



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De burger en zijn dode mus: een beschouwing over de noodzaak om de burgerlus materieel te duiden

Koenraad, L.M.; Schuurmans, Y.E.; Ettekoven, B.J. van; Groothuijse, F.A.G.; Korsse, D.; Marseille, A.T.; ... ; Widdershoven, R.J.G.M.

Citation

Koenraad, L. M., & Schuurmans, Y. E. (2024). De burger en zijn dode mus: een beschouwing over de noodzaak om de burgerlus materieel te duiden. In B. J. van Ettekoven, F. A. G. Groothuijse, D. Korsse, A. T. Marseille, R. Uylenburg, & R. J. G. M. Widdershoven (Eds.), *Evenwichtig bestuursrecht* (pp. 97-107). Den Haag: Boom. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4039551>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4039551>

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

6 DE BURGER EN ZIJN DODE MUS. EEN BESCHOUWING OVER DE NOODZAAK OM DE BURGERLUS MATERIEEL TE DUIDEN

*Rens Koenraad en Ymre Schuurmans**

1 INLEIDING

Ben Schueler heeft altijd veel oog gehad voor de verhouding tussen het openbaar bestuur en procederende burgers tijdens geschillen over de rechtmatigheid van overheidsbesluiten. Soms stelde hij dat burgers over te veel mogelijkheden beschikken om het openbaar bestuur, en andere belanghebbenden zoals vergunninghouders, in een lastige positie te brengen. Lees bijvoorbeeld Schuelers Amsterdamse oratie, met de veelzeggende titel *Het zand in de machine*, waarin hij pleit voor de invoering van een relativiteitsvereiste in het bestuursprocesrecht.¹

Maar veel vaker signaleerde Schueler dat een rechtzoekende burger (hierna: eiser) bij de bestuursrechter (hierna: rechter) op achterstand staat ten opzichte van het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen (hierna: verweerder), in ieder geval als het gaat om de mogelijkheid tot herstel van een gebrek in:

- een besluit dat in strijd met een rechtsnorm is genomen; of
- een beroepschrift waarin adequaat bewijs van een stelling ontbreekt.²

Onze indruk is dat verweerder meer herstelmogelijkheden dan eiser krijgt.³ Sterker, in veel gevallen krijgt eiser van de rechter helemaal geen eerlijke kans

* Mr. dr. L.M. Koenraad is als universitair docent verbonden aan Tilburg University en als rechter-plaatsvervanger aan de rechtbank Limburg. Hij heeft regelmatig contact gehad met Ben Schueler in diens tijd als voorzitter van de Vereniging voor bestuursrecht VAR, over de VAR-pleitwedstrijden die toen werden georganiseerd. Prof. mr. Y.E. Schuurmans is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zij deelde met Ben Schueler een grote wetenschappelijke interesse in rechtsbescherming en bewijsrecht en werkte in verschillende onderzoeksprojecten met hem samen.

1 B.J. Schueler, *Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2003. Vgl. ook B.J. Schueler, 'Het gaat u om iets anders. Het relativiteitsvereiste toegepast', in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.J.J. van Buuren*, Deventer: Kluwer 2011, p. 159-174, met name p. 161.

2 Zie ook hierna, par. 2.

3 Vgl. bijv. A.T. Marseille & M. Wever, 'Processuele beslissingen van de bestuursrechter: biased ten gunste van de overheid?', *NJB* 2022/618.

om extra bewijs te leveren, terwijl verweerder een gebrekkig besluit meermalen kan aanvullen (met een betere motivering, al dan niet op basis van nader onderzoek) zonder het dictum ervan te wijzigen.

Het zojuist geschetste ongemak is door Schueler al aan de orde gesteld in zijn baanbrekende proefschrift over het geringe probleemoplossend vermogen van het Nederlands bestuursprocesrecht.⁴ Sommige paragrafen van zijn proefschrift – en dan met name paragraaf 3.4.5 ('Ex tunc, ex nunc, ex nooit') en paragraaf 4.1.4 ('De burger en zijn dode mus')⁵ – geven al duidelijk aan hoe problematisch Schueler de processuele ongelijkheid tussen de strijdende partijen vindt. Zo mogelijk nog duidelijker heeft hij zich uitgelaten aan het begin van de jaarvergadering van de Vereniging voor bestuursrecht (VAR) op 22 mei 2015:

