



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).

13 | Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb

1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is de achtergrond van de toepassing van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb behandeld. In dit hoofdstuk komen deze bepalingen zelf aan de orde. In § 2 wordt de mate waarin art. 8:69 lid 2 en 3 Awb in de jurisprudentie voorkomen besproken. In § 3 wordt art. 8:69 lid 2 Awb en het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden besproken. In § 4 komt art. 8:69 lid 3 Awb en het ambtshalve aanvullen van de feiten aan de orde.

2 JURISPRUDENTIEONDERZOEK

Bij de bestudering van art. 8:69 Awb ontstond de indruk dat hoewel art. 8:69 lid 2 en 3 Awb als belangrijke bepalingen werden beschouwd, zij (relatief) weinig voorkomen in de jurisprudentie. In dit kader heb ik onderzoek gedaan in de onderdelen 'Administratiefrechtelijke Beslissingen' en 'Bouwrecht' van de elektronische databanken van Kluwer, de elektronische databank op www.rechtspraak.nl en de elektronische databank op www.wettenbank.sdu.nl. De onderzochte periode was vanaf 1 januari 1994 tot en met 5 augustus 2003. De jurisprudentie van na deze periode is overigens wel in het onderzoek en de hoofdstukken van dit proefschrift betrokken. De resultaten van het jurisprudentie-onderzoek heb ik opgenomen in tabellen in bijlage 1.

Verreweg de meeste uitspraken waarin art. 8:69 Awb voorkomt, betreffen de grenzen van de rechtsstrijd. De leden 2 en 3 komen veel minder voor. Dit is inclusief de annotaties, voorzover een databank annotaties kent. In de onderzochte periode werd art. 8:69 lid 2 Awb 66 keer in een uitspraak genoemd. Het artikel werd 74 keer genoemd in de noot bij een uitspraak en 7 keer in zowel de noot als de uitspraak. Art. 8:69 lid 3 Awb werd 3 maal genoemd in de uitspraak en 11 maal alleen in de noot. In geen enkel geval in beide.

Bij art. 8:69 lid 2 Awb moet nog vermeld worden dat de rechtbank Rotterdam op een gegeven moment de volgende overweging, of een overweging van gelijke strekking, is gaan gebruiken:

"Nu ook overigens – en binnen de grenzen van artikel 8:69, eerste en tweede lid, van de Awb – niet is gebleken van strijd met enige geschreven of ongeschreven

rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel, kan het bestreden besluit in rechte standhouden en dient het beroep van eiseres ongegrond te worden verklaard.”

Op zich wordt art. 8:69 lid 2 Awb wel genoemd, maar aangezien niet duidelijk is gemaakt hoe die grenzen luiden of hoe deze bepaling een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de uitspraak, voegt deze overweging weinig toe aan het beeld van art. 8:69 lid 2 Awb. Voor de onderzochte periode ging het om 31 gevallen waarin deze of een gelijkende overweging werd gebruikt.

Verreweg de meeste uitspraken inzake art. 8:69 lid 2 Awb hebben betrekking op de vraag of de rechter ambtshalve een rechtsnorm bij de beoordeling van het besluit mag betrekken. Dit kan echter zowel ambtshalve toetsing (buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald) als ambtshalve aanvulling (binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald) zijn. Een complicatie bij bestudering van de jurisprudentie is dat de discussie over de betekenis van het aanvullen van de rechtsgronden en de discussie over de rechterlijke bevoegdheden en beperkingen, en met name omtrent de grenzen van de rechtsstrijd, door elkaar lopen. Een ander probleem is dat meestal niet duidelijk wordt aangegeven hoe art. 8:69 lid 2 Awb in het concrete geval is toegepast.

Het is opvallend hoe weinig art. 8:69 lid 2 Awb, en met name art. 8:69 lid 3 Awb voorkomen in de jurisprudentie. Van de zaken waarin art. 8:69 lid 2 of 3 Awb worden genoemd, gebeurt dit over het algemeen in de noten en niet in de uitspraak zelf.¹ De vraag kan dan ook gesteld worden of art. 8:69 lid 2 en/of 3 Awb een rol spelen in het proces.

Daarentegen gaat hier wel om de gepubliceerde uitspraken. Dit is maar een deel van de uitspraken die worden gedaan. Anderzijds gaat het hier om de (samengevoegde) resultaten van vier belangrijke juridische databanken, en bevat de databank op www.rechtspraak.nl een groot aantal uitspraken.

Het is verder nog van belang dat het enkele feit dat een artikel niet wordt genoemd in een uitspraak nog niet wil zeggen dat deze bepalingen geen rol hebben gespeeld. Als de rechter bijvoorbeeld in het kader van art. 8:69 lid 2 Awb de mogelijkheid van aanvulling heeft onderzocht, maar heeft besloten dat dit toch niet nodig of mogelijk was, zal dit vaak niet blijken uit de uitspraak.

1 Het plaatje bij art. 8:69 lid 2 Awb is enigszins vertekend door de standaardoverweging van de rechtbank Rotterdam: van de 66 uitspraken waarin art. 8:69 lid 2 Awb werd genoemd in de uitspraak waren er 31 waarin dit deze standaardoverweging betrof.

3 ART. 8:69 LID 2 AWB: DE RECHTBANK VULT AMBTSHALVE DE RECHTSGRONDEN AAN

Blijkens de parlementaire geschiedenis is art. 8:69 lid 2 Awb gebaseerd op art. 48 (oud) Rv:

“[o]vereenkomstig artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is in het tweede lid bepaald dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult.”

Art. 48 (oud) Rv geeft de rechter de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, maar functioneert daarnaast ook als de wettelijke verankering voor de (ongeschreven) rechtsnorm dat de rechter ambtshalve het recht toepast, de rechtsnormen die hieruit voortvloeien en de taak van de burgerlijke rechter (zie hoofdstuk 7).

De eerste vraag die beantwoord moet worden is dan ook: houdt art. 8:69 lid 2 Awb slechts de bevoegdheid in voor de rechter om de rechtsgronden aan te vullen of is het mede een wettelijke verankering voor de regel dat de rechter ambtshalve het recht toepast, de regels die hieruit voortvloeien en de taak van de bestuursrechter? Deze vraag zal in § 3.1 behandeld worden. In deze paragraaf komen verder de volgende onderwerpen aan de orde:

- de betekenis van de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen voor het systeem van het bestuursprocesrecht (§ 3.2);
- de rol van de ongelijkheidscompensatie bij de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen (§ 3.3);
- de werking van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen bij de concrete beoordeling van het besluit (§ 3.4);
- de ambtshalve toetsing (§ 3.5);
- het ambtshalve aanvullen van en het ambtshalve toetsen aan internationaal recht (§ 3.6);
- enkele vragen met betrekking tot de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen. Deze zijn deels gebaseerd op de bevindingen met betrekking tot art. 48 (oud) Rv en deels op hetgeen in het bestuursprocesrecht omtrent dit onderwerp is geschreven (§ 3.7);
- de verschillende typen rechtsnormen die in het burgerlijk procesrecht bestaan. Hierbij staat de vraag centraal of deze typen ook in het bestuursprocesrecht onderscheiden kunnen worden (§ 3.8);
- de begrenzingen van het aanvullen van de rechtsgronden in het burgerlijk procesrecht waarbij de vraag is of deze ook gelden voor het bestuursprocesrecht (§ 3.9);
- de rol van het aanvullen van de rechtsgronden bij de exceptieve toetsing (§ 3.10); en
- de regel dat de interpretatie van het recht aan de rechter is voorbehouden (§ 3.11).

3.1 Art. 8:69 lid 2 Awb als wettelijke verankering?

Art. 8:69 lid 2 Awb wordt in de literatuur of jurisprudentie niet gezien als de wettelijke verankering van de rechtsnorm dat de bestuursrechter ambtshalve het recht toepast of van de taak van de bestuursrechter. De rechtsnorm dat de rechter ambtshalve het recht toepast en alle regels die daaruit voortvloeien gelden wel in het bestuursprocesrecht en werken op dezelfde wijze als in het burgerlijk procesrecht. Ook de bestuursrechter kwalificeert dus zelfstandig de vaststaande feiten,² interpreteert het recht en is niet gebonden aan of beperkt door rechtsbeschouwingen van partijen.³ Deze rechtsnormen bestaan echter als ongeschreven rechtsnormen en art. 8:69 lid 2 Awb wordt niet gezien als de wettelijke verankering hiervan.

Aangezien het recht tot het terrein van de rechter behoort, kunnen stukken met betrekking tot dit recht niet tardief of in strijd met de goede procesorde door partijen worden ingebracht. Een partij die een beroep doet op een aspect van het recht doet immers niets meer dan de rechter wijzen op iets dat hij zelf al verplicht was om zo nodig ambtshalve toe te passen. Aangezien de rechter bijvoorbeeld verplicht is om bij zijn interpretatie van het recht de bestaande jurisprudentie te betrekken, kan een partij niet tardief of in strijd met de goede procesorde de rechter op deze jurisprudentie wijzen. Als de partij het niet had aangevoerd, zou de rechter het zelf alsnog moeten hebben opzoeken.

Ook de taak van de bestuursrechter wordt niet verankerd in art. 8:69 lid 2 Awb. De norm dat het de taak van de rechter is om ex tunc de rechtmatigheid van het besluit te toetsen wordt niet gelezen in dit artikel, maar bestaat als ongeschreven recht.

Het verschil tussen art. 48 (oud) Rv en 8:69 lid 2 Awb wat deze verankerinnen betreft ligt mijns inziens hierin dat art. 48 (oud) Rv en de daarin verankerde rechtsnormen zijn ontwikkeld in een periode dat geschreven recht, de wet, belangrijker werd geacht dan ongeschreven recht. Voor een groot deel van het bestaan, en zeker de ontwikkeling, van art. 48 (oud) Rv werd bijvoorbeeld in art. 1401 (oud) BW onrechtmatig nog gelezen als onwetmatig. Een ander voorbeeld is dat tot 1963 bij de cassatiemiddelen nog moest worden aangegeven welke wetsartikelen waren geschonden. Een rechtsnorm moest dus minstens in de wet verankerd zijn om geldend recht te zijn. Daarbij kwam het meer praktische punt dat slechts over de schending van een rechtsnorm geklaagd kon worden bij de Hoge Raad als bij het cassatiemiddel een wetsartikel gevonden kon worden. Wettelijke verankering was in dit kader zelfs nodig.

2 Vgl. Simon 1997 p. 304/305 ; Bolt 1999 p. 644; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.1 sub a.

3 Vgl. Bolt 1999 p. 644; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 9; Kooper 2000 p. 174; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 128.

Bij de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht is het verschil tussen geschreven en ongeschreven recht veel minder belangrijk. In de huidige situatie in zowel het burgerlijk procesrecht als het bestuursprocesrecht is ongeschreven recht qua kracht en gelding gelijk aan geschreven recht. Het is niet meer nodig om de regel dat de rechter het recht toepast, de regels die daaruit voortvloeien of de taak van de rechter te verankeren in een wettelijke rechtsnorm.

De conclusie is dat in art. 8:69 lid 2 Awb slechts de verplichting is opgenomen om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

3.2 De betekenis van de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen in het bestuursprocesrecht

Ik begin deze paragraaf met de bespreking van de betekenissen die in de jurisprudentie aan de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen zijn gegeven, en de betekenis waarvoor gekozen moet worden (§ 3.2.1.). In § 3.2.2 wordt de gekozen betekenis van deze verplichting verder besproken.

3.2.1 De interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb in de jurisprudentie

Wat betreft de betekenis van art. 8:69 lid 2 Awb kunnen in de jurisprudentie twee interpretaties onderscheiden worden. Ten eerste wordt soms onder het aanvullen van rechtsgronden verstaan het aanvullen van beroepsgronden. Hierbij wordt de nadruk bij het begrip 'rechtsgronden' gelegd op gronden. De rechter kan deze beroepsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd aanvullen, maar is wel gebonden aan het verbod van *reformatio in peius*.⁴ Voorzover de aan te vullen beroepsgrond van openbare orde is, kan de rechter deze ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd aanvullen en is hij niet gebonden aan het verbod van *reformatio in peius*. Dit laatste wordt ambtshalve toetsing genoemd.⁵

Ten tweede wordt het aanvullen van de rechtsgronden ook gezien als het aanvullen van het toepasselijke of juiste recht bij de (aangevoerde) gronden. Het gaat om het juridisch vertalen van de gronden in het recht. De nadruk wordt hier bij het begrip 'rechtsgronden' gelegd op 'recht'. Van de uitspraken

4 Bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 3 juli 2002, zaaknr. Awb 01/827 WAO; CRvB 27 mrt 2002, zaaknr. 01/5127 WVG, 01/5128 WVG; de noot onder CRvB 7 feb. 2001, AB 2001, 178 (m.nt. HBr); Rb. 's-Gravenhage 9 okt. 2000, zaaknr. AWB 00/10001, 00/10004; de noot onder ABRvS 21 sept. 2000, BR 2001, 42; ABRvS 28 jan. 2000, JB 2000, 57 (m.nt. F.A.M. S).

5 Bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 7 feb. 2003, zaaknr. AWB 02/89756; ABRvS 8 april 1999, BR 1999, 675.

in de periode 2000-2003 betreft het merendeel deze interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb.⁶

Dit betekent dat van zowel het aanvullen van een beroepsgrond, als het ambtshalve toetsen als het aanvullen van de (juiste) rechtsnorm wordt verdedigd dat dit onder het aanvullen van de rechtsgronden in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb valt. Uit de jurisprudentie blijkt niet dat de ene interpretatie de andere uitsluit. Soms blijkt dat art. 8:69 lid 2 Awb beide interpretaties omvat. Soms wordt de verplichting van art. 8:69 lid 2 Awb beperkt tot het aanvullen van toepasselijk recht.

Geen van de twee interpretaties zijn mijns inziens in principe onjuist. De wetgever heeft niet duidelijk aangegeven wat onder het aanvullen van de rechtsgronden in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb verstaan moet worden, zodat beide interpretaties in principe mogelijk zijn. Echter, uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het de bedoeling is geweest om in art. 8:69 lid 2 Awb dezelfde verplichting op te nemen als in art. 48 (oud) Rv was opgenomen. Er is daarbij geen reden waarom (nu) gelijklopende bepalingen ongelijk geïnterpreteerd zouden moeten worden.

Als art. 8:69 lid 2 Awb vergeleken wordt met art. 48 (oud) Rv is er slechts één interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb mogelijk en dat is de verplichting om ambtshalve het toepasselijke recht aan te vullen bij de beoordeling van het besluit (hiervoor de tweede interpretatie). De plicht om de rechtsgronden aan te vullen van art. 48 (oud) Rv is immers een correctie op de juridische onderbouwing van de rechtsstrijd: partijen hebben verzuimd het juiste recht aan te voeren.

De plicht om (vergeten) beroepsgronden aan te vullen valt niet onder art. 8:69 lid 2 Awb. Het aanvullen van beroepsgronden is een correctie op de feitelijke argumentatie: de appellant heeft verzuimd ook een bepaalde grond aan te voeren. Vanuit de systematiek van art. 48 (oud) Rv bezien valt dit onder het aanvullen van de feitelijke gronden en dus onder de bevoegdheid om de feiten aan te vullen van art. 8:69 lid 3 Awb.

De plicht om ambtshalve te toetsen aan rechtsnormen van openbare orde (de ambtshalve toetsing) valt onder art. 8:69 lid 1 Awb. In deze bepaling wordt een beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd gelezen. Deze beperking geldt niet voor het toetsen aan rechtsnormen van openbare orde, derhalve volgt uit deze bepaling dat de rechter verplicht is tot ambtshalve toetsing.

Het feit dat het aanvullen van beroepsgronden en de plicht tot ambtshalve toetsing in deze interpretatie niet onder art. 8:69 lid 2 Awb vallen, betekent dus niet dat de rechter niet hiertoe bevoegd respectievelijk verplicht zou zijn.

6 Bijvoorbeeld: ABRvS 12 mrt. 2003, JB 2003, 124 (m.nt. C.L.G.H. A.); de noot onder ABRvS 19 juni 2002, AB 2003, 49 (m.nt. p. van der Ree); de noot onder ABRvS 9 jan. 2002, AB 2003, 14 (m.nt. P van der Ree); Rb. Amsterdam 18 september 2001, USZ 2001, 290 (m.nt. MD); de noot onder ABRvS 15 aug. 2001, AB 2001, 328 (m.nt. p. A. Willemsen); CRvB 21 mrt. 2001, zaaknr. 98/4579 WAO; Rb. 's-Gravenhage 4 jan. 2001, zaaknr. AWB 00/76415.

3.2.2 De betekenis van de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen

Zoals gesteld betekent de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen hetzelfde in het bestuursprocesrecht als in het burgerlijk procesrecht. Kort gezegd komt dat op het volgende neer. Er is sprake van een aanvullen van de rechtsgronden als de rechter een rechtsnorm toepast die niet door partijen is aangevoerd. De verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen houdt in dat de rechter verplicht is om toepasselijke rechtsnormen die partijen niet hebben aangevoerd zelf aan te voeren en toch toe te passen.⁷ Het feit dat de rechtsnorm niet door partijen is aangevoerd, mag de rechter er niet van weerhouden om de rechtsnorm (toch) toe te passen.

Het aanvullen van de rechtsgronden is een bevoegdheid die de rechter slechts uitoefent in het kader van de beoordeling die hij moet maken. Deze plicht bepaalt niet de mate waarin een bestreden besluit beoordeeld moet worden. Het aanvullen van de rechtsgronden vindt plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. De plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen is dan ook geen grond om de grenzen van de rechtsstrijd uit te breiden of buiten de grenzen van de rechtsstrijd te gaan. Dit betekent dat de mate waarin de rechter rechtsgronden kan aanvullen en verplicht is de rechtsgronden aan te vullen, toe- of afneemt met het stelsel dat gevolgd wordt voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Het te volgen stelsel bepaalt immers in hoeverre de rechter het besluit mag beoordelen en dus rechtsnormen mag toepassen en aanvullen.

De meest eenvoudige vorm van het aanvullen van de rechtsgronden is als de rechter de juiste rechtsnorm aanvult bij een door een partij aangevoerde grond. Als een partij de juiste rechtsnorm niet zelf aanvoert, vult de rechter deze op grond van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve aan bij de feitelijke grond en toetst hij toch aan deze rechtsnorm. Voorbeelden van een dergelijk aanvullen van de rechtsgronden zijn de volgende:

- een betoog van belanghebbende over de lange tijdsverloop in deze zaak, had voor de rechtbank aanleiding moeten zijn om te beoordelen of aan de redelijke termijn van art. 6 lid 1 EVRM is voldaan.⁸ De rechtbank had art. 6 EVRM bij de feitelijke grond omtrent het lange tijdsverloop moeten aanvullen;
- appellant heeft aangevoerd dat hij van Belgische nationaliteit is en woonachtig is in Lanaken, terwijl zijn partner, met wie hij langdurig een vaste relatie heeft, in Susteren woont, dat hij in loondienst was van een te Lanaken gevestigde onderneming, die grotendeels in Nederland werkzaam is, maar voor die onderneming op afroepbasis beschikbaar blijft. In dit betoog had de rechtbank aanleiding behoren te zien om te onderzoeken of de

7 Vgl. De Bock 2004 p. 46.

8 ABRvS 19 nov. 2003, AB 2004, 27 (m.nt. AMLJ).

minister het gemeenschapsrecht (art. 17 lid 1 en 18 lid 1 EG-Verdrag) in acht heeft genomen; en

- bij de feitelijke grond dat een onderscheid naar leeftijd zoals dit door de gemeente wordt gemaakt, strijdig is met het discriminatieverbod van art. 1 GW heeft de rechtbank terecht ook getoetst aan art. 26 IVBPR en 14 EVRM.⁹

De tweede vorm van het aanvullen van de rechtsgronden is als de rechter het besluit toetst op punten die de belanghebbende niet aan de orde heeft gesteld. De rechter vult ambtshalve de feitelijke grond en de rechtsnorm aan en toetst het besluit toch op dit punt en aan deze rechtsnorm. Hier kan sprake zijn van ambtshalve toetsing als deze toetsing ligt buiten de grenzen van het geding zoals die door appellant zijn bepaald. Dit hoeft echter niet. Bij een volledige beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit zal de rechter ook punten beoordelen (en daarbij rechtsnormen aanvullen) die niet door appellant zijn bestreden, maar dit gebeurt binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Deze toetsing is ook niet beperkt tot rechtsnormen van openbare orde.

3.3 De verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en de ongelijkheidscompensatie

Het wordt wel gesteld dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen voortvloeit uit de ongelijkheidscompensatie.¹⁰ Dit is onjuist. De achtergrond van deze verplichting is niet de maatschappelijke en processuele ongelijkheid tussen belanghebbende en bestuur, maar het beginsel van *Ius curia novit*: het recht behoort tot het terrein van de rechter. Het behoort tot de taak van de rechter om het recht ambtshalve toe te passen en daaronder valt ook het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. Dit is de achtergrond in het burgerlijk procesrecht (zie hoofdstuk 5 en hoofdstuk 7 § 2). Er is geen reden om aan te nemen dat dat voor het bestuursprocesrecht anders zou zijn. Ook de bestuursrechter is immers een rechter. Een grotere of mindere mate van daadwerkelijke processuele ongelijkheid tussen partijen is dan ook van geen invloed op de mate waarin de bestuursrechter verplicht is de rechtsgronden aan te vullen.

Aan het bovenstaande doet niet af dat als de belanghebbende goed juridisch is onderlegd, er meestal minder noodzaak zal zijn voor de rechter om de rechtsgronden aan te vullen. De belanghebbende zal dan immers waarschijnlijk zelf de juiste rechtsnormen al hebben aangevoerd.

⁹ ABRvS 10 feb. 1997, JB 1997, 85; dit is de uitspraak in het hoger beroep tegen Rb. Den Haag 4 jan. 1996, JB 1996, 47 (m.nt. HJS).

¹⁰ De Bock 2004 p. 52; Widdershoven e.a. 2001 p. 40, 44, 82.

3.4 De werking van het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden bij het beoordelen van het besluit

Het aanvullen van rechtsgronden betekent dus het toepassen van rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd. Bij het beoordelen van de rechtmatigheid van het besluit komt het toepassen van een rechtsnorm grotendeels neer op het toetsen van het besluit aan deze rechtsnorm. Dit betekent dat er sprake is van een ambtshalve aanvullen van een rechtsnorm in deze fase als de rechter het besluit vernietigt op grond van een rechtsnorm waarvan appellants niet heeft betoogd dat het besluit daarmee in strijd is, maar ook als de rechter het besluit in stand laat op grond van een rechtsnorm die niet door partijen is aangevoerd. Deze rechtsnorm wordt dan aangevuld.

Het eenvoudigste voorbeeld van een geval waarin de rechtsgronden worden aangevuld is als de rechter het besluit vernietigt op grond van een aangevoerde feitelijke grond, maar op grond van een andere rechtsnorm dan waarvan schending werd betoogd. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Afdeling van 12 maart 2003.¹¹ De derde-belanghebbende heeft in beroep gesteld dat realisering van de (van het bouwplan deel uitmakende) windturbine met een ashoogte van 60 meter leidt tot visuele hinder, horizonvervuiling en aantasting van het karakteristieke landschap. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank deze stelling, overeenkomstig art. 8:69 lid 2 Awb, terecht heeft aangemerkt als een grond die betrekking heeft op de welstand.¹² De rechtbank heeft het besluit derhalve terecht vernietigd op de grond dat het bestuursorgaan het bouwplan ten onrechte in overeenstemming met redelijke eisen van welstand heeft geoordeeld.

Een voorbeeld waarbij het aanvullen van de rechtsgronden het vernietigen van het besluit voorkomt, is het volgende. Stel dat de appellant aanvoert dat het bestuursorgaan op het bezwaar heeft beslist zonder de belanghebbenden te hebben gehoord. Uit de feiten blijkt dat dit juist is. Echter, uit de feiten blijkt ook dat de belanghebbenden verklaard hebben geen gebruik te willen maken van het recht om gehoord te worden. Art. 7:3 sub c Awb bepaalt dat in dit geval het bestuursorgaan kan afzien van het horen van belanghebbenden. De rechter is nu verplicht art. 7:3 sub c Awb aan te vullen en het bezwaar ongegrond te verklaren.

Wat betreft het beoordelen van de in de beroepsgronden aangevoerde feitelijke gronden is het aan de rechter om te bepalen of deze feitelijke gronden vernietiging rechtvaardigen omdat zij correct betogen dat het besluit in strijd is met het recht. Dit kan zijn in strijd met de aangevoerde rechtsnormen dan wel met ambtshalve door de rechter aan te vullen rechtsnormen. Dit laatste is hetgeen de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen toevoegt aan de rechterlijke beoordeling van de aangevoerde gronden.

¹¹ ABRvS 12 maart 2003, JB 2003, 124 (m.nt. C.L.G.F.H.A.).

¹² Ro. 2.6.

Zoals gezegd hangen de gevolgen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen af van het stelsel dat gevolgd wordt. Voor het grievenstelsel gaat de beoordeling niet verder dan het beoordelen van de gronden. Wat dit stelsel betreft is het bovenstaande het hele verhaal over de werking van art. 8:69 lid 2 Awb. Voor stelsels die verder gaan dan het beoordelen van de gronden, gaat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen ook verder. De grenzen van de rechtsstrijd zijn breder, zodat de rechterlijke beoordeling ook verder gaat en daarmee is de ruimte (en verplichting) om rechtsnormen aan te vullen ook toegenomen.

In het stelsel van een beperkte volledige toetsing beoordeelt de rechter de bestreden delen van het besluit volledig. Daarbij zal hij ook de naleving van rechtsnormen beoordelen waarvan de appellant niet heeft betoogd dat zij zijn geschonden. Naast een beoordeling van de gronden zoals bij het grievenstelsel, beoordeelt hij ambtshalve de naleving van de verder op de bestreden delen van het besluit van toepassing zijnde rechtsnormen. Als de rechter op grond van deze ambtshalve aanvulling het bestreden deel van het besluit onrechtmatig oordeelt en vernietigt, vult hij zowel de rechtsgronden (de norm die is geschonden) als de feitelijke gronden (het feitelijk argument dat het besluit op dit punt onrechtmatig is) aan.

Stel bijvoorbeeld dat een appellant aanvoert dat een voorwaarde in strijd is met het vertrouwensbeginsel. De rechter oordeelt dat het besluit niet hiermee in strijd is. In dit geval brengt ook de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen bij de aangevoerde gronden geen uitkomst aangezien er niet in de grond mede of in feite strijd met een andere rechtsnorm wordt betoogd. In het stelsel van een beperkte volledige toetsing is de rechter verplicht om ook van andere op deze voorwaarde van toepassing zijnde rechtsnormen te onderzoeken of deze zijn geschonden. Stel dat hij hierbij constateert dat deze voorwaarde niet bij andere soortgelijke besluiten wordt gesteld. Hij komt tot de conclusie dat deze voorwaarde in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en hij vernietigt het besluit wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel. In dit voorbeeld vult de rechter de feitelijke grond (deze voorwaarde wordt niet in andere gelijke zaken gesteld) en de bijbehorende rechtsgrond (het gelijkheidsbeginsel) aan. Beide aanvullingen vinden plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald (de bestreden onderdelen van het besluit) en de rechter is verplicht om beide aanvullingen te maken aangezien hij de bestreden delen volledig moet toetsen.

