



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Crommelin, R.W.J.

Citation

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

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/11859>

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

DEEL IV

Slot

14 | Conclusie

1 INLEIDING

In deel I werd in de Algemene inleiding de volgende onderzoeksvraag gesteld: wat is de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv? Hierbij werd een onderscheid gemaakt tussen twee aspecten. Ten eerste het aspect van de inhoud van deze bepalingen en ten tweede het aspect van hoe deze bepalingen vervolgens werken bij de beoordeling die de rechter moet maken. Verder werd gesteld dat deze vraag werd benaderd vanuit het gezichtspunt van de rechter, de rechtshulpverlener of belanghebbende die zich in een zaak geconfronteerd ziet met de toepassing van art. 8:69 Awb, en wil weten wat deze bepalingen inhouden en hoe deze werken in het proces.

In dit hoofdstuk zet ik bij wijze van antwoord een aantal conclusies bij elkaar.

Ik zal beginnen met het aspect van de inhoud van art. 8:69 Awb te bespreken (§ 2 (lid 1), § 3 (lid 2) en § 4 (lid 3)). In § 5 komt de rol van de grenzen van de rechtsstrijd bij de werking van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb aan de orde. Vervolgens wordt de werking van art. 8:69 Awb bij de toetsing van een besluit behandeld (§ 6).

In § 7 komt de mate van convergentie tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht aan de orde wat betreft het leerstuk 'aanvullen van de rechtsgronden'.

Ik eindig met enige afsluitende kanttekeningen in § 8.

2 DE INHOUD VAN ART. 8:69 LID 1 AWB

Art. 8:69 lid 1 Awb heeft twee functies. Ten eerste beperkt deze bepaling de rechterlijke beoordeling tot de mate waarin het besluit tussen partijen in geschil is (§ 2.1). Ten tweede bepaalt deze rechtsnorm waarmee de rechter rekening mag en moet houden bij het nemen van een beslissing: alleen datgene dat is aangevoerd en al datgene dat is aangevoerd (§ 2.2).

2.1 Beperking van de beoordeling

In art. 8:69 lid 1 Awb wordt de rechtsnorm gelezen dat de rechter niet het volledige besluit beoordeelt, maar dat de rechterlijke beoordeling beperkt is tot de mate waarin het besluit door appellant wordt bestreden (buiten ambtshalve toetsing aan rechtsnormen van openbare orde). In de parlementaire geschiedenis wordt niet uitgewerkt hoe deze grenzen van de rechtsstrijd bepaald moeten worden. In de literatuur kunnen een aantal stelsels onderscheiden worden voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd. Het meest beperkende stelsel is het grievenstelsel. In dit stelsel is de rechterlijke beoordeling beperkt tot de door appellant aangevoerde gronden.

Een ruimer stelsel is het stelsel van een beperkte volledige toetsing. In dit stelsel beoordeelt de rechter alleen die onderdelen van een besluit die door de gronden bestreden worden. Deze onderdelen worden echter volledig beoordeeld. Als het betreffende onderdeel op een punt onrechtmatig is, maar deze onrechtmatigheid niet in de gronden wordt bestreden, zal de rechter het besluit toch op deze onrechtmatigheid vernietigen.

In de periode maart 1995 tot september 1996 is onderzoek gedaan naar de werking van het bestuursprocesrecht. De bevindingen hiervan zijn gepubliceerd in het boek 'Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht'.¹ Uit interviews die in dit kader werden afgenomen, blijkt een derde stelsel: het compromisstelsel. In dit stelsel gaat de beoordeling verder dan een beoordeling van de gronden, maar de beoordeling van de onderdelen wordt beperkt door de werkwijze van de rechter. De rechter loopt de bestreden delen van het besluit na op onrechtmatigheden. De vraag of een hierbij gevonden (mogelijke) onrechtmatigheid ambtshalve onderzocht zal worden, hangt af van de ernst van de (mogelijke) schending, de zichtbaarheid van de (mogelijke) schending, de ongelijkheid tussen partijen en of de belanghebbende rechtsbijstand heeft. Een niet in een grond bestreden (mogelijke) onrechtmatigheid komt in aanmerking voor ambtshalve onderzoek als deze ernstig is of duidelijk zichtbaar is. Verder zal zij eerder onderzocht worden als de ongelijkheid tussen partijen groter is en als de belanghebbende geen rechtsbijstand heeft.

De Centrale Raad beperkt de beoordeling tot de bestreden onderdelen van het besluit. De lijn van de Afdeling is minder duidelijk, maar het gaat mij te ver om te zeggen dat de Afdeling uitgaat van een grievenstelsel. Op grond van de jurisprudentie kan mijns inziens het standpunt verdedigd worden dat ook de Afdeling de beoordeling beperkt acht tot de bestreden onderdelen van een besluit. Het meest eenvoudige voorbeeld van deze beperking betreft een besluit dat uit duidelijk te onderscheiden meerdere delen bestaat zoals een besluit met meerdere voorwaarden. Afgaande op uitspraken van de Afdeling

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

en de Centrale Raad kan echter gezegd worden dat ook elk oordeel een apart onderdeel van een besluit vormt wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd.

De beoordeling wordt uitgebreid met een beoordeling van de onderdelen die een nauw verband of nauwe verwevenheid hebben (de Centrale Raad) respectievelijk onlosmakelijk zijn verbonden (de Afdeling) met de bestreden onderdelen. Ook uit het feit dat niet-bestreden onderdelen kunnen worden beoordeeld, volgt al dat de beoordeling niet beperkt is tot de gronden. Tegen de niet-bestreden onderdelen zijn immers zeker geen gronden gericht.

Wat betreft de mate waarin de onderdelen vervolgens beoordeeld moeten worden, geeft de jurisprudentie geen uitsluitsel. De lijn van zowel de Afdeling als de Centrale Raad is mijns inziens dat de onderdelen die het onderwerp van het beroep zijn, volledig beoordeeld dienen te worden. Er is althans geen reden om aan te nemen dat deze beoordeling beperkt is tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden.

Wat betreft de toetsing aan formele voorschriften wordt wel een grievenstelsel toegepast. De rechter toetst slechts aan formele voorschriften als de appellant zich (in eigen woorden) op schending daarvan beroept of indien het voorschriften van openbare orde betreft.

Naar mijn mening voldoet het stelsel van een beperkte volledige toetsing het beste aan de eisen die aan een stelsel inzake de grenzen van de rechtsstrijd gesteld moeten worden. Het sluit beter dan de andere stelsels aan op hetgeen in de parlementaire geschiedenis op dit punt wordt gesteld. Het leidt tot het beslechten van het werkelijke geschil omtrent het besluit en voldoet het beste aan de eis van een faciliterend procesrecht. Daarbij leidt een meer beperkend stelsel zoals het grievenstelsel tot een de facto verplichte rechtsbijstand hetgeen in strijd is met de eis van toegankelijkheid van het bestuursproces. De tegenargumenten van een grotere belasting voor de rechter en het bestuur overtuigen mij niet. Ten eerste omdat naar mijn mening het extra werk beperkt is en ten tweede omdat personele of organisatorische problemen bij de rechterlijke macht en het bestuur niet op de burger afgewenteld mogen worden.

