



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).

12 | De beoordeling door de bestuursrechter

1 INLEIDING

De bevoegdheden van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb worden toegepast bij de beoordeling die de bestuursrechter moet maken. Deze bevoegdheden krijgen in zekere zin pas betekenis door ze te plaatsen in de context van deze beoordeling. In dit hoofdstuk zullen drie aspecten van deze beoordeling aan de orde komen. Ten eerste wordt de taak van de bestuursrechter behandeld (§ 2). Daarna zullen in § 3 de grenzen van de rechtsstrijd besproken worden. Als laatste komt het verbod van reformatie in peius aan de orde (§ 4).

2 DE TAAK VAN DE BESTUURSRECHTER

In deze paragraaf zal ik de taak van de bestuursrechter behandelen. In het burgerlijk procesrecht is het de taak van de rechter om te beoordelen of het recht op grond van de vaststaande feiten toewijzing van de vordering rechtvaardigt. Deze taakomschrijving past niet bij de bestuursrechter aangezien het object in het bestuursprocesrecht niet de vordering is, maar het bestreden besluit.

Ik zal om te beginnen kort de loop van het bestuurstraject weergeven bezien vanuit het besluit (§ 2.1). Hieruit blijkt dat in het bestuursproces twee fasen onderscheiden worden. In § 2.2 zal ik deze scheiding bespreken. Vervolgens wordt de taak van de bestuursrechter in deze fasen besproken (§ 2.3). Dan wordt in § 2.4 een aantal elementen van de taakomschrijving in de eerste fase nader besproken. Vervolgens komt de rol van de vordering bij de taak van de bestuursrechter aan de orde (§ 2.5) en als laatste zal de vraag behandeld worden in hoeverre geschillenbeslechting tot de taak van de bestuursrechter behoort (§ 2.6).

2.1 De loop van het bestuurstraject

Het traject begint als het bestuur ambtshalve of op verzoek een primair besluit neemt. Meestal staat niet direct beroep op de bestuursrechter open, maar zal de appellant eerst bezwaar moeten indienen bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Tegen dit besluit op bezwaar kan beroep

worden ingesteld bij de bestuursrechter. Het besluit dat de rechter beoordeelt is dus meestal een besluit op bezwaar.¹

Als het bestreden besluit niet onrechtmatig wordt bevonden, wordt het beroep ongegrond verklaard.² Het bestuursproces is daarmee wat deze instantie betreft ten einde gekomen.

Als de rechter oordeelt dat het besluit onrechtmatig is, wordt het beroep gegrond verklaard en wordt het besluit vernietigd.³ Vernietiging van het besluit (of als dit mogelijk is slechts het onrechtmatige deel) is de voorgeschreven sanctie voor onrechtmatigheid. De enige uitzondering hierop is als de rechter ervoor kiest om art. 6:22 Awb toe te passen. Dit artikel bepaalt dat de bestuursrechter bevoegd is om een besluit ondanks schending van een vormvoorschrift in stand te laten indien blijkt dat de belanghebbenden door de schending van het vormvoorschrift niet zijn benadeeld. In dit geval leidt de onrechtmatigheid van het besluit niet tot vernietiging van het besluit. Als art. 6:22 Awb wordt toegepast, wordt het beroep ongegrond verklaard.⁴

Vernietiging van het besluit houdt in dat de rechtsgevolgen van het besluit worden vernietigd. In juridische zin heeft het besluit nooit bestaan.⁵ Feitelijke gevolgen worden natuurlijk niet met de vernietiging van het besluit uitgewist. Het is aan het bestuur om ervoor te zorgen dat deze feitelijke gevolgen worden teruggedraaid, voorzover deze niet (opnieuw) gedekt worden door een vervangend besluit of de rechterlijke uitspraak.

Als het besluit wordt vernietigd is daarmee de zaak meestal niet afgelopen. Het besluit dat wordt vernietigd is meestal immers het besluit op bezwaar. Dit betekent dat er door de vernietiging van het besluit in beroep nu (weer) een bezwaarschrift open ligt waarop nog niet is beslist.⁶ De taakverdeling tussen rechter en bestuur die ten grondslag ligt aan het bestuursprocesrecht is dat het nemen van besluiten primair behoort tot de verantwoordelijkheid van het bestuur en dat de rechter het genomen besluit 'slechts' toetst.⁷ Het is dus in principe aan het bestuur om verder actie te ondernemen als een besluit onrechtmatig wordt bevonden. Als er nog iets moet gebeuren naar aanleiding van de gegrondverklaring in beroep, zoals bijvoorbeeld het nemen van een vervangend besluit na de vernietiging van het bestreden besluit, is dit dan ook in principe een taak voor het bestuursorgaan.

Onder de Awb heeft de rechter echter ook bevoegdheden om de zaak zelf definitief af te doen dan wel de definitieve afdoening van de zaak te bespoedigen. Een van deze bevoegdheden is de al eerder genoemde bevoegdheid om het besluit ondanks schending van een vormvoorschrift in stand te laten op

1 Vgl. PG Awb II p. 470.

2 Art. 8:70 Awb.

3 Art. 8:70 Awb respectievelijk 8:72 lid 1 Awb.

4 Schreuder-Vlasblom 1996 p. 177.

5 PG Awb II p. 470; Ten Berge 1999 p. 142.

6 PG Awb II p. 470.

7 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 194.

grond van art. 6:22 Awb. De rechter ontnemt het bestuursorgaan de noodzaak tot actie door het besluit ondanks onrechtmatigheid niet te vernietigen.

Daarnaast heeft de bestuursrechter de bevoegdheid om: te bepalen dat de rechtsgevolgen van het (vernietigde deel van het) besluit in stand blijven;⁸ te bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het besluit of het vernietigde deel daarvan;⁹ het bestuursorgaan op te dragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak;¹⁰ het bestuursorgaan een termijn te stellen voor het nemen van een nieuw besluit of het verrichten van een andere handeling¹¹ of een dwangsom te verbinden aan het (tijdig) voldoen aan de uitspraak.¹²

Kenmerkend van deze bevoegdheden is dat ze de rechter de mogelijkheid geven om invloed uit te oefenen op hetgeen moet gebeuren nadat is geconstateerd dat het besluit onrechtmatig is. Bij de meest vergaande bevoegdheden, zoals het zelf in de zaak voorzien of gedektverklaring, maakt het rechter het geschil bovendien zelf af. Maar ook bij de wat minder vergaande bevoegdheden, zoals het bepalen van een termijn en het opleggen van een dwangsom, houdt de rechter zich bezig met hetgeen moet gebeuren na de beoordeling van het besluit.

2.2 Twee fasen in het bestuursproces

Zoals uit § 2.1 blijkt kunnen er in het bestuursproces twee fasen onderscheiden worden. In de eerste fase wordt de rechtmatigheid van het besluit (op bezwaar) beoordeeld. In de tweede fase wordt het geschil omtrent het besluit (gedeeltelijk) door de rechter afgedaan althans oefent de bestuursrechter na vernietiging invloed uit op de verdere gang van zaken omtrent het besluit via bijvoorbeeld het geven van opdrachten of het opleggen van een dwangsom.

Het zal duidelijk zijn dat de tweede fase alleen kan intreden als het besluit onrechtmatig wordt bevonden. Als het besluit niet onrechtmatig wordt bevonden, is er onder het systeem van de Awb geen taak voor de bestuursrechter om verder op te treden. Het geschil omtrent het besluit wordt in dat geval beëindigd met het oordeel dat het beroep ongegrond is.

Het is bij deze twee fasen een kwestie van wel te onderscheiden, maar niet te scheiden. Het bestuursproces bestaat niet uit twee fasen die strikt gescheiden chronologisch na elkaar worden afgehandeld. Tijdens de procedure zullen beide fasen van de procedure aan de orde komen. De rechter zal echter wel

8 Art. 8:72 lid 3 Awb.

9 Art. 8:72 lid 4 laatste deel Awb.

10 Art. 8:72 lid 4 eerste deel Awb.

11 Art. 8:72 lid 5 Awb.

12 Art. 8:72 lid 7 Awb.

moeten opletten dat hij pas van zijn tweede fase bevoegdheden gebruik kan maken als het bestreden besluit onrechtmatig is bevonden.

Volgens het systeem van de Awb is vernietiging alleen dus niet langer de hoofdregel. Onder de Awb heeft de rechter ook duidelijk een taak nadat het besluit onrechtmatig is bevonden. Hij zal na de constatering dat het besluit onrechtmatig is, steeds moeten nagaan of hij gebruik moet maken van zijn bevoegdheden om het geschil nu al (gedeeltelijk) definitief te beslechten.¹³

Enige voorzichtigheid is hierbij geboden. Bij de tweede fase bevoegdheden neemt de bestuursrechter in zekere zin (gedeeltelijk) de taak over van het bestuur om actie te ondernemen nadat het besluit onrechtmatig is bevonden, althans bepaalt hij mede welke actie het bestuur kan of moet ondernemen. Bij een uitspraak waar de rechter zelf in de zaak voorziet, neemt hij zelfs het vervangende besluit (op bezwaar) in plaats van het bestuur. Maar ook bij het geven van een opdracht, het stellen van een termijn en het opleggen van een dwangsom bemoeit de rechter zich met hoe in casu bestuurd moet worden. Onder het huidige systeem is het echter niet de bedoeling dat de rechter de bestuurstaken van het bestuur gaat uitoefenen. De rechter zal slechts gebruik mogen maken van zijn tweede fase bevoegdheden als dit 'op zijn plaats is'. Slechts dan mag de rechter handelen in plaats van het bestuur. Buiten het geval dat er nog maar één uitkomst mogelijk is, is het onduidelijk wanneer het gebruik van deze tweede fase bevoegdheden op zijn plaats is.

In sommige gevallen zal de rechter verplicht zijn om zelf in de zaak te voorzien. Art. 8:72a Awb zal na invoering van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht bepalen dat indien de rechtbank een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, zij een beslissing omtrent het opleggen van de boete neemt en bepaalt dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking.

Bij het gebruik van deze tweede fase bevoegdheden moet er een evenwicht gevonden worden tussen enerzijds het belang om de zaak definitief af te doen om bijvoorbeeld proceseconomische en efficiëntie redenen en anderzijds het behouden van de taakverdeling tussen rechter en bestuur.¹⁴ In veel gevallen bestaat het bestuursproces dan ook slechts uit de eerste fase.

2.3 De taken van de bestuursrechter

De taak van de rechter verschilt per fase. In de eerste fase is het de taak van de bestuursrechter om de rechtmatigheid van het bestreden besluit te toetsen op grond van de feitelijke en juridische situatie op het moment dat het besluit werd genomen.¹⁵ Over deze taakomschrijving bestaat geen verschil van mening.

¹³ Allewijn 1998 p. 293.

¹⁴ Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 194, 197.

¹⁵ Vgl. PG Awb II p. 501; Tak 1995 p. 173; Widdershoven 1994 p. 218, 220.

Deze taakomschrijving past echter duidelijk niet bij de taak van de bestuursrechter in de tweede fase. In deze latere fase beoordeelt de rechter niet langer het besluit, maar draait de beoordeling om hetgeen moet gebeuren nu is vastgesteld dat het besluit onrechtmatig is. Het is minder makkelijk om voor deze fase een taakomschrijving te vinden, met name omdat in de literatuur weinig is te vinden over een taakomschrijving voor deze fase. Dit laatste komt waarschijnlijk omdat de precieze taak van de rechter in deze fase nog in ontwikkeling is.

Uit de literatuur en jurisprudentie valt een aantal elementen op te maken die gezamenlijk de taak van de bestuursrechter in de tweede fase geven. Het eerste element is het volgende. Een belangrijke overweging bij de totstandkoming van de Awb was dat de gevoerde procedures een definitief resultaat moeten opleveren. Vernietigingen waar de justitiabelen niets mee opschieten dienen dan ook zoveel mogelijk vermeden te worden.¹⁶ Verder werd overwogen dat bestuursgeschillen zo spoedig mogelijk dienen te worden afgedaan en dat de procedure als geheel, dus al vanaf de bestuurlijke besluitvorming in prima, niet langer mag duren dan strikt noodzakelijk.¹⁷ Hiertoe heeft de rechter de bevoegdheden van de art. 6:22 en 8:72 de leden 3, 4, 5 en 7 Awb gekregen. Het doel van deze bevoegdheden is om de rechter de mogelijkheid te geven om nadat het besluit onrechtmatig is bevonden, de zaak definitief te beslechten of althans de definitieve afdoening van de zaak te bespoedigen.

Zoals gezegd mag de rechter slechts gebruik maken van deze bevoegdheden als dit 'op zijn plaats' is. In principe blijft de taakverdeling tussen rechter en bestuur behouden: het bestuur neemt de besluiten en de rechter beoordeelt deze. Voorzover na de rechterlijke toets opnieuw rechten moeten worden vastgesteld is dit in principe een taak voor het bestuursorgaan.¹⁸

Dit 'op zijn plaats zijn' geldt niet alleen voor de vraag of de rechter zal handelen in de tweede fase, maar ook voor welke bevoegdheid de rechter in dat geval zal gebruiken. De Awb geeft de rechter de mogelijkheid om zijn handelen in deze fase aan te passen aan mate waarin 'rechterlijk besturen' nodig is. De mogelijkheden variëren van het stellen van een termijn tot het zelf nemen van het vervangende besluit.

Een tweede element is dat dit (gedeeltelijk) definitief beslechten ex nunc plaatsvindt.¹⁹ De rechter zal in deze fase uitgaan van de feitelijke en juridische situatie op het moment van de rechterlijke uitspraak. Hij zal dus rekening moeten houden met alle nieuwe feiten en wijzigingen in het recht die hebben plaatsgevonden na het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen.²⁰

16 PG Awb I p. 313; PG Awb II p. 175, 460, 470.

17 PG Awb II p. 175, 460.

18 Vgl. Verheij 2003 p. 28-29, 43; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 194.

19 Vgl. Allewijn & Ten Berge 1999 p. 24; Bruning 1994 p. 455; Tak 1995 p. 167.

20 Vgl. PG Awb II p. 470/471.

Dit zou het bestuursorgaan immers ook moeten doen en de rechter handelt hier in de plaats van het bestuursorgaan.

De voorgaande elementen samenvoegend, kom ik tot de volgende taakomschrijving: de taak van de bestuursrechter in de tweede fase is om, zo dit op zijn plaats is, het geschil met betrekking tot het besluit *ex nunc* (gedeeltelijk) definitief te beslechten door middel van de relevante bevoegdheden van art. 6:22 of art. 8:72 Awb.

Ik zal mij in dit proefschrift verder beperken tot de eerste fase.

2.4 De taak van de bestuursrechter in de eerste fase: een *ex tunc* beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit

De taak van de bestuursrechter in de eerste fase is het *ex tunc* beoordelen van de rechtmatigheid van het besluit. Ik zal drie van de elementen in deze omschrijving nader behandelen. Om te beginnen het element dat het gaat om het beoordelen van een genomen besluit (§ 2.4.1). Vervolgens komt het element ‘*ex tunc*’ aan de orde (§ 2.4.2) en in het verlengde daarvan de kwestie van een ‘*ex nunc*’ beoordeling in het huidige systeem (§ 2.4.3). Het derde element dat wordt behandeld is ‘rechtmatigheid’ (§ 2.4.4).