'In het moderne procesrecht krijgt het bestuur de gelegenheid om zijn fouten te herstellen, met name als een formele of informele lus wordt toegepast. (...) Daarom dringt zich steeds opnieuw het beeld op dat het een instrument is waarmee de rechter het bestuur helpt zich te verweren tegen de burger. Op zich is dat een vertekend beeld want de bestuurlijke lus kan wel degelijk ook in het voordeel van de burger uitpakken. Maar in één opzicht is de formele lus wel degelijk "partijdig": de Awb zegt niet dat de tussenuitspraak kan worden gebruikt om de burgerpartij in de gelegenheid te stellen haar gebreken te herstellen. Toch kan ook de burgerpartij een gerechtvaardigde behoefte hebben aan een herkansing.⁶

Vervolgens constateerde Schueler dat de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zich niet verzet tegen het bieden van een mogelijkheid aan een burger om een nadere onderbouwing van een beroepsgrond of extra bewijs van een feitelijke stelling te leveren. Schueler voegde daaraan toe dat voor het bieden van zo'n gelegenheid vaak ook een goede reden bestaat, want 'als het bestuur keer op keer na een rechterlijk oordeel zich opnieuw mag beraden, zijn positie opnieuw mag bepalen, zijn koffers opnieuw mag inpakken en een nieuwe bestuurlijke route mag inslaan, moeten we niet tegen de burgerpartij zeggen dat zij daar maar met haar oude rugzakje achteraan moet blijven hobbelen'.⁷

4 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

5 Schueler 1994, resp. p. 130-131 en 149-151. De titel van onze bijdrage is dus rechtstreeks aan Schuelers proefschrift ontleend.

6 B.J. Schueler, 'Overzicht en tegenwicht' (rede van de voorzitter), in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015* (VAR-reeks 155), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 7-10, p. 9. Schueler was overigens niet de eerste pleitbezorger van een burgerlus. Zie bijv. R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 7-118, met name p. 105.

7 Schueler 2016, p. 9.

Schueler heeft⁸ gaandeweg steeds meer medestanders gekregen, vooral toen de omvang van het toeslagenschandaal⁹ voor een breed publiek duidelijk werd. Met name dat rechtsstatelijk drama vormde aanleiding tot pogingen om het bestuursprocesrecht responsiever en burgerfreundelijker te maken: meer oog voor kwetsbare burgers die zich op eigen kracht minder goed kunnen redden, en meer aandacht voor wapengelijkheid tussen burgers en het openbaar bestuur als het gaat om herstellen van vergissingen.¹⁰ In dit licht moet de door het Kamerlid Pieter Omtzigt op 25 november 2021 in stemming gebrachte, en nadien breed gesteunde, motie over de introductie van de zogeheten burgerlus worden gezien.¹¹ Het kabinet behoort aan de slag te gaan met het opstellen van regelgeving die het mogelijk maakt dat burgers gemaakte vergissingen kunnen herstellen zonder hiervan nadelige juridische consequenties te ondervinden, aldus de motie.

Het kabinet heeft de door Omtzigt geworpen handschoen opgepakt. Dit heeft geresulteerd in een voorstel van de Wet versterking waarborgfunctie Awb (hierna: wetsvoorstel) en een hierbij behorende memorie van toelichting (hierna: toelichting)¹² met veel concrete suggesties over een ruime hoeveelheid onderwerpen, zoals de motivering van besluiten en de mogelijkheden om te ageren tegen beschikkingen als zodanig (art. 6:7 en 6:11 Awb) en kennelijke vergissingen (art. 3:51 Awb). Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de bevoegdheid van de bestuursrechter om de burger via een tussenuitspraak¹³ de gelegenheid tot aanvulling van haar beroepschrift te geven.¹⁴ Die bevoegdheid – hierna aan te duiden als: burgerlus¹⁵ – is bedoeld als een tegenhanger van de bestuurlijke lus. Het betreft dus een poging om de processuele ongelijkheid tussen eiser en verweerder te verkleinen. In het verlengde daarvan wil het kabinet dat de burgerlus gaat bijdragen aan herstel van vertrouwen van ‘de’ burger in en op ‘de’ overheid.¹⁶

8 Net zoals Schlössels 2009. Zie hiervoor, voetnoot 6.

9 Velen spraken – en spreken – in dit verband over de toeslagenaffaire. Volgens ons doet die term onvoldoende recht aan de wijze waarop met name de Belastingdienst/Toeslagen is omgegaan met mensen die kindgebonden toeslagen hebben gekregen (en daarna verloren).