In het compromisstelsel hangt de vraag of de rechter ambtshalve de feitelijke grond en de rechtsgrond zal aanvullen onder meer af van de ernst en duidelijkheid van de schending (zie hoofdstuk 12 § 3.1.3). Als de rechter de ambtshalve ontdekte schending bijvoorbeeld ernstig genoeg acht, zal hij de feitelijke grond en rechtsgrond aanvullen en het besluit vernietigen. Zo niet, dan niet.

De vraag die bestuursrechter in het kader van art. 8:69 lid 2 Awb stelt, is of hij het besluit ambtshalve aan deze bepaalde rechtsnorm mag of moet

toetsen, en in het verlengde daarvan of hij het besluit ambtshalve op grond van deze bepaalde rechtsnorm mag of moet vernietigen. Uit bovenstaande voorbeelden blijkt mijns inziens wel dat dit, buiten het geval van het aanvullen van een rechtsnorm bij een aangevoerde grond, geen vraag is naar het aanvullen van de rechtsgronden, maar een vraag naar de grenzen van de rechtsstrijd en welk stelsel wordt gevolgd. Als duidelijk is waar de grenzen van de rechtsstrijd liggen, vloeit daaruit vanzelf het antwoord voort op de vraag of ambtshalve aan een bepaalde rechtsnormen getoetst moet worden en dus of het besluit ambtshalve op grond van deze aan te vullen rechtsnorm vernietigd moet worden.

3.5 Ambtshalve toetsing

Op grond van art. 8:69 lid 1 Awb mag de rechter het besluit in beginsel niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd beoordelen. Er wordt echter een uitzondering gemaakt voor rechtsnormen van openbare orde.¹³ De rechter is verplicht om ambtshalve de naleving van deze bepalingen te beoordelen. Dit zo nodig tegen de wil van partijen en buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald om.¹⁴ Dit wordt ambtshalve toetsing genoemd.

De rechter zal partijen wel moeten horen bij ambtshalve toetsing. Een vernietiging ten gevolge van een ambtshalve toetsing zonder partijen eerst in de gelegenheid te stellen om zich over de ambtshalve aan te vullen rechtsnorm van openbare orde uit te laten is in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor en de goede procesorde.¹⁵

Ambtshalve toetsing hoeft niet beperkt te zijn tot bepalingen van openbare orde. Het is mogelijk dat ambtshalve toetsing wordt voorgeschreven voor rechtsnormen die niet van openbare orde zijn.¹⁶ Een voorbeeld hiervan is de Wet ammoniak en veehouderij. Op grond van art. 10 lid 7 van deze wet dient de rechter een vergunning ambtshalve te toetsen aan deze wet indien beroep wordt ingesteld tegen een vergunning die na 8 december 2000 is verleend.¹⁷ Het is niet waarschijnlijk dat alle bepalingen van deze wet van openbare orde zijn.

13 Zie voor een bespreking van de definities van de term rechtsnorm van openbare orde § 3.8.1.

14 Vgl. Brugman 2005 p. 265, 266; Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 107/108; De Bock 2004 p. 63, 65; Verbeek (Praktijkboek bestuursrecht) § XI.4.3.4; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Bolt 1999 p. 654; Simon 1997 p. 305; ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) ro. 2.3.3.

15 Vgl. Brugman 2005 p. 266; De Bock 2004 p. 65; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 201; Bolt 1999 p. 654; HR 19 nov. 2004, JB 2005, 3 (m.nt. R.M.P.G.N.-C.); CRvB 16 dec. 1999, AB 2000, 133 (m.nt. HH); CRvB 2 dec. 1999, TAR 2000, 23; ABRvS 8 aug. 1996, JB 1996, 198 (m.nt. MAH).

16 Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 170, 186, 188; soms ook niet: Widdershoven e.a. 2001 p. xvi.

17 ABRvS 20 nov. 2002, AB 2003, 59 (m.nt. JV).

Het is verder mogelijk dat bepaalde bepalingen van EU-recht onder deze categorie vallen. Als uit het EU-recht volgt dat ambtshalve aan een bepaling van gemeenschapsrecht getoetst moet worden, zal dit moeten gebeuren ook al voldoet de bepaling niet aan het nationale vereiste dat deze van openbare orde dient te zijn.¹⁸ Vooralsnog is er geen gemeenschapsbepaling waar dit voor geldt.

In deze paragraaf zal ik twee aspecten van ambtshalve toetsing bespreken. In § 3.5.1 zal ik ingaan op het onderscheid tussen ambtshalve toetsen en ambtshalve aanvullen. Verder neemt Kooper in een aantal artikelen een standpunt in dat op een aantal punten afwijkt van de min of meer aanvaarde theorie. Dit komt in § 3.5.2 aan de orde.

3.5.1 *Ambtshalve toetsen en ambtshalve aanvullen*

Ambtshalve toetsing moet onderscheiden worden van ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. Vast staat dat het aanvullen van de rechtsgronden slechts plaatsvindt binnen de grenzen van de rechtsstrijd en dat de rechter bij ambtshalve toetsing buiten de grenzen treedt.¹⁹ Verder vindt ambtshalve toetsing (in ieder geval) plaats aan rechtsnormen van openbare orde.²⁰ Consensus is ook dat het bij het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden gaat om het ambtshalve toepassen van het recht.²¹ Wat dit laatste betekent wordt echter niet uitgewerkt.

Wel wordt geconstateerd dat aangezien verschillend wordt gedacht over de afbakening van de rechtsstrijd en de taak van de bestuursrechter, de gevolgen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen verschillen per auteur.²² Mede dankzij deze verschillen omtrent de grenzen is er mijns inziens een vervaging tussen de concepten van ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en ambtshalve toetsing buiten de door appellant(en) bepaalde grenzen van de rechtsstrijd.

Er is echter geen tegenstelling tussen deze twee handelingen. Er is sprake van een ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden als de rechter rechtsnormen betreft bij de beoordeling van het besluit die niet door partijen zijn

18 Vgl. Albers in punt 2 van haar noot onder ABRvS 2 maart 2004, JB 2004, 152 (m.nt. C.L.F.G.H.A.).

19 Vgl. De Bock 2004 p. 48; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186/187; Widdershoven e.a. 2001 p. xvi, 44, 170, 186, 188, 199; Commissie Boukema 2002 p. 30; Verbeek (praktijkboen bestuursrecht) § XI.4.3.3; Kooper 2000 p. 174; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Bolt 1999 p. 643; Stroink 1999 p. 6; Damen 1999 p. 105; Hoogenboom 1998 p. 130; ABRvS 12 maart 2003, JB 2003, 124 (m.nt. C.L.F.G.H.A.) ro. 2.6.

20 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 107; Marseille 2003 II p. 113; Widdershoven e.a. 2001 p. xvi, 171, 173, 188, 199; Stroink & Widdershoven 2002 p. 30; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 197; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Bolt 1999 p. 643, 654; Stroink 1999 p. 6; Damen 1999 p. 29, 105; Hoogenboom 1998 p. 130; Simon 1997 p. 305.

21 Widdershoven e.a. 2001 p. 187.

22 Widdershoven e.a. 2001 p. 187.

aangevoerd (zie hoofdstuk 2 en hoofdstuk 7). Bij ambtshalve toetsing beoordeelt de rechter het besluit buiten de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd. Ambtshalve toetsing gaat echter altijd gepaard met een aanvullen van de rechtsgronden namelijk de aanvulling van de rechtsnorm van openbare orde.²³ Een rechtsnorm waaraan de rechter ambtshalve toetst zal niet door partijen zijn aangevoerd. Anders was ambtshalve toetsing immers niet nodig geweest. Bij ambtshalve toetsing betreft de rechter een rechtsnorm bij de beoordeling die niet door partijen is aangevoerd en dus vult hij de rechtsgronden aan. Een ambtshalve toetsing zal dus altijd deels uit een aanvullen van rechtsnormen bestaan. Het zal echter duidelijk zijn dat niet elke aanvulling van rechtsnormen gebeurt in het kader van een ambtshalve toetsing.

Het ambtshalve aanvullen gebeurt binnen de grenzen van de rechtsstrijd, maar dit zijn niet altijd de grenzen zoals appellant die heeft bepaald. Als de rechter een rechtsnorm aanvult bij een door één van de partijen aangevoerde feitelijke grond, vindt het aanvullen van de rechtsgronden plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Het ambtshalve aanvullen bij ambtshalve toetsing vindt echter nog steeds plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Dit zijn echter niet meer louter de grenzen zoals door appellant bepaald. De rechter heeft de rechtsstrijd uitgebreid met een toetsing aan de rechtsnorm van openbare orde.²⁴ Binnen deze uitgebreide grenzen vult de rechter de rechtsnorm van openbare orde aan.

De rechtsstrijd wordt uitgebreid op grond van de verplichting tot ambtshalve toetsing (art. 8:69 lid 1 Awb). Het is derhalve niet de verplichting tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden (art. 8:69 lid 2 Awb) op grond waarvan de grenzen van de rechtsstrijd door de rechter worden uitgebreid.

Een aanvullen van de rechtsgronden is dus altijd beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd. De rechter kan in beginsel een rechtsnorm niet aanvullen en hieraan toetsen als die toetsing ligt buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Echter, als die rechtsnorm van openbare orde is, moet de rechter ambtshalve de rechtsstrijd uitbreiden en alsnog ambtshalve de rechtsnorm betrekken (oftwel de rechtsgronden aanvullen). Dit laatste gebeurt in het kader van ambtshalve toetsing.

De uitspraak *Schaap/Zaanstad*²⁵ kan hier als illustratie dienen. De jurisprudentie is deels al achterhaald,²⁶ maar dit is voor de bespreking hier niet van belang. De Afdeling overwoog:

“[1] Hoewel Schaap in zijn beroepsschrift noch overigens uitdrukkelijk strijd met het bestemmingsplan heeft aangevoerd en dit punt door de rechtbank ter zitting

²³ Vgl. De Bock 2004 p. 63; Kooper 2002 p. 86.

²⁴ Vgl. Kooper 2002 p. 85, 87; Kooper 2000 p. 174, 176, 177.

²⁵ ABRvS 8 aug. 1996, AB 1996, 481 (m.nt. PvB).

²⁶ Zie Nijmeijer 2004; ABRvS 14 jan. 2004, AB 2004, 239 (m.nt. TN); ABRvS 1 okt. 2003, AB 2004, 50 (m.nt. TN); ABRvS 21 mei 2003, AB 2003, 324 (m.nt. TN).

niet aan de orde is gesteld, is de Afdeling van oordeel dat, waar de handhaving van een verleende bouwvergunning is bestreden, de toetsing van het bouwplan aan het ter plaatse geldende bestemmingsplan niet achterwege kan blijven. [2] Het betreft hier immers een in artikel 44 Woningwet opgenomen dwingende weigeringsgrond. [3] De rechtbank heeft dan ook terecht onderzocht of het bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan en aldus in overeenstemming met het tweede lid van artikel 8:69 Awb de rechtsgronden aangevuld.²⁷

Uitgaande van de hierboven beschreven structuur, is het volgende gebeurd: de rechtbank heeft de grenzen van de rechtsstrijd uitgebreid met een ambtshalve toetsing aan art. 44 Woningwet (zin 1 en 2). Deze ambtshalve toetsing gaat gepaard met het ambtshalve aanvullen van deze wetsbepaling (zin 3).

Deze stappen blijken echter niet duidelijk omdat er slechts wordt gesproken over een ambtshalve aanvullen hetgeen de indruk wekt dat er hier alleen sprake was van een aanvullen van de rechtsgronden en niet ook van een ambtshalve toetsing.

De rechter die geconfronteerd wordt met de vraag of hij aan een bepaalde rechtsnorm moet toetsen, zal eerst dienen te bepalen of deze toetsing binnen de gewenste beoordeling valt. Zo ja, dan zal hij deze bepaling dienen aan te vullen. Zo nee, dan zal hij moeten bepalen of deze rechtsnorm van openbare orde is en of hij dus ambtshalve aan deze rechtsnorm moet toetsen. Als dit niet het geval is, mag hij niet aan deze rechtsnorm toetsen en mag deze dus niet worden aangevuld.

De toepassing van deze theorie in de praktijk wordt bemoeilijkt doordat de grenzen van de rechtsstrijd vaak niet duidelijk zijn. In de literatuur leggen verschillende auteurs de grenzen verschillend neer zodat wat de één slechts als een aanvullen van de rechtsgronden beschouwt, voor de ander ambtshalve toetsing is.²⁸ Het is dus vaak niet duidelijk in hoeverre een rechter een bestreden besluit moet beoordelen en wanneer hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd treedt. Het feit dat het criterium waarop ambtshalve toetsing gebaseerd wordt, namelijk recht van openbare orde, slechts in abstracte termen inhoudelijk omschreven kan worden, maakt de zaak er niet duidelijker op.

3.5.2 *Ambtshalve toetsing volgens Kooper*

Kooper ziet ambtshalve toetsing als een uitbreiding van de feitelijke grondslag met kwesties van openbare orde.²⁹ De feitelijke grondslag omvat dan in ieder geval de door partijen aangevoerde feitelijke gronden, maar ook de kwesties van openbare orde ongeacht of partijen er iets over (willen) aanvoeren. Deze opvatting heeft twee elementen die afwijkend zijn van de min of meer aanvaar-

²⁷ Widdershoven e.a. 2001 p. 182.

²⁸ Vgl. Widdershoven e.a. 2001 p. 187.

²⁹ Kooper 2000 p. 175,176; Widdershoven e.a. 2001 p. 189-190; Kooper 2002 p. 84-89.

de theorie. Ten eerste spreekt Kooper over kwesties van openbare orde in tegenstelling tot bepalingen of rechtsnormen van openbare orde. Ten tweede ziet hij ambtshalve toetsing voornamelijk als een uitbreiding van de feitelijke grondslag.

Kwesties van openbare orde

Dit lijkt mij een terminologische kwestie. Het maakt niet wezenlijk uit of bijvoorbeeld wordt gezegd dat de kwesties omtrent bevoegdheid van openbare orde zijn of dat rechtsnormen omtrent bevoegdheid van openbare orde zijn. In beide gevallen zal de toetsing op hetzelfde neerkomen. Uit de artikelen van Kooper blijkt dat de vraag welke kwesties van openbare orde zijn, toch weer wordt bepaald door rechtsnormen.

Kooper heeft gelijk in de zin dat de vraag of een rechtsnorm van openbare orde is vaak afhankelijk is van de vraag of de kwestie die de rechtsnorm regelt een uitzonderingspositie in het procesrecht rechtvaardigt. Toch kies ik ervoor om te spreken over rechtsnormen van openbare orde. Dit past beter bij de opzet van het bestuursprocesrecht. Het is de taak van de rechter om het besluit te toetsen aan rechtsnormen. Aan welke rechtsnormen getoetst moet worden, wordt bepaald door de kwesties die in het beroepsschrift aan de orde worden gesteld. Aan deze rechtsnormen worden toegevoegd de rechtsnormen die van openbare orde zijn. De kwesties die hierbij horen, worden ook onderzocht.

Ambtshalve toetsing als een uitbreiding van de feitelijke gronden

Ik ben het niet eens met Kooper dat het bij ambtshalve toetsing voornamelijk gaat om een uitbreiding van de feitelijke grondslag. Ambtshalve toetsing betreft het uitbreiden van de omvang van de rechtsstrijd. De rechtsstrijd wordt uitgebreid met de beoordeling van aspecten die niet door partijen zijn bestreden aan rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd. Bij ambtshalve toetsing spelen dus alledrie de leden van art. 8:69 Awb. Op grond van lid 1 worden de grenzen van de rechtsstrijd uitgebreid. Dit gaat gepaard met een aanvullen van de rechtsgronden (de rechtsnorm van openbare orde) op grond van lid 2 en een aanvullen van de feitelijke gronden (het feitelijk argument dat het besluit wat dit punt betreft onrechtmatig is) op grond van lid 3.

Ambtshalve toetsing is dus evenzeer een zaak van rechtsnormen als van feitelijke gronden.

3.6 Internationaal recht

Een rechtsverhouding tussen belanghebbende en het bestuur wordt in bepaalde gevallen ook deels bepaald door rechtsnormen uit het internationaal recht zoals EU-recht, het EVRM en het IVBPR. Wat betreft dit recht kunnen er twee vragen gesteld worden. Ten eerste de vraag of ook dit recht op grond van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve aangevuld dient te worden. Deze vraag zal in § 3.6.1

behandeld worden. De tweede vraag is of het feit dat het gaat om internationaal recht een verplichting tot ambtshalve toetsing met zich brengt. Deze vraag zal wat betreft het EVRM en het gemeenschapsrecht in § 3.6.2 respectievelijk § 3.6.3 besproken worden.

3.6.1 *Aanvullen van internationaal recht*

Het feit dat het gaat om internationaal recht is niet van belang voor de verplichting van art. 8:69 lid 2 Awb. Ongeacht hoe het betreffende verdrag hier tegenover staat, vormt internationaal recht recht in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb en moet op grond van deze bepaling internationaal recht, gelijk als nationaal recht, ambtshalve worden aangevuld. Als internationaal recht van toepassing is en partijen hebben er geen beroep op gedaan, dient de betreffende internationale rechtsnorm ambtshalve te worden aangevuld.³⁰ Wat betreft rechtsnormen uit het gemeenschapsrecht vloeit dit ook voort uit de uitspraak in Van Schijndel.³¹ De nationale procesregels die gelden voor vorderingen gericht op de bescherming van rechten die justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen mogen immers niet ongunstiger zijn dan de procesregels die gelden voor soortgelijke vorderingen gebaseerd op nationaal recht (het vereiste van non-discriminatie)³² (zie § 3.6.3).

Een voorbeeld van het aanvullen van internationaal recht is te zien in een uitspraak van 19 november 2003.³³ Hierin oordeelde de Afdeling dat de rechtbank in het betoog van appellant over het lange tijdsverloop in de betreffende zaak, aanleiding had behoren te zien om “– daarmee ambtshalve de rechtsgronden aanvullend in de zin van art. 8:69, tweede lid, van de Awb – na te gaan of aan de eisen van het eerste lid van art. 6 van het EVRM is voldaan.”³⁴

Het internationaal recht speelt vaak een rol in een rechtszaak in kader van de exceptieve toetsing als de geldigheid van nationaal recht wordt getoetst aan hoger (internationaal) recht. De bestuursrechter is op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht het internationale recht aan te vullen en het nationaal recht dat in strijd is met het (hogere) internationale recht ambtshalve buiten toepassing te verklaren.³⁵ Het internationale recht is immers van toepassing nu het iets zegt over de geldigheid van het relevante nationale recht.

De verplichting voor de rechter om het nationale recht te toetsen aan internationaal recht vloeit ook voort uit art. 94 Gw.³⁶ In dit artikel is bepaald

30 Zie ABRvS 26 juli 2004, JB 2004, 337 (m.nt. C.L.G.F.H.A.); Simon 2003 II p. 391.

31 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB).

32 Conclusie AG mr. Jacobs bij HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB) ro.17; vgl. R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Kluwer:Deventer 1999 p. 240/241; Widdershoven e.a. 2001 p. 30; Widdershoven 1999 II p. 80.

33 ABRvS 19 nov. 2003, JB 2004, 15.

34 ABRvS 19 nov. 2003, JB 2004, 15, ro. 2.5.

35 Vgl. Kooper 2002 p. 88-89.

36 De Werd 1998 p. 690-691, 692-693; Widdershoven e.a. 2001 p. 29.

dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De rechter zal, zo nodig ambtshalve, de verenigbaarheid van het toepasselijke nationale recht met internationaal recht dienen te beoordelen. Als een nationale bepaling niet verenigbaar is, zal de rechter deze bepaling buiten toepassing moeten laten nu art. 94 Gw bepaalt dat ze geen toepassing vindt.

Een vraag is of art. 94 Gw de rechter verplicht om ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd de verenigbaarheid van de toegepaste bepalingen met internationaal recht te toetsen. Als art. 94 Gw art. 8:69 lid 1 Awb opzij zet, zal de rechter bij elke in het besluit toegepaste bepaling de verenigbaarheid hiervan met internationaal recht moeten toetsen, ongeacht of hij hiertoe verplicht is op grond van het betreffende verdrag of besluit en ongeacht de grenzen van de rechtsstrijd. De Werd stelt dat de Awb-wetgever de reikwijdte van art. 94 Gw niet kan inperken zonder dat art. 94 Gw zelf daarvoor een grondslag biedt. Een dergelijke beperkingsmogelijkheid valt niet uit art. 94 Gw af te leiden, aldus De Werd.³⁷

Ik voel echter meer voor het standpunt van Widdershoven e.a. die stellen dat art. 94 Gw zich niet uitlaat over de vraag wanneer de toetsingsplicht van art. 94 Gw geldt. Dit kan dus wel door de Awb-wetgever bepaald worden.³⁸ Er moet mijns inziens nog wel sprake zijn van een wezenlijke rol voor art. 94 Gw. De Awb-wetgever kan deze grondwetbepaling niet tot een dode letter maken. De toetsingsplicht van art. 94 Gw is mijns inziens dan ook in beginsel beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd, zodat deze toetsingsplicht binnen de exceptieve toetsing valt.

Een complicatie bij de exceptieve toetsing is dat de strijdigheid niet altijd van zuiver juridische aard is.³⁹ Er is tevens sprake van relevante strijd met internationaal recht als het resultaat dat het nationale recht bij deze feiten voorschrijft in strijd is met het resultaat dat het internationale recht voorschrijft.⁴⁰ Ook in dit geval dient de rechter dit toepasselijke internationale recht aan te vullen en toe te passen op grond van art. 8:69 lid 2 Awb. Een probleem hierbij is dat deze toetsing sterk is verweven met de feiten en deze niet altijd zijn ingebracht.

In het burgerlijk procesrecht zal het verbod om de feiten aan te vullen meebrengen dat de rechter het noodzakelijke onderzoek niet mag initiëren. In het bestuursprocesrecht heeft de rechter daarentegen de bevoegdheid om feiten aan te vullen. Hij zal feitelijk onderzoek kunnen doen als dit nodig is voor de exceptieve toetsing. Op zich is de rechter ook verplicht om dergelijk onderzoek te verrichten, aangezien het bij het aanvullen van de rechtsgronden

37 De Werd 1998 p. 691.

38 Widdershoven e.a. 2001 p. 29/30.

39 Vgl. Kooper 2002 p. 88.

40 Vgl. Kooper 2002 p. 89.

om een verplichting gaat. Het is echter mogelijk dat het benodigde feitenonderzoek op een gegeven moment zo breed en diepgaand wordt dat het de functie van een rechtszaak te buiten gaat. Wanneer dit het geval is, is echter op dit moment niet duidelijk (zie voor deze problematiek ook § 3.10).

3.6.2 *Ambtshalve toetsing aan het EVRM*

Het EVRM neemt een belangrijke plaats in in het Nederlands rechtssysteem. De vraag is of deze plaats of de aard van deze rechtsnormen betekent dat de rechter in alle gevallen een ambtshalve toetsing aan dit recht moet verrichten.

Uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens volgt dat nationale rechters niet op grond van het EVRM verplicht zijn tot ambtshalve toetsing aan het EVRM.⁴¹ Ook op grond van het nationale recht lijkt een dergelijke verplichting niet te worden aangenomen. De Afdeling toetst voorsnog niet ambtshalve aan art. 3, 8, 13 en 14 EVRM en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM.⁴² De voorzichtige conclusie is gerechtvaardigd dat de bepalingen van het EVRM voor de Afdeling niet van openbare orde zijn, en dat zij evenmin op andere gronden voor ambtshalve toetsing in aanmerking komen.⁴³

Uit de onderzochte jurisprudentie komt geen duidelijk beeld naar voren van het standpunt van de Centrale Raad inzake de al dan niet ambtshalve toetsing aan bepalingen van het EVRM.⁴⁴ In een aantal uitspraken wordt art. 6 EVRM wel ambtshalve betrokken bij een beoordeling. Het is echter niet duidelijk in hoeverre het hier gaat om kwesties of rechtsnormen van openbare orde waarvoor de rechter een ambtshalve toetsing moet verrichten of dat het slechts gaat om een ambtshalve aanvullen van art. 6 EVRM als een van toepassing zijnde rechtsnorm binnen de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd.⁴⁵

Het is van belang op te merken dat het enkele feit dat er geen beroepsgrond is gebaseerd op de toepasselijke bepaling uit het EVRM, niet wil zeggen dat niet aan deze bepaling getoetst moet worden. Het lijkt er op dat zowel de Afdeling als de Centrale Raad de grenzen van het geding ruimer trekken dan de aangevoerde gronden. Het gaat niet om een beoordeling van de aangevoerde beroepsgronden, maar om een beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit. Hieruit volgt dat er minder noodzaak overblijft voor ambtshalve toetsing aan het EVRM. Als de betreffende bepaling van toepassing is voor

41 EHRM 6 nov. 1980, application number 7654/76 (Van Oosterwijck vs. Belgium), § 39; EHRM 15 nov. 1996, application number 18877/91 (Sadik vs. Greece), § 27-34; Widdershoven e.a. 2001 p. 34.

42 Widdershoven in zijn noot onder ABRvS 28 april 2004, AB 2004, 276 (m.nt RW) punt 6; Vz. ABRvS 10 feb. 1997, JB 1997, 99 (m.nt F.A.M. S.).

43 Vgl. De Bock 2004 p. 60.

44 Zie ook Simon 2003 II p. 390-392.

45 CRvB 16 mei 2002, AB 2002, 263; CRvB 29 jan. 1999, AB 1999, 200 (m.nt. FP); CRvB 25 feb 1998, JB 1998, 61 (m.nt. AWH).

het bestreden deel, valt het toetsen aan de toepasselijke bepaling van het EVRM onder de te verrichten beoordeling van het onderdeel. De ambtshalve toepassing van een bepaling van het EVRM is in dat geval niet meer dan het aanvullen van de feitelijke gronden (art. 8:69 lid 3 Awb) en de rechtsgronden (art. 8:69 lid 2 Awb) binnen de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd (art. 8:69 lid 1 Awb).

3.6.3 *Ambtshalve toetsing aan gemeenschapsrecht*

Ook het gemeenschapsrecht neemt een belangrijke plaats in in het Nederlands rechtssysteem. Als het gemeenschapsrecht een rol speelt in een geding kan dit zijn doordat het nationale recht al dan niet in strijd is met het gemeenschapsrecht. Dit komt neer op een exceptieve toetsing waartoe de rechter ambtshalve verplicht is (zie § 3.6.1 en § 3.10). Er is hier geen sprake van ambtshalve toetsing. Bij de exceptieve toetsing gaat het om het beoordelen van de geldigheid van de rechtsnormen die van toepassing zijn op de bestreden onderdelen van het besluit en in de procedure. Deze toetsing vindt derhalve plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd.⁴⁶

Het gemeenschapsrecht kan echter ook spelen als bijvoorbeeld een richtlijn niet, te laat of niet goed is geïmplementeerd. Als een bepaling uit een richtlijn voldoet aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking kan de burger tegenover de Staat direct een beroep doen op deze richtlijnbeepaling bij de nationale rechter.⁴⁷ De rechter kan deze bepaling ambtshalve aanvullen.

