

De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke procedure in Nederland

Bert Marseille & Kars de Graaf¹

(concept, 1 september 2023)

1. Inleiding

Wie in Nederland een geschil met de overheid heeft, kan naar de rechter stappen. Meestal is dat de bestuursrechter, soms de civiele rechter. De aard van het geschil bepaalt bij welke rechter rechtsbescherming kan worden gezocht. Als hoofdregel geldt dat als een geschil een besluit betreft, de bestuursrechter de bevoegde rechter is. Een besluit is gedefinieerd als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan,² inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Tegen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels staat echter niet rechtstreeks beroep open op de bestuursrechter;³ deze besluiten kunnen wel exceptief getoetst worden door de bestuursrechter als onderdeel van de procedure tegen een daarop gebaseerd besluit. Het systeem van bestuursrechtspraak hanteert als hoofdregel dat beroep in eerste instantie openstaat bij (de afdeling bestuursrecht van) een van de regionale rechtbanken, waarna tegen de uitspraak van die rechtbank hoger beroep mogelijk is.⁴ Voor geschillen over ander handelen van (bestuursorganen van) de overheid in het kader van de uitoefening van haar publiekrechtelijke taken en bevoegdheden is de civiele rechter de aangewezen rechter.⁵

Omdat het object van geschil in de procedure bij de bestuursrechter een besluit van een bestuursorgaan is, is het bestuursorgaan per definitie de verwerende partij in die procedure. Beroep tegen besluiten kan worden ingesteld door personen die belanghebbende bij dat besluit zijn (art. 1:2 Awb). De vordering in de procedure bij de bestuursrechter is per definitie de vernietiging van het bij de rechter aangevochten besluit (art. 8:72 lid 1 Awb).

De bestuursrechter toetst aan de hand van de tegen het besluit aangevoerde beroepsgronden of het besluit rechtmatig is (art. 8:69 Awb). Komt hij tot de conclusie dat dit het geval is, dan verklaart hij het beroep ongegrond en blijft het besluit in stand, concludeert de rechter dat het bestreden besluit onrechtmatig is, dan verklaart hij te beroep gegrond en vernietigt hij het besluit van het bestuursorgaan (art. 8:70 en 8:72 lid 1 Awb).

Bijzonder aan de procedure bij de bestuursrechter is dat daaraan per definitie een procedure van besluitvorming bij het bestuursorgaan vooraf is gegaan, en veelal ook een procedure van bezwaar tegen het primaire besluit van het bestuursorgaan (art. 7:1 Awb). Dat het bestuursorgaan van de wetgever

¹ Bert Marseille en Kars de Graaf zijn werkzaam bij de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Met dank aan Leah te Biesebeek voor het zoeken en ordenen van literatuur en jurisprudentie ten behoeve van deze bijdrage.

² Ingevolge art. 1:1 Awb is een bestuursorgaan een orgaan van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon of een ander persoon of college (behorend bij een rechtspersoon opgericht krachtens privaatrecht) dat is bekleed met openbaar gezag.

³ Zie art. 8:3 lid 1 Awb.

⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is bevoegd in hoger beroep indien geen andere instantie, zoals de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven of de Hoge Raad, door de wetgever als hogerberoepsinstantie is aangewezen.

⁵ De belangrijkste uitzondering op deze hoofdregel betreft besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels (zie art. 8:3 lid 1 aanhef en onder a Awb). Maar er zijn talloze andere uitzonderingen. Zie: Marseille, Tolsma e.a. 2022, p. 101-119.

de bevoegdheid heeft gekregen besluiten te nemen, heeft consequenties voor de taak van de bestuursrechter. Dat beschrijft Schreuder-Vlasblom als volgt:⁶

“De bestuursrechter heeft tot taak de uitoefening van openbaar gezag door het bestuur te beoordelen. Anders dan bij het beslechten van geschillen in civielrechtelijke verhoudingen en het beoordelen van strafrechtelijke aanklachten, oefent de rechter hier niet originair gezag uit, maar houdt hij toezicht op de aanwending van aan het bestuur toegekende publieke bevoegdheden.”

Zij vervolgt haar betoog over de taak van de bestuursrechter als volgt:

“Het is (...) niet de taak van de rechter te controleren of het bestuur al bestaande aanspraken terecht (niet) heeft onderkend en daartoe zo nodig het bestuurlijk onderzoek over te doen om te zien of hij tot een andere slotsom komt. Het is zijn taak te toetsen of de nadere bestuurlijke besluitvorming in strijd is met hogere rechtsnormen op een wijze die de daaraan inherente gezagspretentie ondergraaft en daarom een vernietiging rechtvaardigt. Daarom is zijn armslag bij de beoordeling van de wijze waarop het bestuur tot zijn besluit komt vaak ruimer dan bij de toetsing van de inhoudelijke rechtsvorming door het bestuur.”

Anders gezegd: het feit dat het bestuursorgaan bevoegd is verplichtingen en aanspraken van burgers vast te stellen, vergt een in beginsel terughoudende opstelling van de bestuursrechter, zeker waar het de inhoud van de besluiten van bestuursorganen betreft.

Een andere visie op de taakverdeling tussen bestuur en bestuursrecht wordt verwoord door Brenninkmeijer. Hij schrijft in het kader van een beschouwing over ‘instrumentele’ wetgeving (wetgeving die is gericht op krachtige en precieze uitvoering, waarbij de wet direct de rechtsgevolgen bepaalt en de uitvoerder geen eigen afwegingsruimte heeft) het volgende:⁷

“De ruimte om af te gaan op wat bestuur en burger over en weer in redelijkheid van elkaar mochten verwachten, is er vaak niet. Het bestuur mag steeds vaker verwachten dat de burger de wet- en regelgeving strikt volgt, anders volgen er zware sancties. De rechter gaat ervan uit dat iedereen de wet kent en toetst slechts aan de wet- en regelgeving en de formele beginselen van behoorlijk bestuur. Voor een materiële afweging blijkt weinig of geen ruimte (...). Dit kan leiden tot starheid die maatschappelijk gezien vaak niet goed te verantwoorden is. Het is niet vreemd dat de burger als referentiekader heeft dat wat in redelijkheid over en weer verwacht mag worden. De burger ziet zich echter vaak voor een onverbiddelijke overheid geplaatst die strikt gebonden aan wet- en regelgeving instrumenteel opereert. De bestuursrechter volgt de uitvoerder hier veelal in.”

Brenninkmeijer heeft grote moeite met deze vormgeving van het bestuursrecht. Hij schrijft:

“Rechtspraak heeft een intrinsieke waarde die voor doorsnee burgers essentieel is: een rechter wikt en weegt en maakt keuzes. De notie rechtspraak is uiteindelijk verbonden met rechtvaardigheid. De rechter die slechts spreekbuis van de wet is, wordt door de burgers in zijn specifieke rol niet goed herkend. Ook tussen overheid en burger geldt als belangrijke afweging dat wat partijen over en weer in redelijkheid van elkaar mogen verwachten. De wetgever mag die afweging niet instrumenteel wegsnijden.”

De laatste paar jaren lijkt, mede als uitvloeisel van de Toeslagenaffaire,⁸ de visie van Brenninkmeijer op de taak van de bestuursrechter terrein te winnen ten opzichte van die van Schreuder-Vlasblom.⁹ Bij de beoordeling van het geschil tussen overheid en burger lijkt het bestreden besluit (‘is dat rechtmatig?’) net iets minder centraal te komen te staan en de appellerende burger (‘zijn diens rechten

⁶ Schreuder-Vlasblom 2017, p. 2.

⁷ Zie: Brenninkmeijer 2010. In gelijke zin: Brenninkmeijer 2021.

⁸ *Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2 (Ongekend onrecht, verslag van de Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvang-toeslag, Den Haag: 17 december 2020)*

⁹ Zie onder meer Bröring 2022 en Damen 2022.

geschonden?') juist wat meer. Die accentverschuiving kan ook gevolgen hebben voor de positie van het bestuursorgaan in de procedure bij de bestuursrechter.¹⁰

In deze bijdrage geven we een overzicht van de stand van zaken met betrekking tot de positie van de overheid als partij in de procedure bij de bestuursrechter.¹¹ We nemen daarbij de vragen in het document 'Thema en vraagpunten expertmeeting V (op 29 september 2023)' van het *Platform publiek- en privaatrecht in dialoog* als uitgangspunt.¹²

We gaan achtereenvolgens in op de toegang tot de bestuursrechter (par. 2.), de feitenvaststelling door de rechter en de informatieplicht die het bestuursorgaan in dat kader heeft (par. 3), ongelijkheidscompensatie (par. 4), de mogelijkheden van het bestuursorgaan om gedurende de procedure gebreken in diens besluit te herstellen (par. 5), het uitgangspunt dat de beoordeling van het geschil door de rechter 'ex tunc' plaatsvindt (par. 6) en de bevoegdheid van de bestuursrechter om het bestuursorgaan te veroordelen in de proceskosten van de andere partij(en) in het geschil (par. 7).

2. Toegang tot de rechter

2.1 Inleiding

Kenmerkend voor de procedure bij de bestuursrechter in eerste aanleg is dat het initiatief als regel komt van een persoon die het niet eens is met een besluit van het bestuursorgaan – en per definitie niet van het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Het is echter niet uitgesloten dat een bestuursorgaan beroep instelt bij de bestuursrechter. Dat kan gebeuren als het bestuursorgaan belanghebbende is bij een besluit van een ander bestuursorgaan. Daarnaast kan een bestuursorgaan hoger beroep instellen tegen een uitspraak van de rechtbank. Voor de meeste elementen die bij vraag 1 aan de orde zijn (termijnen, griffierecht, inhoud stuk) geldt dan ook dat die voor de overheid alleen betrekking hebben op de situatie dat het bestuursorgaan in beroep komt tegen een besluit van een ander bestuursorgaan of als een bestuursorgaan hoger beroep instelt tegen een uitspraak van de rechtbank.

In deze paragraaf besteden we achtereenvolgens aandacht aan termijnen (2.2), griffierecht (2.3), de inhoud van de stukken waarmee partijen hun standpunt over de zaak aan de rechter kenbaar maken (2.4) en de procesvertegenwoordiging (2.5).

2.2 Termijnen

Beroep op de rechter is aan een termijn gebonden; de termijn bedraagt zes weken (art. 6:7 Awb). Tot uiterlijk zes weken nadat het besluit is bekendgemaakt,¹³ kan daartegen beroep worden ingesteld.

¹⁰ Bij die 'gevolgen' kan zowel worden gedacht aan voornemens van de wetgever om aanpassingen in de procedure bij de bestuursrechter te realiseren die de procespositie van de burger ten opzichte van het bestuursorgaan versterken (zie: Marseille e.a. 2023), aan jurisprudentie die zorgt voor een versterking van de procespositie van de burger ten opzichte van het bestuursorgaan (Damen 2022) en voor ideeën over een terughoudender gebruik door bestuursorganen van de mogelijkheid hoger beroep in te stellen tegen uitspraken van de rechtbank (Scheltema 2023).

¹¹ Bij de totstandkoming van dit stuk is deels geput teksten van eerdere publicaties van beide auteurs, met name uit: A.T. Marseille & H.D. Tolsma e.a., *Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2022, en A.T. Marseille e.a., *Inleiding bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

¹² Van de zeven in dat document genoemde vragen gaan we in op de vragen 1, 2, 4, 5, 6 en 7. De behandeling van vraag 3 hebben we vooralsnog buiten beschouwing gelaten omdat we in de vraagstelling en toelichting onvoldoende aanknopingspunten vonden om in aanvulling op hetgeen wij op vraag 2 vermeldde nog relevante elementen van de rol van het bestuursorgaan als partij in de procedure bij de bestuursrechter te behandelen.

¹³ Blijkens art. 3:41 lid 1 Awb is van bekendmaking sprake als een besluit aan degenen die belanghebbende bij dat besluit zijn, wordt toegezonden of uitgereikt.

Is het beroep te laat ingediend, dan wordt het niet-ontvankelijk verklaard. Dat is alleen anders als de termijnoverschrijding verschoonbaar kan worden geacht (art. 6:11 Awb). De bestuursrechter vindt termijnoverschrijdingen echter niet snel 'verschoonbaar'. Niet alleen is vereist dat de appellant aantoont dat hij niet in staat was op tijd beroep in te stellen, maar tevens dat hij – voor zover hij kon voorzien dat hij wellicht in de situatie zou kunnen komen te verkeren dát hij niet op tijd beroep kon instellen – het nodige heeft ondernomen om dit te voorkomen. Overigens is de jurisprudentie op dit punt de afgelopen jaren wel enigszins versoepeld.

Niet alleen de burger die het beroep heeft ingediend, ook het verwerende bestuursorgaan is aan termijnen gebonden. Zo is het bestuursorgaan verplicht om binnen vier weken nadat de rechtbank de gronden van het beroepschrift in afschrift aan het bestuursorgaan heeft gezonden, de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechter toe te zenden. Als de bestuursrechter het bestuursorgaan verzoekt een verweerschrift in te dienen staat hiervoor ook een termijn van vier weken. De bestuursrechter is bevoegd beide aan het bestuur gestelde termijnen te verlengen.

