gronden op grond waarvan appellant betoogt dat het besluit onrechtmatig is en op grond waarvan verweerder betoogt dat het besluit niet onrechtmatig is. Er is sprake van een aanvullen van de feitelijke gronden als de rechter het besluit vernietigt op grond van een feitelijke grond die niet door appellant is aangevoerd dan wel het besluit in stand laat op grond van een feitelijke grond die niet door verweerder is aangevoerd. De rechter is op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd om ambtshalve deze feitelijke gronden aan te vullen.

Zoals het aanvullen van de rechtsgronden is ook het aanvullen van de feitelijke gronden beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd. Het antwoord op de vraag of de bestuursrechter in casu een feitelijke grond moet aanvullen, wordt dus bepaald door de grenzen van de rechtsstrijd. In die gevallen dat het aanvullen van de feitelijke gronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd

en de te maken beoordeling valt, is de rechter ook verplicht om de feitelijke gronden aan te vullen. Het beoordelen van het besluit binnen de grenzen van de rechtsstrijd is immers een verplichte beoordeling.

5 Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb en de grenzen van de rechtsstrijd

De werking van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb is afhankelijk van de grenzen van de rechtsstrijd. Deze grenzen vormen de context waarbinnen de rechter verplicht respectievelijk bevoegd is om aan te vullen. De plicht van art. 8:69 lid 2 Awb en de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb passen zich aan deze grenzen aan. De bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb om de feiten en de feitelijke gronden aan te vullen wordt een verplichting als de rechter op grond van de grenzen van de rechtsstrijd de feiten of de feitelijke gronden moet aanvullen. De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen van art. 8:69 lid 2 Awb wordt geblokkeerd als de bijbehorende feitelijke gronden niet mogen worden aangevuld omdat dit buiten de grenzen van de rechtsstrijd valt. Van belang voor deze bepalingen is dus het stelsel dat gevolgd wordt voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd.

In het grievenstelsel is de rechter beperkt tot de beoordeling van de aangevoerde feitelijke gronden. In dit stelsel is de rechter niet bevoegd om de feitelijke gronden van het beroep aan te vullen. De bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb is beperkt tot het aanvullen van de feiten en van de feitelijke gronden van het verweer. Wat betreft het aanvullen van de rechtsgronden is dit onder het grievenstelsel beperkt tot het aanvullen van de juiste rechtsnorm bij de feitelijke gronden.

In de stelsels waar de beoordeling verder gaat dan het beoordelen van de gronden spelen art. 8:69 lid 2 en 3 Awb een grotere rol. Bij de lijn zoals de Afdeling en de Centrale Raad die mijns inziens hanteren, is de rechter verplicht om de bestreden onderdelen van het besluit te toetsen aan alle toepasselijke materiële rechtsnormen. De rechter is verplicht om alle rechtsnormen aan te vullen die betrekking hebben op de te beoordelen delen van het besluit en die niet door partijen zijn aangevoerd. Voorzover partijen 'verzuimd' hebben bepaalde feiten en feitelijke gronden aan te voeren, is de rechter verplicht om ook deze aan te vullen. De bevoegdheid om de feitelijke gronden en de feiten aan te vullen op grond van art. 8:69 lid 3 Awb is dan een verplichting geworden, aangezien het enkele feit dat bepaalde feitelijke gronden of bepaalde feiten niet zijn aangevoerd niet in de weg mag staan aan het (ambtshalve) toepassen van de betreffende rechtsnorm (zijnde het toetsen aan die rechtsnorm).

Indien de beoordeling van de bestreden onderdelen verder beperkt wordt, zoals een beoordeling beperkt tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden, zijn de verplichtingen om de rechtsnormen, de feitelijke

gronden en de feiten aan te vullen beperkt tot de mate waarin dit nodig is om te toetsen op ernstige of duidelijke onrechtmatigheden.

De conclusie moet dan ook zijn dat niet alleen de ruimte voor de rechter om rechtsgronden, feitelijke gronden en feiten aan te vullen, toe- en afneemt met het stelsel dat gevolgd wordt voor de grenzen van de rechtsstrijd, maar dat deze grenzen ook een invulling geven aan de rechtsnormen van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. De grenzen bepalen wanneer een (verplicht) aanvullen van de rechtsgronden niet is toegestaan en wanneer een (bevoegd) aanvullen van de feiten en feitelijke gronden een verplichting is.

6 ART. 8:69 AWB BIJ DE TOETSING VAN EEN BESLUIT

Gezien het bovenstaande werkt art. 8:69 Awb als volgt bij het toetsen van de rechtmatigheid van het besluit.

8:69 lid 1	De beoordeling is beperkt tot de bestreden onderdelen van het besluit (volledige toetsing) + een ambtshalve toetsing aan rechtsnormen van openbare orde.
8:69 lid 2	De rechter is verplicht tot het aanvullen van rechtsnormen bij de door partijen en de rechter ingebrachte feitelijke gronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald + het aanvullen van rechtsnormen van openbare orde.
8:69 lid 3	De rechter is bevoegd en verplicht tot het aanvullen van de feitelijke gronden binnen grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald + het aanvullen van de feitelijke gronden bij de ambtshalve toetsing aan rechtsnormen van openbare orde. De rechter is bevoegd en verplicht om de feiten aan te vullen die nodig zijn om de verplichte beoordelingen te maken.

Op grond van art. 8:69 lid 1 Awb is de beoordeling van het besluit beperkt tot een beoordeling van de door appellant bestreden onderdelen van het besluit en een ambtshalve toetsing aan de toepasselijke rechtsnormen van openbare orde. De bestreden onderdelen worden volledig beoordeeld en deze beoordeling is niet beperkt tot de aangevoerde gronden. Dit zijn de grenzen van de rechtsstrijd.

Binnen deze grenzen vult de rechter zo nodig de toepasselijke rechtsnormen aan bij de door partijen aangevoerde gronden (art. 8:69 lid 2 Awb). Als een appellant dus een grond aanvoert waarin hij terecht betoogd dat het besluit onrechtmatig is, maar daarbij geen of een verkeerde rechtsnorm noemt, vult de rechter de juiste rechtsnorm aan. Als het bestuur of een verwerende belanghebbende een verweer aanvoert waarin zij terecht betoogt dat het besluit (toch) rechtmatig is, en daarbij geen of een onjuiste rechtsnorm noemt, vult de rechter de juiste rechtsnorm aan.

Buiten de aangevoerde gronden, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald, toetst de rechter de bestreden onderdelen aan al de op dat onderdeel van toepassing zijnde materiële rechtsnormen. Het enkele feit dat appellant geen grond heeft gebaseerd op deze rechtsnormen of geen grond heeft gericht tegen het betreffende punt, betekent niet dat de rechter niet aan deze rechtsnormen moet toetsen. Dit volgt uit het feit dat er voor materiële rechtsnormen geen grievenstelsel geldt. Als blijkt dat het besluit in strijd is met een rechtsnorm waar de rechter (ambtshalve) aan heeft getoetst,[3] vult de rechter ambtshalve de feitelijke grond aan dat het besluit op dit punt onjuist is en hij vult ambtshalve de betreffende rechtsnorm aan (art. 8:69 lid 3 respectievelijk art. 8:69 lid 2 Awb).

De door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd worden uitgebreid met een toetsing aan rechtsnormen van openbare orde (ambtshalve toetsing). Deze beoordeling maakt altijd deel uit van de rechtsstrijd. Als blijkt dat het besluit in strijd is met een rechtsnorm van openbare orde, vult de rechter ambtshalve de feitelijke grond aan dat het besluit op dit punt onjuist is en hij vult ambtshalve de betreffende rechtsnorm van openbare orde aan (art. 8:69 lid 3 respectievelijk art. 8:69 lid 2 Awb).

Art. 8:69 lid 3 Awb betekent verder dat het enkele feit dat bepaalde feiten ontbreken om bovenstaande beoordelingen juist te kunnen verrichten er niet aan in de weg mag staan dat deze beoordelingen worden verricht. De rechter is bevoegd, en verplicht nu het gaat om verplichte beoordelingen, om zelf de ontbrekende feiten in te brengen en om hier zo nodig onderzoek naar te verrichten.

Het feit dat de appellant een bepaalde rechtsnorm niet noemt, is onvoldoende reden om het besluit niet aan die rechtsnorm te toetsen. Deze rechtsnorm dient te worden aangevuld (art. 8:69 lid 2 Awb). Ook het feit dat de appellant niet als grond aanvoert dat het besluit op het betreffende punt onjuist is, is geen reden om niet aan deze rechtsnorm te toetsen (als dit binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt). Deze feitelijke grond dient te worden aangevuld (art. 8:69 lid 3 Awb). Evenzo is het feit dat een partij over het hoofd ziet om bepaalde benodigde feiten aan te voeren, geen reden om van de toetsing aan een bepaalde rechtsnorm af te zien. Deze feiten dient de rechter aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb).

Het bovenstaande geldt ook voor het in stand laten van het besluit. Het feit dat het bestuursorgaan (of verwerende belanghebbende) een bepaalde rechtsnorm niet noemt, wil niet zeggen dat de rechter die rechtsnorm niet moet toepassen om het besluit in stand te laten. De rechter dient deze rechtsnorm aan te vullen (art. 8:69 lid 2 Awb). Ook het feit dat het bestuursorgaan (of verwerende belanghebbende) een bepaalde feitelijke grond niet aanvoert of de benodigde feiten niet heeft aangevoerd, betekent niet dat de rechter het

3 Dit is geen ambtshalve toetsing.

besluit moet vernietigen. De rechter moet deze feitelijke grond of feiten ambtshalve aanvullen (art. 8:69 lid 3 Awb).

Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb hebben dus tot gevolg dat als een besluit in strijd is met een bepaalde rechtsnorm, maar deze onrechtmatigheid niet in een grond is aangevoerd, terwijl toetsing aan deze rechtsnorm wel binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt, de rechter de ontbrekende feitelijke grond en rechtsnorm aanvult en dan toch op grond van deze onrechtmatigheid het besluit vernietigt.

Verder hebben deze bepalingen tot gevolg dat als het besluit, in tegenstelling tot hetgeen appellant aanvoert, niet in strijd is met een bepaalde rechtsnorm, maar verwerende partijen het betreffende verweer niet hebben aangevoerd, de rechter het ontbrekende feitelijke verweer en rechtsnorm aanvult en het besluit toch in stand laat.

Art. 8:69 lid 3 Awb heeft daarnaast tot gevolg dat als er feiten ontbreken om goed te kunnen beoordelen of het besluit op een bepaald punt (on)rechtmatig is, de rechter de ontbrekende feiten ambtshalve aanvult en hiervoor zo nodig feitelijk onderzoek verricht.

7 Convergentie tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht wat betreft het 'aanvullen van de rechtsgronden'

Het is een feit dat het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht in de loop der tijd naar elkaar zijn toe gegroeid. Met de herziening van het burgerlijk procesrecht zijn de verschillen nog weer kleiner geworden. In deze paragraaf wil ik kort aandacht besteden aan deze ontwikkeling, waarbij ik me beperk tot enkele onderwerpen die vallen onder het leerstuk 'aanvullen van de rechtsgronden'.

Van divergentie tussen beide procesrechten is wat betreft deze artikelen overigens geen sprake. Er zijn nog voldoende verschillen, maar een toename van deze verschillen is er niet.

7.1 Bewijsrecht

De convergentie tussen de procesrechten gaat hier zo ver dat het bestuursprocesrecht een aantal bepalingen van het burgerlijke procesrecht inzake getuigen en deskundigen van overeenkomstige toepassing verklaart. Op zich is dit niet verrassend. Het horen van getuigen en deskundigen zal inderdaad niet wezenlijk verschillen per procesrecht.

Het meest opvallend hierbij zijn misschien wel de verschillen die toch blijven bestaan. Zo is bijvoorbeeld art. 163 Rv niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit artikel bepaalt dat een getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen, voorzover zij betrekking heeft op aan de getuige uit

eigen waarneming bekende feiten. Het lijkt mij dat deze regel ook in het bestuursproces geldt.

7.2 Communicatie

In zowel de burgerlijke procedure als de bestuursprocedure is te zien dat directe communicatie van de rechter met partijen van toenemend belang wordt geacht. In beide procesrechten neemt de mondelinge behandeling voor de rechter een prominente plaats in. In het bestuursprocesrecht in de vorm van het onderzoek ter zitting, en in het burgerlijk procesrecht in de vorm van de comparitie na antwoord. Een procedure die slechts via geschriften wordt gevoerd, past zo te zien niet meer in een modern procesrecht.