2.4.1 *Beoordeling van een besluit*

In het bestuursrecht gaat het (in de eerste fase) om het beoordelen van een genomen bestuursbesluit. Het is niet de taak van de bestuursrechter om te beoordelen welk besluit het bestuursorgaan had moeten nemen of welk besluit naar het oordeel van de rechter het meest is aangewezen. De rechter moet slechts nagaan of het bestuur bij het nemen van het besluit het juiste recht juist in acht heeft genomen. Als dus bijvoorbeeld een besluit op een aanvraag is genomen is het slechts de taak van de rechter om te beoordelen of dit besluit rechtmatig is. Het is niet de taak van de rechter om te beoordelen of de aanvraag, alle feiten en recht in ogenschouw nemend, toedan wel afgewezen moet worden.

In een zaak van de Afdeling van 21 april 2004²¹ heeft het bestuur een bouwvergunning voor de bouw van twee zomerhuisjes geweigerd omdat niet was voldaan aan de eis van art. 2.9 lid 2 van het bestemmingsplan. De rechtbank oordeelt dat de twee zomerhuizen niet ten behoeve van een kampeercentrum worden opgericht, en dat de bouwplannen niet in overeenstemming zijn met art. 2.9 lid 1 van de planvoorschriften. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank hiermee buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, nu het

21 ABRvS 21 april 2004, AB 2004, 379 (m.nt. TN onder AB 2004, 380); zie voor andere voorbeelden ABRvS 29 sept. 2004, AB 2004, 415 (m.nt. NV); ABRvS 1 okt. 2003, AB 2004, 50 (m.nt. TN); ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 67 (m.nt. A.T. Marseille).

beroep van appellant zich alleen richtte tegen de weigering op de grond dat niet aan art. 2.9 lid 2 was voldaan.

De rechter is hier echter niet alleen buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, maar ook buiten het bestreden besluit. De taak van de bestuursrechter was hier beperkt tot het oordeel of de weigering op grond van art. 2.9 lid 2 rechtmatig was, aangezien dit het besluit was. Door te beoordelen of er andere gronden waren op grond waarvan de aanvraag kon worden geweigerd, heeft de rechter de aanvraag beoordeeld. Als het bestreden besluit onrechtmatig was, was het in beginsel aan het bestuursorgaan om de aanvraag (in bezwaar) opnieuw te beoordelen en om te bepalen of de aanvraag op andere gronden geweigerd moest worden.

De rechter kan alleen dan de aanvraag beoordelen als het bestreden besluit vernietigd moet worden en er reden is om zelf in de zaak te voorzien. Hiervan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als ook de tweede weigeringsgrond in bezwaar of beroep (voldoende) onderwerp van discussie is geweest en duidelijk is dat het bestuursorgaan op deze grond zou weigeren als de zaak zou worden 'terugverwezen'.

Er moet wel een onderscheid gemaakt worden tussen het aanvullen van de motivering van het besluit (naar aanleiding van de beroepsgronden) en het wijzigen van de motivering.²² De beroepsgronden kunnen voor het bestuur aanleiding zijn om bepaalde aspecten van de motivering van het besluit nader uit te werken. Hierbij blijft het gaan om hetzelfde besluit. Als het besluit echter van een geheel nieuwe motivering wordt voorzien is er sprake van een nieuw besluit. De bestuursrechter mag wel met nieuwe feiten de bestaande motivering staven, maar hij mag niet zo ver gaan dat hij de motivering wijzigt. Dit laatste is in beginsel aan het bestuur.

De grens tussen het aanvullen van de motivering en het wijzigen daarvan is vaag. In bezwaar is dit meestal geen probleem aangezien, uitzonderingen daargelaten, in de beslissing op bezwaar het besluit van een andere motivering kan worden voorzien.²³ De bestuursrechter zal er echter op moeten letten dat hij bij de motivering van zijn uitspraak niet te ver gaat en in feite het besluit van een andere motivering voorziet. Als de rechter hier wel voor kiest, zal hij eerst het bestreden besluit moeten vernietigen om vervolgens zelf in de zaak te voorzien.

2.4.2 *Ex tunc*

Een belangrijk uitgangspunt van het bestuursprocesrecht is dat de rechter het besluit *ex tunc* beoordeelt. Dit wil zeggen dat de rechter het besluit beoordeelt op basis van de feitelijke en juridische situatie zoals die bestond op het moment

²² Vgl. De Bock 2004 p. 24 ev.

²³ Vgl. De Bock 2004 p. 25.

dat het besluit werd genomen.²⁴ De rechter beoordeelt immers niet welk besluit het bestuur nu zou moeten nemen, maar of het besluit toentertijd al dan niet in strijd was met het recht. Het gaat hier meestal om de situatie op het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen, aangezien dit het besluit is dat over het algemeen door de bestuursrechter wordt getoetst. Wijzigingen die na het besluit op bezwaar in de feitelijke of juridische situatie zijn opgetreden, zijn voor de beoordeling van het besluit dus meestal niet relevant.

De werkelijk toenmalige feitelijke situatie

De rechter moet zijn oordeel baseren op de werkelijke toenmalige feitelijke situatie. Als tijdens het proces blijkt dat de toenmalige situatie anders was dan door het bestuur was vastgesteld, wordt het besluit beoordeeld op grond van de situatie zoals die bij nader inzien blijkt te zijn geweest.²⁵ Het is dus mogelijk dat het besluit wordt beoordeeld op grond van een feitelijke situatie die afwijkt van de vastgestelde feitelijke situatie in bezwaar.

Het kan bijvoorbeeld gaan om feiten die al wel bestonden op het moment dat het besluit werd genomen, maar die het bestuursorgaan toen niet kende en dus niet heeft meegenomen bij het nemen van het besluit. Deze nieuwe feiten moeten in principe worden meegenomen door de rechter bij de beoordeling van het besluit. Het gaat dan niet om feiten die nieuw zijn in de zin dat deze feiten na nemen van het besluit zijn opgetreden, maar om feiten die nieuw zijn ten opzichte van de feitelijke grondslag waarop het besluit toentertijd is genomen.

Een ander voorbeeld van een wijze waarop de feitelijke situatie bij de rechter kan verschillen van de feitelijke situatie bij het bestuursorgaan is het volgende. Het is mogelijk dat de appellant pas tijdens het beroep slaagt in het bewijs van wel al aangevoerde feiten. Hierdoor zal de feitelijke grondslag waarop de rechter het besluit beoordeelt afwijken van de feitelijke grondslag waarop het besluit in bezwaar is genomen. Dit verschil in bewijs kan ontstaan omdat de rechter het al aangevoerde bewijs anders beoordeelt dan het bestuursorgaan of dat het bewijs pas later ontstond of bekend werd,²⁶ dan wel pas voor de rechter wordt aangevoerd.

De bewijsfuik kan echter wel betekenen dat de feiten of het bewijs toch niet mogen worden meegenomen (zie hoofdstuk 11 § 4.2).

24 Vgl. Verheij 2003 p. 35 ev.; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 182; Allewijn & Ten Berge 1999 p. 24; Ten Berge 1999 p. 135; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar 8:69, aant. 6d; Tak 1995 p. 166; Van Blommestein 2000 p. 132; Van Wijk/Konijnebelt & Van Male 1999 p. 666.

25 Vgl. Schueler 1999 p. 611; Tak 1995 p. 166; Rb Groningen 21 feb. 1994, RAwb 1994, 9.

26 Vgl. Van Blommestein 2000 p. 135/136; Schueler 1999 p. 611.

De toenmalige juridische situatie

Het kenmerk van een *ex tunc* beoordeling geldt ook voor het recht op grond waarvan het besluit wordt beoordeeld. De rechter zal het besluit in principe beoordelen op grond van het recht dat gold toen het besluit werd genomen.²⁷ Meestal is dit het moment van het besluit op bezwaar. Het gaat immers om de vraag of het bestuursorgaan zich bij nemen van het besluit aan het recht heeft gehouden.

Onder omstandigheden zal het besluit echter getoetst worden op grond van gewijzigd recht. Als het recht bijvoorbeeld intussen op grond van jurisprudentie anders geïnterpreteerd wordt, moet de rechter uitgaan van dit 'nieuwe' recht.²⁸ Ook zal de rechter rekening moeten houden met overgangsrecht. Het is mogelijk dat het overgangsrecht meebrengt dat het besluit moet worden beoordeeld op grond van het nieuwe recht, ook al was dit niet geldend recht op het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen.²⁹

Ook hier geldt dat het besluit wordt beoordeeld op grond van de *werkelijke* toenmalige juridische situatie. Het bestuur dient immers te besluiten op grond van het geldende recht en dit recht juist toe te passen. Er is geen verantwoordelijkheid voor de belanghebbenden om het recht aan te voeren zodat het de appellante ook niet kan worden tegengeworpen dat hij bepaald recht niet heeft aangevoerd.

2.4.3 Een beoordeling ex nunc?

Het uitgangspunt van een *ex tunc* beoordeling is niet onbestreden. Er gaan stemmen op om de bestuursrechter de bevoegdheid te geven *ex nunc* te toetsen. Maar met uitzondering van het vreemdelingenrecht³⁰ geldt voor het bestuursprocesrecht nog steeds een beoordeling *ex tunc*.

27 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 182; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 123.

28 Vgl. Verheij 2003 p. 39.

29 Vgl. ABRvS 10 sept. 1999, AB 2000, 56; Verheij 2003 p. 43-44; anders Schreuder-Vlasblom 2001 p. 123.

30 In art. 83 Vreemdelingenwet 2000 wordt bepaald dat de bestuursrechter bevoegd is om rekening te houden met feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen:

1. De rechtbank houdt bij de beoordeling van het beroep rekening met feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd

2. Met feiten en omstandigheden, bedoeld in het eerste lid, wordt alleen rekening gehouden indien deze voor de beschikking omtrent de verblijfsvergunning, bedoeld in de artikelen 28 en 33, relevant kunnen zijn.

3. De rechtbank verzoekt Onze Minister om zo spoedig mogelijk schriftelijk aan de wederpartij en de rechtbank te laten weten of de ingeroepen feiten en omstandigheden aanleiding zijn voor handhaving, wijziging of intrekking van het bestreden besluit.

Dit wil niet zeggen dat de rechter nooit rekening zal houden met feiten die zijn opgetreden na het moment dat het besluit werd genomen. Deze feiten spelen regelmatig een rol zonder dat dit in strijd is met het uitgangspunt van een beoordeling *ex tunc*. Hieronder zal ik een aantal wijzen bespreken waarop deze later opgetreden feiten een rol spelen.

Later opgetreden feiten als bewijs

Eén van de wijzen waarop later opgetreden feiten een rol kunnen spelen is dat de bestuursrechter ook rekening houdt met later gebeurde feiten als bewijs voor de toenmalige situatie. Dit is geen *ex nunc* toetsing.³¹ De rechter gebruikt slechts de later opgekomen feiten om de toenmalige werkelijke situatie vast te stellen. De rechtmatigheid van het besluit wordt nog steeds slechts getoetst op grond van de *ex tunc* feitelijke situatie. Een voorbeeld hiervan is een medisch onderzoek tijdens het beroep bij de rechter. Dit onderzoek zal de rechter mee kunnen nemen voorzover het iets zegt over de medische situatie van de belanghebbende op het moment dat het besluit op bezwaar werd genomen.

Dat de rechter op deze wijze rekening zou kunnen houden met dergelijk bewijs is niet onomstreden. De jurisprudentie neemt de latere feiten soms wel mee, en soms weer niet.³² De Afdeling oordeelde bijvoorbeeld in een uitspraak van 28 juni 1999³³ dat de rechtbank geen gebruik mocht maken van nieuwe medische gegevens verkregen van een door de rechter benoemde deskundige, omdat deze gegevens pas 'na het nemen van de beslissingen op bezwaar, zijn overgelegd' en aangezien de gebruikte techniek al lang bestond, stond 'niets [de belanghebbenden] in de weg deze gegevens, daargelaten de relevantie ervan, tijdig naar voren te brengen. Hieraan doet niet af dat de scans eerst later zijn gemaakt, zoals belanghebbenden ter zitting hebben betoogd.' De rechtbank mocht slechts rekening houden met de tijdens de aanvraag en bezwaar overgelegde gegevens.³⁴

De vraag kan gesteld worden of de rechter ooit een deskundige kan benoemen. Zal het bij een deskundigenbericht immers niet altijd gaan om gegevens die pas na het nemen van de beslissing op bezwaar zijn overlegd? Doorslaggevend lijkt te zijn geweest dat de appellant dit onderzoek (op eigen kosten) ook in de bestuursfase had kunnen laten verrichten en dat dit ook zijn verantwoordelijkheid was. Er is dan geen ruimte voor een deskundigenbericht door de rechter op kosten van de gemeenschap. Dit heeft op zich niets te maken met de *ex tunc*-beoordeling, maar is een gevolg van de bewijsfuik.

31 Vgl. Verheij 2003 p. 36; Van Blommestein 2000 p. 135/136; Schueler 1999 p. 611.

32 Een voorbeeld van dit laatste is weer ABRvS 15 juli 1999, AB 2000, 141 (m.nt. CJ).

33 ABRvS 28 juni 1999, AB 1999, 630 (m.nt. MSV).

34 Deze jurisprudentie is op haar beurt weer bestreden door Damen: Damen 2000 p. 61 ev.

Een voorbeeld van gebruik van later opgekomen bewijs is ABRvS 20 maart 1997.³⁵ In deze zaak had het college van B&W geweigerd om gebruik te maken van haar bevoegdheid om met toepassing van bestuursdwang op te treden tegen een paardenpension dat in strijd met het bestemmingsplan werd uitgeoefend. Van doorslaggevend gewicht bij dit besluit was het belang van de exploitant bij de voortzetting van het paardenpension. Het college heeft er toen op gewezen dat het om een overgangssituatie ging nu zij van plan was het bestaan en uitoefening van het pension te legaliseren, uiteindelijk door herziening van het bestemmingsplan. Tot op de zitting bij de Afdeling was echter niet gebleken dat er enige actie van betekenis was genomen ter legalisering. De beslissing in beroep wordt daarom voor een half jaar aangehouden om het college de gelegenheid te geven de twijfel over de geloofwaardigheid van het geuite legaliseringsvoornemen weg te nemen door het ondernemen van daadwerkelijk stappen. Het college heeft na het verstrijken van de termijn stukken toegestuurd waaruit blijkt dat het paardenpension is gelegaliseerd. De Afdeling overweegt: 'Onder deze omstandigheden kan het er voor worden gehouden dat het *ten tijde van het nemen van het bestreden besluit*[*mijn cursivering*] daadwerkelijk in de bedoeling lag om tot legalisering te komen'. De Afdeling gebruikt later gebeurde feiten, zelfs ingezet door de Afdeling, om ex tunc feiten te bewijzen.