De Afdeling heeft in een uitspraak van 2 maart 2004 bepaald dat ambtshalve toetsing aan gemeenschapsrecht in beginsel niet is toegestaan.⁴⁸ Ook het College van Beroep voor het Bedrijfsleven gaat ervan uit dat er geen ambtshalve toetsing mogelijk is aan gemeenschapsrecht althans in die zin dat dit naar nationaal recht niet mogelijk is.⁴⁹ Het standpunt van de Centrale Raad met betrekking tot het al dan niet ambtshalve toetsen aan gemeenschapsrecht is voorsn nog onduidelijk.⁵⁰

De jurisprudentie van de Afdeling en het College lijken mij in overeenstemming met de jurisprudentie van Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof van Justitie). Ik zal dit in deze paragraaf uitwerken. Deze paragraaf is in de volgende onderdelen verdeeld:

- jurisprudentie van het Hof van Justitie;
- bevoegd en verplicht;
- gelijkwaardigheidsbeginsel;

⁴⁶ Vgl. ABRvS 19 feb. 2003, AB 2003, 19 (JV).

⁴⁷ Vgl. Slot, Barents en Lawson 2005 p. 110-111; Barents & Brinkhorst 2003 p. 169-170, 171-172; Kapteyn e.a. 2003 p. 433/434.

⁴⁸ ABRvS 2 mrt. 2004, AB 2004, 152 (m.nt. BPV en RW), JB 2004, 152 (m.nt. C.L.G.F.H.A.).

⁴⁹ CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.3-5.4.4.

⁵⁰ Vgl. De Bock 2004 p. 59.

- effectiviteitsbeginsel;
- toepassing van de criteria uit Van Schijndel;
- de beperking door een grievensstelsel;
- Peterbroeck; en
- rechtsnormen van openbare orde.

Jurisprudentie van het Hof van Justitie

Wat betreft de vraag of de nationale rechter ambtshalve moet toetsen aan gemeenschapsrecht bestaat enige jurisprudentie van het Hof van Justitie. Als de rechter ingevolge het nationale recht verplicht is om ambtshalve de aan interne regels van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen die niet door partijen zijn aangevoerd, geldt diezelfde verplichting wanneer het dwingende regels van gemeenschapsrecht betreft. Als het slechts gaat om de mogelijkheid om dergelijke regels ambtshalve in het geding te brengen, is de rechter voor gemeenschapsbepalingen hiertoe toch verplicht.⁵¹ De nationale rechter dient gemeenschapsbepalingen dus ambtshalve toe te passen wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft geen beroep is gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat.⁵²

Als de ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht wordt belemmerd door bepalingen van nationaal procesrecht, geldt het volgende. Aangezien er geen gemeenschapsregeling bestaat inzake de procesregels voor vorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die burgers aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontnemen, is de vormgeving van dit procesrecht in beginsel een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat. Deze procesregels mogen echter niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (non-discriminatie of gelijkwaardigheidsbeginsel) en mogen de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel).⁵³

In haar uitspraken gebruikt het Hof van Justitie ruime formuleringen. Zij spreekt over het in het geding brengen van rechtsgronden en het ambtshalve toepassen van dwingende rechtsregels. Gezien deze ruime formuleringen gaat de in voorgaande alinea's genoemde jurisprudentie op voor zowel het ambtshalve aanvullen van gemeenschapsbepalingen (art. 8:69 lid 2 Awb) als het (eventueel) ambtshalve toetsen aan gemeenschapsbepalingen (art. 8:69 lid 1 Awb).

51 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 13, 14; HvJEG 24 okt. 1996, AB 1997, 133, C-72/95, (Kraaijeveld) ro. 57, 58, 59.

52 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 15; HvJEG 24 okt. 1996, AB 1997, 133, C-72/95, (Kraaijeveld) ro. 60.

53 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93 (Van Schijndel), ro. 17; HvJ EG 14 dec. 1995, C-312/93 (Peterbroeck) ro. 12.

In de hierboven aangehaalde jurisprudentie ging het om een burgerlijk procesrechtzaak (*Van Schijndel*) en twee bestuursprocesrechtzaken (*Peterbroeck* en *Kraaijeveld*). De jurisprudentie van het Hof van Justitie geldt dus ook voor het bestuursprocesrecht.

Bevoegd en verplicht

De rechtsnorm dat de nationale rechter gemeenschapsrecht ambtshalve moet toepassen als zij dit voor (soortgelijke) nationale bepalingen ook moet, volgt al uit het non-discriminatie beginsel. Wat Nederland betreft volgt het ook uit de Algemene wet bestuursrecht. Er wordt immers in art. 8:69 Awb geen onderscheid gemaakt tussen nationaal recht en internationaal recht. Een bepaling van gemeenschapsrecht is gewoon een rechtsnorm die op grond van art. 8:69 lid 2 Awb aangevuld moet worden. Verder zal de rechter op grond van art. 8:69 lid 1 Awb (ook) ambtshalve toetsen aan een gemeenschapsbepaling als deze naar nationale maatstaven van openbare orde mocht zijn.⁵⁴ Overigens kan uit de uitspraken van het Hof van Justitie worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht niet per definitie van openbare orde is en dus zal het gemeenschapsrecht over het algemeen niet voor ambtshalve toetsing in aanmerking komen (zie verder hieronder).⁵⁵

Maar het Hof van Justitie gaat verder. Als het nationale procesrecht de rechter slechts de mogelijkheid geeft om een dwingende rechtsregel ambtshalve toe te passen, is de nationale rechter hiertoe verplicht als het gaat om een gemeenschapsbepaling. Met mogelijkheid wordt hier mijns inziens een discretionaire bevoegdheid bedoeld. Aangezien noch de ambtshalve toetsing noch het ambtshalve aanvullen een discretionaire bevoegdheid is, maar plichten zijn,⁵⁶ is dit deel van de jurisprudentie van het Hof van Justitie hier niet van belang.

Albers en Schlössels nemen het standpunt in dat de Nederlandse bestuursrechter bevoegd is tot het ambtshalve toetsen aan gemeenschapsrecht. Zij baseren dit op het feit dat het stelsel van art. 8:69 lid 1 en 2 Awb de nationale rechter de ruimte laat om een eigen invulling te geven aan de reikwijdte van ambtshalve rechtstoepassing. En als deze ruimte er is, zou het gemeenschapsrecht de nationale rechter verplichten tot het gebruik van deze ruimte. Dit standpunt deel ik niet. De term mogelijkheid die het Hof van Justitie gebruikt, ziet, zoals gezegd, op een discretionaire bevoegdheid⁵⁷ en niet op de mogelijkheid om een rechtsregel anders te interpreteren. Het gemeenschapsrecht dwingt de nationale rechter mijns inziens niet om nationaal procesrecht zo mogelijk zo te interpreteren dat het ambtshalve toepassen van gemeenschapsrecht zo

⁵⁴ Vgl. Brugman 2005 p. 274.

⁵⁵ Vgl. De Bock 2004 p. 60; Widdershoven e.a. 2001 p. 32.

⁵⁶ Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4; Brugman 2005 p. 274.

⁵⁷ Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.

min mogelijk belemmerd wordt. Ook verplicht zij de nationale rechter niet om te kiezen voor de minst belemmerende interpretatie als een bepaling binnen een nationaal procesrecht door verschillende hoogste bestuursrechters verschillend wordt geïnterpreteerd. Nationaal procesrecht is immers een aangelegenheid van de nationale interne rechtsorde.

Dit blijkt ook wel uit de uitspraak inzake *Van Schijndel*. In deze zaak had de heer Van Schijndel (pas in cassatie) aangevoerd dat de rechtbank Breda ambtshalve de verenigbaarheid van de verplichte deelneming in een pensioenregeling met bepaalde bepalingen van gemeenschapsrecht had moeten beoordelen. Deze beoordeling werd echter belemmerd door de op de lijdelijkheid gebaseerde verboden om buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en om zich te baseren op andere feiten dan die ten grondslag zijn gelegd aan de vordering. Dit laatste was ‘slechts’ een interpretatie van art. 48 (oud) Rv. Het Hof van Justitie oordeelde niet dat nu het ‘slechts’ ging om een interpretatie deze opzij gezet moest worden als het gaat om gemeenschapsrecht.

Nu er naar het oordeel van de Afdeling en het College sprake is van een verbod om ambtshalve aan gemeenschapsbepalingen te toetsen, en niet van een discretionaire bevoegdheid, bestaat er voor hen geen plicht om ambtshalve te toetsen aan gemeenschapsrecht. Althans niet op grond van de regel dat er sprake is van een plicht om het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen als er voor nationaal recht sprake is van een mogelijkheid.

Gelijkwaardigheidsbeginsel

Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie dient het gemeenschapsrecht wat betreft de ambtshalve toetsing gelijk te worden behandeld als het nationale recht. Hieraan voldoet het Nederlands bestuursprocesrecht. Het probleem was niet dat het gemeenschapsrecht ongunstiger werd behandeld, maar juist dat het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze werd behandeld als nationaal recht. De prejudiciële vragen waren derhalve ook of het gemeenschapsrecht een uitzonderingspositie binnen het procesrecht zou moeten innemen in de zin dat het gemeenschapsrecht van dien aard is dat te allen tijde hieraan ambtshalve getoetst moet worden.

Het is mogelijk dat in het Nederlands bestuursprocesrecht het gemeenschapsrecht gunstiger wordt behandeld dan nationaal recht, aangezien voor gronden die (mede) betrekking (kunnen) hebben op gemeenschapsrecht mogelijk geen argumentatieve fuik geldt (zie hoofdstuk 11 § 4.1.3).

Het nationale bestuursprocesrecht voldoet dus aan het gelijkwaardigheidsbeginsel, zodat dit beginsel geen verplichting tot ambtshalve toetsing aan gemeenschapsrecht meebrengt.⁵⁸

58 Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.

Effectiviteitsbeginsel

Het Hof van Justitie heeft in haar jurisprudentie een nadere invulling gegeven aan het effectiviteitsbeginsel. Om te bepalen of een nationale procesregel de toepassing van gemeenschapsrecht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet gekeken worden naar de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende instanties. Er moet rekening gehouden worden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.⁵⁹

In het algemeen kan mijns inziens niet gezegd worden dat de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald de toepassing van gemeenschapsrecht in het bestuursrecht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Uitgaande van de grenzen van de rechtsstrijd zoals omschreven in hoofdstuk 12 § 3.2 is immers het enige wat de belanghebbende hoeft te doen, het bestrijden van het betreffende onderdeel van het besluit. Binnen deze grenzen zal de rechter de feitelijke gronden en rechtsgronden aanvullen.

Als mocht blijken dat de huidige argumentatieve fuik niet geldt voor gemeenschapsrecht⁶⁰ kan de belanghebbende zelfs voor het eerst bij de rechter een tot dan toe niet bestreden onderdeel van het besluit bestrijden met een grond gebaseerd op het gemeenschapsrecht. De beoordeling is dan wel beperkt tot die grond en de verenigbaarheid van dat onderdeel van het besluit met het gemeenschapsrecht.

De toepassing van de criteria uit Van Schijndel

Ook een toepassing van de criteria uit *Van Schijndel* rechtvaardigt de conclusie dat de belemmering van de toepassing van gemeenschapsrecht door de omvang van de rechtsstrijd in het bestuursrecht aanvaardbaar is. In *Van Schijndel* bestond de beperking er uit dat de rechter niet mag treden buiten de rechtsstrijd van partijen (voorwerp van geschil) en zich niet mag baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke aan de vordering ten grondslag zijn gelegd.⁶¹ Het Hof van Justitie oordeelt dat deze beperking wordt gerechtvaardigd door het beginsel dat het initiatief bij de partijen ligt en de rechter alleen ambtshalve kan optreden in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist:

59 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 19; HvJEG 14 dec. 1995, C-312/93 (Peterbroeck) ro. 14.

60 Zie hoofdstuk 11 § 4.1.3.

61 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 11, 12, 20. De derde vraag had betrekking op de nationale beperkingen in cassatie. Deze vraag wordt niet behandeld door het Hof van Justitie (ro. 23).

“Dit beginsel geeft uitdrukking aan de in de meeste lid-staten bestaande opvattingen over de verhouding tussen de staat en de particulier, het beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen.”⁶²

Het bestuursprocesrecht verschilt wat betreft de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd niet wezenlijk van het civiele proces.⁶³ Sinds de invoering van de Awb is het doel van de beroepsprocedure het bieden van rechtsbescherming en dan voorzover appellant dat vraagt. De rechterlijke beoordeling is beperkt tot de mate waarin het besluit is bestreden. Zoals in het burgerlijk procesrecht mag de bestuursrechter niet treden buiten de rechtsstrijd van partijen. Ook hier geldt het beginsel dat het initiatief ligt bij de partijen en de rechter alleen ambtshalve kan optreden in uitzonderingsgevallen waarin het openbaar belang zijn ingrijpen vereist. In zoverre gaat de vergelijking met *Van Schijndel* op.

Het is mij niet bekend of deze opvatting over de verhouding tussen de staat en de belanghebbende in het bestuursrecht ook bestaat in andere lidstaten, maar het is mij ook onduidelijk welke rol opvattingen binnen andere lidstaten in dit kader precies spelen.

Verder geldt voor het bestuursprocesrecht evenzeer dat de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd de rechten van de verdediging beschermt. Bij de verdediging gaat het om het bestuursorgaan en belanghebbenden die belang hebben bij de instandlating van het bestreden besluit. Het bestuursorgaan treedt op ter behartiging van de belangen die door de betreffende wetgeving worden beschermd. Hierbij is nog van belang dat de personen die worden beschermd door de wetgeving niet altijd belanghebbende zullen zijn. Zo worden bijvoorbeeld de belangen van een werknemer beschermd door de arbeidsomstandighedenwetgeving, maar is de werknemer geen belanghebbende bij een boete die is opgelegd aan zijn werkgever wegens overtreding van die arbeidsomstandighedenwetgeving.

Als laatste geldt ook voor het bestuursprocesrecht dat door de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd een goed verloop van de procedure wordt verzekerd in de zin dat de vertraging, waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen.

Dit wil niet zeggen dat de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursprocesrecht altijd gerechtvaardigd is. Bij de effectiviteitstoets wordt niet alleen gekeken naar de abstracte procesregels, maar ook naar de concrete zaak.⁶⁴ Het is dus mogelijk dat in een concreet geval of bij een bepaald type zaken geoordeeld moet worden dat de beperking tot de grenzen

62 HvJEG 14 dec. 1995, AB 1996, 92 (m.nt. FHvdB), C-430/93, C431/93, (Van Schijndel) ro. 21.

63 Vgl. CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.

64 Albers & Schlössels 2005 p. 89; Prechal 1998 p. 691-693.

van de rechtsstrijd de toepassing van gemeenschapsrecht nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

De belemmering door een grievenstelsel

In een grievenstelsel is de beoordeling door de bestuursrechter beperkt tot een beoordeling van de aangevoerde beroepsgronden. Als in het bestuursrecht een strikt grievenstelsel zou worden aanvaard, zou dit waarschijnlijk ook een aanvaardbare belemmering van de (ambtshalve) toepassing van gemeenschapsrecht zijn. In het burgerlijk procesrecht is de rechter immers gebonden aan de aangevoerde feitelijke gronden (zie hoofdstuk 8 § 2.2). Deze beperking is door het Hof van Justitie aanvaard in *Van Schijndel*. Het is dan niet waarschijnlijk dat een beperking tot de aangevoerde grieven in het bestuursrecht onaanvaardbaar zou zijn.

*Peterbroeck*⁶⁵

In *Peterbroeck* bestond de beperking er uit dat nieuwe bezwaren slechts konden worden ingebracht binnen een termijn van zestig dagen na neerlegging van de bestreden beslissing. Het Hof van Justitie oordeelt dat de termijn van zestig dagen op zich geen aanleiding geeft tot kritiek. Echter, gezien de bijzondere kenmerken van de procedure oordeelt het Hof van Justitie dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de procesregel waarin een aan het gemeenschapsrecht ontleend nieuw bezwaar niet meer buiten de termijn van zestig dagen kan worden ingebracht. Hierbij waren de volgende feiten van belang:

- het Hof van Beroep was de eerste rechterlijke instantie die een prejudiciële vraag kon stellen;
- de periode waarin verzoeker nieuwe bezwaren kon opwerpen, was verstreken op het moment dat de terechtzitting van het Hof van Beroep plaatsvond, zodat dit Hof niet meer de mogelijkheid had die beoordeling ambtshalve te verrichten;
- er was geen andere nationale rechter die tijdens de verdere procedure ambtshalve de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht kon beoordelen; en
- de onmogelijkheid voor de nationale rechter om ambtshalve aan het gemeenschapsrecht te toetsen, vindt geen redelijke rechtvaardiging in beginselen als dat van de rechtszekerheid of het goede verloop van de procedure.

Uit *Peterbroeck* blijkt dat een belemmering door het nationale procesrecht in beginsel niet is toegestaan dan wel strenger wordt bekeken als deze ertoe leidt dat er geen rechterlijke instantie is die de verenigbaarheid van de betreffende

65 HvJ EG 14 dec. 1995, C-312/93 (*Peterbroeck*).

handeling met het gemeenschapsrecht kan beoordelen.⁶⁶ Het is met name van belang dat er een instantie moet zijn die een prejudiciële vraag kan stellen. Wat het Nederlandse bestuursprocesrecht betreft heeft *Peterbroeck* voornamelijk gevolgen voor de argumentatieve fuik. Door deze fuik wordt immers voorkomen dat een bepaalde kwestie van gemeenschapsrecht aan de rechter kan worden voorgelegd.⁶⁷ Aangezien de rechter de eerste is die een prejudiciële vraag kan stellen, staat deze beperking ook in de weg aan het (eventueel) voorleggen van deze kwestie aan het Hof van Justitie. Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat de argumentatieve fuik in de zin van een grondenfuik (waarschijnlijk) niet geldt voor gronden die (mede) gebaseerd (kunnen) zijn op het gemeenschapsrecht.⁶⁸ Het is de vraag of de huidige argumentatieve fuik, die (meer) lijkt op een onderdelenfuik, wel de toets van het Hof van Justitie kan doorstaan.

Voor de kwestie van de belemmering van het toetsen aan gemeenschapsrecht door de beperking tot de grenzen van de rechtsstrijd lijkt *Peterbroeck* mij niet van belang.

Rechtsnormen van openbare orde

Het uitgangspunt is dat het gemeenschapsrecht wordt toegepast volgens de nationale procesregels. Dit betekent dat de rechter niet ambtshalve toetst aan gemeenschapsbepalingen als deze toetsing ligt buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Dit tenzij de gemeenschapsbepaling van openbare orde is. Uit de uitspraken van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht niet per definitie van openbare orde is.⁶⁹

Dit wil niet zeggen dat er geen afzonderlijke gemeenschapsbepalingen zouden kunnen zijn die naar nationale maatstaven als van openbare orde gekwalificeerd zouden moeten worden. Ook is het mogelijk dat er een verplichting tot ambtshalve toetsing volgt uit een concrete gemeenschapsregeling. Een voorbeeld hiervan is te zien in een uitspraak van het Hof van Justitie van 27 juni 2000.⁷⁰ Het Hof oordeelt dat uit het systeem van bescherming dat de richtlijn consumenten biedt, volgt dat een doeltreffende bescherming van consumenten enkel wordt bereikt, indien de nationale rechter de bevoegdheid heeft om ambtshalve te toetsen of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.⁷¹

66 Zie ook HvJEG 1 juni 1999, NJ 2000, 339 (m.nt. HJS onder HR 25 febr. 2000, NJ 2000, 340), C-126/97 (*Eco Swiss/Benetton*) ro. 40; vgl. Brugman 2005 p. 274; Albers & Schlössels 2005 p. 90; Prechal 1998 p. 693 ev.

67 Vgl. Albers & Schlössels 2005 p. 87/88, 90.

68 Zie hoofdstuk 11 § 4.1.3.

69 Vgl. De Bock 2004 p. 60; Widdershoven e.a. 2001 p. 32.

70 HvJEG 27 juni 2000, C-240/98 to c-244/98 (*Océano Grupo Editorial SA en Salvat Editores SA*); zie ook HvJEG 21 nov. 2002, C-473/00 (*Cofidis SA*).

71 Ro. 25 t/m 29.

Een derde mogelijkheid is dat het Hof van Justitie zal bepalen dat een bepaalde gemeenschapsbepaling van dermate belang is dat deze toch ambtshalve toegepast zal moeten worden en daarvoor nationale processuele belemmeringen opzij zet.⁷² De bepaling is dan in gemeenschapsrechtelijke zin van openbare orde.

Dit laatste is het onderwerp van de prejudiciële vraag die het College in een uitspraak van 17 mei 2005⁷³ (*Van Middendorp*) aan het Hof van Justitie voorlegt. In deze zaak stelt het College vast dat een beoordeling van een bestreden besluit aan richtlijn 85/511/EEG buiten de omvang van het geschil valt zoals dat ter beslissing aan het College is voorgelegd.⁷⁴ Verder stelt zij vast dat de betreffende bepalingen van richtlijn 85/511/EEG niet van dien aard zijn dat zij volgens nationaalrechtelijke maatstaven als rechtsnormen van openbare orde gekwalificeerd moeten worden.⁷⁵ Zij stelt de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie:

“Verplicht het gemeenschapsrecht tot ambtshalve toetsing – dat wil zeggen toetsing aan gronden die vallen buiten de grondslag van het geschil – aan gronden die zijn ontleend aan richtlijn 85/511/EEG?”

Een mogelijk relevant verschil tussen *Van Middendorp* en *Van Schijndel* is dat het College bij *Van Middendorp* in enige en hoogste rechterlijke instantie oordeelt.⁷⁶ In *Kraaijeveld* echter oordeelde de Afdeling ook als enige en hoogste rechter, en daar oordeelde het Hof van Justitie dat de nationale rechter slechts binnen het kader van zijn bevoegdheid tot ambtshalve toepassing van het betreffende gemeenschapsrecht verplicht was. Het is vooralsnog afwachten of het Hof van Justitie in *Van Middendorp* een uitspraak zal doen over de kwalificatie van openbare orde in gemeenschapsrechtelijke zin.

3.7 Enkele vragen omtrent de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen

Na bovenstaande paragrafen blijven er een aantal vragen over. In deze paragraaf zal ik de volgende behandelen:

- 1 wat als appellanten geen rechtsnormen aanvoeren? (§ 3.7.1);
- 2 wat als appellanten wel rechtsnormen aanvoeren? (§ 3.7.2);

72 Vgl. Albers & Schlössels 2005 p. 89; De Bock 2004 p. 73; Vermeulen en Widdershoven (ro. 8) in hun noot onder ABRvS 2 mrt. 2004, AB 2004, 152 (m.nt. BPV en RW); Widdershoven e.a. 2001 p. 32; Prechal 1998 p. 702-705; Heukels 1996 p. 351/352.

73 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV).

74 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.3.

75 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.3.

76 CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241 (m.nt. LJMT), AB 2005, 282 (m.nt. JHvdV) ro. 5.4.4.

- 3 waarvan of waarbij worden de rechtsgronden aangevuld? (§ 3.7.3);
- 4 moet de rechter rechtsnormen aanvullen ten gunste van alle partijen? (§ 3.7.4);
- 5 wat is de rol van het verbod van reformatio in peius bij het aanvullen van de rechtsgronden? (§ 3.7.5); en
- 6 begrenst art. 6:22 Awb de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen? (§ 3.7.6)

3.7.1 *Wat als appellanten geen rechtsnormen aanvoeren?*

Appellanten zijn niet verplicht om rechtsnormen aan te voeren in hun beroepschrift of later in het geding. Het is voldoende dat een appellant feitelijke gronden aanvoert waarin betoogd wordt dat het besluit onrechtmatig is.⁷⁷ Hij hoeft niet aan te geven welke rechtsnormen geschonden zijn. Het is aan de rechter om te bepalen of de feitelijke gronden inderdaad tot de conclusie moeten leiden dat het besluit onrechtmatig is en om, als dit het geval is, de toepasselijke rechtsnorm(en) aan te vullen en het besluit te vernietigen.⁷⁸

3.7.2 *Wat als appellanten wel rechtsnormen aanvoeren?*

Vaak noemen appellanten wel rechtsnormen bij de feitelijke gronden. Een voorbeeld hiervan is als de eiser als grond van zijn beroep aanvoert dat een onderscheid naar leeftijd zoals dit in de gemeente bij verlening van parkeervergunningen gemaakt wordt, strijdig is met art. 1 Gw en art. 26 IVBPR.⁷⁹ De grenzen van het geschil worden niet hierdoor beperkt tot de genoemde rechtsnormen. Zoals het Europese Hof het in de zaak Guerra uitdrukt: “A complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on.”⁸⁰ Ook als partijen rechtsnormen aanvoeren, geldt dat het de taak van de rechter is om de relevante rechtsnormen te bepalen. Hierbij is hij noch gebonden aan noch beperkt tot de door partijen aangevoerde rechtsnormen. De feitelijke grond in bovengenoemd voorbeeld is dat het gemaakte onderscheid niet geoorloofd is. Als deze feitelijke grond niet kan slagen op grond van de aangevoerde rechtsnormen (art. 1 Gw en 26 IVBPR) dient de rechter ambtshalve te bepalen of de feitelijke grond toch tot de conclusie moet leiden dat het besluit onrechtmatig is en dient hij, als dit het geval is, de toepasselijke rechtsnorm(en) aan te vullen en het besluit te vernietigen.

77 De appellant is hiertoe verplicht op grond van art. 6:5 lid 1 sub d Awb. Art. 8:69 Awb verplicht appellant niet om gronden aan te voeren.

78 Vgl. Bolt 1999 p. 645; Allewijn 1994 p. 104.

79 Rb. Den Haag 4 jan. 1996, JB 1996, 47 (m.nt HJS).

80 EHRM 19 feb. 1998, application number 14967/89 (Guerra and others vs. Italy) § 44.

3.7.3 *Waarvan of waarbij worden de rechtsgronden aangevuld?*

Deze vraag wordt zowel in het bestuursprocesrecht als het burgerlijk procesrecht gesteld.⁸¹ Mijs inziens gaat het enerzijds om het aanvullen van de rechtsgronden van het oordeel van de rechter. In zijn uitspraak geeft de rechter zijn oordeel met betrekking tot de rechtmatigheid van het besluit. De rechter is voor de juridische gronding van zijn oordeel niet beperkt tot de rechtsnormen die partijen aanvoeren, maar is bevoegd om zijn oordeel te gronden op andere (aan te vullen) rechtsnormen.

Anderzijds gaat het bij het aanvullen van de rechtsgronden om het aanvullen van de rechtsgronden bij de feitelijke gronden van partijen. Als partijen geen rechtsnormen hebben aangevoerd of als zij niet de juiste rechtsnormen hebben aangevoerd, is het aan de rechter om te beoordelen of de aangevoerde feitelijke gronden bij (andere) rechtsnormen (toch) kunnen slagen. De rechter vult deze rechtsnormen dan aan bij de aangevoerde feitelijke gronden.