2.2 Alleen datgene en al datgene

Art. 8:69 lid 1 Awb bepaalt dat de rechter uitspraak doet op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Hiermee worden alle fasen genoemd waaruit een bestuursgeding bestaat. Uit deze bepaling vloeit ten eerste voort dat de rechter slechts rekening mag houden met datgene dat tijdens deze fasen naar voren wordt gebracht. Dit betekent voor de feiten dat de rechter slechts die feiten mee mag nemen die tijdens een van deze fasen, door of op initiatief van de partijen dan wel de rechter, in het geding worden ingebracht. Wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd betekent dit dat de rechter voor de vraag

naar de mate waarin het besluit is bestreden zich slechts mag baseren op de gronden die tijdens deze fasen naar voren zijn gebracht.

Daarnaast vloeit uit deze bepaling ook de verplichting voort om rekening te houden met al datgene dat in één van de fasen wordt aangevoerd. De rechter zal de uitspraak moeten baseren op alle feiten die volgens de procesregels zijn ingebracht in één van de fasen van het geding. Wat betreft het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd zal de rechter rekening moeten houden met alle gronden die in één van de fasen van het geding naar voren komen. Deze verplichting is overigens niet onbegrensd. Ten eerste zullen (on)geschreven procesregels in acht genomen moeten worden. Zo zal de rechter geen rekening mogen houden met feiten die weliswaar zijn ingebracht, maar die vallen onder de bewijsfuik. Daarbij kunnen algemene rechtsbeginselen zoals de goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor meebrengen dat bijvoorbeeld geen rekening kan worden gehouden met feiten of gronden die pas tijdens de zitting naar voren worden gebracht.

3 DE INHOUD VAN ART. 8:69 LID 2 AWB

De wetgever heeft de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen overgenomen uit het burgerlijk procesrecht zonder aan te geven wat deze verplichting precies inhoudt in en voor het bestuursprocesrecht. Op grond van de bestudering van het bestuursprocesrecht en de vergelijking met het burgerlijk procesrecht, kan het volgende gezegd worden over de inhoud van art. 8:69 lid 2 Awb. Ten eerste wordt art. 8:69 lid 2 Awb niet gezien als wettelijke verankering van de rechtsnorm dat de rechter (ambtshalve) het recht toepast (*Ius curia novit*) en de daaruit voortvloeiende regels. Dit beginsel en deze regels gelden wel in het bestuursprocesrecht, maar bestaan als ongeschreven recht. Ook de bestuursrechter kwalificeert zelfstandig de feiten, interpreteert het recht en is niet gebonden aan of beperkt door rechtsbeschouwingen van partijen etc. Evenzo is de taak van de bestuursrechter niet verankerd in art. 8:69 lid 2 Awb en bestaat deze ‘slechts’ als ongeschreven rechtsnorm. In art. 8:69 lid 2 Awb is enkel de verplichting voor de rechter opgenomen om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

In de jurisprudentie kunnen twee interpretaties van deze verplichting worden onderscheiden. Soms wordt in deze bepaling een verplichting om de beroepsgronden aan te vullen gelezen. Dit is gezien de vergelijking met het burgerlijk procesrecht onjuist (§ 3.1). Onder de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen moet verstaan worden de verplichting om toepasselijke rechtsnormen aan te vullen die niet door partijen zijn aangevoerd (§ 3.2). Verder moet het ambtshalve aanvullen worden onderscheiden van ambtshalve toetsing (§ 3.3). In § 3.4 wordt de grens besproken dat het aanvullen van de rechtsgronden alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd plaatsvindt. Als

laatste wordt de vraag behandeld wanneer de rechter mag toetsen aan een niet door partijen aangevoerde rechtsnorm (§ 3.5).

3.1 De verplichting om de beroepsgronden aan te vullen

De interpretatie van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen als een verplichting om de beroepsgronden aan te vullen is niet afkomstig uit het burgerlijk procesrecht. Bij het aanvullen van beroepsgronden gaat het om het (ambtshalve) beoordelen van niet direct door de bezwaren bestreden mogelijke onrechtmatigheden in het besluit. Stel bijvoorbeeld dat de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve beoordeelt of een gestelde voorwaarde in gelijke gevallen ook gesteld wordt. Indien hij tot de conclusie komt dat dit niet het geval is en hij het besluit op grond van deze onrechtmatigheid vernietigt, heeft hij de beroepsgrond aangevuld dat deze voorwaarde in andere (gelijke) gevallen niet gesteld wordt. Dit wordt in deze interpretatie gebaseerd op art. 8:69 lid 2 Awb.

Vanuit het gezichtspunt van het burgerlijk procesrecht gaat het hier echter om een aanvullen van feitelijke gronden, zodat dit aanvullen op art. 8:69 lid 3 Awb gebaseerd zou moeten worden. Op grond van art. 8:69 lid 3 Awb vult de rechter ambtshalve de feitelijke grond aan dat deze voorwaarde in gelijke gevallen niet gesteld wordt. Hierbij vult hij ook de rechtsgrond van het gelijkheidsbeginsel aan (op grond van art. 8:69 lid 2 Awb).

Op zich is het niet van belang of het bij dit ambtshalve aanvullen (primaair) gaat om het aanvullen van een feitelijke grond of om het aanvullen van een rechtsgrond. De bestuursrechter is immers tot beide bevoegd. Gezien echter het feit dat de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen is overgenomen uit het burgerlijk procesrecht, lijkt het mij dat in beginsel aangesloten moet worden bij de betekenis van deze verplichting in het burgerlijk procesrecht. In dat geval wordt onder het aanvullen van de rechtsgronden het aanvullen van toepasselijke rechtsnormen verstaan, en niet het aanvullen van beroepsgronden.

3.2 De verplichting om toepasselijke rechtsnormen aan te vullen

Art. 8:69 lid 2 Awb houdt bij deze interpretatie in dat de rechter verplicht is om van toepassing zijnde rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd, ambtshalve aan te vullen en toch toe te passen. Deze interpretatie is uit het burgerlijk procesrecht overgenomen. Het feit dat de rechtsnorm niet door partijen is aangevoerd, mag de rechter er niet van weerhouden om de rechtsnorm (toch) toe te passen. Dit betekent dat er sprake is van een ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden als de rechter het besluit vernietigt op grond van een rechtsnorm waarvan appellanten niet hebben betoogd dat het besluit

daarmee in strijd is, maar ook als de rechter het besluit in stand laat op grond van een rechtsnorm die niet door partijen is aangevoerd.

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

Een tweede vorm van het aanvullen van de rechtsgronden vindt plaats als de rechter het besluit toetst op punten die de appellant niet aan de orde heeft gesteld. De rechter vult ambtshalve de feitelijke grond en de rechtsnorm aan en toetst het besluit toch op dit punt en aan deze rechtsnorm. Hier kan sprake zijn van ambtshalve toetsing als deze toetsing ligt buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Dit hoeft echter niet. Bij een volledige beoordeling van de bestreden onderdelen van het besluit zal de rechter ook aan rechtsnormen toetsen waarvan appellant niet (in eigen bewoordingen) heeft betoogd dat deze zijn geschonden, maar dit gebeurt binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald.

3.3 Ambtshalve toetsing

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en ambtshalve toetsing. Bij ambtshalve toetsing beoordeelt de rechter het besluit buiten de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Bij het ambtshalve aanvullen blijft de rechter binnen deze grenzen. Ambtshalve toetsing is in beginsel beperkt tot bepalingen van openbare orde.

Er is geen tegenstelling tussen ambtshalve aanvullen en ambtshalve toetsen. Deel van een ambtshalve toetsing is het ambtshalve aanvullen van de betreffende rechtsnorm van openbare orde.