2.3 Griffierecht

Wie beroep instelt, moet griffierecht betalen, zo blijkt uit art. 8:41 Awb.

De hoogte van het griffierecht varieert. Het normale tarief bedraagt € 178.¹⁴ Rechtspersonen en bestuursorganen betalen het dubbele: € 354. Voor onder meer sociale zekerheidszaken geldt een laag tarief.¹⁵ Wie – als natuurlijke persoon – beroep instelt tegen een besluit betreffende de aanspraak op een socialezekerheidsuitkering, betaalt € 48.

De indiener van het beroep krijgt bericht van de rechtbank dat hij griffierecht dient te betalen. De termijn daarvoor bedraagt vier weken: uiterlijk vier weken na de dag van verzending van het bericht dient het griffierecht te zijn bijgeschreven op de rekening van de rechtbank, dan wel bij de rechtbank contant te zijn betaald (art. 8:41 lid 5 Awb). Is het bedrag niet op tijd binnengekomen, dan krijgt de indiener geen herkansing: het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard. De indiener van het beroep kan daaraan alleen ontkomen als – in de termen van art. 8:41 lid 6 Awb – redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat hij in verzuim is geweest.

2.4 Inhoud stuk

Beroep bij de bestuursrechter wordt ingesteld door het indienen van een beroepschrift. Art. 6:5 lid 1 onder d Awb bepaalt dat het beroep gronden moet bevatten. Een grond (ook wel: beroepsgrond) is de toelichting van de appellant op zijn stelling dat het besluit van het bestuursorgaan onrechtmatig is en vernietigd moet worden. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid stelt de rechter geen hoge eisen aan de gronden, maar uit het beroepschrift moet wel duidelijk worden waarom de appellant het niet eens is met het bestreden besluit.¹⁶

Nadat de appellant in zijn beroepschrift heeft uitgelegd waarom hij het niet eens is met het besluit van het bestuur, krijgt het bestuursorgaan van de rechter de gelegenheid om in een verweerschrift uiteen te zetten waarom het vindt dat de argumenten van de appellant geen hout snijden (art. 8:42 lid 1 Awb). Het bestuursorgaan is alleen verplicht een verweerschrift in te dienen als de rechter daar uitdrukkelijk om vraagt.

Aanvankelijk hield art. 8:42 Awb een verplichting in voor het bestuursorgaan om een verweerschrift in te dienen. Door een wijziging van de Awb in 2017 is die verplichting veranderd in een bevoegdheid, tenzij de rechter het nodig vindt dat het bestuursorgaan met een verweerschrift komt. De memorie van toelichting is

¹⁴ De hoogte van het griffierecht wordt jaarlijks aangepast. De hier vermelde bedragen gelden vanaf 1 juli 2023.

¹⁵ Zie Bijlage 3 bij de Awb, de Regeling verlaagd griffierecht.

¹⁶ Omdat een beroep pas niet-ontvankelijk kan worden verklaard vanwege het niet voldoen aan de eisen die art. 6:5 Awb aan een beroepschrift stelt, nadat de indiener de gelegenheid heeft gekregen gebreken in het beroepschrift te herstellen (zie art. 6:6 Awb), kan de indiener van een beroep in zijn beroepschrift de gronden van zijn beroep achterwege laten (pro forma-beroep) en de rechter vragen hem een termijn te geven voor het indienen van gronden. Zie: Marseille, Tolsma e.a. 2022, p. 130.

beknopt in de motivering van die wijziging. De toelichting beperkt zich tot de constatering dat bestuursorganen niet altijd behoefte hebben om zich te verweren.

2.5 Procesvertegenwoordiging

Partijen kunnen zelf procederen bij de bestuursrechter. Er is geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging. Partijen kunnen zich echter laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen, zo bepaalt art. 8:24 lid 1 Awb.

3. Feitenvaststelling en informatieplicht

3.1 Inleiding

In veel procedures bij de bestuursrechter is er discussie over de feiten. Het betreft de vraag of het bestuursorgaan de nodige kennis heeft vergaard over de voor het besluit relevante feiten (art. 3:2 Awb). Een noodzakelijke voorwaarde voor een antwoord van de rechter op die vraag is dat hij beschikt over alle stukken die een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van het besluit van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan is verplicht om die aan de rechtbank toe te zenden (art. 8:42 lid 1 Awb). Voor zover partijen van mening verschillen over de feiten, geldt zowel voor de appellerende burger als het verweerende bestuursorgaan dat zij de mogelijkheid hebben hun standpunt over de feiten van bewijs te voorzien. De rechter kan partijen duidelijkheid bieden over hoe de bewijslast tussen appellant en bestuursorgaan is verdeeld. Voorts heeft de bestuursrechter de mogelijkheid de feiten ‘aan te vullen’, door zelf onderzoek naar de feiten te laten doen (art. 8:69 lid 3 Awb).

In deze paragraaf besteden we achtereenvolgens aandacht aan de op de zaak betrekking hebbende stukken (3.2), vertrouwelijke stukken (3.3), de discussie over de feiten in de procedure bij de bestuursrechter (3.4) en de mogelijkheid van de rechter om de feiten aan te vullen (3.4).

3.2 Op de zaak betrekking hebbende stukken

Een van de belangrijkste verplichtingen van het bestuursorgaan in de procedure bij de bestuursrechter betreft de verplichting alle op de zaak betrekking hebbende stukken te overleggen (art. 8:42 lid 1 Awb). Zo kan de rechter (en de andere partij(en)) beschikken over het dossier van de zaak, zoals dat door het bestuursorgaan is samengesteld tijdens de voorbereiding van het besluit en (indien die gevolgd is) de bezwaarprocedure. Welke stukken vallen onder de ‘op de zaak betrekking hebbend stukken’? Die vraag is des te meer van belang, nu bij de besluitvorming niet alleen meer papieren stukken een rol spelen, maar ook steeds meer informatie die zich bevindt in gegevensbestanden (elektronische databestanden). Een uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad biedt duidelijkheid over die vraag.¹⁷

De zaak betreft een geschil over een grootouder die als gastouder inkomen had genoten voor de opvang van zijn kleinkinderen. De inspecteur had over dit inkomen inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen nagevorderd. Hij had zich gebaseerd op gegevens die afkomstig waren uit een computerbestand van de Belastingdienst/Toeslagen dat informatie bevat over ongeveer zeventigduizend belastingplichtigen. In de procedure bij het hof had de inspecteur schermprints van het bestand overgelegd om aan te tonen hoeveel de gastouder betaald had gekregen voor zijn werkzaamheden.

Over de reikwijdte van het begrip ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ overweegt de Hoge Raad:

¹⁷ HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672. Gezien de overwegingen van de HR in het arrest van 4 mei 2018 is er geen reden te veronderstellen dat die niet zouden gelden voor de rest van het bestuursrecht.

i) Tot de op grond van artikel 8:42, lid 1, Awb over te leggen stukken behoren alle stukken die de inspecteur ter raadpleging ter beschikking staan of hebben gestaan en die van belang kunnen zijn voor de beslechting van de (nog) bestaande geschilpunten. Tot de door de inspecteur over te leggen stukken behoren niet stukken die zich bevinden onder derden (bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie) en die niet aan hem zijn verstrekt, ook al is hij bekend met het bestaan daarvan (...).

ii) Een redelijke (...) uitleg van die bepaling brengt mee dat de daarin opgenomen verplichting tot overlegging van stukken zich ook uitstrekt tot stukken die pas in de loop van het beroep of hoger beroep ter beschikking van de inspecteur zijn gekomen. Indien dergelijke stukken ter beschikking van de inspecteur komen na afloop van de in artikel 8:42 Awb bedoelde termijn, dient hij deze alsnog onverwijld aan de rechter toe te zenden.

iii) Tot de op de zaak betrekking hebbende stukken behoren niet slechts de stukken die de inspecteur heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit. Daartoe behoren in beginsel ook stukken als hiervoor onder i) en ii) bedoeld die de inspecteur wel ter beschikking staan of hebben gestaan maar die hij niet heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit.

Stukken die de inspecteur wel heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit, maar die voor de beoordeling van de zaak door de rechter niet (langer) van belang zijn, behoren niet tot de op de zaak betrekking hebbende stukken. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van stukken die betrekking hebben op een element van de aanslag dat in beroep niet (meer) ter discussie staat.

iv) Als een stuk passages bevat die op de zaak betrekking hebben, is dit stuk als geheel een op de zaak betrekking hebbend stuk. De verplichting om dit stuk over te leggen, ziet daardoor niet slechts op de voor de beoordeling van de zaak relevante passages.'

Over gegevensbestanden merkt de Hoge Raad vervolgens het volgende op:

'Gelet op de (...) strekking van artikel 8:42, lid 1, Awb is de in die bepaling neergelegde verplichting om de voor de beoordeling van de zaak van belang zijnde gegevens over te leggen niet beperkt tot op papier vastgelegde gegevens. Die verplichting ziet ook op in elektronische vorm vastgelegde, op de zaak betrekking hebbende gegevens, waaronder begrepen grafische weergaven en afbeeldingen, die – op papier of in andere vorm – leesbaar of anderszins waarneembaar kunnen worden gemaakt (...). Deze in elektronische vorm vastgelegde gegevens moeten worden gerekend tot de stukken in de zin van artikel 8:42, lid 1, Awb. Tot die stukken behoren daarentegen in beginsel niet softwareprogramma's en andere elektronische systemen voor gegevensopslag, -bewerking, -verwerking of -beheer, aangezien dergelijke programma's en systemen als zodanig geen op een zaak betrekking hebbende gegevens plegen te bevatten.'¹⁸

Bestaat discussie tussen partijen over de vraag of bepaalde stukken wel of niet als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' moeten worden beschouwd, dan is in beginsel bepalend voor het antwoord op die vraag, de opvatting van de partij die vindt dat een bepaald stuk dat onder het bestuursorgaan berust een op de zaak betrekking hebbend stuk is. De Hoge Raad overweegt daarover het volgende:

'Indien een belanghebbende zich – voldoende gemotiveerd – op het standpunt stelt dat een bepaald aan de inspecteur ter beschikking staand stuk dient te worden overgelegd omdat het op de zaak betrekking heeft, kan geen doorslaggevende betekenis toekomen aan de betwisting van dat laatste door de inspecteur. Die betwisting – evenals haar eventuele onderbouwing – berust immers mede op feitelijke gegevens (de inhoud van dat stuk) die aan de belanghebbende en de rechter niet bekend zijn, zodat zij door de belanghebbende niet kunnen worden weerlegd, en door de rechter niet op juistheid kunnen worden getoetst.'¹⁹

De jurisprudentie van de andere hoogste bestuursrechtshoofden stemt overeen met die van de HR.²⁰

3.3 Vertrouwelijke stukken

¹⁸ Zie ook HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

¹⁹ HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1129.

²⁰ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737.

Het kan voorkomen dat het bestuursorgaan niet wil dat de andere partijen in de procedure kennisnemen van bepaalde stukken, ook al is evident is dat ze zijn te beschouwen als ‘op de zaak betrekking hebbend’. Soms wil een bestuursorgaan zelfs niet dat de rechter de betreffende stukken ziet.

Hoe de rechter moet handelen in zo’n situatie, wordt bepaald door art. 8:29 Awb.²¹ Het bestuursorgaan dat zich tegen kennisname van bepaalde stukken verzet, laat de rechter weten om welke stukken het gaat en wat zijn wens is. De rechter beslist vervolgens of hij akkoord gaat met een beperkte kennisname van de stukken (alleen de rechter mag de stukken zien) of met het in het geheel niet ter beschikking stellen van de stukken (zelfs de rechter mag de stukken niet zien). Als criterium geldt dat sprake moet zijn van een ‘gewichtige reden’. Daarbij gelden de criteria die worden gehanteerd bij verzoeken op grond van de Wet open overheid (Woo) als ondergrens.²² Dat betekent echter niet dat als een bestuursorgaan een stuk op grond van de Woo niet openbaar zou hoeven te maken, de rechter het verzoek van het bestuur om beperkte kennisname of het geheel niet ter beschikking stellen van de stukken *dus* moet honoreren.²³ Ook in die situatie is nog een afzonderlijke toetsing aan het criterium ‘gewichtige reden’ vereist. Daarbij speelt in ieder geval het belang van het stuk voor de beoordeling van het bestreden besluit een rol. Naarmate het stuk van grotere betekenis is voor de toetsing door de rechter, dan zal het verzoek om beperking (of weigering) van de kennisname van het stuk minder kans van slagen hebben.²⁴

Stemt de rechter in met weigering, dan hoeft het bestuursorgaan de stukken niet over te leggen (art. 8:29 lid 4 Awb). De rechter doet dan uitspraak zonder dat hij de betreffende stukken kent. Stemt de rechter in met beperkte kennisname, dan is het vervolgens de vraag of hij de uitspraak op het beroep mag baseren op die stukken. De rechter moet dat aan de andere partijen vragen. Geven die geen toestemming, dan moet hij de zaak verwijzen naar een andere kamer (art. 8:29 lid 5 Awb).