Deze nadruk op directe communicatie geldt niet zozeer voor de rechtsbijstand, als die er is, maar met name voor de persoon van de eiser, de verweerder, de appellant etc.[4] Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter kunnen een partij oproepen om in persoon te verschijnen op de zitting respectievelijk de comparitie (art. 8:58 Awb respectievelijk art. 87 lid 2 Rv). Ook buiten de mondelinge behandeling is de rechter bevoegd om partijen op te roepen om in persoon te verschijnen om te worden gehoord (art. 8:44 Awb respectievelijk art. 88 Rv). In het burgerlijk procesrecht kan de rechter bij pleidooien, als die gehouden worden, bepalen dat partijen in persoon aanwezig dienen te zijn (art. 134 lid 4 Rv).

7.3 Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden

Een overeenkomst tussen beide procesrechten die, gezien het onderwerp van dit proefschrift, voor de hand ligt, is dat beide rechters ambtshalve het recht toepassen en, daaruit voortvloeiend, beide verplicht zijn ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Inhoudelijk houdt de plicht om de rechtsgronden aan te vullen voor zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter hetzelfde in namelijk dat de rechter verplicht is om toepasselijke rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd aan te vullen en toch toe te passen.

De gevolgen van deze verplichting verschillen per procesrecht aangezien de rol van rechtsnormen in beide procesrechten verschillend is. In het burgerlijk proces stelt de rechter op grond van de toepasselijke rechtsnormen de rechten en plichten van partijen vast. In het bestuursproces controleert de rechter of het bestuur de rechten en plichten van zichzelf en de belanghebbenden juist heeft vastgesteld, en of deze daarbij al het toepasselijke recht (juist) heeft toegepast. In het burgerlijk proces leidt het aanvullen van rechtsnormen

4 Zie ook de parlementaire geschiedenis bij de herziening van de burgerlijke rechtsvordering: bv. kamerstukken II, 1999-2000, nr. 26855, nr. 3, p. 2.

dus tot een andere vaststelling van de rechten en plichten. In het bestuursproces leidt dit tot de conclusie dat het bestuur de rechten en plichten al dan niet in strijd met het recht heeft vastgesteld. Uitzonderingen daargelaten stelt de bestuursrechter de rechten en plichten van partijen niet vast.

De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen speelt in het burgerlijk proces vooralsnog een kleine rol, aangezien het aanvullen van toepasselijke rechtsnormen meestal wordt geblokkeerd door één van de vele beperkingen. De voornaamste beperking is de beperking tot de door partijen aangevoerde feiten en feitelijke gronden. De rol van het aanvullen van de rechtsgronden is groter in het bestuursproces, aangezien de rechter hier ook bevoegdheden heeft met betrekking tot de feiten en de feitelijke gronden.

Ook op dit punt convergeren beide procesrechten doordat de bestuursrechter onder de Awb in beginsel beperkt is tot de door appellant bestreden onderdelen van het besluit. Een beperking van de beoordeling betekent een beperking van de mogelijkheid om de rechtsgronden aan te vullen.

7.4 Het aanvullen van de feiten

Het is een bekend verschil dat de bestuursrechter de bevoegdheid heeft om feiten aan te vullen, terwijl het aanvullen van feiten de burgerlijke rechter verboden is. Toch zijn beide procesrechten wat dit betreft naar elkaar toe gegroeid. Dit is hoofdzakelijk een gevolg van ontwikkelingen bij de burgerlijke rechter.

De burgerlijke rechter heeft nu aanzienlijk meer bevoegdheden met betrekking tot de feiten dan in de hoogtijdagen van de partijautonomie en de lijdelijkheid. Het aanvullen van de feiten bestaat voornamelijk uit het vragen van nadere inlichtingen en stukken aan partijen. Zij zijn immers de primaire bron van informatie. Beide rechters hebben hiertoe bevoegdheden. Zeker door de opkomst van de comparitie na antwoord en daarmee het toegenomen contact tussen rechter en partijen, is de invloed van de burgerlijke rechter op het feitelijke vlak groter geworden.

Een ander punt van convergentie betreft de rol van de materiële waarheid.[5] In het nieuwe burgerlijk procesrecht bepaalt art. 21 Rv dat partijen de feiten volledig en naar waarheid dienen aan te voeren. Grote en duidelijke verschillen tussen de formele waarheid en het 'werkelijk gebeurde' worden dus minder aanvaard dan voorheen het geval was. In het bestuursprocesrecht daarentegen leidt de bewijsfuik er toe dat verschillen tussen de formele waarheid en het 'werkelijk gebeurde' meer aanvaard worden dan voorheen het geval was.

De waarheidsplicht zou in het bestuursprocesrecht opgenomen moeten worden (en wel in hoofdstuk 6). Ook hier mag immers van partijen verwacht

5 Vgl. De Graaf en Lindijer 2003 p. 158.

worden dat zij de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aanvoeren. En ook hier dient te gelden dat als deze verplichting niet wordt nageleefd, de rechter (of het bestuur) daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.

Een overeenkomst op dit vlak is verder dat de sanctie op het niet voldoen aan een verzoek van de rechter in beide procesrechten hetzelfde is, namelijk dat een zwijgen van een partij in zijn nadeel zal worden uitgelegd. Noch in het burgerlijk procesrecht noch in het bestuursprocesrecht kunnen partijen gedwongen worden om de vragen van de rechter te beantwoorden, maar als een partij niet aan een verzoek voldoet, kan de rechter de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht.

7.5 Bewijsfuik en substantiëringsplicht

De bestuursrechtelijke bewijsfuik en de civielrechtelijke substantiëringsplicht zijn uitvoering van dezelfde gedachte. Namelijk voorkomen dat gedurende de 'procedure' telkens nieuwe feiten (en bewijsmiddelen) naar voren worden gebracht waardoor het debat weer wordt verlengd, terwijl dit niet nodig was. Zij doen dit echter op verschillende wijze doordat zij ingrijpen op verschillende punten in de 'procedure'. De bewijsfuik richt zich op de voorfase, en de substantiëringsplicht richt zich op de fase bij de rechter.

De bewijsfuik betekent dat alle feiten in de (bestuurlijke) voorfase moeten zijn ingebracht. Bij de rechter kunnen geen nieuwe feiten meer worden ingebracht door de belanghebbende. De substantiëringsplicht staat partijen toe om feiten die zij in de voorfase niet aan de wederpartij bekend hebben gemaakt toch bij de rechter in te brengen. Het enkele feit dat een feit niet is genoemd in de voorfase betekent nog niet dat die niet bij de rechter aangevoerd mag worden. De feiten moeten echter wel bij de eerste gelegenheid bij de rechter worden ingebracht.

De substantiëringsplicht bestaat de facto ook in het bestuursprocesrecht. Deze plicht bestaat uit twee elementen. Ten eerste moet aan het begin van het geding het geschil worden weergegeven zoals dat tot aan de rechter bestond. In het burgerlijk procesrecht is dit vormgegeven door de eiser te verplichten de door gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren te vermelden in de dagvaarding. In het bestuursprocesrecht wordt het geschil aangegeven door (de gronden in) het bezwaarschrift en (de 'verweergronden' in) de gemotiveerde beslissing op dit bezwaarschrift. Beide stukken zullen op grond van de verplichting van art. 8:42 lid 1 Awb in ieder geval door het bestuursorgaan binnen vier weken na het beroepschrift worden opgestuurd. In beide procesrechten zullen de meeste gronden dus al aan het begin worden ingebracht.

Het tweede element van de substantiëringsplicht is dat beide partijen de bewijsmiddelen waarover zij kunnen beschikken en de getuigen die zij kunnen doen horen moeten vermelden, en wel in de eerste stukken van het geding:

de dagvaarding respectievelijk de conclusie van antwoord. In het bestuursproces zullen alle bewijsmiddelen al of door het bestuursorgaan zijn verzameld (op grond van art. 3:2 Awb voorzover zij vallen onder het bewijsdomein van het bestuursorgaan) of door de belanghebbende zijn ingebracht (op grond van de bewijsfuik voorzover zij onder het bewijsdomein van de belanghebbende vallen). Al deze middelen zullen als deel van het dossier worden ingebracht door het bestuursorgaan op grond van art. 8:42 lid 1 Awb.

Verschil tussen beide procesrechten is dat de bewijsfuik verder gaat dan de substantiëringsplicht. De feiten moeten niet in de eerste fase bij de rechter worden ingebracht, maar al in de fase daarvoor. De reden dat het burgerlijk procesrecht geen bewijsfuik kent, ligt waarschijnlijk in de verschillende aard van de procedures. In het burgerlijk procesrecht is er geen formele voorfase. Hetgeen voor het proces tussen partijen is besproken is niet vastgelegd. Er bestaat geen standpuntbepaling zoals een besluit of een dossier dat alle relevante feiten moet bevatten. Er kunnen dan ook moeilijk consequenties worden verbonden aan hetgeen al dan niet is gebeurd in deze voorfase.

Zoals betoogd in hoofdstuk 11 § 4.2.4 en § 4.7 moet de bewijsfuik niet aanvaard worden in de zin dat nieuwe feiten niet worden meegenomen bij de rechterlijke beoordeling. Voor het inbrengen van de feiten kan wel een subtstantiëringsplicht gelden in de zin dat nieuwe feiten bij de eerste proceshandeling al ingebracht moeten worden, dat wil zeggen bij het beroepschrift en bij het verweerschrift.

7.6 Beginselen

Wat betreft de beginselen is er niet veel verschil tussen de beginselen die beide procesrechten beheersen. Voor beide procesrechten gelden bijvoorbeeld de beginselen van de redelijke termijn en hoor en wederhoor. Op zich is dit niet verrassend. Het gaat hier om beginselen die in deze tijd aan een proces worden gesteld ongeacht wie partijen zijn en wat wordt beoordeeld.

Ook het beginsel van *Ius curia novit* geldt in beide procesrechten. In beide procedures is de beoordelende instantie immers een rechter. Op deze vlakken is er dus weinig ruimte voor convergentie.

Er zijn echter wel een aantal verschillen met betrekking tot de eis van materiële waarheidsvinding, de ongelijkheidscompensatie en de partij-autonomie. Voor convergentie op het vlak van de materiële waarheidsvinding verwijs ik naar § 7.4.

7.6.1 Partij-autonomie

Hoewel er nog grote verschillen bestaan tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht wat betreft de partij-autonomie is er ook hier sprake van convergentie. Er is geen verschil wat betreft het beginnen en het voortijdig

beëindigen van een geding. Dit is in beide procesrechten altijd in handen van partijen geweest.

Wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd is, relatief, nieuw de norm dat de bestuursrechter gebonden is aan de door appellant bepaalde grenzen. De argumentatieve fuik legt nog weer een grotere verantwoordelijkheid en een groter risico op appellant. Wat dit betreft convergeren beide procesrechten.

Wat betreft de partij-autonomie met betrekking tot de feiten, verwijs ik naar § 7.4.

Wat betreft de partij-autonomie bij de loop van het geding, komen de twee procesrechten steeds dichter bij elkaar. In het nieuwe burgerlijk procesrecht geldt de partij-autonomie niet voor de loop van het geding. Wat dit betreft zou er dus geen verschil meer zijn tussen beide procesrechten.

7.6.2 Ongelijkheidscompensatie

Wat de ongelijkheidscompensatie betreft, is het verschil op het eerste gezicht duidelijk. Het bestuursprocesrecht kent wel de ongelijkheidscompensatie, terwijl het burgerlijk procesrecht deze niet kent. Dit verschil heeft op zich niets te maken met de mate van (on)gelijkheid tussen de partijen in betreffende procedures. Het verschil vloeit voort uit het feit dat het burgerlijk procesrecht voorbij gaat aan een eventuele ongelijkheid en uitgaat van gelijkheid, terwijl het bestuursprocesrecht deze fictie niet kent. De vraag is in hoeverre er nu echt een verschil is tussen beide procesrechten wat betreft de daadwerkelijke (on)gelijkheid tussen partijen, maar ook of de ongelijkheidscompensatie toch ook niet in het burgerlijk procesrecht bestaat.

Wat betreft de ongelijkheidscompensatie werd een onderscheid gemaakt tussen processuele ongelijkheid en maatschappelijke ongelijkheid (zie hoofdstuk 11 § 3.3.1). Wat de processuele ongelijkheid betreft, zijn ook de partijen in het burgerlijk procesrecht vaak ongelijk. Zeker als rechtsbijstand niet verplicht is, kan het voorkomen dat de één beter procedeert of meer ervaren is dan de ander, of dat de één wel rechtsbijstand heeft en de ander niet. Wat de processuele ongelijkheid betreft bestaat er niet veel verschil tussen beide procesrechten.

Het bezwaar tegen processuele ongelijkheid is dat deze in de weg kan staan aan de rechtens juiste beslissing. De uitspraak wordt dan niet zozeer bepaald door het recht, maar door de vraag wie het spel het beste kan spelen. Om dit te compenseren kent het bestuursprocesrecht een relatief actieve rechter. Het burgerlijk procesrecht kent de ongelijkheidscompensatie niet. Toch is ook hier de rechter meer en meer actief geworden. Een eventuele processuele ongelijkheid zal dan ook meer en meer gecompenseerd worden. Ook op dit punt komen beide procesrechten derhalve nader tot elkaar.