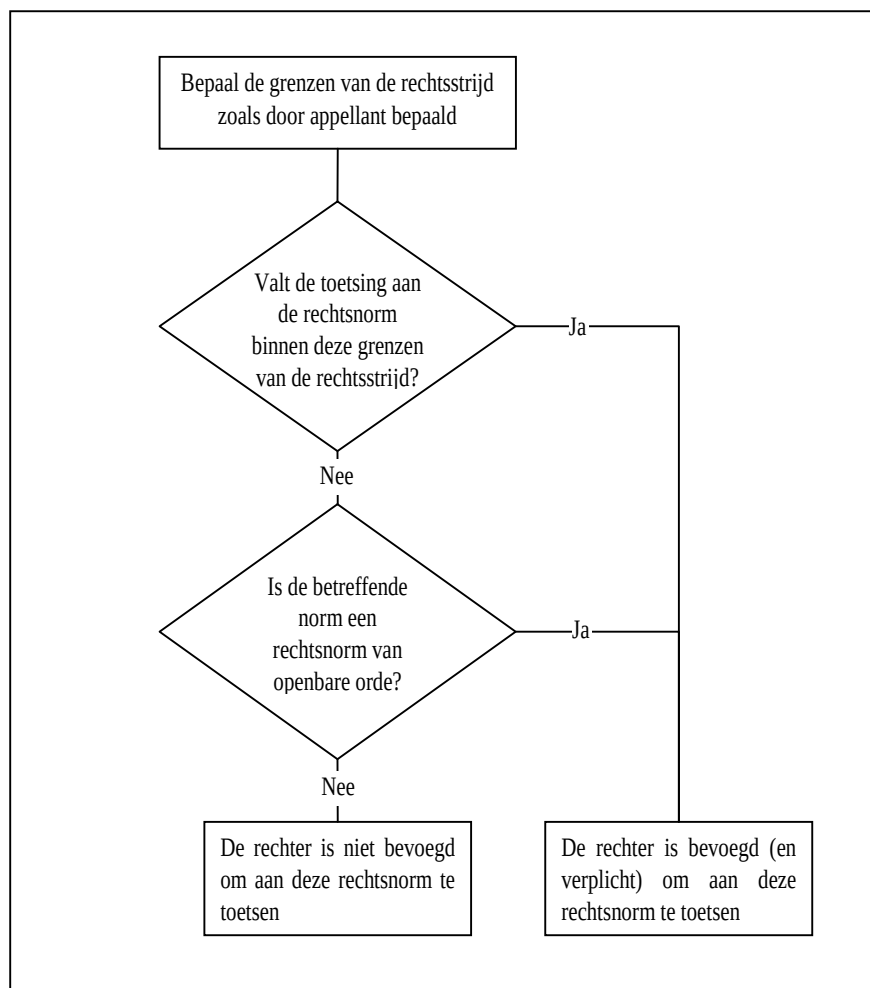
Bij ambtshalve toetsing spelen alledrie de leden van art. 8:69 Awb een rol. Op grond van lid 1 worden de grenzen van de rechtsstrijd uitgebreid. Dit gaat gepaard met een aanvullen van de rechtsgronden (de rechtsnorm van openbare orde) op grond van lid 2 en een aanvullen van de feitelijke gronden (het feitelijk argument dat het besluit wat deze kwestie betreft onrechtmatig is) op grond van lid 3.

3.4 Ambtshalve aanvullen alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd

Het aanvullen van rechtsnormen vindt altijd plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Dit zijn echter niet altijd louter de grenzen zoals appellant die heeft bepaald. Als de rechter een rechtsnorm aanvult bij een door één van de partijen aangevoerde feitelijke grond of in het kader van de (volledige) beoordeling van de bestreden onderdelen, vindt het aanvullen van de rechtsgronden

plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Maar ook bij een ambtshalve toetsing vindt het aanvullen van de rechtsnormen plaats binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Bij deze toetsing aan een rechtsnorm van openbare orde breidt de rechter de rechtsstrijd uit met een toetsing aan die rechtsnorm. Binnen deze (uitgebreide) grenzen vult de rechter de betreffende rechtsnorm van openbare orde aan.

3.5 Wanneer mag de rechter toetsen aan een niet door partijen aangevoerde rechtsnorm?



De vraag is wanneer de rechter verplicht is het besluit ambtshalve aan een niet-aangevoerde rechtsnorm te toetsen. Buiten het geval dat de rechter een rechtsnorm aanvult bij een aangevoerd bezwaar, is dit niet een vraag naar de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen. Het antwoord op deze vraag wordt bepaald door de grenzen van de rechtsstrijd en dus door de vraag van welk stelsel gevolgd wordt. Het stelsel van een beperkte volledige toetsing en het compromisstelsel laten de bestuursrechter de ruimte om meer te beoordelen dan alleen de aangevoerde gronden. De rechter kan hier de feitelijke gronden en de bijbehorende rechtsnormen aanvullen binnen de grenzen van de rechtsstrijd (zoals door appellant bepaald). Als dus duidelijk is waar deze grenzen van de rechtsstrijd liggen, vloeit daaruit het antwoord voort op de vraag of ambtshalve aan een bepaalde rechtsnorm getoetst moet worden.

Het antwoord op bovenstaande vraag is dus ten eerste: als dit binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald ligt. De rechter is overigens in dat geval ook verplicht om te toetsen aan deze rechtsnorm.

Daar komt bij dat de rechter altijd verplicht is om te toetsen aan rechtsnormen van openbare orde. Dit ongeacht waar de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald liggen en dus ongeacht welk stelsel gevolgd wordt.

De rechter die zich geconfronteerd ziet met de vraag of hij aan een niet door appellant aangevoerde rechtsnorm moet toetsen, zal eerst dienen te bepalen of deze toetsing valt binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald. Zo ja, dan zal hij aan deze bepaling dienen te toetsen en deze dienen aan te vullen. Zo nee, dan zal hij moeten bepalen of deze rechtsnorm van openbare orde is en of hij dus (toch) ambtshalve aan deze rechtsnorm moet toetsen. Als dit niet het geval is, mag hij niet aan deze rechtsnorm toetsen en mag deze dus niet worden aangevuld.

4 DE INHOUD VAN ART. 8:69 LID 3 AWB

Door de wetgever is weinig aandacht besteed aan de vraag wat de bevoegdheid om de feiten aan te vullen in moet houden. Ook wat de dogmatiek betreft wordt er weinig aandacht besteed aan art. 8:69 lid 3 Awb.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat lid 3 voornamelijk is opgenomen om aan te geven dat met het overnemen van de verplichting om de rechtsgronden aan te vullen niet ook het verbod om de feiten aan te vullen is overgenomen. Art. 8:69 lid 3 Awb heeft in dit opzicht de functie van een beginselverklaring. Met deze bepaling wordt aangegeven dat de bestuursrechter niet gebonden is aan of beperkt is door hetgeen partijen aanvoeren met betrekking tot de feiten. In zekere zin gaat het om een soort omgekeerde partij-autonomie.

De bestuursrechter is ook wat betreft bewijskwesities niet gebonden aan of beperkt door stellingen van partijen. Met uitzondering van enige mate van beperking in de bewijslastverdeling is de rechter vrij in het regelen van kwes-

ties van materieel bewijsrecht (bewijsomvang, bewijslast, toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en bewijswaardering). Hij kan deze kwesties regelen naar eigen inzicht uitgaande van de concrete omstandigheden van de casus.