Die ‘nieuwe’ rechter staat vervolgens wel voor een probleem, want de stukken – die hij niet kent – zijn vaak essentieel voor de toetsing van de rechtmatigheid van het besluit. Dat die stukken geen rol spelen bij de toetsing door de rechter, werkt vaak in het nadeel van de appellerende burger.²⁵

Een voorbeeld biedt een zaak waarin de Afdeling bestuursrechtspraak moest oordelen over de stelling van een subsidieaanvrager dat de externe deskundigen die over zijn aanvraag hadden geadviseerd, vooringenomen en onvoldoende onafhankelijk waren. Het bestuursorgaan had verzocht om beperking van de kennisname van een stuk met de namen van de externe deskundigen. Dit verzoek was door de Afdeling ingewilligd. De aanvrager had vervolgens zijn toestemming onthouden om mede op grond van dit stuk uitspraak te doen. De Afdeling overwoog dat zij daardoor niet kon nagaan wie de externe deskundigen waren geweest en op welke grond zij als zodanig waren opgetreden. Op die manier werkte de weigering van de subsidieaanvrager in diens nadeel. De Afdeling: ‘reeds hierom kan de stelling van appellant dat de deskundigen vooringenomen en onvoldoende onafhankelijk en onpartijdig zijn, niet slagen’. De Afdeling voegde daar nog aan toe dat in de overige stukken en in hetgeen appellant verder had aangevoerd, geen grond kon worden gevonden voor het oordeel dat aan de inhoud van de adviezen gebreken kleefden.²⁶

Art. 8:32 Awb bevat een bijzondere regeling voor gevallen waarin de rechter van oordeel is dat kennisname van bepaalde stukken door een partij ‘haar lichamelijke of geestelijke gezondheid zou schaden’ (eerste lid) dan wel ‘de persoonlijke levenssfeer van een ander onevenredig zou schaden’ (tweede

²¹ Zie in het algemeen over de toepassing van art. 8:29 Awb: Van der Sluis 2021. ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367, biedt een overzicht van de jurisprudentie van de Afdeling over art. 8:29 Awb.

²² ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0117; ABRvS 8 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV1274.

²³ CBb 31 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ0411.

²⁴ Nota naar aanleiding van het verslag, Herziening fiscaal procesrecht, *Kamerstukken II* 1997/98, 25175, nr. 5, p. 13.

²⁵ Schreuder-Vlasblom 2017, par. 4.4.6.

²⁶ ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7984.

lid). In deze gevallen moeten de stukken wel in het geding worden gebracht, maar mogen de stukken alleen worden ingezien door een gemachtigde die advocaat of arts is of die van de bestuursrechter bijzondere toestemming heeft gekregen. Zo wordt voorkomen dat de gevreesde schade aan gezondheid of persoonlijke levenssfeer optreedt.

3.4 De discussie over de feiten in de procedure bij de bestuursrechter

In veel procedures bij de bestuursrechter is sprake van discussie over de feiten: is iemand wel of niet arbeidsongeschikt, houdt een bedrijf zich wel of niet aan de geluidsvoorschriften, wordt een vakantie-huisje wel of niet permanent bewoond?

Bijzonder aan de procedure bij de bestuursrechter is dat daaraan altijd een procedure van besluitvorming door het bestuursorgaan is voorafgegaan, die heeft geleid tot een oordeel van het bestuursorgaan over de voor het besluit relevante feiten (wel of niet arbeidsongeschikt, wel of geen overtreding van de geluidsvoorschriften, wel of niet permanent bewoond).

Als in de procedure bij de bestuursrechter discussie is over de feiten (omdat de appellerende burger heeft aangevoerd dat aan het besluit van het bestuursorgaan geen juiste vaststelling van de feiten ten grondslag ligt), dan toetst de rechter of het besluit van het bestuursorgaan is gebaseerd op een zorgvuldig onderzoek naar de voor het besluit relevante feiten (art. 3:2 Awb).

Voor zover partijen van mening verschillen over de feiten, is de vraag bij welke partij de bewijslast ligt.

Als – om een voorbeeld te noemen – een bedrijf beroep instelt tegen een besluit tot het opleggen van een dwangsom omdat het bedrijf meer afval op zijn terrein heeft opgeslagen dan volgens de omgevingsvergunning voor milieu is toegestaan en het bedrijf voert aan dat minder afval op het terrein ligt dan het bestuursorgaan beweert, dan zal de rechter daar iets over moeten beslissen.

Denkbaar is dat de rechter op grond van de gedingstukken kan vaststellen hoe veel afval er op het terrein ligt. Dan kan hij op grond van die informatie beslissen of wel of niet sprake was van een overtreding van de regels. Maar wordt uit het dossier van de zaak niet duidelijk hoe veel afval er op het terrein lag toen het bestuursorgaan zijn besluit nam, dan is de vraag bij wie van de beide partijen de bewijslast ligt.

Hoofdstuk 8 van de Awb, waarin de procedure bij de bestuursrechter is neergelegd, kent geen regels van bewijsrecht. Om te bepalen bij welke partij de bewijslast ligt, kijkt de rechter naar art. 3:2 Awb, waarin is bepaald dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van het besluit de nodige kennis vergaart over de relevante feiten en de af te wegen belangen.²⁷ Die in algemene termen geformuleerde norm kan voor verschillende situaties verschillend uitwerken. Dat heeft ermee te maken dat de verantwoordelijkheid waarvan art. 3:2 Awb spreekt, niet per definitie betekent dat het bestuursorgaan zelf altijd de feiten moet verzamelen als het een besluit neemt.²⁸

Besluiten over de aanspraak op een arbeidsongeschiktheidsuitkering en de aanspraak op subsidie bieden voorbeelden. In het eerste geval, zo blijkt uit de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA), is het bestuursorgaan verantwoordelijk voor het vaststellen van de feiten die van belang zijn om te kunnen beslissen of aanspraak bestaat op een WIA-uitkering, te weten of de aanvrager door

²⁷ Schreuder-Vlasblom 2017, par. 4.2.3.5.

²⁸ Schreuder-Vlasblom 2017, par. 4.2.3.3.

ziekte niet in staat is evenveel te verdienen als voordat hij ziek was. In het tweede geval, bij het besluit over de subsidie, ligt de bal veelal bij de aanvrager: die moet de feiten stellen op basis waarvan het bestuursorgaan kan vaststellen dat hij recht heeft op subsidie (art. 4:2 lid 2 Awb). De verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan is in dat geval beperkt tot voorlichting ('de aanvrager duidelijk maken welke feiten hij moet aanleveren') en beoordeling ('vaststellen of zijn aanvraag, gezien de feiten waarmee die is onderbouwd, worden toegekend of afgewezen').

Hoe de verantwoordelijkheid is verdeeld tussen burger en bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit, bepaalt naar wie de rechter kijkt als partijen van mening verschillen over de feiten.

Als partijen in een procedure bij de rechter over de afwijzing van een aanvraag om een arbeidsongeschiktheidsuitkering van mening verschillen over de feiten, dan is het aan het bestuursorgaan om zijn stelling over de feiten te bewijzen: bijvoorbeeld 'er is geen sprake van ziekte' of 'met het resterende arbeidsvermogen kan betrokkene evenveel verdienen als voordat hij ziek was'.²⁹

Als partijen in een procedure over een geweigerde subsidie van mening verschillen over de vraag of de aanvrager aan de voorwaarden voldeed om voor die subsidie in aanmerking te komen, kijkt de rechter – als die zich ervan heeft vergewist dat het bestuursorgaan de aanvrager voldoende heeft voorgelicht en dat de afwijzing is gebaseerd op een zorgvuldige beoordeling van de door de aanvrager gestelde feiten – juist de burger die de subsidie heeft aangevraagd: het is aan hem om te bewijzen dat hij wel aan de voorwaarden voldeed.

In het bestuursrechtelijke jargon wordt gebruikgemaakt van de term 'bewijsdomein'. Als het bestuursorgaan verplicht is om bij de totstandkoming van een besluit de voor dat besluit relevante feiten te verzamelen, dan liggen de feiten in het bewijsdomein van het bestuursorgaan en ligt, als partijen van mening verschillen over de feiten, de bewijslast bij het bestuursorgaan.

Als algemene stelregel wordt wel gehanteerd dat bij belastende besluiten (zoals een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom) de bewijslast bij het bestuursorgaan ligt en bij begunstigende besluiten (zoals een subsidie) bij de burger.³⁰ Op die regel bestaan vele uitzonderingen. Er zijn talloze begunstigende besluiten (zoals die over het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering) waarvoor geldt dat de wet het bestuursorgaan verplicht de relevante feiten vast te stellen en er zijn tevens talloze belastende besluiten (zoals belastingaanslagen) waar de wet juist de burger verplicht het bestuursorgaan van de feiten te voorzien ter vaststelling van de hoogte van de belastingaanslag vaststelt.

Om te weten te komen hoe de verantwoordelijkheid voor het verzamelen van de voor het besluit relevante feiten is verdeeld tussen burger en bestuursorgaan, en dus ook bij welke partij in de procedure bij de bestuursrechter de bewijslast ligt, is het derhalve noodzakelijk om te kijken of de bijzondere wet specifieke regels bevat over de verdeling van verantwoordelijkheden tussen bestuursorgaan en burger bij het verzamelen van de feiten die van belang zijn bij de totstandkoming van het op grond van die wet genomen besluit.

Wat moet de partij bij wie de bewijslast ligt, aanvoeren om de rechter ervan te overtuigen dat zijn standpunt over de feiten het juiste is? Ook hier is art. 3:2 Awb het uitgangspunt. Als het bestuursorgaan 'de nodige' kennis heeft verzameld over de relevante feiten, zal de rechter ervan uitgaan dat het standpunt van het bestuursorgaan over de feiten juist is. De vraag wanneer is voldaan aan de eis dat 'de nodige' kennis is verzameld, verschilt per besluit. Betreft het besluit een bestraffende sanctie, dan ligt de lat hoger dan bij een last onder bestuursdwang vanwege het in strijd met de regels permanent

²⁹ Art. 6 lid 1 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). Zie overigens ook art. 27 WIA, dat een informatieplicht voor de verzekerde inhoudt.

³⁰ Schuurmans 2005.

bewonen van een vakantiewoning. In het eerste geval is de rechter pas bereid de visie op de feiten van het bestuursorgaan te volgen als vaststaat dat de overtreding is begaan. In het geval van de vakantiewoning is voldoende dat het bestuursorgaan aannemelijk heeft gemaakt dat die permanent wordt bewoond. Betreft het de vaststelling van een aanspraak op een arbeidsongeschiktheidsuitkering, dan liggen de zaken anders. Dan geldt als eis dat het rapport van de verzekeringsarts waarop het besluit is gebaseerd blijk moet geven van een zorgvuldig onderzoek en deugdelijk gemotiveerd, inzichtelijk en consistent zijn moet zijn. Bij een besluit over het verstrekken van een subsidie liggen de zaken nog weer anders. Daar geldt de eis dat het bestuursorgaan de aanvrager voldoende duidelijk heeft gemaakt welke gegevens het nodig had voor het beoordelen van de aanvraag en dat het de gegevens van op de aanvrager op juiste wijze heeft getoetst aan de subsidiecriteria.³¹

Als in al die vier gevallen (bestraffende sanctie, last onder bestuursdwang, arbeidsongeschiktheidsuitkering, subsidie) het oordeel van de rechter is dat het bestuursorgaan de nodige kennis heeft vergaard en dat het standpunt van het bestuursorgaan over de feiten dus in beginsel kan worden gevolgd, betekent dat niet dat de burger per definitie met lege handen staat. Hij kan tegenbewijs leveren, bijvoorbeeld door (in de zaak over de vakantiewoning) met allerlei documenten te komen ter onderbouwing van zijn stelling dat hij er maar af en toe verblijft of door (in de zaak over de arbeidsongeschiktheidsuitkering) een rapport van een deskundige arts in te brengen waarin de conclusie van de arts die een rapport voor het bestuursorgaan heeft opgesteld, wordt weersproken.³² Uiteindelijk beslist de rechter op grond van het geheel aan bewijsmateriaal dat partijen hebben aangeleverd, wiens visie op de feiten hij volgt.

3.5 Aanvulling van de feiten door de bestuursrechter

In de discussie over de feiten is de rechter niet gebonden aan bewijsstukken die partijen inbrengen ter onderbouwing van hun visie op de feiten. De rechter is bevoegd feiten aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb).

Als de bestuursrechter de feiten wil aanvullen, kan hij gebruik maken van een of meerdere van de onderzoeksbevoegdheden die hij heeft. Hij kan partijen oproepen en inlichtingen vragen (art. 8:27 **Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.**, 8:28 en art. 8:44, 8:45 Awb), hij kan getuigen oproepen (art. 8:46, 8:60 Awb), deskundigen benoemen (art. 8:47 Awb) of een onderzoek ter plaatse (doen) verrichten (art. 8:50, 8:51 **Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.** Awb).³³

De bestuursrechter maakt niet vaak gebruik van deze bevoegdheden.³⁴ De bevoegdheid die relatief het vaakst wordt gebruikt, betreft het benoemen van een deskundige **Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.** voor het instellen van een onderzoek (art. 8:47 Awb).