10 Nader bijv. par. 2.2 van het algemeen deel van de toelichting op het, hierna in vogelvlucht te bespreken, voorstel van de Wet versterking waarborgfunctie Awb. Zie *Kamerstukken II 2022/23, 29279* (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29279-763.html>). Via die internetpagina kan men naar bijlage 107094 (tekst van het wetsvoorstel), bijlage 107495 (toelichting op het wetsvoorstel) en bijlage 107496 (voorstel voor een nieuw art. 3:4 Awb, met toelichting).

11 *Kamerstukken II 2021/22, 35925-VI*, nr. 115.

12 Voor de vindplaatsen van het wetsvoorstel en de toelichting verwijzen wij naar voetnoot 10.

13 Nu kan de rechter via de bevoegdheid tot schorsing van het onderzoek ter zitting (art. 8:64 Awb) of heropening van het onderzoek na afloop van de zitting (art. 8:68 Awb) de gelegenheid tot het leveren van extra bewijs bieden. In zo’n geval communiceert de rechter met eiser via respectievelijk het proces-verbaal van de zitting en een griffiersbrief.

14 In de wetenschap is al eerder gepleit voor de introductie van een burgerlus. Zie hiervoor, voetnoot 6.

15 In het wetsvoorstel en de toelichting wordt steeds gesproken over de burgerlijke lus.

16 Par. 2.2 en 3.9.1 van het algemeen deel van de toelichting (zie voetnoot 10), en de daar aangehaalde literatuur.

Aldus moge duidelijk worden dat het kabinet veel positiefs van de burgerlus verwacht. Is die verwachting terecht? Of is er meer nodig dan een procedurele poging om de wapenongelijkheid tussen eiser en verweerder te verminderen? Die vragen willen wij in deze bijdrage voorzien van antwoorden, aan de hand van Schuelers wetenschappelijk werk. Daartoe kijken wij achtereenvolgens naar het wetsvoorstel (par. 2) en naar de bijdrage van de burgerlus aan de vermindering van wapenongelijkheid (formele benadering; par. 3) en aan definitieve geschilbeslechting (materiële benadering; par. 4). Deze bijdrage wordt afgerond met een beschouwing over de vraag met welke benadering – de formele of de materiële – de burger volgens ons het meeste opschiet (par. 5).

2 HET WETSVORSTEL

De kern van het wetsvoorstel is dat de rechter met behulp van een tussenuitspraak eiser in de gelegenheid kan stellen een door hem ingenomen stelling schriftelijk aannemelijk te maken.¹⁷ Veel regels die bij de toepassing van de bestuurlijke lus in acht moeten worden genomen, gelden ook voor de burgerlus. Zo is artikel 8:51f Awb nagenoeg identiek aan artikel 8:51b lid 3 Awb (zienswijzen over de wijze waarop een partij de haar geboden gelegenheid heeft benut), terwijl artikel 8:51g Awb sterk lijkt op artikel 8:51c Awb (informatie van de rechter aan partijen over de verdere behandeling van het beroep na afhandeling van de ‘lus-formaliteiten’).¹⁸

Wel bestaat een relevant verschil tussen de criteria om te mogen lussen. De bevoegdheid tot toepassing van de bestuurlijke lus bestaat als het bestreden besluit een (herstelbaar) gebrek kent, maar bij de burgerlus moet het gaan om een stelling – van eiser – die nog niet voldoende aannemelijk is gemaakt.¹⁹ Het is niet precies duidelijk wat moet worden verstaan onder een ‘stelling’, reeds omdat dit begrip nu nog nergens in de Awb voorkomt.²⁰ Mede daardoor liggen bewijsrechtelijke vergissingen op de loer, bijvoorbeeld als eiser – in zijn beroep tegen (de beslissing op bezwaar inzake) de weigering van het UWV hem een arbeidsongeschiktheidsuitkering te verstrekken – stelt dat hij meer medische beperkingen ondervindt dan de beperkingen die in het rapport van de verzekeringsarts zijn genoemd. In zo’n geval bestaat het risico dat de rechter tegendeel-

17 De bevoegdheid (in de gelegenheid stellen) is neergelegd in art. 8:51e lid 1 Awb. De manier waarop de bestuursrechter de toepassing van de burgerlus aan partijen moet meedelen (tussenuitspraak), is neergelegd in art. 8:80a lid 1 onder b Awb.