Voorzienbare feiten

In sommige gevallen zal de rechter bij het beoordelen van het besluit toch rekening moeten houden met feiten die zich pas hebben voorgedaan nadat het besluit werd genomen. Het gaat dan om feiten waarvan voorzienbaar was op het moment dat het besluit werd genomen dat deze zich zouden gaan voordoen. Omdat toen al duidelijk was dat deze feiten zich zouden voordoen, moest het bestuur deze wijziging meenemen bij het nemen van het besluit.³⁶ Deze vorm van toetsing wordt ook wel retrospectieve ex tunc toetsing genoemd.

Of een feit voorzienbaar was en het bestuur er dus rekening mee kon en moest houden, is vaak discutabel. Soms zal de rechter terecht het verwijt gemaakt kunnen worden dat hij achteraf 'makkelijk praten' heeft.

Na het wijzigen of vervangen van het bestreden besluit door het bestuursorgaan

Verder mag de rechter rekening houden met later gebeurde feiten als het bestuursorgaan tijdens de procedure het besluit wijzigt of vervangt in de zin van 6:18 en 6:19 Awb.³⁷ Dit heeft echter niets te maken met een ex nunc

³⁵ ABRvS 20 maart 1997, AB 1997, 399.

³⁶ Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar 8:69, aant. 6d; Van Blommestein 2000 p. 136; Schueler 1999 p. 611; Ten Berge 1999 p. 135; Verheij 2003 p. 36: Verheij noemt het rekening houden met later opgekomen bewijs retrospectieve ex tunc toetsing.

³⁷ Vgl. Van Blommestein 2000 p. 136.

toetsing. Als het bestuur tijdens de procedure het besluit wijzigt, stelt art. 6:19 lid 1 Awb dat het beroepsschrift geacht wordt ook te zijn gericht tegen het nieuwe besluit. De rechter zal het besluit beoordelen op grond van de feitelijke situatie van het moment dat het nieuwe besluit werd genomen. Wijzigingen in de feitelijke situatie tussen het moment van het oorspronkelijk bestreden besluit op bezwaar en het moment van het nieuwe besluit worden logischerwijs meegenomen bij de beoordeling van het nieuwe besluit. Dit is echter een gewone toetsing ex tunc.

Bij het definitief beslechten van het geschil

Bij het (gedeeltelijk) definitief beslechten van het geschil in de tweede fase door bijvoorbeeld zelf in de zaak te voorzien gaat de rechter uit van de situatie ex nunc. In deze fase toetst de rechter niet meer. Het besluit is onrechtmatig bevonden. Het gaat hier om de vervolghandeling. Als het bestuur de vervolghandeling zou verrichten zou zij uitgaan van de situatie op dat moment. Nu de rechter dit om bijvoorbeeld proceseconomische redenen doet, zal ook hij uitgaan van de situatie ex nunc.

Bij procedurele beslissingen van de bestuursrechter

Bij het nemen van procedurele beslissingen zal de rechter uitgaan van de situatie ex nunc. Dit vormt geen inbreuk op het kenmerk van de toetsing ex tunc. Een procedurele beslissing valt immers niet onder de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit. Dit is een processuele beslissing met betrekking tot de voor de bestuursrechter gevoerde procedure. De rechter zal hierbij uitgaan van de feitelijke situatie van dat moment en niet van de feitelijke situatie van het moment van het besluit op bezwaar.

Zo zal de bestuursrechter bij elk beroep moeten beoordelen of appellant (nog) procesbelang heeft en zal hij daarbij uitgaan van de feiten op het moment van het beoordelen van het procesbelang. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van het CBB van 15 juli 1998.³⁸ De wijziging in de feiten waardoor de appellant zijn procesbelang verloor, deed zich voor ruim nadat de beslissing op bezwaar was genomen.³⁹ Het CBB overweegt hier dat het beroep gedeeltelijk niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat door een wijziging van de opstelplaats appellant geen rechtens te honoreren belang meer heeft bij een beoordeling ten gronde van een verleende machtiging.

³⁸ CBB 15 juli 1998, AB 1999, 85 (m.nt. GC).

³⁹ Punt 1 van de noot van Cartigny.

2.4.4 *Rechtmatigheid*

De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van het besluit. Enerzijds betekent dit dat de rechter alleen de rechtmatigheid van het besluit beoordeelt, anderzijds dat de rechter het besluit zal toetsen aan al het recht.⁴⁰

Ik begin met de beperking. De rechter houdt zich in principe niet bezig met het beleid dat het bestuur als kader voor het type bestreden besluit voert of de doelmatigheid van het besluit. Op deze gebieden is het bestuur in relatie tot de rechter autonoom. De rechter mag zich slechts uitlaten over het beleid of de doelmatigheid voorzover het bestuur daarmee ook handelt in strijd met het recht.

Dit betekent dat de rechter zich niet mag uitlaten over de doelmatigheid van het besluit of algemener de behoorlijkheid van het besluit. Een 'onheuse bejegening' die niet in strijd is met het recht is bijvoorbeeld geen grond om het besluit te vernietigen.

Als een rechtsnorm het bestuursorgaan enige beleidsruimte laat om zelf in te vullen, zoals bij discretionaire bevoegdheden, mag de rechter slechts beoordelen of het bestuur binnen de grenzen van deze ruimte is gebleven. Dat deze ruimte anders ingevuld zou kunnen worden en meer ten gunste van de appellant of dat de rechter de ruimte anders ingevuld zou hebben, brengt op zich niet mee dat het besluit dus onrechtmatig is. Slechts als bij het invullen van de ruimte het recht is geschonden is er sprake van onrechtmatigheid.

Het feit dat de rechter de rechtmatigheid van het besluit beoordeelt, betekent verder dat de rechter het besluit toetst aan al het geldende toepasselijke recht. De Awb kent geen beperking tot bepaalde beroeps- of toetsingsgronden, zodat de rechter niet bij zijn beoordeling tot dergelijke gronden is beperkt. Hij toetst zowel aan geschreven recht, zoals wetten en algemene maatregelen van bestuur, als aan ongeschreven recht, zoals algemene beginselen van behoorlijk bestuur (voorzover deze niet in de Awb zijn gecodificeerd).⁴¹ Hij zal het besluit ook toetsen aan internationale verdragen zoals het EVRM en het gemeenschapsrecht.

Bovenstaande beperking en ruime toetsing is terug te vinden in art. 8:77 Awb waarin is bepaald dat indien de uitspraak strekt tot gegrondverklaring van het beroep, in de uitspraak wordt vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld. Enerzijds staat hier dat het recht het enige toetsingkader voor de rechter vormt. Anderzijds blijkt dat de rechter niet beperkt is tot bepaalde rechtsgronden voor gegrondverklaring. Schending van elke rechtsnorm of rechtsbeginsel is voldoende rechtsgrond voor gegrondverklaring.

⁴⁰ Tak 1995 p. 173.

⁴¹ Vgl. PG Awb II p. 501; Allewijn 1998 p. 292; Tak 1995 p. 169, 173; Pennarts 1998 p. 57; Schlössels 1999 p. 99.

2.5 De rol van een vordering bij de beoordeling

Het is mogelijk dat een appellant in zijn beroepschrift (onverplicht) een vordering of eis opneemt waarin hij een stelling inneemt over de gewenste rechterlijke uitspraak met betrekking tot het besluit.⁴² De rol van de vordering in het bestuursprocesrecht is een andere dan die in het burgerlijke procesrecht. In het burgerlijk procesrecht draait het om de toewijsbaarheid van de vordering en de vraag of de eiser recht heeft op hetgeen hij vordert. In het bestuursprocesrecht is dat niet zo. Het draait om de controle op de rechtmatigheid van het besluit. Het is het desbetreffende bestuursorgaan dat bepaalt of en in hoeverre hetgeen de appellant wenst, verwerkt kan worden of moet worden in het te nemen besluit. Hierbij past zij het recht toe, en haar eigen beleid voorzover het recht haar daartoe de ruimte laat. Deze opzet heeft tot gevolg dat de vordering in veel aspecten de rechter niet bindt.

De mogelijke rechterlijke uitspraken zijn verder in de wet vastgelegd: gegrondverklaring van het beroep (gevolgd door vernietiging van het besluit), ongegrondverklaring van het beroep, niet-ontvankelijkverklaring van het beroep en onbevoegdverklaring van de rechter. Ook is in de wet vastgelegd wanneer de rechter welke uitspraak moet doen. Een eventuele vordering van de appellant maakt niet uit voor de vraag wat de rechterlijke uitspraak zal zijn. De rechter zal de voorgeschreven uitspraak doen ongeacht een vordering van de appellant.

Ook als de appellant in de vordering een besluit met een bepaalde inhoud vordert, is de rechter hier niet aan gebonden. Vaak zal immers niet hij, maar het bestuur het vervangende besluit nemen zodat een vordering bij de rechter ook weinig zin heeft. Daarbij is de rechter in deze tweede fase beperkt door de buitengrens van de onderliggende aanvraag of wettelijke verplichting. Dit heeft bepaald wat het onderwerp van het besluit is. Het recht, en het beleid van het bestuursorgaan, bepalen vervolgens wat de inhoud van het besluit moet zijn.

Wat betreft het beoordelen van het besluit is de voornaamste rol van een vordering, lijkt mij, als richtlijn voor de mate waarin het besluit in geschil is. Een vordering is een van de elementen die bepalend zijn voor de grenzen van de rechtsstrijd.⁴³ Bij twijfel of de beroepsgronden tegen een bepaald onderdeel van het besluit gericht zijn, kan de vordering uitsluitel bieden: als die onderdelen in de weg staan aan het door de appellant gewenste besluit, zijn die in geschil en vallen ze binnen de grenzen van de rechtsstrijd.

Hoewel de vordering van beperkt belang is wat betreft de beoordeling van het besluit en zelfs het definitief beslechten van het geschil, is zij van groot belang bij die uitspraken die de rechter alleen op verzoek van een partij kan

42 Onder vordering versta ik de eis of het petitum in een beroepschrift. Itt. Kooper die ook de feitelijke gronden onder de vordering brengt (Kooper 2000 p. 173).

43 Vgl. Kooper 2000 p. 173.

doen, zoals de veroordeling tot het betalen van schadevergoeding op grond van art. 8:73 Awb. Zonder verzoek zijn deze veroordelingen immers niet mogelijk.

2.6 Geschillenbeslechting als taak van de bestuursrechter?

Het wordt wel gesteld dat geschillenbeslechting wordt beschouwd als de primaire taak van de bestuursrechter.⁴⁴ Deze stelling is niet onjuist, maar er dienen wel enige kanttekeningen bij geplaatst te worden. Bij deze stelling moet een onderscheid gemaakt worden tussen wat ermee wordt bedoeld en wat zij lijkt te zeggen. Deze stelling is niet bedoeld als omschrijving van de taak van de rechter. Met deze stelling wordt bedoeld dat de rechter niet langer het besluit volledig beoordeelt, maar zich beperkt tot de mate waarin het besluit in geschil is. Voorzover het besluit niet in geschil is, moet de rechter het besluit laten rusten. In zoverre is de stelling juist.

Maar naast de bedoelde betekenis, lijkt zij ook te zeggen dat het de taak van de bestuursrechter is om geschillen tussen partijen te beslechten. In hoeverre is dit juist? Om te beginnen gaat in het bestuursprocesrecht niet om het beslechten van een tussen belanghebbenden en een bestuursorgaan bestaand geschil, maar om het beoordelen van de rechtmatigheid van een besluit. Vaak zal het besluit deel uitmaken van een breder geschil waarover de rechter niet kan beslissen. De bestuursrechter kan slechts beslissen over een geschil voorzover dit geschil deel uitmaakt van de beoordeling van de rechtmatigheid van (een onderdeel van) een besluit. Het bredere geschil wordt zeker niet door de rechter beslecht.

Zoals gezegd, beoordeelt de rechter onder de Awb het besluit slechts voorzover het in geschil is. Wat dit geschil betreft kan de rechter er volledig kennis van nemen. Als de term geschil zo wordt gezien, beoordeelt de rechter inderdaad een geschil.

De volgende vraag is of het de taak van de rechter is om dit geschil omtrent het besluit te beslechten. Enerzijds heeft de rechter bevoegdheden om het geschil te beslechten en is er het finaliteitsbeginsel, anderzijds mag de rechter niet 'op de stoel van het bestuur gaan zitten' en is het gebruik van de geschillenbeslechttingsbevoegdheden verbonden aan strenge voorwaarden. Het resultaat is dat de rechter in de huidige opzet maar weinig aan de toepassing van deze bevoegdheden toekomt. Meestal zal de rechter het besluit slechts vernietigen en het aan het bestuursorgaan moeten overlaten om een vervangend besluit te nemen of andere handelingen te verrichten.

De stelling dat de taak van de rechter primair wordt beschouwd als geschillenbeslechting is dus juist in de zin dat de taak van de rechter niet langer is

44 Schreuder-Vlasblom 2001 p. 149; Allewijn 1998 p. 297.

om het besluit volledig te controleren, maar dat hij beperkt is tot de mate waarin het besluit in geschil is. Dat het primair de taak van de rechter zou zijn om dit geschil ook te beslechten is mijns inziens onjuist.

3 DE GRENZEN VAN DE RECHTSSTRIJD⁴⁵

De beoordeling die de rechter in het bestuursproces maakt, is beperkt. De eerste begrenzing ligt bij het besluit. Zoals gezegd is het bestuursprocesrecht gericht op de beoordeling van een besluit. De buitengrens van het geding wordt dan ook gevormd door het bestreden besluit zoals dat luidt of op grond van de relevante wettelijke bepalingen, het beleid van het bestuursorgaan en een eventuele onderliggende aanvraag had moeten luiden. Elementen die buiten het kader van het besluit vallen kunnen niet betrokken worden in het geding. De rechter mag dan ook niet buiten het kader van het besluit treden.⁴⁶

Onder de Awb is de rechterlijke beoordeling verder beperkt. De bestuursrechter beoordeelt niet (langer) het volledige besluit ongeacht wat appellanten aanvoeren. De beoordeling is beperkt tot de mate waarin het besluit wordt bestreden. In de parlementaire geschiedenis wordt deze beperking gelezen in art. 8:69 lid 1 Awb.⁴⁷

De rol die art. 8:69 lid 2 en 3 Awb (kunnen) spelen in het bestuursproces is voor een groot deel afhankelijk van de grenzen van de rechtsstrijd. Als de grenzen breder worden getrokken, spelen deze bepalingen een grotere rol. Als de grenzen beperkter worden getrokken, is de rol van deze bepalingen beperkter.⁴⁸ Een moeilijkheid is dat de Awb niet duidelijk aangeeft waar de grenzen van de rechterlijke beoordeling liggen. Als op dit punt een duidelijk stelsel zou gelden, zou het bestuursprocesrecht wat betreft art. 8:69 lid 2 en 3 Awb voor een groot deel op zijn plaats vallen.