De vraag of de bevoegdheid om de feiten aan te vullen nu een concrete bevoegdheid toekent en wat deze in dat geval inhoudt, wordt niet in de parlementaire geschiedenis besproken. Op basis van een vergelijking met het verbod om de feiten aan te vullen van art. 48 (oud) Rv houdt de bevoegdheid om de feiten aan te vullen de volgende bevoegdheden in:

- de bevoegdheid voor de rechter om zelf feiten in het geding te brengen, waaronder:
 - een algemene bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten naast de specifieke onderzoeksbevoegdheden van hoofdstuk 8 Awb (§ 4.1 en § 4.3); en
 - een bevoegdheid om algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter in te brengen (§ 4.2).
- de bevoegdheid om de feitelijke gronden (de beroepsgronden) aan te vullen (§ 4.4).

4.1 De bevoegdheid om zelf feiten in het geding te brengen

De bestuursrechter is niet beperkt tot de feiten die partijen aanvoeren. Art. 8:69 lid3 Awb kent de rechter de bevoegdheid toe om zelf feiten in te brengen en om zelf feitelijk onderzoek te verrichten. Het moet hier dan wel gaan om een vorm van feitelijk onderzoek dat niet al door hoofdstuk 8 Awb geregeld wordt. De rechter kan niet op grond van de bevoegdheid om de feiten aan te vullen de regelingen van hoofdstuk 8 Awb doorkruisen. Aangezien de meeste vormen van feitelijk onderzoek door de rechter al in hoofdstuk 8 Awb geregeld zijn, is er meestal weinig ruimte voor de rechter om direct op grond van art. 8:69 lid 3 Awb feitelijk onderzoek te verrichten.

Bij de vraag wanneer de rechter feiten mag aanvullen wordt een belangrijke rol gespeeld door de bewijsfuik. De rechter zal geen feiten mogen aanvullen die partijen, en dan met name de appellant, niet in mogen brengen. De bewijsfuik beperkt dus niet alleen de mogelijkheden van de appellant, maar ook de mate waarin de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb en de bevoegdheden van hoofdstuk 8 Awb feitelijk onderzoek mag verrichten.

Gezien het feit dat de meeste feiten al in het dossier staan dat door het bestuursorgaan wordt overgelegd en het bestaan van de bewijsfuik lijkt er weinig ruimte over te blijven voor de rechter om zelf feiten in te brengen of om feitelijk onderzoek te verrichten in het kader van de toetsing van een besluit.

4.2 Algemeen bekende feiten, algemene ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter

Wat betreft algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels kent het bestuursprocesrecht geen tegenhanger van art. 149 lid 2 Rv² waarin wordt bepaald dat deze feiten niet gesteld of bewezen hoeven te worden. Ook de bestuursrechter zal, zeker gezien de beginselverklaring van art. 8:69 lid 3 Awb, bevoegd zijn om deze feiten ambtshalve in het geding te brengen. Art. 8:69 lid 3 Awb verleent dan de concrete bevoegdheid om algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels in het geding te brengen.

Wat betreft de eigen wetenschap van de rechter moet een onderscheid gemaakt worden tussen kennis die de rechter als privé-persoon heeft gekregen en kennis die hij door zijn ervaring als rechter heeft opgedaan. Het is de rechter toegestaan om kennis die hij heeft opgedaan als rechter aan te vullen in het geding. Ook hier geeft art. 8:69 lid 3 Awb de rechter een concrete bevoegdheid namelijk de bevoegdheid om kennis die hij als rechter heeft opgedaan ambtshalve in het geding te brengen.

Wat betreft privé-kennis lijkt de lijn te zijn dat het aanvullen van privé-kennis niet is toegestaan.

4.3 Het doel van het aanvullen van de feiten

De vraag is nu wanneer de rechter gebruik moet maken van zijn bevoegdheid om feiten in te brengen en feitelijk onderzoek te verrichten. Het doel van de rechterlijke bemoeienis is ten eerste ongelijkheidscompensatie. Als het verschil in vaardigheden of middelen tussen partijen de uitkomst van de beoordeling dreigt te bepalen, dient de rechter de zwakkere partij de helpende hand te bieden. De mate waarin de rechter bevoegd is om de feiten aan te vullen of in ruimere zin bevoegd is om zich met de feiten te bemoeien, hangt bij dit doel af van de mate van ongelijkheid tussen partijen.

De bevoegdheid van de rechter om zich met de feiten bezig te houden heeft ook als doel dat het besluit wordt genomen en wordt beoordeeld op grond van het ‘werkelijk gebeurde’ (de eis van materiële waarheidsvinding). Manipulatie van de feiten door partijen wordt niet aanvaard in het bestuursprocesrecht. Het doel van het feitelijk onderzoek en de rechterlijke activiteit is om te komen tot een zorgvuldig samengestelde, consistente, niet evident onjuiste of evident onvolledige feitelijke grondslag.

Het feit dat de bevoegdheid om de feiten aan te vullen wordt beheerst door zowel de ongelijkheidscompensatie als de materiële waarheidsvinding betekent dat de bestuursrechter ook bij gelijke partijen zich actief met de feiten

2 Voorheen art. 176 lid 2 Rv.

moet bezighouden. Ook bij gelijke partijen zal de beoordeling immers uit moeten gaan van de materiële waarheid.

Verder wordt de bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten een verplichting als het gaat om feiten die de rechter nodig heeft om een verplichting juist te kunnen uitvoeren:

- de primaire taak van de bestuursrechter is om de rechtmatigheid van het bestreden besluit te beoordelen. Nu dit een verplichting is, is de rechter verplicht om feiten aan te vullen voorzover dit nodig is om deze beoordeling te kunnen verrichten.
- wat betreft de plicht om de rechtsgronden aan te vullen is het enkele feit dat bepaalde feiten ontbreken onvoldoende reden om de betreffende rechtsnorm niet aan te vullen. Omdat het aanvullen van de rechtsgronden een verplichting is, is de rechter verplicht nader onderzoek te verrichten (voorzover dit nodig is) alvorens al dan niet de rechtsgronden aan te vullen. Welke vorm dit onderzoek moet nemen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- nu het verrichten van een ambtshalve toetsing een verplichting is, dient ook hier de rechter de feiten aan te vullen voorzover de feiten ontbreken die nodig zijn om deze toetsing te kunnen verrichten. De bevoegdheid om feitelijk onderzoek te verrichten is dus een verplichting als dit feitelijk onderzoek nodig is voor een ambtshalve toetsing.
- ook bij de exceptieve toetsing (het beoordelen van de geldigheid van de van toepassing zijnde rechtsnormen) is de rechter in beginsel (zo nodig) tot feitelijk onderzoek verplicht, aangezien het verrichten van de exceptieve toetsing een verplichting is. Hier kan de taak van de rechter echter een begrenzing vormen voor dit feitelijk onderzoek.

4.4 De bevoegdheid om de feitelijke gronden aan te vullen

De feitelijke gronden zijn de feitelijke redenen waarom het besluit rechtmatig dan wel onrechtmatig is. Dit zijn bijvoorbeeld de (feitelijke) gronden op grond waarvan appellant betoogt dat het besluit onrechtmatig is en op grond waarvan verweerder betoogt dat het besluit niet onrechtmatig is. Er is sprake van een aanvullen van de feitelijke gronden als de rechter het besluit vernietigt op grond van een feitelijke grond die niet door appellant is aangevoerd dan wel het besluit in stand laat op grond van een feitelijke grond die niet door verweerder is aangevoerd. De rechter is op grond van art. 8:69 lid 3 Awb bevoegd om ambtshalve deze feitelijke gronden aan te vullen.