Ten overvloede nog het volgende. De ongelijkheidscompensatie is ook bedoeld als compensatie voor de maatschappelijke ongelijkheid: tegenover het gemak waarmee het bestuur via besluiten eenzijdig kan ingrijpen in het leven van de belanghebbende moet een procedure staan waarin de belangheb-

bende met gelijk gemak deze besluiten kan bestrijden. Hoewel civiele partijen ook vaak ongelijke posities innemen in de maatschappij, is het nauwelijks zo dat de één met gemak eenzijdig kan ingrijpen in het leven van de ander. Werkgevers en verhuurders zijn bijvoorbeeld vaak machtiger dan werknemers respectievelijk huurders, maar door organisatie van werknemers en het bestaan van arbeidswetgeving respectievelijk huurbeschermingswetgeving kunnen de werkgevers respectievelijk de verhuurders niet met gemak eenzijdig ingrijpen in het leven van de werknemers respectievelijk de huurders. Maatschappelijke ongelijkheid zoals hierboven beschreven bestaat dan ook niet echt. Zeker niet in de mate waarin deze tussen bestuur en belanghebbende bestaat. Wat dit betreft zal er een reëel verschil tussen beide procedures blijven.

8 AFSLUITENDE KANTTEKENINGEN

De scheiding tussen feit en recht en de scheiding tussen de bevoegdheden met betrekking tot de feiten en de bevoegdheden met betrekking tot het recht zijn in het bestuursprocesrecht minder belangrijk dan in het burgerlijk procesrecht. De reden hiervoor is dat de bestuursrechter bevoegd is om zich met beide aspecten te bemoeien. In het burgerlijk procesrecht mag de rechter zich niet met de feiten bemoeien en dit levert problemen op omdat het toepassen van het recht op de feiten gebaseerd wordt. Aangezien partijen de feiten die zij aanvoeren afstemmen op het recht dat zij van toepassing achten, leidt een verschil van mening tussen de rechter en partijen over de toepassing van het recht of het toepasselijk recht er al snel toe dat het aangevoerde feitencomplex of de aangevoerde feitelijke gronden niet meer passen bij de wijze waarop de burgerlijke rechter het recht zal toepassen.

Aangezien de bestuursrechter zich ook met de feiten en de feitelijke gronden kan bemoeien hoeft dit probleem minder te bestaan in het bestuursproces. Een voordeel van dergelijke bemoeienis is dat het recht ook wordt toegepast zoals dat bedoeld is te worden toegepast. Als de rechter zich actief met de feiten en feitelijke gronden bezig houdt (binnen de grenzen van de rechtsstrijd), is het veel minder waarschijnlijk dat een appellant (onopzettelijk) door de opzet van het beroepschrift of wijze van procederen het toetsen aan toepasselijk recht uitsluit. In het burgerlijk proces is dit een wezenlijk risico: door bijvoorbeeld niet de juiste feitelijke grond te formuleren kan een vordering die, het gehele feitencomplex en het recht overziend, toegewezen had moeten worden, worden afgewezen, en vice versa.

Als de bestuursrechter zich, ondanks zijn bevoegdheden, niet met de feiten en feitelijke gronden bezig houdt, zal ook in het bestuursproces de opzet van het beroepschrift of de wijze van procederen in de weg kunnen staan aan de uitkomst van de beoordeling die, het gehele feitencomplex en het recht over-

ziend, door het recht is voorgeschreven. Dat is lijkt mij niet de bedoeling. Recht is vastgesteld om toegepast te worden. Procesrecht moet de toepassing van materieel recht faciliteren, niet belemmeren.

Summary

SUPPLEMENTING THE LEGAL GROUNDS. THE SUBSTANCE OF ARTICLE 8:69 AWB IN THE LIGHT OF ARTICLE 48 (OLD) RV.

In both civil and administrative procedural law, a distinction is made between powers relating to the facts and powers relating to the law. Strict application of this distinction leads to problems: the parties will select the facts they wish to submit based on the law they deem to apply to their case and the court will select the applicable law based on the facts submitted by the parties. This means that a difference of opinion between the parties and the court with regard to application of the law or the applicable law readily makes that the facts submitted do not fit the court's application of the law. This in turn could mean that a party may lose a case, not because it was not entitled to what it had claimed, but rather because the case was prepared in a way which proved to be 'wrong' in the sense of different from the way it would have been prepared had the party known the court's application of the law in advance.

Article 8:69, paragraphs 2 and 3 of the General Administrative Law Act (hereafter: Awb) and Article 48 (old) of the Code of Civil Procedure (hereafter: Rv) provided for the court's powers with regard to the law and the facts. In current civil procedural law, Article 24 and 25 Rv fulfil this role. These articles read as follows:

> "Article 48 (old) Rv
> When deliberating the court shall ex officio supplement the legal grounds which have not been relied on by the parties.
>
> Article 8:69 Awb
> 1. The District Court shall pass judgment on the basis of the notice of appeal, the documents submitted, the proceedings during the preliminary investigation and the judicial investigation.
> 2. The District Court shall ex officio supplement the legal grounds.
> 3. The District Court may ex officio supplement the facts.
>
> Article 24 Rv
> The court shall conduct investigations and pass judgment on the basis of what the parties rely on to substantiate their claim, request or defence, unless otherwise specified by law.

Article 25 Rv
The court shall ex officio supplement the legal grounds."

Article 8:69, parr. 2 and 3 Awb are based on Article 48 (old) Rv. The aim of the research for this thesis was to determine the meaning of Article 8:69 Awb in the light of Article 48 (old) Rv.

The problem was researched from the perspective of the court, legal counsel and the 'interested party'[1] which finds itself or himself confronted with the application of Article 8:69 Awb and wishes to know what the provisions of this article mean and what their effect is in the proceedings. Research into the meaning of Article 8:69, par. 1 Awb was not exhaustive. The reason for this is that Article 8:69, par. 1 Awb relates to the scope of the legal dispute, whereas the scope of the legal dispute in civil procedural law is not governed by Article 48 (old) Rv.

This thesis is subdivided into four parts. The first part contains the introduction (Chapter 1). The second part deals with civil procedural law and the interpretation of Article 48 (old) Rv around 1994. In the third part, administrative procedural law and Article 8:69 Awb are discussed. Parts II and III begin with a description of relevant concepts used in the thesis in relation to the respective topics (Chapters 2 and 10). This is followed by a definition of the context within which Articles 48 (old) Rv and 8:69, parr. 2 and 3 Awb respectively are applied (Chapters 3 up to and including 6 for civil procedural law, Chapters 11 and 12 for administrative procedural law). The subject of Chapter 9 is the revision of the Code of Civil Procedure and the reports of the Fundamental reconsidering of civil procedural law. Subsequently, the written and unwritten provisions of Article 48 (old) Rv (Chapters 7 and 8) and 8:69, parr. 2 and 3 Awb (Chapter 13) are discussed. Finally, a number of conclusions are formulated (Chapter 14).

Civil procedural law

In Chapter 2, several concepts are defined within the context of adding to the legal grounds. The most important of these are: 'rechtsgronden' (legal grounds: the legal provisions on which the court bases its judgment), 'feitelijke gronden' (factual grounds: the factual arguments on which a party relies to underpin its claim or defence, or on which the court relies in its judgment) and 'feitelijke grondslag' (factual basis: the facts which meet the procedural requirements and on which the court may base its judgment). The court adds the legal grounds if it bases its judgment on legal provisions which the parties have not invoked. If the court's interpretation of a legal provision submitted by the parties is different from theirs, it has not added the legal grounds, as it still bases its judgment on a provision invoked by the parties.

1 Article 1:2, par. 1 Awb: 'Interested party' is to be taken to mean a person whose interest is directly affected by the administrative decision.

The principles of party autonomy and judicial restraint are the topic of Chapter 3. Party autonomy starts from the premise that the parties are in control of specific aspects of the proceedings: the institution and continuation of the proceedings; the scope of the legal dispute; taking part in the proceedings. Party autonomy does not apply to the course of the proceedings. This is rather a matter of collaboration between the parties and the court.

During court proceedings, party autonomy is much reduced, particularly in determining the factual basis.

The principle of judicial restraint implies that the court must act with restraint in respect of those aspects of the proceedings over which the parties have control under the principle of party autonomy. Party autonomy and judicial restraint are limited where public policy ('openbare orde') provisions apply.

In Chapter 4, the four requirements of the principle of audi et alteram partem are discussed: the parties must be heard and heard equally, the court must listen to and take into account all that the parties put forward. This means, inter alia, that the parties must have the opportunity to submit all they wish to submit in order to convince the court of the validity of their claim or defence and that they are entitled to respond to all that is submitted during the proceedings. From this principle it follows that the court may only take those facts into account to which the parties have had sufficient opportunity to respond. Furthermore, the court may only pass judgment on a specific point after the parties have had the opportunity to present their views on it.

Chapter 5 concerns the principle of ius curia novit. This principle implies that the application of the law falls within the jurisdiction of the court. The court is responsible for the correct application of the correct legal provisions. The court is therefore neither bound nor limited by the legal observations of the parties.

Chapter 6 deals with the duty of the civil court, which is to ex officio decide whether the law justifies awarding the claim on the basis of the facts given.

In Chapter 7, three rules on the application of legal provisions by the court are discussed: the court applies the law ex officio, the court assesses the legal constructs of the parties ex officio and the court has a duty to ex officio supplement the legal grounds. From this it follows that the court is neither bound by the provisions relied on by the parties nor by the legal constructs based on these provisions. Furthermore, it means that the court is obliged to ex officio add applicable legal provisions not put forward by the parties and apply these (supplementing the legal grounds).

The duty to add legal grounds is limited by the facts and the factual grounds submitted by the parties, by the claim itself and whether a party clearly limits the legal basis of its claim or defence. The principle of audi et alteram partem means at best that the parties must be heard before the court adds a legal ground.

Another topic discussed in this chapter are the various types of legal provisions in civil procedural law: rechtsnormen van openbare orde (public policy provisions), rechtsmiddelen (legal provisions that the court is not allowed to add ex officio), regelend recht (dispositive provisions: provisions that parties may set aside and replace by their own legal provisions), dwingend recht (mandatory provisions: provisions which may not be set aside) and procedural provisions.

The prohibition against supplementing the facts is discussed in Chapter 8. This prohibition can be subdivided into four rules: the court is not allowed to introduce facts into the proceedings; it is not allowed to supplement the factual grounds of the claim or defence (this prohibition constitutes a considerable obstacle to supplementing the legal grounds, since the court is not allowed to add legal grounds if by so doing it also adds factual grounds); the court is not allowed to take facts into account that do not meet the procedural requirements; the court is not allowed to supplement the facts implicitly by applying a legal provision where the required facts have not been established.

There are several types of 'facts' in civil procedural law: 'notoire feiten' (facts commonly known), general empirical principles, a judge's own knowledge (knowledge acquired in the capacity of private person, knowledge acquired in his capacity of judge and knowledge of the way in which provisions are applied in practice) and procedural facts.

The following actions with regard to facts were not prohibited under Articles 48 and 176 (old) Rv: inferring from facts; observing that certain facts have not been submitted or established; interpreting documents submitted; characterising facts and asking questions.

The subject of Chapter 9 is the revision of the Code of Civil Procedure and the reports of the Fundamental reconsidering. The following aspects are discussed: adjudication as a government service, party responsibility, the 'substantiëringsplicht' (in his initiating summons the claimant must include all the arguments the defendant has put forward at that point and its response to these arguments; furthermore, both the claimant and the defendant must identify the evidence they possess) and the duty to be truthful. Changes in party autonomy and judicial restraint, and the role of the court under the new procedural law are also addressed.

Under the new Code of Civil Procedure, the duty to supplement the legal grounds has been laid down in Article 25 Rv. Article 24 Rv now contains the prohibition against supplementing the factual grounds. The rule system that came about under Article 48 (old) Rv is now based on Articles 24 and 25 Rv.

The most important change brought about by the revision is that of the character of civil procedure. Under the current (new) civil procedural law, there is little opportunity to develop the dispute during the proceedings. Instead of continually adding new arguments, facts and evidence, the parties are expected to provide the court with a clearly defined dispute together with all the arguments, facts and evidence.

Administrative procedural law
In Chapter 10, a number of concepts are defined in relation to the section on administrative procedural law. These are: 'omvang van het geding' and 'grenzen van de rechtsstrijd' (scope of the review and limits of the legal dispute); legal grounds, facts and factual basis; 'beroepsgrond' (grounds for appeal), 'grief' (complaint), 'argument' (argument) and factual ground; 'onderdelen van het besluit' (components of the administrative decision[2]); 'ambtshalve aanvullen' (to supplement ex officio) and 'ambtshalve toetsing' (to review ex officio); 'reikwijdte van de toetsing' (extent of the review) and 'inhoud van de toetsing' (elements of the review); 'zelf in de zaak voorzien' (settlement by the court).