Voor dat deel van de beoordeling waarbij de rechter verder gaat dan het beoordelen van de beroepsgronden, vult de rechter de rechtsgronden, en ook de feitelijke gronden, aan bij het beroep van de appellant of het verweer van het bestuursorgaan of belanghebbende.

3.7.4 *Moet de rechter rechtsnormen aanvullen ten gunste van alle partijen?*

Het aanvullen van de rechtsgronden is niet beperkt tot het geval dat dit ten gunste van appellant werkt. Het aanvullen van rechtsgronden is wat dit betreft neutraal: als een rechtsnorm van toepassing is en niet door partijen is aangevoerd, vult de rechter deze rechtsnorm op grond van art. 8:69 lid 2 Awb aan en past hij deze rechtsnorm toch toe. Dit ongeacht wie daar baat bij heeft.⁸² Het aanvullen van de rechtsgronden kan dus werken ten gunste van de belanghebbenden, het verwerende bestuursorgaan,⁸³ andere verweerders en partijen die op grond van art. 8:26 Awb aan het geding deelnemen.

Een voorbeeld van hoe een aanvullen van de rechtsgronden ten gunste van het bestuursorgaan kan werken, is de in § 3.4 genoemde casus. In deze casus voert de appellant aan dat het bestuursorgaan op het bezwaar heeft beslist zonder belanghebbenden te hebben gehoord. Uit de feiten blijkt dat dit juist is. Echter, uit de feiten blijkt ook dat belanghebbenden verklaard hebben geen gebruik te willen maken van het recht om gehoord te worden. Art. 7:3 sub c Awb bepaalt dat in dit geval het bestuursorgaan kan afzien van het horen van belanghebbenden. De rechter is nu verplicht art. 7:3 sub c Awb

81 Zie bv. Kooper 2000 p. 174; Allewijn 1998 p. 293; Simon 1997 p. 304.

82 Vgl. Kooper 2000 p. 174; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.2 sub d; Allewijn 1994 p. 104; anders De Bock 2004 p. 46 ev.

83 Vgl. CRvB 6 nov. 2003, JB 2004, 61 (m.nt. C.L.G.F.H. A.).

aan te vullen en de grond ongegrond te verklaren.⁸⁴ Deze aanvulling werkt ten gunste van het verwerende bestuursorgaan. Overigens worden hier zowel de feitelijke gronden (belanghebbenden hadden afstand gedaan van het recht om gehoord te worden) als de rechtsgronden (art. 7:3 sub c Awb) aangevuld.

Er moet wel een onderscheid gemaakt worden tussen het aanvullen van rechtsgronden ten gunste van het bestuur in het kader van het beoordelen van het besluit en het ambtshalve aanvullen van de (feitelijke en rechts)grondslag van het besluit. Indien de rechter tot de conclusie komt dat het besluit niet op grond van de bestaande grondslag gehandhaafd kan worden, mag hij niet de grondslag van het besluit verbeteren en het besluit in stand laten op grond van een alternatieve grondslag. Als de rechter de grondslag van het besluit aanvult, gaat het niet langer om het beoordelen van het bestreden besluit. Een besluit met een andere grondslag is immers een nieuw besluit.

De aangewezen weg is om het besluit te vernietigen en, indien aan de voorwaarden hiervoor is voldaan, zelf in de zaak te voorzien. Het bestreden besluit met de oorspronkelijke grondslag wordt vernietigd en vervangen door een nieuw besluit met de nieuwe grondslag. Dit kan gepaard gaan met een aanvullen van de rechtsgronden.

Een voorbeeld van bovenstaand onderscheid is te vinden in de uitspraak van de Afdeling van 31 januari 2002.⁸⁵ In dit geval vulde de rechtbank in eerste aanleg ambtshalve de bewaringsgrond van het bevel tot bewaring in de zin van de Vreemdelingenwet aan met de bewaringsgrond dat appellant verdacht werd van het plegen van een misdrijf. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank heeft beoogd art. 8:69 lid 2 Awb toe te passen, maar dat deze bepaling slechts ziet op het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden van het beroep. Art. 8:69 lid 2 Awb ziet niet op het aanvullen van de gronden waarop het bestreden besluit berust. Wat de rechtbank had moeten doen was het besluit vernietigen en zelf in de zaak voorzien op basis van de nieuwe grond.

Bij deze uitspraak moet wel de volgende kanttekening gemaakt worden. Art. 8:69 lid 2 Awb verplicht niet slechts tot het aanvullen van de rechtsgronden van het beroep, maar tot het aanvullen van rechtsgronden in het kader van het beoordelen van het beroep. Een aanvullen kan immers ook ten gunste van het bestuursorgaan uitpakken.

Een ander voorbeeld van het onderscheid is het volgende.⁸⁶ Stel dat een verzoek om subsidie wordt afgewezen op de grond dat gelet op alle betrokken belangen geen aanleiding wordt gezien om tot subsidiëring over te gaan. Appellant stelt bezwaar en vervolgens beroep in. Het beroep is op zich gegrond. De rechter constateert echter tijdens het geding dat het verzoek om subsidieverlening een project betreft waarmee reeds een aanvang was gemaakt

⁸⁴ Anders: De Bock 2004 p. 73.

⁸⁵ ABRvS 31 jan. 2002, AB 2002, 276 (m.nt. Sew).

⁸⁶ Dit voorbeeld is ontleend aan Bolt 1999 p. 656/657.

voordat het verzoek was ingediend en dat dit onder de subsidieregeling een grond is om het verzoek om subsidie af te wijzen. De rechter mag nu niet de rechtsgrondslag van het besluit aanvullen en het beroep ongegrond verklaren. Het is niet zijn taak om de toewijsbaarheid van het verzoek te beoordelen, maar slechts de rechtmatigheid van het besluit. Het besluit is onrechtmatig en dus terecht bestreden. De rechter moet het beroep gegrond verklaren en het besluit vernietigen. Als nu voldoende duidelijk is dat het bestuur het verzoek alsnog zal afwijzen op bovengenoemde ambtshalve geconstateerde rechtsgrond, kan de rechter in beginsel zelf in de zaak voorzien en het verzoek afwijzen op de rechtsgrond dat een verzoek om subsidie wordt geweigerd als reeds een aanvang is gemaakt met het project voordat het verzoek is ingediend. De voorwaarden voor het zelf in de zaak voorzien kunnen dit echter blokkeren. Het moet bijvoorbeeld voldoende zeker zijn dat het bestuur het besluit op deze grondslag zou baseren en ook dat het besluit op deze grondslag wel rechtmatig is.

3.7.5 Wat is de rol van het verbod van reformatio in peius bij het aanvullen van de rechtsgronden?

Naast de grenzen van de rechtsstrijd kan ook het verbod van reformatio in peius het aanvullen van de rechtsgronden beïnvloeden.

In het grievenstelsel is de invloed van het verbod van reformatio in peius beperkt. Dit verbod zal eerder voorkomen dat op grond van een feitelijke grond wordt vernietigd, dan dat zij zal voorkomen dat de juiste rechtsnorm wordt aangevuld bij een feitelijke grond waarin terecht strijd met het recht wordt betoogd. Als immers in een grond terecht een onrechtmatigheid wordt bestreden en vernietiging op grond hiervan niet in strijd is met het verbod van reformatio in peius, is het onwaarschijnlijk dat het enkele aanvullen van de toepasselijke rechtsnorm wel in strijd zal zijn met het verbod van reformatio in peius.

De invloed van het verbod van reformatio in peius is groter in het stelsel van een beperkte volledige toetsing en het compromisstelsel, omdat de rechter hier ook feitelijke gronden mag aanvullen. Als de rechter ambtshalve een onrechtmatigheid ontdekt, zal hij moeten nagaan of het vernietigen op grond hiervan in strijd komt met het verbod van reformatio in peius. Als dit het geval is mag hij het besluit niet vernietigen op grond van deze onrechtmatigheid. De rechter zal dan noch de feitelijke grond noch de rechtsgrond mogen aanvullen.

Voor de volledigheid moet nog vermeld worden dat het verbod van reformatio in peius niet in de weg staat aan de ambtshalve toetsing aan en vernietiging wegens strijd met rechtsnormen van openbare orde. Dit verbod geldt immers niet als het gaat om rechtsnormen van openbare orde.

3.7.6 Begrenst art. 6:22 Awb de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen?

Een vraag is of art. 6:22 Awb de plicht om de rechtsgronden aan te vullen begrenst. Art. 6:22 Awb luidt:

“Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.”

Art. 6:22 behoort tot de bevoegdheden waarmee de bestuursrechter in de tweede fase van het geding het geschil kan beslechten. Meestal is het scheidingspunt tussen de eerste en de tweede fase de vernietiging van het besluit. Art. 6:22 Awb legt dit punt echter na het vaststellen van de onrechtmatigheid en vóór de vernietiging. In plaats van het terugsturen naar het bestuur te voorkomen door bijvoorbeeld de werking van de vernietiging op te heffen via een gedektverklaring (art. 8:72 lid 3 Awb), voorkomt de rechter hier dat de onrechtmatigheid leidt tot vernietiging. Het vaststellen van de onrechtmatigheid wordt niet doorgezet naar de voorgeschreven consequentie, de vernietiging.

Vormt dit artikel nu een begrenzing van de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen? In een geval waarin de rechter door een aanvulling van de rechtsgronden een besluit kan vernietigen en waarin art. 6:22 Awb van toepassing is, kan de rechter ervoor kiezen om het besluit toch in stand te laten. De rechter ziet echter niet af van het aanvullen van de rechtsgrond. Deze norm is nog steeds bij de beoordeling betrokken en de feitelijke gronden zijn nog steeds door de rechter vertaald naar toetsing aan deze rechtsnorm. Het aanvullen van de rechtsgrond leidt echter door toepassing van art. 6:22 Awb niet tot vernietiging. Dit is niet anders dan als strijd met de rechtsnorm door de eiser wordt aangevoerd. Ook dan leidt de toetsing door toepassing van art. 6:22 Awb niet tot vernietiging, maar wordt wel eerst aan de rechtsnorm getoetst. Art. 6:22 Awb voorkomt niet dat, eventueel na aanvulling van de betreffende rechtsnorm, aan een rechtsnorm wordt getoetst. Deze bepaling staat dus niet in de weg aan het aanvullen van de rechtsgronden.

3.8 Verschillende typen rechtsnormen

Bij de behandeling van het aanvullen van de rechtsgronden in het burgerlijk procesrecht zijn een aantal verschillende typen rechtsnormen behandeld. De vraag is nu of deze typen ook in het bestuursprocesrecht bestaan en wat de gevolgen hiervan eventueel zijn voor het aanvullen van de rechtsgronden. De typen die hier behandeld zullen worden, zijn:

- 1 recht van openbare orde (§ 3.8.1);
- 2 regelend recht en dwingend recht (§ 3.8.2);
- 3 rechtsmiddelen (§ 3.8.3);
- 4 recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat (§ 3.8.4); en
- 5 procesregels (§ 3.8.5 en § 3.8.6).

Vervolgens wordt de vraag behandeld of beleidsregels rechtsgronden vormen (§ 3.8.7). In § 3.8.8 worden enige afsluitende conclusies genomen.

3.8.1 *Recht van openbare orde*

Ook het bestuursrecht kent recht van openbare orde. De werking is in beginsel hetzelfde als in het burgerlijk procesrecht: de rechter past dit recht toe ongeacht de begrenzing door partijen. Voor het beoordelen van het besluit betekent dit dat de rechter de naleving van dit recht beoordeelt zo nodig ambtshalve en buiten de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd om (ambtshalve toetsing).

Het feit dat een rechtsnorm van openbare orde is zet ook het verbod van *reformatio in peius* opzij. Het is dus mogelijk dat ambtshalve toetsing een vernietiging tot gevolg heeft die leidt tot een verslechtering van de positie van de appellant die zonder beroep (en vernietiging) niet mogelijk zou zijn geweest.⁸⁷ Het is daarentegen waarschijnlijk dat het bestuursorgaan ook zonder vernietiging bevoegd is om het besluit ten nadele van appellant te wijzigen als er sprake is van strijd met een rechtsnorm van openbare orde. Het verbod van *reformatio in peius* speelt dan geheel niet.

Criteria voor rechtsnormen van openbare orde

Net zo min als in het burgerlijk procesrecht is het begrip 'openbare orde' in het bestuursprocesrecht een duidelijk criterium waarmee eenvoudig de uitzonderingsbepalingen geïdentificeerd kunnen worden.⁸⁸ Duidelijk is slechts dat het gaat om belangrijke bepalingen waarvan de handhaving niet kan worden overgelaten aan partijen.⁸⁹

Voorbeelden van criteria zijn de volgende:⁹⁰

- rechtsregels die behoren tot die kernelementen van de rechtsorde die juist de rechter los van de wil en de kennis van partijen behoort te bewaken;⁹¹

87 Vgl. Brugman 2005 p. 265, 266; De Bock 2004 p. 65; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Hoogenboom 1998 p. 131; Pennarts 1998 p. 59; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar art. 8:69, aant. 3.

88 Vgl. Brugman 2005 p. 269; De Bock 2004 p. 64.

89 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2001 p. 129; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; Schreuder-Vlasblom 1994 p. 54; Hoogenboom 1998 p. 131; Damen 1999 p. 29; Bolt 1999 p. 659.

90 Zie ook Widdershoven e.a. 2001 p. 188-190.

91 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 198.

- rechtsnormen die zeer kwetsbare belangen beschermen of die als structuurelement van de rechtsorde moeten worden beschouwd, zoals grondrechten en andere uit democratisch en rechtstatelijk oogpunt essentiële voorschriften en voor het openbare bestuur geldende integriteitsnormen;⁹²
- rechtsregels die betrekking hebben op de essentiële waarden van het publiekrecht;⁹³
- regels inzake de bewaking van de staatsrechtelijke grenzen van de rechtsbescherming, het algemeen belang en de belangen van derden;⁹⁴
- de grondregels voor een behoorlijk proces in eerste aanleg,⁹⁵ met name regels die waarborgen dat partijen genoegzaam en gelijkelijk de kans krijgen om schriftelijk en mondeling hun standpunt naar voren te brengen;⁹⁶
- essentiële procesrechtelijke normen;⁹⁷
- de categorie rechtsregels die de toegang tot en ontvankelijkheid van het beroep regelen;⁹⁸
- bepalingen waarvan de betekenis voor de rechtsorde zo groot is dat hun gelding moet worden verzekerd, ongeacht de wil, kennis of het belang van partijen: zij staan derhalve niet ter vrijer beschikking van partijen;⁹⁹
- het feit dat een rechtsnorm van dwingend recht is, is onvoldoende om te kunnen spreken van een rechtsnorm van openbare orde;¹⁰⁰ en
- voorschriften die een zelfstandige betekenis hebben voor het bestuursproces als zodanig. Het gaat om een betekenis die kan worden onderscheiden van de betekenis die voorschriften voor partijen in een concreet geschil over hun onderlinge rechtsverhouding kunnen hebben.¹⁰¹

Voorbeelden van rechtsnormen van openbare orde, althans rechtsnormen waarvan de naleving ambtshalve wordt gecontroleerd zo nodig buiten de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd om, zijn:¹⁰²

⁹² Schreuder-Vlasblom 1994 p. 54; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 200.

⁹³ Bolt 1999 p. 654.

⁹⁴ Kooper 2000 p. 175.

⁹⁵ Schreuder-Vlasblom 2003 p. 199; Widdershoven e.a. 2001 p. 189; Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven); vgl. De Bock 2004 p. 71; Brugman 2005 p. 277.

⁹⁶ Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123.

⁹⁷ Simon 1997 p. 305.

⁹⁸ De Bock 2004 p. 56, 65; vgl. Brugman 2005 p. 277.

⁹⁹ Widdershoven e.a. 2001 p. 188/189.

¹⁰⁰ CRvB 8 apr. 2003, 01/2825 WAO.

¹⁰¹ Brugman 2005 p. 269, 277.

¹⁰² Zie ook Brugman 2005 p. 269 ev.; De Bock 2004 p. 66; Stroink & Widdershoven 2002 p. 31; Widdershoven e.a. 2001 p. 173-181, 189, 191-195, 198-199.

- bepalingen inzake de bevoegdheid en ontvankelijkheid;¹⁰³
- (de toepassing van) art. 6:18 tot en met 6:20 Awb;¹⁰⁴
- het vereiste dat in beginsel een voorprocedure wordt gevolgd (art. 7:1 Awb);¹⁰⁵
- de regel dat als per aangetekende post verstuurd stukken terug worden ontvangen de rechtbank dient te verifiëren of appellant op de dag van verzending of uiterlijk een week daarna in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens stond ingeschreven op het adres waarnaar de stukken zijn verzonden (art. 8:38 Awb);¹⁰⁶
- de regel dat buiten de toepassing van art. 8:54 Awb van een nadere zitting slechts wordt afgezien met toestemming van partijen (art. 8:57 Awb);¹⁰⁷
- de regel dat de zitting in de regel openbaar is;¹⁰⁸
- bepalingen inzake termijnen voor het indienen van bezwaar en beroep;¹⁰⁹
- regels inzake de bekendmaking van besluiten;¹¹⁰ en
- het bereik van de bestuurlijke heroverweging.¹¹¹

De vraag wanneer een rechtsnorm van openbare orde is, wordt ook wel van de andere kant benaderd door criteria te geven voor wanneer een rechtsnorm niet van openbare orde is:

- als er andere vormen van toezicht bestaan dan beroep in rechte;¹¹²
- materiële rechtsnormen (deze worden in de regel niet aangemerkt als rechtsnormen van openbare orde);¹¹³ en
- voorschriften die strekken ter bescherming van kwetsbare belangen, indien zij niet tevens een zelfstandige betekenis voor het bestuursproces hebben.¹¹⁴

103 PG Awb II p. 464; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123/124; Ten Berge 1999 p. 129; ABRvS 26 nov. 2003, JB 2004, 46; ABRvS 22 okt. 2003, JB 2003, 341 (m.nt. R.J.N.S.); Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven); Brugman 2005 p. 269, 270.

104 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 198; Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven); vgl. Brugman 2005 p. 271.

105 Brugman 2005 p. 271.

106 CRvB 31 dec. 2002, JB 2003, 53.

107 Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123; ABRvS 31 okt. 2002, JV 2003, 4; Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven).

108 Schreuder-Vlasblom 1998 p. 123.

109 Brugman 2005 p. 269, 271; De Bock 2004 p. 69; Widdershoven e.a. 2001 p. 175; Pennarts 1998 p. 59; ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) (art. 6:7 Awb).

110 De Bock 2004 p. 66; Ten Berge 1999 p. 130.

111 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 198.

112 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 199.

113 Schreuder-Vlasblom 2003 p. 199.

114 Brugman 2005 p. 272.

Voorbeelden van rechtsnormen die niet van openbare orde zijn en waarvan de naleving niet ambtshalve wordt getoetst, zijn:¹¹⁵

- de regels voor bestuurlijke besluitvorming;¹¹⁶
- art. 3:47 Awb (vermelding van motivering);¹¹⁷
- art. 7:2 Awb (het recht om gehoord te worden);¹¹⁸
- art. 7:4 en 7:6 Awb (de indiening en inzage van stukken respectievelijk het (afzonderlijk) horen van belanghebbenden);¹¹⁹
- art. 7:5 lid 1 Awb (door wie gehoord kan worden);¹²⁰
- art. 7:7 Awb (van het horen wordt een verslag gemaakt);¹²¹
- art. 7:9 Awb (horen na de ontdekking van nieuwe feiten);¹²²
- art. 7:11 Awb (volledige heroverweging in bezwaar);¹²³
- art. 7:13 lid 7 Awb (motiveren van het afwijken van het advies van een adviescommissie);¹²⁴
- de vraag of de cautie is gegeven in het kader van het onderzoek bij punitieve besluiten;¹²⁵ en
- art. 36 lid 2 WAO (herziening van de arbeidsongeschiktheidsuitkering vindt plaats met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 37 tot en met 40).¹²⁶

Is al het bestuursrecht per definitie van openbare orde?

Eén redenering is dat al het bestuursrecht van openbare orde is.¹²⁷ Dit is gebaseerd op de civielrechtelijke omschrijving dat bepalingen die (mede) het algemeen belang betreffen in tegenstelling tot slechts privé-belangen van openbare orde zijn. Al het bestuursrecht betreft vanuit zijn aard het algemeen belang.¹²⁸ Een onderwerp wordt immers door het bestuursrecht geregeld omdat het algemeen belang dit vereist. In civielrechtelijke zin is al het bestuursrecht derhalve van openbare orde. Gezien het feit dat in het bestuursprocesrecht niet al het recht van openbare orde is, moet wel geconcludeerd worden dat de omschrijving van de term ‘openbare orde’ in het civiele procesrecht weinig hulp biedt bij het omschrijven van deze term in het bestuursprocesrecht.

115 Zie ook Brugman 2005 p. 271 en De Bock 2004 p. 66 ev.

116 De Bock 2004 p. 72; Widdershoven e.a. 2001 p. 188/189.

117 CRvB 11 apr. 2003, 02/282 WSF.

118 ABRvS 29 juli 1996, JB 1996, 190 (m.nt. MAH); CRvB 8 juli 1997, JB 1997, 179 (m.nt. RJGHS).

119 Widdershoven e.a. 2001 p. 174.

120 CRvB 25 nov. 1997, Abkort 1998, 109.

121 Ten Berge 1999 p. 130.

122 CRvB 8 jan 1998, Abkort 1998, 217.

123 ABRvS 17 sept. 2003, JB 2003, 299 (C.L.G.F.H. A.).

124 CRvB 29 april 2003, JB 2003, 192, AB 2003, 307 (m.nt. HBr).

125 CRvB 18 maart 2004, JB 2004, 192 (C.L.G.F.H. A.).

126 CRvB 8 april 2003, 01/2825 WAO.

127 Vgl. De Bock 2004 p. 63.

128 Vgl. Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 24, 169.

Bij de vraag wat recht van openbare orde is, gaat het niet om een definitie naar inhoud, maar om een definitie naar gevolg. Recht van openbare orde is het uitzonderingsrecht: deze regels zijn van dermate belang in vergelijking met andere regels dat er voor deze regels een uitzondering moet worden gemaakt. De uitzondering in kwestie is dat de toepassing van of toetsing aan deze regels niet afhankelijk kan worden gesteld van partijen.¹²⁹ Eventuele door partijen opgeworpen begrenzingen die in de weg staan aan de toepassing van of de toetsing aan deze regels worden door het zwaarwegende belang dat door deze regels wordt behartigd opzij gezet.

Dit betekent dat het bijzonder moeilijk is om met een eenvoudige en sluitende inhoudelijke definitie van recht van openbare orde te komen. Het valt immers niet in zijn algemeenheid te zeggen wanneer een rechtsnorm een uitzonderingspositie dient in te nemen. Het past dan ook bij het begrip 'van openbare orde' dat het veelal niet mogelijk is om te voorspellen of een rechtsnorm als van openbare orde beschouwd zal worden of niet. Er is pas zekerheid als dit uitdrukkelijk wordt vastgesteld door de wetgever (bijvoorbeeld: de toepassing van regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid¹³⁰) of in de rechtspraak (bijvoorbeeld: art. 8:57 Awb¹³¹).

Opmerkelijk is dat er bij het bepalen van welke rechtsnormen van openbare orde zijn, ook pragmatische overwegingen een rol lijken te spelen. Zo stellen een aantal respondenten in het kader van de tweede evaluatie van de Awb dat EG-recht en grondrechten niet van openbare orde zijn omdat 'ambtshalve toetsing hieraan praktisch niet mogelijk is'.¹³²

Is art. 8:69 Awb van openbare orde?

Het zal duidelijk zijn dat art. 8:69 Awb wat betreft de leden 2 en 3 niet van openbare orde is. Als deze twee leden van openbare orde zouden zijn, zou de bevoegdheid van de rechter om de rechtsgronden respectievelijk de feiten aan te vullen niet begrensd kunnen worden door de keuzes van partijen. Deze bevoegdheden zijn onmiskenbaar wel begrensd en wel met name door de mate waarin het besluit (door appellant) is bestreden.

Art. 8:69 lid 1 Awb is van openbare orde voorzover in deze bepaling wordt gelezen dat de rechter gebonden is aan de grenzen van de rechtsstrijd.¹³³ Dit brengt mee dat de appelrechter ambtshalve beoordeelt of de afbakening van het geschil correct is geschied en of de rechter in eerste aanleg zich heeft gehouden aan de grenzen van de rechtsstrijd.¹³⁴

129 Vgl. Nijmeijer 2004 p. 187.

130 PG Awb II p. 464.

131 Widdershoven e.a. 2001 p. 179.

132 Widdershoven e.a. 2001 p. 198.

133 Widdershoven overw. 2 in zijn noot onder ABRvS 11 feb. 2005, JV 2005, 172 (m.nt. prof. Mr. R.J.G.M. Widdershoven).

134 De Bock 2004 p. 43; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 185; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 124; Hoogenboom 1998 p. 129.

3.8.2 *Regelend recht en dwingend recht*

Dwingend recht is recht waarvan partijen niet kunnen afwijken. Zij kunnen deze rechtsnormen niet door middel van een eigen regeling opzij zetten. Dit recht reguleert de verhouding tussen partijen ongeacht hun wensen hieromtrent. Regelend recht is recht waarvan partijen wel af kunnen wijken. Zij kunnen het uitsluiten of een eigen regeling er voor in de plaats stellen (zie hoofdstuk 7 § 6.3).

In principe kunnen burgers en het bestuur bestuursrechtelijke bepalingen niet uitsluiten of vervangen door een eigen regeling. Bestuursrecht geldt voor alle burgers en in alle rechtsverhoudingen die door het betreffende bestuursrecht worden geregeld. Er zijn echter rechtsnormen die onder voorwaarden opzij gezet kunnen worden. Een voorbeeld zijn de normen waarvoor het betreffende bestuursorgaan op verzoek van een belanghebbende vrijstellingen of ontheffingen kan verlenen. De bepaling waarvan ontheffing of vrijstelling wordt verleend, geldt niet in de rechtsverhouding waarvoor vrijstelling of ontheffing wordt verleend.

Art. 9:19 Arbobesluit regelt bijvoorbeeld van welke bepalingen van het Arbobesluit geen ontheffing of vrijstelling kan worden verleend. Zo kan geen ontheffing of vrijstelling worden verleend van art. 3.1b, de artikelen van de afdelingen 2, 3, 3a, 3b en 3c en de paragrafen 4 en 5 van afdeling 5 van hoofdstuk 3. Deze bepalingen zijn derhalve van dwingend recht. Art. 3:16 Arbobesluit wordt hier niet genoemd, zodat van deze bepaling wel vrijstelling of ontheffing kan worden verleend. Deze bepaling is derhalve van regelend recht in de zin zoals hierboven beschreven.

Soms kunnen ook burgers onderling de werking van een bestuursrechtelijke rechtsnorm opzij zetten en een eigen regeling hiervoor in de plaats stellen. Een voorbeeld hiervan waren de overlegregelingen van de Arbeidstijdenwet. Werkgevers en werknemers konden binnen door de wet bepaalde grenzen in (collectief) overleg afwijken van de normen in de standaardregeling.