18 Wij vragen ons af waarom de eisende partij niets aan de bestuursrechter hoeft te laten weten als zij geen gebruik wil maken van de gelegenheid om een stelling aannemelijk te maken (vgl. art. 8:51b lid 1 en 8:51c onder a Awb). Zo’n mededelingsplicht kan de afwikkeling van de beroepsprocedure bespoedigen. Een beschouwing over dit punt valt buiten het bestek van deze bijdrage.

19 Men zou kunnen zeggen dat een beroepschrift met een niet (voldoende) onderbouwde stelling een gebrek kent (vgl. art. 6:5 lid 1 onder d Awb).

20 Anders dan, bijv., de term ‘grond’.

bewijs ('bewijs dat je daadwerkelijk meer beperkingen ondervindt') verlangt, terwijl tegenbewijs ('zorg voor twijfel aan de juistheid van het rapport van de verzekeringsarts') volstaat.

3 FORMEEL: WAPENGELIJKHEID TUSSEN PARTIJEN

De burgerlus leidt niet tot wezenlijk meer wapengelijkheid tussen burger en bestuur. Wij lichten dat toe.

Geen vergisrecht

Eiser kan tijdens de beroepsprocedure niet alle vergissingen herstellen. Met name kan hij met het sturen van een document aan de rechter niet bewerkstelligen dat de bevoegdheid tot het nemen van een belastend besluit (zoals de intrekking en terugvordering van een financiële aanspraak) vervalt, als dit document al tijdens de besluitvormingsfase aan verweerder had moeten worden verstrekt.

Denk hierbij onder meer aan de plicht tot het aanleveren van documenten (zoals officiële nota's) waaruit blijkt dat de activiteit waarvoor een bijdrage is verstrekt (zoals opvang van kinderen, tegen betaling, door een erkend kinderdagverblijf) daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Het niet, of niet tijdig, verstrekken van zo'n document aan *het bestuursorgaan* genereert de wettelijke bevoegdheid tot intrekking van een aanspraak (zoals een kindgebonden toeslag) en daarmee de terugvordering van het bedrag dat al is betaald door het bestuursorgaan (zoals Belastingdienst/Toeslagen).²¹ De bevoegdheid tot intrekking en terugvordering vervalt niet indien de belanghebbende tijdens de beroepsprocedure de documenten in kwestie alsnog overlegt. Wel kunnen documenten de rechter sterken in zijn oordeel dat het gebruik van de intrekking- en terugvorderingsbevoegdheid onredelijk is. Ons punt: het op verzoek van de rechter overleggen van een document dat al veel eerder aan verweerder had moeten worden verstrekt, heeft niet tot gevolg dat de ter discussie staande intrekking- en terugvorderingsbeschikkingen²² 'dus' van tafel gaan.

Een ander treffend voorbeeld is het systeem van tenderssubsidies: het bestuursorgaan honoreert slechts een beperkt aantal subsidieaanvragen op

21 Precies deze systematiek lag ten grondslag aan het toeslagenschandaal: kleine administratieve slordigheden, die niet meer konden worden hersteld, leidden tot draconische terugvorderingen. Wie daarover meer wil weten, verwijzen wij naar de beroemde/beruchte uitspraken van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3535-3536), waarin de ABRvS afstand nam van de 'alles-of-nietslijn' (en art. 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) anders ging uitleggen), en naar annotaties onder deze uitspraken in *AB* 2020/85-86 (A. Drahmman en D.K. Jongkind), *Gst.* 2020/29-30 (R. Stijnen), *RSV* 2020/21-22 (P.J. Huisman, N. Jak en E.J.E. Groothuis) en *AA* 2020/4, p. 393-399 (A.T. Marseille).

22 Dit zijn de primaire besluiten die zijn heroverwogen in de beslissing op bezwaar waartegen het beroep is gericht.

basis van inhoudelijke criteria. In zo'n geval mag de belanghebbende zijn aanvraag na indiening ervan als regel niet meer aanvullen en/of wijzigen, om te voorkomen dat andere aanvragers ongelijk worden behandeld.²³ Die aanvulling en/of wijziging kan evenmin gestalte krijgen via toepassing van een burgerlus, als rechterlijke reactie op de stelling van eiser dat hij 'toch' voldoet aan alle criteria voor toekenning van de gevraagde subsidie.