Zoals het aanvullen van de rechtsgronden is ook het aanvullen van de feitelijke gronden beperkt tot de grenzen van de rechtsstrijd. Het antwoord op de vraag of de bestuursrechter in casu een feitelijke grond moet aanvullen, wordt dus bepaald door de grenzen van de rechtsstrijd. In die gevallen dat het aanvullen van de feitelijke gronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd

en de te maken beoordeling valt, is de rechter ook verplicht om de feitelijke gronden aan te vullen. Het beoordelen van het besluit binnen de grenzen van de rechtsstrijd is immers een verplichte beoordeling.

5 ART. 8:69 LID 2 EN 3 AWB EN DE GRENZEN VAN DE RECHTSSTRIJD

De werking van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb is afhankelijk van de grenzen van de rechtsstrijd. Deze grenzen vormen de context waarbinnen de rechter verplicht respectievelijk bevoegd is om aan te vullen. De plicht van art. 8:69 lid 2 Awb en de bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb passen zich aan deze grenzen aan. De bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb om de feiten en de feitelijke gronden aan te vullen wordt een verplichting als de rechter op grond van de grenzen van de rechtsstrijd de feiten of de feitelijke gronden moet aanvullen. De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen van art. 8:69 lid 2 Awb wordt geblokkeerd als de bijbehorende feitelijke gronden niet mogen worden aangevuld omdat dit buiten de grenzen van de rechtsstrijd valt. Van belang voor deze bepalingen is dus het stelsel dat gevolgd wordt voor het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd.

In het grievenstelsel is de rechter beperkt tot de beoordeling van de aangevoerde feitelijke gronden. In dit stelsel is de rechter niet bevoegd om de feitelijke gronden van het beroep aan te vullen. De bevoegdheid van art. 8:69 lid 3 Awb is beperkt tot het aanvullen van de feiten en van de feitelijke gronden van het verweer. Wat betreft het aanvullen van de rechtsgronden is dit onder het grievenstelsel beperkt tot het aanvullen van de juiste rechtsnorm bij de feitelijke gronden.

In de stelsels waar de beoordeling verder gaat dan het beoordelen van de gronden spelen art. 8:69 lid 2 en 3 Awb een grotere rol. Bij de lijn zoals de Afdeling en de Centrale Raad die mijns inziens hanteren, is de rechter verplicht om de bestreden onderdelen van het besluit te toetsen aan alle toepasselijke materiële rechtsnormen. De rechter is verplicht om alle rechtsnormen aan te vullen die betrekking hebben op de te beoordelen delen van het besluit en die niet door partijen zijn aangevoerd. Voorzover partijen ‘verzuimd’ hebben bepaalde feiten en feitelijke gronden aan te voeren, is de rechter verplicht om ook deze aan te vullen. De bevoegdheid om de feitelijke gronden en de feiten aan te vullen op grond van art. 8:69 lid 3 Awb is dan een verplichting geworden, aangezien het enkele feit dat bepaalde feitelijke gronden of bepaalde feiten niet zijn aangevoerd niet in de weg mag staan aan het (ambtshalve) toepassen van de betreffende rechtsnorm (zijnde het toetsen aan die rechtsnorm).

Indien de beoordeling van de bestreden onderdelen verder beperkt wordt, zoals een beoordeling beperkt tot het opsporen van ernstige of duidelijke onrechtmatigheden, zijn de verplichtingen om de rechtsnormen, de feitelijke

gronden en de feiten aan te vullen beperkt tot de mate waarin dit nodig is om te toetsen op ernstige of duidelijke onrechtmatigheden.

De conclusie moet dan ook zijn dat niet alleen de ruimte voor de rechter om rechtsgronden, feitelijke gronden en feiten aan te vullen, toe- en afneemt met het stelsel dat gevolgd wordt voor de grenzen van de rechtsstrijd, maar dat deze grenzen ook een invulling geven aan de rechtsnormen van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb. De grenzen bepalen wanneer een (verplicht) aanvullen van de rechtsgronden niet is toegestaan en wanneer een (bevoegd) aanvullen van de feiten en feitelijke gronden een verplichting is.

6 ART. 8:69 AWB BIJ DE TOETSING VAN EEN BESLUIT

Gezien het bovenstaande werkt art. 8:69 Awb als volgt bij het toetsen van de rechtmatigheid van het besluit.

8:69 lid 1	De beoordeling is beperkt tot de bestreden onderdelen van het besluit (volledige toetsing) + een ambtshalve toetsing aan rechtsnormen van openbare orde.
8:69 lid 2	De rechter is verplicht tot het aanvullen van rechtsnormen bij de door partijen en de rechter ingebrachte feitelijke gronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald + het aanvullen van rechtsnormen van openbare orde.
8:69 lid 3	De rechter is bevoegd en verplicht tot het aanvullen van de feitelijke gronden binnen grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald + het aanvullen van de feitelijke gronden bij de ambtshalve toetsing aan rechtsnormen van openbare orde. De rechter is bevoegd en verplicht om de feiten aan te vullen die nodig zijn om de verplichte beoordelingen te maken.

Op grond van art. 8:69 lid 1 Awb is de beoordeling van het besluit beperkt tot een beoordeling van de door appellant bestreden onderdelen van het besluit en een ambtshalve toetsing aan de toepasselijke rechtsnormen van openbare orde. De bestreden onderdelen worden volledig beoordeeld en deze beoordeling is niet beperkt tot de aangevoerde gronden. Dit zijn de grenzen van de rechtsstrijd.

Binnen deze grenzen vult de rechter zo nodig de toepasselijke rechtsnormen aan bij de door partijen aangevoerde gronden (art. 8:69 lid 2 Awb). Als een appellant dus een grond aanvoert waarin hij terecht betoogt dat het besluit onrechtmatig is, maar daarbij geen of een verkeerde rechtsnorm noemt, vult de rechter de juiste rechtsnorm aan. Als het bestuur of een verwerende belanghebbende een verweer aanvoert waarin zij terecht betoogt dat het besluit (toch) rechtmatig is, en daarbij geen of een onjuiste rechtsnorm noemt, vult de rechter de juiste rechtsnorm aan.

Buiten de aangevoerde gronden, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals door appellant bepaald, toetst de rechter de bestreden onderdelen aan al de op dat onderdeel van toepassing zijnde materiële rechtsnormen. Het enkele feit dat appellant geen grond heeft gebaseerd op deze rechtsnormen of geen grond heeft gericht tegen het betreffende punt, betekent niet dat de rechter niet aan deze rechtsnormen moet toetsen. Dit volgt uit het feit dat er voor materiële rechtsnormen geen grievenstelsel geldt. Als blijkt dat het besluit in strijd is met een rechtsnorm waar de rechter (ambtshalve) aan heeft getoetst,³ vult de rechter ambtshalve de feitelijke grond aan dat het besluit op dit punt onjuist is en hij vult ambtshalve de betreffende rechtsnorm aan (art. 8:69 lid 3 respectievelijk art. 8:69 lid 2 Awb).

De door appellant bepaalde grenzen van de rechtsstrijd worden uitgebreid met een toetsing aan rechtsnormen van openbare orde (ambtshalve toetsing). Deze beoordeling maakt altijd deel uit van de rechtsstrijd. Als blijkt dat het besluit in strijd is met een rechtsnorm van openbare orde, vult de rechter ambtshalve de feitelijke grond aan dat het besluit op dit punt onjuist is en hij vult ambtshalve de betreffende rechtsnorm van openbare orde aan (art. 8:69 lid 3 respectievelijk art. 8:69 lid 2 Awb).