Een voorbeeld zijn milieuzaken, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtbanken regelmatig de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (STAB) inschakelen om de feitelijke en technische kanten van de zaak te onderzoeken. Ook in medische geschillen worden wel deskundigen benoemd, maar minder vaak dan in het verleden gebeurde.

In theorie is het benoemen van een deskundige een neutraal instrument van de rechter. Het is zowel denkbaar dat de uitkomst van het deskundigenonderzoek het standpunt van het bestuursorgaan over de feiten ondersteunt, als dat het ondersteuning biedt voor het standpunt van de appelland. In de

³¹ CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/366 m.nt Koenraad, AB 2017/367 m.nt. A.M.L. Jansen.

³² Zie daarover eveneens de beide in de vorige noot genoemde uitspraken.

³³ Zie voor een voorbeeld: Vzng. Rb. Amsterdam 20 november 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB8484.

³⁴ Barkhuysen, Damen e.a. 2007; Marseille e.a. 2015; Marseille & Wever 2019.

praktijk lijkt het er echter op dat het benoemen van een deskundigen er vaker toe leidt dat de visie van de appellant op de feiten wordt gevolgd dan dat de visie van het bestuursorgaan op de feiten wordt gevolgd.³⁵ Dat kan er mee te maken hebben dat de rechter alleen onderzoek naar de feiten doet als hij eraan twijfelt of het bestuursorgaan de feiten juist heeft vastgesteld.

Het gaat bij al deze bevoegdheden ter aanvulling van de feiten **Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.** om discretionaire bevoegdheden van de rechter. Partijen kunnen de rechter uiteraard om toepassing verzoeken, maar gaat hij niet in op hun verzoek, dan wordt die beslissing – als die wordt aangevochten in hoger beroep – door de hogerberechtsrechter terughoudend getoetst.³⁶

In de bestuursrechtspraak doet zich sinds de inwerkingtreding van de Awb een gestage ontwikkeling voor waarin de rechter minder zelf onderzoek doet naar de feiten en meer aan de bewijsvoering door partijen overlaat. Hij benoemt bijvoorbeeld minder vaak een deskundige en baseert zijn uitspraak vaker op bewijs dat door partijen is geleverd.³⁷

De vraag naar het aanvullen van de feiten door de bestuursrechter rijst in het bijzonder in gevallen waarin het bestuursorgaan een door een (interne of externe) deskundige verricht feitenonderzoek aan het besluit ten grondslag heeft gelegd. Het is dan aan de appellant die tegen dat besluit opkomt, om dat onderzoek aan te vechten. Slaagt hij erin voldoende twijfel te zaaien over de juistheid of de volledigheid van het onderzoek, dan staat de rechter voor de keuze. Hij kan het bestreden besluit vernietigen omdat hij vindt dat het bestuursorgaan niet heeft voldaan aan zijn verplichting de nodige kennis te vergaren over de relevante feiten (art. 3:2 Awb) of dat het bestuursorgaan het besluit onvoldoende heeft gemotiveerd (art. 3:46/7:12 Awb). De rechter kan er ook voor kiezen een deskundige te benoemen om meer duidelijkheid te krijgen over de voor het besluit relevante feiten.

Het is mede afhankelijk van de taakopvatting van de rechter welke keuze hij maakt. Gaat hij ervan uit dat het feitenonderzoek deel uitmaakt van het ‘besluitvormingsprimaat’ van het bestuursorgaan, zal hij er toe neigen het besluit te vernietigen als hij er niet zeker van is dat het besluit is gebaseerd op een juiste vaststelling van de feiten. Heeft de rechter het ideaal van definitieve geschilbeslechting hoog in het vaandel staan, dan zal hij bij twijfel er eerder toe neigen een deskundige te benoemen. In de praktijk is vaak ook van belang of de appellant zijn standpunt dat de conclusies van het deskundigenonderzoek door het bestuursorgaan niet juist zijn, heeft onderbouwd met een eigen deskundigenonderzoek. Is dat het geval, dan vergroot dat de kans dat de rechter een deskundige zal benoemen.

Een belangrijke impuls voor de discussie over de vraag wanneer de bestuursrechter een deskundige moet benoemen, is het Korošec-arrest van het EHRM.³⁸ Daarin werd geoordeeld dat het beginsel van *equality of arms* en dus van art. 6 lid 1 EVRM was geschonden. Korošec, aan wie een voorziening voor professionele hulp in huis vanwege zijn arbeidsongeschiktheid was onthouden, had in de procedure bij de rechter niet de gelegenheid gekregen het deskundigenoordeel waarop het gemeentebestuur zich had gebaseerd te weerspreken, omdat de rechter zijn verzoek een deskundige te benoemen had afgewezen. Korošec was daarom niet in een vergelijkbare positie als zijn wederpartij, waarmee sprake was van schending van art. 6 EVRM, aldus het EHRM.

³⁵ Marseille & Wever 2022.

³⁶ Zie voor een voorbeeld van de toetsing door de Hoge Raad van een beslissing van het gerechtshof om een verzoek om toepassing van art. 8:50 Awb niet te honoreren: HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3270.

³⁷ Marseille 2004; Barkhuysen, Damen e.a. 2007; Schuurmans 2009; Schuurmans 2010; Van Ettehoven 2011, p. 296; Marseille e.a. 2015, Marseille & Wever 2019.

³⁸ EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212 (Korošec/Slovenia). Zie voor een analyse van die uitspraak Van Ettehoven 2016.

Sinds het arrest Korošec wordt in procedures bij de Nederlandse bestuursrechter regelmatig aangevoerd dat het beginsel van *equality of arms* eist dat de rechter een deskundige benoemt.³⁹ In twee uitspraken van 30 juni 2017 beslisten de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep hoe de bestuursrechter, in het licht van ‘Korošec’, moet beoordelen of het geboden is dat de rechter een medisch deskundige benoemt.⁴⁰

Essentieel in de overwegingen van beide instanties is dat de rechter moet bezien of de appellant voldoende mogelijkheden heeft gehad het rapport van de deskundige van het bestuursorgaan te betwisten, bijvoorbeeld door zelf medische stukken over te leggen. Is de conclusie dat geen sprake is geweest van *equality of arms* tussen bestuursorgaan en burger, dan moet de bestuursrechter waarborgen dat dit evenwicht wordt hersteld. Als de burger (medische) stukken overlegt, moet de bestuursrechter beoordelen of deze stukken een redelijke mogelijkheid voor de burger vormen om de rechter van zijn standpunt te overtuigen. Is dat niet het geval of als het de burger in redelijkheid niet kan worden tegengeworpen dat hij geen nadere medische stukken heeft ingediend, dan moet de bestuursrechter de burger compensatie voor diens bewijsnood bieden, bijvoorbeeld door een deskundige te benoemen.

De uitspraken van de Afdeling en de Centrale Raad hebben tot een stroom aan uitspraken geleid waarin bestuursrechters zich over de vraag buigen of ze een deskundige moeten benoemen. Bijna steeds is het antwoord ontkennend, omdat geoordeeld wordt dat de medische stukken die de burger heeft overgelegd voor hem een redelijke mogelijkheid vormen om de rechter van zijn standpunt te overtuigen.⁴¹ De winst van de beide uitspraken lijkt vooral dat de bestuursrechter een meer systematisch kader ter beschikking heeft ter beoordeling van verzoeken om met toepassing van art. 8:47 Awb een (medisch) deskundige te benoemen.⁴² Dat neemt niet weg dat in de literatuur de nodige kritiek is op de vertaling van het Korošec arrest naar de Nederlandse situatie, met name omdat het voor de burger die opkomt tegen een besluit dat op een medisch deskundigenrapport is gebaseerd, nog steeds heel moeilijk is de rechter aan zijn kant te krijgen zonder dat hij zelf met een deskundigenrapport komt.⁴³ De feitelijke ongelijkheid tussen bestuursorgaan en appellant (als het bestuursorgaan een gedegen deskundigenrapport aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd en de appellant stelt daar niet een gedegen rapport van een door hem zelf ingeschakelde deskundige tegenover, kiest de bestuursrechter de kant van het bestuursorgaan) is ondanks de Korošec-uitspraak van het EHRM ongewijzigd gebleven.

³⁹ Zie o.a. ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:973; CRvB 7 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:5095; Rb. Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9688. Van 11 juli 2017, dus na de hier geannoteerde uitspraken, is een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2017:7794) die, ‘gelet op het arrest *Korošec*’, een deskundige benoemt, terwijl appellant zelf een rapportage van een deskundige had ingebracht.

⁴⁰ CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226 en ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674. Zie over de toepassing daarvan Ouweland 2019.

⁴¹ Twee uitzonderingen: Rb. Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9597; Rb. Midden-Nederland 8 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3854.

⁴² Dat kader houdt in dat de rechter drie stappen zet. De eerste stap (‘zorgvuldige besluitvorming’) is dat het bestuursorgaan zich ervan vergewist dat het advies waarop het besluit is gebaseerd, zorgvuldig tot stand is gekomen en inzichtelijk en concludent is. De tweede stap (‘equality of arms’) betreft de vraag of de burger voldoende ruimte heeft gehad tot betwisting van de medische bevindingen. Is dat niet het geval, en kan de burger niet in redelijkheid worden tegengeworpen geen nadere medische stukken ter onderbouwing van zijn beroep te hebben ingediend dan moet de rechter de burger zo nodig compensatie voor deze bewijsnood bieden, bijvoorbeeld in de vorm van de benoeming van een onafhankelijke medisch deskundige. De derde en laatste stap (‘inhoudelijke beoordeling’) houdt in dat de rechter, als die geen deskundige benoemt, motiveert waarom hij zich op basis van de door partijen ingebrachte medische informatie voldoende in staat acht het tussen hen bestaande geschil te beslechten.

⁴³ Zie Brennikmeijer & Marseille 2021 en de noot van Koenraad en Faas bij CRvB 29 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:988, USZ 2021/260.

4. Ongelijkheidscompensatie

Het beginsel van ongelijkheidscompensatie houdt in dat de rechter die over een geschil tussen overheid en burger oordeelt, rekening moet houden met verschillen tussen de machtsposities van partijen (op het punt van bijvoorbeeld deskundigheid en financiële middelen). In samenhang hiermee dient de procedure gericht te zijn op het vinden van de materiële waarheid en een inquisitoir karakter te hebben.⁴⁴

Het beginsel van ongelijkheidscompensatie is voor de procedure bij de bestuursrechter met name uitgewerkt in art. 8:69 Awb.

- In art. 8:69 lid 1 Awb is te lezen dat de rechter uitspraak doet op grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Weliswaar volgt uit het bepaalde in art. 8:69 lid 1 Awb dat de omvang van het geschil waarover de rechter een oordeel moet geven in beginsel wordt bepaald door de omvang van het ingestelde beroep, en voorts dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten, maar dat neemt niet weg dat de wetgever de rechter een actieve rol heeft toebedacht bij het vaststellen van de omvang van het geschil. Zo wordt de rechter in de toelichting op artikel 8:69 Awb aangespoord de indiener van het beroep de gelegenheid te bieden zijn beroepsgronden nader toe te lichten. De rechter zal niet zonder meer mogen afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde grieven. Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift mag hij niet afleiden dat de indiener welbewust bepaalde aspecten van het besluit van toetsing door de rechter heeft willen uitsluiten. Het past bij de actieve rol van de bestuursrechter dat de indiener van het beroep de gelegenheid krijgt zich hierover nader uit te laten.⁴⁵
- In art. 8:69 lid 2 Awb is bepaald dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. Die bepaling verplicht de rechter om de argumenten van appellant geschikt te maken voor toetsing door er een juridische vertaling van te geven. Als in een beroep tegen de weigering van een omgevingsvergunning voor bouwen wordt aangevoerd dat iemand verderop in de straat wel een vergunning heeft gekregen voor precies hetzelfde bouwplan, zal de rechter dit argument juridisch vertalen door vast te stellen dat de appellant aanvoert dat het besteden besluit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Het komt ook voor dat de indiener zelf een beroepsgrond in de sleutel van een rechtsregel plaatst ('de weigering van de uitkering houdt in dat het bestuur onderscheid naar leeftijd heeft gemaakt, wat in strijd is met art. 1 van de Grondwet') en dat de rechter vervolgens het besluit niet alleen aan artikel 1 Gw toetst, maar ook aan artikel 14 EVRM en aan artikel 26 IVBPR, omdat ook die bepalingen relevante normen bevatten over het onderscheid naar leeftijd. De rechter die een juridische vertaling geeft van beroepsgronden, handelt volgens het adagium 'ius curia novit': de rechter kent het recht. Van indieners van beroep wordt niet geëist dat ze hun argumenten keurig in juridische termen naar voren brengen. Als ze het doen, is dat mooi meegenomen. Doen ze het niet, of verkeerd, dan zorgt de rechter voor vertaling of correctie.