In deze zin zijn bepalingen waarvan vrijstelling of ontheffing mogelijk is en de standaardregelingen, regelend recht. Bepalingen waarvoor dit niet mogelijk is, zijn van dwingend recht.

Een belangrijk verschil tussen regelend recht in het burgerlijk procesrecht en in het bestuursprocesrecht is de wijze waarop een bepaling kan worden uitgesloten. In het burgerlijk procesrecht is dit relatief eenvoudig. Dit kan variëren van het vastleggen in een schriftelijke overeenkomst tot het ten processe aangeven dat deze bepaling alsnog wordt uitgesloten. Voor het bestuursprocesrecht moet de afwijkende regeling in een bestuursrechtelijk stuk zoals een algemene maatregel van bestuur, een besluit of een collectieve regeling worden vastgelegd. Hiervoor moet de voorgeschreven procedure gevolgd worden. Totdat de afwijkende regeling in werking is getreden geldt de betreffende bepaling.

Voor het aanvullen van de rechtsgronden betekent dit dat de rechter een rechtsnorm niet kan aanvullen als hiervan geldig is afgeweken. Deze bepaling geldt immers niet in deze rechtsverhouding. Bestuursrechtelijke bepalingen van 'regelend recht' waarvoor geen afwijkende regeling geldt en bestuursrechtelijke bepalingen van dwingend recht, gelden onverkort in de betreffende rechtsverhouding en de rechter is verplicht om deze bepalingen aan te vullen.

Voor alle duidelijkheid: dwingend recht is niet hetzelfde als recht van openbare orde.¹³⁵ Dwingend recht moet worden afgezet tegen regelend recht, en betreft de vraag of het kan worden uitgesloten in een rechtsverhouding. Recht van openbare orde is recht dat dermate belangrijk is dat daaraan desnoods tegen de wil van partijen in getoetst moet worden. Recht van openbare orde is uiteraard dwingend recht.

3.8.3 *Rechtsmiddelen*

Het burgerlijk procesrecht kent rechtsnormen die de rechter niet mag toepassen, behalve als de belanghebbende partij een beroep op de rechtsnorm doet. Dit worden rechtsmiddelen genoemd.¹³⁶ De rechter mag rechtsmiddelen dus niet ambtshalve aanvullen. In hoofdstuk 7 bleek dat deze beperking niet zo strikt wordt doorgevoerd als op het eerste gezicht zou worden gedacht. Voor een beroep op een rechtsmiddel is het niet nodig dat de toepasselijke rechtsnorm wordt genoemd of dat bepaalde juridische begrippen worden gebruikt. Het is voldoende dat in eigen bewoordingen een beroep op het rechtsmiddel wordt gedaan. Voor een beroep op verjaring is de uitroep 'Maar dat is al zo lang geleden!' bijvoorbeeld al voldoende. De beperking die voortvloeit uit de status van rechtsmiddel valt dan ook samen met de (in het burgerlijk procesrecht bestaande) beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden. Als de feitelijke grond 'verjaring' wordt aangevoerd is daarmee een beroep gedaan op verjaring en als een beroep wordt gedaan op verjaring is daarmee verjaring als feitelijke grond aangevoerd.

Voor het grievenstelsel betekent dit dat de vraag naar het al dan niet bestaan van rechtsmiddelen in het bestuursprocesrecht niet relevant is. Deze beoordeling is al beperkt tot de aangevoerde feitelijke gronden. De beperking die voortvloeit uit een eventueel bestaan van rechtsmiddelen zou niets toevoegen aan de beperkingen van de rechterlijke beoordeling.

Voor stelsels waarin de beoordeling verder gaat dan de gronden, is de vraag naar het bestaan van rechtsmiddelen in het bestuursprocesrecht echter wel relevant, aangezien de rechter onder deze stelsels de feitelijke gronden kan aanvullen. De beperking die voortvloeit uit de kwalificatie als rechtsmiddel heeft dan wel gevolgen.

¹³⁵ Vgl. De Bock 2004 p. 63; CRvB 8 apr. 2003, 01/2825 WAO.

¹³⁶ Dit zijn dus niet middelen tegen rechterlijke uitspraken zoals cassatie en hoger beroep.

De vraag is of er in het bestuursrecht rechtsnormen zijn waar de rechter niet ambtshalve aan mag toetsen binnen de grenzen van de rechtsstrijd, maar slechts als partijen (direct of in eigen woorden) hebben gesteld dat in strijd is gehandeld met deze rechtsnorm. Deze kwalificatie zou moeten voortvloeien uit de aard van de rechtsnorm.

Nu is aanvaard dat er een grievenstelsel geldt voor de toetsing aan formele voorschriften, mag de rechter slechts aan deze rechtsnormen toetsen als appellant een beroep op schending hiervan heeft gedaan.¹³⁷ Deze beperking vloeit echter voort uit de aanvaarding van het grievenstelsel, niet uit de aard van het individuele formele voorschrift. Formele voorschriften kunnen dan ook niet als rechtsmiddelen gekwalificeerd worden, al worden zij wel als zodanig behandeld.

Gezien de ontwikkelende situatie met betrekking tot de grenzen van de rechtsstrijd en plaats van het aanvullen van de rechtsgronden hierbij, is de vraag of rechtsmiddelen bestaan in het bestuursprocesrecht op dit moment niet te beantwoorden. Noch in de literatuur noch in de onderzochte rechtspraak wordt over een dergelijk type rechtsnorm gesproken. In die gevallen dat de rechter ten onrechte ambtshalve aan een rechtsnorm getoetst heeft, ligt de reden die hiervoor wordt gegeven meestal in de grenzen van de rechtsstrijd. Of rechtsmiddelen een plaats (moeten) hebben in het bestuursrecht zal nog uitgemaakt moeten worden.

Een verdere moeilijkheid bij de vraag naar het bestaan van rechtsmiddelen in het bestuursprocesrecht is dat niet precies duidelijk is wanneer (in het burgerlijk procesrecht) een rechtsnorm een rechtsmiddel is. Waarom zijn verjaring en gezag van gewijsde bijvoorbeeld rechtsmiddelen?

Daarnaast valt de beperking doordat een rechtsnorm een rechtsmiddel is samen met de beperking tot de aangevoerde feitelijke gronden zodat in het burgerlijk procesrecht de eigen aard van het rechtsmiddel niet echt naar voren is gekomen. Deze vraag waarom een rechtsnorm als rechtsmiddel moet worden gekwalificeerd, is in het burgerlijk procesrecht eigenlijk niet van belang geweest. Zij is echter, zoals gezegd, wel van belang voor het bestuursprocesrecht, nu de bestuursrechter wel bevoegd is om de feitelijke gronden aan te vullen.

3.8.4 *Recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat*

De term ‘recht dat niet ter vrije beschikking van partijen staat’ wordt ook gebruikt in het bestuursrecht. Ook hier wordt er recht van openbare orde mee bedoeld.¹³⁸ De overname van dit begrip uit het burgerlijk procesrecht impli-

¹³⁷ Ook als dit in eigen bewoordingen is, neem ik aan.

¹³⁸ Zie bv. Marseille 2003 II p. 113; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 197; De Bock 2004 p. 63; PG Awb II p. 464; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 129; Simon 1997 p. 305; ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) ro. 2.3.3.

ceert dat in het bestuursrecht recht bestaat dat wel ter vrije beschikking van partijen zou staan. De vraag is of dit het geval is.

Afgaande op hetgeen is gesteld over recht dat (niet) ter vrije beschikking van partijen staat in hoofdstuk 7 § 6.4 kan het volgende gezegd worden. In het burgerlijk procesrecht bestaan er verschillen wat betreft de mate waarin recht ter vrije beschikking staat: partijen kunnen vrij beschikken door een afwijkende regeling te treffen of recht uit te sluiten (regelend recht), door geen beroep op het recht te doen als een dergelijk beroep nodig is (rechtsmiddelen) en door de rechtsgrondslag van de vordering te beperken tot de aangevoerde rechtsnormen of duidelijk afstand te doen van de toepassing van een bepaalde rechtsnorm. Als laatste kan een partij de toepassing van een hem ter beschikking staande rechtsnorm voorkomen door zijn eis te beperken of bepaalde feitelijke gronden niet aan te voeren.

In hoeverre bestaan deze beschikkingsmogelijkheden in het bestuursprocesrecht? Regelend recht bestaat in zeker opzicht wel (zie § 3.8.2). De procedure om van het regelend recht af te wijken is echter ingewikkelder dan in het burgerlijk procesrecht. Het gaat mij ook wat ver om hier te spreken van vrije beschikking.

Of rechtsmiddelen bestaan is op dit moment nog onduidelijk (zie § 3.8.3).

Wat betreft het afstand doen van de toepassing van recht, lijkt het mij dat, gezien de rechtsbescherming als doel van het bestuursproces, het onder de Awb mogelijk is dat een appellant afstand doet van de toetsing aan een rechtsnorm als toetsing hieraan op zich wel binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt.¹³⁹ Een appellant kan toetsing aan een rechtsnorm zeker voorkomen door deze toetsing buiten de grenzen van de rechtsstrijd te houden. De rechter is immers beperkt tot de door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd.

Gebaseerd op het bovenstaande is mijn conclusie dat in het bestuursprocesrecht in zekere zin sprake is van recht dat ter vrije beschikking van partijen staat. Dit is het bestuursrecht voorzover dat niet van openbare orde is. Dit recht staat in zoverre ter vrije beschikking van partijen dat een appellant ervoor kan zorgen dat niet aan een bepaalde rechtsnorm zal worden getoetst hetzij door aan te geven geen toetsing te willen aan deze rechtsnorm als deze toetsing binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt, hetzij door de grenzen van de rechtsstrijd zo te leggen dat toetsing aan deze rechtsnorm buiten de grenzen van de rechtsstrijd valt.

In deze zin staat het recht echter niet zozeer ter vrije beschikking van partijen, maar van appellant.

139 Aangezien het onwaarschijnlijk is dat een appellant zijn beroep op een dergelijke manier beperkt, kan deze beperking niet zomaar worden aangenomen. De beperking zal duidelijk gesteld moeten zijn.

3.8.5 *Procesregels van het lopende proces*

Procesregels spelen op twee manieren een rol in een procedure: ten eerste als regels die het proces bij de lopende instantie regelen en ten tweede als toetsingsgronden bij de vraag of bij de voorgaande instantie de daarvoor geldende procesregels zijn gevolgd. In deze paragraaf gaat het om procesregels die op de eerste wijze worden toegepast.

Wat het toepassen van procesregels bij de lopende instantie betreft, wordt in het burgerlijk proces een onderscheid gemaakt tussen enerzijds procesregels die van openbare orde zijn en die de rechter op eigen initiatief toepast en anderzijds procesregels die niet van openbare orde zijn en die de rechter alleen mag toepassen als de belanghebbende partij daar een beroep op doet, zoals ook bij rechtsmiddelen het geval is. Een voorbeeld van de eerste soort is art. 95 (oud) Rv. De burgerlijke rechter zal ambtshalve de nietigheid van de dagvaarding uitspreken als die door een onbevoegde deurwaarder is betekend. De belanghebbende partij hoeft geen beroep op deze regel te doen. Een voorbeeld van een procesregel die niet van openbare orde is, is art. 126 (oud) Rv (de relatieve competentie van de rechtbank). Als de verweerder is gedagvaard voor een (relatief) onbevoegde rechtbank mag de rechter zich niet ambtshalve onbevoegd verklaren. Hij mag zich slechts onbevoegd verklaren als de verweerder (eventueel in eigen woorden) een beroep doet op art. 126 (oud) Rv.

De vraag is nu of er ook in het bestuursprocesrecht een verdeling kan worden gemaakt tussen procesregels die de rechter ambtshalve toepast en procesregels die de rechter niet ambtshalve toepast. Dit is niet een vraag die ik als zodanig in de literatuur ben tegengekomen. Ik vermoed dat de verdeling niet wordt gemaakt en dat daarom de vraag niet opkomt in het kader van het bestuursprocesrecht. Slechts bij een vergelijking met het burgerlijk procesrecht komt deze vraag naar voren.

Naar mijn mening worden procesregels in het bestuursproces ambtshalve door de rechter toegepast. In het bestuursprocesrecht onder de Awb is er immers sprake van een actieve rechter die het proces beheerst.¹⁴⁰ Het is hierbij vanzelfsprekend dat de rechter de procesregels ambtshalve toepast. Dit beeld wordt versterkt door de procesregels van de Awb die zo zijn geformuleerd dat zij uitgaan van een ambtshalve toepassing door de rechter. De enige beperking op het toepassen van procesregels is dat voor enkele bepalingen toestemming van partijen is vereist, zoals bijvoorbeeld art. 8:57 Awb. Verder ben ik bij geen procesregel de beperking tegengekomen dat de rechter deze slechts zou mogen toepassen nadat de belanghebbende partij daar een beroep op heeft gedaan.

140 Vgl. PG Awb II p. 176.

3.8.6 *Procesregels als toetsingsgronden*

Procesregels of formele voorschriften van de ene instantie vormen toetsingsgronden voor de volgende instantie. Zo zal de bestuursrechter bijvoorbeeld kunnen toetsen of het bestuur zich bij het nemen van het bestreden besluit heeft gehouden aan de formele voorschriften van hoofdstuk 7 van de Awb. Deze formele voorschriften kunnen gelijk als materiële voorschriften op grond van art. 8:69 lid 2 Awb als rechtsgronden worden aangevuld. Verschil is wel dat voor formele voorschriften een grievenstelsel geldt. Dit betekent dat deze voorschriften alleen kunnen worden aangevuld als de belanghebbende (in eigen woorden) heeft geklaagd over schending van het betreffende voorschrift (behoudens formele voorschriften van openbare orde). Als een belanghebbende bijvoorbeeld klaagt dat hij het niet eens is met het besluit omdat het bestuursorgaan hem niet in de gelegenheid heeft gesteld om gehoord te worden, zal de rechter hierbij art. 7:2 Awb kunnen en dienen aan te vullen.

Het zal duidelijk zijn dat formele voorschriften van openbare orde altijd (zo nodig in het kader van een ambtshalve toetsing) aangevuld kunnen worden.¹⁴¹

3.8.7 *Vormen beleidsregels rechtsgronden in de zin van art. 8:69 Awb?*

In een uitspraak van 25 februari 2004 heeft de Afdeling bepaald dat de bestuursrechter niet gehouden is tot ambtshalve toepassing van door een bestuursorgaan vastgestelde beleidsregels, aangezien beleidsregels niet zijn aan te merken als recht in de zin van art. 8:69 Awb.¹⁴² De term 'toepassing', die de Afdeling waarschijnlijk gebruikt in navolging van de Hoge Raad,¹⁴³ is hier verwarrend. Doelt de Afdeling op ambtshalve aanvulling van beleidsregels of ambtshalve toetsing aan beleidsregels? Of beide?¹⁴⁴ Na een korte bespreking van de werking van beleidsregels, zal ik ingaan op de vraag in hoeverre de rechter verplicht is tot ambtshalve aanvulling van dan wel ambtshalve toetsing aan beleidsregels.

Beleidsregels

Beleidsregels binden slechts het bestuursorgaan.¹⁴⁵ Het bestuursorgaan is verplicht om beleidsregels toe te passen, behoudens het bestaan van bijzondere omstandigheden die leiden tot onevenredig nadeel voor een belanghebbende (art. 4:84 Awb). Dit betekent ten eerste dat aangezien een bestuursorgaan zal

¹⁴¹ Vgl. De Bock 2004 p. 53.

¹⁴² ABRvS 25 feb. 2004, AB 2004, 286 (m.nt. Sew), JV 2004, 154 ro. 2.3; vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 187.

¹⁴³ Zie HR 28 maart 1990, AB 1990, 306 (m.nt. FHvdB) ro. 4.8, waarnaar de Afdeling verwijst.

¹⁴⁴ Zie voor deze vraag ook Ortlep 2004 p. 261/262.

¹⁴⁵ Vgl. De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001 p. 347, 348; PG Awb III p. 295; HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 (m.nt. FvO) ro. 3.4.

besturen volgens de beleidsregels, deze beleidsregels via de bestuurshandeling ook de belanghebbende binden. Als een vergunning volgens de beleidsregels moet worden gegeven, heeft de belanghebbende op grond van art. 4:84 Awb ‘recht’ op deze vergunning. Als de vergunning volgens de beleidsregels niet moet worden verleend, heeft de belanghebbende op grond van art. 4:84 Awb geen recht op de vergunning. Dit behoudens genoemde bijzondere omstandigheden.

Aangezien de rechter toetst of het bestuur rechtmatig, waaronder overeenkomstig art. 4:84 Awb, heeft bestuurd, zullen de beleidsregels ook de rechter via art. 4:84 Awb binden. Voorzover dit binnen de rechtsstrijd valt, zal de rechter moeten beoordelen of het bestuur bij zijn besluit de beleidsregels (juist) heeft toegepast.

Rechter en belanghebbende zijn echter niet altijd via art. 4:84 Awb gebonden aan beleidsregels. De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft bijvoorbeeld in de beleidsregels Arbeidsomstandighedenwetgeving bepalingen van het Arbeidsomstandighedenbesluit nader uitgewerkt. Zo is er ten tijde van het schrijven van dit proefschrift een beleidsregel 3.16 voor art. 3.16 Arbobesluit. De belanghebbende die verplicht is art. 3.16 Arbobesluit na te leven, is niet gebonden aan beleidsregel 3.16 en is dus niet verplicht beleidsregel 3.16 na te leven. Er kan dan ook geen boete worden opgelegd wegens overtreding van beleidsregel 3.16. Slechts als het handelen (ook) in strijd is met art. 3.16 Arbobesluit, kan een boete worden opgelegd en dan wel voor overtreding van art. 3.16 Arbobesluit. De Staatssecretaris is wel gebonden aan beleidsregel 3.16 en kan geen boete opleggen als de belanghebbende overeenkomstig deze beleidsregel handelt.¹⁴⁶ Naar het beleid van de Staatssecretaris is er immers geen overtreding.

De rechter is niet gebonden aan wetsinterpreterende beleidsregels. Het behoort tot de taak van de rechter om het recht te interpreteren (*Ius curia novit*), en hij is hierbij niet gebonden aan de uitleg die een bestuursorgaan aan een bepaling geeft.¹⁴⁷ Het maakt hierbij niet uit dat de interpretatie in een beleidsregel is neergelegd. Als de rechter eenmaal heeft vastgesteld dat een wetsinterpreterende beleidsregel onjuist is, zal in ieder geval deze beleidsregel ook het bestuur niet meer binden voorzover de interpretatie onjuist is bevonden.¹⁴⁸ Het bestuursorgaan kan zich dan niet meer op de beleidsregel beroepen en zal deze dienen in te trekken dan wel aan te passen. Onder omstandigheden komt de burger nog wel een beroep op het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel toe zodat het bestuursorgaan de beleidsregel in dat geval nog wel *contra legem* moet volgen.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Vgl. HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 (m.nt. FvO) ro. 3.4.

¹⁴⁷ Vgl. Nicolai & Damen 2003 p. 285-287; De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001 p. 350; PG Awb III p. 39, 299, 302; HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 (m.nt. FvO) ro. 3.4.

¹⁴⁸ Vgl. PG Awb III p. 298; Nicolai & Damen 2003 p. 40, 287.

¹⁴⁹ Nicolai & Damen 2003 p. 287.

Op grond van art. 8:69 lid 2 Awb is de rechter bevoegd en verplicht om ambtshalve de rechtmatigheid van ingeroepen beleidsregels te toetsen. Hierbij geldt in feite hetzelfde als bij exceptieve toetsing. Zoals de rechter lagere regelgeving moet toetsen aan hogere regelgeving, zo dient hij ook beleidsregels te toetsen aan het toepasselijke recht.¹⁵⁰ Als een partij een beroep doet op beleidsregels zal de rechter bijvoorbeeld toetsen of de beleidsregels in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Gw, art. 26 IVBPR, art. 14 EVRM), maar dient hij ook te toetsen of de invulling die het bestuursorgaan aan zijn discretionaire bevoegdheid heeft gegeven niet in strijd is met de wet waarop de beleidsregels zijn gebaseerd.

Ambtshalve aanvullen van beleidsregels?

Wat betreft het ambtshalve aanvullen van beleidsregels het volgende. Nadat de Afdeling in de uitspraak van 25 februari 2004 bepaalt dat de rechter niet gehouden is tot ambtshalve toepassing van beleidsregels, overweegt zij als volgt:

“Derhalve was de rechtbank niet gehouden ambtshalve, dat wil zeggen zonder dat daarover een beroepsgrond was voorgedragen, te onderzoeken of de minister de juiste beleidsregel heeft toegepast.”¹⁵¹

Hieruit lijkt te volgen dat de rechter niet ambtshalve toetst aan beleidsregels, maar dat er wel ruimte is voor een ambtshalve aanvullen van beleidsregels, namelijk als er wel een beroepsgrond is voorgedragen gericht op de toepassing van beleidsregels. Dan worden de beleidsregels aangevuld bij de beroepsgrond.

De basis voor het oordeel dat de rechter niet gehouden is tot het ambtshalve toepassen van beleidsregels is dat beleidsregels geen recht vormen, althans niet in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb. De status van beleidsregels als feit of recht is echter niet van belang in het kader van de vraag of de rechter gehouden is tot het ambtshalve aanvullen van, dan wel het ambtshalve toetsen aan, beleidsregels. Van belang hier is niet de status van beleidsregels, maar die van art. 4:84 Awb. Art. 4:84 Awb vormt wel recht en komt derhalve als elke rechtsnorm in beginsel in aanmerking voor ambtshalve aanvulling dan wel ambtshalve toetsing. Aangezien art. 4:84 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan zich aan de beleidsregels dient te houden, komt een aanvullen van of toetsen aan art. 4:84 Awb neer op een aanvullen van of toetsen aan de betreffende beleidsregels.

De vraag is derhalve of art. 4:84 Awb ambtshalve aangevuld moet worden en of de rechter ambtshalve aan art. 4:84 Awb moet toetsen. Er is geen reden waarom de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen niet zou gelden

150 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; ABRvS 22 juli 1999, BR 2000, 124 (auteur noot onbekend).

151 ABRvS 25 feb. 2004, AB 2004, 286 (m.nt. Sew), JV 2004, 154 ro. 2.3.

voor de rechtsnorm van art. 4:84 Awb. Als er derhalve een beroepsgrond is gericht op de toepassing van de beleidsregels dient de rechter, zo nodig, art. 4:84 Awb aan te vullen en het besluit te toetsen aan art. 4:84 Awb en dus aan de beleidsregels.

Van belang is verder nog dat beleidsregels feiten vormen in de zin van art. 8:69 lid 3 Awb. Het zijn immers geen rechtsnormen. Nu de rechter bevoegd is om de feiten aan te vullen, is er geen reden waarom hij deze, gepubliceerde, beleidsregels niet zou kunnen aanvullen. In tegenstelling tot de burgerlijke rechter kan de bestuursrechter niet afzien van het aanvullen van een rechtsnorm (art. 4:84 Awb) enkel en alleen omdat hij de daarvoor benodigde feiten (de betreffende beleidsregels) mist. Hij heeft de bevoegdheid om de feiten aan te vullen en dient hiervan gebruik te maken als het gaat om het vervullen van een verplichting. Nu het aanvullen van de feiten (de beleidsregels) nodig is om de verplichte aanvulling van de rechtsgronden (art. 4:84 Awb) naar behoren te kunnen verrichten, is ook de bevoegdheid om de beleidsregels ambtshalve aan te vullen een verplichting (zie ook § 4.3.2).

De conclusie moet dan ook zijn dat zodra een belanghebbende in eigen woorden een beroepsgrond richt tegen de toepassing van een beleidsregel de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd (en verplicht) is om deze beleidsregels aan te vullen en op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht is om art. 4:84 Awb aan te vullen en te beoordelen of het bestuursorgaan de beleidsregels overeenkomstig art. 4:84 Awb heeft toegepast.

De rechter zal partijen nog wel de gelegenheid moeten geven om zich uit te laten over de beleidsregels en de toepassing van art. 4:84 Awb.¹⁵²

De vraag is hoe streng de rechter moet zijn bij de vraag of de aangevoerde beroepsgronden bovenstaande verplichtingen om aan te vullen in werking zetten. Is een grond die gericht is tegen een bepaalde uitoefening van een bevoegdheid in feite al niet voldoende om de vraag aan de orde te stellen of het bestuursorgaan zijn beleidsregels wel juist heeft toegepast? Of moet de belanghebbende stellen dat het bestuursorgaan in strijd met beleid (sregels) heeft gehandeld? Zeker in een stelsel waarin de bestreden onderdelen volledig worden beoordeeld, zal het bestrijden van het concrete gebruik van een discretionaire bevoegdheid of de interpretatie van een rechtsnorm voldoende zijn om te verplichten tot het aanvullen van de betreffende beleidsregel en art. 4:84 Awb. Het zal nog moeten worden uitgemaakt of de beoordeling beperkt is tot de vraag of de beleidsregel is gevolgd (en zelf rechtmatig is) of dat ook de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden beoordeeld moet worden. Het is mogelijk dat het daarbij gaat om samenhangende onderdelen van het besluit.

¹⁵² Vgl. Ortlep 2004 p. 265.

Ambtshalve toetsen aan beleidsregels?

De vraag naar het ambtshalve toetsen aan beleidsregels is eenvoudiger te beantwoorden. Uit de uitspraak van de Afdeling van 25 februari 2004 kan worden afgeleid dat de rechter niet ambtshalve mag toetsen aan beleidsregels. Art. 4:84 Awb is blijkbaar niet van openbare orde.

3.8.8 Afsluitende conclusie met betrekking tot de verschillende typen rechtsnormen

In deze paragraaf is nagegaan in hoeverre de verschillende typen rechtsnormen die in het burgerlijke procesrecht onderscheiden konden worden in het kader van art. 48 (oud) Rv ook bestaan in het bestuursprocesrecht. De conclusie is dat er in het bestuursprocesrecht normen te vinden zijn die aansloten bij de verschillende typen. Het is wel vaak 'in zekere zin' en 'voorzover'.

De vraag kan dan ook gesteld worden of het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht niet te verschillend zijn om begrippen 'zomaar' te kunnen uitwisselen. Het is waarschijnlijk beter om de burgerrechtelijke begrippen ter zijde te leggen en nieuwe begrippen en begrippenparen te ontwikkelen die aansluiten bij verschillende typen rechtsnormen die daadwerkelijk in het bestuursrecht bestaan.

3.9 Burgerrechtelijke grenzen van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen

In hoofdstuk 7 § 5 zijn de begrenzings van de plicht om de rechtsgronden aan te vullen in het burgerlijk procesrecht behandeld. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre deze begrenzings ook in het bestuursprocesrecht bestaan. Slechts die begrenzings die relevant zijn voor het bestuursprocesrecht zijn overgenomen.

- 1 de begrenzing door de feiten;
- 2 de begrenzing doordat een partij de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer heeft beperkt;
- 3 de begrenzing doordat het aanvullen van de rechtsgronden tot een verrassingsuitspraak zou leiden;
- 4 de begrenzing op grond van het beginsel van hoor en wederhoor; en
- 5 processuele grenzen.