Verweerder heeft geen last van de zojuist bedoelde beperking. Integendeel, want bij het toepassen van de bestuurlijke lus gaat het bij uitstek om zaken – het verrichten van deugdelijk onderzoek, en het op basis hiervan adequaat motiveren van gemaakte keuzen – die al tijdens de besluitvormingsfase hadden moeten plaatsvinden.

Verweerder wint, eiser niet

Als verweerder naar behoren voldoet aan het verzoek²⁴ van de rechter om het gebrek te herstellen, wint hij *uiteindelijk* altijd de beroepsprocedure, ook al wordt het beroep van eiser gegrond verklaard. Het primaire besluit – te weten, het besluit dat in bezwaar volledig is heroverwogen – blijft aan het einde van de beroepsprocedure namelijk overeind. Na de vernietiging van het bestreden besluit (te weten, de beslissing op bezwaar) beslecht de rechter het geschil immers definitief door de rechtsgevolgen van dit besluit in stand te laten, met het gevolg dat verweerder niet nogmaals op het bezwaar hoeft te beslissen en het primaire besluit in rechte onaantastbaar wordt.²⁵

Voldoet eiser naar behoren aan het verzoek²⁶ van de rechter om een stelling aannemelijk te maken, dan zaait hij voldoende twijfel over de juistheid van – het onderzoek dat ten grondslag ligt aan – het bestreden besluit. Hiermee is echter niet gezegd dat eiser de beroepsprocedure wint, want een nadere reactie van het bestuur of een rapport van een door de rechter benoemde deskundige leert wellicht dat het bestreden besluit 'toch' in stand kan blijven.²⁷ En als het bestreden besluit (te weten, de beslissing op bezwaar) een gebrek kent, krijgt het bestuur doorgaans een kans om dit gebrek te herstellen – bijvoorbeeld met

23 Nader bijv. W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht* (derde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 11.4.4, met name p. 315-317.

24 Afd. 8.2.2b Awb, met het opschrift 'nadere bewijsmogelijkheid', kent geen equivalent van art. 8:51d Awb. De rechter die in hoogste aanleg oordeelt, kan eiser niet *verplichten* om een stelling aannemelijk te maken.

25 Resp. art. 8:72 lid 1 Awb (vernietigen na het gegrond verklaren van het beroep) en art. 8:72 lid 3 onder a Awb (in stand laten van de rechtsgevolgen). Wel moet verweerder het betaalde griffierecht (art. 8:74 lid 1 Awb) en de gemaakte proceskosten (art. 8:75 lid 1 Awb) aan eiser betalen; in zoverre verliest verweerder de beroepsprocedure.

26 Zie hiervoor, voetnoot 24.

27 Resp. art. 8:45 Awb (reageren op een verzoek van de rechter) en art. 8:47 Awb (rapporteren door een deskundige op initiatief van de rechter).

behulp van een *bestuurlijke* lus –, waardoor het primaire besluit uiteindelijk ongeschonden uit de rechtsstrijd komt.²⁸

Voorbeeld

Het vorenstaande krijgt kleur zodra we de weigering van een arbeids-ongeschiktheidsuitkering²⁹ (het primaire besluit) als vertrekpunt nemen. Het bestuur krijgt meer kansen om het primaire besluit overeind te houden dan de burger om dit besluit van tafel te krijgen, ook na de introductie van de formele burgerlus.³⁰ Om te spreken met de woorden van Schueler: als de wetgever en de rechter volstaan met het doen van tussenuitspraken waarin toepassing aan de burgerlus wordt gegeven, mag het bestuursorgaan nog steeds diens koffers opnieuw inpakken, tenzij de rechter concludeert dat de kans op een deugdelijke motivering van het bestreden besluit zo klein is geworden, dat hij – met toepassing van artikel 8:72 lid 3 onder b Awb – zelf in de zaak voorziet.