⁴⁴ PG Awb II, p. 172-174.

⁴⁵ PG Awb II, p.463. Voor zover dat zou betekenen dat sprake is van nieuwe gronden ten opzichte van de door de appellant in zijn beroepschrift aangevoerde gronden, geldt dat de goede procesorde de begrenzing vormt van de mogelijkheid voor de appellant om in de loop van de procedure met nieuwe beroepsgronden te komen. Zie: ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3298.

- In art. 8:69 lid 3 Awb is bepaald dat de rechter de feiten kan aanvullen.

Het is de vraag in hoeverre art. 8:69 Awb daadwerkelijk voor ongelijkheidscompensatie zorgt. Art. 8:69 lid 3 Awb betreft een discretionaire bevoegdheid van de rechter, waardoor de bijdrage van die bepaling aan de ongelijkheidscompensatie sterk afhankelijk is van de (nauwelijks door jurisprudentie genormeerde) keuzes van de bestuursrechter. Dat art. 8:69 lid 3 Awb zeer spaarzaam wordt ingezet ter compensatie van de ongelijkheid tussen partijen zagen we hiervoor, in paragraaf 3.5. Het derde lid van art. 8:69 Awb wordt vaak gezien als een relevante bepaling om het onderscheid tussen de bestuursrechter en de civiele rechter te duiden, omdat de civiele rechter de feitelijke gronden van het geschil niet mag aanvullen. Belangrijk is evenwel dat in de bestuursrechtspraak is uitgemaakt dat de bevoegdheid van de bestuursrechter om de feiten aan te vullen ziet op het bewijs voor de stellingen en feiten die – op grond van art. 8:69 lid 1 Awb – behoren tot de omvang van het geschil.

De bijdrage van art. 8:69 lid 2 Awb aan ongelijkheidscompensatie lijkt op het eerste gezicht groter, met name omdat op grond van de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters tamelijk duidelijk beeld naar voren komt van hoe ver de verplichting van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen strekt. Wel is duidelijk dat art. 8:69 lid 2 Awb niet *an sich* een belangrijk onderscheid betekent tussen de (rol van de) bestuursrechter en de civiele rechter; ook de civiele rechter is immers verplicht de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 WvBRv).

Uit de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters blijkt dat het aanvullen van rechtsgronden betrekking heeft op het hele objectieve recht (met als beperking dat dit wel moet aansluiten op de grondslag van het geschil. Er wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen dwingend recht en regelend recht. Partijen bepalen in het bestuursprocesrecht weliswaar zelf welke twistpunten binnen het geschil vallen, maar als dat eenmaal vaststaat, kan de rechter niet op hun verzoek een deel van het toepasselijke recht buiten toepassing laten. De aanvulling van rechtsgronden omvat ook een beoordeling van de rechtsgeldigheid van de algemeen verbindende voorschriften die in het geding aan de orde zijn. De rechter toetst zo nodig of deze algemeen verbindende voorschriften verbindend zijn in het licht van hogere regels.⁴⁶ Voor beleidsregels geldt dat niet. Die worden niet aangemerkt als ‘recht’ in de zin van art. 8:69 lid 2 Awb. De rechter toetst aan beleidsregels alleen als zij in het besluit of in rechte aan de orde zijn gesteld. Beleidsregels worden dus door de rechter niet aanvullend, in het kader van het aanvullen van de rechtsgronden toegepast.⁴⁷

De aanvulling van rechtsgronden blijft doorgaans beperkt tot het beroep van de eiser. Die moet zijn beroep onderbouwen door aan te geven waarom hij het niet eens is met het bestreden besluit. De rechter moet daarop de relevante rechtsregels toepassen. Daarmee ‘helpt’ de rechter in zekere zin de eisende partij, uitgaande van het principe dat de rechter geacht wordt het recht te kennen en zelfstandig de juiste rechtsregels toe te passen. Voor het omgekeerde, het ‘helpen’ van het verwerende bestuursorgaan, is veel minder ruimte. Dat komt doordat de rechter de rechtsgronden van het bestreden besluit niet mag aanvullen.⁴⁸ Hij moet immers toetsen of het bestuursorgaan bij het voorbereiden, de inhoud en het motiveren van het besluit het recht goed heeft toegepast. Constateert hij dat dit niet het geval is, dan moet hij in beginsel het besluit vernietigen. Het bestuursorgaan moet dan meestal zelf een nieuw besluit nemen en daarbij moet het de geconstateerde rechtmatigheidsgebreken herstellen. Het is niet de taak van de rechter om dit van het bestuursorgaan over te nemen.

Hoe groot de bijdrage is van art. 8:69 lid 1 Awb aan de ongelijkheidscompensatie, is voor een belangrijk deel afhankelijk van het optreden van de rechter ter zitting. De rechter kan zich daar (relatief) actief of passief opstellen. *Actief*, door met de appellant in gesprek te gaan over de vraag wat hij met zijn beroep

⁴⁶ ABRvS 9 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5921 en ABRvS 6 september 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7588. In ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7634 onderzoekt de rechter zelfstandig of een bestemmingsplanvoorschrift, over de toepasselijkheid waarvan onenigheid bestaat, rechtsgeldig is.

⁴⁷ ABRvS 27 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG7991; Ortlep 2004.

⁴⁸ De Bock 2004, p. 47. Voorbeeld: ABRvS 31 januari 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3706.

beoogt en door zo nodig de in zijn beroepschrift geformuleerde beroepsgronden zodanig ruim op te vatten, dat overeenstemming kan worden aangenomen tussen wat de rechter ter zitting van de appellant hoort over het doel van zijn beroep en de weergave daarvan in de in het beroepschrift geformuleerde beroepsgronden. *Passief*, door dat gesprek met appellant ter zitting niet of nauwelijks te voeren. Bij gebreke aan recent onderzoek naar het optreden van de bestuursrechter ter zitting is onbekend hoe bestuursrechters in de praktijk invulling geven aan de bij de toelichting op art. 8:69 lid 1 Awb geformuleerde opdracht van de wetgever om in gesprek met de appellant te achterhalen wat hij met zijn beroep beoogt.

5. Mogelijkheden van het bestuursorgaan om gebreken in zijn besluit te repareren

5.1 Inleiding

Een bestuursorgaan dat van de rechtbank verneemt dat beroep is ingesteld tegen een besluit dat het heeft genomen, zal zich afvragen wat de overlevingskansen van zijn besluit in de procedure bij de bestuursrechter zijn. Is het bestuursorgaan er zeker van dat diens besluit de toetsing door de bestuursrechter zonder meer zal doorstaan, dan zal het kunnen volstaan met het aan de rechtbank toezenden van alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Is het bestuursorgaan minder zeker van zijn zaak, dan zal het in ieder geval van gebruik maken van de mogelijkheid een verweerschrift in te dienen om te reageren op de in het beroepschrift tegen het besluit aangevoerde beroepsgronden. Denkbaar is echter ook het besluit zelf van een betere motivering te voorzien, nader bewijs te leveren ter onderbouwing van zijn standpunt over de feiten of een gewijzigd besluit voor het bestreden besluit in de plaats te stellen.

Het is de vraag wat de gevolgen van al deze mogelijke acties zijn voor het verloop en de uitkomst van de procedure. Bij de beantwoording van die vraag moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de vraag wat die acties van het bestuursorgaan betekenen voor de beslissing van de rechter en anderzijds de vraag tot op welk moment in de procedure het bestuursorgaan met nadere argumenten en/of bewijsmiddelen kan komen. Voor het antwoord op die tweede vraag zijn de eisen van de goede procesorde van betekenis. Voor het antwoord op de eerste vraag is met name van belang in welke mate relativering mogelijk is van het uitgangspunt dat de rechter de rechtmatigheid van het besluit *ex tunc* – naar het moment dat het besluit werd genomen – beoordeelt, omdat dat bepaalt hoe zeer de rechter het (on)aanvaardbaar vindt dat het bestuursorgaan tijdens de rit (van de procedure bij de rechter) nog allerlei reparaties pleegt aan het bestreden besluit.

In deze paragraaf besteden we achtereenvolgens aandacht aan de reparatiemogelijkheden van onvolkomen besluiten die het bestuursorgaan in de procedure bij de bestuursrechter heeft (par. 5.2, waarin we ingaan op het door de vingers zien van gebreken in het besluit door de rechter (par. 5.2.1), het in stand laten van de rechtsgevolgen van vernietigde besluiten door de rechter (par. 5.2.2), herstel van gebreken in besluiten van het bestuursorgaan door toepassing van de bestuurlijke lus (par. 5.2.3) en de mogelijkheid die het bestuursorgaan heeft om zijn besluit hangende de procedure te wijzigen of in te trekken (par. 5.2.4) en de goede procesorde als grens van de mogelijkheden van het inbrengen van gedingstukken door het bestuursorgaan (par. 5.3).

5.2 Reparatiemogelijkheden

De procedure bij de bestuursrechter biedt de rechter een uitgebreid instrumentarium om passend/geruanceerd te reageren op acties van het bestuursorgaan om tijdens de procedure het bestreden besluit te verbeteren of te wijzigen.

Voor wat betreft het aanbrengen van verbeteringen zijn drie situaties te onderscheiden. Betreffen de 'verbeteringen' niet meer dan het verduidelijken van het besluit in reactie op door de appellant aangevoerde argumenten, en is de conclusie van de rechter dat het besluit rechtmatig is, dan zal de rechter de verduidelijkingen van het bestuursorgaan in dank aanvaarden en het beroep tegen het besluit ongegrond verklaren.

Een tweede situatie is aan de orde als uit de verbeteringen die het bestuursorgaan aan diens besluit aanbrengt blijkt dat het oorspronkelijke besluit de schending inhoudt van een (on)geschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel maar tevens aannemelijk is dat er geen sprake van is dat belanghebbenden zijn benadeeld door die schending. In dat geval kan het besluit, ondanks die schending, aan vernietiging ontkomen, zo blijkt uit art. 6:22 Awb.

Een derde situatie is aan de orde als de gebreken aan het besluit dermate groot zijn, dat vernietiging van het besluit onontkoombaar is, maar de rechter van oordeel is dat, met toepassing van art. 8:72 lid 3 onder a Awb, de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand kunnen worden gelaten.

Een vierde situatie houdt in dat de gebreken aan het besluit dermate groot zijn, dat vernietiging van het besluit onontkoombaar is, maar dat de rechter het bestuursorgaan de gelegenheid stelt de gebreken in diens besluit te herstellen. In dat geval is sprake van toepassing van de bestuurlijke lus door de rechter.

Ten slotte is denkbaar dat het bestuursorgaan tot de conclusie komt dat zijn besluit onherstelbaar gebrekig is en gebruik maakt van zijn bevoegdheid zijn besluit te wijzigen. De vraag is dat wat de wijziging van dat besluit betekent voor het verloop van de procedure tegen het oorspronkelijke besluit.

Op de mogelijkheid van de bestuursrechter om met toepassing van art. 6:22 Awb ten behoeve van het bestuursorgaan gebreken in diens besluit te passeren, om de rechtsgevolgen van een door hem vernietigd besluit in stand te laten of om de bestuurlijke lus toe te passen, alsmede op de mogelijkheid van het bestuursorgaan een gewijzigd besluit in het spel te brengen, gaan we hieronder nader in.

5.2.1 Het passeren van gebreken in het bestreden besluit

Wanneer is sprake van een situatie waarin de rechter gebreken in een besluit door de vingers kan zien, door toepassing te geven aan art. 6:22 Awb?

Voorwaarde voor toepassing is dat 'aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld'. De bepaling betreft een discretionaire bevoegdheid van de bestuursrechter. Komt de rechter tot de conclusie dat de schending van een rechtsnorm door het bestuursorgaan bij het nemen van het bestreden besluit kan worden gepasseerd, dan kan hij het beroep op dat punt ongegrond verklaren.

Tot 2013 was de mogelijkheid om rechtmatigheidsgebreken te passeren op grond van art. 6:22 Awb beperkt tot gevallen waarin een 'vormvoorschrift' was geschonden. Deze beperking tot formele gebreken is echter vervallen, zodat ook de schending van materiële normen gepasseerd kan worden als aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Uit evaluatieonderzoek dat na de wijziging van art. 6:22 Awb is uitgevoerd, blijkt dat de rechter art. 6:22 Awb, behalve voor het passeren

van formele gebreken, in een beperkt aantal gevallen nu ook gebruikt om de schending van materiële rechtsnormen te passeren.⁴⁹

Zo heeft de rechter formele gebreken die de motivering van een besluit, de terinzagelegging van stukken en de kennisgevings- en publicatieverplichtingen betreffen, gepasseerd met gebruikmaking van het nieuwe art. 6:22 Awb.⁵⁰ Voorbeelden van materiële gebreken die in de jurisprudentie worden gepasseerd, zijn gebreken in de bevoegdheid van het bestuursorgaan om het bestreden besluit te nemen en het ontbreken van een standaardvoorwaarde in een verleende kapvergunning.⁵¹

Omdat een schending van een materiële norm vaak meebrengt dat een inhoudelijk ander besluit moet worden genomen, zal bij schending van een materiële norm niet snel kunnen worden aangenomen dat de belanghebbenden door de schending niet zijn benadeeld. Van het passeren van het gebrek kan dan geen sprake zijn.