3.9.1 De begrenzing door de feiten

De plicht om de rechtsgronden aan te vullen wordt in het burgerlijk procesrecht begrensd door de vaststaande feiten en door de aangevoerde feitelijke gronden. De burgerlijke rechter kan een rechtsnorm niet aanvullen als de feiten die nodig zijn voor de toepassing van die rechtsnorm niet door partijen zijn

ingebracht, of niet vaststaan (in enge zin) of de wederpartij niet de gelegenheid heeft gehad om op de betreffende feiten te reageren. Daarnaast kan de burgerlijke rechter een rechtsnorm niet aanvullen als de bijbehorende feitelijke grond niet door de belanghebbende partij is aangevoerd. Gelden deze begrenzingsen nu ook in het bestuursprocesrecht?

De benodigde feiten

De begrenzing doordat de benodigde feiten niet door partijen zijn ingebracht staat in het bestuursprocesrecht niet in de weg aan het aanvullen van de rechtsgronden. De rechter is immers bevoegd om ambtshalve feiten aan te vullen. Hij kan zelf ambtshalve feitelijk onderzoek verrichten en de benodigde feiten inbrengen of partijen de opdracht geven nadere feiten aan te voeren. Het ontbreken van benodigde feiten mag de rechter er niet van weerhouden om een toepasselijke rechtsnorm aan te vullen.

Het kan zijn dat de benodigde feiten wel zijn aangevoerd, maar dat partijen eerst duidelijk de gelegenheid moeten krijgen om zich over deze feiten uit te laten (in de context van deze aan te vullen rechtsnorm) of dat nader onderzoek nodig is omtrent de juistheid en volledigheid van deze feiten. Ook deze problemen met betrekking tot het recht om te reageren respectievelijk het vaststaan (in enge zin) van de feiten, mogen de rechter er niet van weerhouden om de rechtsgronden aan te vullen. Hij is bevoegd om ambtshalve partijen te horen dan wel de vereiste bewijsopdrachten te geven of zelf bewijs te vergaren, om vervolgens het besluit aan de aan te vullen rechtsnorm te toetsen.

Bij dit feitelijk onderzoek is de rechter uiteraard gebonden aan het recht zoals de goede procesorde en de bewijsfuik. Als de belanghebbende partij bepaalde feiten niet mag inbrengen, mag de rechter dat ook niet.

Feitelijke gronden

Wat deze begrenzing betreft is het van belang welk stelsel inzake de grenzen van de rechtsstrijd gevolgd wordt. In het grievenstelsel is de beoordeling door de rechter beperkt tot de door appellant in de gronden aangevoerde feitelijke gronden. Hij mag deze niet aanvullen. In dit stelsel is de plicht om de rechtsgronden aan te vullen begrensd door de aangevoerde feitelijke gronden. Als het besluit in strijd is met een rechtsnorm, maar er is geen feitelijke grond aangevoerd waarin deze onrechtmatigheid (direct dan wel in eigen bewoordingen) wordt betoogd, mag de rechter de rechtsnorm niet aanvullen. Hij zou daarmee ook een feitelijke grond aanvullen en buiten de gronden treden. In dit stelsel is het aanvullen van de rechtsgronden beperkt tot het aanvullen van de juiste rechtsnorm indien door de appellant strijd met een onjuiste rechtsnorm wordt betoogd of geen rechtsnorm wordt genoemd.

In ruimere stelsels waarin de rechter niet alleen de aangevoerde feitelijke gronden beoordeelt, maar de naleving van alle op de bestreden delen van toepassing zijnde rechtsnormen, vormen de feitelijke gronden in mindere mate een begrenzing. Als de rechter binnen deze grenzen een onrechtmatigheid

vaststelt die niet in een feitelijke grond is aangevoerd, vult hij de feitelijke grond aan. Binnen de bestreden delen is het feit dat een onrechtmatigheid niet in een aangevoerde feitelijke grond is betoogd geen begrenzing voor het aanvullen van de rechtsgronden. De bestuursrechter vult ambtshalve de rechtsgrond en de feitelijke grond aan en vernietigt het besluit op grond van de ambtshalve vastgestelde onrechtmatigheid. Buiten de bestreden delen mag de rechter de feitelijke gronden niet aanvullen en in deze zin geldt dat het aanvullen van de rechtsgronden begrensd wordt door de aangevoerde feitelijke gronden. Al is het beter om te zeggen dat het aanvullen van de rechtsgronden wordt begrensd door de grenzen van de rechtsstrijd.

3.9.2 De begrenzing doordat een partij de rechtsgrondslag van zijn vordering of verweer heeft beperkt

In het burgerlijk procesrecht is het mogelijk dat een eiser of verweerder de rechtsgrondslag van zijn vordering respectievelijk zijn verweer beperkt. Hij kan dit doen door de beoordeling te beperken tot de aangevoerde rechtsnormen of door de beoordeling op grond van een bepaalde rechtsnorm uit te sluiten. De rechter kan in het eerste geval geen rechtsgronden aanvullen bij de vordering of het verweer. In het tweede geval kan alleen de uitgesloten rechtsnorm niet aangevuld worden.

In het bestuursprocesrecht is een soortgelijke beperking ook mogelijk. Ten eerste kan een belanghebbende de beoordeling van een grond beperken tot de beoordeling van strijd met de aangevoerde rechtsnorm. De rechter kan dan geen rechtsnorm aanvullen bij de aangevoerde feitelijke grond. Ten tweede kan een belanghebbende aangeven dat hij het besluit niet op grond van een bepaalde rechtsnorm of een bepaalde onrechtmatigheid wil bestrijden. De rechter zal het besluit niet kunnen vernietigen wegens strijd met de betreffende rechtsnorm en deze rechtsnorm zal niet kunnen worden aangevuld.

Het is onwaarschijnlijk dat een belanghebbende zijn beroep op bovenstaande wijze wil beperken, maar, gezien de keuze voor rechtsbescherming als doel van het bestuursprocesrecht, lijkt het mij wel toegestaan. Het moet dan wel gaan om een welbewuste keuze van de belanghebbende. De rechter mag een dergelijke beperking niet afleiden uit de houding of stellingen van belanghebbende. De beperking moet uitdrukkelijk door de belanghebbende worden aangevoerd, waarbij de rechter zal moeten nagaan of de belanghebbende dit echt wil en zich bewust is van de consequenties van deze keuze.

Het zal duidelijk zijn dat de belanghebbende niet de toetsing aan rechtsnormen van openbare orde kan uitsluiten. De rechter toetst ambtshalve op schending van rechtsnormen van openbare orde, zonodig tegen de wil van partijen in.¹⁵³

¹⁵³ Vgl. ABRvS 27 nov. 2002, AB 2003, 146 (m.nt. AMLJ) ro. 2.3.3.

3.9.3 *De begrenzing doordat het aanvullen van de rechtsgronden tot een verrassingsuitspraak zou leiden*

Bij de behandeling van het burgerlijk procesrecht is ook het probleem van de verrassingsbeslissing aan de orde gekomen. Er is sprake van een verrassingsbeslissing als de rechter in een beslissing een wending maakt waarop partijen niet bedacht hoefden te zijn. Deze wending is zo onverwacht dat partijen zich in feite niet over (het onderwerp van) de beslissing hebben kunnen uitlaten en hun stellingen hier dus niet op hebben kunnen richten.

Dit kan ook in het bestuursproces gebeuren. Gezien de actieve bestuursrechter is de kans op een verrassingsbeslissing zelfs groter dan in het burgerlijk procesrecht. De kwestie van de verrassingsbeslissing is mijns inziens niet anders in het bestuursprocesrecht dan in het burgerlijk procesrecht. Ik zal de hoofdpunten van hoofdstuk 7 § 5.6 kort herhalen.

Het probleem bij een verrassingsbeslissing ligt niet in het feit dat de rechter door zijn beslissing een onverwachte wending aan de procedure heeft gegeven, maar in het feit dat de beslissing is genomen zonder partijen eerst de gelegenheid te bieden om hun stellingen aan de wending aan te passen. Het nemen van de beslissing is op zich niet verboden. Er is geen reden waarom de rechter zou moeten afzien van een beslissing die hij juist acht alleen omdat dit een verrassingsbeslissing zou zijn. Zeker niet nu het probleem kan worden opgelost door partijen de gelegenheid te bieden hun stellingen aan te passen aan de onverwachte wending voordat de rechter de (verrassings)beslissing neemt.

Het aanvullen van de rechtsgronden wordt niet begrensd doordat het aanvullen mogelijk tot een verrassingsbeslissing leidt. Het feit dat het aanvullen van de rechtsgronden, op welke wijze dan ook, voor partijen verrassend zou zijn, is immers geen reden om van het aanvullen af te zien. Dit betekent echter wel dat de bestuursrechter partijen eerst moet horen voordat de (verrassings)beslissing wordt genomen.¹⁵⁴

3.9.4 *De begrenzing op grond van het beginsel van hoor en wederhoor*

Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de rechter geen beslissing mag nemen zonder dat partijen eerst de gelegenheid hebben gehad om zich over het onderwerp van die beslissing uit te laten. Zoals bij de verrassingsbeslissing betekent dit beginsel niet dat de rechter een rechtsgrond niet mag aanvullen. Zij stelt 'slechts' een nader vereiste waaraan voldaan moet worden voordat de rechter rechtsgronden aanvult. De vraag is of de rechter verplicht is om partijen te horen voordat hij de rechtsgronden aanvult.

¹⁵⁴ Vgl. De Bock 2004 p. 52, 65; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 201; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 132.

Sinds de invoering van de Awb is het beginsel van hoor en wederhoor in de wet opgenomen en wel in art. 8:69 lid 1 Awb.¹⁵⁵

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

De werking van lid 1 is niet beperkt tot de feiten en de feitelijke gronden. De stelling zou verdedigd kunnen worden dat de rechter zijn oordeel slechts mag baseren op rechtsnormen die in het beroepschrift, de stukken, het vooronderzoek of de zitting ter sprake zijn gekomen. Op grond van deze interpretatie is de bestuursrechter verplicht om partijen te horen voordat hij de rechtsgronden aanvult.

In Schaap/Zaanstad overweegt de Afdeling dat de goede procesorde meebrengt dat de rechtbank de aan te vullen rechtsgrond uitdrukkelijk ter zitting aan de orde stelt.¹⁵⁶ Het ging in casu echter niet alleen om het ambtshalve aanvullen van een toepasselijke rechtsnorm, maar ook om het aanvullen van een feitelijke grond en zelfs om ambtshalve toetsing.

Het lijkt me juist dat de rechter verplicht is om partijen eerst te horen als het aanvullen van de rechtsgronden gepaard gaat met een aanvullen van de feitelijke gronden of gebeurt in het kader van een ambtshalve toetsing. Maar zou een verplichting ook moeten gelden als het aanvullen van de rechtsgronden enkel bestaat uit het toevoegen van het juiste artikel bij de feitelijke grond? Met andere woorden: zou de rechter partijen ook moeten horen als het puur gaat om het aanvullen van de rechtsnormen? Dit lijkt me niet altijd noodzakelijk.

Verder vraag ik mij af of de verplichting om partijen te horen niet ook zou moeten gelden als de bestuursrechter afziet van het aanvullen van rechtsgronden. Ook dit kan immers een reden zijn voor partijen om hun stellingen aan te passen.

3.9.5 *Processuele grenzen*

Het burgerlijk procesrecht bestaat uit een aantal verschillende procedures met elk een eigen procesrecht. Dit brengt mee dat de burgerlijke rechter soms een rechtsnorm niet kan aanvullen, omdat voor de toepassing van deze rechtsnorm een ander procesrecht is voorgeschreven en de verschillen tussen beide procesrechten te groot zijn om het aanvullen toe te staan.

Dit probleem zal zich in het bestuursprocesrecht niet voordoen. De bevoegdheid van de rechter wordt bepaald door de rechtsgrondslag en/of inhoud

¹⁵⁵ Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186; Widdershoven 1994 p. 120; Commentaar Awb (B.W.N. de Waard), Commentaar 8:69, aant. 1; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 126, 132; Bolt 1999 p. 637; Pennarts 1998 p. 46.

¹⁵⁶ ABRvS 8 aug. 1996, JB 1996, 198 (m.nt. MAH), AB 1996, 481 (m.nt. PvB).

van het besluit¹⁵⁷ en niet door het beroepschrift. Met het besluit is het procesrecht gegeven. Met het besluit zijn ook de op het besluit van toepassing zijnde rechtsnormen gegeven en dus de rechtsnormen waaraan getoetst kan worden. De taak van de rechter in de eerste fase is beperkt tot het toetsen aan de van toepassing zijnde rechtsnormen. Geen aanvullen van rechtsnormen waaraan het besluit getoetst wordt, zal een verandering brengen in de rechtsgrondslag of inhoud van het besluit. Een aanvullen van de rechtsgronden kan dus niet leiden tot een verandering van procesrecht. Het probleem van verschillen in procesrecht speelt dus niet in deze fase van het bestuursproces.

Het is natuurlijk wel mogelijk dat het onjuiste procesrecht is toegepast bij het nemen van het bestreden besluit. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een brief ten onrechte is aangemerkt als een bezwaar, terwijl de belanghebbende had bedoeld om een klacht in te dienen. Dit kan reden zijn om de beslissing op bezwaar te vernietigen. Het heeft echter geen gevolgen voor het procesrecht dat van toepassing is op de beoordeling van de bestreden beslissing op bezwaar.

3.10 De exceptieve toetsing

Het aanvullen van de rechtsgronden speelt niet alleen een rol bij het toetsen van het besluit aan de toepasselijke rechtsnormen, maar ook bij het beoordelen van de geldigheid van de van toepassing zijnde rechtsnormen. Het behoort tot de taak van de bestuursrechter om de beoordelen of de rechtsnormen waarop het besluit is gebaseerd en waarop partijen en de rechter zich baseren, geldig zijn en of ze voldoen aan de formele eisen die de wet aan hun verbindendheid stelt.¹⁵⁸ Dit wordt exceptieve toetsing genoemd. In dit kader worden rechtsnormen getoetst aan hogere rechtsnormen, zoals bijvoorbeeld hogere wetgeving of het gemeenschapsrecht.

Ook als niet is aangevoerd dat een rechtsnorm in strijd is met een hogere rechtsnorm, is de bestuursrechter verplicht om, dan ambtshalve, de geldigheid van de rechtsnorm te beoordelen. Als hij oordeelt dat de rechtsnorm in strijd is met een hogere rechtsnorm, vult de rechter de hogere rechtsnorm aan en verklaart hij de lagere rechtsnorm buiten toepassing. Deze toetsing vindt plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd, ook als de onverbindendheid niet door partijen is aangevoerd.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Zie de artikelen van afd 8.1.1 van de Awb.

¹⁵⁸ De Bock 2004 p. 61; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 128/129; Stroink & Widdershoven 2002 p. 32; Ten Berge 1997 p. 111, 114; Simon 1997 p. 125; FHvdB in zijn noot onder HvJEG 14 dec. 1995 (m.nt. FHvdB) (Van Schijndel) ro. 4.

¹⁵⁹ Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; Schreuder-Vlasblom 2001 p. 128; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 124.

In de tweede evaluatie geeft een aantal respondenten aan dat de rechter ambtshalve de verbindendheid van onderliggende regelgeving moet toetsen. De onderzoekers verbinden hier de conclusie aan dat de exceptieve toets blijkbaar als van openbare orde wordt aangemerkt.¹⁶⁰ Dit laatste lijkt mij niet juist. Ten eerste vloeit deze vorm van toetsing voort uit de verplichting tot het ambtshalve toepassen van het recht. Het recht behoort tot het terrein van de rechter (*Ius curia novit*) en hij dient dan ook de geldigheid van rechtsnormen te beoordelen die een rol spelen in het geding.¹⁶¹

Daarnaast is er gewoonweg sprake van een aanvullen van rechtsgronden. De hogere rechtsnorm is van toepassing nu deze iets zegt over de geldigheid of verbindendheid van de rechtsnormen die van toepassing zijn bij het beoordelen van het besluit. Art. 8:69 lid 2 Awb verplicht de rechter om deze van toepassing zijnde hogere rechtsnorm ambtshalve aan te vullen en toch toe te passen als deze niet door partijen is aangevoerd.¹⁶² Deel van die toepassing is het buiten toepassing verklaren van het lagere recht voorzover dat strijdig is.

De beoordeling van de geldigheid van de rechtsnorm vindt plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd aangezien het gaat om de geldigheid van rechtsnormen die spelen binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Dit zijn de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald als het gaat om een rechtsnorm die binnen deze grenzen van toepassing is. Maar ook bij ambtshalve toetsing zal de rechter de geldigheid van de betreffende rechtsnorm van openbare orde moeten beoordelen. Dan speelt de exceptieve toetsing zich af binnen het kader van de ambtshalve toetsing. Dit is echter nog steeds binnen de grenzen van de rechtsstrijd, al zijn dit niet meer louter de grenzen zoals door appellant bepaald.

Het komt erop neer dat de rechter op twee gronden verplicht is tot exceptieve toetsing en dat deze toetsing zich binnen de grenzen van de rechtsstrijd afspeelt. Bij exceptieve toetsing is er derhalve geen sprake van ambtshalve toetsing.¹⁶³ Uit het feit dat de rechter ambtshalve de geldigheid van een rechtsnorm beoordeelt, volgt dus ook niet dat de exceptieve toets van openbare orde is.

Een voorbeeld van de verplichting tot exceptieve toetsing is te lezen in de uitspraak van de Afdeling van 19 februari 2003.¹⁶⁴ Hier hadden appellanten in beroep voor het eerst aangevoerd dat niet in de Interimwet ammoniak en veehouderij het onderdeel van de IPPC-richtlijn is verwerkt dat bepaalt dat de lidstaten in hun milieuwetgeving ten aanzien van de vergunningsbesluiten de beste beschikbare technieken moeten verlangen. De IPPC-richtlijn zou in

¹⁶⁰ Widdershoven e.a. 2001 p. 198.

¹⁶¹ Vgl. Kooper 2002 p. 88.

¹⁶² Vgl. Brugman 2005 p. 267; Kooper 2002 p. 88; Kooper 2000 p. 177; Schreuder-Vlasblom 1998 p. 124; Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 2 nov. 1998, AB 1999, 81 (m.nt. MSV).

¹⁶³ Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196.

¹⁶⁴ ABRvS 19 feb. 2003, AB 2003, 129 (m.nt. JV).

zoverre rechtstreekse werking kennen. De Afdeling overweegt dat zij ondanks de fase waarin deze grond is aangevoerd inhoudelijk hierop zal ingaan, nu dit een ambtshalve te beoordelen aspect is. Dit lijkt mij juist. Hier was de implementatietermijn verstreken op 30 oktober 1999 zodat het nationale recht (waaronder de Interimwet ammoniak en veehouderij) vanaf die datum in overeenstemming diende te zijn met het bepaalde in de IPPC-richtlijn. Nu het ging om de geldigheid van de rechtsnormen waarop het bestuur het besluit baseerde, was het de taak van de rechter om te beoordelen of deze richtlijn juist in de nationale wetgeving was geïmplementeerd.

In dit geval kwam de exceptieve toetsing er op neer dat het bestuur er niet was door de Interimwet ammoniak en veehouderij toe te passen. Zij moest ook rekening houden met die bepalingen van de richtlijn die niet geïmplementeerd waren. Nu de betreffende bepaling van de richtlijn voor rechtstreekse werking in aanmerking kwam, konden appellanten een beroep doen op deze richtlijn. Als zij dat niet gedaan hadden, had de rechter deze bepaling van de richtlijn als rechtsgrond in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb ambtshalve dienen aan te vullen.

De exceptieve toets kan niet altijd eenvoudig worden verricht. Als de strijdigheid duidelijk is omdat deze bijvoorbeeld in jurisprudentie is uitgemakt of als het gaat om een strijdigheid van zuiver juridische aard die abstract kan worden vastgesteld, mag de rechter er niet van af zien om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en de betreffende rechtsnorm onverbindend te verklaren dan wel buiten toepassing te laten.¹⁶⁵ Vaker zal de strijdigheid echter niet duidelijk zijn en is de exceptieve toets verweven met de feiten. De vraag is dan of de toepassing van de rechtsnorm (in bepaalde situaties) in strijd komt met de situatie die door de hogere rechtsnorm wordt voorgeschreven. In dergelijke gevallen zal de strijdigheid pas vastgesteld kunnen worden als alle relevante feiten zijn aangevoerd en zal de rechter zo nodig feitelijk onderzoek moeten verrichten.

Hiertoe heeft de rechter, gezien art. 8:69 lid 3 Awb, ook de bevoegdheid. De vraag is echter of hij altijd van deze bevoegdheid gebruik moet maken gezien de tijd en middelen die voor het feitelijk onderzoek worden ingezet en het feit dat partijen niet om dit onderzoek gevraagd hebben. Partijen mogen van de rechter verwachten dat hij binnen een redelijke termijn beslist op hun zaak en op de punten die voor hen in geschil zijn. Dit betekent dat de redelijke termijn een beperking zou kunnen zijn voor de exceptieve toets. Verder kan blijken dat het feitelijk onderzoek dermate omvangrijk moet zijn dat dit de taak van de rechter te buiten gaat.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Vgl. Kooper 2002 p. 88.

¹⁶⁶ Vgl. Kooper 2002 p. 89; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 196; Kooper 2000 p. 177; Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 2 nov. 1998, AB 1999, 81 (m.nt. MSV).

Hier staat tegenover dat van de rechter verwacht mag worden dat hij geldig recht toepast. Partijen hebben er geen aanspraak op dat ongeldig recht wordt toegepast alleen omdat zij daar voordeel bij hebben.

In beginsel moet de rechter een exceptieve toets verrichten ook als dit gepaard gaat met feitelijk onderzoek. In die gevallen echter waar blijkt dat het feitelijk onderzoek te omvangrijk moet worden om de exceptieve toets te kunnen verrichten en partijen niet om de exceptieve toets verzocht hebben, zal de rechter kunnen afzien van dit feitelijk onderzoek en daarmee van de exceptieve toets. Wanneer hiervan sprake is, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

3.11 De interpretatie van het recht is aan de rechter voorbehouden

Het laatste punt dat ik zal bespreken betreft de interpretatie van rechtsnormen. Ook in het bestuursrecht geldt dat de interpretatie van het recht aan de rechter is voorbehouden.

In de literatuur en jurisprudentie wordt wel gesteld dat de rechter hierbij gebonden zou zijn aan een interpretatie van het bestuursorgaan. De rechter zou de rechtsnorm niet ongebonden mogen interpreteren, maar moeten beoordelen of het bestuursorgaan een redelijke uitleg aan de bepaling heeft gegeven.¹⁶⁷ Als hij meent dat de interpretatie van het bestuursorgaan onjuist is, doch niet onhoudbaar, zal hij van die interpretatie uit moeten gaan en niet van zijn eigen interpretatie. Dit is mijns inziens onjuist. In de woorden van Hennekens: de bevoegdheid om het recht te interpreteren komt in ons recht als fundamenteel beginsel van onze rechtsorde ten volle toe aan de rechter en niet aan een bestuursorgaan onder marginale toetsing van de rechter.¹⁶⁸

Ook is de rechter niet beperkt tot een marginale toetsing van de interpretatie van rechtsnormen als het gaat om rechtsnormen die het bestuursorgaan een marge van beoordelingsvrijheid of beleidsruimte laten. Het is niet het bestuur dat bepaalt of die vrijheid er is en waar de grenzen ervan liggen, maar de rechter. Bij het beoordelen van het besluit zal de rechter eerst vaststellen in hoeverre het bestuur bij de toepassing van de betreffende rechtsnorm vrijheid heeft en vervolgens of het bestuur bij de concrete toepassing van de norm binnen die vrijheid is gebleven.¹⁶⁹

De rechter is dan ook niet gebonden aan beleidsregels inzake de uitleg van wettelijke voorschriften.¹⁷⁰ Het bestuur is bevoegd om dergelijke wets-interpreterende beleidsregels vast te stellen. Art. 1:3 lid 4 Awb bepaalt immers dat "[o]nder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene

¹⁶⁷ Schreuder-Vlasblom 2001 p. 127; CRvB 15 okt. 1998, AB 1999, 33 (m.nt. HH).

¹⁶⁸ Hennekens in punt 4 in zijn noot onder CRvB 15 okt. 1998, AB 1999, 33.

¹⁶⁹ Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 189.

¹⁷⁰ Vgl. Schlössels 1999 p. 104 noot 153.

regel [...] omtrent [...] de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.” De rechter is echter niet gebonden aan een dergelijke wetsinterpreterende beleidsregel. Het is immers de taak van de rechter om het recht te interpreteren. De rechter zal dus zelfstandig de inhoud van een wettelijk voorschrift of begrip bepalen. Als de beleidsregel een andere interpretatie voorschrijft, is de beleidsregel in strijd met het recht en dus niet geldig. De rechterlijke interpretatie van het voorschrift of begrip gaat dan voor de bestuurlijke interpretatie, ook als deze is vastgelegd in een beleidsregel. Er is ook geen reden waarom een bestuursorgaan het voorrecht zou moeten hebben om zelf te bepalen hoe de rechtsnormen die haar gedrag reguleren geïnterpreteerd moeten worden.

Overigens is het bestuursorgaan ook niet altijd gebonden aan een wetsinterpreterende beleidsregel. In beginsel is zij op grond van art. 4:84 Awb verplicht om (ook) wetsinterpreterende beleidsregels altijd toe te passen. Art. 4:84 Awb geldt immers ook voor dergelijke beleidsregels. De plicht van art. 4:84 Awb geldt uiteraard niet als de beleidsregel onrechtmatig is. Als het bestuursorgaan van mening is dat de beleidsregel onrechtmatig is, dan wel als dit door de rechter is vastgesteld, is het bestuursorgaan niet langer verplicht de beleidsregel te volgen voorzover deze onrechtmatig is. Het oordeel over de vraag of de beleidsregel inderdaad onrechtmatig is en dus het bestuursorgaan niet meer bindt, is uiteindelijk aan de rechter voorbehouden.

Bovenstaande stellingen met betrekking tot de ongebondenheid van de rechter bij de interpretatie van rechtsnormen geldt ook voor het kwalificeren van feiten, het beoordelen van de geldigheid van rechtsnormen en de verdere aspecten van de rechterlijke activiteit die terug te voeren zijn op de regel dat het toepassen van het recht aan de rechter is voorbehouden. Stellingen van partijen, waaronder beleidsregels waarin een wetsinterpretatie is opgenomen, hebben ‘slechts’ de status van advies en zijn als zodanig waardevol. Zij binden de rechter echter niet.¹⁷¹

4 ART. 8:69 LID 3 AWB: DE RECHTBANK KAN AMBTSHALVE DE FEITEN AANVULLEN

De parlementaire geschiedenis bevat weinig informatie over de betekenis van de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen. In de memorie van toelichting bij art. 8:69 lid 3 Awb wordt gesteld dat de betekenis van deze regel voornamelijk hierin ligt dat de bestuursrechter in tegenstelling tot de burgerlijke rechter zich niet hoeft neer te leggen bij de feiten zoals deze door partijen worden gepresenteerd; de bestuursrechter kan doorvragen.¹⁷² Dit is nogal een summiere toelichting en veel omtrent deze bepaling is nog onduidelijk.

¹⁷¹ Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 191.

¹⁷² PG Awb II p. 463.