The topic of Chapter 11 is administrative procedural law as the setting for the application of Article 8:69 Awb. This Chapter is subdivided into three parts. The first part focuses on the choice for protection of rights as the primary objective of administrative procedure. This choice has two important consequences. The first is that the degree to which the court is allowed to review an administrative decision is now limited to the degree to which the administrative decision is disputed by the appellant. The second consequence is the prohibition against reformatio in peius.

In the second part of Chapter 11, a number of characteristics and principles of administrative procedural law are discussed. These are: the active court, the requirement to seek to establish the actual truth, compensation for inequality, the principle of finality, the principle of audi et alteram partem, the principle of proper administration of justice and ius curia novit. The question as to whether party autonomy exists in administrative procedural law is examined as well.

The third part deals with the 'argumentatieve fuik' (argumentative fyke): an appellant may only submit a new ground on appeal (with a District Court), if this ground relates to the grounds the appellant relied on in the previous phase of 'bezwaar' (administrative objection) or if it relates to that which was reconsidered in the administrative objection phase) and the 'bewijsfuik' (evidentiary fyke: the appellant is not allowed to submit new facts and evidence on appeal if it could already have submitted these facts and evidence in the administrative phase (primary phase and administrative objection phase). The following questions are examined: what is the meaning of these fykes, what are their advantages and disadvantages and are these fykes accepted in case law?

The topic of Chapter 12 is the administrative court's task as the context for the application of Article 8:69, parr. 2 and 3 Awb. A distinction may be made as to its task in the first phase (review of the administrative decision)

2 Article 1:3, par. 1 Awb: 'Administrative decision' is to be taken to mean a written decision of an administrative authority constituting a public law act.

and the second phase (determining the consequences if the administrative decision proves to be unlawful). This thesis deals with the first phase only.

Three aspects of judicial review of administrative decisions are discussed: the court's task (an ex tunc review of the lawfulness of the administrative decision), the scope of the legal dispute and the prohibition against reformatio in peius. Three systems may be distinguished in relation to the scope of the legal dispute. Firstly, a system by which the review is limited to the grounds submitted by the appellant (the grounds system). Secondly, a system by which the review is limited to the disputed components of the administrative decision, whereby these components are reviewed in all aspects as to the law (the system of a limited full review). Thirdly, a system by which the court thoroughly assesses the grounds submitted and reviews the disputed components marginally (the compromise system). If, during this marginal review, the court finds an administrative decision to be significantly or clearly unlawful, it will annul it. Chapter 12 also deals with the procedural rules governing the limits of the legal dispute developed in case law.

Chapter 13 focuses on Article 8:69, parr. 2 and 3 Awb. A first conclusion is that the provisions laid down in these paragraphs do not often feature in published case law. This is followed by a discussion of the duty to ex officio supplement the legal grounds and the discretionary power to ex officio supplement the facts.

The duty to ex officio supplement the legal grounds entails that the court is obliged to apply applicable provisions even if the parties themselves have not invoked them. The court can only supplement the legal grounds within the confines of the scope of the review, although this is not always the scope as defined by the appellant.

This Chapter also deals with the distinction between supplementing the legal grounds ex officio and reviewing ex officio (reviewing an administrative decision beyond the limits of the dispute (as set out by the appellant) with regard to public policy provisions). Subsequently, the following matters are discussed: the questions as to whether the duty to supplement the legal grounds also applies to international law and whether the court is obliged to ex officio examine possible conflicts between the disputed administrative decision and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms or Community Law; some questions regarding the practical application of the duty to supplement the legal grounds; various types of legal provisions in administrative procedural law (public policy provisions, dispositive provisions and mandatory provisions, 'rechtsmiddelen', law which the parties are free to (not) invoke, procedural provisions and policy rules); the limits to the duty to supplement the legal grounds imposed by civil procedural law; 'exceptieve toetsing' (assessing a provision's compatibility with a superordinate provision); the rule that interpretation of the law falls within the court's jurisdiction.

The section of the Chapter dealing with the discretionary power to supplement the facts begins with the question of the extent to which this power under

administrative procedural law sets aside the four rules which make up the prohibition against supplementing the facts in civil procedural law. Subsequently, the question is discussed whether Article 8:69, par. 3 Awb only contains a statement of principle or also affords the court the specific power to introduce facts into the proceedings. Within this context, a distinction is made between the power to conduct an investigation into the facts and the power to supplement knowledge the judge already possesses: facts commonly known, general empirical principles and a judge's own knowledge.

The purpose of the power to supplement the facts is subsequently discussed. Two objectives are discerned. The first objective is to meet the requirements of seeking to establish the actual truth and of compensating for inequality. The second is to establish those facts that are necessary to properly perform a judicial duty.

Conclusion

In Chapter 14 a number of conclusions are formulated. The following topics are dealt with: the substance of Article 8:69, parr. 1, 2 and 3 Awb, the role of the scope of the judicial review in the application of Article 8:69, parr. 2 and 3 Awb and the effect of Article 8:69 Awb on the judicial review of administrative decisions. This is followed by addressing the convergence of civil and administrative procedural law in respect of the subject of supplementing the legal grounds.

The substance of Article 8:69, par. 1 Awb

Article 8:69, par. 1 Awb serves two purposes. First of all, this provision limits judicial review to the degree to which the administrative decision is disputed between parties. The Centrale Raad van Beroep (Central Appeals Tribunal; hereafter: the 'Centrale Raad') limits judicial review to the disputed components of an administrative decision. The case law of the 'Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State' (the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State; hereafter: the 'Afdeling') is less clear on this, but it would be going too far to state that the Afdeling uses a grounds system. Basing myself on published case law, it is my view that the Afdeling also limits the review to the disputed components of an administrative decision.

If an administrative decision consists of clearly distinguishable separate parts, it is deemed to have components, but also each judgement within an administrative decision can be considered a separate component with regard to the scope of the legal dispute and consequently the limits of the judicial review.

The review is broadened to include a review of those components that are strongly linked to or are interwoven with (the Centrale Raad) or inextricably linked to (the Afdeling) the disputed components. In my opinion, case law developed by both the Afdeling and the Centrale Raad has established that the components that are the object of the review must be reviewed in all

aspects as to the law. There is no reason to assume, in any case, that this review is limited to determining whether the disputed component of the administrative decision is significantly or clearly unlawful.

Both courts apply a grounds system in relation to procedural provisions. The court will only assess compliance of an administrative decision with procedural provisions if the appellant claims that the procedural provision in question has been violated (if need be in his own words) or if the provision is a public policy provision.

The second purpose of Article 8:69, par. 1 Awb is that it provides what the court is allowed to and must take into account when deciding on the case: all that has been submitted during the proceedings and only that. It firstly follows from Article 8:69, par. 1 Awb that the court may only take into account that which has been submitted during the phases referred to in the provision. It may base its judgement only on those facts that are introduced during these phases and it may base its determination of the scope of the judicial review only on the grounds put forward during these phases. Moreover, it is obliged to take into account all that has been submitted in conformity with the procedural rules applying to these phases.

The substance of Article 8:69, par. 2 Awb

Two interpretations of the duty to supplement the legal grounds may be discerned in case law. In some cases, this duty is interpreted as a duty to supplement the grounds for appeal. This interpretation is incorrect, however, in view of the comparison with civil procedural law. The duty to supplement the legal grounds must in that case be interpreted as a duty to ex officio supplement legal provisions on which the parties have not relied, and to apply these provisions regardless. The court will have supplemented the legal grounds if it annuls an administrative decision on the grounds of a violation of a legal provision, whose violation the appellant had not claimed, and also if the court upholds an administrative decision based on a legal provision the parties had not invoked.

A distinction must be made between supplementing (the legal grounds) ex officio and reviewing ex officio. When reviewing ex officio, the court examines an administrative decision outside the limits of the legal dispute as established by the appellant. In the case of supplementing ex officio, the court remains within the limits of the legal dispute, although these are not always the limits as set by the appellant. The power to review ex officio is (generally) reserved for public policy provisions. The actions of reviewing ex officio and supplementing ex officio are not each other's opposites. In ex officio review, all three paragraphs of Article 8:69 Awb come into play. Pursuant to paragraph 1, the scope of the judicial review is widened. This is accompanied by supplementing the legal ground (the public policy provision), pursuant to par. 2, and supplementing the factual ground (the factual argument that the administrative decision is unlawful on this point), pursuant to par. 3.

Supplementing the legal grounds always takes place within the limits of the legal dispute. As referred to earlier, however, they are not always precisely the limits the appellant has set. When reviewing ex officio, the court widens the scope of the judicial review in order to examine the administrative decision's compliance with the relevant public policy provision. The court supplements the public policy provision within these (expanded) limits.

The question is under what conditions the court is obliged to ex officio examine compliance of the administrative decision with a legal provision not relied on by the appellant. Except in the case in which the court adds a legal provision to an argument submitted, this is not a question regarding supplementing legal grounds. The answer to the above question is determined by the limits of the legal dispute and therefore by the question of which system is used to determine the limits. The system of limited complete review and the compromise system allow the court to examine more than merely the grounds submitted. The court may supplement the factual grounds and the relevant legal grounds within the limits of the legal dispute. If the limits of the legal dispute are clear, the question of whether the court must assess compliance of the administrative decision with a certain provision is answered.

The primary answer to the above question is therefore: if it falls within the scope of the judicial review as set by the appellant. In addition, the court is always obliged to assess compliance of the administrative decision with public policy provisions, regardless of the limits of the legal dispute as set by the appellant.

A court that is faced with the question of whether it must assess compliance of an administrative decision with a specific legal provision will first have to determine whether such an assessment falls within the scope of the judicial review as set by the appellant. If so, it will have to examine compliance with this provision and add it. If the assessment does not fall within the scope of the review as set by the appellant, the court must determine whether the provision is a public policy provision. If this is the case, it must assess compliance of the administrative decision with that provision regardless of the scope of the review as set by the appellant. If it does not concern a public policy provision, the court may not assess compliance with this provision and may not add it.

The Substance of Article 8:69, par. 3 Awb

Parliamentary history shows that the main reason to include Article 8:69, par. 3 Awb was to indicate that adopting the duty to supplement the legal grounds did not entail adoption of the prohibition against supplementing the facts. In this respect, the provision serves as a statement of principle. This provision makes clear that the administrative court is neither bound nor limited by what the parties submit as regards the facts.

On the basis of a comparison between the prohibition against supplementing the facts laid down in Article 48 (old) Rv and the discretionary power

to supplement the facts in Article 8:69, par. 3 Awb, the latter provision affords the court the following powers:

- the power for the court to introduce facts into the proceedings, including:
  - a general power to conduct an investigation into the facts together with the specific investigative powers afforded in Chapter 8 Awb; and,
  - the power to introduce facts commonly known, general empirical principles and a judge's own knowledge (knowledge he acquired in his capacity of judge) into the proceedings.
- the power to supplement the factual grounds (arguments).

The Purpose of the Power to Supplement the Facts

The purpose of the power to supplement the facts is firstly to compensate for inequality. If the difference in skills or resources between the parties is likely to determine the outcome of the review, the court must lend the weaker party a helping hand. Secondly, the purpose of supplementing the facts is to ensure that the administrative decision is based on 'what really happened' and is reviewed as such. The aim of the investigation into the facts and of judicial activity in this respect is to arrive at a carefully composed, consistent and not obviously incorrect or obviously incomplete factual basis.

The discretionary power to supplement the facts becomes an obligation if it concerns facts that are necessary in order to (correctly) perform a judicial duty. This means that the court is obliged to supplement the facts if this is necessary in order to assess the lawfulness of the administrative decision within the scope of the review, to supplement the legal grounds ex officio, to review ex officio and to assess the compatibility of a provision with a superordinate provision.

Discretionary Power to Supplement the Factual Grounds

The court will have supplemented the factual grounds if it annuls an administrative decision on the basis of a factual ground not relied on by the appellant or if it upholds an administrative decision on the basis of a factual ground not relied on by the respondent. Article 8:69, par. 3 Awb affords the court the power to ex officio supplement these factual grounds.

As in the case of supplementing the legal grounds, supplementing the factual grounds is restricted to the limits of the legal dispute. Also here, the answer to the question of whether the administrative court may supplement a specific factual ground is determined by the limits of the legal dispute. If supplementing the factual ground falls within these limits, the court is obliged to supplement the factual ground.

Article 8:69, parr. 2 and 3 Awb and the Limits of the Legal Dispute

The effect of Article 8:69, parr. 2 and 3 Awb depends on the limits of the legal dispute. The duty laid down in Article 8:69, par. 2 Awb and the discretionary power provided by Article 8:69, par. 3 Awb adapt to these limits. The discre-

tionary power of Article 8:69, par. 3 Awb to supplement the factual grounds becomes an obligation if the scope of the legal dispute dictates that the court must add a factual ground. The obligation to supplement the legal grounds of Article 8:69, par. 2 Awb is blocked, if assessment of compatibility of the administrative decision with the provision falls outside the scope of the legal dispute.