Art. 8:69 lid 3 Awb betekent verder dat het enkele feit dat bepaalde feiten ontbreken om bovenstaande beoordelingen juist te kunnen verrichten er niet aan in de weg mag staan dat deze beoordelingen worden verricht. De rechter is bevoegd, en verplicht nu het gaat om verplichte beoordelingen, om zelf de ontbrekende feiten in te brengen en om hier zo nodig onderzoek naar te verrichten.

Het feit dat de appellant een bepaalde rechtsnorm niet noemt, is onvoldoende reden om het besluit niet aan die rechtsnorm te toetsen. Deze rechtsnorm dient te worden aangevuld (art. 8:69 lid 2 Awb). Ook het feit dat de appellant niet als grond aanvoert dat het besluit op het betreffende punt onjuist is, is geen reden om niet aan deze rechtsnorm te toetsen (als dit binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt). Deze feitelijke grond dient te worden aangevuld (art. 8:69 lid 3 Awb). Evenzo is het feit dat een partij over het hoofd ziet om bepaalde benodigde feiten aan te voeren, geen reden om van de toetsing aan een bepaalde rechtsnorm af te zien. Deze feiten dient de rechter aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb).

Het bovenstaande geldt ook voor het in stand laten van het besluit. Het feit dat het bestuursorgaan (of verwerende belanghebbende) een bepaalde rechtsnorm niet noemt, wil niet zeggen dat de rechter die rechtsnorm niet moet toepassen om het besluit in stand te laten. De rechter dient deze rechtsnorm aan te vullen (art. 8:69 lid 2 Awb). Ook het feit dat het bestuursorgaan (of verwerende belanghebbende) een bepaalde feitelijke grond niet aanvoert of de benodigde feiten niet heeft aangevoerd, betekent niet dat de rechter het

3 Dit is geen ambtshalve toetsing.

besluit moet vernietigen. De rechter moet deze feitelijke grond of feiten ambtshalve aanvullen (art. 8:69 lid 3 Awb).

Art. 8:69 lid 2 en 3 Awb hebben dus tot gevolg dat als een besluit in strijd is met een bepaalde rechtsnorm, maar deze onrechtmatigheid niet in een grond is aangevoerd, terwijl toetsing aan deze rechtsnorm wel binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt, de rechter de ontbrekende feitelijke grond en rechtsnorm aanvult en dan toch op grond van deze onrechtmatigheid het besluit vernietigt.

Verder hebben deze bepalingen tot gevolg dat als het besluit, in tegenstelling tot hetgeen appellant aanvoert, niet in strijd is met een bepaalde rechtsnorm, maar verwerende partijen het betreffende verweer niet hebben aangevoerd, de rechter het ontbrekende feitelijke verweer en rechtsnorm aanvult en het besluit toch in stand laat.

Art. 8:69 lid 3 Awb heeft daarnaast tot gevolg dat als er feiten ontbreken om goed te kunnen beoordelen of het besluit op een bepaald punt (on)rechtmatig is, de rechter de ontbrekende feiten ambtshalve aanvult en hiervoor zo nodig feitelijk onderzoek verricht.

7 CONVERGENTIE TUSSEN HET BURGERLIJK PROCESRECHT EN HET BESTUURS- PROCESRECHT WAT BETREFT HET 'AANVULLEN VAN DE RECHTSGRONDEN'

Het is een feit dat het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht in de loop der tijd naar elkaar zijn toe gegroeid. Met de herziening van het burgerlijk procesrecht zijn de verschillen nog weer kleiner geworden. In deze paragraaf wil ik kort aandacht besteden aan deze ontwikkeling, waarbij ik me beperk tot enkele onderwerpen die vallen onder het leerstuk 'aanvullen van de rechtsgronden'.

Van divergentie tussen beide procesrechten is wat betreft deze artikelen overigens geen sprake. Er zijn nog voldoende verschillen, maar een toename van deze verschillen is er niet.

7.1 Bewijsrecht

De convergentie tussen de procesrechten gaat hier zo ver dat het bestuursprocesrecht een aantal bepalingen van het burgerlijke procesrecht inzake getuigen en deskundigen van overeenkomstige toepassing verklaart. Op zich is dit niet verrassend. Het horen van getuigen en deskundigen zal inderdaad niet wezenlijk verschillen per procesrecht.

Het meest opvallend hierbij zijn misschien wel de verschillen die toch blijven bestaan. Zo is bijvoorbeeld art. 163 Rv niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit artikel bepaalt dat een getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen, voorzover zij betrekking heeft op aan de getuige uit

eigen waarneming bekende feiten. Het lijkt mij dat deze regel ook in het bestuursproces geldt.

7.2 Communicatie

In zowel de burgerlijke procedure als de bestuursprocedure is te zien dat directe communicatie van de rechter met partijen van toenemend belang wordt geacht. In beide procesrechten neemt de mondelinge behandeling voor de rechter een prominente plaats in. In het bestuursprocesrecht in de vorm van het onderzoek ter zitting, en in het burgerlijk procesrecht in de vorm van de comparitie na antwoord. Een procedure die slechts via geschriften wordt gevoerd, past zo te zien niet meer in een modern procesrecht.

Deze nadruk op directe communicatie geldt niet zozeer voor de rechtsbijstand, als die er is, maar met name voor de persoon van de eiser, de verweerder, de appellant etc.⁴ Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter kunnen een partij oproepen om in persoon te verschijnen op de zitting respectievelijk de comparitie (art. 8:58 Awb respectievelijk art. 87 lid 2 Rv). Ook buiten de mondelinge behandeling is de rechter bevoegd om partijen op te roepen om in persoon te verschijnen om te worden gehoord (art. 8:44 Awb respectievelijk art. 88 Rv). In het burgerlijk procesrecht kan de rechter bij pleidooien, als die gehouden worden, bepalen dat partijen in persoon aanwezig dienen te zijn (art. 134 lid 4 Rv).

7.3 Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden

Een overeenkomst tussen beide procesrechten die, gezien het onderwerp van dit proefschrift, voor de hand ligt, is dat beide rechters ambtshalve het recht toepassen en, daaruit voortvloeiend, beide verplicht zijn ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Inhoudelijk houdt de plicht om de rechtsgronden aan te vullen voor zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter hetzelfde in namelijk dat de rechter verplicht is om toepasselijke rechtsnormen die niet door partijen zijn aangevoerd aan te vullen en toch toe te passen.

De gevolgen van deze verplichting verschillen per procesrecht aangezien de rol van rechtsnormen in beide procesrechten verschillend is. In het burgerlijk proces stelt de rechter op grond van de toepasselijke rechtsnormen de rechten en plichten van partijen vast. In het bestuursproces controleert de rechter of het bestuur de rechten en plichten van zichzelf en de belanghebbenden juist heeft vastgesteld, en of deze daarbij al het toepasselijke recht (juist) heeft toegepast. In het burgerlijk proces leidt het aanvullen van rechtsnormen

⁴ Zie ook de parlementaire geschiedenis bij de herziening van de burgerlijke rechtsvordering: bv. kamerstukken II, 1999-2000, nr. 26855, nr. 3, p. 2.

dus tot een andere vaststelling van de rechten en plichten. In het bestuursproces leidt dit tot de conclusie dat het bestuur de rechten en plichten al dan niet in strijd met het recht heeft vastgesteld. Uitzonderingen daargelaten stelt de bestuursrechter de rechten en plichten van partijen niet vast.