Wat in de formulering van art. 6:22 Awb niet is veranderd, is de verwijzing naar 'de belanghebbenden'. Daaronder vallen alle belanghebbenden in de zin van art. 1:2 Awb, ook als zij niet in beroep zijn gegaan. Derden kunnen bijvoorbeeld zijn benadeeld door een schending van regels voor de bekendmaking en mededeling van (ontwerp)besluiten, omdat zij daardoor mogelijk niet op tijd van het besluit hebben kennisgenomen.⁵² Als een belanghebbende die zelf niet mee procedeedt, mogelijk benadeeld wordt door het passeren van een gebrek in het besluit, dan kan dat gebrek niet worden gepasseerd.⁵³

Voorwaarde voor het mogen passeren van rechtmatigheidsgebreken is dat *aannemelijk* is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Tot 2013 gold dat moest zijn *gebleken* dat de belanghebbenden niet waren benadeeld. Omdat vaak niet met volledige zekerheid kan worden vastgesteld dat niemand was benadeeld, is de voorwaarde gewijzigd. In het huidige art. 6:22 Awb is daarom bepaald dat 'aannemelijk' is dat belanghebbenden niet zijn benadeeld.

Een duidelijk geval waarin een belanghebbende niet is benadeeld, is dat waarin het geschonden voorschrift processuele belangen beoogt veilig te stellen, die de belanghebbende, ondanks de schending, zelf heeft weten te behartigen. Denk aan een voorschrift dat de strekking heeft aan belanghebbenden de mogelijkheid van beroep duidelijk te maken. De schending van zo'n voorschrift behoeft niet tot vernietiging te leiden indien de belanghebbenden desondanks beroep hebben ingesteld.⁵⁴

Bestuursrechters handelen tegenwoordig vaak naar de strekking van art. 6:22 Awb. Dat doen zij vooral door ter zitting met partijen te bespreken wat de consequenties van een vernietiging zouden zijn. Als blijkt dat in het concrete geval een vernietiging geen ander inhoudelijk resultaat zal opleveren, maar wel voor vertraging zal zorgen doordat na de vernietiging een nieuw besluit moet worden genomen, zijn partijen vaak geneigd om de desbetreffende beroepsgrond in te trekken. In de uitspraak van de rechter vindt men daar meestal niets over, maar er is dan wel gehandeld naar de strekking van art. 6:22 Awb.⁵⁵

⁴⁹ Nijmeijer, Schueler 2015.

⁵⁰ Zie respectievelijk o.a. ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1782, ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:353 en ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3725.

⁵¹ Zie respectievelijk o.a. ABRvS 15 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4692 en ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2833. Zie verder Nijmeijer, Schueler e.a. 2015, p. 94 e.v.

⁵² ABRvS 27 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1861; Vz. ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AN5163.

⁵³ Aldus uitdrukkelijk de regeringscommissaris bij de behandeling in de Eerste Kamer: *Handelingen EK 2012-2013*, 12-20-129. Over het nieuwe artikel: Jurgens 2011 en Zijlstra 2006.

⁵⁴ ABRvS 13 februari 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AH6244. Zie ook ABRvS 13 februari 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AL5572. Het moet dan wel om een situatie gaan waarin alle derde-belanghebbenden (of dat er een of meerdere zijn) beroep hebben ingesteld.

⁵⁵ Schueler, Drewes e.a. 2007.

In dit verband is ook relevant dat art. 6:22 Awb past in de ontwikkeling die het bestuursprocesrecht doormaakt van objectieve rechtmatigheidscontrole naar individuele rechtsbescherming. Het enkele feit dat een besluit een rechtmatigheidsgebrek vertoont, is niet meer steeds voldoende om een vernietiging ervan te kunnen dragen. Die vernietiging mag achterwege blijven indien aannemelijk is dat de belanghebbenden niet zijn benadeeld. In dat geval is er, vanwege het uitgangspunt van individuele rechtsbescherming, geen reden om het besluit te vernietigen.

Art. 6:22 Awb past ook in het streven naar definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht. Dat wordt vooral duidelijk als men bedenkt dat uitspraken van de bestuursrechter lang niet altijd doordringen tot de kern van het materiële geschil. Uit het recht volgt in veel gevallen niet welk besluit moet worden genomen, maar alleen aan welke eisen een door het bestuur te maken keuze moet voldoen. Een (kale) vernietiging leidt na de uitspraak vaak tot een nieuw besluit met dezelfde inhoud en strekking als het vernietigde besluit. Dat helpt degene die in beroep is gekomen meestal niet verder. Na de vernietiging wordt het geschil voortgezet, nu over het nieuwe besluit. Er kunnen dan allemaal nieuwe twistpunten tussen partijen ontstaan. Deze voortzetting en uitbreiding van het geschil kan als overbodig worden ervaren als de rechter al op het moment van de vernietiging had kunnen vaststellen dat herstel van het gebrek niet tot een besluit met een andere uitkomst zou (kunnen) leiden. Art. 6:22 Awb kan zo'n nieuwe ronde bij de bestuursrechter, en daarmee verdere juridisering van het geschil, voorkomen.

5.2.2 Vernietigen, maar de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laten

Wanneer is sprake van een situatie waarin de rechter met toepassing van art. 8:72 lid 3 onder a Awb de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand kan laten? Vaak betreft het een situatie dat het bestreden besluit moet worden vernietigd omdat het een rechtmatigheidsgebrek vertoont, terwijl tegelijkertijd duidelijk is dat het herstel van dat gebrek zal leiden tot een besluit de precies dezelfde rechtsgevolgen heeft.

Bij de beslissing om de gevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten moet de rechter voorkomen dat hij op de stoel van het bestuur gaat zitten. Als het bestuursorgaan na de vernietiging nog veel handelingsalternatieven heeft, omdat het vernietigde besluit de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid betreft, zou een uitspraak die inhoudt dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven de keuzevrijheid van het bestuursorgaan teniet kunnen doen. Maar dat is uiteraard geen probleem als het bestuursorgaan het besluit het liefst zo laat als het is.⁵⁶

Er zijn allerlei gevallen waarin een bestuursorgaan na de vernietiging een identiek besluit kan en wil nemen en er dus reden is de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.

Te denken valt aan vernietigingen op formeel-procedurele gronden, waarna een formeel verbeterd besluit met inhoudelijk identieke gevolgen kan worden genomen. Is duidelijk dat het bestuur het vernietigde besluit qua gevolgen zal handhaven, of zelfs zal moeten handhaven, dan kan de rechter het geschil meteen beslechten door de gevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.⁵⁷

Het dictum 'in stand laten van de rechtsgevolgen' wordt regelmatig gebruikt in de situatie dat het bestreden besluit moet worden vernietigd omdat het besluit een draagkrachtige motivering ontbeert maar het, vanwege de nadere onderbouwing door het bestuursorgaan in de procedure bij de rechter, inhoudelijk wel correct is.⁵⁸ In de nadere motivering kunnen ook nadere bewijsmiddelen voor de door het bestuursorgaan

⁵⁶ Polak 2011.

⁵⁷ Zie over de mate waarin van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, Schueler, Drewes e.a. 2007 en Marseille & Van der Heide 2008.

⁵⁸ ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0806Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.; ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248; CRvB 14 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BK9293.

gestelde feiten zijn gebruikt. Denk ook aan een geval waarin het bestuursorgaan alsnog aan de rechter duidelijk maakt hoe de belangenafweging in een concreet geval heeft plaatsgevonden.⁵⁹ Voor het in stand laten van de rechtsgevolgen is ook aanleiding als het bestuursorgaan de verkeerde wettelijke regeling heeft toegepast, terwijl toepassing van de juiste regeling tot een zelfde resultaat leidt.⁶⁰

In het verleden was voor het in stand laten van de rechtsgevolgen vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is. Met de toegenomen aandacht van de bestuursrechter voor definitieve geschilbeslechting ziet de rechter vaker ruimte om de rechtsgevolgen in stand te laten.⁶¹ Een standaardoverweging van de Afdeling bestuursrechtspraak luidt als volgt:

‘Ingeval een besluit wordt vernietigd, dient de rechtbank de mogelijkheden van finale beslechting van het geschil te onderzoeken, waarbij onder meer aan de orde is of er aanleiding is om met toepassing van art. 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...), is voor het in stand laten van de rechtsgevolgen niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is. In een geval als het onderhavige, waarin een besluit wegens het ontbreken van een deugdelijke belangenafweging is vernietigd, kan er, mede gelet op de beleidsvrijheid waarover het bestuursorgaan beschikt, uit een oogpunt van proceseconomie aanleiding zijn om de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten indien het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluit en alsnog de vereiste belangenafweging heeft gemaakt en de andere partijen zich daarover in voldoende mate hebben kunnen uitlaten. Daarbij is beslissend of de inhoud van het vernietigde besluit na de alsnog kenbaar gemaakte belangenafweging de rechterlijke toets kan doorstaan.’⁶²

Uit dit citaat blijken twee belangrijke voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheid de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten. Ten eerste moeten de andere partijen zich voldoende over de nieuwe beslissing en/of de nieuwe onderbouwing hebben kunnen uitlaten; deze voorwaarde vloeit voort uit het beginsel van hoor en wederhoor en het verdedigingsbeginsel. Ten tweede is beslissend of de nieuwe beslissing en/of de nieuwe onderbouwing de rechterlijke toetsing kan doorstaan. De reden: de uitkomst van de procedure moet uiteraard aan de eisen van het recht voldoen.

5.2.3 Toepassing bestuurlijke lus

Als de gebreken aan het besluit dermate groot zijn, dat vernietiging van het besluit onontkoombaar is, kan de rechter het bestuursorgaan door toepassing van de bestuurlijke lus (art. 8:51a en 8:80a lid 1 Awb) de gelegenheid bieden de gebreken in diens besluit te herstellen. De rechter doet dan een tussenuitspraak waarin hij aangeeft waarom hij het besluit gebrekkig acht en op welke punten herstel geboden is. Hij stelt het bestuursorgaan vervolgens in de gelegenheid die gebreken binnen een in de uitspraak vermelde termijn te herstellen.

Het bestuursorgaan moet vervolgens beslissen of het op het aanbod van de rechter ingaat (art. 8:51b lid 1 Awb). Doet het bestuur dit niet, dan zal de rechter het besluit vernietigen. Aanvaardt het bestuur het aanbod van de rechter, dan moet het proberen de gebreken in het besluit zodanig te herstellen dat de rechter tevreden is. De herstelpoging kan verschillende aspecten van het besluit betreffen. Zo kan het bestuur het besluit van een uitvoeriger motivering voorzien, kan het nader onderzoek doen naar de feiten of bepaalde aan het besluit verbonden voorschriften wijzigen. Het herstel kan uitmonden in

⁵⁹ ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6401; Polak 2011.

⁶⁰ ABRvS 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7193.

⁶¹ ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2565; ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248.

⁶² ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6401. Ander voorbeeld: ABRvS 15 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2843.

een gewijzigd besluit of in een schriftelijk stuk waarin het bestuur beredeneert welk besluit het met de kennis van nu destijds had genomen.⁶³

De reactie van het bestuursorgaan wordt voorgelegd aan de andere bij het geding betrokken partij(en) (art. 8:51b lid 3 Awb), waarna de rechter einduitspraak doet. In het beste geval concludeert de rechter dat de herstelpoging van het bestuur geslaagd is. De einduitspraak van de rechter betekent dan de definitieve beslechting van het geschil.

De bestuurlijke lus is in 2010 in de Awb opgenomen. De invoering ervan heeft geleid tot discussie – die nog niet is verstomd – over de vraag of geen sprake is van ongelijkheid van proceskansen tussen burger en bestuursorgaan. Door toepassing van de bestuurlijke lus biedt de rechter het bestuursorgaan immers de kans gebreken in zijn besluit te herstellen. Een tegenhanger, in de vorm van een ‘burgerlijke lus’, kent de Awb echter niet.⁶⁴ In de praktijk ontplooit de rechter vaker activiteiten die kunnen worden gezien als het helpen van het bestuursorgaan dan activiteiten die als hulp aan de burger kunnen worden beschouwd.⁶⁵ Illustratief voor het gevoel van ongelijkheid dat de burger kan bekruipen bij de toepassing van de bestuurlijke lus is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin een burger in reactie op toepassing van de bestuurlijke lus aan de Afdeling vraagt of hij dan in de gelegenheid kan worden gesteld zijn beroepsgronden aan te vullen.⁶⁶ De uitleg van de Afdeling waarom dat niet kan, is, bekeken vanuit het systeem van de Awb, overtuigend.⁶⁷ Dat doet echter niet af aan het gevoel van ongelijke behandeling dat de burger ervaart. Het lijkt met name de taak van de rechter ter zitting om dat weg te nemen. De rechter zou, voordat hij eventueel de bestuurlijke lus toepast over een motiveringsgebrek, met de burger de zwakke plekken in zijn beroepschrift moeten bespreken zodat de burger kan beslissen of hij deze wil verbeteren.⁶⁸ Daartoe kan de rechter het vooronderzoek na de zitting hervatten (art. 8:64 en 8:68 Awb).