4 MATERIEEL: MAATSCHAPPELIJK EFFECTIEVE RECHTSPRAAK

We zien dat discussies over de bestuurlijke lus en de burgerlus anno 2023 voornamelijk in het licht van wapengelijkheid staan, en zich om deze reden toespitsen op de vraag of eiser een voldoende gelijkwaardige procesmogelijkheid heeft om zijn standpunt toe te lichten en te onderbouwen. Die vraag is belangrijk, maar niet leidend in het werk van Schueler. Zijn pleidooi voor de introductie van een lus was namelijk niet zozeer ingegeven door het verlangen naar formele perfectie tijdens de beroepsprocedure, maar door de behoefte aan de *materiële* beslechting van het geschil *na afloop van* de beroepsprocedure. In modern juridisch Nederlands: Schueler streefde naar maatschappelijk effectieve rechtspraak. Om díé reden keerde Schueler zich tegen het stelsel van vernietigen (door de rechter) en opnieuw voorzien (door verweerder).³¹ Daarbij had hij vooral oog voor de maatschappelijke meerwaarde van de rechtsstaat en rechtspraak. Constitutionele noties leken hem minder te interesseren, getuige

28 Dit ligt iets anders voor besluiten die zijn voorbereid met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afd. 3.4 Awb. In zo'n geval verdwijnt het primaire besluit zoals een vergunning. Dat leidt tot enige rechtsonzekerheid, want de 'in geding zijnde' activiteit is strikt genomen illegaal; zie bijv. L.M. Koenraad, *De uniforme openbare voorbereidingsprocedure* (tweede druk), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 78-79. In de praktijk wordt de zojuist beschreven situatie niet als problematisch ervaren, vanuit de gedachte dat de rechterlijke uitspraak heeft te gelden als toestemming om de 'in geding zijnde' activiteit te verrichten.

29 Op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA).

30 Nader L.M. Koenraad, 'De burgerlus in het bestuursrecht: een mooi instrument maar geen wondermiddel', *NJB* 2023/2692.

31 Schueler sprak in dit verband over gebroken verantwoordelijkheid. Zie bijv. B.J. Schueler, 'Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht', *TO* 2005, afl. 4, p. 114-123.

– bijvoorbeeld – de volgende passage: ‘In het paradijs doet de overheid precies wat de mensen willen. Daarbuiten wil niet iedereen hetzelfde en nemen wij genoegen met een rechtsstaat.’³²

De centrale vraag die Schueler in zijn proefschrift³³ – en later wetenschappelijk werk – stelde: biedt het bestuursprocesrecht een forum waarin eiser daadwerkelijk kan bereiken dat een onrechtmatig besluit inhoudelijk wordt bijgesteld? Om die vraag te kunnen beantwoorden, deed Schueler vernieuwend veldonderzoek naar het verloop van een geschil ná de bekendmaking van de rechterlijke uitspraak. Dat leidde tot een scherp oog voor de behoeften van partijen, de aard van een conflict in een bestuurlijke versus een rechterlijke fase en de wijze waarop een conflict zich ontwikkelt als de rechter bepaalde stellingen van eiser in de lucht laat hangen.

Op basis van zijn veldonderzoek ontdekte Schueler dat geschillen in de bestuurlijke fase vaak voortkomen uit belangtegenstellingen. Een probleem tussen een burger en het bestuur begint met een conflict waarbij emoties zoals frustratie en irritatie de boventoon voeren – dat voor ambtenaren politieke risico’s en aansprakelijkheidsrisico’s kan meebrengen. Tijdens de rechterlijke fase transformeert het conflict – door de vormgeving van het bestuursprocesrecht – tot een geschil over juridische normen en de hierbij behorende feiten.³⁴ Na de vernietiging van het bestreden besluit komen partijen weer terecht in het subjectieve conflict, waarbij de uitleg van de uitspraak zélf een punt van onderhandeling wordt. Alles wat de rechter in zijn uitspraak openlaat, is brandstof voor instandhouding en – met een beetje pech – verdieping van het conflict. Daarbij speelt een rol dat verweerder zich in veel gevallen heeft gecommitteerd aan bepaalde belangen en om deze reden vaak lastig kan terugkomen van het oorspronkelijk ingenomen standpunt.³⁵ Aldus heeft een conflict (geschil) na de rechterlijke uitspraak de neiging om te verbreden, ondanks de poging van de bestuursrechter om het geschil (conflict) te versmallen. Die observaties maakten dat Schueler het systeem van vernietigen en opnieuw voorzien ervaarde als een zeer gemankeerde procedure voor geschilbeslechting.³⁶

32 B.J. Schueler, ‘Wat is daarop uw antwoord? Vragen over responsief bestuur’, *NTB* 2018/45, p. 233-235.

33 Schueler 1994. Zie ook hierna, voetnoot 37.

34 Schueler 1994, p. 132 e.v. Zie ook D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil ... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2011, hoofdstuk 4 (p. 107 e.v.).