In § 3.1 worden een aantal stelsels behandeld inzake de grenzen van de rechtsstrijd. In § 3.2 worden de procesregels besproken die door de Centrale Raad en de Afdeling op dit punt zijn ontwikkeld. Vervolgens wordt in § 3.3 aan de hand van een aantal criteria besproken welk stelsel naar mijn mening de voorkeur verdient. Daarna wordt de rechtsgrond voor de beperking van de rechtsstrijd behandeld (§ 3.4) In § 3.5 komen een aantal factoren aan de

⁴⁵ Voor een ander proefschrift over de grenzen van de rechtsstrijd verwijs ik naar: p. A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer:Kluwer 2005. Dit proefschrift kon niet meer bij dit onderzoek worden meegenomen.

⁴⁶ Vgl. De Bock 2004 p. 15 ev., 19 ev., 27; Widdershoven e.a. 2001 p. 80; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 181; Allewijn 1998 p. 295; Pennarts 1998 p. 58; Tak 1995 p. 155; Ten Berge, De Waard & Widdershoven e.a. 1996 p. 186; Allewijn 1994 p. 102; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 122/123.

⁴⁷ PG Awb II p. 175, 463.

⁴⁸ Vgl. De Bock 2004 p. 80.

orde die van belang zijn voor het bepalen van de mate waarin het besluit wordt bestreden.

3.1 De grenzen van de rechtsstrijd

Het is algemeen aanvaard, althans onder bestuursrechtjuristen, dat de rechterlijke beoordeling van het besluit onder de Awb is beperkt. De rechter beoordeelt niet langer het besluit volledig, maar beperkt zijn beoordeling tot de mate waarin het besluit wordt bestreden. De Awb zelf geeft geen aanwijzingen voor waar de grenzen van de rechterlijke beoordeling gelegd moet worden. In de parlementaire geschiedenis wordt deze begrenzing wel iets uitgewerkt maar er ontstaat geen duidelijk beeld: de rechter is beperkt tot de omvang van het geschil zoals bepaald door appellanten;⁴⁹ de rechter mag niet buiten de omvang van het geschil treden;⁵⁰ de rechter mag niet buiten de vordering treden;⁵¹ die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen moeten door de rechter buiten beschouwing worden gelaten. Bij dit laatste wordt de kanttekening gemaakt dat de rechter niet zonder meer zal kunnen afgaan op de geformuleerde gronden. Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepsschrift kan men immers niet afleiden dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten.⁵² Op grond van deze aanwijzingen is slechts duidelijk dat de rechterlijke beoordeling beperkt is tot het beoordelen van het besluit voorzover dat tussen belanghebbende(n) en het bestuursorgaan in geschil is. Maar hoe de grenzen van deze beoordeling precies bepaald moeten worden en hoe deze moeten liggen, wordt niet duidelijk.

Uit de literatuur en jurisprudentie blijkt dat auteurs en bestuursrechters het er over eens zijn dat de rechter beperkt is tot het tussen partijen bestaande geschil omtrent het besluit, dat de appellanten de omvang van het geding bepalen, dat de rechter niet buiten de grenzen van het geschil c.q. het geding mag treden en dat de rechter onderdelen van het besluit die niet zijn bestreden buiten beschouwing moet laten.⁵³ Buiten dit staat er weinig vast over de omvang van het geding en omvang van de rechterlijke beoordeling.

Een bestudering van literatuur waar duidelijk op dit onderwerp wordt ingegaan, levert grofweg een beeld op van twee mogelijke stelsels:⁵⁴ een grievenstelsel en een stelsel met een beperkte volledige toetsing. In het onder-

49 PG Awb II p. 175, 463.

50 PG Awb II p. 175, 463.

51 PG Awb II p. 463, 464.

52 PG Awb II p. 463.

53 Vgl. bv. Allewijn & Ten Berge 1999 p. 26; Bolt 1999 p. 651; Hoogenboom 1998 p. 128; Pennarts 1998 p. 59; Simon 1997 p. 302; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 41, 86; Tak 1995 p. 30,31; Bruning 1994 p. 455; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1.

54 Vgl. Allewijn 1998 p. 292.

zoek gepubliceerd onder de titel 'Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht'⁵⁵ komt een derde stelsel naar voren die beide voorgaande stelsels combineert. Dit zal ik het compromisstelsel noemen. Deze drie stelsels zullen hieronder worden besproken (§ 3.1.1, § 3.1.2 en § 3.1.3).

3.1.1 Het grievenstelsel

In het grievenstelsel is de beoordeling beperkt tot de tegen het besluit aangevoerde gronden. Als deze gronden ongegrond worden bevonden, wordt het beroep afgewezen. De rechter mag het besluit niet vernietigen op grond van een niet aangevoerde grond.⁵⁶

Dit stelsel is te vergelijken met de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden in het burgerlijke procesrecht.⁵⁷ De beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden werkt in het kort als volgt: de burgerlijke rechter beoordeelt ten eerste of de vordering kan worden toegewezen op de door de eiser aangevoerde feitelijke gronden. Als dit zo is, beoordeelt hij of de vordering alsnog moet worden afgewezen op grond van de door de verweerder aangevoerde feitelijke gronden. Als een feitelijke grond niet is aangevoerd, mag de burgerlijke rechter de vordering niet op grond hiervan toe- respectievelijk afwijzen. Stel bijvoorbeeld dat een eiser € 1000,- vordert als schadevergoeding wegens wanprestatie en dat de vordering op deze feitelijke grond toewijsbaar is. De verweerder voert als verweer aan dat hij al betaald heeft. Dit is in dit geval de enige feitelijke grond die verweerder aanvoert. Als de rechter nu meent dat de verweerder geen schadevergoeding verschuldigd is omdat er sprake is van overmacht, mag hij de vordering niet op deze grond afwijzen. Verweerder heeft de feitelijke grond van 'overmacht' immers niet aangevoerd.

De beperking tot de feitelijke gronden in het bestuursprocesrecht onder het grievenstelsel werkt als volgt. Stel dat een appellant beroep instelt tegen een bestuursbesluit en als grond aanvoert dat een gestelde voorwaarde niet gesteld had mogen worden omdat het bestuursorgaan appellant had verzekerd dat deze voorwaarde niet gesteld zou worden. De rechterlijke beoordeling is beperkt tot de beoordeling of het stellen van deze voorwaarde rechtmatig is gezien de (beweerde) verzekering. Als het stellen van deze voorwaarde bijvoorbeeld ook in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, omdat deze niet gesteld wordt bij andere vergelijkbare besluiten, mag de bestuursrechter het beroep niet gegrond verklaren en het besluit niet vernietigen op grond van strijd met het gelijkheidsbeginsel. De feitelijke grond dat deze voorwaarde

55 J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven e.a, *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

56 Vgl. .Schreuder-Vlasblom 2001 p. 16, 123-126; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 119; Schreuder-Vlasblom 1994 p. 13, 19, 23, 61, 62; Hoogenboom 1998 p. 129, 130; zie ook Stroink 1999 p. 6; Allewijn 1998 p. 293.

57 Vgl. Kooper 2000 p. 173.

niet wordt gesteld bij andere vergelijkbare besluiten was immers niet aangevoerd als grond tegen het besluit.

3.1.2 *Het stelsel van een beperkte volledige toetsing*

Een ruimer stelsel is het stelsel van een beperkte volledige toetsing. In dit stelsel wordt de grens van de rechtsstrijd gelegd bij de bestreden onderdelen van het besluit. De rechterlijke beoordeling is beperkt tot die onderdelen van het besluit die door de appellant worden bestreden. De niet bestreden delen van het besluit liggen buiten de grenzen van de rechtsstrijd en mogen niet door de rechter beoordeeld worden.

De bestreden onderdelen worden echter volledig door de rechter beoordeeld, dus zonder een beperking tot de aangevoerde gronden. Alle rechtmatigheidsaspecten van de bestreden onderdelen worden door de rechter beoordeeld ongeacht of deze onderwerp zijn van een grond. De rol van de gronden is hier om aan te geven welke onderdelen van het besluit de appellant ter beoordeling van de rechter wil leggen. In dit stelsel kan de rechter het bestreden deel van het besluit onrechtmatig oordelen op grond van een niet door appellant aangevoerde grond zonder daarbij buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden.⁵⁸ Dit is mijns inziens een vorm van aanvullen van de feiten in de zin van art. 8:69 lid 3 Awb (zie hoofdstuk 8 § 2.2 en hoofdstuk 13 § 4.1.2 en § 4.1.5).

Het verschil met het grievenstelsel blijkt bij toepassing van het in de vorige paragraaf genoemde voorbeeld. In dat voorbeeld had de appellant beroep ingesteld tegen een bestuursbesluit en als grond aangevoerd dat een bepaalde voorwaarde niet gesteld had mogen worden omdat het bestuursorgaan appellant had verzekerd dat deze voorwaarde niet gesteld zou worden. De rechterlijke beoordeling onder het stelsel van een beperkte volledige toetsing is beperkt tot een volledige beoordeling van de rechtmatigheid van deze voorwaarde, en niet alleen tot een beoordeling op grond van, juridisch gekwalificeerd, het vertrouwensbeginsel. De rechter zal onder het stelsel van een beperkte volledige toetsing alle rechtmatigheidsaspecten van de bestreden voorwaarde moeten beoordelen. Het onderzoek moet daar ook op gericht zijn. Als nu blijkt dat het stellen van deze voorwaarde ook in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, mag de bestuursrechter het beroep wel gegrond verklaren en het besluit vernietigen op grond van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Ook als de daarvoor benodigde grond niet door appellant was aangevoerd. Deze (feitelijke) grond voor de vernietiging van het besluit wordt nu binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve door de rechter aangevuld. Mijns inziens gebeurt dit op grond van art. 8:69 lid 3 Awb.

58 Vgl. Stroink 1999 p. 6; Allevijn 1998 295/296; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1.

De rechter is op grond van het beginsel van hoor en wederhoor wel verplicht om ervoor te zorgen dat partijen de gelegenheid krijgen om zich over de aan te vullen (feitelijke) grond uit te laten.⁵⁹ Een praktische reden hiervoor is dat het niet met zekerheid gezegd kan worden dat het besluit daadwerkelijk in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als het debat tussen partijen niet hierop gericht is geweest.

3.1.3 *Het compromisstelsel*

In de periode maart 1995 tot september 1996 is onderzoek gedaan naar de werking van het bestuursprocesrecht. De bevindingen hiervan zijn gepubliceerd in het boek 'Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht'.⁶⁰ In het kader van dit onderzoek zijn interviews afgenomen met rechters, ondersteunend personeel van de rechterlijke colleges, bestuursorganen en vertegenwoordigers van cliënten en advocaten.⁶¹ Burgers zijn niet geïnterviewd in het kader van dit onderzoek. Uit de weergave van deze interviews komt een derde stelsel naar voren: het compromisstelsel. Hieronder zal ik eerst kort de weergave van de interviews geven en vervolgens verder ingaan op het systeem.

*Weergave van de interviews*⁶²

Eén rechtbank stelt dat niet in algemene zin valt te zeggen hoe ver de beoordeling precies gaat. Dit hangt af van het concrete geval. Een andere stelt dat de benadering van de geschillenbeslechting een mengvorm is van actief zoeken naar rechtsgronden en een grievenstelsel: "Hierbij is men geneigd een rechtsgrond die door appellant niet is aangevoerd, ambtshalve aan te vullen in het geval het gaat om een 'standaard'-rechtsgrond en de appellant geen raadsman heeft. Deze neiging wordt echter minder wanneer de appellant wel door een raadsman wordt bijgestaan. Naar rechtsgronden die zich niet aanstonds aandienen, wordt geen diepgaand onderzoek verricht. Wat betreft het ambtshalve aanvullen van dwingende rechtsgronden, volgt deze rechtbank een pragmatische koers waarbij rekening wordt gehouden met de ernst van de schending: zo zal deze rechter een bouwvergunning wel ambtshalve vernietigen bij strijd met het bestemmingsplan, maar gaat hij hiertoe niet over indien slechts een ondergeschikte bepaling uit de bouwverordening is geschonden."⁶³ Een derde rechtbank liet het al dan niet ruimer beoordelen afhangen van de mate van ongelijkheidscompensatie.

⁵⁹ Allewijn 1998 296, 298.

⁶⁰ J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven e.a, *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.

⁶¹ Ten Berge e.a. 1996 p. 13.

⁶² Ten Berge e.a. 1996 p. 201-203.

⁶³ Ten Berge e.a. 1996 p. 201.

Van rechtshulpverleners wordt genoteerd dat “de rechter weliswaar wat minder actief is dan 50 jaar geleden, maar dat er zeker nog geen sprake is van een grievenstelsel. Rechters gaan creatief om met de mogelijkheden van de Awb en vullen recht en feiten ambtshalve aan.”⁶⁴ En verder dat “men onder de Awb nog steeds te maken heeft met actieve bestuursrechters die actief aan waarheidsvinding doen en ambtshalve beoordeling niet schuwen. In een meerderheid van zaken lopen de rechtbanken systematisch ambtshalve alle potentiële vernietigingsgronden af: ook aspecten van het geschil die door eiser niet aan de orde worden gesteld, worden in de discussie betrokken. Wat betreft dit laatste punt bepleit de desbetreffende respondent meer terughoudendheid.”⁶⁵

Van de kant van de verweerders wordt het volgende gesteld: “[De rechter is] nogal eens geneigd het geschil ambtshalve uit te breiden, waarbij ook aspecten aan de orde komen waarover in bezwaar niet is geoordeeld.”⁶⁶ Andere verweerders brachten naar voren dat “de rechters nogal wat zaken in hun beoordeling betrekken die door partijen niet zijn aangevoerd; zo controleert men bijvoorbeeld ambtshalve of er al dan niet een hoorzitting heeft plaatsgevonden en of de mandatering juist is geregeld. De grenzen van de rechterlijke beoordeling zouden duidelijker moeten zijn.”⁶⁷

Het compromisstelsel zoals dat blijkt uit ‘Ervaringen met de Awb’

Het stelsel zoals dat blijkt uit ‘Ervaringen met de Awb’ gaat verder dan het grievenstelsel, maar niet zo ver als het stelsel van een beperkte volledige toetsing. Dit compromisstelsel bestaat uit de volgende elementen. Ten eerste is de rechter bevoegd tot een beperkte volledige toetsing hetgeen inhoudt dat hij de bestreden delen volledig mag beoordelen en bevoegd is om ambtshalve feitelijke gronden aan te vullen. Het besluit kan en mag dus vernietigd worden op grond van niet aangevoerde gronden.

Het tweede element betreft de werkwijze van de rechter. De rechter beoordeelt de aangevoerde gronden uitgebreid en loopt verder de bestreden delen van het besluit na op onrechtmatigheden. Als hij bij dit nalopen ernstige of duidelijke (mogelijke) onrechtmatigheden ontdekt, zal en mag hij deze onderzoeken. Ambtshalve ontdekte onrechtmatigheden die niet ernstig en niet overduidelijk zijn, zal en mag de rechter laten rusten.

Ten derde is voor de vraag of de rechter verder ingaat op ambtshalve ontdekte onrechtmatigheden ook nog van belang de ongelijkheid tussen partijen. Bij minder ongelijkheid kan de rechter eerder een ambtshalve ontdekte onrechtmatigheid laten rusten dan bij een grotere mate van ongelijkheid.