Article 8:69 Awb and Review of Administrative Decisions

In view of the above, Article 8:69 Awb has the following effect when a court reviews the lawfulness of an administrative decision:

8:69, par. 1	Review is limited to the disputed components of the administrative decision (complete review) and a review ex officio of compliance of the administrative decision with public policy provisions.
8:69, par. 2	The court is obliged to supplement the legal grounds to the factual grounds submitted by the parties and the court within the limits of the legal dispute as set by the appellant, and to supplement public policy provisions.
8:69, par. 3	The court has the power and is under obligation to supplement the factual grounds within the limits of the legal dispute as set by the appellant and to supplement the factual grounds in the review ex officio of compliance with public policy provisions. The court has the power and is under obligation to add those facts that are necessary to perform its judicial duties.

Pursuant to Article 8:69, par. 1 Awb, review of administrative decisions is limited to reviewing those components of the administrative decision that are disputed by the appellant and to reviewing ex officio compliance of the administrative decision with public policy provisions. The disputed components are fully reviewed and review is not limited to the grounds for appeal submitted by the appellant. These are the limits of the legal dispute.

Within these limits, the court supplements the appropriate provisions if necessary to the grounds submitted by the parties (Article 8.69, par. 2 Awb).

Apart from a review of the grounds submitted, but within the limits of the judicial review as set by the appellant, the court reviews the disputed components for compliance with all applicable substantive provisions. This follows from the fact that there is no grounds system for substantive provisions. If the court finds that the administrative decision is in violation of a provision the compliance with which it assessed ex officio, the court must supplement the factual ground that the administrative decision is unlawful in this respect together with the provision in question (Articles 8:69, par. 3 Awb and 8:69, par. 2 Awb, respectively).

The limits of the legal dispute as set by the appellant are broadened to include assessment of compliance of the administrative decision with public

policy provisions (review ex officio). This assessment is always part of judicial review. If the court finds that the administrative decision is in violation of a public policy provision, it will supplement the factual ground that the administrative decision is unlawful in this respect and the public policy provision in question (Articles 8:69, par. 3 and 8:69, par. 2 Awb, respectively).

Article 8:69, par. 3 Awb also entails that the sole fact that certain facts needed to carry out the above reviews are missing, does not mean that these reviews cannot be carried out. If necessary, the court has the power to introduce the missing facts into the proceedings and to conduct an investigation into the facts. This discretionary power is an obligation, inasmuch as these reviews are a judicial duty.

The fact that the appellant does not invoke a specific legal provision is insufficient reason to refrain from assessing compliance of the administrative decision with that provision. This legal ground must be added (Article 8:69, par. 2 Awb). The fact that the appellant did not argue that the administrative decision is incorrect where this particular point is concerned, is also no reason to refrain from assessing compliance of the administrative decision with that legal provision (if such assessment falls within the scope of the legal dispute). This factual ground must be added (Article 8:69, par. 3 Awb). Equally, the fact that the parties did not submit the facts needed to make the assessment with regard to compliance with the legal provision, is no reason to refrain from such an assessment. These facts must be added by the court (Article 8:69, par. 3 Awb).

The above also applies to the upholding of an administrative decision. The fact that the administrative authority (or respondent) does not rely on a legal provision does not mean that the court may not apply that provision to uphold the administrative decision. Nor does the fact that the administrative authority does not rely on a certain factual ground or has failed to submit the required facts, mean that the court must annul the administrative decision. The court must supplement the factual grounds and the facts.

The effect of Article 8:69, parr. 2 and 3 Awb is therefore that, if an administrative decision contravenes a certain legal provision, but this contravention is not argued in a ground for appeal while assessment of compliance of the administrative decision with this provision falls within the limits of the legal dispute, the court must supplement the missing factual ground and legal provision and nonetheless annul the administrative decision on the basis of this unlawfulness.

These provisions also have the effect that, where an administrative decision, contrary to what is alleged, does not contravene a certain legal provision, but the respondent or administrative authority has not submitted the relevant ground to its defence, the court must supplement the missing factual ground (for the defence) and legal provision and uphold the administrative decision.

Article 8:69, par. 3 Awb also has the effect that if certain facts which are required in order to (correctly) perform a judicial duty have not been sub-

mitted, the court must investigate these facts and (correctly) carry out the duty irrespectively.

Convergence with respect to the subject of supplementing the legal grounds
Administrative and civil procedural law have been converging. There is no divergence between these procedural laws in respect of supplementing the legal grounds. Differences do remain, but they do not increase.

The rules of evidence have converged to the extent that in the Awb several parts of the Rv on witnesses and experts have been declared to apply mutatis mutandis. Furthermore, direct communication between the court and the parties is deemed of increasing importance in both civil and administrative procedural law.

In both procedural laws, the court has a duty to supplement the legal grounds ex officio. The same definition of this duty is found in either system. However, the results differ, because of the different ways in which legal provisions have their effect in the respective proceedings. There is a convergence on this point, since, apart from a review ex officio, under the Awb supplementing the legal grounds is limited to those components of the administrative decision that are disputed by the appellant.

Both procedural laws have also converged with regard to the power of the court to supplement the facts. This is mainly due to developments in civil procedural law. The civil court has more powers now with respect to the facts than previously. Another example of convergence is the role of the actual truth. In the new civil procedural law, Article 21 Rv provides that parties must submit all the facts and must be truthful when submitting the facts. Clear differences between the formal truth (the truth established during the proceedings) and the actual truth (what actually happened) are less accepted than was the case under the preceding procedural law. Under administrative procedural law, however, the evidentiary fyke has the effect that differences between the formal truth and the actual truth have become somewhat more accepted.

The administrative evidentiary fyke and the civil procedural 'substantiëringsplicht' are an implementation of the same idea: the parties must be stopped from continually submitting new facts during the proceedings as this results in the proceedings becoming unnecessarily protracted. However, the evidentiary fyke and the 'substantiëringsplicht' achieve this in different ways, because they operate in different stages of the proceedings. The evidentiary fyke is effective in the preceding administrative phase, whereas the 'substantiëringsplicht' is effective in the first stage of the court proceedings. This also means that the effect of the evidentiary fyke is greater than that of the 'substantiëringsplicht'. The final moment to introduce new facts is not (the first stage of) the court proceedings, but the preceding administrative phase.

There is not much difference between the principles guiding the respective procedural laws. The following principles apply to both procedural laws:

adjudication within a reasonable time, audi et alteram partem and ius curia novit. There are, however, a number of dissimilarities, as a result of the requirement to seek to establish the actual truth, compensation for inequality and party autonomy.

Convergence is happening in the matter of party autonomy. Under the Awb the administrative court is limited to the scope of the legal dispute as set by the appellant (barring review ex officio). And then there is the still greater responsibility the argumentative fyke lays on the appellant and the risk it poses to the appellant. As regards the course of the proceedings, the two procedural laws are also gradually approaching each other. Under the new civil procedural law, party autonomy does not apply to the course of the proceedings. Differences should therefore no longer exist between the procedural laws on this point.

Convergence has also taken place with regard to the matter of procedural inequality, with civil procedural law moving closer to administrative procedural law. Frequently, the parties in civil proceedings are unequal. The problem with procedural inequality is that there is a risk that the judgment is not so much determined by the law, but by the better litigator. To compensate for this, administrative procedural law provides for an active court. The civil court has become more active as well. As a result of this, possible procedural inequality is probably better compensated for now.

Closing Remarks

The division between facts and law and the division between powers relating to the facts and powers relating to the law are less important in administrative procedural law than they are in civil procedural law. The reason for this is that the administrative court has the power, and often a duty, to become actively involved with both aspects. In civil procedural law, there is less allowance for the court to become actively involved with the facts. This leads to problems as the application of law is based on facts. Since the parties select the facts to be submitted based on the law they assume will apply in their case, a difference of opinion between the parties and the court with regard to the application of the law or the applicable law readily makes that the facts submitted do not fit the court's application of the law.

Since the administrative court may get actively involved with the facts and is obliged to become actively involved where this is a judicial duty, this problem is less prevalent in an administrative procedure. It is much less likely that an appellant by the way he has drafted his notice of appeal or the manner of his litigation, has precluded that an applicable provision is included in the judicial review.

Literatuurlijst

Aalders e.a. 2001
M.V.C. Aalders e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. De burger en de Awb. Ervaringen van repeat players met Awb-procedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Albers & Schlössels 2005
C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, 'De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europese recht als paard van Troje?', d*e Gemeentestem*, 2005-7224, p. 81-94.

Allewijn 1994
D. Allewijn, 'Beschikkingsprocesrecht' in: D. Allewijn, M.P. Nicolai & M. Schreuder-Vlasblom, *Het nieuwe bestuursprocesrecht: preadviezen uitgebracht door Mr. D. Allewijn, Prof. mr. M.P. Nicolai, mr. M. Schreuder-Vlasblom voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 29 april 1994* (VAR-reeks 112), Alphen A/d Rijn: Samson/Tjeenk Willink 1994.

Allewijn 1998
D. Allewijn, 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter', *RM Themis* 1998-9, p. 291-298.

Allewijn & Ten Berge 1999
D. Allewijn en J.B.J.M. ten Berge, 'Normatieve vereisten', in: D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht. Praktijkpakket bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1999.

Allewijn & Van der Veen 1999
D. Allewijn, bewerkt door G.A. van der Veen, 'Het vooronderzoek', in: D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht. Praktijkpakket bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1999.

Allewijn 2003
D. Allewijn, 'Finaal achter het besluit', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 93-100.

Allewijn 2004
D. Allewijn, 'Centrale Raad en Afdeling: materiële geschilbeslechting als bindend element. Beschouwingen naar aanleiding van R.H. de Bock: "De omvang van het geding"', *NTB* 2004-8 p. 281-287.

Asser 1991
W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken: heiligt het doel de bewijsmiddelen?*, Deventer: Kluwer 1991.

Asser 1992
W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Asser 1999
W.D.H. Asser, 'Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering', in: W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999.
Asser 2003
W.D.H. Asser, 'De taakopvatting van de civiele rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 27-37.
Asser, Groen & Vranken 2003
W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
Asser, Groen & Vranken 2006
W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Asser-Scholten 1974
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, met feitelijke gegevens aangevuld door Mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

Barents & Brinkhorst 2003
R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2003.
Beekhuis 1974
C.H. Beekhuis, 'Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter' in: R. Savatier (red.), *Verzekeringen van Vriendschap. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. T.J Dorhout Mees*, Deventer: Kluwer 1974, p. 21-36.
Beijer/Dam-Lely/Kung Fen Chung/Meijer/Nauta/Wentink 1997
F.M. Beijer, J.H. van Dam-Lely, C.S.K. Fung Fen Chung, G.J. Meijer, R.Y. Nauta, B.C. Wentink, 'Congres aanpassing Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering: een verslag. Informatieplicht van partijen en bewijsgaring', *TCR* 1997, p. 6-13.
Bestuursprocesrecht
Bestuursprocesrecht (losbladige editie), Deventer: Kluwer.
Van Blommestein 2000
W. van Blommestein, 'Toetsing ex nunc; in het vreemdelingenrecht én het bestuursrecht?', *NTB* 2000, p. 128-137.
De Bock 2003
R.H. de Bock, 'De rechter als scheidsrechter of grensrechter? Waarom bestuursrechtspraak geen voetbal is', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 101-109.
De Bock 2004
R.H. de Bock, *De omvang van het geding. Over de betekenis en toepassing van art. 8: 69 Awb*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
Bolt 1994
H. Bolt, 'De lijdelijkheid van de rechter ter discussie. Actief integreren', *Trema* 1994, p. 353-356.

Bolt 1999
H. Bolt, 'De omvang van het geschil', in: D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht. Praktijkpakket bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1999.

Van Boneval Faure 1893
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijke procesrecht. 1e Deel*, Leiden: Brill 1893.

Boonekamp & Van Maanen 2000
R.J.B. Boonekamp en C.J.J. van Maanen, 'Het procesmodel van het ontwerp', *TCR* 2000, p. 6-11.

Bosch-Boesjes 1990
J.E. Bosch-Boesjes, 'De Rechter en de duur van de civiele procedure. Enige beschouwingen naar aanleiding van de zaak Capuano, EHRM 25 juni 1987, NJ 1990, 231', *WPNR* (jaargang 121) 1990-5978, p. 665-669.

Bosch-Boesjes 1991
J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in het geding. Een vergelijkend onderzoek naar de mate van zeggenschap van de rechter in de civiele dagvaardings- en verzoekschriftprocedure en in de administratieve procedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

Bosch-Boesjes 1994
Bosch-Boesjes, 'Cave Canem of is de rechter een ongevaarlijke waakhond? Enige beschouwingen over de rol van de rechter met betrekking tot de duur van het civiele geding', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB: Brunner-bundel: opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 21-32.