5.2.4 Wijziging van het bestreden besluit hangende de procedure

Als een bestuursorgaan bevoegd is een besluit in te trekken of te wijzigen, kan het die bevoegdheid ook gebruiken als tegen dat besluit of beroep bij de bestuursrechter is ingesteld. Bestuursorganen maken regelmatig gebruik van die bevoegdheid.

Het bestuursorgaan kan bijvoorbeeld bij nader inzien tot de conclusie komen dat het bestreden besluit een fout bevat, die kan worden hersteld door het besluit te wijzigen. De aanleiding kan zijn gelegen in wat de appellant tijdens de procedure naar voren brengt. Zo kan tijdens de procedure tegen een besluit over een arbeidsongeschiktheidsuitkering een nieuw medisch rapport wordt opgesteld waaruit een ander beeld van de gezondheidstoestand van de appellant (op de voor het bestreden besluit relevante datum) naar voren komt. Als dit met terugwerkende kracht tot een verhoging van de uitkering zou moeten leiden, is het uiteraard niet redelijk om daarmee langer te wachten dan nodig is.

Reden een besluit te wijzigen kan ook zijn dat het bestuursorgaan de verhouding met de appellant goed wil houden. Burgers en bedrijven onderhouden vaak een langdurige relatie met een bestuursorgaan. Een beroepsprocedure kan goede verhoudingen verstoren. Partijen zijn daarom regelmatig al tijdens de procedure op zoek naar oplossingen voor hun geschil. Zo’n oplossing kan soms worden bereikt door wijziging van het bestreden besluit.

⁶³ Toepassing van de bestuurlijke lus impliceert dat het beroep tegen het oorspronkelijke besluit gegrond is en dat dit derhalve door de rechter wordt vernietigd. Resulteert toepassing van de bestuurlijke lus in een gewijzigd besluit van het bestuursorgaan, dan toetst de rechter of dit besluit rechtmatig is.

⁶⁴ Deze is wel opgenomen in het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb. Zie: *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763 en bijlagen.

⁶⁵ Marseille & Wever 2019.

⁶⁶ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:997, AB 2016/221 m.nt. Ortlep.

⁶⁷ Marseille 2019.

⁶⁸ Verburg 2019.

Het wijzigen van het bestreden besluit hangende de procedure bij de rechter kan tot complicaties in de procedure leiden. Om die reden werd in het verleden wel het standpunt ingenomen dat het een bestuursorgaan in beginsel niet zou zijn toegestaan om het besluit hangende beroep te wijzigen. Zo'n verbod zou echter de besluitvorming gedurende de procedure bevriezen, wat ook in het nadeel van belanghebbende burgers kan zijn. Immers, een gewijzigd besluit kan zorgen voor een verbetering (of verslechtering) van de rechtspositie van een of meer van de bij de procedure betrokken burgers.

De wet bevat een procedurele regeling in art. 6:19 Awb. In deze bepaling, die overigens ook ziet op de bezwaarprocedure, is sprake van een nieuw besluit dat tijdens de procedure geheel of gedeeltelijk in de plaats komt van het oude besluit. Doel van de regeling van art. 6:19 Awb is dat de beoordeling van het oude besluit en de beoordeling van het nieuwe besluit zo veel mogelijk in dezelfde procedure plaatsvinden.

De wettelijke regeling gaat ervan uit dat een besluit tijdens de procedure kan worden ingetrokken, gewijzigd of vervangen, als dat ook zou hebben gekund als er geen procedure aanhangig zou zijn. Art. 6:19 Awb formuleert het als volgt: 'Het bezwaar of beroep heeft van rechtswege mede betrekking op een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging van het bestreden besluit, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben.'

Het is niet uitgesloten dat het bestreden besluit hangende bezwaar of beroep wordt gewijzigd, ingetrokken of vervangen ten nadele van de appellant. Het verbod van 'reformatio in peius' (de appellant mag door het instellen van beroep niet in een slechtere rechtspositie komen) verzet zich daar niet tegen, omdat de bevoegdheid tot wijziging of intrekking niet afhangt van het ingestelde beroep.⁶⁹

Doordat in art. 6:19 lid 1 Awb is bepaald dat het beroep tegen het oude besluit van rechtswege tevens is gericht tegen het nieuwe besluit wordt voorkomen dat de appellant een aparte procedure moet starten als hij het niet eens is met het nieuwe besluit. Het oude en het nieuwe besluit hangen zo nauw samen, dat zij in het belang van een efficiënte en tijdige geschilbeslechting in dezelfde procedure moeten kunnen worden beoordeeld.⁷⁰

Toepassing van art. 6:19 Awb is alleen mogelijk als het nieuwe besluit kan worden aangemerkt als een wijzigings-, intrekings- of vervangingsbesluit. Dit is het geval als in het nieuwe besluit sprake is van 'een nadere standpuntbepaling, waarbij het gaat om een herhaald gebruik van dezelfde bevoegdheid door hetzelfde bestuursorgaan ten aanzien van dezelfde feitelijk situatie en waarbij wordt gebleven binnen de grondslag en de reikwijdte van het aanvankelijke besluit'.⁷¹

Deze in de rechtspraak gehanteerde eisen stellen een aantal grenzen aan de toepassing van art. 6:19 lid 1 Awb. In essentie komt het er op neer dat alleen sprake is van een intrekking, wijziging of vervanging in de zin van art. 6:19 Awb, als het bestuursorgaan terugkomt van het bestreden besluit. Dat is niet aan de orde wanneer het een nieuw besluit neemt op grond van een andere wettelijke bevoegdheid dan die waarop het oude besluit was gebaseerd. Ook is van een terugkomen van het oude besluit geen sprake als een nieuw besluit wordt genomen op basis van een gewijzigde feitelijke situatie. Van een terugkomen van het oude besluit is in beginsel ook geen sprake als het nieuwe besluit is genomen op een nieuwe aanvraag en het oude besluit in

⁶⁹ ABRvS 16 mei 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AH6994. Blijkens CRvB 19 juli 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7177 denkt de Centrale Raad er anders over.

⁷⁰ Volgens CRvB 10 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP0687 en ABRvS 25 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3852 is de consequentie wel dat als het hoger beroep niet-ontvankelijk is, het beroep van rechtswege tegen het nieuwe besluit ook niet-ontvankelijk is. Het niet voor alle zekerheid opnieuw in (hoger) beroep komen brengt dus risico's met zich mee.

⁷¹ Omschrijving ontleend aan Westland & De Poorter 2015. Zie ook ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2854, en – met uitgebreide verwijzingen naar jurisprudentie – Schreuder-Vlasblom 2017, par. 4.2.4.2.

stand wordt gelaten.⁷² In die gevallen wordt een nieuw primair besluit genomen, waartegen desgewenst afzonderlijk moet worden opgekomen en dat dus niet wordt meegenomen in de lopende procedure.

Na wijziging van het besluit is het de vraag of het nog wel zin heeft om het oude besluit te beoordelen.⁷³ Het geldt immers niet meer. Art. 6:19 lid 6 Awb bepaalt echter dat de intrekking of vervanging van het bestreden besluit niet in de weg staat aan de vernietiging van dat besluit als de indiener van het bezwaar- of beroepschrift daarbij belang heeft. Een belang kan zijn gelegen in het feit dat de appellantschade heeft geleden door het oorspronkelijke besluit. Met de vernietiging van dit besluit komt vast te staan dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld door dat besluit te nemen.

5.3 De goede procesorde als grens voor het in een laat stadium inbrengen van gedingstukken

Het begrip 'goede procesorde' ziet op de 'behoorlijkheid' van het proces (met name: hoor en wederhoor) én op de 'ordelijkheid' ervan het (met name: voortvarendheid en betrouwbaarheid).⁷⁴

Partijen kunnen de goede procesorde schaden als zij onnodig laat met nadere stukken of nieuwe beroepsgronden komen.⁷⁵ Voor de positie van het bestuursorgaan in de procedure bij de bestuursrechter is met name van belang wat de mogelijkheden zijn om in de loop van de procedure *nadere stukken* in te dienen. Van belang is art. 8:58 Awb, dat bepaalt dat partijen tot tien dagen voor de zitting nadere stukken kunnen indienen.⁷⁶ Volgens de jurisprudentie moet onder 'nadere stukken' van de eiser worden verstaan 'stukken ter toelichting van de eerder voorgedragen beroepsgronden'.⁷⁷ Het gaat om een nadere toelichting of uitwerking van eerder ingenomen standpunten of aan bewijs ter onderbouwing daarvan. Art. 8:58 Awb strekt ertoe dat de rechter binnen het kader van de goede procesorde wel de mogelijkheid heeft stukken die binnen tien dagen voor de zitting of pas ter zitting zijn ingediend, in de procedure toe te laten.⁷⁸ Worden nadere stukken te laat ingediend, bijvoorbeeld ter zitting of kort voor de zitting, dan moet van geval tot geval worden bekeken of de goede procesorde zich ertegen verzet dat zij in de beoordeling worden betrokken. Gekeken moet worden naar het procesbelang van de wederpartij, de reden voor de late indiening van de stukken en of de stukken een ander licht op de zaak kunnen werpen.

De goede procesorde kan ook betekenis hebben voor het verstrijken van de tiendagentermijn van art. 8:58 Awb. Het halen van die termijn garandeert niet dat alle ingediende stukken bij het oordeel van de rechter zullen worden betrokken. Worden bijvoorbeeld kort voor het verstrijken van de tiendagentermijn omvangrijke stukken ingediend, dan kan dat voor de rechter een reden zijn om deze niet bij de procedure te betrekken, tenzij de indiener aannemelijk maakt dat hij ze niet eerder had kunnen indienen.⁷⁹ Daarbij speelt een rol of de wederpartij voldoende gelegenheid heeft gehad om zich tegen de nadere stukken te verweren. Of dat zo is, wordt door de rechter beoordeeld binnen het (vage) kader van de goede procesorde. Zijn benadering daarbij is casuïstisch.⁸⁰ Dit komt de rechtszekerheid tijdens

⁷² CRvB 28 november 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB9311; ABRvS 17 maart 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO5712. Ook een buiten de procedure om gedaan verzoek om terug te komen op een besluit is de aanzet tot een nieuwe, afzonderlijke procedure: CRvB 28 april 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT5790.

⁷³ Indien de 'vervanging' van het bestreden besluit uitsluitend geschiedt naar aanleiding van een vernietigingsuitspraak, rijst niet de vraag of het oude besluit nog moet worden -beoordeeld. Dat oude besluit is dan immers al beoordeeld en vernietigd. Als de 'vervanging' geschiedt in het kader van de bestuurlijke lus, kan wel de vraag rijzen in hoeverre het oude besluit nog moet worden beoordeeld.

⁷⁴ De Waard 2001.

⁷⁵ ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3298.

⁷⁶ De stukken moeten uiterlijk zijn ingediend op de elfde kalenderdag voor de zitting.

⁷⁷ ABRvS 22 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7229.

⁷⁸ HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3099.

⁷⁹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB1758 en ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4294.

⁸⁰ Wel werden stukken toegelaten in ABRvS 25 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3697; ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BZ0088 en CRvB 21 november 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG5792.

de procedure niet ten goede, temeer omdat art. 8:58 Awb zelf geen melding maakt van de mogelijkheid dat nadere stukken, ingediend voorafgaand aan de tiendagentermijn, al te laat kunnen zijn.

Beslist de rechter dat stukken die kort voor de zitting zijn ingediend bij de behandeling ter zitting worden betrokken, dan moet hij ervoor zorgen dat de andere partijen voldoende gelegenheid hebben om van de stukken kennis te nemen en erop te reageren. Zo kan een leespauze worden ingelast, maar ook is het mogelijk dat de zitting wordt geschorst. Lang niet altijd is die vertraging aanvaardbaar.

Al met al is het dus zaak voor partijen om niet achterover te gaan leunen. Eventuele aanvullende bewijsmiddelen kunnen het beste worden ingediend zodra ze beschikbaar zijn. Dan kunnen ze optimaal worden benut bij de interne voorbereiding van de bestuursrechter. Er zijn procesvertegenwoordigers die pas weer aandacht aan een dossier schenken als ze een uitnodiging voor de zitting ontvangen. De tijd om nadere stukken op te stellen is dan zeer beperkt. Zij komen dan snel in strijd met de goede procesorde.