64 Ten Berge e.a. 1996 p. 201.

65 Ten Berge e.a. 1996 p. 201/202.

66 Ten Berge e.a. 1996 p. 202.

67 Ten Berge e.a. 1996 p. 202.

Ten vierde houdt de rechter rekening met de vraag of de appellant wordt bijgestaan door rechtsbijstand. Bij een appellant die geen rechtsbijstand heeft, zal de rechter een ambtshalve ontdekte onrechtmatigheid eerder onderzoeken dan bij een appellant die wel rechtsbijstand heeft.

Het compromisstelsel kan als volgt worden samengevat. Dit stelsel houdt het midden tussen het grievenstelsel en het stelsel van een beperkte volledige toetsing. De rechter gaat hier wel verder dan het beoordelen van de gronden, maar hij gaat niet zo ver dat hij bij de bestreden delen uitgebreid de naleving van alle toepasselijke rechtsnormen onderzoekt. Hij loopt de bestreden delen van het besluit na op onrechtmatigheden. De vraag of een hierbij gevonden (mogelijke) onrechtmatigheid ambtshalve onderzocht zal worden, hangt af van de ernst van de (mogelijk) schending, de zichtbaarheid van de (mogelijke) schending, de ongelijkheid tussen partijen en of de belanghebbende rechtsbijstand heeft. Een niet in een grond bestreden (mogelijke) onrechtmatigheid komt in aanmerking voor ambtshalve onderzoek als deze ernstig is of duidelijk zichtbaar is. Verder zal zij eerder onderzocht worden als de ongelijkheid tussen partijen groter is en als de belanghebbende geen rechtsbijstand heeft.

Het compromisstelsel betekent echter niet dat de rechter niet verder zou mogen toetsen, maar slechts dat hij aan zijn beoordelingstaak heeft voldaan door naast het beoordelen van de aangevoerde grieven het besluit tevens te onderzoeken op ernstige en duidelijke onrechtmatigheden. Hij is onder dit stelsel wel bevoegd om ook niet ernstige of niet direct duidelijke onrechtmatigheden te onderzoeken en het besluit op grond hiervan te vernietigen. Hij is echter niet hiertoe verplicht.

3.2 De ontwikkelde procesregels inzake de grenzen van de rechtsstrijd

De vraag is nu welke procesregels door de bestuursrechter worden toegepast. Hiervoor moet ten eerste een onderscheid gemaakt worden tussen toetsing aan formele voorschriften en toetsing aan materiële voorschriften. Wat betreft de toetsing aan formele voorschriften hebben zowel de Centrale Raad als de Afdeling een grievenstelsel aanvaard. Dit wordt in § 3.2.5 besproken. De procesregels die door de Centrale Raad zijn ontwikkeld met betrekking tot de grenzen van de rechtsstrijd bij de inhoudelijke toetsing in de eerste instantie worden in § 3.2.1 besproken. Naar aanleiding hiervan wordt het concept onderdelen van het besluit nader behandeld (§ 3.2.2). In § 3.2.3 komen de procesregels van de Afdeling aan de orde. In § 3.2.4 wordt het probleem van de formulering van de gronden besproken.

3.2.1 De Centrale Raad van Beroep en de grenzen van de rechtsstrijd

Uit jurisprudentie van de Centrale Raad blijkt dat de beoordeling door de bestuursrechter op zich beperkt is tot de bestreden onderdelen van een besluit.⁶⁸ Als er echter sprake is van een nauw verband of verwevenheid tussen het bestreden onderdeel van het besluit en een onderdeel van het besluit waar geen gronden tegen gericht zijn, moet de bestuursrechter ook dat laatste onderdeel van het besluit beoordelen.⁶⁹ Van dergelijke verwevenheid was wel sprake in de volgende gevallen:

- Nu de opzegtermijn en de aanzegtermijn samen de lengte van de fictieve opzegtermijn en daarmee de eerste werkloosheidsdag bepalen, is “er sprake van een zodanige verwevenheid tussen de beslissingen over de opzeg- en aanzegtermijn dat het geding in hoger beroep mede omvat het geschil over de opzegtermijn.”⁷⁰
- De intrekking en de terugvordering van een recht op bijstand zijn “zo nauw met elkaar [...] verweven dat deze onderdelen binnen het hier ter beoordeling liggende bestreden besluit in het onderhavige geval als één geheel moeten worden beschouwd.”⁷¹

Maar niet in deze gevallen:

- Tussen de bestreden maatregel om een ww-uitkering blijvend te weigeren en het beschikbaarheidsvereiste bestaat “niet een zodanig verband dat de rechtbank aan die voorwaarde voor het recht op uitkering zou moeten toetsen alvorens aan de beoordeling van de opgelegde maatregel te kunnen toekomen.”⁷²
- Tussen de bestreden weigeringsgrond (niet arbeidsongeschikt) en de verzekeringsplicht bestaat “niet een zodanig nauw verband dat de rechtbank aan die voorwaarde voor het recht op uitkering zou moeten toetsen alvorens aan de beoordeling van de in het bestreden besluit neergelegde weigeringsgrond te kunnen toekomen.”⁷³

De Bock stelt dat er, onder de lijn van de Centrale Raad, sprake is van een integrale toetsing van het besluit behalve als de belanghebbende aangeeft dat hij een bepaald onderdeel niet bestrijdt.⁷⁴ Dit lijkt mij onjuist.⁷⁵ Op grond

68 CRvB 22 jan. 2003, JB 2003, 55 (m.nt. C.L.G.F.H. A.).

69 CRvB 24 dec. 2003, JB 2004, 105 (m.nt. A.J. Bok); CRvB 4 juli 2003, 01/153 NABW; CRvB 29 april 2003, JB 2003, 191; CRvB 19 dec. 2002, JB 2003, 50 (m.nt. C.L.G.F.H. A. onder JB 2003/55); vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 185/186.

70 CRvB 29 april 2003, JB 2003, 191.

71 CRvB 4 juli 2003, 01/153 NABW.

72 CRvB 19 dec. 2002, JB 2003, 50 (m.nt. C.L.G.F.H. A. onder JB 2003, 55).

73 CRvB 24 dec. 2003, JB 2004, 105 (m.nt. A.J. Bok).

74 De Bock 2004 p. 41-43, 44.

75 Vgl. Allewijn 2004 p. 283/284.

van de jurisprudentie moet gesteld worden dat de Centrale Raad de beoordeling door de bestuursrechter beperkt tot die onderdelen van het besluit die bestreden worden en die onderdelen van het besluit die verweven zijn met de bestreden onderdelen.

Vervolgens is het de vraag hoe ver de beoordeling van de betreffende onderdelen volgens de Centrale Raad zou moeten gaan. Uit het feit dat de rechter ook onderdelen moet beoordelen die niet door de gronden worden bestreden, volgt al dat de beoordeling volgens de Centrale Raad niet beperkt dient te zijn tot de aangevoerde gronden. Er is ook geen reden om aan te nemen dat deze beoordeling beperkt is tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden. De lijn van de Centrale Raad is mijns inziens dat de onderdelen die onderwerp van het beroep zijn volledig beoordeeld dienen te worden.

3.2.2 *Onderdelen van een besluit*

De beoordeling is onder de lijn van de Centrale Raad beperkt tot de bestreden onderdelen van het besluit. De vraag is vervolgens wanneer iets wel en wanneer iets niet een onderdeel van een besluit vormt. De meest eenvoudige situatie is als een beschikking uit duidelijk te scheiden delen bestaat, zoals voorwaarden bij een vergunning. Op basis van de hierboven genoemde voorbeelden in de jurisprudentie van de Centrale Raad kan echter ook gezegd worden dat elk oordeel een apart onderdeel van een besluit vormt wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd.⁷⁶ Elke beschikking bevat een aantal beslissingen die genomen moeten worden en meestal in een bepaalde volgorde. Bij de boeteoplegging door de Arbeidsinspectie zijn dit bijvoorbeeld:⁷⁷

- 1 Is er sprake van een overtreding?
- 2 Tot wie is de betreffende norm gericht?
- 3 Is er een beroep gedaan op het ontbreken van verwijtbaarheid? en
- 4 Hoe hoog dient de boete te zijn?

Als de appellant in zijn beroepschrift slechts de hoogte van de boete bestrijdt, betekent dit dat de oordelen omtrent punten 1 tot en met 3 onbestreden zijn.⁷⁸ Deze drie onderdelen liggen dan buiten de grenzen van de rechtsstrijd.

Bij de lijn van de Centrale Raad omvat de rechterlijke beoordeling ook andere onderdelen als er sprake is van verwevenheid tussen deze andere onderdelen en het bestreden onderdeel.

⁷⁶ Vgl. De Bock 2004 p. 33/34, 39, 44.

⁷⁷ Dit is niet een volledige opsomming.

⁷⁸ Overigens is de Afdeling voor deze besluiten de bevoegde appellinstantie.

3.2.3 De Afdeling en de grenzen van de rechtsstrijd

Ik zal in deze paragraaf bespreken welke procesregels door de Afdeling zijn ontwikkeld met betrekking tot de grenzen van de rechtsstrijd in de eerste instantie.

De Bock stelt dat de Afdeling uitgaat van een grievenstelsel. Zij definieert een grievenstelsel als een stelsel waarin 'alleen dat deel van het besluit, waartegen een grief is gericht, [...] onderwerp [is] van de rechterlijke toetsing.'⁷⁹ Dit is echter niet wat met een grievenstelsel bedoeld wordt. Een grievenstelsel gaat verder dan een beperking tot de door de gronden bestreden delen van een besluit. Het beperkt de toetsing tot de gronden zelf.

Het standpunt van De Bock dat ook de Afdeling uitgaat van een beperking tot de bestreden onderdelen van het besluit, is mogelijk echter wel juist.⁸⁰ Op basis van de jurisprudentie van de Afdeling gaat het mij in ieder geval te ver om te zeggen dat de Afdeling uitgaat van een grieven- of grondenstelsel. Hiervoor is de beoordeling die de rechter in eerste aanleg binnen de grenzen van de rechtsstrijd mag maken te breed. Veel uitspraken kunnen uitgelegd worden als een toepassing van een onderdelenstelsel.

ABRvS 2 april 2003, JB 2003, 129 (m.nt. C.L.G.F.H. A.) r.o. 2.3

Tot de behandeling van het beroep bij de rechtbank hebben partijen zich steeds op het standpunt gesteld dat de garages dienen te worden aangemerkt als aanbouwen in de zin van de planvoorschriften. Zij waren slechts verdeeld over de vraag of de opbouwen als kap in de zin van de planvoorschriften konden worden aangemerkt. Gelet hierop, slaagt het betoog van het college dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door te overwegen dat de garages met opbouw dienen te worden aangemerkt als uitbreidingen van woningen en niet als aanbouwen.

Het onderdeel van de beschikking waarin een beslissing werd genomen over de kwalificatie van de garages was niet bestreden. Het was voor partijen een gepasseerd station en lag derhalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd.

ABRvS 18 juni 2003, 200206043/1 r.o. 1 en 2.1

In het primaire besluit wordt een vergunning verleend voor het verbouwen/uitbreiden van een kantoor. In bezwaar wordt de bouwvergunning (alsnog) geweigerd voor dat deel van het bouwplan dat betrekking heeft op de verbouw van voormalige garages. Voor het verbouwen van de zolder wordt de vergunning gehandhaafd.

De rechtbank vernietigt de gehele beslissing op bezwaar. De Afdeling overweegt nu dat de rechtbank heeft miskend dat het beroep slechts was gericht tegen de beslissing op bezwaar voorzover daarbij de bij het primaire

⁷⁹ De Bock 2004 p. 43, 44.

⁸⁰ Anders: Jansen en Widdershoven onder ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 (m.nt OJ en RW).

besluit verleende bouwvergunning was gehandhaafd. Door de gehele beslissing op bezwaar te vernietigen is de rechtbank buiten de grens van het geschil getreden, zoals dat aan de orde was gesteld.

ABRvS 21 mei 2003, AB 2003, 324 (m.nt. TN) r.o. 2.2

Gelet op de inhoud van het beroep richtte dit zich niet tegen de beslissing van het college dat de gevraagde bouwvergunning niet kon worden geweigerd. De rechtbank heeft echter geoordeeld dat het bestreden besluit is genomen in strijd met art. 50 lid 1 Wonw., omdat de gevraagde bouwvergunning wegens strijd met het bestemmingsplan had moeten worden geweigerd. Hierdoor is de rechtbank getreden buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil.

Het beroep was niet gericht tegen het onderdeel van het besluit waarin het college had beslist dat de bouwvergunning niet kon worden geweigerd. Dit onderdeel kon dan ook niet door de rechter worden beoordeeld.

ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 294 (m.nt. dG) r.o. 2.6

Appellant voert in zijn beroepschrift geen gronden aan die betrekking hebben op de welstand. De rechtbank oordeelt dat het college niet zonder nadere motivering het positieve advies van de welstandcommissie aan het besluit op bezwaar ten grondslag had mogen leggen. De rechtbank is nu buiten de grenzen van het geschil getreden door de welstandaspecten bij haar beoordeling van de beslissing op bezwaar te betrekken. Het onderdeel van het besluit met betrekking tot de welstand was immers niet bestreden.

ABRvS 7 juli 2004, JB 2004, 295 r.o. 2.2

Uit de stukken komt niet naar voren dat aanvragers hebben beoogd het buiten toepassing laten door het college van de hardheidsclausule van art. 26 van de verordening onderdeel te laten uitmaken van het beroep. Dit is ter zitting bevestigd. Zij hebben ook geen gronden aangevoerd die op de toepassing van de hardheidsclausule zagen. Door dit onderdeel in haar beoordeling te betrekken is de rechtbank buiten de grenzen van het geschil getreden.

ABRvS 18 januari 2005, 2005457/1 r.o. 2.2

Het beroep in eerste aanleg was beperkt tot de vraag of de Staatssecretaris belanghebbende heeft kunnen aanmerken als werkgever van het slachtoffer van het arbeidsongeval. Over de hoogte van de boete zijn in eerste aanleg geen gronden aangevoerd. Door te beoordelen of de hoogte van de boete voldoende was gemotiveerd, is de rechtbank in strijd met art. 8:69 lid 1 Awb buiten de omvang van het geschil getreden.

Nu slechts het onderdeel met betrekking tot het werkgeverschap was bestreden, lag het onderdeel met betrekking tot de hoogte van de boete buiten de grenzen van de rechtsstrijd.

Op basis van het bovenstaande is mijn (voorzichtige) conclusie dat ook de Afdeling uitgaat van een beperking van de beoordeling tot de bestreden onderdelen van een besluit. Er is verder geen reden om aan te nemen dat de te maken beoordeling van de bestreden onderdelen beperkt zou zijn tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden. Ook voor de Afdeling geldt dat de onderdelen die onderwerp van het beroep zijn volledig beoordeeld dienen te worden. Verder geldt onder de jurisprudentie van de Afdeling dat de rechter onderdelen van het besluit die niet zijn bestreden toch moet beoordelen, indien deze onlosmakelijk verbonden zijn met wel bestreden onderdelen (zie hieronder).