Bosch-Boesjes 1998
J.E. Bosch-Boesjes, *Voortijdige beëindiging van civiele procedures,* Deventer: Gouda Quint, 1998.

Brenninkmeijer 1994 I
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Rechtsvordering. Een uitdaging voor de wetgever', *NJB*-1994, p. 317-326.

Brenninkmeijer 1994 II
A.F.M. Brenninkmeijer, 'De lijdelijkheid van de rechter ter discussie. Inleiding', *Trema*-1994, p. 346-347.

Brenninkmeijer en Schilder 2001
A.F.M. Brenninkmeijer en A.E. Schilder, 'Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht', *NJB*-2001, p. 1481-1490.

Brenninkmeijer 2003
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Slotbeschouwing: convergentie of divergentie?', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 221-236.

Brugman 2005
D. Brugman, 'Ambtshalve toetsing afgebakend. De plaats van ambtshalve toetsing in het bestuursprocesrecht in nationaal- en Europeesrechtelijk perspectief', *NTB*-2005, p. 265-277.

Bruning 1994
M.C. Bruning, 'Wat mag de rechtzoekende van de bestuursrechter verwachten?', *Trema* 1994, p. 452-458.

Burgerlijke rechtsvordering (auteur), art. () , aant. ()
Burgerlijke rechtsvordering (losbladige editie), Deventer: Kluwer.

Chorus 1987
J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer: Kluwer 1987.

Commentaar Awb (auteur) art. (), aant. ()
Algemene wet bestuursrecht: commentaar op de Algemene wet bestuursrecht, de Wet openbaarheid van bestuur en invoeringswetgeving (losbladige editie), 's-Gravenhage: VUGA.

Commissie Evaluatie Awb II 2002
Commissie Evaluatie Awb II, *Algemeen bestuursrecht 2001. Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Commissie Rechtsbescherming 2004
Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Daalder 2002
E.J. Daalder, 'Voldoende kwaliteit van het bestuursproces: enkele opmerkingen naar aanleiding van het verslag van de Commissie Evaluatie Awb II', *NTB* 2002 p. 153-159.

Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000
E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000-7, p. 214-221

Damen 1999
L.J.A. Damen, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter onder de Awb', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa, A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1999.

Damen 2000
L.J.A. Damen, 'De Bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen', *Ars Aequi* 2000-1, p. 61-69.

Damen 2003
L.J.A. Damen, 'Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003.

Van Dorp, Ruijpers & Wesseling-van Gent 2000
J.A. van Dorp, M.P.J. Ruijpers en E.M. Wesseling-van Gent, 'Wetsvoorstel 26 855: algemene voorschriften voor procedures', *TCR* 2000, p. 25-30.

Dijksterhuis-Wieten 1998
H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures*, Deventer: Kluwer 1998.

Van Ettekoven 2001
B.J. van Ettekoven, 'Alternatieven van de bestuursrecht (observaties vanuit de eerste lijn)', in B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 7-98.

De Gier e.a. 2001
A.A.J. de Gier e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. De ketenbenadering in de Awb*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001.
Giessen 2002
I. Giessen, 'De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling', *TCR* 2002, p. 85-92.
De Graaf en Lindijer 2003
K.J. de Graaf en V.C.A. Lindijer, 'Over het verzamelen en uitsluiten van feiten', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 151-172.
Gras 1994
E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde. De rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter* (diss. Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint bv 1994.

Ten Haaft 2001
H.M. Ten Haaft, 'De actieve rolrechter en de lijdelijke advocaat – het nieuwe landelijk rolreglement', *TCR* 2001 p. 8-10.
Ten Haaft 2002
H.M. ten Haaft, 'Knelpunten nieuw procesrecht', *TCR* 2002, p. 62-67.
De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001
P. de Haan, Th. G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1 Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer: Kluwer 2001.
Haardt 1970
W.L. Haardt, 'Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970', H.F.C. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven: De Nederlandse Juristen-Vereniging, 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970.
Hanssen 1996
A.G.M. Hanssen, 'De waarheid en een eerlijk proces. Anonieme getuigen in het civiele geding', *TCR* 1996 afl. 2, p. 24-28.
Hammerstein 1991
A. Hammerstein, 'Hoger beroep in civiele zaken', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen* (Leijten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 301-313.
Harreman 1999
M.M.L. Harreman, 'Wetsvoorstel 26 855: de wisselbepalingen art. 1.8.1 en 1.8.2, een voorlopige keuze tot enkel deformalisering en niet tot fundamentele herziening', *TCR* 2000, p. 53-58.
Heukels 1996
T. Heukels, 'Joined Cases c-430/93 and c-431/93, *Van Schijndel* and *Van Veen* v. *Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*; and Case c-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS* v. *Belgian State*, both judgements of the Court of 14 December 1995 (full Court), not yet reported', *Common Market Law Review* 1996-33, p. 337-353.
Hoogenboom 1998
T. Hoogenboom, 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als appèlrechter', *NTB* 1998-5, p. 126-135.

Hugenholtz/Heemskerk 1996
W.H. Heemskerk, *mr. W. Hugenholtz. Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage: VUGA 1996.
Hugenholtz/Heemskerk 2002
W.H. Heemskerk, *mr. W. Hungeholtz. Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 2002.

Jongbloed 1992
A.W. Jongbloed, *De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure*, Deventer: Kluwer, 1992.
Jongbloed 1994
A.W. Jongbloed, 'Lijdelijkheid (eindelijk) aan banden?', *WPNR* 1994-6121, p. 56-61.

De Kanter 1928
P.J. de Kanter, *Rechtsgronden en rechtsmiddelen* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: [s.n.] 1928.
Kapteyn e.a. 2003
P.J.G. Kapteyn e.a., *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.
Klaassen 2002
C.J.M. Claassen, 'Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van art. 21 Rv.', *NJB* 2002, p. 1450-1458.
Kooper 2000
R. Kooper, 'Wie is er bang voor aanvulling van rechtsgronden? Over de terminologie van artikel 8:69 Awb', *NTB* 2000, p. 167-177.
Kooper 2002
R. Kooper, 'Ambtshalve toetsing en aanvulling van rechtsgronden', *JBplus* 2002, p. 84-89.

Leijten 2000
J.P. Leijten, 'Een landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken', *TCR* 2000, p. 31-37.

Van Male 1993
R.M. van Male, *Onvoltooid recht: over rechtsbetrekking, bestuursrecht en bestuursprocesrecht* (oratie: Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
Marseille 2003
A.T. Marseille, 'Snelle en effectieve geschilbeslechting door de bestuursrechter in de praktijk', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 75-91.
Marseille 2003 II
A.T. Marseille, *Procederen bij de bestuursrechter*, Deventer: Kluwer 2003.
Mostermans 1996
P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk-Willink 1996.
Mollema 1994
K.E. Mollema, 'De lijdelijkheid van de rechter ter discussie. Lijdzaam of actief', *Trema* 1994-9, p. 350-352.

Nauta 1999
R.Y. Nauta, 'Kan het wetsontwerp NRv alweer de kast in? Verslag van het lustrumsymposium van de NVvP', *TCR* 1999, p. 79-84.
Nijmeijer 2004
A.G.A. Nijmeijer, 'Het bestemmingsplan en de bouwvergunning. Een niet-ambtshalve door de bestuursrechter te toetsen relatie', *JBplus* 2004-3, p. 186-198.
Nicolaï & Damen 2003
P. Nicolaï en L.J.A. Damen, 'Normering van het bestuurshandelen', in: L.J.A. Damen , p. Nicolaï e.a., *Bestuursrecht. Deel 1 Systeem, Bevoegdheid, Besluitvorming, Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 251-300.

Ortlep 2004
R. Ortlep, 'De Afdeling en de dienende burger', *JBplus* 2004, p. 259-266.

Pels Rijcken 1983
L.D. Pels Rijcken, 'Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & B.C. Punt (red.), *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 163-179.
Pels Rijcken 1987 (I)
L.D. Pels Rijcken, 'Twee studies rondom art. 48 Rv', *RM Themis* 1987-2, p. 76-81.
Pels Rijcken 1987 (II)
L.D.Pels Rijcken, 'Twee studies rondom art. 48 Rv', *RM Themis* 1987-4, p. 180-189.
Pennarts 1998
H.F.Th. Pennarts, *Rechtsbescherming*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998.
Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995
P.H.M. Gerver e.a., *Pitlo. Het systeem van het Nederlands privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.
Pitlo/Hidma 1981
T.R. Hidma, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 4. Bewijs en verjaring*, Arnhem: Gouda Quint 1981.
Pitlo/Hidma & Rutgers 1995
T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs. De regeling van het bewijsrecht in civiele zaken*, Arnhem: Gouda Quint 1995.
PG Awb I
E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993.
PG Awb II
E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994.
PG Awb III
E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Derde tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1998.

Polak 2000
J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000.
Polak 2002
J.E.M. Polak, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2002 p. 468-475.
Prechal 1998
S. Prechal, 'Community law in national courts: the lessons from Van Schijndel', *Common Market Law Review* 1998-35, p. 681-706.
Pront-van Bommel 2003
S. Pront-van Bommel, 'Rechtsbescherming in geding', *NTB* 2003-2 p. 31-38.

Rapport Commissie Rechtsbescherming 2004
Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
Van den Reek 1994
W.A.J.P. van den Reek, 'De plichten en bevoegdheden van partijen in een civiele procedure in het licht van de verhouding tussen rechter en partijen', *Trema* 1994-4, p. 165-178.
Van den Reek 2000
W.A.J.P. van den Reek, 'Wetsvoorstel 26 855: herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg. Een overzicht in vogelvlucht', *TCR* 2000, p. 1-5.
Van den Reek 2003
W.A.J.P. van den Reek, 'Het verloop van de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg', *TCR* 2003 p. 22-26.
Van Rossem/Cleveringa 1972
R.P.Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972.
Rutgers, Flach en Boon 1988
G.R. Rutgers, R.J.C. Flach, G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.
Rutten 1945
L.E.H. Rutten, *De devolutieve werking van het appel in het burgerlijk procesrecht*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1945.

Scheltema 2002
M. Scheltema, 'De dynamiek van de Awb. De resultaten van de tweede evaluatie in perspectief', *NTB* 2002 p. 149-152.
Schlössels 1999
R.J.N. Schlössels, 'Bestuurlijke vrijheden en toetsing' in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa, A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1999.
Schreuder-Vlasblom 1991
M. Schreuder-Vlasblom, 'Tussen Dominus litis en knecht van twee meesters. Op zoek naar een evenwichtige afbakening van het onderzoek naar de feiten door de administratieve rechter', *NTB* 1991 p. 69-82.

Schreuder-Vlasblom 1994
M. Schreuder-Vlasblom, 'Heroriëntatie bestuursrechtspraak' in: D. Allewijn, M.P. Nicolai & M. Schreuder-Vlasblom, *Het nieuwe bestuursprocesrecht: preadviezen uitgebracht door Mr.D.Allewijn, Prof.mr.M.P.Nicolai, mr.M.Schreuder-Vlasblom voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 29 april 1994* (VAR-reeks 112), Alphen A/d Rijn: Samson/Tjeenk Willink 1994.

Schreuder-Vlasblom 1998
M. Schreuder-Vlasblom, 'De afbakening van het geding in hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep', *NTB* 1998-5 p. 117-125.

Schreuder-Vlasblom 2001
M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Schreuder-Vlasblom 2003
M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2003.

Schueler 1999
B.J. Schueler, 'Bewijs', in: D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht. Praktijkpakket bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1999.

Schuurmans 2004
Y.E. Schuurmans, 'Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context', *NTB* 2004-1 p. 1-9.

Simon 1997
H.J. Simon, *Handboek bestuurs(proces)recht volgens de Awb*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers Juridisch & Fiscaal, 1997.

Simon 1999
H.J. Simon, 'Het nut van de Awb voor bezwaarmakers' in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa, A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1999.

Simon 2003
H.J. Simon, 'De taakopvatting van de rechter in de bewijsvoering in het bestuursrecht', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 173-182.

Simon 2003 II
H.J. Simon, 'Signalen uit Straatsburg', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2003.

Slot, Barents en Lawson 2005
P.J. Slot, R. Barents en R.A. Lawson, *Inleiding Europees recht*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005.

Smith 2004
C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Smits 1995
P. Smits, 'Rechterlijke voortgangscontrole in het licht van art. 6 EVRM', *TCR* 1995-1, p. 11-15.