In deze paragraaf zal ik ingaan op een aantal kwesties betreffende art. 8:69 lid 3 Awb.

De reden om in art. 8:69 lid 3 Awb een bevoegdheid om de feiten aan te vullen op te nemen, was om daarmee nadrukkelijk vast te leggen dat met het overnemen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen uit art. 48 (oud) Rv niet ook het verbod om de feiten aan te vullen was overgenomen. Bij het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv kon een onderscheid gemaakt worden tussen vier regels. Nu art. 8:69 lid 3 Awb deze verboden opzij zet, zouden deze regels op zich niet gelden in het bestuursprocesrecht. In § 4.1 ga ik in op de vraag of deze regels uit art. 48 (oud) Rv (op andere gronden) toch gelden in het bestuursprocesrecht.

In de verdere paragrafen wordt de bevoegdheid voor de rechter om de feiten aan te vullen nader besproken. In § 4.2 wordt de betekenis van deze bevoegdheid verder behandeld. Vervolgens zal ik in § 4.3 ingaan op de vraag wat het doel is van het aanvullen van de feiten. Als laatste zal ik ingaan op de vraag of de rechter ten gunste van alle partijen de feiten aanvult (§ 4.4).

4.1 Het verbod om de feiten aan te vullen in het bestuursprocesrecht

Bij het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv konden vier regels onderscheiden worden. Deze vier regels waren gegrond op een op de lijdelijkheid gebaseerde à contrario interpretatie van art. 48 (oud) Rv. De vier regels waren:

- 1 de rechter mag zelf geen feiten in het geding brengen;
- 2 de rechter mag de feitelijke gronden van de vordering of het verweer niet aanvullen;
- 3 de rechter mag alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten; en
- 4 de rechter mag de feiten niet impliciet aanvullen door een rechtsnorm toe te passen waarvoor de benodigde feiten niet vaststaan.

Op zich worden al deze verboden opzij gezet door art. 8:69 lid 3 Awb. In onderstaande paragrafen zal de vraag besproken worden of deze regels uit art. 48 (oud) Rv, op andere gronden dan een interpretatie van art. 8:69 lid 2 Awb, toch gelden in het bestuursprocesrecht.

4.1.1 *De rechter mag zelf (geen) feiten in het geding brengen*

Het zal duidelijk zijn dat dit verbod niet geldt in het bestuursprocesrecht. De bestuursrechter is bevoegd om zelf feiten in het geding te brengen.

Aangezien ook de burgerlijke rechter vele bevoegdheden heeft om feiten in het geding te brengen, is het misschien beter om te zeggen dat de bestuurs-

rechter meer bevoegdheden heeft om feiten in het geding te brengen en met name een grotere verantwoordelijkheid heeft om van deze bevoegdheden gebruik te maken.

4.1.2 De rechter mag de feitelijke gronden van de vordering of het verweer (niet) aanvullen

In het burgerlijk procesrecht houdt het verbod om de feiten aan te vullen ook een verbod in om de feitelijke gronden aan te vullen. Het gaat om feitelijke redenen om de vordering toe te wijzen dan wel af te wijzen. In het bestuursprocesrecht gaat het om feitelijke redenen om het besluit te vernietigen of niet te vernietigen. Feitelijke gronden kunnen in het bestuursprocesrecht gedefinieerd worden als de feitelijke redenen waarom het besluit rechtmatig dan wel onrechtmatig is.

De bevoegdheid om de feitelijke gronden aan te vullen houdt in dat de rechter het besluit kan vernietigen op grond van een onrechtmatigheid die niet door de appellant is aangevoerd of een grond kan verwerpen op een verweer dat niet door de verweerder (bestuursorgaan of andere belanghebbende) is aangevoerd. Dit verbod geldt niet in het bestuursprocesrecht. De bestuursrechter is bevoegd om ambtshalve de feitelijke gronden aan te vullen. Dit is dan wel beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd.

Het antwoord op de vraag of de bestuursrechter in casu een feitelijke grond kan aanvullen, hangt dus sterk af van de mate waarin de rechter bevoegd is om het besluit te beoordelen, en dus van welk stelsel betreffende de omvang van de rechtsstrijd wordt gevolgd.

In het stelsel waar de beoordeling verder gaat dan de beoordeling van de aangevoerde feitelijke gronden, zal er ruimte zijn voor de rechter om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de feitelijke gronden aan te vullen. Ook bij een ambtshalve toetsing zal de rechter de feitelijke gronden aanvullen. Hij is in beide gevallen ook verplicht om de feitelijke gronden aan te vullen nu het gaat om een verplichte beoordeling.

In het grievenstelsel worden slechts de (feitelijke) beroepsgronden beoordeeld. In dit stelsel mag de rechter niet de feitelijke gronden van het beroepschrift aanvullen. Dit is niet zozeer een verbod om de feitelijke gronden aan te vullen als wel een verbod om buiten de gronden te treden. Het resultaat is echter hetzelfde.

Een vraag is of de bestuursrechter in het grievenstelsel wel de feitelijke gronden van het verweer mag aanvullen. Ook hier kan de casus uit § 3.4 van dienst zijn, zij het in een iets aangepaste vorm. Stel dat de appellant de grond heeft aangevoerd dat hij niet is gehoord. Het bestuursorgaan heeft hierop als verweer aangevoerd dat zij niet verplicht was om de appellant te horen aangezien volledig aan het bezwaar werd tegemoetgekomen en belanghebbenden, waaronder de huidige appellant, daardoor niet in hun belangen werden geschaad (art. 7:3 sub d Awb). De rechter is van oordeel dat dit op art. 7:3

sub d Awb gebaseerde verweer niet opgaat, maar dat appellant toentertijd wel had verklaard geen gebruik te willen maken van zijn recht om gehoord te worden (art. 7:3 sub c Awb). Mag de rechter nu ambtshalve dit feitelijke verweer (en art. 7:3 sub c Awb) aanvullen en de beroepsgrond afwijzen? Of is de rechter onder het grievenstelsel ook beperkt tot de aangevoerde verweren?

Dit probleem komt niet aan de orde als in de literatuur het grievenstelsel wordt besproken. Het lijkt mij dat de rechter bevoegd is om een feitelijk verweer aan te vullen. Art. 8:69 lid 3 Awb geeft de rechter de bevoegdheid om, binnen de grenzen van de rechtsstrijd, de feitelijke gronden aan te vullen. Het grievenstelsel is, net als de andere stelsels, gericht op de uitwerking van de regel dat onder de Awb het besluit slechts nog wordt beoordeeld voorzover het in geschil is, waarbij de implicatie is dat dit geschil volledig wordt beoordeeld. Onder het grievenstelsel is het geschil beperkt tot de feitelijke grond dat het besluit op het punt van het niet horen onrechtmatig is. Een volledige beoordeling van dit geschil betekent dat alle verweren die meebrengen dat het besluit op dit punt niet onrechtmatig is, moeten worden meegenomen, ook als deze niet door het bestuursorgaan zijn aangevoerd.

Daarbij houdt het grievenstelsel slechts in dat de mate waarin het besluit beoordeeld wordt, beperkt is tot de in de gronden bestreden onrechtmatigheden. Dit zijn de feitelijke gronden van het beroep waartoe de rechter beperkt is. Dit stelsel stelt echter geen beperkingen aan de gronden waarop een grond verworpen kan worden, zodat de rechter wel bevoegd is om de feitelijke gronden van het verweer aan te vullen.

4.1.3 De rechter mag alleen rekening houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten

Ook in het bestuursprocesrecht geldt de regel dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten die aan de processuele vereisten voldoen. Het bestuursprocesrecht stelt ook dezelfde eisen. De invulling door het bestuursprocesrecht is echter gedeeltelijk anders. De drie vereisten waaraan de feiten in het burgerlijk procesrecht moeten voldoen, zijn dat de feiten in het geding gebracht moeten zijn, dat zij vaststaan (in enge zin) en dat zij voldoen aan de vereisten van het beginsel van hoor en wederhoor (zie hoofdstuk 8 § 2.3).

Ook voor het bestuursprocesrecht geldt dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten die in het geding gebracht zijn. Dit is opgenomen in art. 8:69 lid 1 Awb, waarin is bepaald dat de rechtbank uitspraak doet op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting oftewel op grondslag van hetgeen in het geding is aangevoerd.¹⁷³ Verschil met het burgerlijk pro-

¹⁷³ Vgl. Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186.

cesrecht is wel dat in het bestuursprocesrecht ook de rechter uitdrukkelijk bevoegd is om feiten in het geding te brengen.

Ook voor het bestuursprocesrecht geldt dat feiten moeten vaststaan (in enge zin). Dat een feit vaststaat (in enge zin) houdt in dat de rechter de feiten voor waar aanneemt. Ook de bestuursrechter zal slechts uitgaan van de feiten die hij, gebaseerd op het verhandelde in het geding, voor waar aanneemt oftevel de feiten die vaststaan (in enge zin).

Het verschil met het burgerlijk procesrecht is dat de bestuursrechter niet gebonden is aan stellingen van partijen als het gaat om het vaststaan van feiten. In het burgerlijk procesrecht is het zo dat een onvoldoende betwist feit vaststaat. De burgerlijke rechter moet dit feit voor waar aannemen. De bestuursrechter heeft dergelijke beperkingen niet. Het al dan niet vaststaan van feiten is aan het inzicht van de rechter overgelaten.¹⁷⁴

Ook voor het bestuursprocesrecht geldt het beginsel van hoor en wederhoor. Wat dit betreft is er geen verschil met het burgerlijk procesrecht. Voor zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter geldt dat zij slechts rekening mogen houden met feiten als partijen de gelegenheid hebben gehad om zich over die feiten uit te laten.¹⁷⁵

De regel dat de rechter alleen rekening mag houden met feiten die voldoen aan de processuele vereisten geldt dus, op andere gronden, ook in het bestuursprocesrecht.

4.1.4 De rechter mag de feiten (niet) impliciet aanvullen door een rechtsnorm toe te passen waarvoor de benodigde feiten niet vaststaan

De rechter zal een besluit alleen op grond van strijd met een rechtsnorm kunnen vernietigen als uit de feiten blijkt dat het bestuursorgaan deze rechtsnorm heeft geschonden. Als de rechter het besluit vernietigt wegens strijd met een rechtsnorm waarbij deze strijdigheid niet blijkt uit de feiten, vernietigt hij niet alleen ten onrechte het besluit, maar vult hij ook impliciet de ontbrekende feiten aan waaruit deze strijdigheid zou blijken.

Het verbod om op deze wijze de feiten impliciet aan te vullen bestaat ook in het bestuursprocesrecht. De rechter moet zijn beoordeling baseren op de feiten die aan de processuele vereisten voldoen. Als onvoldoende feiten vaststaan om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat er sprake is van strijd met een rechtsnorm, mag de rechter deze feiten niet impliciet aanvullen door toch wegens strijd met deze rechtsnorm het besluit te vernietigen.

¹⁷⁴ Anders: Schreuder-Vlasblom 2003 p. 197.

¹⁷⁵ Vgl. De Bock 2004 p. 78.

4.1.5 Conclusie

De bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen houdt dus ten eerste in de bevoegdheid voor de rechter om zelf feiten in het geding te brengen. Ten tweede houdt de bevoegdheid om de feiten aan te vullen de bevoegdheid in om de feitelijke gronden (de beroepsgronden en verweren) aan te vullen. Deze bevoegdheid wordt ingevuld door het stelsel voor de grenzen van de rechtsstrijd dat gevolgd wordt.

4.2 De bevoegdheid om zelf feiten in het geding te brengen

Art. 8:69 lid 3 Awb bepaalt dat de bestuursrechter ambtshalve de feiten kan aanvullen. Een vraag is of art. 8:69 lid 3 Awb slechts een beginselverklaring inhoudt (§ 4.2.1) of dat zij de rechter ook een concrete bevoegdheid geeft om feiten in het geding te brengen. In dit kader moet een onderscheid gemaakt worden tussen een bevoegdheid tot het verrichten van feitelijk onderzoek (§ 4.2.2) en het aanvullen van kennis die de rechter al heeft: de algemeen bekende feiten, de algemene ervaringsregels, de eigen wetenschap van de rechter (§ 4.2.3) en feiten uit andere procesdossiers (§ 4.2.4).

4.2.1 Art. 8:69 lid 3 Awb als beginselverklaring

Art. 8:69 lid 3 Awb heeft voor een belangrijk deel de functie van beginselverklaring waarmee het bestuursprocesrecht zich afzet tegen de partij-autonomie betreffende de feiten en het verbod om de feiten aan te vullen uit het burgerlijk procesrecht. Met art. 8:69 lid 3 Awb wordt aangegeven dat de bestuursrechter niet gebonden is aan of beperkt is tot hetgeen partijen aanvoeren met betrekking tot de feiten.¹⁷⁶ Deze vrijheid van de bestuursrechter komt voornamelijk tot uiting in de aanvoer van feiten en het bewijs en keert terug in vele bepalingen van hoofdstuk 8 Awb.

Ten eerste is de rechter niet beperkt tot de feiten die partijen aanvoeren. Hij kan ook zelf feiten in het geding brengen.¹⁷⁷ Hiertoe heeft hij vele bevoegdheden zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om inlichtingen te vragen aan partijen en anderen (art. 8:44, 45 en 59 Awb), de bevoegdheid om stukken op te vragen (art. 8:45 Awb) en de bevoegdheid om getuigen op te roepen (art. 8:46 Awb).

Ten tweede is de bestuursrechter onder de Awb wat betreft het bewijs niet gebonden aan stellingen van partijen. Hij kan bewijs verlangen van onbetwiste

¹⁷⁶ Vgl. PG Awb II p. 463; Marseille 2003 p. 78.

¹⁷⁷ Vgl. Kooper 2000 p. 177; Ten Berge 1999 p. 197; Schueler 1999 p. 608; Bolt 1999 p. 649.

feiten.¹⁷⁸ De omstandigheid dat een feit niet is betwist door de ‘wederpartij’ betekent dus niet dat de rechter dit feit voor vaststaand moet aannemen.¹⁷⁹ Daarnaast kan de bestuursrechter het betwisten van feiten passeren en ervoor kiezen om geen bewijs te vragen van betwiste feiten.¹⁸⁰

De bestuursrechter zal op grond van de vrijheid die volgt uit art. 8:69 lid 3 Awb ook niet gebonden zijn aan eventuele ‘bewijsovereenkomsten’ of beleidsregels inzake bewijslastverdeling, bewijswaardering etc., zodat partijen de rechter ook niet op deze wijze kunnen binden.

Deze vrijheid van de rechter raakt ook de kwestie van het ongeschreven materieel bewijsrecht. Een kenmerk van het bestuursprocesrecht, ook onder de Awb, is dat zij weinig regels van geschreven materieel bewijsrecht kent. Dit zijn regels omtrent bewijsomvang, bewijslastverdeling, bewijswaardering en toelaatbaarheid van bewijsmiddelen.¹⁸¹ De Awb kent een grote vrijheid voor de rechter om deze kwesties in de concrete gevallen naar eigen inzicht te bepalen. In de literatuur wordt erop gewezen dat bewijsregels zich wel in de jurisprudentie hebben ontwikkeld. Dit recht wordt wel getypeerd als vuistregels of bewijsrechtelijk gewoonterecht en is gebaseerd op beginselen van behoorlijke rechtspleging en beginselen van behoorlijke procesorde.¹⁸²

Toch binden ook deze regels mijns inziens niet. Ten eerste gaat het om vuistregels en gewoonterecht. Bij dit type normen behoort de vrijheid om daarvan af te wijken als dat in het concrete geval gerechtvaardigd is.

Bovendien blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de bestuursrechter niet teveel gebonden mag worden aan materieel bewijsrecht. De wetgever stelt dat wat blijft is het vrijwel ontbreken van regels van materieel bewijsrecht.¹⁸³ Het is dus niet zo dat het de wetgever niet duidelijk was wat het materieel bewijsrecht moest zijn en de ontwikkeling van dit bewijsrecht aan de praktijk wilde overlaten. De wetgever heeft gekozen voor een bewijsstelsel met weinig materieel bewijsrecht en met veel vrijheid voor de bestuursrechter:

“[D]e rechter [heeft], afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in het geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen te verdelen.”¹⁸⁴

Deze vrijheid is verbonden met art. 8:69 lid 3 Awb, nu “[i]n een stelsel waarin de rechter de bevoegdheid heeft ambtshalve de feiten aan te vullen, [...] aan

178 Vgl. Schueler 1999 p. 605/606, 608, 616; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 59; anders: Schreuder-Vlasblom 2001 p. 129.

179 Vgl. CRvB 29 okt. 2002, JB 2003, 22.

180 Vgl. Schueler 1999 p. 608, 616; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 59.

181 Schuurmans 2004 p. 3 (noot 11); Ten Berge 1999 p. 218; PG Awb II p. 175.

182 Pennarts 1999 p. 98 ev.; Ten Berge 1999 p. 218 ev.; Schueler 1999 p. 616 ev.

183 PG Awb II p. 175.

184 PG Awb II p. 175.

een wettelijk stelsel van materieel bewijsrecht niet of nauwelijks behoefte [is].¹⁸⁵

Wat betreft de bewijslastverdeling ontwikkelt zich op grond van art. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb een stelsel, maar ook daaronder heeft de bestuursrechter nog veel vrijheid.¹⁸⁶

Met uitzondering van enige mate van beperking in de bewijslastverdeling heeft de bestuursrechter veel vrijheid in het regelen van de concrete bewijskwesties. Hij heeft de bevoegdheid om bewijskwesties te regelen naar eigen inzicht uitgaande van de concrete omstandigheden van de casus.¹⁸⁷

Hoe dit ook zij, bij de ontwikkeling van dit bewijsrechtelijke gewoonterecht zal in elk geval rekening moeten worden gehouden met het beginsel van art. 8:69 lid 3 Awb dat de rechter niet gebonden is aan of beperkt is tot hetgeen partijen aanvoeren met betrekking tot de feiten. Ongeschreven bewijsregels zullen de rechter in beginsel dus niet kunnen binden aan stellingen van partijen.

4.2.2 Een bevoegdheid tot het verrichten van feitelijk onderzoek

Voor het inbrengen van feiten zal de bestuursrechter meestal feitelijk onderzoek moeten verrichten. De vraag is of art. 8:69 lid 3 Awb zelf de rechter een concrete bevoegdheid verleent om feitelijk onderzoek te verrichten, dat wil zeggen zonder dat hij gebruik maakt van één van de in hoofdstuk 8 Awb opgenomen onderzoeksbevoegdheden. In de literatuur lijkt soms het standpunt te worden ingenomen dat de rechter voor het verrichten van feitelijk onderzoek beperkt is tot de in de wet opgenomen instrumentaria.¹⁸⁸ De rol van art. 8:69 lid 3 is hier beperkt tot de beginselverklaring dat de bestuursrechter in zijn algemeenheid bevoegd is om nader feitelijk onderzoek te verrichten en om deze feiten vervolgens in het geding te brengen. De daadwerkelijke bevoegdheid om een bepaald feitelijk onderzoek te verrichten ontleent hij aan andere bepalingen.

De rechter heeft echter mijns inziens in art. 8:69 lid 3 Awb een concrete bevoegdheid gekregen om elke vorm van feitelijk onderzoek te verrichten die niet in de Awb is geregeld. In het burgerlijk procesrecht is het primair de taak van de partijen om feiten en bewijsmiddelen in te brengen. Zij zijn hierbij niet beperkt tot de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde bewijsmiddelen, maar kunnen ook op andere wijzen feiten en bewijsmiddelen inbrengen. Wel moeten zij een procesregeling volgen als een bepaald bewijsmiddel is geregeld. Hetzelfde geldt in het bestuursprocesrecht. Ook hier zijn partijen niet beperkt tot de geregelde bewijsmiddelen, maar moeten zij een bestaande regeling wel volgen.

185 PG Awb II p. 175.

186 Zie Schuurmans 2004.

187 Anders: Schreuder-Vlasblom 2001 p. 150.

188 Vgl. Ten Berge 1999 p. 47, 197; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 57; Pennarts 1998 p. 98.

Verschil met het burgerlijk procesrecht is echter dat ook de rechter een verantwoordelijkheid draagt voor de volledigheid en juistheid van de feiten, en bevoegd is om feiten en bewijsmiddelen in te brengen gelijk aan partijen. Ook voor de rechter geldt derhalve dat hij niet beperkt is tot de geregelde bewijsmiddelen. Hij is op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd om op andere dan de geregelde wijzen feiten en bewijsmiddelen in te brengen.

Hoofdstuk 8 Awb regelt echter verreweg de meeste vormen van feitelijk onderzoek door de rechter, zodat de kwestie van feitenonderzoek enkel gebaseerd op art. 8:69 lid 3 Awb voornamelijk theorie is. Mocht er echter ander feitelijk onderzoek dan is geregeld mogelijk zijn, dan zou art. 8:69 lid 3 Awb hiervoor een basis bieden.

Het verrichten van dergelijk direct op de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb gebaseerd feitelijk onderzoek moet dan wel binnen de grenzen van het recht plaatsvinden. Ten eerste zal het gebruik van lid 3 om feitelijk onderzoek te verrichten niet de regelingen van hoofdstuk 8 Awb mogen doorkruisen. Als een bepaald onderzoek wettelijk is geregeld, zal de rechter deze regeling moeten volgen. Als de rechter bijvoorbeeld getuigen wil horen of een deskundigenbericht wil vragen, zal hij de regelingen van hoofdstuk 8 Awb moeten volgen. Het is dus ook nog maar de vraag in hoeverre het gebruik van de informele plaatsopneming, dat wil zeggen zonder opmaking van een procesverbaal en zonder inbreng van partijen,¹⁸⁹ is toegestaan onder de Awb.

Ten tweede zal de rechter de aldus verkregen feiten in het geding moeten brengen. Dit vereiste geldt ook voor feiten die voortkomen uit onderzoek verricht op grond van de regelingen van hoofdstuk 8 Awb. Als de rechter bijvoorbeeld inlichtingen en stukken van derden opvraagt, zal hij deze in het geding moeten brengen voordat hij de feiten hier uit mag gebruiken. Dit staat ook in verband met de derde voorwaarde, namelijk het voldoen aan het beginsel van hoor en wederhoor.

Ten derde zal de rechter de feiten die hij vaststelt bij dit feitelijk onderzoek slechts mogen gebruiken nadat partijen de gelegenheid hebben gehad om van deze feiten kennis te nemen en zich hierover uit te laten. Het beginsel van hoor en wederhoor en art. 8:69 lid 1 Awb gelden natuurlijk ook voor rechterlijk feitelijk onderzoek.¹⁹⁰

Ten vierde zullen de feiten betrekking moeten hebben op de beoordeling die de rechter moet maken. Zo is de rechter beperkt tot een *ex tunc* beoordeling. Hij mag in beginsel geen feitelijk onderzoek verrichten naar de feitelijke situatie van na het moment van de beslissing op bezwaar. Dit is immers niet van belang voor de beoordeling van het besluit. Een voorbeeld van deze begrenzing is te vinden in een uitspraak van de Afdeling van 29 oktober

189 Zie Ten Berge e.a. 1996 p. 154 ev.; Het gebruik van informele plaatsopneming is verboden in het burgerlijk procesrecht (hoofdstuk 8 § 2.4.1).

190 Vgl. De Bock 2004 p. 78.

2003.¹⁹¹ Hierin had appellant betoogd dat de rechtbank op grond van art. 8:69 lid 3 Awb een ambtsbericht van de Minister van Buitenlandse Zaken bij de beoordeling had moeten betrekken. De Afdeling oordeelt dat voor het toepassen van de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb om ook zonder dat partijen daarom hebben verzocht, de feiten aan te vullen geen plaats was nu het ambtsbericht dateerde van na het nemen van het bestreden besluit en die bevoegdheid niet afdoet aan het feit dat besluiten in beginsel worden getoetst aan de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het nemen van het besluit.

De bevoegdheid om de feiten aan te vullen is ook beperkt tot de mate waarin het besluit bestreden is en de mate waarin de rechter een ambtshalve toetsing moet verrichten.¹⁹² Het heeft immers geen zin om feitelijk onderzoek te verrichten voor onderdelen van het besluit die buiten de beoordeling liggen. De rechter zou toch niets met deze feiten mogen.

4.2.3 Een bevoegdheid tot het inbrengen van algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap

Naast de vraag of art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid verleent voor het verrichten van onderzoek, is een vraag of dit artikel de rechter de bevoegdheid verleent om feiten in te brengen waarvan hij al kennis heeft en waarvoor hij dus geen feitelijk onderzoek hoeft te verrichten. Het gaat dan bijvoorbeeld om algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter.

Wat betreft dergelijke kennis kan een onderscheid gemaakt worden tussen het in het geding brengen van deze informatie, bijvoorbeeld tijdens de zitting, en het aanvullen van deze feiten tijdens de beoordeling in de raadkamer. Beide zijn vormen van aanvullen van feiten waarvoor art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid kan verlenen. Op grond van het beginsel van hoor en wederhoor moeten feiten in principe echter altijd in het geding gebracht worden.

De vraag is of art. 8:69 lid 3 Awb de bestuursrechter de bevoegdheid geeft om deze feiten aan te vullen. Het eerste deel van deze vraag betreft de vraag of deze feiten aangevuld mogen worden. Het tweede deel betreft de vraag of art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid hiertoe verleent.

Voor zowel de algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels als de eigen wetenschap is het zo dat niet duidelijk is wat de regels omtrent het gebruik van deze feiten precies zijn. Noch de literatuur noch de jurisprudentie geven duidelijke antwoorden.

¹⁹¹ ABRvS 29 okt. 2003, JB 2004, 5.

¹⁹² Vgl. De Bock 2004 p. 79 ev.

Algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels

Wat betreft de algemeen bekende feiten en de algemene ervaringsregels het volgende. De Awb kent geen equivalent van art. 176 lid 2 (oud) Rv waarin wordt bepaald dat de rechter algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels ten grondslag mag leggen aan zijn beslissing ongeacht of zij zijn gesteld en verder dat dit type feiten ook geen bewijs behoeven. De burgerlijke rechter mag rekening houden met deze feiten ook al zijn deze niet (door partijen) in het geding gebracht. Hij mag ze dus in de raadkamer aanvullen. Deze feiten zijn zo bekend 'bij iedereen' dat in het geding brengen en apart de gelegenheid geven om te reageren onnodig wordt geacht (zie hoofdstuk 8 § 3.1 en met name § 3.1.4).

Het lijkt me dat bovenstaande ook geldt in het bestuursprocesrecht. Er is althans geen reden waarom in het bestuursprocesrecht de regeling voor algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels anders zou moeten zijn.

Uit de literatuur blijkt wel dat ook in het bestuursprocesrecht geldt dat algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels niet bewezen hoeven te worden.¹⁹³ Maar hierin verschillen zij niet wezenlijk van andere feiten in het bestuursproces. Van alle typen feiten bepaalt de rechter immers zelfstandig of hij ze voor waar aanneemt of dat hij bewijs vraagt.

Eigen wetenschap van de rechter

Wat betreft eigen wetenschap kan een onderscheid gemaakt worden tussen kennis die de rechter als privé-persoon heeft verkregen en kennis die de rechter door ervaring als rechter heeft verkregen. Maar voor beide soorten is niet met zekerheid te zeggen of het ambtshalve aanvullen van deze kennis is toegestaan.