35 Uit angst dat een rechter concludeert tot strijd met het vertrouwensbeginsel en schadelijktigheid. Vgl. bijv. ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1185 (*Alphense garage*), r.o. 3.4. Die uitspraak borduurt voort op ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (*Amsterdamse dakopbouw*).

36 Zie hiervoor, voetnoot 28.

Er is nog meer. Na de vernietiging van het bestreden besluit is eiser overgeleverd aan zijn tegenpartij – verweerder³⁷ –, die bepaalt hoe de procedure wordt voortgezet en afgerond. Vergeleken met de rechterlijke procedure zijn de verdedigingsrechten van eiser zwak geborgd, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan een zekere vrijheid heeft om een nadere hoorzitting achterwege te laten.³⁸ Tegelijkertijd bestaat in de bestuurlijke procedure doorgaans weinig ruimte voor objectiviteit en professionele distantie, bij afwezigheid van een onafhankelijke en onpartijdige derde die de knoop doorhakt. Een instantie die eerst als verweerder aan de rechterlijke procedure heeft deelgenomen, bepaalt nu eenzijdig de rechtspositie van de burger.

Daarom keek Schueler zeer kritisch naar de conflictoplossing (geschilbeslechting) door verweerder ná de vernietiging van diens besluit. Je scheidt eiser op met een procedure die inherent niet geschikt is om een geschil bevredigend op te lossen.³⁹ De rechter die feitelijke stellingen van eiser onbesproken laat, voldoet in de ogen van Schueler eigenlijk niet aan het decisiebeginsel: hij laat een conflict voortsudderen, terwijl de burger wél een beroep op hem heeft gedaan om een knoop door te hakken.⁴⁰ Schueler vatte zijn kritiek niet uitdrukkelijk in constitutionele termen, maar liet duidelijk blijken dat een beperkte invulling van de rechterlijke taak wat hem betreft niet past in de 'triasgedachte'.⁴¹ Zinnen als 'Door feitelijke constatering uit te stellen en aan het bestuursorgaan over te laten, houdt de rechter het juridische geschil in stand'⁴² en 'Ergens in de procedure moet duidelijk zijn van welke feiten moet worden uitgegaan (...) om een perpetuum mobile te voorkomen'⁴³ getuigen van die opvatting.

Bij zijn kritiek op het systeem van vernietigen en opnieuw voorzien stelde Schueler het belang van de rechtzoekende burger centraal: deze burger mag verwachten dat de bestuursrechter tijdens de beroepsprocedure een knoop doorhakt over alles wat buiten de beslisruimte van het bestuursorgaan valt,

37 In meerpartijengeschillen heeft eiser (zoals de omwonende van een locatie waarop een vergunningaanvraag betrekking heeft) ook een andere particulier (zoals de persoon aan wie de gevraagde vergunning is verleend) als tegenpartij. Die tegenpartij bepaalt echter niet hoe de procedure wordt voortgezet. Sterker, soms heeft de vergunninghouder net zoveel last van de besluitvormingsprocedure als eiser, bijv. als een nieuwe beslissing op bezwaar alsmaar uitblijft. Zie ook hierna, voetnoot 45.

38 Zie bijv. L.M. Koenraad & H.B. Winter, *Beslissen op bezwaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 53 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

39 Schueler 1994, par. 3.4 (p. 123 e.v.).

40 Uitgebreid hierover bijv. B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, hoofdstuk 5 (p. 176 e.v.). Zie ook B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettehoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 3-70, met name p. 19.

41 Zie ook hiervoor, voetnoot 29.

42 Schueler 1994, p. 128.

43 Schueler 1994, p. 129.

zoals beantwoording van de vraag of een gesteld feit voldoende aannemelijk is geworden. Feiten lenen zich namelijk niet voor welke belangenafweging dan ook.⁴⁴

In dat licht moet de burgerlus worden begrepen. De bestuursrechter die de rechtzoekende burger uitdrukkelijk in staat stelt een bepaalde stelling nader te onderbouwen – en deze aldus een reële mogelijkheid tot het aanleveren van extra bewijsmateriaal biedt – gaat met alle partijen,⁴⁵ en met respect voor het beginsel van hoor en wederhoor, het gesprek aan of het bestreden besluit inhoudelijk moet worden gewijzigd. Bovendien heeft de rechter de onafhankelijkheid en objectiviteit om gezaghebbend de geschilpunten tussen partijen te beslechten.