Het bovenstaande wil niet zeggen dat een appellant de grenzen van de rechtsstrijd niet verder kan beperken. Als een belanghebbende er bijvoorbeeld uitdrukkelijk voor kiest om de beoordeling te beperken tot de toetsing aan een bepaalde rechtsnorm, is er, buiten bepalingen van openbare orde, geen grond voor de rechter om hiervan af te wijken en meer te beoordelen dan is gevraagd. De rechter zal er echter niet snel van uit mogen gaan dat een appellant een dergelijke beperking heeft bedoeld.

Een stelsel dat uitgaat van een beperking tot bestreden oordelen kan zeer dicht tegen een grievenstelsel aanliggen. Een voorbeeld hiervan is ABRvS 25 juni 2003, JB 2003, 226.⁸¹ In deze zaak oordeelde de rechtbank dat belanghebbende het gerechtvaardigde vertrouwen heeft kunnen ontlenen aan de brief van het college van 15 februari 2000 dat hem vrijstelling en bouwvergunning zou worden verleend. De Afdeling overweegt dat uit de stukken blijkt dat belanghebbende in beroep geen beroep heeft gedaan op een gewekt vertrouwen. Nu een dergelijke beroep niet was gedaan trad de rechtbank buiten de grenzen van het geschil.

Uit de uitspraak kan ik niet opmaken of belanghebbende in bezwaar een beroep had gedaan op een gewekt vertrouwen. Hoe dit ook zij, de Afdeling oordeelt dat nu een beslissing omtrent schending van het vertrouwensbeginsel niet in beroep was bestreden, het de rechtbank niet vrijstond om dit onderdeel van het besluit te beoordelen.

Ik vraag mij echter af of de Afdeling hier niet te streng is geweest. Naleving van het vertrouwensbeginsel is geen apart onderdeel van het besluit, maar maakt deel uit van de na te leven normen bij het nemen van de verschillende beslissingen (onderdelen) van het besluit. Uitgaande van het eerder genoemde voorbeeld van de verschillende oordelen bij boeteoplegging door de Arbeidsinspectie⁸² speelt bij elke beslissing de vraag of aan de rechtsnormen is voldaan waaronder het vertrouwensbeginsel. Als een belanghebbende in beroep aanvoert dat hij op basis van een gewekt vertrouwen een lagere boete had verwacht, is hiermee het onderdeel inzake het bepalen van de hoogte van de

81 Een ander voorbeeld is ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW) die hieronder onder 'Formulering van de gronden' besproken wordt.

82 Zie § 3.2.2.

boete bestreden. De beoordeling is beperkt tot dit onderdeel van het besluit (Hoe hoog dient de boete te zijn?). De beoordeling is, lijkt mij, echter niet beperkt tot een toetsing aan het vertrouwensbeginsel, maar is in principe volledig. De rechter dient bijvoorbeeld ook te beoordelen of de beleidsregel⁸³ is nageleefd bij het bepalen van de hoogte van de boete en of er sprake is van bijzondere omstandigheden in de zin van art. 4:84 Awb.

Overigens is de uitspraak van de Afdeling mijns inziens materieel wel juist. Er kan slechts sprake zijn van strijd met het vertrouwensbeginsel als een gewekt vertrouwen is geschonden. Als niet door de belanghebbende wordt gesteld dat er sprake is van een gewekt vertrouwen, kan er geen sprake zijn van strijd met het vertrouwensbeginsel. Dit is niet anders als gezien de feiten een gewekt vertrouwen aannemelijk zou zijn geweest. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte vernietigd wegens strijd met het vertrouwensbeginsel.

Samenhang-criterium

De Bock stelt dat de Afdeling in tegenstelling tot de Centrale Raad geen gebruik maakt van een samenhang-criterium. Onderdelen van een besluit kunnen niet op grond van verband met een bestreden onderdeel in de beoordeling door de bestuursrechter worden betrokken.⁸⁴ Dit is niet geheel juist. In een aantal uitspraken noemt de Afdeling als criterium de vraag of een niet-bestreden onderdeel onlosmakelijk is verbonden met het bestreden onderdeel.⁸⁵ De Afdeling neemt echter niet snel aan dat onderdelen onlosmakelijk zijn verbonden.⁸⁶ Er is mij slechts één uitspraak bekend waarin de Afdeling uit is gegaan van het onlosmakelijk verbonden zijn van een niet-bestreden onderdeel. Al overweegt zij dat niet uitdrukkelijk. Dit was in een uitspraak van 11 augustus 2004.⁸⁷ Hier overweegt de Afdeling het volgende:

“[Het] betoog van appellanten dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat de bouwvergunning van rechtswege is verleend, [kan alleen] slagen als het bouwplan in strijd is met het bestemmingsplan.

Bij de beantwoording van de door appellanten opgeworpen vraag of art. 46 lid 3 [Woningwet] eraan in de weg staat dat van rechtswege een bouwvergunning is verleend, dient de Afdeling allereerst te beoordelen of voor het bouwplan alleen bouwvergunning kan worden verleend, nadat vrijstelling is verleend met toepassing van art. 15, 17 of 19 WRO. Daartoe dient de Afdeling het bouwplan aan het bestemmingsplan te toetsen.”⁸⁸

83 Beleidsregel 33 van de Beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving.

84 De Bock 2004 p. 43.

85 ABRvS 18 januari 2006, 200505457/1; ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW); ABRvS 21 april 2004, AB 2004, 379 (m.nt. TN onder AB 2004, 380).

86 Vgl. Jansen en Widdershoven onder ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW).

87 ABRvS 11 augustus 2004, AB 2004, 380 (m.nt. TN).

88 Ro. 2.3.

Het is mogelijk dat het feit dat de Centrale Raad vaker samenhang aanneemt dan de Afdeling een gevolg is van de aard van de te beoordelen besluiten. Alleen neemt het standpunt in dat de Centrale Raad en de Afdeling in de achterliggende procesregels inzake het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd niet zo ver uit elkaar liggen. Hij stelt dat vermeende verschillen slechts een kwestie is van interpretatie. Gezien bovengenoemde jurisprudentie is dat goed mogelijk. Zolang de Centrale Raad en Afdeling niet duidelijk aangeven wat de normering is inzake het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd zal er wel onduidelijkheid blijven bestaan.

3.2.4 Formulering van de gronden

Aangezien de gronden de basis zijn voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd is het voor de belanghebbende verstandig de gronden niet te specifiek te formuleren. Hierdoor kan het geschil erg beperkt worden. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 2 juni 2004.⁸⁹ In deze zaak voert belanghebbende in haar beroepschrift zeer specifiek aan dat zij aan de voorwaarden van beleidsregel 33 lid 8 sub c van de Beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving voldoet en dat de boete derhalve met 25% gematigd had moeten worden. Haar gronden richten zich hierdoor op de mede-verwijtbaarheid van het slachtoffer aan het ongeval. De rechtbank overweegt dat door de Staatssecretaris onvoldoende is onderzocht en aannemelijk is gemaakt of de overtreding aan belanghebbende werkgever verweten kan worden. Op zich is dit, buiten de impliciete bewijslastverdeling, geen vreemde gang van zaken. De beoordeling van de verwijtbaarheid van de werkgever en de mede-verwijtbaarheid van de werknemer liggen dicht tegen elkaar aan, en meestal zullen beide binnen de grenzen van de rechtsstrijd vallen.

De Afdeling overweegt echter dat de rechtbank heeft miskend dat in het beroepschrift uitsluitend is aangevoerd dat de boete had moeten worden verlaagd, omdat voldaan is aan de voorwaarde genoemd in beleidsregel 33 lid 8 sub c. Door (het ontbreken van) de verwijtbaarheid van de overtreding bij de werkgever te beoordelen is de rechtbank getreden buiten de omvang van het geschil, 'zoals dat door [belanghebbende] aan de orde is gesteld'.⁹⁰

"[h]et geschil was beperkt tot de vraag of, zoals door [belanghebbende] gesteld en door haar aannemelijk dient te worden gemaakt, het arbeidsongeval mede aan het slachtoffer kan worden verweten omdat deze, tegen de instructies van [belanghebbende] in, zich niet aan de bij of krachtens de Arbowet opgelegde verplichtingen heeft gehouden."⁹¹

89 ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW).

90 ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW) ro. 2.3.

91 ABRvS 2 juni 2004, JB 2004, 276; AB 2004, 340 (m.nt. OJ en RW) ro. 2.3.

Als belanghebbende haar gronden ruimer had geformuleerd, had mogelijk een beoordeling van zowel het ontbreken van de verwijtbaarheid als van de mede-verwijtbaarheid van de werknemer binnen de grenzen van de rechtsstrijd gelegen.⁹²

Als belanghebbende zijn gronden echter te ruim formuleert, zijn de gronden te weinig concreet en onvoldoende bepaald om aan te merken als grond tegen de bestreden beschikking. In dat geval kan het zo zijn dat onderdelen onbestreden blijven. In het meeste extreme geval kan een te ruime formulering van de gronden ertoe leiden dat het beroep, na herkansing, niet-ontvankelijk wordt verklaard.⁹³ De belanghebbende moet dus enerzijds niet te vaag zijn, maar moet zijn gronden ook niet te specifiek stellen.

Het is zeer de vraag of de belanghebbende bovenstaande nuance door zal hebben.⁹⁴ Het lijkt me daarom aangewezen de grenzen van het geschil niet te strikt te bepalen en niet te snel een vergaande beperking aan te nemen. Dit zeker gezien het feit dat het niet de bedoeling is geweest een de facto verplichte procesvertegenwoordiging te creëren in het bestuursprocesrecht.

3.2.5 Een grievenstelsel voor formele voorschriften

Onder de Awb is een grievenstelsel ontstaan voor de toetsing aan formele voorschriften: de rechter toetst slechts aan formele voorschriften als de appellant zich op schending daarvan beroept of indien het voorschriften van openbare orde betreft.⁹⁵ De rechter zal dus niet ambtshalve toetsen aan formele voorschriften, behalve als het gaat om formele voorschriften van openbare orde.

Dit grievenstelsel is niet op de wet gebaseerd. De Awb bevat geen bepaling waarin wordt bepaald dat de rechter slechts de naleving van formele voorschriften beoordeelt als de belanghebbende over de schending van dergelijke voorschriften klaagt dan wel als de betreffende bepaling van openbare orde is. Ook de parlementaire geschiedenis noemt een dergelijke gedragslijn niet. Wel wordt het volgende in de Memorie van Antwoord gesteld:

“De toepassing van de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid is van openbare orde en staat daarmee niet ter vrije beschikking van partijen. Zo zal de rechter – en dat komt in de praktijk met enige regelmaat voor – zich inderdaad

92 Zie bv. ABRvS 9 feb. 2005, 200403288/1.

93 Vgl. CRvB 27 dec. 2001, JB 2002, 75; zie ook CRvB 10 juni 2003, AB 2003, 330 (m.nt. HBr); ABRvS 3 nov. 2004, JB 2004, 393.

94 Vgl. De Bock 2004 p. 42; Nijmeijer 2004 p. 190 en 196 ev.

95 Zie De Bock 2004 p. 53; Widdershoven 2001 p. 84, 87/88; Allewijn 1998 p. 294, 295; Verbeek (Praktijkboek bestuursrecht) § XI.4.3.3; bv. ABRvS 17 sept. 2003, JB 2003, 299 (m.nt. C.L.F.G.H. A.); CRvB 25 nov. 2004, 03/283 ALGEM; CRvB 29 april 2003, JB 2003, 192; CRvB 18 maart 2004, JB 2004, 192 (m.nt. C.L.F.G.H. A.); CRvB 11 april 2003, 02/282 WSF; CRvB 8 april 2003, 01/2825 WAO; ABRvS 29 juli 1996, JB 1996, 190 (m.nt. MAH).

niet conformeren aan bij voorbeeld een onjuiste uitleg van het besluitbegrip of een ten onrechte verschoonbaar geoordeelde termijnoverschrijding.[...]”⁹⁶

Met de stelling dat de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid van openbare orde zijn en daarmee niet ter vrije beschikking van partijen staan, worden echter slechts voorbeelden van rechtsnormen van openbare orde gegeven. Uit niets blijkt dat het feit dat dit formele voorschriften zijn hier van belang is. Het lijkt mij slechts toeval. Er kan dan ook niet uit dit deel van de parlementaire geschiedenis worden opgemaakt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om een grievenstelsel voor formele voorschriften te creëren.

Het grievenstelsel voor formele voorschriften past wel in het streven naar een finaal-materiële geschilbeslechting.⁹⁷ Bij dit streven is er geen ruimte voor de toetsing aan formele voorschriften als partijen hier niet om vragen, nu een vernietiging op grond van een formeel voorschrift niet leidt tot een finale en materiële beslechting van het geschil. Dit grievenstelsel past verder bij art. 6:22 Awb waarin is bepaald dat een besluit in stand kan worden gelaten ondanks schending van een vormvoorschrift, indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Het feit dat een formeel voorschrift niet (nauwgezet) is nageleefd is onder de Awb onvoldoende reden om de zaak terug te verwijzen als het besluit verder inhoudelijk rechtmatig is. Aangezien zelfs het eventueel constateren van een schending van formele voorschriften niet altijd tot vernietiging van het besluit hoeft te leiden, is een ongevraagde toetsing aan deze voorschriften niet een redelijke inzet van middelen. Op beide gronden is er geen reden voor een ongevraagde toetsing aan formele voorschriften.

Dit is anders als er sprake is van een formeel voorschrift van openbare orde. Naleving van deze regels is dermate belangrijk dat het niet aan partijen kan worden overgelaten om te bepalen of er aan deze formele voorschriften getoetst moet worden. Er moet altijd aan deze regels getoetst worden.

Het begrip openbare orde is echter niet bijzonder geschikt als onderscheidend criterium voor het al dan niet ambtshalve beoordelen van de naleving van formele voorschriften.⁹⁸ De betekenis van het begrip is, ook in het burgerlijk procesrecht, onduidelijk. Volgens de burgerlijk procesrechtelijke omschrijving is het standpunt zelfs verdedigbaar dat het hele bestuursrecht van openbare orde is (zie hoofdstuk 13 § 3.8.1). Op basis van de jurisprudentie kan ondertussen echter wel een opsomming gegeven worden van een aantal bepalingen die wel en die niet van openbare orde zijn (zie hoofdstuk 13 § 3.8.1).

⁹⁶ PG Awb II p. 464.

⁹⁷ Vgl. Verbeek (Praktijkboek Bestuursrecht) § XI.4.3.3.

⁹⁸ Albers onder ABRvS 17 sept. 2003, JB 2003, 299 (m.nt. C.L.G.F.H. A.).

3.3 Het stelsel van een beperkte volledige toetsing als voorkeur

Bij de vraag welk stelsel gekozen zou moeten worden, dient mijns inziens gekozen te worden voor het stelsel van een beperkte volledige toetsing. Dit stelsel voldoet het beste aan de eisen die voor een stelsel inzake de grenzen van de rechtsstrijd gelden.

