



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).

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 BESTUURS-PROCESRECHT

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 constatering 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 partijen⁹ 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 'replik' 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 rechter¹⁸ 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 beroepsschrift 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 rechtspraak 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 vollediger 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 daadwerkelijke 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 ongelijkheidscompensatie 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 ongelijkheidscompensatie

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 activiteit 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 wetgever⁵³ 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 procesuele 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 relativieren.

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 geschilbeslechting⁶⁰ en effectieve rechtsbescherming.⁶¹ Ik kies voor de term 'finaliteitsbeginsel'.⁶²

3.4.1 Het finaliteitsbeginsel in de literatuur

Het finaliteitsbeginsel is geen duidelijk omljnd 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 Ettekoven 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 motive-ring) 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 geschil-oplossing 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 beoorde-ling 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 rehtens 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 (omtrekt 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. Nicolai 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 bevoegdheidsverhoudingen.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 motiveringsbeginsel¹⁰¹ 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 Beroep¹¹⁰ en de Centrale Raad¹¹¹ 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 onderbouwd¹¹⁶ 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 appellanten 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 rechtsstrijd 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 respondenten¹³⁰ 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 bedoeld 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 bezwaar-beroep 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 toevallig-gezien 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 2001¹⁴⁹

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 2003¹⁵¹

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 bezwaarschrift-procedure 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 adieren, 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 & Schreuder-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 1²¹⁵ en 8:60 lid 4²¹⁶ 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 deurwaardersexploijt 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 voorfase²²³ 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, 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 mondjasmaat 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 rigoureuze 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 2006²³⁸ 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 1999²⁴⁶ 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 TWAO²⁴⁷ was voldaan.

In beroep voert belanghebbende een andere interpretatie aan van de accountantsverklaring en beroept zich op nieuwe feiten. De Staatssecretaris 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 verwierpt 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 TWA0, 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 TWA0 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 bestuursrecht²⁵³).

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 rente²⁵⁴).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 Arboret 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 (Kingley/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 voorleggen, 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 Allevijn 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 beroepsschrift 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 griffierecht²⁷⁵ 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.