Het vorenstaande geeft een zinvol kader bij de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden de rechter toepassing aan de burgerlus (zou) moet(en) geven. Een tussenuitspraak met zo'n strekking leidt namelijk tot verlenging van de beroepsprocedure, bijvoorbeeld als het door eiser ingezonden bewijsmateriaal voor de rechter een reden vormt voor kritische vragen aan het bestuursorgaan – en wellicht zelfs voor de toepassing van een *bestuurlijke* lus, als het nadere bewijs van de rechtzoekende burger aanleiding geeft tot twijfel aan de bewijskracht van het deskundigenadvies waarop het bestreden besluit mede is gebaseerd.⁴⁶ Grof gezegd: de bestuursrechter moet een afweging maken tussen de kans op extra informatie die daadwerkelijk bijdraagt aan definitieve beslechting van het geschil en het risico op overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

5 SLOTBESCHOUWING

In de ogen van Schueler zit de toegevoegde waarde van de burgerlus niet in het verminderen van formele wapenongelijkheid tussen partijen, maar in het wegnemen van een materieel geschilpunt en het verkleinen van onderhandelingsruimte als het conflict zich na het doen van een einduitspraak nog voort-sleept.⁴⁷

Aldus bezien, vormt de burgerlus een wezenlijke schakel tussen enerzijds het subjectieve belangenconflict van eiser en anderzijds de objectieve beoordeling van het juridisch geschil door de bestuursrechter. In zijn tussenuitspraak reageert de rechter op een geschilpunt en brengt dit terug tot een vraag over de

44 Nader bijv. L.M. Koenraad, *Bewijzen in het bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2023, p. 37. Over de methode van kennisvergaring – en het uitsluiten van bepaalde bewijsmiddelen – mag het bestuursorgaan wél beleid voeren.

45 Dus ook de processuele derde die krachtens art. 8:26 lid 1 Awb als partij aan het geding deelneemt. Zie ook hiervoor, voetnoot 37.

46 Koenraad 2023, p. 3224.

47 Koenraad 2023.

aannemelijkheid van een gesteld feit en/of de relevantie van een aannemelijk (geworden) feit voor de invulling van een rechtsnorm. De reactie van eiser op de tussenuitspraak geeft de bestuursrechter extra informatie over de aan- of afwezigheid van bewijs van gestelde feiten – maar ook over de kwestie of zijn benadering van het geschil aansluit bij de wijze waarop eiser het conflict beleeft.

Begrijpen wij het wetenschappelijk werk van Schueler goed, dan kan verdere codificatie van het bestuursrechtelijk bewijsrecht achterwege blijven indien de burgerlus gaat functioneren als vorm van materiële waarheidsvinding en feedback voor de bestuursrechter. De bijdrage van Schueler aan de bundel ter gelegenheid van het zilveren jubileum van de Awb wijst nadrukkelijk in die richting:

‘Het is de vraag of het wenselijk is om een uitgewerkt systeem van bewijsregels in de wet op te nemen dat gemakkelijk onttaardt in een abstract en complex geheel. Dat past niet bij de laagdrempelige toegang die de bestuursrechtspraak wil bieden: ook een leek moet een bestuursrechtelijke procedure kunnen voeren. Veel belangrijker dan het opnemen van materiële regels over bewijs is het garanderen dat partijen tijdens de procedures van besluitvorming, bezwaar en beroep duidelijkheid wordt verschaft over hun verantwoordelijkheid voor het verstrekken van gegevens en het leveren van bewijs.’⁴⁸

Aan het vorenstaande voegen wij toe dat de burgerlus ook kan bijdragen aan procedurele rechtvaardigheid tijdens de beroepsprocedure, als de rechter – rondom de vraag of voldoende aanleiding tot het gebruik van dit instrument bestaat – een zinvol gesprek op gang brengt over extra bewijs om het geschil definitief te kunnen beslechten, met het besef dat eisers alleen in het paradijs precies weten wat hiervoor nodig is.⁴⁹

48 B.J. Schueler, ‘Van besluit naar geschil’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 69-80. Het citaat staat op p. 79, als onderdeel van de paragraaf met het opschrift ‘Bewijsrecht in een partijengeding’.

49 Vrij naar Schueler 2018.