6. Oordeel ex tunc/ex nunc

De bestuursrechter beoordeelt het bestreden besluit op basis van de *feiten* en het *recht* zoals die waren toen dat besluit werd genomen.⁸¹

Het oordeel van de rechter moet worden gebaseerd op de feiten zoals ze waren toen het bestreden besluit werd genomen. Met feiten die na dat moment zijn ontstaan, houdt de rechter geen rekening bij de beantwoording van de vraag of het bestreden besluit onrechtmatig is. Zo wordt vermeden dat de rechter het besluit van het bestuur onrechtmatig oordeelt op grond van feiten die pas na de besluitvorming zijn ontstaan. Tegelijk wordt vermeden dat een besluit dat onrechtmatig was toen het werd genomen, de rechterlijke rechtmatigheidscontrole overleeft met een beroep op feiten die zich hebben voorgedaan nadat het besluit is genomen.

Het oordeel van de rechter moet daarnaast in beginsel worden gebaseerd op de rechtsregels zoals die golden ten tijde van het bestreden besluit.⁸² Met wetswijzigingen die na dat moment zijn ontstaan, houdt de rechter geen rekening. Zo wordt voorkomen dat het besluit onrechtmatig wordt geoordeeld op grond van rechtsregels die pas na het nemen van het besluit zijn ontstaan. Tegelijk wordt vermeden dat een beroep tegen een besluit dat onrechtmatig was toen het werd genomen, ongegrond wordt verklaard vanwege een latere wijziging van het toepasselijke recht.

Bij de toepassing van het uitgangspunt van ex tunc-toetsing geldt een aantal nuanceringen.

(i) Het bestreden besluit wordt in beginsel vernietigd, als het is gebaseerd op feitelijke stellingen waarvan de onjuistheid is gebleken *nadat* het besluit is genomen. Het is dus denkbaar dat de onjuistheid van de feitelijke grondslag van het bestreden besluit wordt gebaseerd op bewijslevering van na het bestreden besluit. Na het bestreden besluit gebleken feiten of onderzoeken kunnen dus als (deel van het) bewijs dienen.⁸³ Zo kan bij de beoordeling van een omgevingsvergunning milieu gewicht worden toegekend aan een onderzoeksrapport dat na dat besluit is opgesteld.

⁸¹ Bolt 2005.

⁸² Als een bezwaarschriftprocedure is doorlopen, is het besluit op bezwaar het bestreden besluit.

⁸³ CRvB 23 juli 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6596.

Berust het besluit dat de rechter moet toetsen op een belangenafweging, dan geldt evenzeer dat inzichten van na het bestreden besluit van invloed kunnen zijn op de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de uitkomst daarvan.

Een voorbeeld biedt de uitspraak van 23 oktober 2019 waarin de Afdeling haar strenge jurisprudentie met betrekking tot het wijzigen en terugvorderen van kinderopvangtoeslagen bijstelde.⁸⁴ De Afdeling wijst, naast de inzichten die ze heeft opgedaan door het behandelen van een groot aantal gelijksoortige zaken, op onderzoek waaruit blijkt hoe verstrekkend de gevolgen van die wijzigings- en terugvorderingsbesluiten waren voor de betrokken ouders.

(ii) Veel besluiten zijn gerelateerd aan een bepaalde periode of aan een bepaald moment. Te denken valt aan uitkeringen en belastingaanslagen. Verandering van de feiten of rechtsregels in een ander tijdvak doet niet af aan de rechtmatigheid van zo'n besluit.⁸⁵ Dit werkt door in het rechterlijk oordeel, omdat dit is gebaseerd op een toetsing van het op bezwaar genomen besluit. Over de gewijzigde situatie in het *andere* tijdvak kan bij een nieuw (primair) besluit worden beslist (met bijbehorende verplichtingen tot het doen van feitenonderzoek). Gaat het om een besluit op aanvraag, dan kan een nieuwe aanvraag worden gedaan die betrekking heeft op het andere tijdvak.

(iii) Bij wijziging van wetgeving geldt vaak overgangsrecht. Dat bepaalt aan welke rechtsregels de rechter het bestreden besluit moet toetsen.⁸⁶

(iv) In een bijzondere wet kan een uitzondering worden gemaakt op de hoofdregel van *ex tunc* toetsing.

Een voorbeeld biedt art. 83 Vreemdelingenwet 2000. De rechtbank houdt volgens die bepaling bij de beoordeling van het beroep rekening met (a) feiten en omstandigheden die na het bestreden besluit zijn aangevoerd, en (b) wijzigingen van beleid die na het bestreden besluit zijn bekendgemaakt. Zij doet dat echter niet indien de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd.⁸⁷

(v) In procedures over punitieve sancties zijn art. 5:46 lid 4 Awb en art. 15 lid 1 IVBPR van belang. Daarin is bepaald dat bij een verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het strafbare feit is begaan, de voor de verdachte gunstigste bepalingen worden toegepast.

Van belang is ten slotte dat als de bestuursrechter een beroep gegrond verklaart en, met toepassing van art. 8:72 lid 3, de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand laat of zijn uitspraak in de plaats stelt van het vernietigde besluit ('zelf in de zaak voorzien'), de rechter in zijn beslissing kijkt naar de situatie *ex nunc*, dus met inachtneming van de eventuele wijzigingen van de feiten en het recht die zich na het nemen van het bestreden besluit hebben voorgedaan.⁸⁸

⁸⁴ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535.

⁸⁵ Deze verandering wordt niet betrokken bij de heroverweging in bezwaar. Zie CRvB 25 februari 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB6752; Pres. CRvB 25 april 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6149; CRvB 3 juni 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB6930.

⁸⁶ Zo kan in een nieuwe wet een bepaling worden opgenomen dat aanvragen worden beoordeeld op basis van de oude wet, als zij zijn ingediend voordat de nieuwe wet in werking treedt. Komt vervolgens een zaak bij de bestuursrechter die begon met een onder de oude wet ingediende aanvraag, dan toetst die het bestreden besluit aan de oude wet, ook al was de nieuwe wet al in werking getreden toen het bestreden besluit werd genomen.

⁸⁷ Art. 83 Vw 2000 is per 1 juli 2010 gewijzigd. Daarbij is o.a. de wijziging van beleid aan de formulering toegevoegd. Bolt 2005 maakt een interessante vergelijking tussen deze uitzondering en de hoofdregel van het bestuursprocesrecht. Zie ook Bolt 2002.

⁸⁸ Schreuder-Vlasblom 2017, p. 1011-1013 en p. 1047-1048

7. Proceskostenveroordeling

Als het beroep gegrond wordt verklaard, zal de rechter als regel beslissen dat het bestuursorgaan de proceskosten van de appelland moet vergoeden (art. 8:75 Awb). Een verzoek is niet nodig. Omgekeerd hoeft de appelland (tenzij die een rechtspersoon is) bij de ongegrondverklaring van diens beroep in beginsel *niet* de proceskosten van het bestuur te vergoeden.⁸⁹

Anders dan bij het griffierecht is het geen automatisme dat bij een gegrond beroep het bestuursorgaan in de proceskosten van de appelland wordt veroordeeld. Als de rechter het onredelijk vindt dat het bestuur de proceskosten van de appelland moet vergoeden, kan hij een veroordeling achterwege laten.

Van een veroordeling in de proceskosten kan uiteraard alleen sprake zijn als proceskosten zijn gemaakt. Wat proceskosten zijn, vermeldt art. 8:75 Awb niet; wel valt in die bepaling te lezen dat ze voor vergoeding in aanmerking komen als een partij ze redelijkerwijs heeft moeten maken, en voorts dat in een algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over de kosten waarop de veroordeling uitsluitend betrekking kan hebben. Die algemene maatregel van bestuur is het Besluit proceskosten bestuursrecht.

Daarin is allereerst bepaald dat kosten van rechtsbijstand alleen voor vergoeding in aanmerking komen als de bijstand 'beroepsmatig' is verleend. Dus alleen degene die een advocaat in de arm heeft genomen of gebruik heeft gemaakt van de diensten van een rechtsbijstandverzekeraar of een jurist die er zijn beroep van heeft gemaakt als gemachtigde in procedures bij de rechter op te treden zoals een jurist van een vakbond, kan die kosten vergoed krijgen.

Daarnaast is in het Besluit proceskosten bestuursrecht bepaald dat de proceskosten niet volledig worden vergoed, maar op basis van een forfaitair bedrag.

Voor bepaalde proceshandelingen wordt steeds eenzelfde bedrag vergoed. Als een advocaat voor iemand een beroepschrift heeft geschreven, staat daarvoor een bedrag van € 837 en hetzelfde geldt voor zijn aanwezigheid ter zitting.⁹⁰ Wie met hulp van een advocaat heeft geprocedeerd en vervolgens door de rechter een proceskostenvergoeding krijgt toegekend, kan dus rekenen op een bedrag van € 1.674, ook al zijn de werkelijke kosten van de advocaat vaak veel en veel hoger of (maar dat zal niet vaak voorkomen) lager. De zwaarte van een zaak kan in deze vergoeding worden verdisconteerd door daarop een vermenigvuldigingsfactor toe te passen (van bijvoorbeeld 0,5 bij een lichte zaak, of 2 bij een zware zaak).⁹¹

⁸⁹ Dat laatste is alleen anders als de rechter vindt dat sprake is van misbruik van procesrecht. Zie ABRvS 21 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6783.

⁹⁰ Het niet geïndexeerde bedrag geldt per 1 januari 2016.

⁹¹ Het Besluit proceskosten bestuursrecht geldt ook voor in bezwaar gemaakte proceskosten. Zie art. 7:15 Awb.

Literatuurlijst

Barkhuysen, Damen e.a. 2007

T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

De Bock 2004

R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004

Bolt 2002

K.F. Bolt, 'Dat verandert de zaak!', *JBplus* 2002, p. 158-169

Bolt 2005

K.F. Bolt, *Het rechterlijk toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Brenninkmeijer 2010

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De instrumentele rechter', *NJB* 2010/317

Brenninkmeijer 2021

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden' als 'verschrikkelijk ongeluk', *NJB* 2021/2, p. 9

Brenninkmeijer 2021

A.F.M. Brenninkmeijer & A.T. Marseille, 'Een dialoog met de raad van State na de toeslagenaffaire', *NJB* 2021/575

Bröring 2022

H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het bestuursorgaan', *AA* 2022/10, p. 755-765

Damen 2022

Leo Damen, 'Waat er na het kinderopvangtoeslagenschandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?', *AA* 2022/9, p. 627-648

Van Ettehoven 2011

B.J. van Ettehoven, 'Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter', in: *De Raad van State in perspectief* 2011, p. 293-324

Van Ettehoven 2016

B.J. van Ettehoven, 'De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', *O&A* 2016/29

Jurgens 2011

G.T.J.M. Jurgens, 'Remedies tegen de ondraaglijke lichtheid van een succesvol beroep op de schending van rechtsnormen', *NTB* 2011/28, p. 202-206

Marseille 2004

A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

A.T. Marseille & R.R. van der Heide, 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter', *JBplus* 2008, p. 78-92

Marseille e.a. 2015

A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz, & C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015

Marseille 2019

A.T. Marseille, 'Bestuurlijke lus', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, Den Haag: Sdu 2019, p. 355-370

Marseille & Wever 2019

A.T. Marseille & M. Wever, 'Snelheid, maatwerk en finaliteit in bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank', *NJB* 2019/2552

Marseille, Tolsma e.a. 2022

A.T. Marseille, H.D. Tolsma e.a., *Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2022

Marseille & Wever 2022

Bert Marseille & Marc Wever, 'Processuele beslissingen van de bestuursrechter: *biased* ten gunste van de overheid?', *NJB* 2022/618

Marseille e.a. 2023

A.T. Marseille e.a., 'Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb', *NJB* 2023/819

Nijmeijer & Schueler 2015

A.G.A. Nijmeijer & B.J. Schueler, *Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb. Een onderzoek naar het relativiteitsvereiste en het passeren van gebreken in de (rechts)praktijk*, Den Haag: WODC 2015.

Ouwehand 2019

I.S. Ouwehand, 'Equality of arms bij de bestuursrechter', *JBplus* 2019/4

Polak 2011

J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011/2, p. 2-9

Scheltema 2023

M. Scheltema, 'Procederen tegen de burger', *NTB* 2023/38

Schueler, Drewes e.a. 2007

B.J. Schueler, J. K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

Schuurmans 2005

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005

Schuurmans 2009

Y.E. Schuurmans, *De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht*, VAR-reeks 142, 2009

Schreuder-Vlasblom 2017

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017

Van der Sluis 2021

C.N. van der Sluis, 'Uitwisselen van processtukken in het bestuursproces', *AA* 2021/2

Verburg 2019

André Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019

De Waard 2001

B.W.N. de Waard, 'De goede procesorde', *JBplus* 2001, p. 148-162

Westland & De Poorter 2015

J.J. Westland, J.C.A. de Poorter, 'Beroep van rechtswege. Over enkele knelpunten in de toepassing van artikel 6:19 Awb, in het bijzonder op het terrein van het omgevingsrecht', *JBplus* 2015(4)

Zijlstra 2006

S.E. Zijlstra, 'De wijziging van art. 6:22: een wolf in schaapskleren?', *NTB* 2006/36, p. 263-264