De verplichting om de rechtsgronden aan te vullen speelt in het burgerlijk proces vooralsnog een kleine rol, aangezien het aanvullen van toepasselijke rechtsnormen meestal wordt geblokkeerd door één van de vele beperkingen. De voornaamste beperking is de beperking tot de door partijen aangevoerde feiten en feitelijke gronden. De rol van het aanvullen van de rechtsgronden is groter in het bestuursproces, aangezien de rechter hier ook bevoegdheden heeft met betrekking tot de feiten en de feitelijke gronden.

Ook op dit punt convergeren beide procesrechten doordat de bestuursrechter onder de Awb in beginsel beperkt is tot de door appellant bestreden onderdelen van het besluit. Een beperking van de beoordeling betekent een beperking van de mogelijkheid om de rechtsgronden aan te vullen.

7.4 Het aanvullen van de feiten

Het is een bekend verschil dat de bestuursrechter de bevoegdheid heeft om feiten aan te vullen, terwijl het aanvullen van feiten de burgerlijke rechter verboden is. Toch zijn beide procesrechten wat dit betreft naar elkaar toe gegroeid. Dit is hoofdzakelijk een gevolg van ontwikkelingen bij de burgerlijke rechter.

De burgerlijke rechter heeft nu aanzienlijk meer bevoegdheden met betrekking tot de feiten dan in de hoogtijdagen van de partijautonomie en de lijdelijkheid. Het aanvullen van de feiten bestaat voornamelijk uit het vragen van nadere inlichtingen en stukken aan partijen. Zij zijn immers de primaire bron van informatie. Beide rechters hebben hiertoe bevoegdheden. Zeker door de opkomst van de comparitie na antwoord en daarmee het toegenomen contact tussen rechter en partijen, is de invloed van de burgerlijke rechter op het feitelijke vlak groter geworden.

Een ander punt van convergentie betreft de rol van de materiële waarheid.⁵ In het nieuwe burgerlijk procesrecht bepaalt art. 21 Rv dat partijen de feiten volledig en naar waarheid dienen aan te voeren. Grote en duidelijke verschillen tussen de formele waarheid en het 'werkelijk gebeurde' worden dus minder aanvaard dan voorheen het geval was. In het bestuursprocesrecht daarentegen leidt de bewijsfuik er toe dat verschillen tussen de formele waarheid en het 'werkelijk gebeurde' meer aanvaard worden dan voorheen het geval was.

De waarheidsplicht zou in het bestuursprocesrecht opgenomen moeten worden (en wel in hoofdstuk 6). Ook hier mag immers van partijen verwacht

5 Vgl. De Graaf en Lindijer 2003 p. 158.

worden dat zij de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aanvoeren. En ook hier dient te gelden dat als deze verplichting niet wordt nageleefd, de rechter (of het bestuur) daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.

Een overeenkomst op dit vlak is verder dat de sanctie op het niet voldoen aan een verzoek van de rechter in beide procesrechten hetzelfde is, namelijk dat een zwijgen van een partij in zijn nadeel zal worden uitgelegd. Noch in het burgerlijk procesrecht noch in het bestuursprocesrecht kunnen partijen gedwongen worden om de vragen van de rechter te beantwoorden, maar als een partij niet aan een verzoek voldoet, kan de rechter de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht.

7.5 Bewijsfuik en substantiëringsplicht

De bestuursrechtelijke bewijsfuik en de civielrechtelijke substantiëringsplicht zijn uitvoering van dezelfde gedachte. Namelijk voorkomen dat gedurende de ‘procedure’ telkens nieuwe feiten (en bewijsmiddelen) naar voren worden gebracht waardoor het debat weer wordt verlengd, terwijl dit niet nodig was. Zij doen dit echter op verschillende wijze doordat zij ingrijpen op verschillende punten in de ‘procedure’. De bewijsfuik richt zich op de voorfase, en de substantiëringsplicht richt zich op de fase bij de rechter.

De bewijsfuik betekent dat alle feiten in de (bestuurlijke) voorfase moeten zijn ingebracht. Bij de rechter kunnen geen nieuwe feiten meer worden ingebracht door de belanghebbende. De substantiëringsplicht staat partijen toe om feiten die zij in de voorfase niet aan de wederpartij bekend hebben gemaakt toch bij de rechter in te brengen. Het enkele feit dat een feit niet is genoemd in de voorfase betekent nog niet dat die niet bij de rechter aangevoerd mag worden. De feiten moeten echter wel bij de eerste gelegenheid bij de rechter worden ingebracht.

De substantiëringsplicht bestaat de facto ook in het bestuursprocesrecht. Deze plicht bestaat uit twee elementen. Ten eerste moet aan het begin van het geding het geschil worden weergegeven zoals dat tot aan de rechter bestond. In het burgerlijk procesrecht is dit vormgegeven door de eiser te verplichten de door gedaagde tegen de eis aangevoerde verweren te vermelden in de dagvaarding. In het bestuursprocesrecht wordt het geschil aangegeven door (de gronden in) het bezwaarschrift en (de ‘verweergronden’ in) de gemotiveerde beslissing op dit bezwaarschrift. Beide stukken zullen op grond van de verplichting van art. 8:42 lid 1 Awb in ieder geval door het bestuursorgaan binnen vier weken na het beroepschrift worden opgestuurd. In beide procesrechten zullen de meeste gronden dus al aan het begin worden ingebracht.

Het tweede element van de substantiëringsplicht is dat beide partijen de bewijsmiddelen waarover zij kunnen beschikken en de getuigen die zij kunnen doen horen moeten vermelden, en wel in de eerste stukken van het geding:

de dagvaarding respectievelijk de conclusie van antwoord. In het bestuursproces zullen alle bewijsmiddelen al of door het bestuursorgaan zijn verzameld (op grond van art. 3:2 Awb voorzover zij vallen onder het bewijsdomein van het bestuursorgaan) of door de belanghebbende zijn ingebracht (op grond van de bewijsfuik voorzover zij onder het bewijsdomein van de belanghebbende vallen). Al deze middelen zullen als deel van het dossier worden ingebracht door het bestuursorgaan op grond van art. 8:42 lid 1 Awb.

Verskil tussen beide procesrechten is dat de bewijsfuik verder gaat dan de substantiëringsplicht. De feiten moeten niet in de eerste fase bij de rechter worden ingebracht, maar al in de fase daarvoor. De reden dat het burgerlijk procesrecht geen bewijsfuik kent, ligt waarschijnlijk in de verschillende aard van de procedures. In het burgerlijk procesrecht is er geen formele voorfase. Hetgeen voor het proces tussen partijen is besproken is niet vastgelegd. Er bestaat geen standpuntbepaling zoals een besluit of een dossier dat alle relevante feiten moet bevatten. Er kunnen dan ook moeilijk consequenties worden verbonden aan hetgeen al dan niet is gebeurd in deze voorfase.

Zoals betoogd in hoofdstuk 11 § 4.2.4 en § 4.7 moet de bewijsfuik niet aanvaard worden in de zin dat nieuwe feiten niet worden meegenomen bij de rechterlijke beoordeling. Voor het inbrengen van de feiten kan wel een substantiëringsplicht gelden in de zin dat nieuwe feiten bij de eerste proceshandeling al ingebracht moeten worden, dat wil zeggen bij het beroepschrift en bij het verweerschrift.