De Bock noemt het voorbeeld dat de rechter na de zitting in een krantenartikel feiten leest die relevant zijn voor de zaak. De vraag is of de rechter deze feiten mag aanvullen en ten grondslag mag leggen aan zijn beslissing. De Bock stelt dat art. 8:69 lid 1 Awb de rechtbank verbiedt haar uitspraak (mede) te baseren op het krantenartikel.¹⁹⁴

Dit lijkt mij onjuist. Art. 8:69 lid 1 Awb verbiedt de rechtbank om het krantenartikel te gebruiken zonder dit eerst in het geding te brengen. Op grond van art. 8:68 lid 1 Awb kan zij het onderzoek heropenen en het krantenartikel inbrengen. Partijen hebben zo de gelegenheid om op dit artikel te reageren. Dan is aan de eisen van art. 8:69 lid 1 Awb voldaan, althans wat betreft het beginsel van hoor en wederhoor.

Aangezien de wetgever geen beperkingen heeft aangebracht aan de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb, lijkt de rechter mij in beginsel op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd om deze kennis die hij als privé persoon heeft opgedaan in te brengen. Ik betwijfel echter of aan een krantenartikel dermate

¹⁹³ Vgl. Pennarts 1998 p. 99; Ten Berge 1999 p. 219.

¹⁹⁴ De Bock 2004 p. 11.

waarde kan worden gehecht dat dit het gebruik van de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb rechtvaardigt.

Ten Berge schrijft dat ‘feiten die de rechter uit eigen wetenschap bekend zijn’ niet bewezen hoeven te worden, maar, gezien het voorbeeld dat hij geeft, lijkt hij te spreken over ervaring van de rechter.¹⁹⁵ Pennarts schrijft hetzelfde, maar geeft geen voorbeeld.¹⁹⁶

Wat betreft ervaring van de rechter, schrijft Schueler dat het de rechter niet is toegestaan om feiten aan te vullen die hij kent omdat hij een bepaalde soort zaken vaker voor zich heeft gehad.¹⁹⁷ Uit jurisprudentie blijkt echter dat de rechter (soms) gebruik maakt van kennis die hij op grond van ervaring als rechter heeft verkregen. In een uitspraak van het CBB van 24 jan. 1992¹⁹⁸ verbindt het College een dwangsom aan een termijn voor het opnieuw beslissen mede ‘gelet op de – naar het College uit eigen wetenschap bekend is – niet zelden grote vertragingen, die zich voordoen bij het nemen van beslissingen, als waarom het hier gaat’. In de noot bij de uitspraak van het College van Beroep Studiefinanciering van 2 mei 1997¹⁹⁹ schrijft Bröring het volgende:

“Het College van Beroep Studiefinanciering kon in het onderhavige geval oordelen, ‘dat ook uit andere aanhangige zaken blijkt dat verweerder ter zake thans een consistente lijn volgt.’ Waar de rechter dit niet – uit eigen wetenschap – kan beoordelen, drukt op het bestuursorgaan een zware motiveringsplicht.”

Op grond van bovenstaande kom ik tot de conclusie dat het de rechter is toegestaan om kennis die hij heeft opgedaan als rechter aan te vullen in het geding. Wat betreft privé-kennis is minder duidelijk of dit is toegestaan. Voorzover hierover wordt geschreven, lijkt de lijn te zijn dat het aanvullen van privé-kennis niet is toegestaan.

Hoe dan ook, als de rechter eigen wetenschap wil aanvullen, zal hij dit eerst in het geding dienen te brengen en partijen de gelegenheid dienen te geven om op deze feiten te reageren. Van dit type feiten kan immers niet altijd gezegd worden dat deze ‘bij iedereen’ bekend zijn. Daarbij wil de omstandigheid dat de rechter een bepaald feit kent, nog niet zeggen dat dit feit juist is of dat de kennis van de rechter volledig is. Dit geldt zeker als een krantenartikel de bron van de eigen kennis is.

195 Ten Berge 1999 p. 219.

196 Pennarts 1998 p. 99.

197 Schueler 1999 p. 610.

198 CBB 24 jan. 1992, AB 1992, 253 (m.nt. RMvM).

199 College van Beroep Studiefinanciering 2 mei 1997, AB 1997, 256 (m.nt. HBr) punt 7.

Art.8:69 lid 3 Awb als grondslag

Aangezien er geen specifieke bepaling in de Awb is die de rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid verleent om algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels, of eigen wetenschap aan te vullen, kan art. 8:69 lid 3 Awb deze functie vervullen en de rechter de concrete bevoegdheid verlenen om deze gegevens aan te vullen. Bij mijn weten wordt art. 8:69 lid 3 Awb hier echter niet voor gebruikt en worden algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap, voorzover ze worden aangevuld, aangevuld zonder de rechtsgrondslag hiervoor aan te geven.

Voor zowel de algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels als eigen wetenschap geldt dat de rechter voorzichtig moet zijn met het gebruik van deze feiten zonder de partijen te raadplegen. Het is immers nog maar de vraag of wat de rechter denkt te weten juist en volledig is.

4.2.4 Feiten uit een ander procesdossier

Het standpunt wordt wel verdedigd dat het de rechter verboden zou zijn om feiten en stukken uit een dossier in de ene zaak in te brengen in een andere zaak.²⁰⁰ Dit zou in strijd komen met art. 8:69 lid 1 Awb. Dit standpunt is mijns inziens onjuist. In een deel van de bij dit standpunt aangehaalde jurisprudentie lag het probleem echter niet in het feit dat de rechter deze stukken ten grondslag had gelegd aan zijn beslissing, maar in het feit dat hij dit had gedaan zonder de stukken eerst in het geding te brengen en partijen de gelegenheid te geven om op deze stukken te reageren.²⁰¹ Art. 8:69 lid 1 Awb bepaalt dat de rechter zich slechts mag baseren op het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Als de rechter de betreffende stukken in het vooronderzoek of ter zitting had ingebracht had hij juist gehandeld. Nu hij dit niet heeft gedaan, heeft hij in strijd met art. 8:69 lid 1 Awb gehandeld.

In het andere deel van de jurisprudentie overweegt de Centrale Raad dat bepaalde stukken die zich niet in het dossier bevinden buiten beschouwing moeten blijven bij de beoordeling van het bestreden besluit.²⁰² Dit is niet meer dan logisch. Het is immers in strijd met art. 8:69 lid 1 Awb om stukken ten grondslag te leggen aan een uitspraak als die stukken niet zijn overgelegd.

Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter feiten uit andere dossiers inbracht is een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 mei 2005.²⁰³ In deze zaak was een bestuurlijke boete opgelegd wegens het overtreden van het arbeidsomstandighedenbesluit. In het kader van de beoordeling van de

200 De Bock 2004, p. 92; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 186.

201 ABRvS 10 april 2004, 200102136; CRvB 11 feb. 1999, TAR 1999, 54.

202 CRvB 20 maart 2002, 99/6462, 99/6463.

203 Rb. Rotterdam 11 mei 2005, 04/3600.

hoogte van de opgelegde boete vergeleek de rechtbank deze zaak met eerdere zaken waarin een boete was opgelegd en waar beroep was ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. Nu de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid in die zaken niet geringer was dan in de lopende zaak, zag de rechtbank niet in waarom de bestreden boete hier hoger was. In ieder geval de feiten met betrekking tot de hoogte van de boete, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid in de eerdere zaken werden door de rechter in de lopende zaak ingebracht.

Art. 8:69 lid 3 Awb geeft de rechter op zich de bevoegdheid om feiten en stukken uit het ene dossier ten grondslag te leggen aan zijn beslissing in een andere zaak. Hierbij moet hij dan wel art. 8:69 lid 1 Awb in acht nemen. Hij moet de feiten en stukken eerst inbrengen en partijen de gelegenheid geven om zich hierover uit te laten.

Overigens zal de rechter deze feiten en stukken slechts mogen inbrengen als ze betrekking hebben op een onderdeel dat binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt. In het hoger beroep tegen de hierboven genoemde uitspraak van de rechtbank Rotterdam oordeelde de Afdeling dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden, aangezien er geen gronden waren gericht tegen de hoogte van de boete en dit onderdeel van het besluit niet onlosmakelijk was verbonden met het onderdeel dat wel bestreden was (het punt van werkgeverschap).²⁰⁴

4.3 Het doel van de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen

De rechter is op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd om zich met de feiten bezig te houden. Deze bevoegdheid is nader uitgewerkt in geschreven en ongeschreven rechtsnormen, zoals de rechtsnormen dat de rechter kan vragen om inlichtingen en stukken, getuigen kan oproepen, bewijs kan verlangen van onbetwiste feiten, de betwisting van feiten kan passeren etc. Noch de concrete rechtsnormen noch art. 8:69 lid 3 Awb geven echter een antwoord op de vraag hoe de rechter met zijn bevoegdheden omtrent de feiten dient om te gaan en wat het doel is van het aanvullen van feiten door de rechter. Duidelijk zal zijn dat hij niet volledig vrij is om soms wel en soms niet over te gaan tot feitelijk onderzoek. Dan zou er sprake zijn van willekeur. Dit betekent dat de rechter in elke zaak zal moeten nagaan of er reden is om gebruik te maken van deze bevoegdheden in het kader van het doel waarvoor deze actieve rol omtrent de feiten is gegeven.²⁰⁵ Wat is nu het doel waarvoor deze actieve rol en de daaraan verbonden bevoegdheden aan de bestuursrechter zijn toegekend?

204 ABRvS 18 jan. 2006, 200505457/1, ro. 2.2.

205 Vgl. Nicolai 1994 p. 143.

Ik onderscheid in ieder geval twee doelstellingen van het aanvullen van de feiten. Ten eerste het voldoen aan de beginselen die ten grondslag liggen aan deze bevoegdheid: de eis van de materiële waarheidsvinding en de ongelijkheidscompensatie (§ 4.3.1). Ten tweede het doel om de feiten te achterhalen die nodig zijn voor het juist uitvoeren van een rechterlijke verplichting (§ 4.3.2).

4.3.1 Materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de actieve rol van de rechter omtrent de feiten in verband wordt gebracht met twee beginselen: de ongelijkheidscompensatie²⁰⁶ en de materiële waarheidsvinding.²⁰⁷ In de parlementaire geschiedenis wordt de nadruk gelegd op de ongelijkheidscompensatie als achtergrond van de bevoegdheid om de feiten aan te vullen.²⁰⁸ Het doel van de rechterlijke bemoeienis is om de zwakkere partij te helpen zodat de zaak kan worden beslist op de *merits of the case* en dat wordt voorkomen dat de grotere ervaring of mogelijkheden van de sterkere partij de doorslag geven.²⁰⁹ De mate waarin de rechter bevoegd is om de feiten aan te vullen, of in ruimere zin bevoegd is om zich met de feiten te bemoeien, hangt af van de mate van ongelijkheid tussen partijen.

In de literatuur wordt voor de invulling van de bevoegdheid om de feiten aan te vullen meer aansluiting gezocht bij de materiele waarheidsvinding.²¹⁰ De bevoegdheid van de rechter om zich met de feiten bezig te houden heeft (ook) als doel dat het besluit wordt beoordeeld op grond van het ‘werkelijk gebeurde’. Manipulatie van de feiten door partijen wordt niet aanvaard in het bestuursprocesrecht. Dit betekent dat het doel van het feitelijk onderzoek en de rechterlijke activiteit is om te komen tot een zorgvuldig samengestelde, consistente, niet evident onjuiste of evident onvolledige feitelijke grondslag.

De omstandigheid dat de bevoegdheid om de feiten aan te vullen wordt beheerst door zowel de ongelijkheidscompensatie als de materiele waarheidsvinding betekent dat de bestuursrechter ook bij gelijke partijen zich actief met de feiten moet bezighouden. Ook bij gelijke partijen zal de beoordeling immers uit moeten gaan van de materiele waarheid.²¹¹

Het streven naar materiële waarheidsvinding, en dus de rechterlijke activiteit omtrent de feiten, is wel begrensd door bijvoorbeeld de bewijsfuik en de goede procesorde.

206 PG Awb II p. 175, 464.

207 PG Awb II p. 173, 175.

208 PG Awb II p. 175, 464.

209 Vgl. De Bock 2004 p. 75-77; Bestuursprocesrecht (Bolt) § B3.8.2.3 sub c; Schueler 1999 p. 597.

210 Zie bv. Kooper 2000 p. 177; Wulfraat-van Dijk 1995 p. 67, 68, 118; Pennarts 1998 p. 97; Ten Berge 1999 p. 197, 208, 219; Allewijn en Ten Berge 1999 p. 18; Schueler 1999 p. 595, 606.

211 Anders: Commissie Rechtsbescherming 2004 p. 108.

4.3.2 Uitvoeren van verplichtingen

De bestuursrechter heeft in art. 8:69 lid 3 Awb de bevoegdheid gekregen om zelf feitelijk onderzoek te verrichten. Dit betekent dat als de bestuursrechter feiten mist die hij nodig heeft om omtrent een bepaald punt de juiste beoordeling te kunnen maken hij zich hier niet bij neer moet leggen en de beslissing moet nemen op basis van de feiten waarover hij beschikt. De rechter moet, met inachtneming van het procesrecht, verder onderzoek doen om de relevante feiten te achterhalen.

Dit betekent dat de bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten een verplichting wordt als het gaat om feiten die de rechter nodig heeft om een verplichting juist te kunnen uitvoeren. Het enkele feit dat de rechter bepaalde feiten mist, is, gezien art. 8:69 lid 3 Awb, onvoldoende reden om niet aan een verplichting te voldoen. Het onderzoek kan eruit bestaan dat de rechter een of meerdere partijen verzoekt om relevante feiten in te brengen, maar de rechter kan zijn verantwoordelijkheid om de benodigde feiten te achterhalen niet afwentelen op partijen. Als partijen niet in staat zijn of weigeren om de feiten te achterhalen en in te brengen, zal de rechter zich alsnog zelf moeten inspannen om de benodigde feiten te achterhalen.

Beoordelen van de rechtmatigheid van het bestreden besluit

De primaire taak van de bestuursrechter is om de rechtmatigheid van het bestreden besluit te beoordelen. De rechter is bevoegd om zelf feitelijk onderzoek te verrichten en zelf feiten in het geding te brengen voorzover dit nodig is om de beoordeling te kunnen verrichten.²¹² Nu het gaat om een verplichte beoordeling, is de rechter ook verplicht om onderzoek te (laten) verrichten naar de benodigde feiten.

Door de opzet van het bestuursproces zal er in de meeste zaken echter weinig ruimte en noodzaak overblijven voor de rechter om in dit kader feiten aan te vullen. Ten eerste wordt de beroepsfase voorafgegaan door de primaire fase en de bezwaarfase waarin belanghebbende feiten inbrengt en het bestuursorgaan feitelijk onderzoek verricht. Alle feiten die hier naar voren komen, worden al door het bestuur ingebracht op grond van de plicht om alle op de zaak betrekking hebbende stukken in te zenden. Ervan uitgaande dat het onderzoek in prima en bezwaar aan de regels voldoet, blijft er weinig noodzaak over voor de rechter om nader feitelijk onderzoek te verrichten.

Verder wordt de ruimte om de feiten aan te vullen beperkt door de bewijsfuik. Als een belanghebbende bepaalde feiten en bewijs niet mag aanvoeren, zal de rechter dit immers ook niet mogen.²¹³ Het feitelijk onderzoek door de rechter met betrekking tot deze feiten zal beperkt zijn tot bijvoorbeeld

212 Vgl. De Bock 2004 p. 81; Verheij onder ABRvS 29 sept. 2004, AB 2004, 415 (m.nt. NV) punt 4.

213 Vgl. De Bock 2004 p. 79.

verduidelijking van hetgeen wel omtrent deze feiten is gesteld in prima en bezwaar.

Als het gaat om een feit dat onder de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan valt, brengt de omstandigheid dat het bestuursorgaan dit relevante feit niet heeft meegenomen soms al mee dat het besluit onrechtmatig is. Het onderzoek door de rechter zal hier gericht zijn op de juistheid en volledigheid van de nieuwe feiten.

Door de opzet van het bestuursproces en de taak van de rechter lijkt de ruimte voor de rechter om, in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit, feitelijk onderzoek te verrichten nogal beperkt te zijn.

Ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden

Wat betreft de plicht om de rechtsgronden aan te vullen is de omstandigheid dat bepaalde feiten ontbreken onvoldoende reden om de betreffende rechtsworm niet aan te vullen. Omdat het aanvullen van de rechtsgronden een verplichting is, is de rechter verplicht nader onderzoek te verrichten (voor zover dit nodig is) alvorens al dan niet de rechtsgronden aan te vullen.²¹⁴ Stel bijvoorbeeld dat de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet toetsen aan het gelijkheidsbeginsel, maar dat hij hiervoor de feiten omtrent vergelijkbare gevallen mist. Hij mag niet op grond van dit gebrek afzien van een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, maar hij moet nader onderzoek (laten) verrichten naar vergelijkbare gevallen. Dit kan hij bijvoorbeeld doen door aan partijen, en met name het bestuursorgaan, informatie te vragen omtrent vergelijkbare gevallen.

De plicht om zo nodig feitelijk onderzoek te verrichten betekent voor de toetsing aan beleidsregels, het volgende. Als de belanghebbende in eigen woorden een klacht richt tegen de toepassing van beleidsregels, is de rechter op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht om ambtshalve art. 4:84 Awb aan te vullen en te beoordelen of het bestuursorgaan overeenkomstig art. 4:84 Awb de beleidsregels heeft toegepast. De beleidsregels vormen feiten in de zin van art. 8:69 lid 3 Awb, zodat de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd is om de beleidsregels ambtshalve aan te vullen, dat wil zeggen in het geding te brengen. Deze bevoegdheid is een verplichting nu het gaat om het aanvullen van feiten die nodig zijn om de verplichting om de rechtsgronden (art. 4:84 Awb) aan te vullen juist te kunnen verrichten.

Ambtshalve toetsing

De rechter dient het besluit ambtshalve te toetsen aan bepalingen van openbare orde. De naleving van deze bepalingen is dermate belangrijk dat de handhaving hiervan niet kan worden overgelaten aan partijen (zie § 3.8.1). Het is derhalve aan de rechter om in elke zaak na te gaan of deze bepalingen (juist)

214 Vgl. De Bock 2004 p. 80.

zijn toegepast. Hij is hierbij niet gebonden aan of beperkt tot hetgeen partijen al dan niet aanvoeren. Dit betekent dat voorzover de feiten ontbreken die nodig zijn om deze toetsing te kunnen verrichten, de rechter deze ambtshalve dient aan te vullen. De bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten is dus een verplichting als dit feitelijk onderzoek nodig is voor een ambtshalve toetsing.²¹⁵

Een voorbeeld van deze plicht is te zien in een uitspraak van de Centrale Raad van 26 september 1996.²¹⁶ De rechtbank had geoordeeld dat er ten tijde van het nemen van het besluit tot weigering van de ontslaguitkering en de beslissing op bezwaar lacunes bestonden in het systeem van (sub)mandatering. De bevoegde hoofddirectie had echter in een brief verklaard dat het bestreden besluit als een besluit van de hoofddirectie gold. Hierdoor zou het bevoegdheidsgebrek geheeld zijn. De rechtbank weigert echter overlegging van deze brief op grond van art. 8:58 Awb.²¹⁷

De Centrale Raad oordeelt dat art. 8:58 Awb er niet toe kan strekken de rechter te verhinderen het door hem zelfstandig in te stellen onderzoek naar de bevoegdheid van de besluitnemer te volvoeren. Naar het oordeel van de Centrale Raad had het eerder op de weg van de rechtbank gelegen om de bewuste brief op te vragen en aan het dossier toe te voegen dan de beoogde overlegging te weigeren.

Een uitspraak van 27 mei 2003 van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven lijkt weer in strijd te zijn met deze zelfstandige onderzoeksplicht van art. 8:69 lid 3 Awb.²¹⁸ In deze zaak voerde appellante in hoger beroep aan dat het bestuursorgaan tijdens de zitting nog documenten had ingebracht die hij niet van te voren had gezien. Het ging onder andere om mandaatbesluiten. Het College oordeelt dat dit stukken zijn die in beginsel slechts tot tien dagen voor de zitting kunnen worden ingediend, en dat deze besluiten "klaarblijkelijk door de rechtbank ambtshalve, en dus niet naar aanleiding van een van de door appellante naar voren gebrachte beroepsgronden," bij het bestuursorgaan zijn opgevraagd. Nu het College appellante gezien de omstandigheden van het geval niet in haar processuele belangen geschaad acht, verbindt zij echter geen gevolgen aan deze gang van zaken.

Nu kan de vraag gesteld worden of het niet zo is dat mandaatbesluiten tot het recht behoren en als zodanig altijd ingebracht kunnen worden. De rechter is immers op grond van art. 8:69 lid 2 Awb verplicht om al het relevante recht te betrekken bij zijn beoordeling. De belanghebbende die een exem-

215 Vgl. De Bock 2004 p. 77; Schreuder-Vlasblom 2003 p. 201; Verheij onder ABRvS 29 sept. 2004, AB 2004, 415 (m. nt. NV) punt 4, 5; Widdershoven e.a. 2001 p. 190.

216 CRvB 26 sept. 1996, AB 1997, 139 (m.nt. HH); Een ander voorbeeld is te vinden in HR 19 nov. 2004, JB 2005, 3 (R.M.P.G.N.-C.).

217 Art. 8:58 lid 1 Awb: Tot tien dagen voor de zitting kunnen partijen nadere stukken indienen.

218 CBB 27 mei 2003, AB 2003, 456.

plaar van de relevante regelgeving overlegt, wijst de rechter slechts op iets dat deze anders zelf had moeten opzoeken.

De vraag naar de status van dit mandaatbesluit maakt echter ook niet uit. Mandaatbesluiten hebben betrekking op de bevoegdheid van het bestuursorgaan en de betreffende bepalingen zijn van openbare orde. De rechter is dus verplicht om te onderzoeken of het besluit bevoegd is genomen. Als mandaatbesluiten, of dit mandaatbesluit, als feitelijk stuk gekwalificeerd moeten worden, is de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb verplicht om deze in het kader van ambtshalve toetsing aan te vullen omdat dit mandaatbesluit nu eenmaal nodig is om de bevoegdheid te kunnen beoordelen.

De overweging dat de rechter klaarblijkelijk deze stukken niet had opgevraagd naar aanleiding van de beroepsgronden is dan ook niet van belang. Ook als er geen beroepsgrond op de bevoegdheid was gericht, had de rechter dit aspect moeten beoordelen. Als het mandaatbesluit als recht gekwalificeerd moet worden, had de rechter dit op grond van art. 8:69 lid 2 Awb dienen aan te vullen. Als het mandaatbesluit als feit gekwalificeerd moet worden, had de rechter dit op grond van art. 8:69 lid 3 Awb dienen aan te vullen. Beide in het kader van de ambtshalve toetsing. Gevolg hiervan is dat mandaatbesluiten te allen tijde kunnen worden ingediend door partijen.

Overigens zal de rechter partijen nog wel de gelegenheid moeten geven om te reageren op de ingebrachte mandaatbesluiten en de kwestie van de bevoegdheid alvorens op dit punt te beslissen.

Exceptieve toetsing

De rechter is in beginsel verplicht om ambtshalve te beoordelen of de aan het besluit ten grondslag liggende rechtsnormen en andere toepasselijke rechtsnormen niet in strijd zijn met hogere regelgeving (§ 3.10). Het zal niet altijd direct duidelijk zijn of er sprake is van strijd. Zeker als het gaat om de vraag of de concrete toepassing van de rechtsnorm in strijd komt met de situatie die door een hogere rechtsnorm wordt voorgeschreven, zal vaak nader onderzoek nodig zijn. Art. 8:69 lid 3 Awb geeft de rechter de bevoegdheid om het benodigde feitelijk onderzoek te verrichten. De rechter is in beginsel ook tot dit onderzoek verplicht, nu ook het verrichten van de exceptieve toetsing een verplichting is.

Hierbij geldt de taak van de rechter als grens voor de mate waarin de rechter verplicht is om de exceptieve toetsing en het daarvoor benodigde feitelijk onderzoek te verrichten. Enerzijds mag van de rechter verwacht worden dat hij uitspraak doet op basis van het geldend recht. Anderzijds mogen partijen van de rechter verwachten dat binnen een redelijke termijn op hun zaak wordt beslist en dat hij niet veel tijd en middelen gaat spenderen aan een onderzoek waar partijen niet om gevraagd hebben. Als het debat tussen partijen niet is gericht op de geldigheid van onderliggende regelgeving, zal er een moment komen dat het (feitelijk) onderzoek dermate veel tijd in beslag gaat nemen dat de beoordeling van de vraag of de onderliggende rechtsnorm ongeldig is wat betreft deze concrete toepassing van de rechtsnorm,

de taak van de rechter te buiten gaat. Waar dat omslagpunt ligt, zal van de concrete omstandigheden van het geval afhangen.

4.4 Vult de rechter de feiten aan ten gunste van alle partijen?

Een vraag bij art. 8:69 lid 3 Awb is ten gunste van welke partijen de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen. In bredere zin gaat het hier echter om meer dan alleen het inbrengen van feiten of het verrichten van feitelijk onderzoek. Deze vraag betreft in het algemeen de actieve rol van de rechter met betrekking tot de feiten en alles dat hieruit voortvloeit.

Mijns inziens geldt voor art. 8:69 lid 3 Awb hetzelfde als voor art. 8:69 lid 2 Awb: de bevoegdheid om de feiten aan te vullen is neutraal. De rechter vult de feiten aan om te komen tot een feitelijke grondslag die voldoet aan de eisen van de materiële waarheidsvinding en voor het juist uitoefenen van de verplichtingen. Het is hierbij irrelevant ten gunste van wie dit aanvullen werkt.²¹⁹

Een aanvullen van de feiten kan dus zowel ten gunste als ten nadele van elke partij uitpakken. De rechter zal bijvoorbeeld bewijs verlangen van een onbetwist feit als hij dit nodig acht, ongeacht of dit ten gunste van appellant of het bestuursorgaan werkt. Het antwoord op de vraag wie er voordeel heeft bij het aanvullen, hangt af van de vraag in hoeverre een partij er belang bij had dat het besluit beoordeeld zou worden op grond van de werkelijke gebeurde feiten.

Als het doel van het aanvullen van de feiten beperkt was tot de ongelijkheidscompensatie zou het aanvullen van de feiten waarschijnlijk beperkt moeten blijven tot het helpen van de zwakkere partij en zou de rechter zich slechts met de feiten mogen bezig houden ten gunste van deze partij. Dit zou waarschijnlijk meestal de appellerende burger zijn. Doordat ook het beginsel van de materiele waarheidsvinding en het uitoefenen van verplichtingen invulling geven aan de bevoegdheid om de feiten aan te vullen, is het aanvullen van de feiten neutraal geworden. De rechter dient ook gericht te zijn op het vaststellen van het 'werkelijk gebeurde' en het achterhalen van de benodigde feiten, en niet slechts op het helpen van de zwakkere partij.

219 Vgl. PG Awb II p. 464; Kooper 2000 p. 177.