Ten eerste zal het stelsel moeten aansluiten bij hetgeen in de parlementaire geschiedenis over de grenzen van de rechtsstrijd wordt gesteld. Noch uit de Awb noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de Awb uitgaat van een grievenstelsel.⁹⁹ In de parlementaire geschiedenis wordt als aanwijzing omtrent de grenzen van de rechtsstrijd gesteld dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen door de rechter buiten beschouwing worden gelaten. Het stelsel dat het meest aansluit bij deze stelling is het stelsel van een volledige beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit.¹⁰⁰

Ten tweede betekent de keuze voor rechtsbescherming als doel van het bestuursprocesrecht dat dit procesrecht een adequaat kader dient te bieden voor het bindend beslechten van het (werkelijke) geschil met betrekking tot het besluit.¹⁰¹ Een stelsel waarbij de toetsing gericht is op de mate waarin het besluit in geschil is, en die verder gaat dan slechts het beoordelen van de gronden, voldoet beter dan een grievenstelsel.

Ten derde is één van de kenmerken van het bestuursprocesrecht dat deze toegankelijk moet zijn voor de burger. Het te ontwikkelen stelsel mag niet een te zware last op hem leggen en dient uit te gaan van het concept van een faciliterend bestuursprocesrecht. Van de burger mag niet verwacht worden dat hij zich het (on)geschreven formele en materiele bestuurs(proces)recht eigen maakt om de rechter en bestuur te kunnen bedienen van duidelijke en eenvoudig controleerbare gronden. De burger is over het algemeen niet juridisch onderlegd en hoeft dat ook niet te worden. Tegenover het gemak waarmee het bestuur eenzijdig (via besluiten) kan ingrijpen in het leven van een burger moet een bestuursprocesrecht staan waarin de burger met gelijk gemak deze besluiten door de rechter kan laten beoordelen. Hierbij past een stelsel dat de burger zijn fouten en omissies niet te zwaar aanrekent. Dit is zeker het geval als het gaat om fouten waarvan de burger gezien zijn gebrekkige juridische kennis niet weet dat het fouten zijn. Het is in die gevallen voldoende dat de appellant aangeeft met welke onderdelen van het besluit hij het niet eens is en dit enigszins onderbouwt met gronden.

Ten vierde zal het te kiezen stelsel niet mogen leiden tot een de facto verplichte rechtsbijstand. Een kenmerk van het bestuursprocesrecht, dat voortbouwt op de toegankelijkheid, is dat rechtsbijstand niet verplicht is. In een stelsel dat de belanghebbende confronteert met een beperking tot aangevoerde

99 Vgl. Allewijn 1998 p. 295.

100 Vgl. De Bock 2004 p. 29, 31, 33.

101 PG Awb II p. 174.

gronden is rechtsbijstand bijna vereist.¹⁰² Een burger is niet bekend met het recht en zal niet weten welke gronden hij aan kan voeren om zijn doel te bereiken.¹⁰³ Hij zal beter in staat zijn om aan te geven met welk deel van het besluit hij het niet eens is dan om precies aan te geven hoe dit deel onrechtmatig is.¹⁰⁴ Ook hier voldoet een stelsel van een beperkte volledige toetsing als beste.

De redenen om de beoordeling te beperken zijn voornamelijk praktisch. Een meer volledige beoordeling van een besluit neemt nu eenmaal meer tijd in beslag dan een meer beperkte beoordeling. Hoe meer tijd een rechter steekt in de ene zaak, hoe minder tijd hij over heeft voor de andere. Dit betekent dat een ruimere beoordeling leidt tot een toename van de rechterlijke en ondersteunende ambtenaren om de beroepschriften nog binnen de redelijke termijn af te doen.

Daarbij betekent een meer volledige beoordeling ook meer werk voor het bestuursorgaan. Een stelsel van een beperkte volledige beoordeling zou kunnen leiden tot een uitgebreider verweer dan als slechts de gronden weerlegd hoeven te worden. Als de rechter ambtshalve een potentiële onrechtmatigheid onderzoekt, moet het bestuursorgaan (naast andere partijen) in de gelegenheid gesteld worden om haar visie te geven. Het belang van het beschermen van de rechten van de burger zou moeten worden afgewogen tegen het algemene belang dat het bestuur effectief en efficiënt moet kunnen besturen.¹⁰⁵

Deze laatste twee argumenten overtuigen mij echter niet. Mijns inziens zal het extra werk voor het bestuursorgaan en de rechter beperkt zijn. Daarbij mogen personele of organisatorische problemen bij de rechterlijke macht en het bestuur niet op de burger afgewenteld worden. Zij mogen dus in principe niet van invloed zijn op de vorming van (bestuurs)procesrecht.

3.4 De rechtsgrond voor de beperking van de grenzen van de rechtsstrijd

Art. 8:69 lid 1 Awb wordt genoemd als rechtsgrondslag voor de beperking van de rechtsstrijd. Art. 8:69 lid 1 Awb luidt als volgt:

‘De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.’

102 Vgl. De Bock 2004 p. 51-52.

103 Hoe belangrijk de formulering van de gronden in een grievenstelsel zijn blijkt uit de situatie die Nijmeijer schetst in zijn artikel ‘Het bestemmingsplan en de bouwvergunning. Een niet-ambtshalve door de bestuursrechter te toetsen relatie’ (Jurisprudentie Bestuursrecht plus 2004) p. 196-198.

104 Vgl. De Bock 2004 p. 42, 54-55; Stroink in zijn noten onder ABRvS 22 mei 1997, JB 1997, 170 (m.nt. F.A.M.S.) en Vz. ABRvS 10 feb. 1997, JB 1997, 99 (m.nt. F.A.M. S.); Heldeweg in zijn noot onder ABRvS 29 juli 1996, JB 1996, 190 (m.nt. MAH).

105 Vgl. Rapport Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 14.

De redenering is dat uit de zinsnede ‘op de grondslag van’ volgt dat de rechterlijke beoordeling beperkt is.¹⁰⁶ In het burgerlijk procesrecht is de rechter beperkt tot de door eiser aangevoerde feitelijke gronden die tezamen de feitelijke grondslag van de vordering vormen. Met grondslag in art. 8:69 lid 1 Awb zou feitelijke grondslag zijn bedoeld zodat ook de bestuursrechter beperkt is tot de feitelijke grondslag die tijdens het geding naar voren wordt gebracht.

Deze redenering overtuigt mij niet. Zo beschouwd heeft art. 8:69 lid 1 Awb betrekking op de feitelijke gronden en niet op de mate waarin het besluit wordt bestreden. Art. 8:69 lid 1 Awb kan echter geen beperking betekenen tot de door partijen aangevoerde feitelijke gronden, aangezien art. 8:69 lid 3 Awb de rechter de bevoegdheid geeft om ambtshalve de feitelijke gronden aan te vullen (zie hoofdstuk 13 § 4.1.2).

Met de zinsnede ‘op de grondslag van’ wordt mijns inziens niet meer bedoeld dan dat de rechter zijn oordeel moet nemen *op basis van* genoemde elementen. Dit betekent wat betreft de omvang van de rechtsstrijd dat de rechter de mate waarin het besluit is bestreden, en derhalve ter beoordeling ligt, moet bepalen op grond van (al) hetgeen in een procedure voorvalt. De rechtsnorm dat de rechter zijn beoordeling moet beperken tot de mate waarin het besluit is bestreden, staat mijns inziens niet in art. 8:69 lid 1 Awb.

Uit deze bepaling vloeit wel voort dat de rechter bij het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd niet beperkt is tot hetgeen in het beroepschrift is aangevoerd. Deze beperking zou zich ook niet verhouden met de stelling in de parlementaire geschiedenis dat uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift niet kan worden afgeleid dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen.¹⁰⁷ Ook verder blijkt uit de parlementaire geschiedenis niet van een primaat van het beroepschrift.

In de tekst van art. 8:69 lid 1 Awb gaat het slechts om een opsomming van de verschillende elementen van het geding waarop de rechter zich mag en moet baseren. Uit de tekst van art. 8:69 lid 1 Awb volgt ten eerste dat de rechter alles moet meewegen wat in het geding, bestaande uit de genoemde elementen, naar voren is gebracht in welke vorm dan ook. Ten tweede volgt hieruit dat de rechter zich ook alleen maar mag baseren op hetgeen tijdens dit geding naar voren is gebracht. Het beroepschrift wordt als eerste genoemd, omdat dat nu eenmaal het begin van de beroepsprocedure is en de opsomming in art. 8:69 lid 1 Awb in chronologische volgorde staat.

¹⁰⁶ Kooper 2000 p. 171.

¹⁰⁷ PG Awb II p. 463.

3.5 Factoren die van belang zijn bij het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd

In deze paragraaf wil ik aandacht besteden aan een aantal factoren die van belang zijn bij het bepalen van de grenzen van een concrete rechtsstrijd. Dit is geen volledige opsomming van relevante factoren. Daarvoor is het systeem rond de grenzen van de rechtsstrijd nog teveel in beweging. De volgende factoren komen aan de orde:

- 1 de vordering en het verhaal;
- 2 de inbreng van gronden na het beroepschrift; en
- 3 hulp van de rechter bij de aanvoer van gronden.

Naast deze factoren zal ook kort aan de orde komen of partijen die op grond van art. 8:26 Awb als partij aan het geding deelnemen gronden kunnen aanvoeren. Als laatste bespreek ik de stelling dat de wensen van partijen uitgangspunt zijn voor de afbakening van de rechtsstrijd.

Uit de jurisprudentie blijkt dat hetgeen in de bezwaarschriftprocedure is aangevoerd een beperking kan betekenen voor de gronden die in beroep kunnen worden aangevoerd. Voor een bespreking van deze argumentatieve fuik verwijs ik naar hoofdstuk 11 § 4.

3.5.1 *De vordering en het verhaal*

In alle genoemde stelsels spelen de aangevoerde gronden een belangrijke rol bij het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd. Deze zullen inderdaad de belangrijkste factor zijn, maar mijns inziens zal voor het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd ook gekeken moeten worden naar een eventuele vordering en naar het 'verhaal' van de appellant. De rechter mag immers niet zonder meer afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde gronden. De vordering en het verhaal vormen de context waarbinnen de gronden geïnterpreteerd moeten worden.¹⁰⁸

Verder is de beperking van de beoordeling gericht op het geschil. Daarvoor zal verder gekeken moeten worden dan slechts de geformuleerde gronden, zoals in de parlementaire geschiedenis ook gesteld wordt.¹⁰⁹

3.5.2 *De inbreng van gronden na het beroepschrift*

Het aangewezen moment om gronden aan te voeren is in het beroepschrift. In dit document geeft de appellant primair aan wat er zijns inziens mankeert aan het besluit op bezwaar. De appellant is zelfs op straffe van niet-ontvanke-

¹⁰⁸ Vgl. De Bock 2004 p. 35.

¹⁰⁹ PG Awb II p. 463.

lijkheid verplicht om gronden op te nemen in zijn beroepschrift.¹¹⁰ De mogelijkheid tot het aanvoeren van gronden is echter niet beperkt tot het beroepschrift. De appellant is bevoegd om ook daarna nog nieuwe gronden aan te voeren.¹¹¹

Deze bevoegdheid is echter begrensd. Een appellant die nadere gronden wil aanvoeren zal rekening moeten houden met de eisen van hoor en wederhoor, de eisen van de goede procesorde en de belangen van derden.

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat als een nieuwe grond in het geding wordt gebracht de andere partijen voldoende gelegenheid moeten krijgen om hierop te reageren. Hier wordt de consequentie aan verbonden dat als het geding hiervoor onvoldoende gelegenheid biedt, de rechter het nieuwe bezwaar zal moeten passeren.¹¹² Het beginsel van hoor en wederhoor verplicht hier echter niet toe. Als het geding in de huidige stand onvoldoende gelegenheid biedt voor de andere partijen om te reageren, kan de rechter het geding immers ook aanhouden om partijen die gelegenheid te geven.

Hoe de rechter in casu moet beslissen, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Een reden om te kiezen voor het passeren van de nieuwe grond is dat het beoordelen hiervan teveel nader onderzoek met zich zal brengen om aan de eisen van een zorgvuldige beoordeling te voldoen. Een andere overweging die hier speelt is dat een procedure eens moet zijn afgelopen. Het is voor risico van de appellant als hij nog zo laat in het geding een grond aanvoert. Anderzijds zijn van belang de vragen waarom de grond nu pas wordt ingebracht en hoe ernstig de aangevoerde (beweerde) schending is.

Een tweede begrenzing van het later aanvoeren van gronden wordt gevormd door de goede procesorde. Er kan ten eerste sprake zijn van strijd met de goede procesorde als de nieuwe grond te laat in de procedure is ingediend. Dit staat los van eventuele verdedigingsperikelen van de verweerder. In dit geval is te laat gewoon te laat.¹¹³

Zeker als de gronden de facto het onderwerp van de beoordeling zijn, is de vraag van belang of de belanghebbende die zonder rechtsbijstand procedeert wel op de hoogte is van deze begrenzing door de goede procesorde. Door het aanvoeren van nieuwe gronden kan blijken dat de grenzen van de rechtsstrijd anders gelegd moeten worden dan op basis van het beroepschrift is gedaan.¹¹⁴ De ruimte dient in beginsel aanwezig te zijn om nadere gronden

110 Art. 6:5 jo. 6:6 Awb.

111 Vgl. Bolt 1999 p. 660; Pennarts 1998 p. 59; Ten Berge 1999 p. 131 ev.; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 87; Ten Berge e.a. 1996 p. 10.

112 Vgl. ABRvS 12 nov. 2003, AB 2004, 85 (m.nt. A.T. Marseille); ABRvS 29 jan. 2002, JB 2002, 100 (m.nt. C.L.G.F.H. A.); Ten Berge 1999 p. 133; Bolt 1999 p. 660; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 6 sub c.

113 Vgl. CBB 26 mei 2004, AB 2004, 279 (m.nt. JH vdV); CBB 1 april 2004, AB 2004, 195; CRvB 10 okt. 2002, JB 2002, 369; CBB 22 nov. 2001, AB 2002, 55 (m.nt. JHvdV); Ten Berge 1999 p. 134; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 87.

114 Vgl. Ten Berge 1999 p. 133/134.

aan te voeren, zelfs ter zitting. Dit om de onwetende belanghebbende de gelegenheid te geven de beslissing op bezwaar te bestrijden zoals hij dat bedoeld heeft. Het kan zijn dat deze gronden zo ver gaan dat zij teveel nader onderzoek vergen of de behandeling hiervan in strijd komt met de belangen van andere partijen of derden. Zeker als dit wordt gewogen tegen de reden dat de grond pas later is aangevoerd. Dit zou in dat geval de reden zijn om deze gronden toch te passeren, en niet zozeer de goede procesorde.

Een andere wijze waarop het aanvoeren van een grond in strijd kan zijn met de goede procesorde is als eerder uitdrukkelijk is aangegeven dat een (mogelijke) onrechtmatigheid niet in het geding is.¹¹⁵ Ook hier zal de vraag of dit voldoende reden is om de grond te passeren afhangen af van de omstandigheden van het geval. Van belang is bijvoorbeeld waarom de appellant afstand heeft gedaan en waarom de grond nu toch weer wordt aangevoerd. Het feit dat eerder uitdrukkelijk is gesteld dat een bepaald (mogelijke) onrechtmatigheid niet wordt bestreden, is echter een zwaarwegende factor bij de vraag of een later ingediende grond dat toch tegen deze onrechtmatigheid is gericht meegenomen moet worden.