7.6 Beginselen

Wat betreft de beginselen is er niet veel verschil tussen de beginselen die beide procesrechten beheersen. Voor beide procesrechten gelden bijvoorbeeld de beginselen van de redelijke termijn en hoor en wederhoor. Op zich is dit niet verrassend. Het gaat hier om beginselen die in deze tijd aan een proces worden gesteld ongeacht wie partijen zijn en wat wordt beoordeeld.

Ook het beginsel van *Ius curia novit* geldt in beide procesrechten. In beide procedures is de beoordelende instantie immers een rechter. Op deze vlakken is er dus weinig ruimte voor convergentie.

Er zijn echter wel een aantal verschillen met betrekking tot de eis van materiële waarheidsvinding, de ongelijkheidscompensatie en de partij-autonomie. Voor convergentie op het vlak van de materiële waarheidsvinding verwijs ik naar § 7.4.

7.6.1 Partij-autonomie

Hoewel er nog grote verschillen bestaan tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht wat betreft de partij-autonomie is er ook hier sprake van convergentie. Er is geen verschil wat betreft het beginnen en het voortijdig

beëindigen van een geding. Dit is in beide procesrechten altijd in handen van partijen geweest.

Wat betreft de grenzen van de rechtsstrijd is, relatief, nieuw de norm dat de bestuursrechter gebonden is aan de door appellant bepaalde grenzen. De argumentatieve fuik legt nog weer een grotere verantwoordelijkheid en een groter risico op appellant. Wat dit betreft convergeren beide procesrechten.

Wat betreft de partij-autonomie met betrekking tot de feiten, verwijs ik naar § 7.4.

Wat betreft de partij-autonomie bij de loop van het geding, komen de twee procesrechten steeds dicht bij elkaar. In het nieuwe burgerlijk procesrecht geldt de partij-autonomie niet voor de loop van het geding. Wat dit betreft zou er dus geen verschil meer zijn tussen beide procesrechten.

7.6.2 *Ongelijkheidscompensatie*

Wat de ongelijkheidscompensatie betreft, is het verschil op het eerste gezicht duidelijk. Het bestuursprocesrecht kent wel de ongelijkheidscompensatie, terwijl het burgerlijk procesrecht deze niet kent. Dit verschil heeft op zich niets te maken met de mate van (on)gelijkheid tussen de partijen in betreffende procedures. Het verschil vloeit voort uit het feit dat het burgerlijk procesrecht voorbij gaat aan een eventuele ongelijkheid en uitgaat van gelijkheid, terwijl het bestuursprocesrecht deze fictie niet kent. De vraag is in hoeverre er nu echt een verschil is tussen beide procesrechten wat betreft de daadwerkelijke (on)gelijkheid tussen partijen, maar ook of de ongelijkheidscompensatie toch ook niet in het burgerlijk procesrecht bestaat.

Wat betreft de ongelijkheidscompensatie werd een onderscheid gemaakt tussen processuele ongelijkheid en maatschappelijke ongelijkheid (zie hoofdstuk 11 § 3.3.1). Wat de processuele ongelijkheid betreft, zijn ook de partijen in het burgerlijk procesrecht vaak ongelijk. Zeker als rechtsbijstand niet verplicht is, kan het voorkomen dat de één beter procedeert of meer ervaren is dan de ander, of dat de één wel rechtsbijstand heeft en de ander niet. Wat de processuele ongelijkheid betreft bestaat er niet veel verschil tussen beide procesrechten.

Het bezwaar tegen processuele ongelijkheid is dat deze in de weg kan staan aan de rechtens juiste beslissing. De uitspraak wordt dan niet zozeer bepaald door het recht, maar door de vraag wie het spel het beste kan spelen. Om dit te compenseren kent het bestuursprocesrecht een relatief actieve rechter. Het burgerlijk procesrecht kent de ongelijkheidscompensatie niet. Toch is ook hier de rechter meer en meer actief geworden. Een eventuele processuele ongelijkheid zal dan ook meer en meer gecompenseerd worden. Ook op dit punt komen beide procesrechten derhalve nader tot elkaar.

Ten overvloede nog het volgende. De ongelijkheidscompensatie is ook bedoeld als compensatie voor de maatschappelijke ongelijkheid: tegenover het gemak waarmee het bestuur via besluiten eenzijdig kan ingrijpen in het leven van de belanghebbende moet een procedure staan waarin de belanghebbende

bende met gelijk gemak deze besluiten kan bestrijden. Hoewel civiele partijen ook vaak ongelijke posities innemen in de maatschappij, is het nauwelijks zo dat de één met gemak eenzijdig kan ingrijpen in het leven van de ander. Werkgevers en verhuurders zijn bijvoorbeeld vaak machtiger dan werknemers respectievelijk huurders, maar door organisatie van werknemers en het bestaan van arbeidswetgeving respectievelijk huurbeschermingswetgeving kunnen de werkgevers respectievelijk de verhuurders niet met gemak eenzijdig ingrijpen in het leven van de werknemers respectievelijk de huurders. Maatschappelijke ongelijkheid zoals hierboven beschreven bestaat dan ook niet echt. Zeker niet in de mate waarin deze tussen bestuur en belanghebbende bestaat. Wat dit betreft zal er een reëel verschil tussen beide procedures blijven.

8 AFSLUITENDE KANTTEKENINGEN

De scheiding tussen feit en recht en de scheiding tussen de bevoegdheden met betrekking tot de feiten en de bevoegdheden met betrekking tot het recht zijn in het bestuursprocesrecht minder belangrijk dan in het burgerlijk procesrecht. De reden hiervoor is dat de bestuursrechter bevoegd is om zich met beide aspecten te bemoeien. In het burgerlijk procesrecht mag de rechter zich niet met de feiten bemoeien en dit levert problemen op omdat het toepassen van het recht op de feiten gebaseerd wordt. Aangezien partijen de feiten die zij aanvoeren afstemmen op het recht dat zij van toepassing achten, leidt een verschil van mening tussen de rechter en partijen over de toepassing van het recht of het toepasselijk recht er al snel toe dat het aangevoerde feitencomplex of de aangevoerde feitelijke gronden niet meer passen bij de wijze waarop de burgerlijke rechter het recht zal toepassen.

Aangezien de bestuursrechter zich ook met de feiten en de feitelijke gronden kan bemoeien hoeft dit probleem minder te bestaan in het bestuursproces. Een voordeel van dergelijke bemoeienis is dat het recht ook wordt toegepast zoals dat bedoeld is te worden toegepast. Als de rechter zich actief met de feiten en feitelijke gronden bezig houdt (binnen de grenzen van de rechtsstrijd), is het veel minder waarschijnlijk dat een appellant (onopzettelijk) door de opzet van het beroepsschrift of wijze van procederen het toetsen aan toepasselijk recht uitsluit. In het burgerlijk proces is dit een wezenlijk risico: door bijvoorbeeld niet de juiste feitelijke grond te formuleren kan een vordering die, het gehele feitencomplex en het recht overziend, toegewezen had moeten worden, worden afgewezen, en vice versa.

Als de bestuursrechter zich, ondanks zijn bevoegdheden, niet met de feiten en feitelijke gronden bezig houdt, zal ook in het bestuursproces de opzet van het beroepsschrift of de wijze van procederen in de weg kunnen staan aan de uitkomst van de beoordeling die, het gehele feitencomplex en het recht over-

ziend, door het recht is voorgeschreven. Dat is lijkt mij niet de bedoeling. Recht is vastgesteld om toegepast te worden. Procesrecht moet de toepassing van materieel recht faciliteren, niet belemmeren.