Smits 1996
P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands Burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Snijders & Wendels 1999
H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.
Snijders, Ynzonides & Meijer 1997
H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Snijders, Ynzonides & Meijer 2002
H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
Star Busmann 1955
C.W. Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: Bohn 1955.
Star Busmann/Rutten 1972
L.E.H. Rutten, *C.W. Star Busmann. Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1972.
Stein & Rueb 2000
P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2000.
Stein & Rueb 2002
P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het nieuwe burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
Sterk 1982
T.A.W. Sterk, 'Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden', *Tijdschrift voor Privaatrecht* (19e jaargang) 1982, p. 687-702.
Stroink & Widdershoven 2002
F.A.M. Stroink en R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoger beroep in het bestuursrecht. Deel II, De rol van partijen bij de omvang van het geding en ambtshalve toetsing', *JBplus* 2002 p. 29-37.
Stroink 1999
F.A.M. Stroink, 'De verwachtingen van de Awb-wetgever: wat is ervan uitgekomen?' in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa, A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1999.
Struycken 2001
D.W.C.L. Struycken, 'English civil procedure two years after the Woolf reforms', *TCR* 2001, p. 59-65.

Tak 1995
A.Q.C. Tak, *Hoofdlijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
Ten Berge e.a. 1996
J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.
Ten Berge 1999
J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 2*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink i.s.m. het G.J. Wiarda Instituut, Utrechts Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek 1999.
Tjittes 1994
R.P.J.L. Tjittes, 'De (on)vrijheid van de rechter bij de uitleg van contracten', in: T. Hartlief et al. (red.), *CJHB: Brunner-bundel: opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan*

prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag (Brunner-Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 407-415.

Treffers 2004
J. Treffers, 'De Awb in de praktijk van de CRvB', *JBplus-special* 2004, p. 14-20.

Valk 1996
W.L. Valk, 'Het vereiste van ingebrekestelling', *Nieuwsbrief BW* 1996-11, p. 118-119.

Veegens/Wiersma 1973
D.J. Veegens, K. Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken: algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

Verbeek (Praktijkboek bestuursrecht)
J.L. Verbeek, 'Het uniforme bestuursprocesrecht', in: N.S.J. Koeman & J.E.M. Polak (red.), *Praktijkboek bestuursrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Verheij 2003
N. Verheij, 'Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBplus* 2003, p. 26-47.

Van der Vlies 2003
I.C. van der Vlies, 'Het bestuur en de rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 p. 129-132.

Vranken 1995
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel. Deel II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Vranken 1999
J.B.M. Vranken, 'Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg', in: W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999.

Vriesendorp 1970
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

Vriesendorp 1979
J.J. Vriesendorp, 'Het debat en de beslissing over de werkelijke geschilpunten in de civiele procedure, met rechtsvergelijking', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1979, p. 118-164.

Vriesendorp 1981
J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

De Waard 1987
B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging met name in het administratief recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

De Waard 2001
B.W.N. de Waard, 'De goede procesorde', *JBplus* 2001, p. 148-162.

De Werd 1998
M.F.J.M. de Werd, 'Ius curia novit. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter', *NJB* 1998, p. 687-694.

Werkgroep Van Kemenade 1997
J.A. van Kemenade (voorz.), *Bestuur in geding: rapport van de Werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur*, Haarlem: Provincie Noord-Holland, Servicepunt Facilitair Bedrijf 1997.
Wesseling-van Gent 1987
E.M. Wesseling-van Gent, *Het civiele geding in de toekomst. Beschouwingen over aanpassing en vernieuwing van de regels van het burgerlijk proces in eerste aanleg naar aanleiding van de integratie van kantongerecht en rechtbank*, Arnhem: Gouda Quint 1987.
Widdershoven 1999
R.J.G.M. Widdershoven, 'Indringendheid van rechterlijke toetsing', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa, A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1999.
Widdershoven 1999 II
R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming en Europees recht', in: D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht. Praktijkpakket bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1999.
Widdershoven e.a. 2001
R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger Beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
Widdershoven e.a. 2002
R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink, J.B.J.M. ten Berge, A.J. Bok, W.J.M. Voermans, B.W.N. de Waard en P.A. Willemsen, 'Boukema over hoger beroep', *NTB*- 2002, p. 169-170.
Wiersma 2002
H.W. Wiersma, 'Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht. De hercodificatie van wetsvoorstel 26 855 c.a. per 1 januari 2002', *NJB* 2002-1, p. 6-20.
Wulfraat-van Dijk 1995
M.S.E. Wulfraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter. Een onderzoek naar het normatieve kader voor het gebruik van bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.
Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999
W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *H.D. van Wijk. Hoofdstukken van bestuurs recht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 1999.

Bijlage
Resultaten jurisprudentieonderzoek

1 INLEIDING

Bij het onderzoek naar art. 8:69 lid 2 en 3 Awb was het opvallend dat er relatief weinig jurisprudentie te vinden was over deze artikelen. Zeker gezien het feit dat art. 8:69 Awb een centrale rol speelt in het bestuursprocesrecht. Ik heb van een beperkte periode onderzocht in hoeverre art. 8:69 lid 2 en 3 Awb voorkwamen in de gepubliceerd jurisprudentie. De onderzochte periode was van 1 januari 1994 tot 5 augustus 2003. De jurisprudentie van na deze periode is overigens wel in het onderzoek en de hoofdstukken van dit proefschrift betrokken.

Het onderwerp van dit jurisprudentieonderzoek is geweest de mate waarin art. 8:69 lid 2 en 3 Awb in de jurisprudentie aan de orde kwamen. In dit kader heb ik onderzoek gedaan in de onderdelen 'Administratiefrechtelijke Beslissingen' en 'Bouwrecht' van de elektronische databanken van Kluwer, de elektronische databank op www.rechtspraak.nl en de elektronische databank op www.wettenbank.sdu.nl.

Bij voornoemd onderzoek in de databanken heb ik de volgende zoekopdrachten gebruikt:

AB:
- regeling: Awb art. 8:69;
- alle tekst: 8:69; en
- alle tekst: rechtsgronden.

Bouwrecht:
- alle tekst: 8:69; en
- alle tekst: rechtsgronden.

www.rechtspraak.nl (op 5 augustus 2003):
- Uitspraak gedaan door: Centrale Raad van Beroep, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, College van Beroep Bedrijfsleven, Overige instanties en Rechtbank (alle); Soort zaak: alle; Tekstkenmerken: 8:69.

Jurisprudentie op www.wettenbank.sdu.nl (op 5 augustus 2003):
· Wet: Awb; Artikel(en): 8:69.
· Volledige tekst doorzoeken: rechtsgronden

Ik heb per databank de gevonden resultaten in tabellen weergegeven. In tabel 5 heb ik de resultaten van alle databanken samengevoegd. In de tabellen wordt, voorzover een databank annotaties kent, een onderscheid gemaakt tussen uitspraken waarin de rechter art. 8:69 lid 2 of 3 Awb betrekt, de uitspraken waarin alleen in de noot over één van deze bepalingen wordt gesproken en de uitspraken waarin in zowel de uitspraak als de noot over (één van) deze bepaling(en) wordt gesproken. In sommige uitspraken komen zowel art. 8:69 lid 2 als lid 3 Awb voor. Deze uitspraak is dan onder beide categorieën opgenomen.

In tabel 6 is per databank per jaar uiteengezet in welk percentage uitspraken van het totaal aantal uitspraken in dat jaar art. 8:69 lid 2 en/of 3 Awb werden genoemd.

2 AB

Het onderzoek naar uitspraken waarin art. 8:69 lid 2 en/of 3 Awb ter sprake komen gaf, wat deze databank betreft, weinig resultaten. De zoekopdracht 'regeling: Awb art. 8:69' gaf 39 hits, de zoekopdracht 'alle tekst: 8:69' 115 hits en de zoekopdracht 'alle tekst: rechtsgronden' gaf 109 hits.

Opvallend is nog dat de zoekopdracht 'regeling: Awb art. 8:69 lid 2' slechts 4 hits gaf, en de zoekopdracht 'regeling: Awb art. 8:69 lid 3' 0 hits.

Nadat de niet relevante uitspraken waren verwijderd[1] en gecorrigeerd was voor de uitspraken die meerdere malen waren gevonden, bleven er 47 uitspraken over. De gevonden uitspraken verdeeld over de jaren 1994-2003 geven, uitgaande van de datum van uitspraak, het volgende beeld.

1 Dit waren bijvoorbeeld de zaken die over de omvang van het geding en het verbod van reformatio in peius gingen, of uitspraken die geen betrekking hadden op het procesrecht van de Awb.

Tabel 1

jaar	Art. 8:69 lid 2 Awb				Art. 8:69 lid 3 Awb			
	totaal	*uitspraak*	*noot*	*beide*	*totaal*	*uitspraak*	*noot*	*beide*
1994	3	0	3	0	0	0	0	0
1995	2	1	1	0	0	0	0	0
1996	5	0	3	2	2	0	2	0
1997	5	0	5	0	0	0	0	0
1998	9	1	7	1	2	0	2	0
1999	5	1	4	0	1	0	1	0
2000	5	0	5	0	1	0	1	0
2001	3	0	3	0	1	0	1	0
2002	8	2	5	1	0	0	0	0
2003	0	0	0	0	0	0	0	0
totaal	*45*		*36*	*4*	*7*	*0*	*7*	*0*

3 BOUWRECHT

De zoekopdracht 'alle tekst: 8:69' gaf in deze databank 21 hits en de zoekopdracht 'alle tekst: rechtsgronden' gaf 27 hits. Nadat de niet relevante uitspraken waren verwijderd, bleven er 13 over. Art. 8:69 lid 3 Awb komt niet voor in deze verzameling. De gevonden uitspraken verdeeld over de jaren 1994-2003 geven, uitgaande van de datum van uitspraak, het volgende beeld.

Tabel 2

jaar	Art. 8:69 lid 2 Awb			
	totaal	*uitspraak*	*noot*	*beide*
1994	0	0	0	0
1995	2	1	1	0
1996	3	1	2	0
1997	1	0	1	0
1998	0	0	0	0
1999	4	0	4	0
2000	3	1	2	0
2001	0	0	0	0
2002	0	0	0	0
2003	0	0	0	0
totaal	*13*	*3*	*10*	*0*

4 WWW.RECHTSPRAAK.NL

Uit de toelichting bij deze databank blijkt dat de opbouw hiervan is begonnen in december 1999. In principe zijn alleen uitspraken van na december 1999 opgenomen, met uitzondering van, voorzover hier relevant, juridisch interessante bestuursrechtelijke uitspraken (deze zijn beschikbaar vanaf januari 1999) en belangwekkende uitspraken die in 1999 zijn gedaan door een aantal rechtbanken. Voor de selectiecriteria van deze databank verwijs ik de lezer naar de site. Deze databank kent geen annotaties.

De datum van het onderzoek was 5 augustus 2003. De zoekopdracht gaf in totaal 247 hits, waarvan een groot deel art. 8:69 lid 1 Awb betrof. Uiteindelijk bleven er 62 uitspraken over waarin art. 8:69 lid 2 en/of 3 Awb werden genoemd.

In een groot aantal uitspraken waarin art. 8:69 lid 2 Awb voorkwam, ging het om uitspraken van de rechtbank Rotterdam waarin zij de volgende overweging, of een overweging van gelijke strekking, gebruikt:

> "Nu ook overigens – en binnen de grenzen van artikel 8:69, eerste en tweede lid, van de Awb – niet is gebleken van strijd met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel, kan het bestreden besluit in rechte standhouden en dient het beroep van eiseres ongegrond te worden verklaard."

De aantallen uitspraken met deze overweging zijn tussen haakjes '( )' opgenomen in tabel 3.

Tabel 3

jaar	*Art. 8:69 lid 2 Awb*	*Art. 8:69 lid 3 Awb*
1998	1 (0)	0
1999	6 (1)	0
2000	13 (3)	1
2001	20 (15)	0
2002	16 (9)	1
2003	5 (3)	1
totaal	*61 (31)*	*3*

5 WWW.WETTENBANK.SDU.NL

Uit de toelichting op de site blijkt dat de in de databank opgenomen jurisprudentie afkomstig is uit bepaalde uitgaven op uiteenlopende rechtsgebieden van Sdu Uitgevers en Koninklijke Vermande, zoals Jurisprudentie Arbeidsrecht

(JAR), Jurisprudentie Onderneming en Recht (JOR) en Jurisprudentie Bestuursrecht (JB). Regelmatig worden nieuwe informatiebronnen toegevoegd.

De datum van het onderzoek was 5 augustus 2003. De zoekopdracht naar wetsartikel '8:69' van de 'Awb' gaf in totaal 135 hits, waarvan een groot deel art. 8:69 lid 1 Awb betrof. Uiteindelijk bleven er 27 uitspraken over waarin art. 8:69 lid 2 en/of 3 Awb werden genoemd.

De zoekopdracht in de volledige tekst naar de term 'rechtsgronden' gaf in totaal 126 hits. Nadat de uitspraken die al bij de vorige opdracht waren gevonden en de uitspraken die niet over art. 8:69 lid 2 of 3 Awb gingen waren verwijderd, bleven er 19 uitspraken over.

Het is bij de gebruikte zoekmachine niet mogelijk om de volledige tekst te doorzoeken op '8:69'. De dubbele punt veroorzaakte de foutmelding 'zoektekst voldoet niet aan de eisen'.