Naast de eisen van het beginsel van hoor en wederhoor en de goede procesorde, moet de rechter bij de aanvoer van gronden later in het geding rekening houden met de belangen van derden. Het kan zijn dat door de aanvoer van deze grond het geding nu van belang is geworden voor belanghebbenden die tot nu toe geen partij waren. Afgaand op het beroepschrift bracht de beroepsprocedure geen risico mee voor hun positie, maar na de aanvoer van de nieuwe grond wel.¹¹⁶ Deze belanghebbenden kunnen in dit geval op grond van art. 8:26 Awb vragen om als partij aan het geding deel te nemen. De rechter zal ook zelf in de gaten moeten houden of de belangen van derden in het geding komen, en als duidelijk is dat dit het geval is, hen moeten uitnodigen om deel te nemen aan het geding. Door de wijziging van de grenzen van de rechtsstrijd zijn de belangen van deze derden in het geding gekomen en zij hebben het recht om zich tegen een inbreuk op hun belangen te verdedigen.

De gevolgen van het aanvoeren van nieuwe gronden hangt sterk af van het gekozen stelsel. Een grond dat op hetzelfde onderdeel is gericht als de eerdere gronden zal bijvoorbeeld in het grievenstelsel meer onderzoek vergen dan in het stelsel van een beperkte volledige toetsing aangezien in dit laatste stelsel het onderzoek breder is en mogelijk al gericht is geweest op de in deze grond bestreden onrechtmatigheid.

Bovenstaande begrenzingen spelen uiteraard niet als de nieuwe grond gericht is tegen een punt dat de rechter al ambtshalve moet beoordelen.

115 Vgl. Bolt 1999 p. 660.

116 Vgl. Ten Berge 1999 p. 133.

3.5.3 Hulp van de rechter

De rechter dient te onderzoeken waartegen de belanghebbende zijn beroep richt.¹¹⁷ Een belangrijke vraag is of de rechter bevoegd is om de appellant te helpen als het gaat om het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Het staat vast dat de rechter bevoegd is om vragen te stellen aan partijen met betrekking tot de omvang van het geschil. Hij mag vragen stellen om een zo duidelijk mogelijk beeld te krijgen van het tussen partijen bestaande geschil.¹¹⁸ Zo mag hij bijvoorbeeld verduidelijking vragen aan appellant als de grenzen van de rechtsstrijd hem onduidelijk zijn. Verder mag hij controleren of zijn beeld van wat in geschil is, juist is. In dit kader kan hij zelfs aan de appellant de vraag voorleggen of het juist is dat deze in een bepaald gebrek heeft willen berusten.¹¹⁹ In deze zin mag hij de belanghebbende helpen.

De vraag is of de rechter bevoegd is om de suggestie te doen aan een appellant om het beroep tevens te richten tegen een onrechtmatigheid of een deel van het besluit als deze bij de huidige stand van zaken duidelijk niet binnen de grenzen van de rechtsstrijd ligt. Pennarts stelt dat het de rechter vrijstaat om dergelijke suggesties te doen als het hem dienstig lijkt om nu nog onbestreden delen toch te beoordelen. Als de appellant aangeeft bij zijn eigen keuze te blijven, dient de rechter dit te respecteren en blijft het onbestreden deel of de onbestreden onrechtmatigheid buiten de rechterlijke beoordeling liggen.¹²⁰ Bolt wil niet zo ver gaan. De rechter mag niet optreden als raadsman van de appellant door te wijzen op onderdelen die onrechtmatigheden bevatten. De rechter moet zich beperken tot controlerende vragen met betrekking tot de omvang van de rechtsstrijd, aldus Bolt. Daarbij dient wel vermeld te worden dat Bolt van mening is dat de beperking van de toetsing tot enkele onderdelen weinig zal voorkomen en dat in het algemeen het gehele besluit ter beoordeling voorligt.¹²¹ Buiten deze auteurs wordt door anderen niet direct op deze vraag ingegaan.

Er is mij geen jurisprudentie bekend waarin de rechter een partij heeft geholpen door haar op een onrechtmatigheid te wijzen. De vraag of de rechter hiertoe bevoegd is, zal dan ook vooralsnog onbeantwoord moeten blijven.

Het is mogelijk dat op basis van vragen van de rechter de grenzen van de rechtsstrijd anders komen of blijken te liggen dan tot dan toe door de wederpartij of derde-belanghebbenden werd gedacht. De rechter zal de andere partijen in dat geval voldoende de gelegenheid moeten geven om hun stellingen aan te passen aan de gewijzigde grenzen. Dit kan zo ver gaan dat de

117 Vgl. De Bock 2004 p. 35.

118 Vgl. De Bock 2004 p. 32; Bolt 1999 p. 659.

119 Vgl. PG Awb II p. 463; Bolt 1999 p. 638,639; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 125; Bruning 1994 p. 455; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1.

120 Pennarts 1998 p. 59; vgl. De Bock 2004 p. 32.

121 Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1; Bolt 1999 p. 638.

rechter derde-belanghebbenden die (nog) niet aan het geding deelnemen van de wijzigingen of interpretatie van de grenzen van het geschil op de hoogte stelt. Het is immers mogelijk dat deze derde-belanghebbenden uitgingen van een andere interpretatie van de grenzen en om die reden vooralsnog niet als partij aan het geding deelnamen.

3.5.4 De rol van art. 8:26 Awb

Belanghebbenden kunnen op twee manieren als partij deelnemen aan een bestuursgeding in eerste instantie: als appellanten en als belanghebbenden die op grond van art. 8:26 Awb als partij aan het geding deelnemen. Deze 8:26-partijen kunnen de appellanten of de verweerder steunen, maar ook een geheel eigen positie innemen. De rechtspositie van een belanghebbende die op grond van art. 8:26 Awb deelneemt, is anders dan van de belanghebbende die beroep instelt. Deze 8:26-partijen kunnen geen invloed kunnen uitoefenen op de grenzen van de rechtsstrijd. Zij nemen deel aan het geding binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals die door appellanten worden bepaald.¹²² Zij kunnen de grenzen van de rechtsstrijd dus niet uitbreiden en ook niet het geding overnemen als appellanten het beroep (gedeeltelijk) intrekken.

Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de Afdeling van 14 januari 2004.¹²³ Het college van B&W had geweigerd appellant een bouwvergunning te verlenen. Nadat bezwaar en beroep ongegrond waren verklaard, stelde appellant appel in. Drie derde-belanghebbenden waren als partij toegelaten. Zij voeren aan dat het bouwwerk in strijd zou komen met het bestemmingsplan. De Afdeling overweegt als volgt:

“Nu [derde-belanghebbenden] geen hoger beroep hebben ingesteld en deze stelling buiten de grenzen van het door appellant aan de orde gestelde geschil valt, dient deze – daargelaten de juistheid ervan – in hoger beroep buiten beschouwing te blijven.”¹²⁴

De rechtsnorm dat een partij die op grond van art. 8:26 Awb deelneemt aan het geding slechts ‘meelift’ in het beroep van een ander blijkt ook uit de uitspraak van de Afdeling van 28 januari 2004.¹²⁵ In deze zaak had een stichting zelf geen beroep ingesteld, maar slechts deelgenomen aan het geding op grond van art. 8:26 Awb. De stichting kon zich niet verenigen met de uitspraak en stelde hoger beroep in. De Afdeling oordeelt dat het de stichting verweten kon worden dat zij geen beroep had ingesteld, en dat zij dus op grond van art. 6:13 jo. 6:24 Awb niet-ontvankelijk verklaard moet worden. Het feit dat

122 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 153; Schreuder-Vlasblom 1994 p. 24.

123 ABRvS 14 jan. 2004, AB 2004, 239 (m.nt. TN).

124 ABRvS 14 jan. 2004, AB 2004, 239 (m.nt. TN) r.o. 2.3.

125 ABRvS 28 jan. 2004, 200300389/1.

zij op grond van art. 8:26 Awb als partij had deelgenomen aan het geding doet daar niet aan af. Een 8:26-partij heeft geen recht op het instellen van hoger beroep en kan dus niet de strijd voortzetten bij een hogere instantie als de partij die beroep heeft ingesteld hiervan afziet.

Zij heeft wel het recht om hoger beroep in te stellen als het haar redelijkerwijs niet verweten kan worden dat zij geen beroep heeft ingesteld (art. 6:13 Awb). Art. 8:26 Awb staat hier los van. Een belanghebbende heeft dit recht ook als zij in eerste instantie geen partij was geweest.

3.5.5 De wensen van partijen

Een standpunt dat wordt ingenomen is dat bij de afbakening van de rechtsstrijd de wensen van partijen uitgangspunt behoren te zijn.¹²⁶ Dit lijkt mij onjuist. Allereerst omdat de wensen van partijen (het bestuursorgaan en de belanghebbende, en belanghebbenden met tegengestelde belangen) tegengesteld zijn. Verder omdat de wensen van de appellant niet centraal staan: een appellant die een parkeervergunning heeft aangevraagd, wenst die parkeervergunning; een appellant die een uitkering heeft aangevraagd, wenst die uitkering. Als deze wens centraal staat, behoort de rechter het gehele besluit te onderzoeken en te beoordelen of deze wens verwerkelijk kan worden. Dit is niet het geval onder de Awb. De bepalende factoren bij de afbakening van het geschil zijn de (feitelijke) gronden die appellant aanvoert.

4 HET VERBOD VAN REFORMATIO IN PEIUS

Onder de Awb wordt de beoordeling door de rechter ook begrensd door het verbod van reformatio in peius.¹²⁷ Het verbod van reformatie in peius houdt in dat de indiener van een beroepschrift niet door het feit dat hij beroep instelt in een nadeliger positie mag komen te verkeren dan waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij geen beroep zou hebben ingesteld.¹²⁸ Deze omschrijving bevat een aantal elementen:

- indiener van het beroepschrift (§ 4.1);
- een nadeliger positie (§ 4.2);
- door het instellen van het beroep (§ 4.3).

Als laatste komt de rol van rechtsnormen van openbare orde bij dit verbod aan de orde (§ 4.4).

126 Zie bijvoorbeeld Marseille 2003 p. 109; Commissie Boukema 2002 p. 29; Widdershoven e.a. 2001 p. xvi, 210.

127 PG Awb II p. 175, 463, 464.

128 Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.5.

4.1 Indiener van het beroepsschrift

Het verbod van reformatio in peius is gericht op de positie van de appellant.¹²⁹ De positie van de geadresseerde wordt dus niet beschermd door het verbod van reformatio in peius als alleen derde-belanghebbende(n) beroep instellen. Dit zou ook wel wonderlijk zijn. De geadresseerde zou een vorm van immuniteit hebben gekregen en de meeste beroepen van derde-belanghebbers zouden kansloos zijn.

Het verbod van reformatio in peius geldt niet in situaties met belanghebbenden met tegengestelde belangen.¹³⁰ Er is dan ook geen sprake van een verboden reformatio in peius in rechtszaken waarin appellanten met tegengestelde belangen beroep hebben ingesteld en de positie van de één verslechtert ten gunste van de ander. Dit volgt ook uit de omschrijving van het verbod. Het verbod houdt immers in dat de positie van de appellant niet nadeliger mag worden door het enkele feit dat hij beroep heeft ingesteld. Hieruit vloeit voort dat de positie nadeliger kan en mag worden ten gevolge van het beroep van een ander.

4.2 Nadeliger positie

Bij het bepalen of er sprake zou zijn van een 'nadeliger positie' gaat het om het vergelijken van de rechtspositie na het einde van het geding met de rechtspositie die de appellant inneemt na de beslissing op bezwaar: voor het besluit op bezwaar mag niet, ex tunc en met terugwerkende kracht, een minder gunstig besluit in de plaats worden gesteld.¹³¹ Hieronder valt ook het geval dat de rechter het besluit in stand laat op minder gunstige gronden dan het oorspronkelijke besluit.¹³²

4.3 Door het instellen van het beroep

Het gaat er om dat *het instellen van het beroep* niet mag leiden tot een nadeliger positie. Dit ziet ten eerste op het voorkomen van de situatie dat door de uitspraak waarin de rechter een besluit vernietigt de weg vrijkomt voor het bestuur om een minder gunstig besluit te nemen, terwijl deze mogelijkheid zonder de vernietiging niet zou hebben bestaan. In de meeste gevallen is het het bestuur verboden om een eenmaal genomen besluit zomaar in te trekken

¹²⁹ Vgl. Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 4.

¹³⁰ PG Awb II p. 464; vgl. Kooper 2000 p. 174; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 4.

¹³¹ Vgl. Bolt 1999 p. 641; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.5.

¹³² Vgl. Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 4.

en te vervangen door een minder gunstig besluit. Het is niet de bedoeling van het bestuursprocesrecht, en zeker niet bestuursprocesrecht met als doel rechtsbescherming, om het bestuur deze mogelijkheid toch te verschaffen door middel van vernietiging door de rechter.

Het is mogelijk dat het instellen van het beroep het bestuursorgaan aanzet tot verder onderzoek met betrekking tot de situatie *ex tunc* op grond waarvan zij een minder gunstig vervangend besluit zou willen nemen. De rechter zal in beginsel geen rekening houden met deze feiten bij de beoordeling van het besluit. Het bestuur was immers aangezet tot het nadere onderzoek doordat beroep was ingesteld. Het rekening houden met deze feiten zou leiden tot een nadeligere positie door het instellen van het beroep en valt ook onder het verbod van *reformatio in peius*.

In die gevallen echter waarin het bestuur bevoegd is om het besluit in te trekken en te vervangen door een minder gunstig besluit is ook de rechter bevoegd om rekening te houden met de ‘nieuwe’ feiten en het besluit te vernietigen ook al zou dit leiden tot een nadeliger positie voor de appellant.

4.4 Het verbod van *reformatio in peius* en rechtsnormen van openbare orde

Het verbod van *reformatio in peius* geldt niet als de nadeliger positie het gevolg is van het toetsen aan en toepassen van rechtsnormen van openbare orde.¹³³ Appellanten kunnen op grond van rechtsnormen van openbare orde na het geding in een slechtere positie gebracht zijn dan dat zij voor het beroep innamen. Een voorbeeld hiervan is het volgende. De belanghebbende stelt bezwaar in, maar het bezwaar is buiten de termijn van art. 6:7 Awb ingediend. Het bestuursorgaan behandelt het bezwaar inhoudelijk en in de beslissing op bezwaar wordt het besluit ten gunste van de belanghebbende gewijzigd. De belanghebbende krijgt niet volledig gelijk en stelt beroep in. De rechter is nu verplicht om de ontvankelijkheid van het bezwaar te beoordelen. Rechtsnormen met betrekking tot de ontvankelijkheid zijn immers van openbare orde. De rechter zal nu de bestreden beslissing op bezwaar vernietigen en op grond van overschrijding van de bezwaartermijn het bezwaar niet-ontvankelijk verklaren waarbij het ongunstigere primaire besluit (volledig) herleeft.

¹³³ Vgl. Brugman 2005 p. 265; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 3; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 132.