Tabel 4

jaar	Art. 8:69 lid 2 Awb				Art. 8:69 lid 3 Awb			
	totaal	*uitspraak*	*noot*	*beide*	*totaal*	*uitspraak*	*noot*	*beide*
1994	3	2	1	0	1	0	1	0
1995	1	0	1	0	0	0	0	0
1996	3	0	2	1	1	0	1	0
1997	4	1	3	0	0	0	0	0
1998	6	0	5	1	1	0	1	0
1999	7	2	5	0	0	0	0	0
2000	6	3	2	1	0	0	0	0
2001	5	2	2	1	0	0	0	0
2002	0	0	0	0	0	0	0	0
2003	9	1	7	1	3	1	2	0
totaal	*44*	*11*	*28*	*5*	*6*	*1*	*5*	*0*

6 DE RESULTATEN SAMENGEVOEGD

De overlap tussen de geraadpleegde databanken is opvallend klein. Slechts 14 uitspraken kwamen in meerdere databanken naar voren.

De resultaten van de databanken zijn in tabel 5 samengevoegd weergegeven. De stijging vanaf 1998 wordt voornamelijk veroorzaakt doordat de databank op www.rechtspraak.nl vanaf dan bestaat. De tussen haakjes opgenomen getallen betreffen de in § 4 genoemde uitspraken van de rechtbank Rotterdam.

Tabel 5

jaar	*aantal uitspraken*	*overlap*	Art. 8:69 lid 2 Awb				Art. 8:69 lid 3 Awb			
			totaal	*uitspraak*	*noot*	*beide*	*totaal*	*Uitspraak*	*noot*	*beide*
1994	6	0	6	2	4	0	1	0	1	0
1995	4	1	4	1	3	0	0	0	0	0
1996	9	1	8	0	6	2	2	0	2	0
1997	12	0	12	2	10	0	0	0	0	0
1998	15	2	14 (0)	1 (0)	12	1	3	0	3	0
1999	20	1	20 (1)	7 (1)	13	0	1	0	1	0
2000	24	4	22 (3)	12 (3)	9	1	2	1	1	0
2001	27	1	27 (15)	21 (15)	5	1	1	0	1	0
2002	21	3	21 (9)	15 (9)	5	1	1	1	0	0
2003	14	1	13 (3)	5 (3)	7	1	3	1	2	0
totaal	*152*	*14*	*147 (31)*	*66 (31)*	*74*	*7*	*14*	*3*	*11*	*0*

7 PERCENTAGE UITSPRAKEN

In onderstaande tabel is per databank per jaar aangegeven hoeveel uitspraken van een bepaald jaar in die databank zijn opgenomen (Totaal), in hoeveel uitspraken art. 8:69 lid 2 of 3 Awb werden genoemd (Gevonden) en vervolgens in welk percentage van de totale uitspraken van dat jaar art. 8:69 lid 2 en/of 3 Awb werden genoemd (%).

Van de databank op www.wettenbank.sdu.nl kon niet achterhaald worden hoeveel uitspraken per jaar waren opgenomen. Van deze databank kon dus niet het percentage bepaald worden.

Tabel 6

jaar	AB			Bouwrecht			www.rechtspraak.nl			*jaar*
	totaal	*gevonden*	*%*	*totaal*	*gevonden*	*%*	*totaal*	*gevonden*	*%*	
1994	698	3	0,4%	418	0	-	-	-	-	1994
1995	618	2	0,3%	348	2	0,6%	-	-	-	1995
1996	520	6	1,2%	358	3	0,8%	-	-	-	1996
1997	465	5	1,1%	375	1	0,3%	-	-	-	1997
1998	441	9	2,0%	360	0	-	237	1	0,4%	1998
1999	480	5	1,0%	313	4	1,3%	975	6	0,6%	1999
2000	488	6	1,2%	314	3	1,0%	2035	14	0,7%	2000
2001	416	3	0,7%	327	0	-	3044	20	0,7%	2001
2002	432	8	1,9%	280	0	-	5409	16	0,3%	2002
2003	138	0	-	107	0	-	3484	5	0,1%	2003
totaal	*4696*	*47*	*1,0%*	*3200*	*13*	*0,4%*	*15184*	*62*	*0,4%*	*totaal*

Trefwoordenregister

'h.' is een verkorting voor 'hoofdstuk'.

A

Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb | h. 11 § 4.3
Actieve rechter | h. 11 § 3.1, § 3.3.3
Afleiden van feiten | h. 8 § 4.1
Algemeen bekende feiten | h. 8 § 3.1, h. 13 § 4.2.3, h. 14 § 4.2
Algemene ervaringsregels | h. 8 § 3.1.3, h. 13 § 4.2.3, h. 14 § 4.2
Ambtshalve | h. 6 § 3
Ambtshalve aanvullen van de feiten | h. 9 § 11.1.4, h. 13 § 4, § 4.2, § 4.3, h. 14 § 4, § 7.4
Ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden | h. 2 § 4, h. 7, h. 7 § 4, h. 9 § 8 § 11.1.3, h. 10 § 6, h. 13 § 3, § 4.3.2, h. 14 § 3, § 7.3
- grenzen van het aanvullen | h. 7 § 5, h. 9 § 9.3, § 9.4, h. 13 § 3.9

Ambtshalve toepassen van het recht | h. 7 § 2, § 3
Ambtshalve toetsing | h. 10 § 6, h. 13 § 3.5, § 4.3.2, h. 14 § 3.3
Argumentatieve fuik | h. 11 § 4.1

B

Beleidsregels | h. 13 § 3.8.7
Bewijsfuik | h. 11 § 4.2, h. 14 § 7.5
Bewijsdomein | h. 11 § 4.2.1

D

Dominus litis | h. 3 § 8
Dwingend recht | h. 7 § 6.3.2, § 6.3.3, h. 13 § 3.8.2

E

Eigen wetenschap van de rechter | h. 8 § 3.2, h. 13 § 4.2.3, h. 14 § 4.2
EVRM | h. 11 § 4.1.3, h. 13 § 3.6.2
Ex tunc | h. 12 § 2.4.2
Exceptieve toetsing | h. 13 § 3.6.1 § 3.10, § 4.3.2

F

Feiten
- omschrijving | h. 2 § 3.1
- vaststaande feiten | h. 2 § 3.2, h. 8 § 2.3.3, h. 10 § 3
- processuele vereisten | h. 8 § 2.3, h. 13 § 4.1.3
- in het geding zijn gebracht | h. 8 § 2.3.1
- een beroep doen op | h. 8 § 2.3.2

Feitelijke grondslag | h. 2 § 3.3, h. 3 § 3.3.3, h. 10 § 3
Feitelijke gronden | h. 2 § 3.4, h. 3 § 3.3.2, h. 10 § 4
- begrenzing door | h. 7 § 5.1.2, h. 9 § 9.2, h. 13 § 3.9.1
- (verbod op) het aanvullen van, h. 8 § 2.2, h. 9 § 7 § 11.1.2 § 11.2.2, h. 13 § 4.1.2

Finaliteitsbeginsel | h. 11 § 3.4
Full jurisdiction | h. 11 § 4.5

G

Gemeenschapsrecht | h. 11 § 4.1.3, h. 13 § 3.6.3
Goede procesorde | h. 11 § 3.6
Grenzen van de rechtsstrijd
Zie Omvang van het geding

H
Hoor en wederhoor | h. 4, h. 8 § 3.1.4, h. 11 § 3.5, § 4.6
· het recht om in te brengen | h. 4 § 2.1.1, § 3.4
· het recht om te reageren | h. 4 § 2.1.2, § 3.1, § 3.2, § 3.4
· begrenzing van het aanvullen van de rechtsgronden | h. 7 § 5.5, h. 13 § 3.9.4

I
Ius curia novit | h. 5, h. 11 § 3.7
Interpretatie van stukken | h. 8 § 4.3

K
Kwalificeren van feiten | h. 8 § 4.4

L
Lijdelijkheid | h. 3 § 1, § 2, § 4, h. 9 § 6 § 11.1.1
· de loop van het geding | h. 3 § 5
· gedurende het geding | h. 3 § 6

M
Materiële waarheidsvinding | h. 11 § 3.2, h. 13 § 4.3.1

N
Negatieve vaststelling van feiten | h. 8 § 4.2
Notoire feiten | h. 8 § 3.1

O
Omvang van de rechtsstrijd
· burgerlijk procesrecht | h. 3 § 3.3
· bestuursprocesrecht | h. 10 § 2, h. 11 § 3.1.2 | h. 12 § 3, h. 14 § 2, § 5
Onderdelen van een besluit | h. 10 § 5, h. 12 § 3.2.2
Ongelijkheidscompensatie | h. 11 § 3.3, h. 13 § 3.3, § 4.3.1, h. 14 § 7.6.2

P
Partij-autonomie | h. 3 § 1, § 2, § 3, h. 9 § 6 § 11.1.1 § 11.2.3, h. 11 § 3.8, h. 14 § 7.6.1
· aanleg van het geding | h. 3 § 3.1
· voortzetting van het geding | h. 3 § 3.2
· deelname aan het geding | h. 3 § 3.4
· loop van het geding | h. 3 § 5
· gedurende het geding | h. 3 § 6
Partij-verantwoordelijkheid | h. 9 § 3
Procesregels | h. 7 § 6.5, h. 13 § 3.8.5, § 3.8.6
Processuele feiten | h. 8 § 3.3
Punitieve besluiten | h. 11 § 4.4

R
Recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat
h. 7 § 6.4, h. 13 § 3.8.4
Rechtsfeiten
· h. 2 § 3.1
Rechtsgronden
· h. 2, § 2, h. 7 § 6.3.3, h. 10 § 3
Rechtsmiddelen | h. 7 § 6.2, § 6.3.3, h. 13 § 3.8.3
Rechtsnormen van openbare orde
· | h. 3 § 7, h. 7 § 6.1, § 6.5.1, § 6.5.2, h. 13 § 3.8.1
Reformatio in peius | h. 12 § 4, h. 13 § 3.7.5
Regelend recht | h. 7 § 6.3.1, § 6.3.3, h. 13 § 3.8.2

S
Subjectieve rechten | h. 2 § 3.5
Substantiëringsplicht | h. 9 § 4, h. 14 § 7.5

T
Taak van de rechter
· de burgerlijke rechter | h. 6
· bestuursrechter | h. 12 § 2, h. 13 § 4.3.2

V
Verrassingsbeslissingen
· algemeen | h. 7 § 5.6, h. 9 § 9.1
· bij het aanvullen van de rechtsgronden | h. 7 § 5.6.2, h. 13 § 3.9.3
Verbod om de feiten aan te vullen | h. 8, h. 13 § 4
· handelingen die niet onder het verbod vallen | h. 8 § 4
Vragen stellen door de rechter | h. 8 § 4.5, h. 9 § 11.1.2, § 11.2.2

W
Waarheidsplicht | h. 9 § 5

Curriculum vitae

Robert Crommelin, geboren 29 juli 1970 te Den Helder.

1988 – 1993	Nederlands recht; Erasmus Universiteit Rotterdam
1993 – 1999	Assistent in Opleiding aan de Universiteit van Amsterdam
1998 – 2003	Als gast verbonden aan het E.M. Meijers Instituut te Leiden
2002 –	Jurist bij de afdeling Juridische Zaken van de Arbeidsinspectie

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2005 en 2006 verschenen:

MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2

MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8

MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk,* Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3

MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoor tot DNA-profiel B van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3

MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6

MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels,* Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X

MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid,* Deventer: Kluwer 2005

MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8

MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7

MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht,* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.

MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6

MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter,* Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 063 7

MI-95 F. Hamburg, *Een computermodel voor het ondersteunen van euthanasiebeslissingen,* (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2005, ISBN 90 4660 020 3

MI-96 J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2005, ISBN 90 5850 147 7

MI-97 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 156 0

MI-98 A.O. Lubbers, M. Schuver-Bravenboer & H. Vording (red.), *Opstellen fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 212 5

MI-99 V. Van Den Eeckhout, C.J. Forder, E. Hooghiemstra, E. Nicolai & S.K. van Walsum, *Transnationale gezinnen in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 652 2

MI-100 Jubileumboek

MI-101 G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law. State of the Art and Perspectives*, (diss. Leiden) 2005, Roemenië: Humanitas 2005, ISBN 973 50 1106 9

MI-102 BWKJ-21: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich & G.J.M. Verburg, *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 097 1

MI-103 A. Tsoutsanis, *Het merkdepot te kwader trouw*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 13 03252 4

MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8

MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept,* (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1

MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X

MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2

MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X

MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen,* Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0

MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Leiden: Leiden University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1

MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, (diss. Leiden) 2006

MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9

MI-113 W. Huisman, M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht: nieuwe doelwitten en nieuwe strategieën*, Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4

MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4

MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2

MI-116 Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 756 9

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek