

De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke respectievelijk civiele procedure

**Welke bijzonderheden gelden voor de overheid
in die procedures en waarom?**

De positie van de overheid als partij in de bestuurs- rechtelijke respectievelijk civiele procedure

Welke bijzonderheden gelden voor de overheid in die
procedures en waarom?

Platform voor publiek- en privaatrecht
in dialoog – reeks nr. 5

Bert Marseille

Kars de Graaf

Wemmeke Wisman

Evelyne Maes

Ronald Van Crombrugge

Beatrix Vanlerberghe

Zutphen 2024



UITGEVERIJ *Paris*

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de achterin de bundel vermelde sponsors van het Platform.

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

Omslagontwerp: Prezns, Zutphen

ISBN: 978-94-6251-346-4

NUR: 820

© 2024 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compila-tiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redac-teur(en), het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog en de uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Het Platform is opgericht in januari 2019 en heeft als missie het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

e-mail: platform@recht-in-dialoog.eu

website: www.recht-in-dialoog.eu



Deze reeks staat onder redactie van:

- Lidy Wiggers-Rust (voorheen raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB) – (editor)
- Steven Lierman (hoogleraar bestuursrecht en gezondheidsrecht KU Leuven) – (editor)
- Rob Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht UU en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frank van Ommereen (hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB)
- Martijn Scheltema (advocaat en hoogleraar civiel recht EUR)
- Kurt Willems (professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven)
- Gerbrant Sniijders (advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel) en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frederik Peeraer (professor Methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en Rechtstheorie UGent)

Aanbevolen citeerwijze:

L. Wiggers-Rust, S. Lierman e.a. (red.), *De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke respectievelijk civiele procedure. Welke bijzonderheden gelden voor de overheid in die procedures en waarom?* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog, nr. 5), Zutphen: Uitgeverij Paris 2024.

De inhoud van deze bundel is double blind gepeerreviewed.

Inhoudsopgave

Voorwoord – Lidy Wiggers-Rust en Steven Lierman / 7

Vraagpunten / 9

De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke procedure in Nederland – Bert Marseille en Kars de Graaf / 13

De positie van de overheid als partij in de civiele procedure. Welke bijzonderheden gelden voor de overheid en waarom? – Wemmeke Wisman / 47

De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke procedure, vanuit Belgisch perspectief – Evelyne Maes en Ronald Van Crombrugge / 71

De positie van de overheid als partij in de civiele procedure in België – Beatrix Vanlerberghe / 97

Verslaglegging – Roosmarijn Altink en Max De Schryver / 129

Deelnemerslijst / 173

Voorwoord

Waar kon het onderwerp van de vijfde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog:

‘De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke respectievelijk civiele procedure. Welke bijzonderheden gelden voor de overheid in die procedures en waarom?’

beter worden besproken dan in het fraaie, in historiserende stijl ontworpen gebouw van de Raad voor de Rechtspraak in Den Haag? De Raad vormt het overkoepelende bestuur van rechtbanken, gerechtshoven, College van Beroep voor het bedrijfsleven en Centrale Raad van Beroep en informeert en adviseert deze gerechten ook. Een onderwerp als dit is voor hem, zoals voor ons allen, bij uitstek relevant!

Ter bespreking van het onderwerp kwam daar op 29 september 2023 op uitnodiging van het Platform een relevante groep van juristen bijeen (vanuit wetgeving, rechterlijke macht, advocatuur en academie, bestuurs- en privaatrechtelijk, in Nederland en België).

Kijkend vanuit de positie van de overheid én die van de burger (diens rechtsbescherming tegen de overheid) werd onder de loep genomen hoe de positie van de overheid in de verschillende processen is en wordt vormgegeven door de wetgever respectievelijk de rechter in Nederland en België. Daarbij werden ook de evoluties in beide landen betrokken.

In de omlijsting van de meeting gold de literatuur mede als inspiratiebron: juist ook tussen recht en literatuur wordt een mooie kruisbestuiving gezien. En voor het procesrechtelijke onderwerp ervan kan de literatuur inspiratie opleveren! In het bijzonder Het proces van Franz Kafka uit 1925 kwam aan de orde. Wat zijn werk typeert, zijn tegenstellingen als weten en onwetendheid, macht en machteloosheid, menselijkheid en verontmenselijking. Kafka schetst labyrinten waarin individuen wanhopig naar een uitweg zoeken. Ook al hebben we in Nederland en België goede procedures, we kunnen ons ook weer niet koesteren in de zon! De eenling die het in zijn ervaring tegen de macht van het systeem buiten hem, tegen het vreemde, moet opnemen, is daarvoor te universeel. Zeker nuttig dus om een onderwerp als dit met elkaar eens goed ‘tegen het licht’ te houden.

De dialoog over het onderwerp werd gevoerd onder leiding van de moderatoren Gerbrant Snijders (Nederland) en Kurt Willems (België).

Vóór de pauze stonden centraal de feitengaring door partijen en/of de rechter en bewijs, zomede de vraag of de rechter ex nunc dan wel ex tunc toetst. Ook de mo-

gelijkheid stukken vertrouwelijk te (doen) houden kwam aan de orde. Na de pauze kregen ‘reparatie’-mogelijkheden tijdens de procedure, procesrechtelijke drempels en ongelijkheidscompensatie de meeste aandacht. Afgesloten werd met de vraag of er behoefte bestaat aan nadere privaatrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke regulering dan wel wijziging van aanpak in de rechtspraktijk. Een kleine bloemlezing van door de deelnemers gedane suggesties is aan het eind van het verslag (achter in deze bundel) opgenomen.

De uitwisseling vond plaats aan de hand van (concept-)papers van:

- Bert Marseille en Kars de Graaf (Nederland, publiek recht);
- Wemmeke Wisman (Nederland, privaatrecht);
- Evelyne Maes en Ronald Van Crombrugge (België, publiek recht);
- Beatrix Vanlerberghe (België, privaatrecht).

De vraagpunten vanuit het Platform, die aan de basis van bedoelde papers liggen, zijn hierna opgenomen samen met de definitieve papers zelf, het verslag van de dialoog, gehouden onder de Chatham House Rule¹, en de lijst van deelnemers.

De inbreng van de moderatoren en auteurs, ook ter vergadering, inspireerde de aanwezige deelnemers om aan de dialoog deel te nemen. Dank aan ieder van hen is op zijn plaats.

Het Platform prijst ook Roosmarijn Altink en Max De Schrijver² voor hun toegewijde en zorgvuldige verzorging van het verslag van de meeting.

Ten slotte was onmisbaar de financiële ondersteuning van de sponsors van het Platform, die de expertmeeting en deze bundel mede mogelijk maakte.

Wij wensen de lezer veel plezier toe bij het ontdekken van het resultaat van de gedachtewisseling tijdens de meeting en hopen zo weer een steentje bij te dragen aan de rechtseenheid en de goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België!

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vicevoorzitter

1. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld. Het verslag van de expertmeeting is daarom geanonimiseerd (de voorzitter, auteurs-sprekers en de moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd). Zoals op de vergadering besproken is de lijst van deelnemers wel in de bundel opgenomen.

2. Ook hun gegevens zijn in de deelnemerslijst vermeld.

Vraagpunten

De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke respectievelijk civiele procedure. Welke bijzonderheden gelden voor de overheid in die procedures en waarom?

In Nederland geldt dat in het bestuursrechtelijke proces doorgaans een bestuursbesluit centraal staat dat in beginsel *ex tunc* wordt getoetst. In de civiele procedure draait het om een geschil waarin een partij een voorziening vraagt op basis van een door haar gesteld recht; doorgaans wordt recht gedaan *ex nunc*. Terwijl de feitenvaststelling door het bestuur aan zijn oordeel daarover in het besluit ten grondslag ligt en in het bestuursproces – achteraf – wordt gecontroleerd, vindt de feitenvaststelling in de civiele procedure plaats in het proces zelf. Waar de bestuursrechtspraak oorspronkelijk primair was opgezet als waarborg voor rechtmatig bestuur, is die functie volgens de bedoeling van de wetgever onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verschoven naar rechtsbescherming tegen het bestuur. Daarmee werd de bestuursrechter lijdelijker dan voorheen en nam de ongelijkheidscompensatie af. Onder invloed van de in Nederland bekende Toeslagenaffaire heeft deze daar echter mogelijk een nieuwe impuls gekregen. Ook in België is sprake van een gelijkaardige ontwikkeling in de bestuursprocedure naar rechtsbescherming tegen het bestuur. Daarmee gepaard gaat een evolutie naar het subjectiever worden van een in oorsprong objectieve procedure. Het burgerlijk procesrecht gaat in beginsel uit van de gelijkheid van procespartijen.

Kijkend vanuit de positie van de overheid én die van de burger (diens rechtsbescherming tegen de overheid) is interessant nader te onderzoeken hoe de positie van de overheid in de verschillende processen is en hoe deze wordt vorm gegeven door de wetgever respectievelijk de rechter in Nederland en België. Interessant is daarbij ook de evoluties in beide landen te betrekken, zoals de grotere gerichtheid van de bestuursrechter op de rechtsbescherming en de betekenis daarvan voor dit thema. Hierna wordt voor beide landen een aantal vragen geformuleerd aan de hand waarvan dat onderzoek mede kan plaatsvinden.

Tijdens de expertmeeting zal mede aan de hand van de antwoorden op de vragen vanuit dat oogpunt (de positie van de overheid én die van de burger tegenover de overheid) in dialoog worden gezien welke verschillen er tussen beide systemen in Nederland en België, mede gelet op de genoemde evoluties, nog bestaan voor de positie van de overheid zomede of deze verschillen in voorkomend geval gerechtvaardigd zijn dan wel kunnen en moeten worden weggenomen of verkleind. Artikel 6 EVRM speelt daarbij uiteraard een rol. Voorts zal aan de orde komen de vraag of behoefte bestaat aan aanpassing van bestuursrechtelijke of privaatrechtelijke regulering dan wel rechtspraak in algemene of bijzondere, meer specifieke zin. In bevestigend geval zullen pro's en cons worden vermeld.

Het onderwerp focust vooral op de procesposities tijdens de procedure, en niet zozeer op de intensiteit van de toetsing door de rechter (wat reeds onderwerp was

van een eerdere platformmeeting) of op de beslissingsmacht van de rechter (wat een afzonderlijk debat kan zijn).

Het is van belang het voorgaande bij de beantwoording van de vragen vanuit bestuursrechtelijke respectievelijk civielrechtelijke hoek zoveel mogelijk in het oog te houden.

Vraag 1 (*toegang tot de rechter*):

Hoe is in de bestuursrechtelijke respectievelijk de civiele procedure de toegang tot de rechter geregeld voor wat betreft: 1) termijnen, 2) griffierecht, 3) inhoud stuk, 4) bewijs(levering) en 5) procesvertegenwoordiging?

Maakt het in de civiele procedure voor deze vragen verschil of de overheid al dan niet een van de procespartijen is? Zo ja, waarom?

Vraag 2 (*feitenvaststelling en informatieplicht*):

Hoe vindt in elk van beide procedures de feitenvaststelling plaats? Denk in de eerste plaats aan de stel- en motiveringsplicht, bewijslast en bewijslevering en de fase waarin de feitenvaststelling plaatsvindt.

Voorziet elk van beide procedures in de (mogelijkheid tot) verplichting van de overheid de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechter over te leggen? Als het gaat om 'de mogelijkheid tot' onder welke omstandigheden is gebruikmaking daarvan dan aangewezen?

Heeft de bestuurs- respectievelijk burgerlijke rechter de mogelijkheid de feiten aan te vullen?

Is ten aanzien van datgene wat aan de rechter wordt voorgelegd sprake van hoor en wederhoor, ook waar het gaat om het ter griffie aangelegde procesdossier?

Zijn in beide procedures voorzieningen getroffen voor het vertrouwelijk houden van daartoe nopende informatie door de overheid en hoe zijn hoor en wederhoor/het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) dan geregeld?

Vraag 3 (*processuele motiveringsplicht*):

In hoeverre beïnvloedt de positie van de overheid in elk van beide procedures haar processuele motiveringsplicht respectievelijk die van haar wederpartij? Hoever kan deze in elk van beide procedures onder omstandigheden reiken (denk bijvoorbeeld aan stelplicht en bewijslastverdeling)? In hoeverre bemoeilijkt of versterkt het feit dat de overheid consistent beleid dient te voeren haar procespositie?

Vraag 4 (*ongelijkheidscompensatie*):

Over welke (verdere) procesrechtelijke 'tools' beschikken de bestuursrechter en de burgerlijke rechter als het gaat om ongelijkheidscompensatie en in welke mate maken zij daarvan al dan niet gebruik/is gebruikmaking daarvan gewenst?

Vraag 5 (*eisverandering en aanvulling rechtsgronden*):

In hoeverre bestaat tijdens de procedures de mogelijkheid tot wijziging van eis/het poneren van nieuwe stellingen en/of weren? Welke verschillen zijn er tussen de bestuursrechter respectievelijk de burgerlijke rechter wat betreft de mogelijkheid/verplichting tot het aanvullen van rechtsgronden?

Vraag 6 (*oordeel ex tunc/ex nunc*):

Oordeelt de bestuursrechter respectievelijk de burgerlijke rechter in beginsel ex tunc (dat wil zeggen aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van het besluit of het handelen in geschil) of ex nunc (dat wil zeggen aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van de uitspraak van de rechter) en onder welke omstandigheden wijkt hij eventueel af van het desbetreffende uitgangspunt?

Vraag 7 (*proceskostenveroordeling*):

Hoe is de proceskostenveroordeling in elk van beide systemen geregeld als de overheid procespartij is? Welke verschillen zijn er tussen beide systemen en wat zou die verschillen kunnen verantwoorden?

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

Bert Marseille en Kars de Graaf^{*}

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 in artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) gedefinieerd als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan,¹ inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Tegen besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels staat echter niet rechtstreeks beroep open op de bestuursrechter;² 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.³ 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.⁴

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 zijn bij dat besluit (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

* A.T. (Bert) Marseille en K.J. (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.

1. 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.
2. Zie art. 8:3 lid 1 Awb.
3. 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.
4. 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: A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 101-119.

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 het 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 de bevoegdheid heeft gekregen besluiten te nemen, heeft consequenties voor de taak van de bestuursrechter. Dat beschrijft Schreuder-Vlasblom als volgt:⁵

‘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:⁶

‘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.’

5. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 2.

6. Zie: A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De instrumentele rechter’, *NJB* 2010/317. In gelijke zin: A.F.M. Brenninkmeijer, “De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden” als “verschrikkelijk ongeluk”, *NJB* 2021/2, p. 9.

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 onverbidde 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 vervolgt:

'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,⁷ de visie van Brenninkmeijer op de taak van de bestuursrechter terrein te winnen ten opzichte van die van Schreuder-Vlasblom.⁸ 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 geschonden?') juist wat meer. Die accentverschuiving kan ook gevolgen hebben voor de positie van het bestuursorgaan in de procedure bij de bestuursrechter.⁹

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.¹⁰ 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.¹¹

7. *Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2 (Ongekend onrecht, verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, Den Haag: 17 december 2020).*
8. Zie onder meer H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het bestuursorgaan', *AA 2022/10*, p. 755-765 en L.J.A. Damen, 'Waat er na het kinderopvangtoeslagenschandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?', *AA 2022/9*, p. 627-648.
9. Bij die 'gevolgen' kan 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: A.T. Marseille e.a., 'Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb', *NJB 2023/819*), aan jurisprudentie die zorgt voor een versterking van de procespositie van de burger ten opzichte van het bestuursorgaan (zie: L.J.A. Damen, 'Waat er na het kinderopvangtoeslagenschandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?', *AA 2022/9*, p. 627-648) en aan ideeën over een terughoudender gebruik door bestuursorganen van de mogelijkheid hoger beroep in te stellen tegen uitspraken van de rechtbank (zie: M. Scheltema, 'Procederen tegen de burger', *NTB 2023/38*).
10. Bij de totstandkoming van dit stuk is deels geput uit teksten van eerdere publicaties van beide auteurs, met name uit: A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2022, en A.T. Marseille (red.), *Inleiding bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2021.
11. 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 laten we buiten beschouwing omdat we in de vraagstelling en toelichting

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 (par. 2.2), griffierecht (par. 2.3), de inhoud van de stukken waarmee partijen hun standpunt over de zaak aan de rechter kenbaar maken (par. 2.4) en de procesvertegenwoordiging (par. 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,¹² kan daartegen beroep worden ingesteld.

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

onvoldoende aanknopingspunten vonden om in aanvulling op hetgeen wij op vraag 2 vermeldden nog relevante elementen van de rol van het bestuursorgaan als partij in de procedure bij de bestuursrechter te behandelen.

12. 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.

beroep kon instellen – het nodige heeft ondernomen om dit te voorkomen. Overigens is de jurisprudentie op dit punt de afgelopen jaren wel enigszins versoepeld.¹³

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 (art. 8:42 lid 1 Awb). Als de bestuursrechter het bestuursorgaan verzoekt een verweerschrift in te dienen staat hiervoor ook een termijn van vier weken (art. 8:42 lid 1 Awb). De bestuursrechter is bevoegd beide aan het bestuur gestelde termijnen te verlengen (art. 8:42 lid 2 Awb).

2.3 Griffierecht

Wie beroep instelt, moet griffierecht betalen, zo blijkt uit artikel 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 het gerecht 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 het gerecht, dan wel bij het gerecht 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 artikel 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. Artikel 6:5 lid 1 onder d Awb bepaalt dat het beroep gronden moet bevatten. Een grond (ook wel: beroepsgrond) is de toelichting van de appelland 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 appelland het niet eens is met het bestreden besluit.¹⁶

13. Zie voor een overzicht, de conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven van 7 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:476.

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

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 artikel 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 beknopt in de motivering van die wijziging. De toelichting beperkt zich tot de constatering dat bestuursorganen niet altijd behoefte hebben om zich te verweren.¹⁷

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 artikel 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 verwerende 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 appelland 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 (par. 3.2), vertrouwelijke stukken (par. 3.3), de discussie over de feiten in de procedure bij de bestuursrechter (par. 3.4) en de mogelijkheid van de rechter om de feiten aan te vullen (par. 3.5).

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: A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 130.

17. *Kamerstukken II 2014/15, 34059, nr. 3, p. 116.*

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 hebbende 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.¹⁸

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:

‘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.

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

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.'*¹⁹

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.'*²⁰

De jurisprudentie van de andere hoogste bestuursrechters stemt overeen met die van de Hoge Raad.²¹

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

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

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

3.3 Vertrouwelijke stukken

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 artikel 8:29 Awb.²² 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.²³ 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.²⁴ 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, zal het verzoek om beperking (of weigering) van de kennisname van het stuk minder kans van slagen hebben.²⁵

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.²⁶

Een voorbeeld biedt een zaak waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State moest oordelen over de stelling van een subsidie-

-
22. Zie in het algemeen over de toepassing van art. 8:29 Awb: C.N. van der Sluis, ‘Uitwisselen van processtukken in het bestuursproces’, AA 2021/2. ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367, biedt een overzicht van de jurisprudentie van de Afdeling over art. 8:29 Awb.
 23. ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0117; ABRvS 8 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV1274.
 24. Cbb 31 maart 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ0411.
 25. Nota naar aanleiding van het verslag, Herziening fiscaal procesrecht, *Kamerstukken II* 1997/98, 25175, nr. 5, p. 13.
 26. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, par. 4.4.6.

aanvrager dat de externe deskundigen die over zijn aanvraag hadden geadviseerd, vooringenomen en onvoldoende onafhankelijk waren. Het bestuursorgaan had verzocht om beperking van de kennisneming 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.²⁷

Artikel 8:32 Awb bevat een bijzondere regeling voor gevallen waarin de rechter van oordeel is dat kennisneming 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 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 vakantiehuisje 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 er 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.

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

Als – om een voorbeeld te noemen – een bedrijf beroep instelt tegen een besluit tot het opleggen van een last onder 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 hoeveel 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 hoeveel 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 artikel 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.²⁸ Die in algemene termen geformuleerde norm kan voor verschillende situaties verschillend uitwerken. Dat heeft ermee te maken dat de verantwoordelijkheid waarvan artikel 3:2 Awb spreekt, niet per definitie betekent dat het bestuursorgaan zelf altijd de feiten moet verzamelen als het een besluit neemt.²⁹

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 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, moet worden toegekend of afgewezen').

Hoe de verantwoordelijkheid is verdeeld tussen burger en bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit, bepaalt bij wie de rechter de bewijslast legt 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

28. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, par. 4.2.3.5.

29. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, par. 4.2.3.3.

resterende arbeidsvermogen kan betrokkene evenveel verdienen als voordat hij ziek was'.³⁰

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 naar 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.³¹ 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.

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 waarop het bestreden besluit is gebaseerd, 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 artikel 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 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 vakantie-

30. Art. 6 lid 1 WIA. Zie overigens ook art. 27 WIA, dat een informatieplicht voor de verzekerde inhoudt.

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

woning 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 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 de door de aanvrager verstrekte gegevens op juiste wijze heeft getoetst aan de subsidiecriteria.³²

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.³³ 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 gebruikmaken van een of meerdere van de onderzoeksbevoegdheden die hij heeft. Hij kan partijen oproepen en inlichtingen vragen (art. 8:27, 8:28, 8:44 en 8:45 Awb), hij kan getuigen oproepen (art. 8:46 en 8:60 Awb), deskundigen benoemen (art. 8:47 Awb) of een onderzoek ter plaatse (laten) verrichten (art. 8:50 en 8:51 Awb).³⁴

De bestuursrechter maakt niet vaak gebruik van deze bevoegdheden.³⁵ De bevoegdheid die relatief het vaakst wordt gebruikt, betreft het benoemen van een deskundige voor het instellen van een onderzoek (art. 8:47 Awb).

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

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

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

35. T. Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015; A.T. Marseille & M. Wever, 'Snelheid, maatwerk en finaliteit in bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank', *NJB* 2019/2552.

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 praktijk lijkt het er echter op dat het benoemen van een deskundigen er vaker toe leidt dat de visie van de appelland op de feiten wordt gevolgd dan de visie van het bestuursorgaan.³⁶ Dat kan ermee 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 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.³⁷

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 de bewijsvoering meer aan partijen overlaat. Hij benoemt bijvoorbeeld minder vaak een deskundige en baseert zijn uitspraak vaker op bewijs dat door partijen is geleverd.³⁸

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 appelland 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

-
36. A.T. Marseille & M. Wever, 'Processuele beslissingen van de bestuursrechter: *biased* ten gunste van de overheid?', *NJB* 2022/618.
37. 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.
38. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; T. Barkhuysen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter? Preadviezen (VAR-reeks 142)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009; Y.E. Schuurmans, 'Naar een volwassen bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus (red.), *Bewijsrecht. Procesrechtelijke reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht nr. 23*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 29-43; B.J. van Ettehoven, 'Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Boom Juridisch 2011, p. 296; A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015; A.T. Marseille & M. Wever, 'Snelheid, maatwerk en finaliteit in bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank', *NJB* 2019/2552.

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). Maar 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 waar hij voor kiest. Gaat hij ervan uit dat het feitenonderzoek deel uitmaakt van het ‘besluitvormings-primaat’ 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.³⁹ Daarin werd geoordeeld dat het beginsel van equality of arms en dus van artikel 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 artikel 6 EVRM, aldus het EHRM.

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.⁴⁰ 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.⁴¹

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

39. EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212 (*Korošec/Slovenia*). Zie voor een analyse van die uitspraak B.J. van Ettekoven, ‘De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht’, *O&A* 2016/29.

40. 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.

41. CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226 en ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674. Zie over de toepassing daarvan I.S. Ouweland, ‘Equality of arms bij de bestuursrechter’, *JBplus* 2019, afl. 4, p. 37-61.

te overleggen. 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.⁴² 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 artikel 8:47 Awb een (medisch) deskundige te benoemen.⁴³ 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.⁴⁴ 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 het Korošec-arrest van het EHRM ongewijzigd gebleven.

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

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

43. 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.

44. Zie A.F.M. Brenninkmeijer & A.T. Marseille, 'Een dialoog met de Raad van State na de toeslagenaffaire', *NJB* 2021/575, en de annotatie van L.M. Koenraad & W.A. Faas bij CRvB 29 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:988, *USZ* 2021/260.

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.⁴⁵

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

- In artikel 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 artikel 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, aldus de memorie van toelichting, 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.⁴⁶
- In artikel 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 bestreden 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 artikel 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

45. PG Awb II, p. 172-174.

46. 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.

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.

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

Het is de vraag in hoeverre artikel 8:69 Awb daadwerkelijk voor ongelijkheidscompensatie zorgt. Artikel 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 artikel 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 artikel 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 echter 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 artikel 8:69 lid 1 Awb – behoren tot de omvang van het geschil.

De bijdrage van artikel 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 een tamelijk duidelijk beeld naar voren komt van hoever de verplichting van de rechter om de rechtsgronden aan te vullen strekt. Wel is duidelijk dat artikel 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 Rv).

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.⁴⁷ Voor beleidsregels geldt dat niet. Die worden niet aangemerkt als ‘recht’ in de zin van artikel 8:69 lid 2 Awb. De rechter toetst aan beleidsregels alleen als zij in het besluit of in rechte aan de orde

47. 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.

zijn gesteld. Beleidsregels worden dus door de rechter niet aanvullend, in het kader van het aanvullen van de rechtsgronden toegepast.⁴⁸

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.⁴⁹ Hij moet immers toetsen of uit de voorbereiding, de inhoud en de motivering van het besluit blijkt dat het bestuursorgaan het recht juist 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 artikel 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 appelland in gesprek te gaan over de vraag wat hij met zijn beroep 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 appelland hoort over het doel van zijn beroep en de weergave daarvan in de in het beroepschrift geformuleerde beroepsgronden. *Passief*, door dat gesprek met appelland 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 artikel 8:69 lid 1 Awb geformuleerde opdracht van de wetgever om in gesprek met de appelland 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 probleemloos zal doorstaan, dan zal het kunnen volstaan met het aan de rechtbank toezenden van

48. ABRvS 27 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG7991.

49. R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 47. Voorbeeld: ABRvS 31 januari 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3706.

alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Is het bestuursorgaan minder zeker van zijn zaak, dan zal het in ieder geval gebruikmaken 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 dat het bestuursorgaan het besluit zelf van een betere motivering voorziet, nader bewijs levert ter onderbouwing van zijn standpunt over de feiten of een gewijzigd besluit voor het bestreden besluit in de plaats stelt.

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). We gaan in 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). In paragraaf 5.3 bespreken we de goede procesorde als grens van de mogelijkheden van het inbrengen van gedingstukken door het bestuursorgaan.

5.2 Reparatiemogelijkheden

De procedure bij de bestuursrechter biedt de rechter een uitgebreid instrumentarium om passend 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 artikel 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 artikel 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 in de gelegenheid stelt de gebreken in diens besluit te herstellen. In dat geval is sprake van toepassing van de bestuurlijke lus door de rechter (afd. 8.2.2a Awb en afd. 8.2.7 Awb).

Ten slotte is denkbaar dat het bestuursorgaan tot de conclusie komt dat zijn besluit onherstelbaar gebrekkig is en gebruikmaakt van zijn bevoegdheid zijn besluit te wijzigen. De vraag is dan 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 artikel 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, zodat hij toepassing kan geven aan artikel 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 artikel 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 artikel 6:22 Awb is uitgevoerd, blijkt dat de rechter artikel 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.⁵⁰

50. 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.

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 artikel 6:22 Awb.⁵¹ 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.⁵²

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 artikel 6:22 Awb niet is veranderd, is de verwijzing naar ‘de belanghebbenden’. Daaronder vallen alle belanghebbenden in de zin van artikel 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.⁵³ Als een belanghebbende die zelf niet mee procedeert, mogelijk benadeeld wordt door het passeren van een gebrek in het besluit, dan kan dat gebrek niet worden gepasseerd.⁵⁴

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 kon worden vastgesteld dat niemand was benadeeld, is de voorwaarde gewijzigd. In het huidige artikel 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 als de belanghebbenden desondanks beroep hebben ingesteld.⁵⁵

51. 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.

52. 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 2015, p. 94 e.v.

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

54. Aldus uitdrukkelijk de regeringscommissaris bij de behandeling in de Eerste Kamer: *Handelingen EK 2012-2013*, 12-20-129. Over het nieuwe artikel: 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 en S.E. Zijlstra, ‘De wijziging van art. 6:22: een wolf in schaapskleren?’, *NTB* 2006/36, p. 263-264.

55. 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.

Bestuursrechters handelen tegenwoordig vaak naar de strekking van artikel 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 artikel 6:22 Awb.⁵⁶

In dit verband is ook relevant dat artikel 6:22 Awb past in de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht, inhoudend dat het uitgangspunt van objectieve rechtmatigheidscontrole is ingeruild voor dat van 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.

Artikel 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. Artikel 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 artikel 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 met precies dezelfde rechtsgevolgen.

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

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

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.⁵⁷

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 procedurele gronden, waarna een 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.⁵⁸

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.⁵⁹ In de nadere motivering kunnen ook nadere bewijsmiddelen voor de door het bestuursorgaan gestelde feiten zijn gebruikt. Een voorbeeld biedt de situatie dat het bestuursorgaan alsnog aan de rechter duidelijk maakt hoe de belangenafweging in een concreet geval heeft plaatsgevonden.⁶⁰ 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 eenzelfde resultaat leidt.⁶¹

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.⁶² 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

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

58. Zie over de mate waarin van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt: B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; A.T. Marseille & R.R. van der Heide, ‘De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter’, *JBplus* 2008, afl. 2, p. 78-92.

59. ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0806; ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7248; CRvB 14 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BK9293.

60. ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6401; J.E.M. Polak, ‘Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten’, *NTB* 2011/2, p. 2-9.

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

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

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.⁶³

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 herstellpoging 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 een gewijzigd besluit of in een schriftelijk stuk waarin het bestuur beredeneert welk besluit het met de kennis van nu destijds had genomen.⁶⁴

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

64. Toepassing van de bestuurlijke lus impliceert dat het beroep tegen het oorspronkelijke besluit grond 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.

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 ‘burgerlus’, kent de Awb echter niet.⁶⁵ In de praktijk ontplooit de rechter vaker activiteiten die zouden kunnen worden gezien als het helpen van het bestuursorgaan dan activiteiten die als hulp aan de burger kunnen worden beschouwd.⁶⁶ 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.⁶⁷ De uitleg van de Afdeling waarom dat niet kan, is, bekeken vanuit het systeem van de Awb, overtuigend.⁶⁸ 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 vanwege een motiveringsgebrek in het bestreden besluit, met de burger de zwakke plekken in zijn beroepschrift moeten bespreken zodat de burger kan beslissen of hij deze wil verbeteren.⁶⁹ 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 bezwaar is gemaakt 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 wijziging van het besluit. 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

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

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

67. ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:997, AB 2016/221, m.nt. R. Ortleg.

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

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

nieuw medisch rapport worden 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 er geen reden daarmee langer te wachten dan nodig is.

De wijziging van een besluit kan ook voortkomen uit de wens van het bestuursorgaan om de verhouding met de appellant goed te 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.

Het wijzigen van het bestreden besluit hangende de procedure bij de rechter kan tot complicaties in die 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 artikel 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 artikel 6:19 Awb is dat de beoordeling van het oude en het nieuwe besluit zoveel 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. Artikel 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.⁷⁰

Doordat in artikel 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

70. 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.

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.⁷¹

Toepassing van artikel 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’.⁷²

Deze in de rechtspraak gehanteerde eisen stellen grenzen aan de toepassing van artikel 6:19 lid 1 Awb. Van een intrekking, wijziging of vervanging in de zin van artikel 6:19 Awb is alleen sprake 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. Van een terugkomen van het oude besluit is evenmin sprake als een nieuw besluit wordt genomen op basis van een gewijzigde feitelijke situatie. Datzelfde geldt als het nieuwe besluit is genomen op een nieuwe aanvraag en het oude besluit in stand wordt gelaten.⁷³ 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.⁷⁴ Het geldt immers niet meer. Artikel 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 appellant schade 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.

71. 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.

72. Omschrijving ontleend aan 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, afl. 4, p. 203-219. Zie ook ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2854 en – met uitgebreide verwijzingen naar jurisprudentie – M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, par. 4.2.4.2.

73. 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.

74. Indien de 'vervanging' van het bestreden besluit uitsluitend gebeurt 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' gebeurt in het kader van de bestuurlijke lus, kan wel de vraag rijzen in hoeverre het oude besluit nog moet worden beoordeeld.

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 (met name: voortvarendheid en betrouwbaarheid).⁷⁵

Partijen kunnen de goede procesorde schaden als zij onnodig laat met nadere stukken of nieuwe beroepsgronden komen.⁷⁶ 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 artikel 8:58 Awb, dat bepaalt dat partijen tot tien dagen voor de zitting nadere stukken kunnen indienen.⁷⁷ Volgens de jurisprudentie moet onder ‘nadere stukken’ van de eiser worden verstaan ‘stukken ter toelichting van de eerder voorgedragen beroepsgronden’.⁷⁸ Het gaat om een nadere toelichting of uitwerking van eerder ingenomen standpunten of aan bewijs ter onderbouwing daarvan. Artikel 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.⁷⁹ 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 artikel 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.⁸⁰ Daarbij speelt een rol of de wederpartij voldoende gelegenheid heeft gehad om zich tegen de nadere stukken te verweren. Of dat zo is, beoordeelt de rechter binnen het (vage) kader van de goede procesorde. Zijn benadering daarbij is casuïstisch.⁸¹ Dit komt de rechtszekerheid tijdens de procedure niet ten goede, temeer omdat artikel 8:58 Awb zelf geen melding maakt van de mogelijkheid dat nadere stukken, ingediend voorafgaand aan de tiendagentermijn, al te laat kunnen zijn.

75. B.W.N. de Waard, ‘De goede procesorde’, *JBplus* 2001, afl. 4, p. 148-162.

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

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

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

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

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

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

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 of ex nunc

De bestuursrechter beoordeelt het bestreden besluit op basis van de feiten en het recht zoals die waren toen dat besluit werd genomen.⁸²

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 oordeelt dat het besluit van het bestuur onrechtmatig is 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.⁸³ Met wetswijzigingen die na dat moment zijn ontstaan, houdt de rechter geen rekening. Zo wordt voorkomen dat de rechter oordeelt dat het besluit onrechtmatig is 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 nuances.

(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

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

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

bestreden besluit gebleken feiten of onderzoeken kunnen dus als (deel van het) bewijs dienen.⁸⁴ Zo kan bij de beoordeling van een omgevingsvergunning milieu gewicht worden toegekend aan een onderzoeksrapport dat na dat besluit is opgesteld.

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.⁸⁵ 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.⁸⁶ 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.⁸⁷

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

Een voorbeeld biedt artikel 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

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

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

86. 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.

87. 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.

daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd.⁸⁸

(v) In procedures over punitieve sancties zijn artikel 5:46 lid 4 Awb en artikel 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 artikel 8:72 lid 3 Awb, 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.⁸⁹

7 **Proceskostenveroordeling**

Als het beroep gegrond wordt verklaard, zal de rechter als regel beslissen dat het bestuursorgaan de proceskosten van de appellant moet vergoeden (art. 8:75 Awb). Omgekeerd hoeft de appellant (tenzij die een rechtspersoon is) bij de ongegrondverklaring van diens beroep in beginsel *niet* de proceskosten van het bestuur te vergoeden.⁹⁰

Anders dan bij het griffierecht is het geen automatisme dat bij een gegrond beroep het bestuursorgaan in de proceskosten van de appellant wordt veroordeeld. Als de rechter het onredelijk vindt dat het bestuur de proceskosten van de appellant 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 artikel 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

88. Art. 83 Vw 2000 is per 1 juli 2010 gewijzigd. Daarbij is o.a. de wijziging van beleid aan de formulering toegevoegd. K.F. Bolt, *Het rechterlijk toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, maakt een interessante vergelijking tussen deze uitzondering en de hoofdregel van het bestuursprocesrecht. Zie ook K.F. Bolt, 'Dat verandert de zaak!', *JBplus* 2002, afl. 4, p. 158-169.

89. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2017, p. 1011-1013 en p. 1047-1048.

90. 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.

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.⁹¹ 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).⁹²

91. Het niet geïndexeerde bedrag geldt per 1 januari 2016.

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

De positie van de overheid als partij in de civiele procedure. Welke bijzonderheden gelden voor de overheid en waarom?

Wemmeke Wisman*

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt de positie van de overheid in de civiele procedure bij de Nederlandse rechter onder de loep genomen aan de hand van de vragen die het Platform heeft geformuleerd.

Die vragen zien met name op het verloop van de civiele procedure en de in dat kader geldende normen en regels en op de daaruit voortvloeiende taakverdeling tussen partijen. Vooraf verdient opmerking dat de civielrechtelijke procedure vrijwel geen wettelijk verankerde afwijkingen kent voor het geval een van de procespartijen een publiekrechtelijke rechtspersoon is. De beantwoording van onderstaande vragen levert om die reden een wat geringe oogst op.

Deze schrale oogst is in zoverre logisch dat de gelijkheid van partijen een wezenskenmerk van de civiele procedure is, en het waarborgen van *equality of arms* in dat licht essentieel. Dat neemt niet weg dat de civiele rechter kan putten uit een instrumentarium dat mogelijkheden biedt om een eventuele disbalans in de verhouding tussen procespartijen te herstellen. De inzet van dat instrumentarium is echter niet beperkt tot overheden en kan dus ook toepassing vinden ten opzichte van andere partijen. Mijn indruk, die echter niet wordt geobjectiveerd door kwantitatief onderzoek, is dat dit instrumentarium door de rechter vaker wordt ingezet indien de overheid als procespartij betrokken is. Vanuit die invalshoek volgen hieronder een aantal observaties. Met het oog op de vergelijkbaarheid met de bestuursrechtelijke procedure en met de situatie in België volgt hierna per vraag een korte uiteenzetting van het (wettelijke) systeem.

Het ontbreken van wettelijke verschillen, voorschriften of voorzieningen die specifiek samenhangen met de (publiekrechtelijke) persoon van de procespartij laat bovendien onverlet dat het 'zijn' van overheid(sorgaan) langs andere wegen van invloed is op de positie van de overheid in de civiele procedure. Die invloed kan op verschillende manieren tot uiting komen, in de eerste plaats in het materieel-juridische kader waarbinnen de overheid opereert. In vrijwel elke specifieke context gelden voor de overheid aanvullende (wettelijke of verdrags)normen of (beleids)kaders waaraan de overheid in haar relatie tot belanghebbenden of het publiek gebonden is en waaraan de rechter ook zal toetsen. De overheid is bovendien gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ook als zij handelt in het privaatrecht. Het bredere kader waarbinnen de overheid opereert kan ook tot hele

* Mr. W.I. (Wemmeke) Wisman is advocaat en partner bij Pels Rijcken.

specifieke regels leiden die naar hun aard slechts voor overheden gelden en die het speelveld voor de overheid veranderen. Een voorbeeld daarvan is het hierna kort aan te stippen *Didam*-arrest. De materieelrechtelijke context van overheidshandelen is onmiskenbaar van invloed op het inhoudelijke debat in civiele procedures tegen de overheid. Het kan ook (mede) de materiële uitkomst van dergelijke procedures bepalen, zeker wanneer er maatschappelijke belangen in het geding zijn. Indirect kan dit ook processuele consequenties hebben in de zin dat van de overheid meer tekst en uitleg wordt verlangd dan van de gemiddelde procespartij. Over de vraag wat de civiele rechter precies vermag indien publieke belangen in het geding zijn, is veel geschreven. Ik noem hier in het bijzonder het preadvies van De Jong en Giesen voor de Vereniging van Burgerlijk Recht uit 2022 ‘De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein’.¹ Daarin ligt de nadruk op de materieelrechtelijke spankracht van de burgerlijke rechter.

In de tweede plaats brengt het zijn van overheid mee dat specifieke voorzieningen voor belanghebbenden openstaan die in de verhouding tot niet-overheden ontbreken. Eén van de belangrijkste voorbeelden daarvan is de verplichting tot openbaarmaking, voorheen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en sinds 1 mei 2022 de Wet open overheid (Woo). Iedere belanghebbende kan op grond van de Woo informatieverzoeken tot de overheid richten. Dat biedt ruime mogelijkheden om bij de overheid een kijkje in de keuken te nemen en leidt niet zelden tot *fishing expeditions* voorafgaand aan of gelijktijdig met civiele procedures tegen diezelfde overheid. Daarmee verkrijgen wederpartijen van overheden een duidelijke voorsprong ten opzichte van wederpartijen van niet-overheden. De wet biedt immers geen grondslag voor dergelijke *fishing expeditions* tegen niet-overheden. Een algemene civielrechtelijke openbaarheidsverplichting van niet-overheden ontbreekt met andere woorden: het toepassingsbereik van artikel 843a Rv, waarop een civiele exhibitievordering kan worden gebaseerd, is veel beperkter dan de Woo.

In de derde plaats staan tegen de overheid diverse routes open waarlangs een geschil met de overheid kan worden aangekaart. Die routes staan tegen niet-overheden niet open. Tegen tal van besluiten en handelingen van overheden staan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open, die niet zelden naast civiele routes worden bewandeld. Daarnaast kan bij bestuursorganen de klachtprocedure uit hoofdstuk 9 van de Awb worden doorlopen of een klacht worden ingediend bij de Nationale ombudsman. Over beslissingen van de overheid kan worden geklaagd bij de Commissie voor de Verzoekschriften en de Burgerinitiatieven van de Tweede Kamer. Het komt ook voor dat Kamerleden worden aangespoord en bereid gevonden over individuele zaken Kamervragen te stellen. Regelmatig bewandelen ontriefde burgers of bedrijven diverse routes tegelijk, wat gepaard kan gaan met publiciteit in landelijke nieuwsmedia of op social media. Publiciteit van deze laatste categorie kan uiteraard rond elke civiele procedure een rol spelen, ongeacht de daarin betrokken partijen. De andere genoemde instrumenten zijn echter bij uitstek slechts inzetbaar tegen overheden en kunnen van invloed zijn op het debat en de dynamiek in de civiele procedure. Hoewel deze instrumenten lang niet altijd inhoudelijke samen-

1. I. Giesen, E.R. de Jong & R.J.B. Schutgens, *De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2022), Zutphen: Uitgeverij Paris 2022.

hang vertonen met het voorwerp van de civiele procedure, kunnen zij daarop toch een stempel drukken.

In de vraagstelling wordt geen aandacht besteed aan perikelen rond de tenuitvoerlegging ná een procedure waarbij de overheid betrokken is. Bij overheden doen zich zowel in theorie als in de praktijk enkele bijzonderheden voor. Omdat de overheid rechterlijke uitspraken pleegt na te komen, zal aan een veroordeling van de overheid slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een dwangsom worden verbonden. Bij de executie van een titel jegens de overheid zullen beslagleggers zich er verder rekenschap van moeten geven dat goederen bestemd voor de openbare dienst niet mogen worden beslagen (art. 436 en 703 Rv). Omdat overheden ‘goed voor hun geld’ zijn, hoeft een en ander het verhaal jegens binnenlandse overheden niet te bemoeilijken. In de verhouding tot vreemde staten leidt de immuniteit van executie – die dan ook een volkenrechtelijke dimensie heeft – overigens wel tot ingrijpende beperkingen aan de verhaalsmogelijkheden.² Dit onderwerp blijft hierna verder onbesproken.

Vraag 1 (toegang tot de rechter): *Hoe is in de bestuursrechtelijke respectievelijk de civiele procedure de toegang tot de rechter geregeld voor wat betreft: 1) termijnen, 2) griffierecht, 3) inhoud stuk, 4) bewijs(livering) en 5) procesvertegenwoordiging? Maakt het in de civiele procedure voor deze vragen verschil of de overheid al dan niet één van de procespartijen is? Zo ja, waarom?*

1.1. Vooropgesteld zij dat voor overheden en wederpartijen van overheden enkele bijzonderheden gelden in het kader van de toegang tot de rechter (of het ontbreken daarvan). Die bijzonderheden kunnen verband houden met de bestuursrechtelijke mogelijkheden van overheden (de doorkruisingsleer) of met de bestuursrechtelijke wegen die wederpartijen van overheden kunnen bewandelen (de rechtsmachtverdeling).

1.2. Het staat de overheid niet steeds vrij gebruik te maken van het privaatrecht. Gebruikmaking van het privaatrecht kan een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling opleveren, afhankelijk van inhoud en strekking van die publiekrechtelijke regeling en de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, beschouwd tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Ook van belang is of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als met de aan de orde zijnde privaatrechtelijke regeling. Bij bevestigende beantwoording van die vraag, vormt dat een belangrijke aanwijzing dat voor het gebruik van de privaatrechtelijke regeling geen plaats is.³

2. HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2103 en de daarin genoemde Herfstarresten, te weten HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236 (*MSI/Gabon*); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371 (*N.N. c.s./Staat*); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354 (*Staat/Servaa*s).

3. HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, r.o. 3.2 (*Windmill*), daarna gevolgd door diverse arresten, waarvan ik hier slechts vermeld HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788 (*Bluskosten Vlissingen*) en HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:221 (*valse aangifte*).

1.3. Voor wederpartijen van overheden geldt dat zij bij de civiele rechter tevergeefs aankloppen, als zij bij de bestuursrechter terecht kunnen. De burgerlijke rechter is weliswaar bevoegd, maar zal partijen in beginsel in hun vordering niet-ontvankelijk verklaren, indien voor hen bij de bestuursrechter een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat of heeft gestaan. Los daarvan heeft het leerstuk van de formele rechtskracht gevolgen voor de mate waarin de civiele rechter zal treden in de beoordeling van de geldigheid van een besluit of overheids-handelen. Indien de betrokken partij daarover het oordeel van de bestuursrechter heeft gevraagd respectievelijk had kunnen vragen, dan zal de burgerlijke rechter zich gebonden achten aan het oordeel van de bestuursrechter respectievelijk uitgaan van de rechtsgeldigheid van het besluit of overheidshandelen. Over dit leerstuk, de nuances daarbinnen en de uitzonderingen op de formele rechtskracht zijn boekenkasten volgeschreven en talloze rechterlijke uitspraken geweest. Het voert binnen het bestek van deze bijdrage te ver dit in detail te bespreken.⁴

1. Termijnen

1.4. Afhankelijk van de grondslag van de vordering kan er een termijn gelden waarbinnen een civiele procedure aanhangig moet worden gemaakt. Dat kan gaan om een contractueel bedongen termijn, om een wettelijk geldende vervaltermijn die de rechter ambtshalve moet toepassen of om een wettelijke verjaringstermijn of contractuele vervaltermijn waarop een beroep moet worden gedaan.

1.5. Voor vorderingen van en jegens de overheid gelden in beginsel dezelfde verjaringstermijnen als voor elke andere schuldeiser/schuldenaar. Het kan wel voorkomen dat een bepaalde bijzondere termijn zich naar de aard der zaak slechts laat toepassen ten aanzien van overheden. Een bepaald niet theoretisch voorbeeld daarvan is de termijn voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens een onrechtmatig besluit. Op grond van artikel 8:93 Awb neemt de algemene civiele verjaringstermijn van artikel 3:310 BW niet eerder een aanvang dan de dag waarop de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden of het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit heeft erkend. Een minder vaak voorkomend voorbeeld zijn de afwijkende verjaringstermijnen van artikel 3:310a BW voor de rechtsvordering van een staat tot opeising van roerende cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van die staat zijn gebracht, rechtsvorderingen die naar de aard der zaak slechts door een staat kunnen worden ingesteld.

1.6. De rechter kan aan een beroep op een verjaringstermijn voorbijgaan indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. In de rechtspraak zijn relatief eenvoudig voorbeelden te vinden van gevallen waarin de rechter aan een beroep op verjaring door de overheid voorbij is gegaan,⁵

4. Zie onder meer HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1700 (*Staat/Smit*). Zie voor een aantal recentere bijdragen over de formele rechtskracht J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de formele rechtskracht. Preadviezen uitgebracht door J.E.M. Polak. T.N. Sanders. B.J.P.G. Roozendaal* (VAR-reeks 162), Den Haag: Boom juridisch 2019.

5. Zie bijvoorbeeld de Indonesië-zaken, waaronder Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, r.o. 4.7-4.19 (*Rawagedeh*); Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2449, r.o. 4.17; Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2442, r.o.

waarbij soms zelfs een nieuwe regel of termijn wordt geformuleerd. Zonder kwantitatief onderzoek is het lastig om hieraan harde conclusies te verbinden, maar dit lijkt erop te duiden dat de rechter bij procedures tegen overheden ruimte vindt, en neemt, om aan de gewone verjaringsregels voor rechtsvorderingen voorbij te gaan. Dat is niet terug te voeren op een onderscheid in wet- en regelgeving, maar gebaseerd op de specifieke feiten en omstandigheden van het geval.

2. *Griffierecht*

1.7. Tenzij de wet anders bepaalt, zijn eisers en gedaagden griffierecht verschuldigd (art. 3 Wet griffierechten burgerlijke zaken). Een uitzondering geldt bijvoorbeeld voor de gedaagde in een kantonzaak. Welk griffierecht van toepassing is, volgt uit de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen niet-natuurlijke personen, natuurlijke personen en onvermogenen. Met deze laatste categorie wordt bedoeld op personen met een laag inkomen. Die kunnen voor gesubsidieerde rechtsbijstand (een toevoeging) in aanmerking komen. Het griffierecht voor niet-natuurlijke personen is in het algemeen, behoudens enkele uitzonderingen, hoger dan voor natuurlijke personen. Omdat de overheid per definitie een niet-natuurlijke persoon is, geldt dus in het algemeen voor de overheid het hoogste toepasselijke tarief. Dat tarief geldt echter zonder onderscheid voor alle niet-natuurlijke personen.

1.8. Voor lokale overheden geldt een aanvullende eis om civiel te kunnen procederen, te weten een procesbesluit (art. 160 lid 1 onder e Gemeentewet, art. 158 lid 1 onder e Provinciewet en art. 86 Waterschapswet).⁶ De civiele rechter verlangt in voorkomend geval een toereikend procesbesluit voor het aanhangig maken van een civiele procedure, het voeren van verweer, het opwerpen van incidenten en het instellen van rechtsmiddelen. Een (bevoegdelijk genomen) procesbesluit kan in de loop van de procedure worden overgelegd.⁷ Een ontoereikend procesbesluit kan eventueel op een later moment worden bekrachtigd.⁸

3. *Inhoud stuk*

1.9. De wet stelt diverse eisen aan de inhoud van de in een civiele procedure in te dienen stukken (zie art. 111 Rv voor de dagvaarding, art. 128 Rv voor de conclusie van antwoord en art. 85 Rv voor de algemene verplichting van partijen om een afschrift van stukken waarop in een processtuk een beroep wordt gedaan bij dat processtuk te voegen).⁹ Voor de overheid gelden geen afwijkende eisen, in elk geval niet op papier.

4.4-4.30. Zie ook bijvoorbeeld Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:782, r.o. 4.86-4.118 (*treinkaping De Punt*).

6. Zie voor een recente weergave van de eisen op dit punt in zowel het bestuursrecht als het civiele recht de noot van S.O. Visch & J.P. Heinrich onder Rb. Midden-Nederland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:125, JAAN 2023/70.

7. HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2834; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3600. Over het procesbesluit bij het voeren van verweer Hof Arnhem 8 februari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS7882.

8. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5517.

9. *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/13.

4. *Bewijs(levering)*

1.10 Omdat vragen omtrent stel- en motiveringsplicht, bewijslast en bewijslevering uitvoerig aan de orde komen in het kader van vraag 2, verwijs ik naar het antwoord op die vraag.

5. *Procesvertegenwoordiging*

1.11. Voor de overheid gelden in civilibus geen andere eisen dan voor andere partijen in een civiele procedure. Is procesvertegenwoordiging verplicht, dan geldt dit onverkort voor de overheid. Kan zonder verplichte procesvertegenwoordiging worden deelgenomen aan een civiele procedure, bijvoorbeeld in kantonzaken (art. 79 lid 1 Rv) of als gedaagde in kort geding (art. 255 Rv), dan geldt dit ook voor de overheid.

Vraag 2 (feitenvaststelling en informatieplicht): *Hoe vindt in elk van beide procedures de feitenvaststelling plaats? Denk in de eerste plaats aan stel- en motiveringsplicht, bewijslast en bewijslevering en de fase waarin de feitenvaststelling plaatsvindt. Voorziet elk van beide procedures in de (mogelijkheid tot) verplichting van de overheid de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechter over te leggen? Als het gaat om ‘de mogelijkheid tot’ onder welke omstandigheden is gebruikmaking daarvan dan aangewezen? Heeft de bestuurs- respectievelijk burgerlijke rechter de mogelijkheid de feiten aan te vullen? Is ten aanzien van datgene wat aan de rechter wordt voorgelegd sprake van hoor en wederhoor, ook waar het gaat om het ter griffie aangelegde procesdossier? Zijn in beide procedures voorzieningen getroffen voor het vertrouwelijk houden van daartoe nopende informatie door de overheid en hoe zijn hoor en wederhoor/het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) dan geregeld?*

2.1. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat weliswaar enkele specifieke bepalingen over de betekening van exploitatie aan de Staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 48 en 49 Rv) en over de mogelijkheden voor het Openbaar Ministerie om een rol te spelen in een civiele procedure (art. 42-44 Rv), maar geen bijzondere eisen ten aanzien van de procesvoering door overheden. Overheden bevinden zich op papier dan ook in exact dezelfde situatie als elke andere private partij. Dat neemt niet weg dat het wettelijk instrumentarium de rechter in de praktijk de nodige manoeuvreerruimte biedt bij de uitleg en toepassing van de wettelijke regels. Naar mijn ervaring deinst de civiele rechter er ook niet voor terug om die ruimte te benutten en aan de onderbouwing van stellingen en wenen en het leveren van bewijs door overheden in voorkomend geval strengere eisen te stellen. Hierna zal het wettelijk kader beknopt aan de orde komen en wordt toegelicht waar die manoeuvreerruimte in kan zitten.

2.2. Een veel belangrijker bron voor verschillen in de beoordeling van overheden enerzijds en niet-overheden anderzijds in het kader van een civiele procedure, zijn materieelrechtelijke regels of leerstukken. Jegens de overheid kan een beroep worden gedaan op internationale rechts- en verdragsnormen. Op grond van die normen kunnen voor overheden behalve negatieve verplichtingen – om zich te onthouden van bepaald overheidsoptreden – ook positieve verplichtingen – om juist wel te handelen of een zeker beschermingsniveau te waarborgen – gelden.

In de nationale wet is één van de meest in het oog springende voorbeelden van relevante materieelrechtelijke regels artikel 3:14 BW, op grond waarvan een privaatrechtelijke bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit biedt een grondslag voor de toetsing van overheidshandelen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰ Op specifieke toepassingsgebieden kan dit leiden tot een afwijkend beoordelingskader ten aanzien van overheden. Een voorbeeld daarvan is het *Didam*-arrest.¹¹ De Hoge Raad heeft daarin een aantal uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichtingen geformuleerd voor overheidslichamen die een onroerende zaak willen verkopen, waarbij gelijke kansen moeten worden geboden aan gegadigden. Daarnaast zijn er ook vorderingen die zich naar de aard der zaak slechts tot overheden kunnen richten, zoals vorderingen met betrekking tot de (on)verbindendheid van wet- en regelgeving, de (on)rechtmatigheid van rechtspraak en schadevergoedingsvorderingen wegens besluitaanprakelijkheid.

2.3. Het burgerlijke procesrecht kent geen procesrechtelijke tegenhanger van artikel 3:14 BW. Snijders acht de overeenkomstige toepassing van artikel 3:14 BW in het procesrecht niet uitgesloten, via de schakelbepaling van artikel 3:15 BW. Hij wijst in dat verband ook op artikel 3:1 lid 2 Awb, dat de daar aangewezen algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel van toepassing verklaart op alle andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten.¹²

1. *Stel- en motiveringsplicht, bewijslastverdeling*

2.4. De taakverdeling tussen partijen in een civiele procedure komt er in de kern op neer dat de partij die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, de daaraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal moeten stellen. De door de eiser gestelde feiten moeten diens vordering kunnen dragen. Het ligt op de weg van de wederpartij om stellingen zo nodig gemotiveerd te betwisten. Worden feiten niet voldoende gemotiveerd betwist, dan komen zij in rechte vast te staan (art. 149 Rv). Voert gedaagde een verweer dat geen 'ontkenning' van het door eiser gestelde behelst, maar neerkomt op een zelfstandig, zogenaamd bevrijdend verweer, dan moeten de door gedaagde gestelde feiten diens verweer kunnen dragen.

2.5. Alleen bij een voldoende gemotiveerde betwisting van relevante feiten, wordt aan bewijslevering toegekomen. Daarbij rust de bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, als hoofdregel op de partij op wie de stelplicht rust (art. 150 Rv). Dat kan ook de gedaagde zijn, bijvoorbeeld voor een bevrijdend verweer (zie hiervoor onder 2.4). Uit bijzondere regels of uit de redelijkheid en billijkheid kan een andere bewijslastverdeling dan neergelegd in de hoofdregel van artikel 150 Rv voortvloeien. Omkering van de bewijslast is echter uitzonderlijk. Enkele bewijsnood van de partij op wie de bewijslast rust, is daarvoor onvoldoende.

10. Zie voor een 'vroeg' voorbeeld HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*), en daarna talloze malen herhaald.

11. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*).

12. G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, Algemeen deel* (Mon. BW A26a), Deventer: Kluwer 2011, nr. 24a.

2.6. De bewijslast van de partij die het bewijsrisico draagt kan worden verlicht door de verzwaarde stel- of motiveringsplicht, een wettelijk vermoeden of een rechterlijk vermoeden.

2.7. Met de verzwaarde stelplicht wordt bedoeld op de verplichting van een partij (vaak gedaagde) om in het kader van zijn voldoende gemotiveerde betwisting, zijn wederpartij (vaak eiser) nadere feitelijke gegevens of aanknopingspunten te verschaffen ten behoeve van diens bewijslevering.¹³ Wordt niet aan die verplichting voldaan, dan kan de rechter de stellingen van de wederpartij voorshands – behoudens tegenbewijs – voldoende bewezen achten of zelfs – bij gebrek aan gemotiveerde betwisting – als vaststaand beschouwen.

2.8. Een wettelijk (bewijs)vermoeden kan voortvloeien uit een bijzondere regel, bijvoorbeeld het vermoeden dat de bezitter van een goed ook de rechthebbende is (art. 3:119 lid 1 BW).¹⁴

2.9. De rechter kan voorts een gevolgtrekking maken uit vaststaande feiten en met een rechterlijk vermoeden de bewijslast ten aanzien van één of meer geschilpunten verlichten.¹⁵ Een voorbeeld van een veralgemeniseerd rechterlijk bewijsvermoeden is de omkeringsregel, die toepassing kan vinden bij bewijs van – tot op zekere hoogte – onzeker causaal verband door de gelaedeerde.¹⁶

2.10. Voor de overheid is kortom in de civiele procedure bij de feitenvaststelling niet bij voorbaat een hoofdrol of bijzondere positie ingeruimd. In het bestuursrecht is dat anders. Daar vindt een belangrijk deel van de feitengaring plaats in de bestuurlijke voorfase, in het kader van de voorbereiding van het primaire besluit of in bezwaar, wanneer de rechter (meestal) nog niet in beeld is.

2.11. Desalniettemin heeft de rechter in het civiele proces de nodige manoeuvreerruimte. Dat begint al bij de waardering van de stellingen en verwerpen van partijen. Het antwoord op de vraag of een partij aan zijn stelplicht dan wel betwistingslast heeft voldaan, hangt immers af van hetgeen partijen over en weer naar voren hebben gebracht of hadden kunnen brengen. Of een stelling voldoende is gemotiveerd tegenover de gemotiveerde betwisting door de wederpartij, is tot op zekere hoogte een relatieve kwestie en hangt mede af van de waardering van de rechter.

13. Zie zeer uitvoerig H.W.B. thoe Schwartzberg, *Bevrijdende verwerpen – Een onderzoek naar het onderscheid tussen een grondslagverweer en een bevrijdend verweer en de consequenties van dit onderscheid voor de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2023, nr. 25.

14. Zie H.W.B. thoe Schwartzberg, *Bevrijdende verwerpen – Een onderzoek naar het onderscheid tussen een grondslagverweer en een bevrijdend verweer en de consequenties van dit onderscheid voor de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2023, nr. 26.

15. Zie H.W.B. thoe Schwartzberg, *Bevrijdende verwerpen – Een onderzoek naar het onderscheid tussen een grondslagverweer en een bevrijdend verweer en de consequenties van dit onderscheid voor de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2023, nr. 27.

16. Voor toepassing van de omkeringsregel is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad vereist dat een gedraging heeft plaatsgevonden die in strijd is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verzevenlijkt. Zie HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1008, r.o. 3.4.2 en recent nog HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27, r.o. 3.3.

Bij die waardering komt de rechter, net als bij de waardering van geleverd bewijs (art. 152 lid 2 Rv)¹⁷, een grote vrijheid toe. Die waardering is maar beperkt toetsbaar in cassatie, al laat de ‘domein’-gedachte die in toenemende mate in de rechtspraak kan worden teruggevonden zien dat de vrijheid van de rechter om eisen aan de feitelijke onderbouwing van een stelling of verweer te stellen niet onbegrensd is. Van een partij kan niet worden gevergd dat zij een stelling onderbouwt voor zover de voor die onderbouwing benodigde gegevens zich bevinden in het domein van de wederpartij en die partij daar zelf geen toegang toe heeft.¹⁸ Voor zover er redenen zijn om aan te nemen dat de overheid over gegevens kan beschikken die relevant zijn voor de beoordeling van het geschil, ligt daarin een aanknopingspunt voor de rechter om van de overheid een belangrijke(r) bijdrage aan de feitenvaststelling te verwachten.

2.12. Daarbij kunnen de toepasselijke materieelrechtelijke regels grond opleveren om de bewijslast voor relevante onderdelen van het geschil op de overheid te leggen. In de rechtspraak wordt dit met name zichtbaar bij de toetsing aan fundamentele (mensen)rechten of beginselen, zoals bijvoorbeeld bij schending van het gelijkheidsbeginsel. Al in het *Ikon*-arrest uit 1987¹⁹ overwoog de Hoge Raad dat ‘in geval een burger een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel en dit beroep staft met een opsomming van gevallen die naar zijn mening aan het zijne gelijk zijn en door het overheidslichaam anders zijn behandeld, het op de weg van het overheidslichaam ligt zich over een en ander uit te laten en een eventuele ongelijke behandeling te verklaren’. In een arrest over discriminatie uit 1982²⁰ overwoog de Hoge Raad dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat de rechter cijfermatige, statistische verschillen aanmerkt als voldoende motivering van de stelling dat er gediscrimineerd is, noch dat hij aan dergelijke verschillen een (zwaarwegend) vermoeden voor discriminatie ontleent en enkel op grond van dat vermoeden de van discriminatie betichte partij belast met het bewijs dat de achterstelling berust op rechtens aanvaardbare gronden.²¹ Bij een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting c.q. nieuwsgaring geldt iets vergelijkbaars.²²

2.13. Het ‘gewone’ bewijsrecht biedt de rechter kortom de mogelijkheid rekening te houden met de onderlinge verhouding tussen procespartijen en de in dat kader eventueel (gepercipieerde) ongelijkheid. Dat kan meebrengen dat de overheid als professionele partij wordt geacht over bepaalde gegevens te beschikken en dat aan de onderbouwing of betwisting van stellingen of verweren door die overheid per

17. Dit geldt uiteraard tenzij de wet anders bepaalt, zoals voor de bewijskracht van aktes (art. 156-160 Rv), strafvonnissen (art. 161 Rv) en de partijgetuigenverklaring (art. 164 Rv).

18. Zie bijvoorbeeld HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, r.o. 3.2 en HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6106, r.o. 4.2.2.

19. Zie HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, r.o. 3.4 (*Ikon*).

20. HR 10 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4496, r.o. 4.1, NJ 1983/687, m.nt. E.A. Alkema (*Binderen/Kaya*).

21. Vgl. in dit verband ook de rechtspraak van het EHRM, bijvoorbeeld EHRM 6 januari 2005, nr. 58641/00 (*Hoogendijk/Nederland*), EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (*D&H c.s./Tsjechië*) en EHRM 2 februari 2016, nr. 7186/09 (*Di Trizio/Zwitserland*).

22. HR 2 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6926, NJ 2006/291, m.nt. E.J. Dommering (*Ostade Blade/Staat*).

saldo hogere eisen worden gesteld. Dit kan ook gelden voor andere (professionele) partijen dan de overheid.

2. *Verplichting om relevante – op de zaak betrekking hebbende – stukken in te brengen*

2.14. Een volwaardige pendant van de op het bestuursorgaan rustende verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken toe te zenden (art. 8:42 Awb), kent de civiele procedure niet.

2.15. Op procespartijen rust wel de algemene verplichting om, indien zij zich in enig processtuk beroepen op enig stuk, daarvan een afschrift te hechten aan dit processtuk (art. 85 Rv). Het kan een procespartij duur komen te staan indien niet of niet tijdig aan deze verplichting wordt voldaan, in de zin dat de rechter kan besluiten met het stuk geen rekening te houden ten nadele van de wederpartij (art. 85 lid 4 Rv). De eiser is verder gehouden in de dagvaarding de bewijsmiddelen te vermelden waarover hij kan beschikken (art. 111 lid 3 Rv). Deze bewijsaandragplicht komt bovenop de verplichting van artikel 85 Rv om stukken waarop een beroep wordt gedaan over te leggen. Een vergelijkbare bewijsaandragplicht rust op de gedaagde (art. 128 lid 5 Rv). De rechter kan partijen bevelen eventueel ontbrekende gegevens alsnog te verstrekken (art. 120 lid 4 en 128 lid 5 Rv).

2.16. Daarnaast geeft artikel 22 lid 1 Rv de rechter de (discretionaire) bevoegdheid in elke stand van de procedure partijen op te dragen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent de term ‘op de zaak betrekking hebbende’ bescheiden dus wel. De rechter kan ambtshalve een bevel op grond van artikel 22 Rv opleggen. Daarnaast kunnen partijen bij de rechter op gebruikmaking van deze bevoegdheid aandringen, zij het dat zij daarop geen aanspraak kunnen maken.²³ Voldoet een procespartij zonder goede reden niet aan een rechterlijk bevel op grond van artikel 22 Rv, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (art. 22 lid 4 Rv). Hoewel er dus geen keiharde processuele verplichting bestaat om ‘de op de zaak betrekking hebbende stukken’ in het geding te brengen, kan een procespartij wel worden verplicht tot inbreng van stukken.

2.17. Het ligt in de rede dat de rechter deze bevoegdheid slechts zal aanwenden indien dit voor de ontwikkeling van het partijdebat noodzakelijk wordt geacht. Dat zal zich niet of minder snel voordoen indien het ontbreken van bepaalde bescheiden in het nadeel uitpakt van de partij bij wie die bescheiden berusten. Indien daarentegen diens wederpartij processueel nadeel dreigt te ondervinden van het ontbreken van die bescheiden, bijvoorbeeld doordat die wederpartij – in het licht van de bewijslastverdeling – aanknopingspunten mist voor de noodzakelijke onderbouwing of betwisting van stellingen of verweren, kan het in de rede liggen om het processuele risico met artikel 22 Rv te verschuiven naar de partij om wiens bescheiden het gaat.

23. Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AX8899. Zie ook MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 154.

2.18. Mijn persoonlijke indruk is overigens dat de rechter deze bevoegdheid vrij spaarzaam gebruikt, terwijl partijen er regelmatig expliciet om vragen of, subtieler, de rechter op diens bevoegdheid wijzen in de hoop dat deze er gebruik van maakt. Mogelijk heeft deze terughoudendheid te maken met de lijdelijke positie die de rechter van oudsher in het civiele proces inneemt. Gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 22 Rv kan er, net zoals het stellen van allerlei indringende vragen tijdens een mondelinge behandeling buiten het procesdossier om, toe leiden dat aan de grenzen van het partijdebat wordt gemorrelt.

2.19. Bij dat alles geldt dat het de civiele rechter niet vrijstaat de feiten aan te vullen.²⁴ De rechter mag slechts de feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en overeenkomstig het bewijsrecht zijn komen vast te staan (art. 149 lid 1 Rv). Op feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels mag de rechter zijn beslissing wel baseren (art. 149 lid 2 Rv). Het verbod op aanvulling van de feiten moet worden onderscheiden van het verbod op aanvulling van de feitelijke grondslag, dat is neergelegd in artikel 24 Rv. Hierin is bepaald dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Met andere woorden, partijen bepalen de aard en omvang van de rechtsstrijd. Artikel 24 Rv ziet mede op (rechts)feiten die wel uit het procesdossier naar voren zijn gekomen, maar waarop partijen geen beroep hebben gedaan. Het geeft uitdrukking aan het beginsel van partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter. Hoewel de opvattingen over wat lijdelijkheid precies voor de interactie tussen de rechter en procespartijen betekent, onderhevig zijn aan verandering, lijken die beginselen op zichzelf nog springlevend.²⁵

2.20. Op grond van artikel 843a Rv kan een partij ook een exhibitievordering richten tot zijn wederpartij. Wie daarbij rechtmatig belang heeft, kan van degene die bepaalde bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, inzage, afschrift of uittreksel vorderen van die bescheiden. De bescheiden moeten zien op een rechtsbetrekking waarin de verzoeker of diens rechtsvoorgangers partij zijn. Onder bescheiden vallen ook de op een gegevensdrager aangebrachte gegevens. Een daartoe strekkende vordering kan niet alleen in een zelfstandige procedure (bodempcedure of kort geding) worden ingesteld, maar ook in een lopende procedure in de vorm van een incident worden opgeworpen. Een exhibitievordering moet voldoende bepaald zijn. Een procespartij kan hier voordeel hebben van de omstandigheid dat de wederpartij een overheidsorgaan is. In de praktijk komt het regelmatig voor dat zo'n wederpartij eerst een Woo-verzoek indient en vervolgens bij de specificatie van een exhibitievordering profiteert van de inventarislijsten die doorgaans worden opgesteld in het kader van de behandeling van een Wob- of Woo-verzoek.²⁶

24. De rechter is wel gehouden de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv).

25. Zie tamelijk recent nog HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20.

26. Daarbij kan uiteraard ook gebruik worden gemaakt van inventarislijsten die zijn opgesteld in het kader van besluiten op Woo-verzoeken die niet door de betrokken partij zelf zijn ingediend voor zover die besluiten zijn gepubliceerd, wat in de praktijk vaak gebeurt.

3. *Hoor en wederhoor*

2.21. Het beginsel van hoor en wederhoor is stevig verankerd in artikel 19 Rv, niet voor niets het eerste artikel van de Derde afdeling ‘Algemene voorschriften voor procedures’ van de Eerste titel van het Eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit onderstreept het fundamentele karakter van dit beginsel, dat tevens één van de grondbeginselen van het EVRM is. Het brengt mee dat partijen over en weer de gelegenheid moeten krijgen om zich uit te laten over elkaars standpunten en over alles wat er in het kader van de procedure wordt gewisseld en dus aan de rechter ter beoordeling voorligt. De rechter mag een oordeel ten nadele van een van partijen niet baseren op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten. Dit lijdt slechts uitzondering indien en voor zover de wet in een uitdrukkelijke grondslag voorziet.²⁷

2.22. In de procedure gaat dit meestal als vanzelf goed, in elk geval bij processtukken die door partijen worden ingediend, producties die in het geding worden gebracht en andere communicatie met de griffie. De procesreglementen van de rechtbank en hoven voor de behandeling van dagvaardingszaken bepalen namelijk sinds jaar en dag dat de partij die enig bericht aan het desbetreffende gerecht zendt, gelijktijdig een kopie van het bericht aan de wederpartij stuurt en wel op zodanige wijze dat kan worden aangenomen dat de wederpartij het bericht niet later dan de rechtbank ontvangt.²⁸

2.23. Zoals hiervoor al opgemerkt, staat het de rechter niet vrij ambtshalve feiten bij te brengen, bijvoorbeeld door te browsen op internet.²⁹ Voor zover dat wel binnen een correcte vervulling van de rechterlijke taak past, bijvoorbeeld wanneer de appelrechter het proces-verbaal van de behandeling in eerste aanleg opvraagt, zal de appelrechter moeten nagaan of de rechtbank daarvan een afschrift aan partijen heeft gezonden dan wel dat zelf nog moeten doen.³⁰ In beginsel is niet van belang of gegevens en bescheiden waarvan partijen geen kennis hebben kunnen nemen, nieuwe feiten of argumenten behelzen dan wel daadwerkelijk van invloed zijn geweest op de beslissing van de rechter. Het is aan partijen, niet aan de rechter, om te beoordelen of die gegevens nopen tot een reactie. Dit kan anders zijn als het gaat om gegevens of bescheiden waarvan in redelijkheid niet gezegd kan worden dat zij van enig belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak.³¹

27. Te denken valt aan de situatie na verstekverlening (art. 139 Rv) of de beslissing om beslagverlof te verlenen (art. 700 Rv).

28. Zie art. 1.10 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken en art. 1.9 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, te vinden op www.rechtspraak.nl.

29. HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5612 (*Van Donkersgoed/Jansen*); HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1653 en ECLI:NL:HR:2011:BR1654; HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:96.

30. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882.

31. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882; vgl. HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1251 (*Van Peski/Staat*).

4. Voorzieningen voor vertrouwelijkheid

2.24. In de civiele procedure kan op verschillende manieren rekening worden gehouden met het gevoelige karakter van bepaalde informatie. Op grond van artikel 27 Rv kan de behandeling van de zaak, geheel of gedeeltelijk, achter gesloten deuren plaatsvinden. Grond hiervoor kan worden gevonden in: (a) de openbare orde of de goede zeden, (b) de veiligheid van de Staat, (c) de belangen van minderjarigen of de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en (d) indien openbaarheid het belang van een goede rechtspleging zou schaden.³² De beperking van de toegang van het publiek mag niet ruimer zijn dan het te beschermen belang vergt.³³ Op grond van artikel 28 lid 1, aanhef en onder a, Rv is het partijen verboden mededelingen te doen aan derden omtrent het verhandelde op een zitting met gesloten deuren of een zitting waarbij slechts bepaalde personen zijn toegelaten.

2.25. Hoewel de veiligheid van de Staat grond kan opleveren om de deuren te sluiten, zal voor een behandeling achter gesloten deuren in het algemeen in procedures waarin de overheid een van de procespartijen is, minder ruimte zijn. Uit de rechtspraak van het EHRM over artikel 6 EVRM volgt op zichzelf dat ‘neither the letter nor the spirit of this provision prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to have his case heard in public’.³⁴ Het algemeen belang kan zich echter tegen een behandeling achter gesloten deuren verzetten, omdat dit ‘must not run counter to any important public interest’.³⁵ Het algemeen belang zal sneller in het geding zijn in procedures waarin de overheid een van de partijen is.

2.26. Verder kan de rechter op grond van artikel 28 lid 1, aanhef en onder b, Rv verbieden dat partijen omtrent bepaalde gegevens uit de procedure mededelingen doen aan derden. De bepaling dient ertoe te waarborgen dat partijen ter zitting vrijelijk kunnen spreken en relevante gegevens kunnen opnemen in hun processtukken, hetgeen ook de waarheidsvinding dient. Het onder omstandigheden waarborgen van vertrouwelijkheid heeft ook een fundamenteel karakter, in de zin dat strijd met het bepaalde in artikel 8 EVRM kan ontstaan indien de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens in een procedure niet kan worden gewaarborgd.³⁶ Hoezeer het belang van de bescherming van persoonsgegevens is toegenomen blijkt ook uit de recente beschikking van de Hoge Raad over de openbaarheid van de civiele procedure.³⁷

2.27. Tot slot is sinds 1 september 2017 de civiele evenknie van artikel 8:29 Awb te vinden in artikel 22 lid 2 tot en met 5 Rv. Het betreft in wezen een codificatie

32. Deze gronden sluiten vrijwel naadloos aan bij de beperkingsgronden genoemd in EHRM 24 april 2001, nr. 36337/97 en 35974/97, r.o. 37-39 (*B&P/Verenigd Koninkrijk*).

33. Zie zeer recent HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:658, r.o. 3.4.1.

34. EHRM 21 februari 1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0221JUD001185585, r.o. 66 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*). Zie in verband hiermee art. 803 lid 2 Rv.

35. EHRM 21 februari 1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0221JUD001185585, r.o. 66 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*).

36. EHRM 25 februari 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4448 (*Z/Finland*).

37. Zie HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:658, r.o. 3.4.1, een beschikking op een vordering tot cassatie in het belang der wet.

van het *Lightning Casino*-arrest uit 2002,³⁸ en in het voetspoor daarvan het *Telegraaf*-arrest uit 2008³⁹. Deze uitspraken baanden de weg voor wat kan worden beschouwd als de analoge toepassing van artikel 8:29 Awb in de civiele procedure. Als een procespartij zich wil beroepen op de vertrouwelijkheid van in te brengen bescheiden zal de rechter daarvan kennis moeten nemen om te beoordelen of de geheimhouding (of beperkte kennisneming door alleen de rechter) gerechtvaardigd is. Verwerpt de rechter het beroep op vertrouwelijkheid, dan kan de rechter aan de weigering van een procespartij de stukken in te brengen de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht (art. 22 lid 4 Rv). Acht de rechter geheimhouding gerechtvaardigd, dan hoeven de stukken niet te worden ingebracht (art. 22 lid 5 Rv). Acht de rechter beperkte kennisneming gerechtvaardigd, maar stemt de wederpartij er niet mee in dat mede op grondslag van die stukken uitspraak wordt gedaan, dan wordt de zaak naar een andere kamer verwezen (art. 22 lid 6 Rv). Hoewel de wettekst dit niet met zoveel woorden vermeldt, ligt het in de rede dat de rechter ook ten nadele van een partij zijn conclusies mag verbinden aan het weigeren van diens toestemming.

2.28. In de praktijk lijkt het maar sporadisch voor te komen dat deze procedure voor vertrouwelijkheid (art. 22 lid 2 t/m 5 Rv) wordt toegepast. Een tamelijk recent voorbeeld is de uitspraak van de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland van 6 december 2021.⁴⁰ Daarin werd een beroep op vertrouwelijkheid gedeeltelijk gehonoreerd, waardoor de voorzieningenrechter zich genoodzaakt zag de zaak te verwijzen. Artikel 22 Rv lijkt inderdaad uit te gaan van verwijzing naar een andere rechter indien de zaaksrechter door de beoordeling van het beroep op geheimhouding bekend is geraakt met de inhoud van stukken die niet ten grondslag mogen worden gelegd aan de oordeelsvorming (en die uiteraard niet ‘weggedacht’ kan worden). Zo’n verwijzing lijkt minder praktisch dan wat in het bestuursrecht gebruikelijk is, te weten de instelling van een speciale geheimhoudingskamer. Dit geldt vooral als er al een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. Dan kan de jurisprudentie over de rechterswissel⁴¹ het noodzakelijk maken een deel van de gevoerde procedure over te doen, omdat partijen aanspraak kunnen maken op een nieuwe mondelinge behandeling.

2.29. De wet kent in aanvulling op de algemene regeling van artikel 22 Rv een bijzondere regeling voor stukken waarbij de kennisneming door de partij zelf de eigen lichamelijke of geestelijke gezondheid of andermans persoonlijke levenssfeer onevenredig zou schaden (art. 22a lid 1 en 2 Rv). De rechter kan bepalen dat de kennisneming van dergelijke stukken is voorbehouden aan een gemachtigde die advocaat of arts is of daarvoor bijzondere toestemming van de rechter heeft gekregen. Artikel 22a lid 3 Rv bevat een vergelijkbare regeling voor bedrijfsgeheimen als kennisneming door een partij de bescherming van dit bedrijfsgeheim oneven-

38. HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350, NJ 2004/4, m.nt. J.B.M. Vranken (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*).

39. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, NJ 2009/451, m.nt. E.J. Dommering (*Telegraaf/Staat*).

40. Rb. Midden-Nederland 6 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5995.

41. HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:700; HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472; HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662 (*Mr. Muetstege q.q./Gemeente Amsterdam*) en HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076.

redig zou schaden. De rechter kan in deze gevallen zijn uitspraak mede baseren op het stuk waarvan een of meer partijen zelf geen kennis hebben kunnen nemen.

2.30. Bij toepassing van artikel 27 en 28 Rv is het beginsel van hoor en wederhoor niet in het geding, aangezien de procespartijen dan toegang hebben en behouden tot alle gegevens waarover de rechter in het kader van zijn beslissing beschikt. Dit is anders bij artikel 22 en 22a Rv. Omdat deze wettelijke bepalingen uitdrukkelijk een grondslag bieden voor het maken van een uitzondering op het beginsel van hoor en wederhoor, lijkt dit niet direct problematisch (vgl. art. 19 Rv). Dit geldt te meer nu hier een oordeel van de rechter aan te pas zal moeten komen. Die zal artikel 19 Rv overigens wel steeds op een wijze moeten uitleggen die in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Dat betekent mijns inziens echter niet dat artikel 6 EVRM altijd moet prevaleren boven andere fundamentele rechten, zoals het recht op privacy en gegevensbescherming (art. 8 EVRM).⁴²

Vraag 3 (processuele motiveringsplicht): *In hoeverre beïnvloedt de positie van de overheid in elk van beide procedures haar processuele motiveringsplicht respectievelijk die van haar wederpartij? Hoever kan deze in elk van beide procedures onder omstandigheden reiken (denk bijvoorbeeld aan stelplicht en bewijslastverdeling)? In hoeverre bemoeilijkt of versterkt het feit dat de overheid consistent beleid dient te voeren haar procespositie?*

3.1. De processuele motiveringsplicht in civiele procedures is niet los te zien van de verdeling van stelplicht, betwistingslast en bewijslastverdeling binnen het bredere stelsel van bewijsrechtelijke regels, waarbij in het kader van de beantwoording van vraag 2 uitvoerig is stilgestaan. Dit stelsel biedt eventueel aanknopingspunten om, zo nodig, strengere eisen aan de processuele motiveringsplicht van overheden te stellen dan aan die van de gemiddelde procespartij. Zo nodig, omdat mijns inziens goede grond ontbreekt om in het algemeen tot uitgangspunt te nemen dat van de overheid als procespartij in een civiele procedure meer mag worden verlangd dan van niet-overheden. Het evenwicht tussen procespartijen blijft een relatieve kwestie. Het lijkt mij een misvatting te veronderstellen dat de overheid zich altijd in een voordeliger positie bevindt dan haar wederpartij(en). De noodzaak tot het waarborgen van het evenwicht in een procedure kan onder omstandigheden evengoed meebrengen dat de rechter uit zijn instrumentarium moet putten om de overheid tegemoet te komen.

3.2. De vraag hoe het feit dat de overheid consistent beleid dient te voeren van invloed is op haar procespositie heeft een materieelrechtelijke en een procesrechtelijke dimensie. Voor de materieelrechtelijke dimensie geldt dat beleid onmiskenbaar van invloed is op de procespositie van overheden, om de eenvoudige reden dat overheden in beginsel gehouden zijn om te handelen in overeenstemming met hun beleid. Dat beleid kan zijn neergelegd in beleidsregels of bestendige bestuurspraktijk zijn. Heeft de overheid gehandeld overeenkomstig haar beleid, dan kan dit een argument in haar voordeel opleveren en dus haar positie in de procedure

42. HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:658, r.o. 3.4.1 onderstreept dat de door art. 6 en 8 EVRM gewaarborgde rechten kunnen botsen.

versterken. De omgekeerde situatie kan zich vanzelfsprekend ook voordoen.⁴³ De noodzaak consistentie te betrachten en de vrees voor precedentwerking kunnen de ruimte en bereidheid van de overheid om in een procedure een schikking te treffen overigens wel beperken.

3.3. Daarnaast kan de overheid ook beleid formuleren over de wijze waarop privaatrechtelijke bevoegdheden worden uitgeoefend, en dus ook over de privaatrechtelijke bevoegdheid om een civiele procedure te voeren. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de Leidraad Invordering 2008, waarin beleid voor de ontvanger van de Belastingdienst is neergelegd, bijvoorbeeld over het aanvragen van faillissement.⁴⁴ De rechter kan aan dergelijk beleid toetsen.⁴⁵ Het komt mij voor dat het ook hier de positie van de overheid kan versterken als het voeren van de procedure als zodanig in overeenstemming is met het daarop van toepassing zijnde beleid. Daarbij past wel de kanttekening dat dit uiteraard niet in de weg staat aan de materiële beoordeling van het litigieuze handelen. Het afwijken van beleid over het aanwenden van de bevoegdheid om een civiele procedure te voeren of over de wijze van procesvoering, lijkt mij niet onmogelijk. Denkbaar is wel dat van de overheid wordt verlangd dat dit wordt toegelicht, in het kader van ‘comply or explain’.

3.4. De vraag rijst in hoeverre zich bij overheden in de praktijk ook een bestendige bestuurspraktijk of gedragslijn in het kader van het voeren van civiele procedures kan vormen. In situaties waarin dezelfde overheid grote aantallen min of meer identieke procedures voert, zou zich dat voor kunnen doen. Ik betwijfel echter of een bestendige bestuurspraktijk zich in de praktijk eenvoudig laat vaststellen. Dit zou feitelijk onderzoek naar procesgedrag in diverse procedures vergen. De vraag rijst of het voor de rechter in de praktijk mogelijk en haalbaar is om zich een beeld te vormen van die gedragslijn. In verwerende zaken zal het vanwege de relatieve bevoegdheidsverdeling zo zijn dat lokale overheden veelal worden gedagvaard bij de plaatselijke rechtbank (en de centrale overheid bij rechtbank Den Haag). Daarmee kan die ‘vaste’ rechtbank weliswaar meer zicht krijgen op de wijze van procesvoering bij het eigen gerecht, maar niet bij het verloop van procedures bij andere gerechten. Hoe een civiele procedure verloopt in andere zaken of bij andere gerechten en welke keuzes overheden daarin maken is daarnaast van veel onvoorspelbare, toevallige en incidentele factoren afhankelijk, om nog maar te zwijgen van de mogelijke verschillen tussen overheden onderling of tussen onderdelen van dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon. Gezien de taakverdeling tussen partijen en de rechter zou hiervoor bovendien nodig zijn dat een procespartij een beroep doet op

43. Zie voor een zeer recent voorbeeld waarin het hof had miskend dat de hoedanigheid van de gemeente als gemeentelijke overheid, die mede rekening dient te houden met algemene belangen, en het gemeentelijk erfpachtbeleid wel degelijk een omstandigheid is die moet worden betrokken in de beoordeling van een beroep op misbruik van omstandigheden, HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:963, r.o. 3.1.2.

44. Zie bijvoorbeeld art. 73.4.1 Leidraad Invordering 2008.

45. Zie voor een recent voorbeeld HR 14 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:563 over de bevoegdheid tot aansprakelijkstelling door de ontvanger op grond van de Invorderingswet. Een dergelijke procedure wordt tegenwoordig gevoerd bij de fiscale rechter, maar werd vroeger bij de civiele rechter gevoerd, die evenzeer toetste aan het in de Leidraad Invordering neergelegde beleid. Vgl. ook het inmiddels vervallen art. 29 Besluit Fiscaal Bestuursrecht over de raadpleging van de Landelijk coördinator civiele heffingsprocedures voordat een inspecteur een belastingplichtige of derde in een civiele procedure dagvaardt.

het bestaan van een bestendige gedragslijn om te voorkomen dat de rechter buiten de door partijen getrokken grenzen van het geschil treedt.

Vraag 4 (ongelijkheidscompensatie): *Over welke (verdere) procesrechtelijke 'tools' beschikken de bestuursrechter en de burgerlijke rechter als het gaat om ongelijkheidscompensatie en in welke mate maken zij daarvan al dan niet gebruik/is gebruikmaking daarvan gewenst?*

4.1. Afgezien van het hiervoor besproken rechterlijke instrumentarium, zijn er nog tal van praktische maatregelen en beslissingen waarmee de rechter de manoeuvreerruimte voor de ene of de andere procespartij kan vergroten of juist verkleinen. Te denken valt aan de wijze waarop de rechter omgaat met de (uitstel)termijnen voor de indiening van processtukken, met termijnen voor het indienen van nadere producties voorafgaand aan een zitting, met aanhoudingsverzoeken bij de verhinderdheid van een partij of diens raadslieden, met de toewijzing van (extra) spreektijd bij zittingen, met het toestaan van een tweede schriftelijke ronde of aktenwisseling na een mondelinge behandeling in eerste aanleg of met verzoeken in hoger beroep om een processtuk te mogen nemen met een ruimere omvang dan het in beginsel maximale aantal pagina's. In deze voorbeelden neemt de rechter op een voor partijen kenbare wijze een beslissing. Door de grenzen van de bandbreedte op te zoeken, kan de rechter het de ene of andere partij moeilijker of makkelijker maken.

4.2. Er zijn ook beslissingen of keuzes die op informelere of implicietere wijze worden genomen, bijvoorbeeld de bereidheid van de rechter om door de vingers te zien dat nog een beroep op een nieuw stuk wordt gedaan of dat de toegekende spreektijd wordt overschreden, of de welwillendheid (of het gebrek daaraan) waarmee de rechter het betoog van de ene of andere partij aanhoort. Vooral dit laatste is glibberig terrein, waar het maken van algemene observaties niet goed mogelijk is, laat staan dat er kwantitatieve of kwalitatieve uitspraken over kunnen worden gedaan. Dat neemt niet weg dat er advocaten zullen zijn die de zittingszaal ooit hebben verlaten met een ietwat ontgoocheld gevoel en met de indruk dat de positie van hun cliënt niet de aandacht heeft gekregen die deze had verdiend.

4.3. Al dit soort keuzes en beslissingen kunnen een rol spelen in het kader van ongelijkheidscompensatie. Deze term lijkt mij overigens wel wat problematisch nu wat de één als ongelijkheid (die vraagt om compenserende maatregelen) aanmerkt voor de ander geen ongelijkheid hoeft te zijn. De vraag wanneer ongelijkheidscompensatie in de civiele procedure aangewezen is, zal niet door iedereen hetzelfde worden beantwoord.

Vraag 5 (eisverandering en aanvulling rechtsgronden): *In hoeverre bestaat tijdens de procedures de mogelijkheid tot wijziging van eis/het poneren van nieuwe stellingen en/of weren? Welke verschillen zijn er tussen de bestuursrechter respectievelijk de burgerlijke rechter wat betreft de mogelijkheid/verplichting tot het aanvullen van rechtsgronden?*

5.1. Met het uitbrengen van een dagvaarding of het indienen van een conclusie van antwoord in een civiele procedure, ligt het standpunt van de ene of andere partij niet onwrikbaar vast. Tot in een vrij laat stadium van de civiele procedure bestaat de mogelijkheid om de eis te wijzigen dan wel nieuwe stellingen of weren

naar voren te brengen, in feitelijke instanties althans.⁴⁶ Er zijn ook relevante verschillen tussen de eerste aanleg en hoger beroep, hetgeen met name samenhangt met de hierna te bespreken tweeconclusieregel. De mogelijkheden in eerste aanleg dienen hier als vertrekpunt.

5.2. Een eisvermindering is ingevolge artikel 129 Rv te allen tijde toegestaan. Voorwaarde is uiteraard wel dat de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen. De gedaagde kan zich niet tegen een eisvermindering verzetten. Op grond van artikel 130 lid 1 Rv kan de eis worden veranderd of vermeerderd, zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen. De gedaagde moet zich hierover kunnen uitspreken en kan bezwaar maken op de grond dat de verandering of vermeerdering in strijd is met de eisen van een goede procesorde. De rechter kan op die grond ook ambtshalve een eiswijziging buiten beschouwing laten. Als de gedaagde niet is verschenen, is verandering of vermeerdering van eis alleen mogelijk, indien de wijziging tijdig bij exploit aan de gedaagde bekend is gemaakt (art. 130 lid 3 Rv).

5.3. De verschenen gedaagde kan zelf ook een (tegen)eis jegens de eisende partij instellen, de zogenoemde eis in reconventie (art. 136 Rv). Dat moet uiterlijk bij conclusie van antwoord geschieden (art. 137 Rv). Ook een eis in reconventie kan op de voet van artikel 129 en 130 Rv gewijzigd worden.

5.4. Een eiswijziging kan ertoe leiden dat de zaak tot de competentie van een andere rechter (ook wel aangeduid als advocaatzaken) gaat behoren, zodat overeenkomstig artikel 95 jo. 71 Rv verwijzing moet volgen naar de kantonrechter of juist naar de kamer voor andere zaken dan kantonzaken (ook wel aangeduid als ‘team handel’). Gelet op de jurisprudentie inzake de rechterswissel,⁴⁷ waaraan partijen onder omstandigheden een recht kunnen ontleen op een nieuwe mondelinge behandeling (ten overstaan van de rechter(s) die uiteindelijk vonnis zal (zullen) wijzen), kan een eiswijziging met verwijzing tamelijk ingrijpende consequenties hebben.

5.5. In de praktijk kan de mogelijkheid om een eis te wijzigen beperkter uitpakken dan deze op papier lijkt te zijn. Het aantal processtappen tussen het uitbrengen van de dagvaarding en het eindvonnis is sinds de inwerkingtreding van het herziene burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 namelijk significant afgenomen. Voor die tijd waren er vaak twee schriftelijke rondes. Inmiddels wordt partijen slechts bij uitzondering een tweede schriftelijke ronde toegestaan. Het streven is veelal de zaak na één schriftelijke ronde tijdens de mondelinge behandeling klaar te stomen voor het wijzen van een eindvonnis. Dat betekent dat zich eenvoudigweg niet zoveel gelegenheden voordoen waarop een eiswijziging kan worden doorgevoerd.

5.6. De herstel- of herkansingsfunctie van het hoger beroep brengt mee dat partijen ook in hoger beroep hun eis kunnen wijzigen. Zij kunnen nieuwe vorderingen instellen en al ingestelde vorderingen wijzigen of van nieuwe grondslagen voorzien. Dit geldt ook voor een in eerste aanleg ingestelde eis in reconventie. Een eis in re-

46. De mogelijkheden in cassatie zijn vanwege de aard van de toetsing in cassatie uiterst beperkt.

47. Zie de hiervoor genoemde rechtspraak over de rechterswissel.

conventie kan echter niet voor het eerst in hoger beroep worden ingesteld (art. 353 lid 1 Rv). De mogelijkheid om nieuwe feiten en wren naar voren te brengen is vrijwel onbeperkt, tenzij een partij ondubbelzinnig een stelling, verweer of vordering heeft prijsgegeven. Zelfs een in eerste aanleg ingetrokken eis kan onder omstandigheden in appel opnieuw worden ingesteld.

5.7. Een belangrijke beperking is gelegen in de zogenoemde tweeconclusieregel (ook wel aangeduid als de ‘in beginsel strakke regel’). Deze regel houdt in dat de appelrechter niet behoort te letten op nieuwe grieven, gewijzigde of vermeerdeerde (grondslagen van) eisen of nieuwe verweren die in een later stadium worden aangevoerd dan in de memorie van grieven of de memorie van antwoord.⁴⁸ Dit kan uitzondering lijden (i) bij ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij, (ii) indien onverkorte toepassing van de regel in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde, zoals in het geval van een rechterlijke fout, nieuwe ontwikkelingen van feitelijke of juridische aard nadat van grieven is gediend of een aan verweerder toe te rekenen onjuiste voorstelling van zaken bij appelland, en (iii) wegens de bijzondere aard van de desbetreffende procedure.⁴⁹ De tweeconclusieregel staat er niet aan in de weg dat een partij na de wisseling van memories een reeds eerder ingenomen standpunt nader onderbouwt. In de praktijk kan dit een wat schimmig gebied zijn.

5.8. Binnen het partijdebat (art. 24 Rv) is de rechter steeds gehouden de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv). De civiele rechter is gehouden om zelfstandig, en in beginsel onafhankelijk van wat partijen daarover hebben aangevoerd, na te gaan op grond van welke juridische regels of grondslagen de ten processe gestelde feiten de vordering of een verweer kunnen dragen, ook als partijen zelf naar de ‘verkeerde’ regels verwijzen.⁵⁰ Rechtsgronden van openbare orde en daarmee gelijk te stellen rechtsgronden (denk aan Europees consumentenrecht) dient de rechter ook buiten het partijdebat tot gelding te laten komen. De rechter mag evenwel nooit buiten het petitum gaan.⁵¹

5.9 Hoewel voor de overheid op papier geen andere eisen of voorwaarden gelden in het kader van een eventuele eiswijziging of aanvulling van stellingen of wren, is denkbaar dat de rechter bij professionele partijen, en dus ook bij de overheid, iets strenger toetst in hoeverre een eiswijziging in overeenstemming is met de eisen van een goede procesorde.

Vraag 6 (oordeel ex tunc/ex nunc): *Oordeelt de bestuursrechter respectievelijk de burgerlijke rechter in beginsel ex tunc (dat wil zeggen aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van het besluit of het handelen in geschil) of ex nunc (dat wil zeggen aan*

48. Vgl. art. 347 Rv.

49. Zie onder meer HR 5 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1015; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3238; HR 8 mei 2015, ECLI:NL:2015:1224 en HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771.

50. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2655 (*Van Rooijerven Van der Sluijs*).

51. A.E.H. van der Voort Maarschalk, ‘De toetsing in cassatie’, in: B.M.T. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 52. Dat de rechter niet buiten het petitum mag gaan, betekent dat de appelrechter niet op grond van de openbare orde dicta mag vernietigen waarvan de vernietiging niet gevorderd is. De Hoge Raad mag geen oordelen vernietigen waartegen geen cassatieklacht is gericht, ook niet als die dicta respectievelijk oordelen in strijd zijn met de openbare orde.

de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van de uitspraak van de rechter) en onder welke omstandigheden wijkt hij eventueel af van het desbetreffende uitgangspunt?

6.1. Anders dan in het bestuursrecht, ontbreekt in het civiele recht uitgebreide theorievorming over de vraag of de rechter ex nunc of ex tunc toetst. In de bestuursrechtelijke procedure gaat het in de regel om de toetsing van een besluit, dat op een bepaald moment is genomen en dus in beginsel moet worden beoordeeld aan de hand van het wet- en regelgevend kader en op basis van de feiten en omstandigheden van dat moment (ex tunc). Daarbij rust op het bestuursorgaan de plicht om ervoor te zorgen dat de belanghebbende ten tijde van het besluit voldoende gelegenheid heeft gehad om feiten en omstandigheden aan te dragen, zodat de zorgvuldigheid van de besluitvorming gewaarborgd is.

6.2. In de civiele procedure ontbreekt dit vanzelfsprekende ankerpunt (zoals het besluit in de bestuursrechtelijke procedure). In beginsel zal elke civilist beamen dat de civiele rechter een zaak ex nunc beoordeelt, in de zin dat de rechter in zijn oordeelsvorming al hetgeen partijen naar voren hebben gebracht tot de uitspraak zal kunnen betrekken. Volgens vaste rechtspraak strekt het hoger beroep in civiele zaken niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrechter heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (ex nunc).⁵²

6.3. Dat betekent echter niet automatisch dat alles wat tot de uitspraak naar voren is gebracht ook in materiële zin gewicht in de schaal kan leggen. Naar welk (peil)moment de rechter vorderingen of verzoeken dient te beoordelen, zal afhangen van de aard van die vorderingen of verzoeken en de grondslag ervan. Zo overwoog de Hoge Raad in een merkenrechtelijke zaak:

Vooropgesteld wordt dat het antwoord op de vraag of de rechter bij de beoordeling van een vordering die betrekking heeft op inbreukmakend of anderszins onrechtmatig handelen niet alleen de omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het gewraakte handelen, maar ook die ten tijde van zijn uitspraak in aanmerking dient te nemen, in de eerste plaats afhangt van de aard van het geschil en hetgeen de aanlegger, mede gelet op hetgeen deze vordert, tot inzet van het geding heeft gemaakt. Bij gebreke van aanwijzingen die tot een beperkte toetsing (“ex tunc”) aanleiding moeten geven, zal de rechter in beginsel alle hem ter kennis gebrachte omstandigheden in zijn beoordeling dienen te betrekken, ook voor zover die zich niet in een eerder stadium hebben voorgedaan. Dat laatste geldt in het bijzonder indien de vordering een bevel of verbod van meer algemene strekking behelst dat beoogd wordt voort te duren na de uitspraak van de rechter. Voor de appelrechter geldt bovendien de regel dat het hoger beroep niet uitsluitend strekt tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrech-

52. HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050, r.o. 3.3 (Yp/PTT) en HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1777, r.o. 3.3.2 (buren).

*ter heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (HR 23 februari 1996, nr. 15904, NJ 1996, 395). Er bestaat geen aanleiding op dit punt anders te oordelen voor een kort geding dan voor een procedure ten gronde.*⁵³

6.4. Dit lijkt mij niet weg te nemen dat de rechter bij een onrechtmatige daadsactie de vraag of het gewraakte handelen onrechtmatig is, in beginsel zal moeten beoordelen naar het moment of de periode waarin het vermeende onrechtmatig handelen of nalaten zich heeft voorgedaan, hoewel de rechter bij die beoordeling mag betrekken wat daarover vervolgens in de procedure naar voren is gebracht. Bij de vaststelling van eventuele schade zal juist de periode ná het onrechtmatig handelen van belang zijn. Ook een deskundigenrapport van geruime tijd na het moment waarop de schadeoorzaak zich heeft voorgedaan, kan van belang zijn in het kader van de begroting van de schade.

6.5. In andere gevallen zal de aard van de zaak meebrengen dat deze, althans aspecten daarvan, *ex tunc* zullen moeten worden beoordeeld. Om te illustreren hoezeer dit per geval anders uit kan pakken, vermeld ik enkele voorbeelden uit de rechtspraak. Of een ontbindingsverzoek van de werkgever terecht is toegewezen, moet de appelrechter beoordelen naar de toestand ten tijde van de beslissing van de kantonrechter.⁵⁴ De vraag of een primair besluit rechtmatig is, zal doorgaans moeten worden beantwoord naar het tijdstip waarop het is genomen.⁵⁵ Of een beding onredelijk bezwarend in de zin van artikel 25f lid 2 Auteurswet is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁵⁶ De Hoge Raad voegt daar in hetzelfde arrest aan toe dat bij de beoordeling of de toepassing van een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, ook omstandigheden kunnen worden meegewogen die zich na de contractsluiting hebben voorgedaan, zoals de wijze waarop de overeenkomst is uitgevoerd.⁵⁷ Of een bancaire relatie kan worden opgezegd door de bank, moet worden beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van de opzegging (*ex tunc*), maar de vraag of een bank moet worden verplicht een nieuwe contractuele relatie aan te gaan, zal *ex nunc* moeten worden beantwoord.⁵⁸ De vraag of een beroep op verrekening kan worden gedaan, hangt af van het bestaan van de bevoegdheid tot verrekening *ex artikel 6:127 lid 2 BW* op het moment dat de schuldenaar aan de schuldeiser verklaart dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. De geldigheid van het beroep op verrekening moet derhalve, ook in appel, na een cessie van de vordering, worden beoordeeld naar het moment van het uitbrengen van de verrekeningsverklaring (*ex tunc*).⁵⁹

53. HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9707, r.o. 4.2.1 (*Adidas/HGM, Vendex c.s.*).

54. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, r.o. 3.2.6. Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, r.o. 3.1.3 e.v.

55. Vgl. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3257, r.o. 3.5.2 (*Hoogland/Rotterdam*).

56. HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.1.3.

57. HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.2.2.

58. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.7 en Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2822, r.o. 3.5.

59. HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2005, r.o. 3.1.2-3.1.3 (*Van Noort Gassler/X c.s.*).

6.6. Het materiële toetsingskader is kortom van belang voor de bepaling van het relevante toetsingsmoment. Van een keiharde regel dat de civiele rechter ex nunc oordeelt kan dan ook niet gesproken worden.⁶⁰

Vraag 7 (proceskostenveroordeling): *Hoe is de proceskostenveroordeling in elk van beide systemen geregeld als de overheid procespartij is? Welke verschillen zijn er tussen beide systemen en wat zou die verschillen kunnen verantwoorden?*

7.1. In artikel 237 Rv en volgende is een regeling voor de proceskosten in civiele procedures neergelegd. Een proceskostenveroordeling hoeft niet te worden gevorderd. De rechter kan deze ook ambtshalve uitspreken.

7.2. Op grond van artikel 237 Rv geldt als uitgangspunt dat de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld. Dat uitgangspunt geldt meestal ook als één van partijen in overwegende mate in het ongelijk wordt gesteld. Als bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van de gedaagde partij wordt vastgesteld en een deel van de schade wordt toegewezen, ligt het ondanks de afwijzing van een (soms aanzienlijk) deel van de gevorderde schade voor de hand dat de gedaagde partij in de kosten wordt veroordeeld.⁶¹

7.3. Als partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, kan de rechter de proceskosten compenseren (art. 237 lid 1 Rv). Dat betekent dat de rechter geen proceskostenveroordeling uitspreekt en alle partijen hun eigen kosten dragen. De rechter mag de kosten ook geheel of gedeeltelijk compenseren in procedures tussen, kort gezegd, familieleden (art. 237 lid 1 Rv). Dit kan uitzondering lijden als familieleden tegen beter weten in procederen, of met elkaar in een zakelijk geschil verwickeld zijn dat losstaat van de familierelatie.

7.4. Wat betreft de begroting van de kosten, maakt de wet onderscheid tussen zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen (art. 238 Rv) en zaken waarin partijen niet in persoon kunnen procederen (art. 239 Rv). In de in artikel 238 Rv bedoelde kantonzaken, komen noodzakelijke reis- en verblijfkosten voor vergoeding in aanmerking. De rechter mag ook verletkosten (voor gederfde inkomsten) toewijzen. Op grond van artikel 239 Rv kunnen slechts de – op basis van een forfaitair tarief vast te stellen – salarissen en verschotten van de advocaat van een partij ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht. Artikel 239 Rv kan analoog worden toegepast als een partij in een kantonzaak met gemachtigde procedeert.

7.5. Het forfaitaire tarief, ook wel aangeduid als het liquidatietarief, hangt af van het aantal en de aard van de verrichtingen en van het financieel belang van de zaak. De bedragen zijn te vinden op rechtspraak.nl.⁶² Als indicatie: de proceskostenveroordeling in een kort geding bedraagt, afhankelijk van de complexiteit, en

60. Zie bijvoorbeeld HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473 voor een nuance op de ex nunc-regel bij de beoordeling door de appelrechter of aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement is voldaan.

61. *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 237 Rv, aant. 1b.

62. Zie www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/tarieven-kosten-vergoedingen/Paginas/Liquidatietarief-2023.aspx.

exclusief de vergoeding voor griffierecht, € 697, € 1.079 of € 1.619. Hoewel het liquidatietarief een niet-bindende richtlijn is en de rechter dus niet verplicht is om dit toe te passen, wijkt de rechter er slechts in zeer uitzonderlijke gevallen van af. In de praktijk betekent dit dat de partij die (in overwegende mate) gelijk krijgt, slechts een gedeelte van de gemaakte kosten vergoed krijgt.⁶³

7.6. Bij misbruik van procesrecht of onrechtmatig procederen kan de rechter een vordering tot vergoeding van de integrale proceskosten toewijzen.⁶⁴ Daarvan is sprake als het instellen van een vordering of het voeren van verweer, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven, en de partij in kwestie op voorhand had moeten begrijpen dat de vordering of het verweer geen kans van slagen had. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM. Het is dan ook hoogst uitzonderlijk dat een partij erin slaagt aanspraak te maken op een hogere vergoeding dan het liquidatietarief.

7.7. In de rechtspraak wordt ook vrijwel nooit iets gedaan met de mogelijkheid van artikel 237 lid 1 Rv om de kosten die een partij nodeloos heeft gemaakt of veroorzaakt, voor rekening te laten van de partij die die kosten heeft gemaakt of veroorzaakt, terwijl dit een laagdrempeliger route lijkt te zijn dan de zware eis van misbruik van procesrecht.

7.8. In de wettelijke regeling is voor de overheid geen bijzondere of afwijkende positie ingeruimd. De wettelijke regeling maakt ook geen onderscheid tussen verschillende soorten partijen, al werkt het onderscheid tussen rechtspersonen, natuurlijke personen en on- en minvermogenen bij de vaststelling van het griffierecht door in de proceskostenveroordeling. De wijze waarop de rechter de wettelijke regeling toepast, resulteert in het algemeen ook niet in een afwijkende behandeling van de overheid.

7.9. Daarmee bestaat een groot verschil met de bestuursrechtelijke procedure. Daarin nemen het bestuursorgaan en de belanghebbende een zeer verschillende positie in voor wat betreft de mogelijkheden om proceskosten vergoed te krijgen. De overheid krijgt in bestuursrechtelijke procedures vrijwel nooit enige vergoeding in de proceskosten toegewezen. Dat leidt er ook toe dat in bestuursrechtelijke procedures elke prikkel tegen het voeren van kansloze procedures tegen de overheid ontbreekt. Die prikkel is er in de civiele procedure wel in de zin dat het voeren van een kansloze procedure de initiatiefnemer op een fikse proceskostenveroordeling kan komen te staan. Het civielrechtelijke systeem biedt kortom niet de mogelijkheden voor het ontwikkelen en exploiteren van verdienmodellen, waar het bestuursrecht in toenemende mate door geplaagd lijkt te worden. Dit is met name te zien op rechtsgebieden waar grote aantallen procedures worden gevoerd over relatief

63. In geschillen over intellectuele eigendomsrechten geldt een iets ruimhartiger regeling, die voorziet in vergoeding van redelijke en evenredige gerechtskosten (art. 1019h Rv). Vgl. HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:112.

64. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828.

kleine bedragen, zoals de BPM en de WOZ. Van steeds meer kanten, niet in de laatste plaats vanuit de rechterlijke macht, klinkt de roep om ingrijpen om dit te beteugelen.

De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke procedure, vanuit Belgisch perspectief

Evelyne Maes en Ronald Van Crombrugge*

I. Inleiding

1. De rechtsbescherming tegen de overheid wordt in België door zowel de burgerlijke hoven en rechtbanken als door bestuurlijke rechtscolleges gewaarborgd. Het is dus niet zo dat wie een overheidsbeslissing wenst aan te vechten zich steeds zal wenden tot de bestuursrechter. De aard van de aangevochten beslissing is in België niet het beslissend criterium voor de rechtsmachtsverdeling tussen de burgerrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtscolleges. Bepalend is het *voorwerp* van de procedure.¹ Overeenkomstig artikel 144 lid 1 Grondwet behoren geschillen over burgerlijke rechten tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken. Geschillen over politieke rechten behoren in beginsel ook tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken, doch de wetgever kan op dit vlak in uitzonderingen voorzien. Overeenkomstig de Grondwet zijn de burgerrechtelijke hoven en rechtbanken dan ook bevoegd voor het zogenaamd subjectief contentieux, waarin uitspraak over subjectieve rechten wordt gedaan. Een administratieve rechtshandeling waarin door de overheid een subjectief recht wordt toegekend (of geweigerd) aan een burger dient bijgevolg in beginsel voor de burgerrechtelijke hoven en rechtbanken te worden aangevochten.

Daarnaast bestaat in België een zogenaamd ‘objectief contentieux’, waarin uitsluitend uitspraak wordt gedaan over de wettigheid van een beslissing. In België is de bevoegdheid om uitspraak te doen over de wettigheid van administratieve rechtshandelingen (zowel individuele beslissingen als reglementaire besluiten) in beginsel toegekend aan de Raad van State. Overeenkomstig artikel 14 Raad van State-wet (hierna: ‘RvS-wet’) is de Raad van State bevoegd om bij wijze van arresten uitspraak te doen over de beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen, voor zover het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege werd toegekend. De wetgever heeft doorheen de jaren steeds meer uitzonderingen gecreëerd op deze algemene bevoegdheid van de Raad van State. Enerzijds heeft de wetgever bijzondere administratieve rechtscolleges opgericht, die belast zijn met een specifiek contentieux, zoals bijvoorbeeld de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen op federaal niveau en de Raad voor Vergunningsbetwistingen of de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen (thans verenigd in de DBRC) in Vlaanderen.

* Mr. E. (Evelyne) Maes is advocate en gastprofessor UCLouvain Saint-Louis en ULiège
Mr. R. (Ronald) Van Crombrugge schreef deze bijdrage toen hij nog advocaat was. Thans is hij adjunct-auditeur bij de Raad van State en assistent aan UCLouvain Saint-Louis.

De auteurs danken Serena Hyso en Emma Beirinckx voor de ondersteuning bij deze bijdrage.

1. P.-J. Van De Weyer, ‘België – Toetsing van het bestuurshandelen in het publiekrecht’, in: L.F. Wiggers-Rust e.a. (red.), *Naar een eenvormige(r) toetsing?* (Platform publiek- en privaatrecht in dialoog – nr. 1), Oisterwijk: Uitgeverij WLP 2020, p. 64.

Anderzijds heeft de wetgever in sommige gevallen ervoor geopteerd om delen van het objectief contentieus toe te wijzen aan de burgerrechtelijke hoven en rechtbanken, zoals bijvoorbeeld het Marktenhof van het Hof van Beroep te Brussel.²

2. Gelet op deze complexiteit kan het soms bijzonder moeilijk zijn voor de rechtzoekende om te weten voor welk rechtscollege hij of zij een bestuurlijke beslissing kan aanvechten. Het valt regelmatig voor dat de Raad van State zich zonder rechtsmacht dient te verklaren, aangezien de verzoekende partij verkeerdelijk ervan uitging dat de Raad van State bevoegd was. Soms komt het zelfs voor dat de overheid zélf in haar beslissing stelt dat hiertegen beroep kan worden aangetekend bij de Raad van State, terwijl in werkelijkheid de burgerrechtelijke hoven en rechtbanken bevoegd zijn. Ook dan zal de Raad van State zich zonder rechtsmacht moeten verklaren en de vordering afwijzen, doch zal in dat geval de gerechtskosten bij de overheid leggen aangezien deze de burger op het verkeerde been heeft gezet (zie randnummer 27).

Tegelijkertijd biedt het onderscheidingscriterium – met name of er een subjectief recht in het spel is of niet – een zekere flexibiliteit aan de rechtzoekende. Afhankelijk van hoe een vordering precies wordt geformuleerd kan de burgerlijke rechter bevoegd worden gemaakt. Zo kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de Belgische klimaatzaak, waar de eisende partijen het (in hun ogen) falende overheidsbeleid inzake de strijd tegen de opwarming van het klimaat hadden gekwalificeerd als een buitencontractuele fout in de zin van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek.

3. Eén van de redenen waarom een eisende partij ervoor kan kiezen om een vordering voor te stellen als behorend tot het subjectief dan wel het objectief contentieus heeft te maken met de verschillende procedureregels die gelden voor de burgerlijke hoven en rechtbanken enerzijds en de bestuursrechtscollages anderzijds. Dit brengt ons meteen bij het onderwerp van deze editie van het *Platform publiek- en privaatrecht*, namelijk de positie van de overheid als partij in de burgerrechtelijke en bestuursrechtelijke procedure.

Wat betreft de positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke procedure kan als algemene regel worden gesteld dat in beginsel geen verschil bestaat tussen de positie van de burger en de overheid wat betreft de toepasselijke procedureregels. Wel zullen verschillen bestaan tussen de positie van de verzoekende partij en de verwerende partij. Hoewel de verzoekende partij in de praktijk meestal een burger (of privaatrechtelijke rechtspersoon) zal zijn en de verwerende partij een overheid, zodat *indirect* een verschil kan bestaan tussen de positie van de burger en de overheid in de procedure, is dit niet noodzakelijk het geval. Het kan voorvallen dat zowel de verzoekende als de verwerende partij een overheid is, bijvoorbeeld wanneer een overheid een beslissing van een andere overheid aanvecht wegens schending van de bevoegdheidsverdelende regels. Tegelijkertijd kan het voorvallen dat de verwerende partij een privaatrechtelijke rechtspersoon is. Een concreet voorbeeld is een

2. P.-J. Van De Weyer, 'De rechtspraak van het Marktenhof in het licht in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming', *TRNI* 2018, afl. 3, p. 155.

universiteit of hogeschool binnen het vrij gesubsidieerd onderwijs die een studievoortgangsbeslissing neemt. Hoewel een vrije universiteit of hogeschool in het algemeen geen administratieve overheid is, zal de studievoortgangsbeslissing (in Vlaanderen) aangevochten worden voor de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbeslissingen, een administratief rechtscollege (de Raad van State treedt in dat geval op als cassatierechter).

4. In deze bijdrage worden de toepasselijke regels in de bestuursrechtelijke procedure in België besproken, met een bijzondere focus op de Raad van State. In tegenstelling tot Nederland bestaat er in België geen equivalent van de Algemene wet bestuursrecht. De procedure wordt dan ook voor elk bestuursrechtscollege apart geregeld. Het zou het bestek van deze bijdrage ver te buiten gaan om voor elk bestuursrechtscollege de procedure te bespreken, zodat keuzes dienden te worden gemaakt. De keuze voor de Raad van State als bijzondere focus van deze bijdrage heeft verschillende redenen. De Raad van State is het hoogste administratief rechtscollege, waarvan de procedureregels vaak als inspiratie hebben gediend bij de vaststelling van de procedureregels voor de bestuursrechtscollages die later werden opgericht. Bovendien is de Raad van State de residuair bevoegde bestuursrechter: tenzij de wet of het decreet een aangelegenheid hebben onttrokken aan de Raad van State, is de Raad van State bevoegd om uitspraak te doen over de nietigverklaring van beslissingen en besluiten (art. 14 RvS-wet). Wat de procedure voor de Raad van State betreft wordt in deze bijdrage – voor redenen van plaatsgebrek – voornamelijk ingegaan op het annulatieberoep, hetgeen het belangrijkste contentieux van de Raad van State vormt. Er wordt dan ook niet nader ingegaan op de bevoegdheid van de Raad van State als cassatierechter, of de bevoegdheid van de Raad van State om in de in artikel 16 RvS-wet bepaalde gevallen te oordelen met volle rechtsmacht (hetgeen betekent dat de Raad van State de beslissing die werd genomen door de administratieve overheid kan hervormen).

II. Toegang tot de rechter

Hoe is in de bestuursrechtelijke procedure de toegang tot de rechter geregeld voor wat betreft de termijnen, de griffierechten, de inhoud van de stukken, de bewijs(levering), en de procesvertegenwoordiging?

1. *Termijnen*

5. In vergelijking met de civielrechtelijke procedures, zijn de termijnen voor het instellen van een beroep bij de Raad van State eerder kort. De termijn voor het instellen van een annulatieberoep of een vordering tot schorsing tegen administratieve beslissingen bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is zestig dagen vanaf de bekendmaking of betekening van de bestreden akten, reglementen of beslissingen.³ Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt of de verzoeker een overheid is dan wel niet. Als geen bekendmaking of betekening wordt vereist

3. Art.19 RvS-wet.; art. 30 lid 2 RvS-wet.; art. 4 § 1 lid 3 Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, BS 21 november 1948.

door de relevante wetgeving, gaat de termijn in op de dag waarop de verzoeker kennis van de beslissing heeft gekregen. De beoordeling van het moment van feitelijke kennisname is een feitenkwestie die door de rechter moet worden beoordeeld.⁴

Bij een beroep tegen een fictieve of impliciet afwijzende beslissing, gaat de termijn in na het verstrijken van een periode van vier maanden.⁵ Er is sprake van een fictieve of impliciet afwijzende beslissing wanneer de administratieve overheid de verplichting heeft om te beschikken, maar na het verstrijken van een termijn van vier maanden nog altijd geen beslissing heeft bekend gemaakt aan de belanghebbende.⁶ Om de rechtsonzekerheid te vermijden die gepaard gaat met het langdurig stilzitten van de overheid, beschikt de rechtzoekende in dergelijk geval alsnog over de mogelijkheid om deze stilzwijgende afwijzende beslissing in rechte aan te vechten, en zodoende duidelijkheid te verkrijgen.

6. De verwerende partij (meestal een overheid) beschikt op haar beurt over een termijn van zestig dagen om aan de griffie een memorie van antwoord en het volledig administratief dossier toe te sturen.⁷

7. Deze termijnen zijn van openbare orde en worden ambtshalve onderzocht door de Raad van State. Dit in tegenstelling tot de (verjarings)termijnen in de civielrechtelijke procedure, die niet van openbare orde zijn.⁸

2. Griffierecht

8. Het griffierecht omvat het rolrecht. Dit is een som die de partijen moeten betalen om bij te dragen in de kosten van de rechtspleging. Het rolrecht geldt echter ook als drempelbedrag om te vermijden dat partijen ondoordacht vorderingen zouden instellen.⁹

Het bedrag van de rolrechten dat moet worden betaald, verschilt naargelang het soort verzoekschrift dat wordt ingediend (art. 70 Procedurereglement RvS). In beginsel bedragen de rolrechten € 200, behalve wanneer het gaat om een verzoek-

4. RvS 27 januari 2023, nr. 255.619, *TBP* 2023, afl. 5, p. 322-323; RvS (10e k.) 9 januari 2007, nr. 166.437; R. Braeken, 'Délai de recours – Recours gracieux ou recours institué – Conseil d'Etat, arrêt n° 245.411 du 11 septembre 2019', *Scolanews* 2020, afl. 1, p. 5-6.

5. RvS (10de kamer) 8 juli 2020, nr. 248.024.; S. De Taeye, *Procedures voor de Raad van State*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2003, p. 92-97.

6. S. De Taeye, *Procedures voor de Raad van State*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2003, p. 55-57.

7. Art. 6 § 2 Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 21 november 1948; J. Dujardin e.a., 'De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', in: J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, 1507-1517; R. Stevens & K. Didden, *Raad van State I. Afdeling bestuursrechtspraak: 2. Het Procesverloop* (AR nr. 10), Brugge: die Keure 2018, p. 136-140.

8. J. Laenens e.a., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Mortsel: Intersentia 2016, p. 77.

9. E. Brewaeys, 'Raad van State, Art. 30, § 1-1 - Art. 30, § 9-1', in: S. Dennys e.a., *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium losbl., p. 89.; J. Dujardin e.a., 'De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', in: J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1495.

schrift tot tussenkomst waarbij uitspraak wordt gedaan over een vernietigingsberoep of een vordering tot schorsing. In dat geval bedragen de rolrechten slechts € 150.

9. Daarbovenop wordt er bij elke betaling van rolrechten ook een betaling vereist van de som van € 24 als bijdrage aan de Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen overheden en niet-overheden wat betreft de gehoudenheid tot het betalen van de rolrechten en de bijdrage aan de Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand. Wel wordt een onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, natuurlijke personen en rechtspersonen en, anderzijds, de publiekrechtelijke rechtspersonen wat betreft het moment van het betalen van de rolrechten.

Voor de natuurlijke personen en rechtspersonen geldt dat de rolrechten en de bijdrage voor de juridische tweedelijnsbijstand dient te gebeuren binnen een termijn van dertig dagen vanaf ontvangst van het overschrijvingsformulier van de griffie om het rolrecht te betalen.¹⁰ De rolrechten dienen aldus te worden betaald voor de aanvang van het beroep. Wanneer het verzoekschrift een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft, dient ten laatste op het moment van de terechtzitting te worden bewezen dat een overschrijvingsopdracht is gegeven of dat een storting werd uitgevoerd. Wanneer de rolrechten niet tijdig worden betaald, dan heeft dit in beginsel tot gevolg dat het verzoekschrift voor niet-verricht wordt beschouwd en het beroep onontvankelijk zal worden verklaard. De verzoekende partij kan echter binnen een termijn van vijftien dagen vragen om door de Raad van State te worden gehoord. De Raad van State zal het verzoekschrift alsnog als niet-verricht beschouwen tenzij de verzoekende partij kan bewijzen dat sprake is van overmacht of onoverkomelijke dwaling.

Deze regeling verschilt sterk van de burgerrechtelijke procedure, waar de rolrechten (en proceskosten in het algemeen) dienen te worden betaald door de in het ongelijk gestelde partij nadat de rechter uitspraak heeft gedaan.

In tegenstelling tot de natuurlijke personen en rechtspersonen, moeten de publiekrechtelijke rechtspersonen de rolrechten niet onmiddellijk betalen. De kosten worden voorgeschoten door de FOD Financiën die ze dan terugvordert wanneer de Raad van State bij het arrest bepaalt wie de kosten moet dragen. Dit gebeurt om twee redenen. Ten eerste is het risico op insolventie van openbare besturen klein. Ten tweede zou het voor een publiekrechtelijke rechtspersoon onmogelijk zijn om de termijn van dertig dagen na te leven gezien de regels omtrent de staatsboekhouding.¹¹

10. Koninklijk besluit van 16 januari 2022 tot wijziging van artikel 71 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *BS* 4 februari 2022 (ed. 1); J. Dujardin e.a., 'De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', in: J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1495-1499; R. Stevens & K. Didden, *Raad van State I. Afdeling bestuursrechtspraak: 2. Het Procesverloop* (AR nr. 10), Brugge: die Keure 2018, p. 505-511.

11. F. Bontinck, 'Art. 66-77 RB 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State', in: S. Denys e.a., *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium, losbl., p. 117; J. Dujardin e.a., 'De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechtspleging voor de afdeling

10. Ten slotte dient erop te worden gewezen dat een aantal verzoekschriften kosteloos zijn, waarvoor geen rolrecht moet worden betaald. Dat is namelijk het geval voor de procedures waarin de Raad van State over volle rechtsmacht beschikt, zoals bepaald in artikel 16 RvS-wet. Daarnaast zijn geen rolrechten verschuldigd voor het indienen van een verzoekschrift tot opleggen van voorlopige maatregelen in kort geding, of het verzoekschrift met betrekking tot bepaalde tussengeschillen.¹²

3. *Inhoud stukken*

11. Het beroep wordt bij de Raad van State aanhangig gemaakt door de indiening van een verzoekschrift. Overeenkomstig artikel 2 Procedurereglement van de Raad van State (hierna ‘Procedurereglement RvS’) dient het verzoekschrift het voorwerp van het beroep en een uiteenzetting van de feiten en de middelen te bevatten. Dit zijn ontvankelijkheidsvereisten, zodat een verzoekschrift dat niet minstens één middel bevat niet-ontvankelijk zal worden verklaard, zelfs wanneer de verzoekende partij in een later procedurestuk middelen aanvoert, en ongeacht of deze middelen de openbare orde raken. De ontvankelijkheid van het beroep gaat immers de beoordeling van de grond van de zaak vooraf. Bovendien raakt de ontvankelijkheid van het beroep bij de Raad van State zelf de openbare orde, zodat een niet-ontvankelijk beroep niet op een later moment kan worden gecorrigeerd door alsnog een middel van openbare orde aan te voeren.¹³

Dit vormt een belangrijk verschil met de burgerrechtelijke procedure, waar de dagvaarding in beginsel louter de feiten dient te bevatten, maar niet noodzakelijk de middelen (hoewel dit in de praktijk meestal wel het geval zal zijn).

4. *Bewijslevering*

12. Traditioneel wordt gesteld dat de procedures bij de Raad van State inquisitoriaal van aard zijn. De Raad van State neemt zelf de leiding over de zaak, en niet de gedingvoerende partijen. Ook de bewijslevering heeft een inquisitoriaal karakter bij de Raad van State.¹⁴ Dit blijkt onder meer uit de verplichting voor de verwerende partij om het volledig administratief dossier over te leggen. Het bestaan van het

bestuursrechtspraak van de Raad van State’, in: J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1496; M. Van Damme & B. De Sutter, ‘Wie zal dat betalen? Rolrecht en rechtsplegingsvergoeding bij de Raad van State’, *TBP* 2017, afl. 9, p. 505.

12. M. Van Damme & B. De Sutter, ‘Wie zal dat betalen? Rolrecht en rechtsplegingsvergoeding bij de Raad van State’, *TBP* 2017, afl. 9, p. 418 en 505.

13. RvS 14 september 2017, nr. 239.097; RvS 24 oktober 2014, nr. 228.931; RvS 30 december 2010, nr. 210.198; A. Wirtgen, ‘De ontvankelijkheid van de middelen van openbare orde in het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State: naar het einde van de “voorkeursbehandeling”’, *TBP* 2018, afl. 6, p. 344.

14. A. Stijleman, C. Stevens & C. Martens, ‘De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?’, *TBP* 2022, afl. 5, p. 284-285; J. Dujardin e.a., ‘De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, in: J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1475-1476; S. De Taeye, *Procedures voor de Raad van State*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2003, p. 40-41.

Auditoraat als onderzoeksorgaan van de Raad van State wijst evenzeer op het inquisitoriaal karakter van de procesvoering.¹⁵

In tegenstelling tot de civiele procedure, bestaat er in de bestuursrechtelijke procedure geen wetgeving die de bewijslevering regelt.

13. Zoals hierboven aangegeven, dient de verzoekende partij als eerste de feiten uiteen te zetten in het verzoekschrift, alsook de grieven ten aanzien van de bestreden administratieve beslissing. Vervolgens is het aan de verwerende partij om het administratief dossier alsook een memorie van antwoord toe te zenden aan de Raad van State.¹⁶

Vervolgens voert het Auditoraat van de Raad van State een voorafgaand onafhankelijk onderzoek naar de feiten en de middelen aangehaald door de partijen. Eén van de doelen van het onderzoek door het Auditoraat is om de fouten en leemten in het feitenrelaas van de partijen te verhelpen. Het Auditoraat kan ofwel ambtshalve overgaan tot een onderzoek, dan wel na bevel door de Raad van State, in voorkomend geval nadat een deskundige werd gehoord.¹⁷ Het Auditoraat kan aan de partijen vragen om bijkomende informatie en uitleg te verschaffen, en om alle documenten over te maken die noodzakelijk worden geacht om het feitenonderzoek uit te voeren. Ook kan het Auditoraat het onderzoek leiden door verschillende onderzoeksmiddelen aan te wenden zoals het horen van partijen onder ede, het voeren van een onderzoek ter plaatse, of het bevelen van een deskundigenonderzoek.¹⁸ Op het einde van het onderzoek stelt het Auditoraat een verslag op waarin zowel de feiten als de juridische elementen worden beoordeeld, en waarin de auditeur de door de verzoekende partij aangehaalde middelen beoordeelt en de Raad van State adviseert om de vordering in te willigen dan wel te verwerpen.¹⁹

De Raad van State zelf kan zelfs na het verslag van de auditeur nog alle onderzoeksmaatregelen bevelen die nodig zijn voor het beslechten van het beroep. In dat geval zal de Raad in een tussenarrest de auditeur belasten met een verder onderzoek of hiertoe een deskundige aanstellen, waarna de debatten worden heropend.

14. Ondanks het voorgaande dient het inquisitoriaal karakter van de procedure voor de Raad van State sterk te worden genuanceerd. Hoewel de Raad van State in beginsel over ruime bevoegdheden beschikt om zelf een eigen onderzoek te voeren, blijkt uit de praktijk dat de Raad hier slechts sporadisch van gebruikmaakt. Zoals verder zal blijken interpreteert de Raad van State de stelplicht van de verzoekende partij eerder streng, en verwacht de Raad van de verzoekende partij dat zij het bewijs

15. L. Renoy, 'Les modes de preuve en droit administratif. Questions choisies dans le cadre du contentieux devant le Conseil d'Etat', *Le Pli juridique* 2019, afl. 47, p. 39.

16. De inhoud van het administratief dossier en de mogelijkheid om delen van het administratief dossier vertrouwelijk over te maken, wordt hierna besproken (zie randnummer 18).

17. Zie bijvoorbeeld: RvS 24 juni 2008, nr. 184.598.

18. Art. 25 RvS-wet. A. Stijleman, C. Stevens & C. Martens, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?', *TBP* 2022, afl. 5, p. 280.

19. A. Stijleman, C. Stevens & C. Martens, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?', *TBP* 2022, afl. 5, p. 282; S. De Taeye, *Procedures voor de Raad van State*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2003, p. 304-307.

levert van het vereiste persoonlijke belang om de vordering in te stellen, van de feiten waarop zij zich beroept in haar verzoekschrift, alsook dat zij op voldoende precieze wijze aangeeft waar de onwettigheid zich situeert.

5. *Procesvertegenwoordiging*

15. Krachtens artikel 19 lid 4 RvS-wet kunnen de partijen worden vertegenwoordigd of bijgestaan door een advocaat of advocaat-stagiair of een onderdaan van de Europese Unie die gerechtigd is het beroep van advocaat uit te oefenen. De advocaat wordt thans ook vermoed gemandateerd te zijn door de handelingsbekwame persoon die hij of zij vertegenwoordigt, ongeacht of de verzoekende partij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon is. Voordien moesten rechtspersonen immers een afschrift leveren dat bewees dat het bevoegde orgaan binnen de rechtspersoon had beslist om de vordering in te stellen en een advocaat te mandateren. Het Grondwettelijk Hof was echter van oordeel dat dit verschil tussen natuurlijke personen en rechtspersonen in strijd was met het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel zoals neergelegd in artikel 10 en 11 Belgische Grondwet.²⁰ Vandaag geldt dan ook een weerlegbaar vermoeden dat de advocaat gemandateerd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, wat een vermoeden inhoudt zowel voor wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de advocaat als voor wat betreft de bevoegdheid van het bestuursorgaan om een beroep in te stellen.²¹

Partijen zijn echter niet verplicht om beroep te doen op een advocaat, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de procedure bij het Hof van Cassatie. In de praktijk blijkt dat voornamelijk de overheid – in het bijzonder de FOD's – in bepaalde zaken ervoor kiest om zich niet te laten vertegenwoordigen door een advocaat. Dit is voornamelijk het geval wanneer de procedure betrekking heeft op aangelegenheden waaromtrent de overheidsdienst in kwestie reeds over een uitgebreide in-house kennis beschikt, zoals bijvoorbeeld ambtenarenzaken.

III. Feitenvaststelling en informatieplicht

Hoe vindt de feitenvaststelling plaats in de bestuursrechtelijke procedure, in het bijzonder wat betreft de stel- en motiveringsplicht, de bewijslast en de bewijslevering? Heeft de bestuursrechter de mogelijkheid om de feiten aan te vullen? Is ten aanzien van datgene wat aan de rechter wordt voorgelegd sprake van hoor en wederhoor? Zijn voorzieningen getroffen voor het vertrouwelijk houden van daartoe nopende informatie door de overheid en hoe zijn hoor en wederhoor/het recht op een eerlijk proces dan geregeld?

20. Arbitragehof 22 april 1998, nr.42/98.

21. Art. 3 en 4° Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, BS 21 november 1948; J. Dujardin e.a., 'De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', in: J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium, p. 2021 en 1482; S. De Taeye, *Procedures voor de Raad van State*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2003, p. 65-67; S. Lust, 'De hervorming van de Raad van State in een notendop', *RABG* 2014, afl. 7, p. 473-482.

1. Stel- en motiveringsplicht

16. Op de verzoeker rust de stelplicht om reeds in het verzoekschrift een voldoende duidelijke omschrijving te geven van de geschonden rechtsregel, alsook van de wijze waarop die rechtsregel door de bestreden beslissing werd geschonden, op straffe van (mogelijke) niet-ontvankelijkheid van het middel (zelfs indien de onwettigheid in latere procedurestukken wordt uiteengezet).²² De stelplicht houdt dan ook in dat de verzoekende *in concreto* dient aannemelijk te maken dat de bestreden beslissing behept is met een wettigheidsgebrek.²³

De verzoekende partij heeft eveneens een stelplicht wat betreft de feiten waarop zij zich beroept in haar verzoekschrift. De verzoekende partij dient in beginsel het bewijs te leveren van het bestaan van deze feiten.²⁴

In vergelijking met de burgerlijke procedure is de stelplicht in de procedure voor de Raad van State dan ook beduidend strenger. Terwijl in de burgerlijke procedure de eisende partij in beginsel slechts de relevante feiten dient aan te brengen waarop de rechter vervolgens de correcte rechtsregel zal toepassen, geldt voor wat betreft de procedure voor de Raad van State dat de verzoekende partij in beginsel zélf de relevante middelen dient aan te voeren. De verzoekende partij dient dit bovendien zelfs te doen in het verzoekschrift zelf, en kan – zoals verder zal blijken – in beginsel geen nieuwe middelen opwerpen in latere procedurestukken, behalve voor wat betreft middelen die de openbare orde raken. Het komt volgens de Raad van State bovendien niet aan de Raad toe om een duister en inadequate uiteenzetting van de middelen door de verzoekende partij te remediëren door het middel zelf te herformuleren, aangezien dit de rechten van verdediging van de verwerende partij zou schaden.²⁵

17. Wat de verwerende partij betreft, geldt in beginsel geen stelplicht wat betreft de wettigheid van de bestreden beslissing. Het is aan de verzoekende partij om aan te tonen dat de bestreden beslissing met een onwettigheid is behept, de onwettigheid wordt niet vermoed.²⁶ Dit vermoeden van wettigheid wordt ook wel het '*privilège du préalable*' genoemd. Dit vermoeden wordt echter omgekeerd wanneer de verwerende partij het administratief dossier niet heeft neergelegd en ter zitting niet aanwezig of vertegenwoordigd is. Volgens de Raad van State roept de overheid in dergelijke situatie 'een vermoeden van ondeugdelijkheid van die beslissing in het leven'.²⁷

22. RvS 4 oktober 2018, nr. 242.517; RvS 9 februari 2021, nr. 249.758.

23. O.a. RvS 1 april 2022, nr. 253.448; RvS 7 november 2018, nr. 242.868.

24. Zie bijv. RvS 3 juli 2023, nr. 257.040.

25. RvS 12 mei 2011, nr. 213.209; RvS 16 juni 2016, nr. 235.106; RvS 12 januari 2012, nr. 217.161; RvS 18 januari, nr. 210.478.

26. RvS (12e k.) 2 februari 2021, nr. 249.684; RvS 19 maart 2019, nr. 243.979, *TBP* 2019, afl. 7, p. 432; RvS 6 mei 2015, nr. 231.133, *APT* 2015, afl. 4, p. 635-636.

27. RvS 27 oktober 1997, nr. 69.197 (*BV Sulo*).

Deze ‘omkering van de bewijslast’ als sanctie voor het niet of laattijdig toesturen van het administratief dossier geldt evenzeer voor wat betreft de relevante feiten. Wanneer de verwerende partij het administratief dossier niet binnen de vastgestelde termijn toestuurt, worden de door de verzoekende partij aangehaalde feiten als bewezen geacht, tenzij deze feiten kennelijk onjuist zijn (art. 21 lid 3 RvS-wet). Zelfs indien geen administratief dossier werd neergelegd, gaat de Raad van State met andere woorden nog steeds over tot een marginale toetsing van de zaak.²⁸

Indien wel degelijk een administratief dossier werd neergelegd, maar het dossier geen stukken bevat waaruit de relevante feiten blijken waarop de bestuurlijke beslissing werd gesteund, dan zal de Raad van State aannemen dat deze motieven niet bestaan en dat derhalve de materiële motiveringsplicht werd geschonden.²⁹ Evenzeer kan de Raad van State in dergelijk geval oordelen dat de beslissing geen deugdelijke materiële grondslag heeft en niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen.³⁰

2. *Verplichting tot overlegging stukken*

18. Uit het voorgaande blijkt reeds dat de verwerende partij verplicht is om het administratief dossier over te maken aan de Raad van State en aan de verzoekende partij.³¹ Dit administratief dossier moet alle stukken bevatten die tijdens de administratieve voorbereiding van de bestreden beslissing zijn bijeengebracht of opgesteld.³² Het administratief dossier omvat evenzeer alle stukken die werden neergelegd door de verzoekende partij in het kader van een eventuele bestuurlijke beroepsprocedure.

Het administratief dossier dient te worden overgemaakt zoals het bestond op het moment dat de bestreden beslissing werd genomen. Aanvullende stukken die ontstaan zijn na de bestreden beslissing, kunnen geen bewijs leveren van de rechtmatigheid van deze beslissing. Het zou immers onterecht zijn dat het bestuur een beslissing kan rechtvaardigen door gebruik te maken van stukken die zijn opgesteld lange tijd na het uitvaardigen van de bestreden beslissing.³³

28. RvS 7 december 2000, nr. 91.472 (*Kabuya*).

29. RvS 8 januari 2013, nr. 221.938 (*Thyssen*).

30. RvS 5 juni 2001, nr. 96.110; RvS 5 januari 2012, nr. 217.120 (*BVBA Danny Verle e.a.*); RvS 26 juni 2008, nr. 184.753 (*nv Ter Molst*); RvS 8 september 2008, nr. 186.088 (*nv Patronale Hypotheekmaatschappij*); RvS 28 mei 2014, nr. 227.598 (*Roth*).

31. Art. 21 Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State en art. 6 § 2-3 Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. Zie ook A. Stijleman, C. Stevens & C. Martens, ‘De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?’, *TBP 2022*, afl. 5, p. 281-282; L. Renoy, ‘Les modes de preuve en droit administratif. Questions choisies dans le cadre du contentieux devant le Conseil d’Etat’, *Le Pli juridique* 2019, afl. 47, p. 39-40; S. De Taeye, *Procedures voor de Raad van State*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2003, p. 283-285.

32. RvS 6 mei 2003, nr. 119.018 (*nv Conduites et Entreprises en nv Denys*); RvS 25 november 2021, nr. 252.221 (*Devos*).

33. L. Renoy, ‘Les modes de preuve en droit administratif. Questions choisies dans le cadre du contentieux devant le Conseil d’Etat’, *Le Pli juridique* 2019, afl. 47, p. 40.

Het administratief dossier mag niet op de een of andere manier worden gewijzigd ten gevolge van het beroep dat voor de Raad van State is ingesteld. Het dient integraal te worden bezorgd aan de griffie terzelfdertijd met de memorie van antwoord. De verwerende partij mag geen selectie in de stukken van het administratief dossier maken, ongeacht de criteria voor die selectie. Het komt immers niet aan de verwerende partij toe om op dergelijke manier te beslissen over hetgeen nuttig is voor de Raad van State om de rechtmatigheid van de bestreden beslissing te beoordelen,³⁴ aangezien dit de Raad van State zou verhinderen om zijn wettigheidstoezicht uit te oefenen en met kennis van zaken te oordelen.³⁵

De Raad van State stelt zich minder streng op wat de samenstelling van het administratief dossier betreft in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De Raad van State verwacht in een dergelijk geval van een partij dat zij enkel voorlegt wat absoluut noodzakelijk is om de zaak *prima facie* te kunnen beoordelen. Dit geldt zowel voor de verzoekende als voor de verwerende partij. Indien een verwerende partij in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid alsnog beslist om een groot aantal stukken neer te leggen, dan moet worden aangegeven in welke stukken de Raad van State de verantwoording voor de beslissing kan lezen.³⁶

Wanneer de verwerende partij (of een andere overheid) nalaat om het administratief dossier over te maken aan de Raad van State, dan kan de Raad beslissen om de neerlegging van het administratief dossier bevelen onder verbeurte van een dwangsom.³⁷

3. *Mogelijkheid voor de bestuursrechter om de feiten aan te vullen*

19. De vaststelling van de feiten door de Raad van State beoogt in eerste instantie de wettigheidstoets mogelijk te maken. De Raad van State is immers geen feitenrechter, en treedt niet op als een rechter in hoger beroep met als opdracht om de ware toedracht van de feiten vast te stellen.³⁸ De Raad van State zal zich bijgevolg terughoudend opstellen wat betreft de feitenvinding, en zal zich in beginsel niet uitspreken over de juistheid van de feiten zoals deze werden beoordeeld door het bestuur. De Raad van State kan zijn eigen oordeel wat betreft de feitenvinding niet in de plaats stellen van de beoordeling door het bestuur, aangezien het bestuur wat dit betreft beschikt over een appreciatiemarge.³⁹ De Raad van State kan de feiten waarop het bestuur zich heeft gebaseerd om een bepaalde beslissing te nemen dan ook niet uitbreiden of corrigeren. De Raad van State zal dan ook in beginsel geen bijkomende onderzoeksdaden stellen met als doel om over te gaan tot een

34. RvS 24 juni 2008, nr. 184.598; RvS 19 oktober 2017, nr. 239.466 (*Verhulst*). In gelijkkluidende zin: RvS 20 januari 2015, nr. 229.873 (*Kemps*).

35. RvS 19 oktober 2017, nr. 239.467 (*X*); RvS 19 oktober 2017, nr. 239.466 (*Verhulst*); RvS 16 november 2000, nr. 90.849 (*vzw Vlaams Verbond voor Gepensioneerden*); RvS 7 april 2010, nr. 202.786 (*Van Oosterbosch*).

36. RvS 2 februari 2021, nr. 249.685 (*X*).

37. Art. 21 lid 5 RvS-wet.

38. RvS 8 mei 2006, nr. 158.429; RvS 15 juli 2008, nr. 185.404; RvS 25 oktober 2018, nr. 242.806.

39. RvS 15 mei 2014, nr. 227.421; RvS 28 maart 2017, nr. 237.799; RvS 4 mei 2017, nr. 238.080; RvS 3 maart 2020, nr. 247.195; RvS 2 juni 2020, nr. 247.690.

volwaardige nieuwe feitenvinding in de zaak, aangezien de Raad hiervoor niet bevoegd is.⁴⁰

Het is de Raad van State echter niet verboden om kennis te nemen van de feitelijke toedracht van de zaak.⁴¹ Indien uit de feiten blijkt dat het bestuur zich heeft gebaseerd op onjuiste of onbestaande gegevens bij het nemen van de bestreden beslissing, dan kan dit door de Raad van State worden aangewend om de beslissing te vernietigen wegens schending van de materiële motiveringsplicht of het zorgvuldigheidsbeginsel.⁴²

4. *Hoor en wederhoor, en de mogelijkheid om informatie vertrouwelijk te behandelen*

20. In beginsel zijn alle stukken die deel uitmaken van het administratief dossier onderworpen aan het hoor en wederhoor van de partijen. Een bestuur kan zich dan ook niet beroepen op de regelgeving inzake de openbaarheid van bestuur en de daarin vermelde uitzonderingsgronden om bepaalde stukken uit het administratief dossier niet over te maken, wanneer deze stukken onmisbaar zijn om de grondigheid van een (vernietigings)beroep te kunnen beoordelen.⁴³

Wel kan het bestuur de Raad van State verzoeken om bepaalde stukken vertrouwelijk te behandelen, en om deze stukken dus niet aan de verzoekende partij over te maken. Overeenkomstig artikel 87 Procedurereglement RvS dient dit verzoek uitdrukkelijk te worden gemotiveerd in het processtuk waarbij het bewuste stuk wordt gevoegd. Het stuk in kwestie dient afzonderlijk te worden ingediend, en dient te worden vermeld in een inventaris.

De mogelijkheid om stukken vertrouwelijk neer te leggen bij de Raad van State staat niet louter open voor het bestuur. Ook verzoekende of tussenkommende partijen kunnen van deze mogelijkheid gebruikmaken. Dit is bijvoorbeeld regelmatig het geval in procedures omtrent de toepassing van de overheidsopdrachtenwetgeving, waar de stukken betrekking kunnen hebben op bedrijfsgeheimen.

21. De Raad van State beslist autonoom of het verzoek om stukken vertrouwelijk neer te leggen wordt ingewilligd.⁴⁴ In sommige gevallen zal de Raad, gelet op de techniciteit van de betrokken materie, evenwel beroep doen op het advies van een deskundige om na te gaan of de stukken die als vertrouwelijk worden aangemerkt, dat ook werkelijk zijn en of ze aan tegenspraak van de partijen moeten worden onderworpen of daar juist moeten aan worden onttrokken.

40. RvS 16 januari 2012, nr. 217.223; P.-J. Van De Weyer, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen*, Brussel: Intersentia 2021, p. 188.

41. A. Mast, J. Dujardin & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Maklu 2012, p. 1091.

42. A. Stijleman, C. Stevens & C. Martens, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?', *TBP* 2022, afl. 5, p. 284.

43. RvS 23 november 1999, nr. 85.593 (*Toernemene*); RvS 14 december 1999, nr. 84.102 (*Nysthoven*); RvS 7 november 2003, nr. 125.226 (*Goormachtigh en Caboor*).

44. Zie in meer detail: L. Renders & M. Lambert De Rouvroit, 'Quand la confidentialité vient taquiner le droit au procès équitable devant le Conseil d'État', *APT* 2022, afl. 4, p. 517-565.

De Raad van State zal het recht op een eerlijk proces – zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM – afwegen tegen de andere belangen die in het spel zijn, zoals bijvoorbeeld het recht op privacy in het geval van gevoelige persoonsgegevens, of het recht op een eerlijke mededinging in het geval van bedrijfsgeheimen. Het recht op een eerlijk proces zal moeten wijken wanneer de strikte toepassing ervan een kennelijke schending zou teweegbrengen van het recht op de eerbiediging van het privéleven van sommige personen, door hen een bijzonder ernstig en zeer moeilijk te herstellen risico te laten lopen. Het Grondwettelijk Hof oordeelde in een arrest van 19 september 2007 dat dergelijke inperking van het recht op een eerlijk proces – in de zin dat elementen die beslissend zijn voor de oplossing van het geschil, worden onttrokken aan de tegenspraak van de partijen – gerechtvaardigd kan zijn voor zover de ernstige handicap die daaruit voor de andere partijen in de procedure voortvloeit, wordt gecompenseerd. Volgens het Grondwettelijk Hof moeten de partijen daarom ‘ervan op de hoogte worden gebracht dat er vertrouwelijke stukken bestaan en, indien mogelijk, in staat zijn een niet-vertrouwelijke versie van die stukken te raadplegen’. Volgens het Grondwettelijk Hof betaamt het bovendien ‘dat een onafhankelijke en onpartijdige rechter het aangevoerde vertrouwelijke karakter van die stukken kan controleren alsmede het feit of ze juist en relevant zijn’.⁴⁵ De Raad van State zelf heeft met andere woorden steeds toegang tot de vertrouwelijke stukken en kan deze betrekken in zijn beoordeling, zelfs indien de tegenpartij hiertoe geen toegang heeft.

IV. Processuele motiveringsplicht

In hoeverre beïnvloedt de positie van de overheid haar processuele motiveringsplicht respectievelijk die van haar wederpartij? In hoeverre bemoeilijkt of versterkt het feit dat de overheid consistent beleid dient te voeren haar procespositie?

22. Hoewel de procedure voor de Raad van State behoort tot het zogenaamde ‘objectief contentieux’, dient een verzoekende partij te kunnen aantonen dat zij beschikt over een rechtmatig en persoonlijk belang om de procedure te voeren.⁴⁶ Een verzoekende partij beschikt over dit rechtens vereiste belang indien twee voorwaarden vervuld zijn: vooreerst dient zij door de bestreden administratieve rechtshandeling een persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig nadeel te lijden; voorts moet de eventueel tussen te komen nietigverklaring van die rechtshandeling haar een direct en persoonlijk voordeel verschaffen.⁴⁷ Bovendien dient de verzoekende partij te kunnen aantonen dat zij over een persoonlijk belang beschikt bij elk van de rechtsmiddelen die zij aanvoert, behalve wanneer deze de openbare orde raken. Dit betekent dat de verzoekende partij moet kunnen aantonen dat de vernietiging van de bestreden bepaling op basis van het aangevoerde middel kan bijdragen tot

45. GwH 19 september 2007, nr. 118/2007. Zie ook in gelijklopende zin: HvJ EU 11 december 1985, C-110/84, § 33 (*Hillegom/Hiltenius*); HvJ EU 24 juni 1986, C-53/85, § 28 (*Akzo Chemie/Commissie*); HvJ EU 6 april 1995, C-310/93, § 26 en 27 (*BPB Industries en British Gypsum/Commissie*); HvJ EU 13 juli 2006, C-438/04, § 40 en 43 (*Mobistar*); EHRM 20 december 2001, nr. 33900/96, § 27-30 (*P.S./Duitsland*); EHRM 10 november 2005, nr. 54789/00, § 70-72 (*Bocos-Cuesta/Nederland*).

46. Art. 19 RvS-wet.

47. RvS (A.V.) 15 januari 2019, nr. 243.406 (*Van Dooren*).

het voordeel dat de verzoekende partij beoogt met het beroep.⁴⁸ Deze vereiste van het belang bij het middel in de procedure voor de Raad van State staat in contrast tot bijvoorbeeld de burgerlijke procedure, of de procedure bij het Grondwettelijk Hof waar geen persoonlijk belang bij de aangevoerde middelen wordt vereist.

De verzoekende partij is niet verplicht om reeds in het verzoekschrift uiteen te zetten waarom aan de belangvereiste is voldaan. Indien het belang van de verzoekende partij in vraag wordt gesteld door de verwerende partij, zal de verzoekende partij echter bij de eerstvolgende procedurele aangelegenheid hierover opheldering moeten bieden. Wanneer de verzoekende partij haar belang verduidelijkt, dan schetst zij daarmee ook de contouren waarom het haar te doen is in de procedure. De Raad van State moet met die door de verzoekende partij vastgelegde grenzen van het gerechtelijk debat rekening houden.^{49, 50}

V. Ongelijkheidscompensatie

Over welke (verdere) procesrechtelijke ‘tools’ beschikt de bestuursrechter als het gaat om ongelijkheidscompensatie en in welke mate maakt hij daarvan al dan niet gebruik/is gebruikmaking daarvan gewenst?

23. Hierboven werd reeds uiteengezet dat de procedure voor de Raad van State in beginsel inquisitoriaal van aard is. Zowel de Raad van State als het Auditoraat beschikken over ruime onderzoeksbevoegdheden, die zij kunnen aanwenden om het bestuur ertoe te brengen om bepaalde stukken over te leggen die geen deel uitmaken van het administratief dossier, maar desalniettemin dienstig zijn voor de oplossing van het geschil.⁵¹

Over het algemeen beschouwd maakt de Raad van State echter slechts zelden gebruik van deze mogelijkheden.⁵² De Raad van State interpreteert de stelplicht van de verzoekende partij eerder streng, en verwacht in beginsel van de verzoekende partij dat zij zelf het nodige bewijs aanlevert van de feiten die zij aanbrengt in het verzoekschrift. Zo kan bijvoorbeeld worden gewezen op een recent arrest waarin de Raad van State oordeelde dat de verzoekende partij (*in casu* de Gegevensbeschermingsautoriteit – ofwel GBA) niet had voldaan aan haar stelplicht wat betreft de actualiteit van haar belang, aangezien zij niet het bewijs leverde van het feit dat gegevensverwerkingen plaatsvonden op grond van de bestreden bepaling.⁵³ Dit ondanks het feit dat de GBA onmogelijk over deze gegevens kon beschikken, en de Raad van State zelfs ambtshalve de overlegging van deze gegevens door de betrokken overheidsdienst kon bevelen.

48. RvS 26 november 2013, nr. 225.595.

49. RvS 2 mei 2022, nr. 253.626; RvS 3 juli 2023, nr. 257.040.

50. Voor gelijkaardige rechtspraak met betrekking tot de vereiste hoedanigheid, zie: RvS 9 oktober 2020, nr. 248.539.

51. Zie bijvoorbeeld: RvS 30 juni 2005, nr. 147.149; RvS 22 juni 2006, nr. 160.442.

52. Zie voor een overzicht van de verschillende onderzoeksmaatregelen en het (relatief sporadisch) gebruik hiervan in de praktijk: A. Stijleman, C. Stevens & C. Martens, ‘De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?’, *TBP* 2022, afl. 5, p. 280.

53. RvS 3 juli 2023, nr. 257.040.

24. Dat de Belgische Raad van State eerder streng lijkt in vergelijking met de Nederlandse bestuursrechter — waar een grotere nadruk lijkt te liggen op de ongelijkheidscompensatie — kan minstens gedeeltelijk worden verklaard door het feit dat de rechtsmachtsverdeling in België tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter op een andere manier is geregeld dan in Nederland. Zoals eerder reeds gesteld is het relevante criterium de vraag of subjectieve rechten in het geding zijn. Als dit het geval is, is de burgerlijke rechter bevoegd en niet de bestuursrechter. Het gevolg hiervan is dat de rechtsbescherming tegen een groot aantal overheidsbeslissingen waar de nood aan ongelijkheidscompensatie het grootst is (men denke bijvoorbeeld aan het sociale zekerheidscontentieux) in België door de burgerlijke rechter wordt gewaarborgd. Zoals blijkt uit de bijdrage van Beatrix Vanlerberghe in deze editie van *Platform voor Publiek- en privaatrecht in dialoog*, is er bij de burgerlijke rechter — en de arbeidsrechtbanken in het bijzonder — wel degelijk een grote aandacht voor ongelijkheidscompensatie (ook wanneer dit niet als dusdanig wordt benoemd). De grote verschillen die er op het eerste gezicht tussen Nederland en België lijken te bestaan, verdwijnen op deze manier in grote mate.⁵⁴

VI. Eisverandering en aanvulling rechtsgronden

In hoeverre bestaat tijdens de bestuursrechtelijke procedure de mogelijkheid tot wijziging van eis/het poneren van nieuwe stellingen en/of weren? Welke verschillen zijn er tussen de bestuursrechter respectievelijk de burgerlijke rechter wat betreft de mogelijkheid/verplichting tot het aanvullen van rechtsgronden?

1. *Eisverandering*

25. In tegenstelling tot wat het geval is voor de burgerrechtelijke procedure, bestaat in de procedure voor de Raad van State in beginsel geen mogelijkheid om de eis te wijzigen lopende de procedure. Zo is het in beginsel bijvoorbeeld niet mogelijk om lopende de procedure de eis uit te breiden door ook de vernietiging te vragen van de impliciete weigeringsbeslissing wanneer het oorspronkelijke verzoekschrift louter was gericht tegen de beslissing tot benoeming van een andere kandidaat. Evenmin kan de eis worden uitgebreid door in een later procedurestuk een injunctie te vragen aan de Raad van State. De Raad van State heeft geoordeeld dat een verzoekende partij die haar vordering op dergelijke manier wijzigt — zeker wanneer dit wordt gedaan in de laatste memorie, en de verwerende partij noch de auditeur zich hierover kunnen uitspreken — getuigt van een deloyale proceshouding en van onbehoorlijke procesvoering. Dergelijk verzoek is bijgevolg onontvankelijk.⁵⁵

54. Een andere factor die de gestrengheid van de Belgische Raad van State kan helpen verklaren, is het feit dat de Raad van State bevoegd is om reglementaire besluiten te vernietigen. De vernietiging van een reglementair besluit kan een grote impact hebben op de rechtsorde, en potentieel miljoenen mensen raken.

55. Zie bijv. RvS 9 februari 2021, nr. 249.758.

2. Aanvulling van rechtsgronden

26. Zoals reeds eerder werd vermeld rust op de verzoekende partij de stelplicht om reeds in het verzoekschrift een voldoende duidelijke omschrijving te geven van de geschonden rechtsregel, alsook van de wijze waarop die rechtsregel door de bestreden beslissing werd geschonden, op straffe van niet-ontvankelijkheid van het middel.⁵⁶ De verzoekende partij dient bij de Raad van State aldus reeds in het verzoekschrift de rechtsgronden uiteen te zetten op grond waarvan de bestreden beslissing dient te worden vernietigd. Zoals eerder gesteld zullen middelen die pas voor het eerst in de memorie van wederantwoord worden opgeworpen in beginsel dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard.⁵⁷ Er anders over oordelen zou volgens de Raad van State de gelijkheid tussen de partijen schenden.⁵⁸

Evenmin kan een verzoekende partij in een later procedurestuk de grondslag wijzigen van de ontvankelijk aangevoerde middelen. Noch kan zij op een later tijdstip de draagwijdte en invulling van deze middelen substantieel wijzigen.⁵⁹ Volgens de Raad van State komt dit immers neer op het aanvoeren van een nieuw middel.⁶⁰

Een verzoekende partij kan slechts in een later procedurestuk een nieuw middel aanvoeren wanneer dit middel wordt gesteund op gegevens die de verzoekende partij niet kende of kon kennen bij de indiening van het verzoekschrift, bijvoorbeeld wanneer deze nieuwe gegevens blijken uit het door de verwerende partij neergelegde administratief dossier.⁶¹

27. In principe zijn de middelen van openbare orde op voormelde regels de uitzondering. De Raad van State dient middelen van openbare orde immers ambtshalve op te werpen, zodat een verzoekende partij ook in een later procedurestuk de Raad van State op deze onwettigheid attent kan maken.⁶²

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is een wet van openbare orde wanneer ‘deze de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap in het gedrang raakt, of in het privaatrecht de juridische grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust’.⁶³ De Raad van State stelt dat in het domein van het administratief recht een middel de openbare orde raakt wanneer het betrekking heeft op de schending van een regel die een bepaald fundamenteel openbaar belang beoogt te behartigen of te bestendigen, dit is een regel die essentiële waarden in de samenleving of fundamenteel de werking van de rechtstaat aangaat

56. RvS 4 oktober 2018, nr. 242.517.

57. RvS 15 januari 2010, nr. 201.863; RvS 26 september 2011, nr. 215.327; RvS 15 juli 2016, nr. 235.519; RvS 6 februari 2017, nr. 237.287; RvS 20 maart 2017, nr. 237.715; RvS 18 januari 2018, nr. 240.477.

58. RvS 15 december 2011, nr. 216.885.

59. RvS 26 januari 2016, nr. 233.626; RvS 18 november 2014, nr. 229.208; RvS 12 mei 2017, nr. 238.184; RvS 27 juni 2017, nr. 238.693.

60. RvS 16 april 2012, nr. 218.891; RvS 26 februari 2013, nr. 222.647; RvS 12 maart 2012, nr. 218.417.

61. RvS 22 mei 2017, nr. 238.272; RvS 26 september 2011, nr. 215.327; RvS 6 januari 2017, nr. 236.968.

62. RvS 26 september 2011, nr. 215.327. Zie ook: RvS 27 april 2017, nr. 238.015; RvS 22 mei 2017, nr. 238.272.

63. Cass. 9 december 1948, *Arr. Cass.* 1948, 615.

en die om die reden steeds tegenover de gemeenschap in haar geheel gewaarborgd moet worden. Omdat de handhaving van die fundamentele regel de persoonlijke belangen van de rechtsonderhorige die onder de schending ervan kan lijden overschrijdt, is de rechter, op gevaar af het gehele rechtssysteem in gevaar te brengen, verplicht elke beslissing waarover hij moet oordelen aan die regels te toetsen.⁶⁴

In bepaalde omstandigheden zal de Raad van State het middel van openbare orde dat door de verzoekende partij wordt opgeworpen in een later proceduristuk toch niet in zijn beoordeling betrekken. Dit zal met name het geval zijn wanneer het aanvoeren van dat middel door de verzoekende partij een substantiële tekortkoming uitmaakt aan het normale en behoorlijke verloop van het onderzoek van het beroep en een schending uitmaakt van de loyale procesvoering. Zo zal het middel bijvoorbeeld in beginsel onontvankelijk worden verklaard indien het middel van openbare orde wordt opgeworpen op een moment dat de auditeur het middel niet meer kan onderzoeken in zijn verslag en de verwerende partij hier niet meer op kan repliceren.⁶⁵ In dergelijke omstandigheden krijgen de rechten van verdediging van de verwerende partij voorrang op de behandeling van de middelen van openbare orde. Evenwel blijkt de Raad van State in sommige arresten strenger te zijn. Zo heeft de Raad van State in het verleden reeds geoordeeld dat de verzoekende partij had doen blijken van een deloyale proceshouding door een middel van openbare orde slechts voor het eerst aan te voeren in de memorie van wederantwoord;⁶⁶ hoewel in dergelijke situatie de verwerende partij hierop nog kan repliceren en ook de auditeur zich over dit middel nog kan uitspreken in zijn schriftelijk verslag. Deze strenge rechtspraak werd bekritiseerd in de rechtsleer omdat zij het bijzonder karakter van de openbare orde zou miskennen, en te weinig rekening zou houden met de ongelijke positie waarin de burger zich bevindt in vergelijking met het bestuur. Volgens deze rechtsleer dient de sanctie van de niet-ontvankelijkheid van de middelen van openbare orde te worden voorbehouden tot die situaties waarin werkelijk afbreuk wordt gedaan aan het normale verloop van het beroep en de hierin vervatte rechten van verdediging, hetgeen niet het geval zou zijn wanneer het hoor en wederhoor van de verwerende partij en de adviesbevoegdheid van het Auditoraat worden geëerbiedigd.⁶⁷

In bepaalde arresten is de Raad van State echter beduidend minder streng, en is de Raad overgegaan tot een onderzoek van de laattijdig opgeworpen middelen die de

64. RvS 13 december 2012, nr. 221.734; RvS 13 december 2012, nr. 221.734 (*Bruloot*); RvS 3 maart 2016, nr. 234.006 (*gemeente Heers*); RvS 9 januari 2018, nr. 240.359 (*sa Hullbridge Associated*); RvS 9 januari 2018, nr. 240.360 (*M&M Sitty*); RvS 9 oktober 2020, nr. 248.539 (*vzw Actieve verdediging der wapenliefhebbers*). Zie: A. Wirtgen, 'De ontvankelijkheid van de middelen van openbare orde in het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State: naar het einde van de "voorkeursbehandeling"?', *TBP* 2018, afl. 6, p. 344.

65. RvS 28 februari 2018, nr. 240.831; Zie ook a contrario: RvS 12 oktober 2018, nr. 242.638 (*la s.a. European Air Transport*), waar de Raad van State heeft geoordeeld dat geen sprake was van een deloyale procesvoering aangezien zowel de auditeur als de tegenpartij het middel hebben kunnen spreken.

66. RvS 16 januari 2018, nr. 240.430; RvS 3 april 2023, nr. 256.196.

67. A. Wirtgen, 'De ontvankelijkheid van de middelen van openbare orde in het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State: naar het einde van de "voorkeursbehandeling"?', *TBP* 2018, afl. 6, p. 355.

openbare orde raakten, zonder dit te toetsen aan het criterium van de loyale procesvoering.⁶⁸

28. Net zoals het geval is voor de verzoekende partij, verwacht de Raad van State van de verwerende partij dat zij haar argumenten doet gelden in het eerste procedurestuk, dat wil zeggen in de memorie van antwoord. Wanneer de verwerende partij dit heeft nagelaten, kan men haar niet toelaten om op een later moment alsnog argumenten aan te voeren aangezien dit zou indruisen tegen de rechten van verdediging en de gelijkheid van de procespartijen.⁶⁹ De verzoekende partij kan in dergelijk geval immers niet meer repliceren op de argumentatie van de verwerende partij, en ook de auditeur kan deze argumenten niet langer in zijn verslag betrekken.

VII. Oordeel *ex tunc/ex nunc*

Oordeelt de bestuursrechter in beginsel *ex tunc* of *ex nunc*, en onder welke omstandigheden wijkt hij eventueel af van het desbetreffende uitgangspunt?

29. De Raad van State beoordeelt de aangevoerde middelen in het kader van zijn annulatiecontentieux in beginsel steeds *ex tunc*.⁷⁰ De Raad gaat na of de bestreden beslissing wettig werd genomen door het bestuur, en kan bijgevolg in beginsel geen rekening houden met feiten of ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan nadat de beslissing werd genomen.⁷¹ De Raad van State oordeelt dan ook dat ‘de wettigheid van een administratieve handeling moet worden beoordeeld op basis van de informatie waarover de administratieve instantie beschikte op het moment dat zij haar besluit nam’.⁷² Indien de Raad van State rekening zou houden met elementen die dateren van na de bestreden beslissing, dan zou de Raad geen uitspraak meer doen van de bestreden beslissing op zich, maar zou de Raad zelf een beslissing nemen over de onderliggende rechtsverhouding.⁷³

In uitzonderlijke gevallen, die limitatief zijn opgesomd in artikel 16 RvS-wet, oordeelt de Raad van State met volle rechtsmacht. In die omstandigheden wordt aangenomen dat de Raad van State wel rekening kan houden met nieuwe gegevens, alsook met gewijzigde regelgeving. In het kader van deze bijdrage wordt hier niet verder op ingegaan.

30. Terwijl de rechtsmiddelen in beginsel *ex tunc* worden beoordeeld door de Raad van State, beoordeelt de Raad van State de ontvankelijkheidsvereisten van het belang

68. RvS 2 oktober 2017, nr. 239.526; RvS 17 november 2017, nr. 239.901.

69. RvS 8 oktober 2012, nr. 220.902; RvS 2 mei 2016, nr. 234.614; RvS 2 juni 2016, nr. 234.915; RvS 2 maart 2017, nr. 237.544.

70. In deze bijdrage wordt niet verder ingegaan op het beperkt aantal aangelegenheden waarin de Raad van State met volle rechtsmacht oordeelt.

71. P.-J. Van De Weyer, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen*, Brussel: Intersentia 2021, p. 189.

72. RvS 7 december 2009, nr. 198.615. Zie ook: RvS 16 februari 2000, nr. 85.334; RvS 9 februari 2022, nr. 252.932.

73. P.-J. Van De Weyer, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen*, Brussel: Intersentia 2021, p. 190.

en de hoedanigheid *ex nunc*. De Raad van State vereist immers niet louter dat de verzoekende partij beschikt over een voldoende persoonlijk belang en over de nodige hoedanigheid om de vordering in te stellen, dit belang en de hoedanigheid moeten bovendien blijven bestaan tot op het moment dat de Raad van State uitspraak doet.⁷⁴ Dit betekent dat de verzoekende partij op het moment dat de Raad van State uitspraak doet nog steeds een voordeel dient te kunnen halen – hoe miniem ook – uit de vernietiging van de bestreden beslissing. Indien dit niet langer het geval is, zal de Raad het verlies van het belang vaststellen en de vordering verwerpen. Bijgevolg is het mogelijk dat een beroep tot nietigverklaring ontvankelijk werd ingesteld, maar dat de Raad van State toch geen uitspraak ten gronde zal doen omdat de verzoekende partij haar belang of hoedanigheid is verloren lopende de procedure.

De vereiste van het actuele belang en hoedanigheid kan in de praktijk aanleiding geven tot onbillijke situaties, met name de situatie waarin de verzoekende partij zich geconfronteerd ziet met het verlies van haar belang of hoedanigheid hoewel dit niet aan haar te wijten is, louter door het verstrijken van de tijd tussen het indienen van het verzoekschrift en de uiteindelijke uitspraak door de Raad van State. Dit kan eveneens ertoe leiden dat de rechtzoekende uiteindelijk als het ware tussen twee stoelen valt. Het kan immers voorvallen dat een verzoekende partij die een vordering tot schorsing (al dan niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid) instelt deze vordering afgewezen ziet omdat volgens de Raad van State de nodige spoedeisendheid ontbreekt en het geleden nadeel kan worden verholpen door de vernietiging van de bestreden beslissing via de ‘gewone’ procedure ten gronde, om zich dan vervolgens – enkele jaren later – geconfronteerd te zien met een verwerping van de vordering tot nietigverklaring wegens het ontbreken van een actueel belang.⁷⁵

De Raad van State is zowel door het Grondwettelijk Hof als door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erop gewezen dat de belangvereiste niet te restrictief of te formalistisch mag worden geïnterpreteerd. Het Grondwettelijk Hof oordeelde meermaals dat de automatische onontvankelijkheid van het annulatieberoep ten gevolge van het verlies aan belang ongrondwettig was.⁷⁶ In het arrest *Ronald Vermeulen/België* oordeelde het Europees Hof bovendien dat de sanctie van de niet-ontvankelijkheid wegens het verlies van het actueel belang, zonder dat de Raad van State rekening hield met de mogelijke invloed van de duur van de bij hem aanhangige procedure op het verlies van het belang, de kern raakte van het recht op toegang tot de rechter, en niet evenredig was aan het beginsel van een goede rechtsbedeling.⁷⁷

De Raad van State heeft sindsdien zijn rechtspraak enigszins gemilderd. De Raad van State aanvaardt thans dat een verzoekende partij toch zijn actueel belang kan behouden ook al kan zij geen voordeel meer halen uit de vernietiging van de bestreden beslissing, op voorwaarde dat de verzoekende partij voor het sluiten van de debatten een vordering tot schadevergoeding heeft ingesteld overeenkomstig

74. RvS 22 maart 2019, nr. 244.015 (*Moors*).

75. Voor een recent voorbeeld van een dergelijke situatie, zie: RvS 3 juli 2023, nr. 257.040.

76. GwH 10 november 1999, nr. 117/99; GwH 21 januari 2004, nr. 13/2004.

77. EHRM 17 juli 2018, nr. 5475/06, § 58 (*Ronald Vermeulen/België*).

artikel 11*bis* RvS-wet. In dergelijk geval heeft de verzoekende partij misschien wel het actueel belang verloren voor wat betreft de vernietiging van de bestreden beslissing maar niet voor wat betreft de vordering tot schadevergoeding. De Raad van State zal dan alsnog een onderzoek van de middelen verrichten en de eventuele onwettigheid van de bestreden beslissing vaststellen voor zover dat nodig is om over de ingediende vordering tot schadevergoeding uitspraak te kunnen doen. De Raad vereist evenwel dat het ingestelde annulatieberoep initieel ontvankelijk was en dat het verlies van het belang niet het gevolg is van een handeling die de verzoekende partij zelf heeft gesteld of heeft nagelaten te stellen en die haar persoonlijk verwijtbaar is.⁷⁸

Het is evenwel de vraag of deze versoepeling voldoende is in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. In een recent arrest van 9 juli 2020 herhaalde het Grondwettelijk Hof immers zijn rechtspraak dat de automatische sanctie van de niet-ontvankelijkheid bij het verlies van het actueel belang ongrondwettig is. Het Hof voegde daar bovendien aan toe dat het feit dat in het kader van de schadevergoeding tot herstel de middelen onder bepaalde voorwaarden wel nog ten gronde beoordeeld kunnen worden, hier niets aan verandert.⁷⁹ Het Grondwettelijk Hof merkte ten slotte op dat artikel 19 lid 1 RvS-wet, geen vereiste vermeldt wat het behoud van het belang betreft. Ook in de rechtsleer is reeds ervoor gepleit om de vereiste van het actueel belang te laten vallen, door slechts een initieel belang te vereisen op het moment van het instellen van de vordering⁸⁰ – zoals trouwens ook in de burgerrechtelijke procedure het geval is.

De Raad van State lijkt voorlopig evenwel zijn rechtspraak te handhaven, en blijft – in de hypothese dat geen vordering tot schadevergoeding werd ingesteld – vereisen dat de gevraagde nietigverklaring de verzoekende partij nog een concreet, direct en persoonlijk voordeel oplevert. Het louter morele belang dat een verzoekende partij erbij heeft om de onwettigheid te horen vaststellen, voldoet volgens de Raad van State niet als een voldoende persoonlijk belang in de zin van artikel 19 RvS-wet.⁸¹ Wanneer een verzoekende partij zich geconfronteerd ziet met de mogelijkheid dat de Raad van State zou oordelen dat zij niet langer over een actueel belang beschikt, doet een verzoekende partij er dan ook goed aan om een vordering tot schadevergoeding in te stellen overeenkomstig artikel 11*bis* RvS-wet, om op deze wijze haar actueel belang veilig te stellen en zekerheid te verkrijgen dat haar middelen ten gronde worden beoordeeld. Dit houdt echter ook aanzienlijke nadelen in. Eénmaal een verzoekende partij ervoor heeft gekozen om een schadevergoeding te eisen via de weg van artikel 11*bis* RvS-wet, kan zij voor deze schadepost geen vordering tot schadevergoeding meer instellen voor de burgerlijke hoven en rechtbanken.⁸²

78. RvS 22 maart 2019, nr. 244.01 (Moors).

79. GwH 9 juli 2020, nr. 105/2020.

80. A.-S. Vandaele, *Procesbelang bij de Raad van State en het recht op toegang tot de rechter*, Brugge: die Keure 2019, p. 323-352.

81. RvS 3 juli 2023, nr. 257.040.

82. Zie: S. Lierman & M. Meulebrouck, *Schadevergoeding tot herstel bij de bestuursrechter: Een volwaardig alternatief? Recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht (ICAV IV)* (Vol. 18), Antwerpen: Intersentia 2022, p. 141-190.

VIII. Proceskostenveroordeling. Hoe is de proceskostenveroordeling in de bestuursrechtelijke procedure geregeld als de overheid procespartij is?

31. De Raad van State doet in zijn eindarrest uitspraak over de tenlastelegging van de proceskosten. Overeenkomstig artikel 68 Procedurereglement RvS begroot de Raad deze kosten en doet hij uitspraak over de betaling hiervan. De Raad is hierbij niet gebonden door wat partijen hierover overeengekomen zijn in een mogelijke dading.⁸³

Overeenkomstig artikel 66 Procedurereglement omvatten de kosten:

- 1° de rolrechten;
- 2° de honoraria en verschotten van de deskundigen;
- 3° het getuigengeld;
- 4° de verblijf- en de reiskosten veroorzaakt door onderzoeksdaden;
- 5° de rechtsplegingsvergoeding;
- 6° de bijdrage voor de tweedelijnsbijstand.

De rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire vergoeding ter compensatie van de door de partijen gemaakte advocatenkosten. In vergelijking met de burgerrechtelijke procedure, is de rechtsplegingsvergoeding voor de procedure voor de Raad van State eerder laag. Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt € 700, het minimumbedrag € 140 en het maximumbedrag € 1.400 (€ 2.800 voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten). Ter vergelijking, in de burgerrechtelijke procedure bedraagt de rechtsplegingsvergoeding voor niet in geld waardeerbare vorderingen respectievelijk € 1.800 (basisbedrag), € 112,50 (minimumbedrag) en € 15.000 (maximumbedrag).

32. Overeenkomstig artikel 68 lid 5 Procedurereglement RvS worden de kosten ten laste gelegd van de partij die in het eindarrest in het ongelijk wordt gesteld. Indien zowel een vordering tot schorsing als een beroep tot nietigverklaring werd ingesteld, dan doet de Raad van State in het eindarrest van het beroep tot nietigverklaring uitspraak over de kosten voor beide procedures. Indien een partij de schorsing heeft bekomen, maar uiteindelijk niet de nietigverklaring, dan zal zij toch ook de kosten van het kort geding dienen te dragen.⁸⁴

In sommige gevallen zal de Raad van State evenwel de kosten ten laste leggen van de verwerende partij hoewel het beroep tot nietigverklaring werd verworpen. Dit

83. RvS 17 februari 2005, nr. 140.759.

84. R. Stevens & K. Didden, *Raad van State 1. Afdeling bestuursrechtspraak. 2. Het Procesverloop* (AR nr. 10), Brugge: die Keure 2018, p. 522.

zal met name het geval zijn wanneer de verwerping van het beroep niet te wijten is aan de verzoekende partij. Bijvoorbeeld wanneer de verwerping te wijten is aan de intrekking of de vervanging van de bestreden beslissing,⁸⁵ of omdat de bestreden beslissing reeds werd vernietigd in een eerder tussengekomen arrest.⁸⁶ In dergelijke gevallen is het beroep van de verzoekende partij zonder voorwerp geworden, en moet het beroep worden verworpen, zonder dat de verzoekende partij als de ‘in het ongelijke gestelde partij’ kan worden beschouwd. De Raad van State zal evenzeer de kosten ten laste leggen van de verwerende partij wanneer de verzoekende partij door de betreffende overheid op het verkeerde been werd gezet. Bijvoorbeeld omdat het bestuur in de bestreden beslissing verkeerdelijk had vermeld dat een beroep kon worden ingesteld bij de Raad van State, terwijl in werkelijkheid de burgerlijke rechter bevoegd is, zodat de Raad van State zich zonder rechtsmacht dient te verklaren.⁸⁷

IX. Mogelijkheid tot reparatie van gebreken in aangevochten besluiten

Wat zijn de mogelijkheden tot reparatie van gebreken in aangevochten beslissingen van overheden bij de Raad van State en welke gevolgen brengen deze met zich mee?

33. Indien de Raad van State een administratieve beslissing vernietigt, wordt zij geacht nooit te hebben bestaan. Dit heeft soms gevolgen die de rechtszekerheid bedreigen. Om die reden zijn er enkele maatregelen te nemen, die deze gevolgen kunnen milderden. Deze zijn de handhaving van de gevolgen van de vernietigde beslissing (1), alsook de bestuurlijke lus of beslissing tot herstel genoemd (2). Tot slot vermelden we ook dat de administratieve overheid haar beslissing kan intrekken (3).

1. Handhaving van de gevolgen van de vernietigde bestuurlijke beslissing

34. De Raad van State kan op grond van artikel 14ter RvS-wet de gevolgen van een vernietigde bestuurlijke beslissing in stand houden, zij het tijdelijk of definitief. Hierdoor kan in bepaalde gevallen een billijker evenwicht tussen het wettigheidsbeginsel enerzijds en het rechtszekerheidsbeginsel anderzijds worden verkregen.⁸⁸

Sinds 1 maart 2014 zijn er twee grote aanpassingen doorgevoerd in de handhavingsprocedure. Ten eerste, kan de Raad van State hiertoe niet meer ambtshalve het initiatief nemen, maar dient een verwerende of tussenkomen partij hierom te

85. RvS 29 augustus 1997, nr. 67.851; RvS 15 juni 2021, nr. 250.909.

86. R. Stevens & K. Didden, *I. Raad van State afdeling bestuursrechtspraak. 2. Het Procesverloop* (AR nr. 10), Brugge, die Keure, 2018, p. 523.

87. RvS 28 februari 2018, nr. 240.836; RvS 23 mei 2006, nr. 159.137; RvS 30 september 2005, nr. 149.658.

88. A. Coppens, ‘Art. 14ter R.v.St.-Wet’, in: S. Denys e.a. (red.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium, losbl., (15) 21.

verzoeken.⁸⁹ Deze vordering moet voldoende gepreciseerd en gemotiveerd zijn.⁹⁰ Ten tweede, is het toepassingsgebied uitgebreid. De Raad van State mag, naast in reglementaire beslissingen, ook de gevolgen van individuele beslissingen handhaven.

35. Gezien de impact die een beslissing tot handhaving kan hebben, kan deze enkel worden bevolen om uitzonderlijke redenen die een aantasting van het wettigheidsbeginsel rechtvaardigen.⁹¹ Daartoe dient een tegensprekelijk debat te worden gevoerd tussen de partijen, waarna de bestuursrechter zijn beslissing hieromtrent met bijzondere redenen onderbouwt.⁹² De Raad van State oordeelt soeverein over het al dan niet toekennen van de maatregel. Echter, terughoudendheid is geboden gezien de *ratio legis* achter artikel 14ter RvS-wet.⁹³ Er zijn geen cijfers over hoe vaak de Raad van State de gevolgen van een vernietigde beslissing handhaaft, docht in onze praktijk komt dit zeer zelden voor.

2. Beslissing tot herstel

36. De tweede mogelijkheid tot reparatie van gebreken in een aangevochten beslissing voor de Raad van State is de opvolger van de in 2015 door het Grondwettelijk Hof vernietigde bestuurlijke lus.⁹⁴ Deze (her)nieuw(d)e mogelijkheid tot reparatie werd opnieuw ingevoegd bij de wet van 11 juli 2023⁹⁵ onder de titel ‘Beslissing tot herstel’.

-
89. Art. 14ter lid 1 RvS-wet; E. Brewaeyts, ‘Raad van State. Procesrechtelijke vernieuwingen’, *NJW* 2014, afl. 303, p. 430; A. Coppens, ‘Art. 14ter R.v.St.-Wet’, in: S. Denys e.a. (red.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium, losbl., p. 19, 28; J. Theunis, ‘Handhaving van de gevolgen van een vernietigde bestuurshandeling door de Raad van State’, in: M. Van Damme (red.), *De hervorming van de Raad van State, Administratieve Rechtsbibliotheek – Bijzondere Reeks*, Brugge: die Keure 2014, p. 112-113; S. Verstraelen, ‘De beoordeling van het rechterlijk overgangsrecht: wanneer de wetgever zelf richtlijnen geeft’, *RW* 2014-15, afl. 20, p. 764, 768.
90. Art. 14 lid 3 Procedurereglement RvS; E. Brewaeyts, ‘Raad van State. Procesrechtelijke vernieuwingen’, *NJW* 2014, afl. 303, p. 430; A. Coppens, ‘Art. 14ter R.v.St.-Wet’, in: S. Denys e.a. (red.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium, losbl., p. 29; J. Theunis, ‘Handhaving van de gevolgen van een vernietigde bestuurshandeling door de Raad van State’, in: M. Van Damme (red.), *De hervorming van de Raad van State, Administratieve Rechtsbibliotheek – Bijzondere Reeks*, Brugge: die Keure 2014, (95) 112.
91. Een dergelijk uitzonderlijke reden is bijvoorbeeld dat het gebruikelijke gevolg van een vernietiging nefast zou zijn voor de rechtszekerheid. Zie: RvS (7e k.) 29 december 2011, nr. 217.085, *RW* 2012-13, afl. 7, 252, noot. F. Eggermont.
92. Art. 14ter lid 2 RvS-wet; E. Brewaeyts, ‘Raad van State. Procesrechtelijke vernieuwingen’, *NJW* 2014, afl. 303, p. 430; A. Coppens, ‘Art. 14ter R.v.St.-Wet’, in: S. Denys e.a. (red.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium losbl., p. 19; L. Donnay & P. Lewalle, *Manuel de l’exécution des arrêts du Conseil d’État*, Brussel: Larcier 2017, p. 165; F. Eggermont, ‘“Capita selecta” rechtspraak Raad van State inzake rechtsbescherming tegen de overheid 2017-18’, *RW* 2021-22, afl. 9, p. 361; J. Theunis, ‘Handhaving van de gevolgen van een vernietigde bestuurshandeling door de Raad van State’, in: M. Van Damme (red.), *De hervorming van de Raad van State, Administratieve Rechtsbibliotheek – Bijzondere Reeks*, Brugge: die Keure 2014, p. 114-115; S. Verstraelen, ‘De beoordeling van het rechterlijk overgangsrecht: wanneer de wetgever zelf richtlijnen geeft’, *RW* 2014-15, afl. 20, p. 769.
93. Art. 14ter lid 2 RvS-wet; A. Coppens, ‘Art. 14ter R.v.St.-Wet’, in: S. Denys e.a. (red.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium, losbl., p. 34; F. Eggermont, ‘Enkele beschouwingen inzake de toepassing van art. 14ter RvS-Wet’, *RW* 2012-13, afl. 7, p. 255.
94. GwH 16 juli 2015, nr. 103/2015.
95. Wet van 11 juli 2023 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, BS 24 juli 2023.

37. De beslissing tot herstel, neergeschreven in artikel 38 RvS-wet, is een tussenarrest⁹⁶ uitgesproken door de Raad van State dat de verwerende overheid in kwestie de kans geeft om reeds tijdens de vernietigingsprocedure een herstelbare onwettigheid⁹⁷, zoals procedure- of vormfouten, in een beslissing recht te zetten, in plaats van na afloop ervan. De wetgever beoogt hiermee een snellere en definitieve geschillenbeslechting, door de vernietiging van herstelbare, onvolkomen beslissingen te voorkomen.⁹⁸

38. Thans is het toepassingsgebied voor de beslissing tot herstel beperkt. Het kan alleen worden toegepast bij geschillen die ‘van een bijzonder belang zijn voor maatschappelijk gewichtige projecten op regionaal niveau’, aldus de regering.⁹⁹ Zo luidt artikel 65/1 Procedurereglement RvS als volgt:

‘Ter uitvoering van artikel 38, § 10, van de gecoördineerde wetten worden specifiek aangewezen, de geschillen:

1° inzake de akten en reglementen genomen met toepassing van het decreet van het Vlaamse Gewest van 25 april 2014 “betreffende complexe projecten”;

2° inzake de gewestelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen bedoeld in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, titel II, hoofdstuk II, afdeling 2;

3° inzake de besluiten van de Waalse Regering tot herziening van een gewestplan als bedoeld in boek II, titel II van het Waalse Wetboek van Ruimtelijke Ontwikkeling;

4° inzake de besluiten van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering tot wijziging van een gewestelijk bestemmingsplan als bedoeld in titel II, hoofdstuk III, van het Brussels Wetboek van Ruimtelijke Ordening.’

39. De toepasselijke procedure wordt in artikel 38 RvS-wet bepaald. De verwerende partij dient in de loop van het annulatieberoep een verzoek tot herstel in. Voorafgaand aan dat verzoek moeten alle middelen reeds onderzocht zijn. Gedurende minimum vijftien dagen na het instellen van het verzoek krijgen alle andere belanghebbende partijen de tijd om schriftelijk hun opmerkingen over het verzoek mee te delen, waarna een tussenarrest volgt. Indien de bestuursrechter gewillig is, wordt daarin een termijn bepaald waarbinnen de verwerende overheid de herstellende beslissing kan nemen en ter kennis kan brengen aan de afdeling bestuursrechtspraak. De totale termijn, inclusief eventuele verlengingen, bedraagt hoogstens

96. Art. 12 Wet van 11 juli 2023, BS 24 juli 2023.

97. C. De Wolf, ‘De bestuurlijke lus is dood, lang leve de bestuurlijke lus’, *TOO* 2015, afl. 4, p. 467; J. Riemslogh, ‘Derde keer, goede keer voor de bestuurlijke lus’, *Juristenkrant* 2016, afl. 340, p. 3; K. Stas, ‘De (on)bestuurlijke lus’ (noot onder GwH 1 december 2016), *TROS* 2017, afl. 87, p. 191.

98. K. Stas, ‘De (on)bestuurlijke lus’ (noot onder GwH 1 december 2016), *TROS* 2017, afl. 87, p. 191.

99. Art. 38 § 10 RvS-wet; Art. 65/1 Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, BS 21 november 1948; Verslag aan de Koning bij het KB van 21 juli 2023 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, BS 26 juli 2023.

zes maanden. Houdt de verwerende partij zich niet aan deze termijn, zal de beslissing tot herstel niet gelden en zal de vernietiging volgen.

Houdt de verwerende partij zich wel aan de vooropgestelde termijn, zal de beslissing tot herstel van rechtswege worden toegevoegd aan het voorwerp van het beroep tot nietigverklaring. Na mededeling hiervan, krijgen de andere partijen dertig dagen de tijd om schriftelijk opmerkingen door te geven aan de afdeling bestuursrechtsspraak over de wijze en wettigheid van het desbetreffende herstel. Hierna oordeelt de Raad van State of het gebrek hersteld is. Als het antwoord bevestigend is, zal hij het gehele beroep verwerpen. Als de Raad van State oordeelt dat het gebrek niet of niet zonder het begaan van een nieuwe onwettigheid hersteld is, zal hij het oorspronkelijke beroep verwerpen en zal hij de nieuwe beslissing tot herstel vernietigen.

3. *Intrekking van het bestreden besluit tijdens de procedure*

40. Een overheid is altijd gemachtigd om onwettige individuele administratieve rechtshandelingen die geen rechten toekennen, in te trekken, evenals bestuurshandelingen van reglementaire aard.¹⁰⁰ De intrekking van onwettige, rechtscheppende individuele administratieve rechtshandelingen is aan een strikter regime onderworpen. Dat is slechts mogelijk binnen een termijn van zestig dagen; niet toevallig de termijn geldend voor het instellen van een annulatieberoep. Is dat laatste het geval, dan zal de desbetreffende overheid de kans krijgen om de rechtshandeling in te trekken tot aan de sluiting van de debatten.¹⁰¹ De rechtshandeling blijft bijgevolg intrekbaar zolang de uitvoerbaarheid ervan onzeker is.¹⁰²

41. Na de intrekking van de bestreden bestuurshandeling, is het beroep zonder voorwerp.¹⁰³ Hierdoor heeft de verzoekende partij ook geen belang meer bij het beroep. Bijgevolg, wordt het annulatieberoep verworpen.¹⁰⁴

100. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming tegen het optreden van het bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1058; L. Losseau, 'L'introduction de la boucle administrative au sein des lois coordonnées sur le Conseil d'État', *A.D.L.* 2013, afl. 4, p. 557.

101. RvS 25 juni 2018, nr. 241.892, r.o. 10, *CDPK* 2019, afl. 3-4, p. 622; J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming tegen het optreden van het bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1058-1059, 1062-1063; L. Losseau, 'L'introduction de la boucle administrative au sein des lois coordonnées sur le Conseil d'État', *A.D.L.* 2013, afl. 4, p. 557.

102. Naast de hiervoor vermelde situaties, kan een initieel niet-intrekbaar rechtshandeling toch ook ingetrokken worden wanneer sprake is van (1) een uitdrukkelijke rechtsvorm, (2) bedrog en (3) grove en manifeste onregelmatigheid.

103. J. Dujardin e.a., 'De rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1520-1521; F. Eggermont, 'De gevolgen van het verlies van het actuele belang gedurende het annulatieberoep bij de Raad van State voor de vordering tot schadevergoeding tot herstel', *TBP* 2018, afl. 9, p. 528; S. Lust & A. Van Daele, 'Slagkracht van de Raad van State vergroot: (ver)nieuw(d) sanctiearsenaal in handen van de Raad van State', in: J. Vande Lanotte, J. Goossens & P. Cannoot (red.), *Rechtsbescherming in het Publiekrecht: kan er nog gebouwd worden in Vlaanderen?*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2016, p. 363.

104. F. Eggermont, 'De gevolgen van het verlies van het actuele belang gedurende het annulatieberoep bij de Raad van State voor de vordering tot schadevergoeding tot herstel', *TBP* 2018, afl. 9, p. 528.

De positie van de overheid als partij in de civiele procedure in België

Beatrix Vanlerberghe*

1. De Grondwet maakt de hoven en rechtbanken van rechtswege bevoegd om kennis te nemen van alle geschillen waarin de overheid betrokken is, maar de wetgever kan de geschillen over subjectieve rechten die geen burgerlijk recht tot voorwerp hebben, aan administratieve rechtscolleges opdragen.¹ Zo is de Raad van State bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring van bestuurs-handelingen. Alleen rechtscolleges van de rechterlijke orde zijn krachtens artikel 144 lid 1 Grondwet (hierna 'GW') bevoegd om kennis te nemen van geschillen die een burgerlijk recht tot voorwerp hebben. De burgerlijke rechter kan weliswaar geen administratieve rechtshandelingen nietig verklaren, maar hij heeft wel de bevoegdheid om onwettige administratieve rechtshandelingen onverbindend te verklaren en buiten toepassing te laten. De burger kan dan ook in de loop van een geding de onwettigheid van de hem tegengeworpen bestuurshandeling aanvoeren, teneinde de rechter ertoe te bewegen die handeling niet toe te passen (de zogenaamde exceptie van onwettigheid bedoeld bij art. 159 GW).² Daarnaast kunnen overheidsdaden voor de burgerlijke rechter rechtstreeks worden aangevochten wanneer de tenuitvoerlegging van een bestuurlijke beslissing voor de burger onherstelbare schade zou veroorzaken en het optreden van de rechter derhalve dringend noodzakelijk is om de belangen van de rechtzoekende te vrijwaren.³ Anders dan in Nederland is de burgerlijke rechter in België bevoegd om kennis te nemen van belastinggeschillen en van socialezekerheids geschillen. Een belangrijk contentieux voor de burgerlijke rechter bestaat tenslotte uit aansprakelijkheidsvorderingen tegen de overheid.⁴

2. In het Belgisch burgerlijk procesrecht geldt, in navolging van artikel 6 EVRM, het beginsel van de wapengelijkheid. De partijen worden op een gelijke wijze behandeld ongeacht hun hoedanigheid. Er gelden geen specifieke procedureregels voor de overheid als procespartij.⁵ De overheid heeft in het kader van het burgerlijk proces dezelfde rechten en verplichtingen als elke andere procespartij.

* Beatrix Vanlerberghe is hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen en advocaat bij het Hof van Cassatie

1. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming tegen optreden bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1080, nr. 1199.
2. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming tegen optreden bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1102, nr. 1216.
3. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming tegen optreden bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1113, nr. 1219.
4. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming tegen optreden bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1131, nr. 1228.
5. G. Debersaques & B. Tillemans, 'Het optreden in rechte van rechtspersonen', in: S. Baeten, K. Byttebier & K. Leus (red.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 307, nr. 2, voetnoot 2; M. Crommen, 'Procesvertegenwoordiging van de Belgische Staat – Verjaring' (noot onder Rb. Brussel 12 december 2002), *TFR* 2003, afl. 250, p. 989.

Niettemin rees geregeld de vraag of er toch geen aanleiding bestaat om de overheid als procespartij anders te behandelen wanneer zij niet optreedt om haar eigen belangen te beschermen, maar wel optreedt in het algemeen belang. Herhaaldelijk werden er aan de overheid bepaalde privileges in het burgerlijk proces toegekend, zoals kortere verjaringstermijnen, de mogelijkheid om ongeoorloofd bewijs toch aan te wenden, de vrijstelling van griffierecht en rechtsplegingsvergoeding, een andere taakomschrijving van de rechter in geval van toepassing van regels die de openbare orde raken, enz. In de meeste van die gevallen werd er uiteindelijk voor gopteerd om de partijen volledig gelijk te stellen. Het enkele feit dat de overheid in het algemeen belang optreedt, verantwoordt immers in principe geen verschillende behandeling.⁶ Toch is er van een volledige gelijkschakeling van de partijen voorlopig geen sprake.

Vraag 1: *Hoe is in de civiele procedure de toegang tot de rechter geregeld voor wat betreft*

1. *Termijnen*

3. De regels inzake de verjaring liggen vervat in artikel 2219 en volgende oud Burgerlijk Wetboek (hierna ‘oud BW’).

Overeenkomstig artikel 2262bis § 1 oud BW verjaren alle persoonlijke rechtsvorderingen door verloop van tien jaar. In afwijking van deze regel verjaren alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid door verloop van vijf jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon.

Overeenkomstig artikel 2227 oud BW zijn de Staat, de openbare instellingen en de gemeenten aan dezelfde verjaringen onderworpen als bijzondere personen en kunnen zij zich eveneens daarop beroepen.

4. Niettemin voerde de wetgever destijds voor een aantal overheden een bijzondere verjaringsregeling in. De ratio legis was dat de Staat het algemeen belang dient, terwijl particulieren handelen uit persoonlijk belang en dat het in het algemeen belang is dat de Staat zijn rekeningen kan afsluiten binnen een redelijke termijn.⁷

Om die reden werd voor vorderingen tegen de federale Staat en de provincies een bijzondere dubbele verjaringstermijn ingevoerd bij artikel 1, respectievelijk 8 Wet van 6 februari 1970.⁸ De door deze wet ingevoerde verjaringstermijn was korter

6. S. Lierman, P.-J. Van De Weyer & K.-J. Vandormael, ‘Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht’, in: D. Asser (red.) *Preadviezen 2015* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 23-24, nr. 20.

7. GwH 17 december 1997, nr. 75/97; GwH 21 juni 2001, nr. 85/2001; GwH 20 februari 2002, nr. 42/2002; GwH 1 juni 2005, nr. 103/2005; GwH 18 oktober 2006, nr. 153/2006; GwH 4 juni 2009, nr. 97/2009.

8. BS 28 februari 1970. Art. 1 van deze wet luidde als volgt: ‘Verjaard en bepaald vervallen ten voordele van de Staat zijn, onverminderd de vervallenverklaringen uitgesproken door andere wettelijke, reglementaire of ter zake overeengekomen bepalingen: a) de schuldvorderingen, waarvan de op wettelijke of reglementaire wijze bepaalde overlegging niet geschiedde binnen een termijn van vijf

dan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn en bedroeg slechts vijf jaar vanaf de eerste januari van het begrotingsjaar in de loop waarvan de schuldvordering ontstond. Bovendien verjaarden de schuldvorderingen, die, hoewel ze werden overgelegd binnen voormelde termijn, door de Ministers niet werden geordonnanceerd binnen een termijn van vijf jaar te rekenen vanaf de eerste januari van het jaar gedurende hetwelk ze werden overgelegd.

Voor vorderingen tegen de federale Staat werd deze dubbele verjaringstermijn later opgenomen in artikel 100 Wetten Rijkscomptabiliteit 1991. Hierdoor werd er een onderscheid gemaakt tussen de Staat enerzijds en de provincies anderzijds. Voor vorderingen tegen de provincies bleef de grondslag vervat in artikel 8 Wet van 6 februari 1970.

Deze bijzondere dubbele verjaringstermijn van artikel 100 Wetten Rijkscomptabiliteit 1991 gold eveneens voor de deelstaten.⁹

5. Deze bijzondere verjaringsregeling (van art. 100 voornoemd) werd ten aanzien van de federale Staat afgeschaft bij Wet van 22 mei 2003. Vanaf de inwerkingtreding van deze wet (dit is op 1 januari 2012 voor alle administraties van de federale Staat) is de verjaringsregeling van het gemeen recht voortaan van toepassing op de administraties, instellingen en ondernemingen van de federale Staat. De bijzondere verjaringsregeling werd ook ten aanzien van de deelstaten afgeschaft zodat bovenvermelde regels van het gemeen recht thans eveneens gelden voor de Gemeenschappen en de Gewesten.¹⁰

Voor de provincies gelden daarentegen wel nog de bijzondere verjaringstermijnen van de Wet van 6 februari 1970.

6. Zoals hierboven werd aangegeven, kan men voor de burgerlijke rechter in principe niet de nietigverklaring vorderen van bestuurshandelingen. Dergelijke beroepen tot nietigverklaring moeten voor de Raad van State worden ingesteld binnen zestig dagen na de bekendmaking, betekening of kennisname van de beslissing. Voor de burgerlijke rechter kan men daarentegen wel vragen dat de bestuurshandeling niet wordt toegepast. Deze exceptie van onwettigheid bedoeld bij artikel 159 GW kan zonder beperking in de tijd voor de burgerlijke rechter worden aangevoerd.¹¹

jaar te rekenen vanaf de eerste januari van het begrotingsjaar in de loop waarvan zij ontstonden; b) de schuldvorderingen, die, hoewel ze werden overgelegd binnen de onder letter a bedoelde termijn, door de Ministers niet werden geordonnanceerd binnen een termijn van vijf jaar te rekenen vanaf de eerste januari van het jaar gedurende hetwelk ze werden overgelegd; c) alle andere schuldvorderingen, die niet werden geordonnanceerd binnen een termijn van tien jaar te rekenen vanaf de eerste januari van het jaar van hun ontstaan. De schuldvorderingen die voortkomen uit vonnissen blijven evenwel onderworpen aan de dertigjarige verjaring; zij dienen te worden uitbetaald door de zorg van de Deposito- en Consignatiekas.'

9. Art. 50 Bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten.
10. Art. 15 Wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof.
11. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming tegen optreden bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1103, nr. 1216.2.

2. *Het griffierecht*

7. Voor elke zaak die op de algemene rol, in het register van de verzoekschriften of in het register van de vorderingen in kort geding wordt ingeschreven is een rolrecht verschuldigd. Dit rolrecht bedraagt in de vredegerichten en de politierechtbanken € 50, in de rechtbank van eerste aanleg en de ondernemingsrechtbanken € 165, in de hoven van beroep € 400 en in het Hof van Cassatie € 650 (art. 269¹ Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten, hierna ‘W. Reg.’).

De rechter veroordeelt in zijn eindbeslissing de partij of de partijen die het recht verschuldigd zijn tot de betaling ervan of tot hun deel erin. Het rolrecht is volledig verschuldigd door de partij die de zaak op de rol heeft doen stellen, behalve indien de verweerder in het ongelijk wordt gesteld, in welk geval het rolrecht volledig verschuldigd is door de verweerder en behalve indien de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, in welk geval het recht ten dele door de eiser en ten dele door de verweerder verschuldigd is, volgens de beslissing van de rechter (art. 269² W. Reg.).

8. Een aantal geschillen zijn van het rolrecht vrijgesteld. Het gaat hierbij onder meer om geschillen inzake belastingen, zaken gebracht voor de arbeidsgerechten en zaken betreffende insolventie van ondernemingen (Boek XX WER). In familiEZaken waarin het principe van de voortdurende aanhangigheid geldt, wordt het rolrecht slechts eenmaal betaald voor de hele duurtijd van de zaak voor de familie-rechtbank.

De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, de openbare instellingen die zijn opgericht door de Staat en de inrichtingen van de Gemeenschappen en de Gewesten die worden veroordeeld, worden vrijgesteld van rolrecht (art. 279¹ jo. 161 1^obis W.Reg.).¹² Deze vrijstelling werd in het W. Reg. ingevoegd om een einde te maken aan de situatie waarbij de Staat, schuldeiser van de op de vonnissen en arresten verschuldigde rechten, van zichzelf registratierechten vorderde.¹³ De wetgever heeft geoordeeld om de Gemeenschappen en de Gewesten daarmee te moeten gelijkstellen.¹⁴ Deze vrijstelling geldt echter niet voor de lokale besturen.¹⁵

12. Circulaire 2022/C/55 betreffende de hervorming van de rolrechten.

13. Ingevoegd bij art. 169 programmawet van 22 december 1989, BS 29 december 1989. Zie hierover J. Espeel, ‘Algemene vrijstellingen’, in: F. Werdefroy, *Registratierechten*, deel II, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2019, p. 1322.

14. *Vr. en Antw. Kamer* 1990-91, 11.700.

15. M. Vervoort, *De overheid als belastingplichtige*, Brussel: Larcier 2017, p. 431, nr. 521 en p. 414-415, nr. 503-504.

Het onderscheid dat aldus gemaakt wordt tussen de overheid en andere procespartijen werd in de rechtsleer terecht bekritiseerd.¹⁶ Rolrechten hebben net zoals de registratierechten een zakelijk karakter zodat de klemtoon gelegd moet worden op het belastbare feit eerder dan op de hoedanigheid van de partijen.

3. *Inhoud stuk*

9. Overeenkomstig artikel 700 Gerechtelijk Wetboek (hierna 'Ger.W.') worden hoofdvorderingen op straffe van nietigheid bij dagvaarding voor de rechter gebracht. De dagvaarding gebeurt door de betekening van de inleidende akte door een gerechtsdeurwaarder.

Uitzonderlijk en enkel in de door de wet bepaalde gevallen wordt de zaak bij verzoekschrift op tegenspraak aanhangig gemaakt. Dit verzoekschrift wordt ter griffie neergelegd en de partijen worden door de griffier bij gerechtsbrief opgeroepen om te verschijnen.

10. Elke inleidende akte (dus zowel de dagvaarding als het verzoekschrift) moet een aantal vermeldingen bevatten zoals de datum, de identiteit van de partijen, het voorwerp van de vordering, de korte samenvatting van de middelen, en de rechter voor wie de vordering aanhangig wordt gemaakt (art. 702 en 1034ter Ger.W.).

Vereist is in het bijzonder dat de inleidende akte de feitelijke gegevens bevat die aan de vordering ten grondslag liggen. Deze regel strekt ertoe de verweerder volledig, correct en tijdig op de hoogte te brengen van wat precies van hem wordt gevorderd, zodat hij de mogelijkheid heeft zijn houding ten aanzien van de vordering te bepalen.¹⁷ Zoals hieronder zal blijken, heeft de eiser een ruime mogelijkheid om naderhand de in de inleidende akte aangevoerde feiten aan te vullen.

Deze regels zijn van toepassing op alle inleidende akten ongeacht of de overheid partij is in het geding en, indien de overheid partij is, ongeacht of de overheid optreedt als eiser of als verweerder.

11. In bepaalde socialezekerheidszaken kan de vordering bij de arbeidsrechtbank door de sociaal verzekerde aanhangig worden gemaakt op grond van een vereenvoudigd verzoekschrift dat aan geen enkel vormvereiste is onderworpen (zie hierover verder bij de ongelijkheidscompensatie).

12. In fiscale zaken kan de belastingadministratie zich in bepaalde omstandigheden zelf een uitvoerbare titel verschaffen. De overheid dient zich voor de inning van deze belastingen dan ook niet tot de rechter te wenden. Het is de burger die de belastingschuld betwist die zich, na desgevallend voorafgaand administratief beroep

16. M. Vervoort, *De overheid als belastingplichtige. Fundamenteel onderzoek naar nationaal, buitenlands, supranationaal en internationaal recht*, Brussel: Larcier 2017, p. 417-418, nr. 506 en p. 432, nr. 522.

17. Taelman, C. Van Severen & J. Van Doninck, 'Herstel van vormgebreken in het burgerlijk procesrecht', in: P. Taelman, *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2016, p. 41.

te hebben ingesteld, tot de rechter zal moeten wenden middels een verzoekschrift op tegenspraak overeenkomstig artikel 1385decies Ger.W.

4. Bewijslevering

13. Opdat de verweerder zich naar behoren zou kunnen verdedigen, moet de eiser de stukken waarvan hij gebruik zal maken aan de verweerder meedelen (art. 736 Ger.W.). Het begrip ‘stukken’ wordt in de wet niet nader omschreven. De term dient dan ook breed te worden omschreven. Het gaat om alle mogelijke bewijsstukken of bewijsmateriaal waarvan de eiser gebruik zal maken. Het feit dat een partij een bepaald bewijsstuk zal gebruiken, brengt de verplichting tot mededeling met zich mee.¹⁸

De eiser moet de stukken in principe binnen acht dagen na de inleiding van de zaak aan de verweerder meedelen. Op deze termijn staat evenwel geen sanctie. In de loop van de procedure kunnen nog bijkomende stukken worden meegedeeld. Zij moeten echter ten laatste samen met de conclusies worden meegedeeld. De stukken die niet ten laatste tegelijk met de conclusies zijn meegedeeld, worden ambtshalve uit de debatten geweerd (art. 740 Ger.W.), tenzij de tegenpartij ermee instemt dat ze niet geweerd hoeven te worden.

De verplichting om de stukken mee te delen waarvan gebruikgemaakt zal worden, geldt uiteraard niet enkel voor de eiser. Ook de verweerder die zich van bepaalde bewijsstukken wenst te bedienen, is verplicht om deze aan de eiser mee te delen alvorens er gebruik van te maken. Zolang de partijen hun stukken niet aan elkaar hebben meegedeeld, wordt de rechtspleging ambtshalve geschorst (art. 736 Ger.W.).

Wat dit punt betreft, gelden er geen bijzondere regels wanneer de overheid optreedt als procespartij.

14. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat in burgerlijke zaken niet alle bewijsmiddelen steeds toelaatbaar zijn.¹⁹ Het bewijs van feiten en rechtshandelingen met een waarde die lager is dan € 3.500 kan met alle bewijsmiddelen worden geleverd, met inbegrip van een bewijs door getuigen en vermoedens (art. 8.8 BW). Het bewijs door vermoedens vloeit voort uit een redenering waarbij een onbekend feit wordt afgeleid uit een of meer bekende feiten. Dit bewijsmiddel wordt in de praktijk heel vaak gebruikt. Het getuigenbewijs komt veel minder frequent voor. Het getuigenbewijs kan twee vormen aannemen. Partijen kunnen schriftelijke getuigenverklaringen voorleggen aan de rechter (art. 961/1 Ger.W.) of de rechter kan zelf de getuigen horen (art. 915 e.v. Ger.W.). Daarnaast zijn ook de bekentenis en de eed toegelaten bewijsmiddelen. De bekentenis is een belangrijk bewijsmiddel omdat zij kan worden afgeleid, niet enkel uit de verklaringen van een partij in en buiten de rechtspleging, maar ook uit de ondubbelzinnige gedragingen van een partij en in

18. J. Laenens e.a., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 423, nr. 864.

19. Het Belgisch burgerlijk bewijsrecht is thans opgenomen in Boek 8 van het BW. Dit is het eerste boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (goedgekeurd bij wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 ‘Bewijs’ in dat Wetboek, inw. 1 november 2020).

het bijzonder uit de uitvoering van de overeenkomst. De eed wordt zelden of nooit gebruikt.

Indien de partijen hun rechtshandeling, ongeacht de waarde ervan, hebben neergelegd in een ondertekend geschrift, dan levert dit ondertekend geschrift bewijs op van de rechtshandeling. Partijen zullen de inhoud van dit ondertekend geschrift niet kunnen ontkrachten met een bewijs door getuigen of vermoedens (art. 8.9 § 1 lid 3 BW).

Rechtshandelingen met betrekking tot een som of een waarde die gelijk is aan of hoger is dan € 3.500, moeten overeenkomstig artikel 8.9 § 1 lid 1 BW door de partijen worden bewezen door een ondertekend geschrift (gereguleerd bewijsstelsel). Een bewijs door getuigen of vermoedens is in principe niet toegelaten, tenzij in de door de wet bepaalde uitzonderingen.²⁰

Het bewijs door een ondertekend geschrift, de bekentenis en de eed hebben een wettelijke bewijswaarde. De rechter en de partijen zijn gebonden door het bewijs dat door deze bewijsmiddelen wordt opgeleverd. Het bewijs door getuigen en vermoedens heeft een vrije bewijswaarde. De rechter kiest vrij of hij geloof zal hechten aan een getuigenverklaring en kiest ook vrij of hij uit bepaalde feiten een vermoeden zal afleiden.

15. Zoals hieronder zal blijken, heeft de Belgische rechter geen zuiver lijdelijke rol bij de feitenvaststelling. Het staat hem vrij onderzoeksmaatregelen te bevelen. Hij kan dan ook op verzoek van de partijen of ambtshalve de overlegging van stukken bevelen (art. 877 Ger.W.), getuigen horen (art. 915-916 Ger.W.) of een deskundige aanstellen (art. 962 Ger.W.). Hij kan ook de partijen bevelen om in persoon te verschijnen (art. 992 Ger.W.) en een plaatsopneming bevelen (art. 1007 Ger.W.).

20. In afwijking van deze regel van het gereguleerde bewijs kunnen eenzijdige rechtshandelingen, ongeacht de waarde ervan, met alle bewijsmiddelen worden bewezen (art. 8.10 BW). Verder kan het bewijs tussen ondernemingen of tegen ondernemingen geleverd worden met alle bewijsmiddelen (art. 8.11 BW). De regel van het gereguleerde bewijs lijdt eveneens uitzondering in geval van materiële of morele onmogelijkheid om zich een ondertekend geschrift te verschaffen of indien het gebruikelijk is om geen ondertekend geschrift op te stellen. Het zelfde geldt wanneer het ondertekend geschrift verloren is gegaan door overmacht (art. 8.12 BW). Het ondertekend geschrift kan steeds worden vervangen door een bekentenis, een beslissende eed of een begin van bewijs door geschrift voor zover dit laatste wordt aangevuld met een ander bewijsmiddel (art. 8.13 BW). Ten slotte kunnen derden het bewijs van een rechtshandeling met alle bewijsmiddelen leveren en kunnen, omgekeerd, partijen, het bewijs van een rechtshandeling ten aanzien van derden leveren met alle bewijsmiddelen (art. 8.14 BW).

Deze regels gelden onverkort wanneer de overheid procespartij is.

5. *Procesvertegenwoordiging*

16. Wie in rechte optreedt, moet voldoen aan een aantal toelaatbaarheidsvereisten en moet met name beschikken over rechtspersoonlijkheid, moet procesbekwaam zijn, moet belang hebben en moet hoedanigheid²¹ hebben.

Deze vereisten gelden zowel voor private procespartijen als voor de overheid. Tal van overheden, waaronder de Belgische Staat en de Gemeenschappen en Gewesten, hebben rechtspersoonlijkheid en zijn dan ook rechtsbekwaam.²²

Rechtspersonen moeten handelen binnen hun statutaire voorwerp. Dit geldt eveneens voor publiekrechtelijke rechtspersonen die enkel kunnen handelen binnen het statutaire voorwerp en in overeenstemming met het door de wet opgelegde doel, hetgeen een doel van algemeen belang is.²³

17. Overeenkomstig artikel 703 Ger.W. treden rechtspersonen in rechte op door tussenkomst van hun bevoegde organen. Om van hun identiteit te doen blijken in de dagvaarding en in elke akte van rechtspleging is het voldoende hun benaming, hun rechtskarakter en hun maatschappelijke zetel op te geven. Zij dienen derhalve niet aan te duiden wie als orgaan optreedt. Echter hebben de andere partijen het recht om in elke stand van het geding te eisen dat de rechtspersoon de identiteit meedeelt van de natuurlijke personen die zijn organen zijn.

Ook de Belgische Staat treedt in rechte op door tussenkomst van zijn bevoegd orgaan, namelijk de minister tot wiens bevoegdheid het onderwerp van het geschil behoort.²⁴ Voor bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen geldt dat degene die de bevoegdheid heeft om in rechte op te treden ook nog de machtiging dient te

21. Het begrip hoedanigheid verwijst naar de band die er moet bestaan tussen de procespartij en de houder van het materieel recht. Alleen de houder van de materiële aanspraken waarvan de effectuering wordt beoogd, kan in rechte optreden. De procespartij die beweert houder te zijn van een subjectief recht, heeft, ook al wordt het betwist, belang en hoedanigheid om een eis in rechte in te stellen. Het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het aangevoerde subjectief recht betreft niet de toelaatbaarheid, maar de gegrondheid van de eis (J. Laenens e.a., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 87, nr. 140).

22. Dit vloeit wat de Belgische Staat betreft voort uit de Grondwet en wat betreft de gemeenschappen, gewesten en gemeenschapscommissies uit art. 3 bijz. wet 8 augustus 1980, art. 2 wet 31 december 1983 en art. 3 en 60 bijz. wet 12 januari 1989. De deelstaten treden in rechte op door hun regering, waarbij het geding wordt gevoerd namens die regering ten verzoeken van het door haar aangewezen lid (E. Brewaeys, 'De overheid als procespartij' (noot onder Cass. 12 september 1996), *R. Cass.* 1997, p. 153, nr. 1; M. Crommen, 'Procesvertegenwoordiging van de Belgische Staat – Verjaring' (noot onder Rb. Brussel 12 december 2002), *TFR* 2003, afl. 250, p. 989; S. Sobrie, 'De overheid als procespartij in fiscale zaken', *TFR* 2011, afl. 406, p. 637, nr. 18-19).

23. S. Lierman, P.-J. Van De Weyer & K.-J. Vandormael, 'Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht', in: D. Asser (red.) *Preadviezen 2015* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 17, nr. 9.

24. D. Lindemans, 'Artikelsgewijze commentaar bij art. 705 Ger.W.', in: R. De Corte e.a., *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer 2004, p. 120, nr. 2; S. Sobrie, 'De overheid als procespartij in fiscale zaken', *TFR* 2011, afl. 406, p. 634, nr. 8 en de verwijzing aldaar in voetnoot 40: Cass. 30 april 2009, AR F.07.0100.F.

bekomen van een ander orgaan. De wet vereist niet dat er melding wordt gemaakt van de procesvertegenwoordiger of de ambtenaar door wie de Staat in rechte verschijnt.²⁵

Het Gerechtelijk Wetboek bevat een bijzondere regeling voor het geval de Belgische Staat optreedt als verweerder. De wet bepaalt dat de Staat wordt gedagvaard aan het kabinet van de minister²⁶ tot wiens bevoegdheid²⁷ het onderwerp van het geschil behoort²⁸ of aan het kantoor van de door hem aangewezen ambtenaar. De minister die in de zaak betrokken is, mag niet betwisten dat het voorwerp van het geschil tot de bevoegdheid van zijn departement behoort, tenzij hij tevens de betrokken minister in zijn plaats stelt,²⁹ hetgeen geschiedt bij eenvoudige conclusie (art. 705 Ger.W.). Dit impliceert meteen dat de eiser in zijn dagvaarding de gegevens dient te vermelden die het de aangesproken minister mogelijk moeten maken te oordelen of het voorwerp van het geschil eventueel niet tot de bevoegdheid van een of meer andere ministers behoort.³⁰

18. Wat de procesvertegenwoordiging zelf betreft, heeft een partij de keuze om in persoon te verschijnen, dan wel om zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat.

Ook rechtspersonen kunnen in persoon verschijnen, dit is door tussenkomst van hun bevoegde organen (art. 728 jo. 703 Ger.W.). De bevoegdheid om in rechte op te treden, omvat eveneens de bevoegdheid om in rechte te verschijnen.³¹ In tal van fiscale, sociale en vreemdelingenzaken kan daarenboven een ambtenaar verschijnen namens de Belgische Staat.³² Deze ambtenaren hoeven geen volmacht voor te leggen.³³

25. S. Sobrie, 'De overheid als procespartij in fiscale zaken', *TFR* 2011, afl. 406, p. 634, nr. 8.

26. Voor de deelstaat geldt dat de deelstaatregering wordt gedagvaard aan het kabinet van de voorzitter van de regering (S. Sobrie, 'De overheid als procespartij in fiscale zaken', *TFR* 2011, afl. 406, p. 637, nr. 20; D. Lindemans, 'Artikelsgewijze commentaar bij art. 705 Ger.W.', in: R. De Corte e.a., *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer 2004, p. 120, nr. 3). De betekenissen aan de Belgische Staat, Federale Overheidsdienst Financiën, moeten gebeuren op een bij ministerieel besluit bepaald adres (MB 25 oktober 2012). Dit adres wordt in de regel niet in de procesakten van de Belgische Staat vermeld, hetgeen geregeld aanleiding geeft tot problemen (Cass. 29 juni 2018, AR F.17.0144.F; Cass. 21 maart 2019, AR F.18.0115.F; Cass. 23 juni 2022, AR F.21.0052.N; Cass. 24 maart 2023, AR F.21.0052.N).

27. Zie uitvoeriger over het gegeven dat niet eender welke minister in het geding mag worden betrokken, maar enkel degene tot wiens bevoegdheid het onderwerp van het geschil behoort: S. Sobrie, 'De overheid als procespartij in fiscale zaken', *TFR* 2011, afl. 406, p. 632, nr. 3.

28. E. Brewaëys, 'De overheid als procespartij' (noot onder Cass. 12 september 1996), *R. Cass.* 1997, p. 155, nr. 5.

29. D. Lindemans, 'Artikelsgewijze commentaar bij art. 705 Ger.W.', in: R. De Corte e.a., *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer 2004, 128, nr. 18.

30. D. Lindemans, 'Artikelsgewijze commentaar bij art. 705 Ger.W.', in: R. De Corte e.a., *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer 2004, p. 131, nr. 23.

31. S. Sobrie, 'De overheid als procespartij in fiscale zaken', *TFR* 2011, afl. 406, p. 635, nr. 11, voetnoot 51.

32. S. Sobrie, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2016, p. 77, voetnoot 286; resp. art. 379 WIB '92, art. 2 WIGB en art. 90 WBTW voor fiscale zaken, art. 728 § 3, *in fine*, Ger.W. voor sociale zaken en art. 74/1 Vreemdelingenwet voor vreemdelingenzaken. Zie wat sociale zaken betreft tevens M.-A. Masschelein, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht* (APR-reeks), Mechelen: Wolters Kluwer 2018, p. 234-135, nr. 469-471.

33. S. Sobrie, 'De overheid als procespartij in fiscale zaken', *TFR* 2011, afl. 406, p. 635, nr. 12.

De mogelijkheid voor de partijen om zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat (art. 728 Ger.W.) geldt zowel voor natuurlijke personen, voor rechtspersonen als voor de overheid.³⁴ Overeenkomstig artikel 440 lid 2 Ger.W. verschijnt de advocaat als gevolmachtigde van de partij zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving eist.³⁵

Op de regel dat partijen enkel in persoon of bij advocaat kunnen verschijnen, gelden tal van uitzonderingen. Zo mogen de partijen voor de vrederechter, de ondernemingsrechtbank en de arbeidsgerechten vertegenwoordigd worden door hun echtgenoot, hun wettelijk samenwonende of een bloed- of aanverwant houder van een schriftelijke volmacht en speciaal door de rechter toegelaten. Verder kan op verzoek van de belastingplichtige of zijn advocaat de rechter de door de belastingplichtige gekozen accountant, beroepsboekhouder of bedrijfsrevisor horen in zijn schriftelijke of mondelinge toelichting ter terechtzitting. Voor de arbeidsgerechten mag bovendien de afgevaardigde van een representatieve organisatie van arbeiders of bedienden die een schriftelijke volmacht heeft, de arbeider of bediende, partij in het geding vertegenwoordigen. Een gelijkaardige regeling geldt voor de zelfstandige arbeider. Bij geschillen inzake het bestaansminimum en het recht op maatschappelijke integratie mag de betrokkene zich bovendien doen bijstaan of vertegenwoordigen door een afgevaardigde van een maatschappelijke organisatie die zich over de groep van de in de desbetreffende wetgeving bedoelde personen ontfermt. In dezelfde geschillen verschijnen de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (OCMW's) bij monde hetzij van een advocaat, hetzij van een door dit centrum afgevaardigd effectief lid of personeelslid. De minister tot wiens bevoegdheid het maatschappelijk welzijn behoort, kan zich laten vertegenwoordigen door een ambtenaar (art. 728 § 2-3 Ger.W.).

Ook in hoger beroep hebben de partijen de keuze om in persoon te verschijnen, dan wel om zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat. Voor het Hof van Cassatie geldt daarentegen een verplichte vertegenwoordiging door een advocaat bij het Hof van Cassatie. Hiervan wordt afgeweken in fiscale zaken waarin elke advocaat ten behoeve van de belastingplichtige kan optreden voor het Hof van Cassatie. Bovendien kan de bevoegde ambtenaar van de administratie der directe belastingen zelf een cassatievoorziening ondertekenen.

Vraag 2: *hoe vindt in de civiele procedure de feitenvaststelling plaats?*

19. Hoewel het vaststaat dat de eiser een aanvoeringslast heeft, is deze verplichting niet uitdrukkelijk in de wet opgenomen.³⁶ Artikel 8.4 Burgerlijk Wetboek (hierna 'BW') regelt de bewijslast en bepaalt dat hij die meent een ander in rechte te kunnen aanspreken, de rechtshandelingen of feiten moet bewijzen die daaraan ten grondslag liggen. Uit deze bepaling volgt in eerste instantie dat de eiser alle feitelijke om-

34. G. Debersaques & B. Tilleman, 'Het optreden in rechte van rechtspersonen', in: S. Baeten, K. Byttebier & K. Leus (red.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 329-331, nr. 29.

35. Een dergelijke bijzondere volmacht is bijvoorbeeld vereist wanneer de advocaat namens zijn cliënt berust in een rechterlijke beslissing (art. 1045 lid 2 Ger.W.).

36. W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 59, nr. 86.

standigheden moet aanvoeren die zijn recht doen ontstaan. Over de mate van substantiëring bestaan er in België geen specifieke rechtsregels. Niettemin blijkt uit de rechtspraak dat een voldoende substantiëring vereist is.³⁷ Of er sprake is van een voldoende substantiëring zal afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden van de zaak.³⁸ Hoewel partijen het recht hebben om aan de rechter te vragen dat hij een onderzoeksmaatregel zou bevelen, mag de rechter een dergelijke maatregel weigeren indien de verzoekende partij haar vordering niet kan steunen op gegevens die de aangevoerde feiten aannemelijk maken.³⁹

Uit artikel 8.3 BW volgt dat de aangevoerde feiten of rechtshandelingen enkel moeten worden bewezen wanneer zij betwist zijn. Niettemin nam het Hof van Cassatie aan dat de rechter ambtshalve niet betwiste feiten in twijfel mag trekken. Dit is zeker het geval wanneer de uitspraak zou indruisen tegen een wetsbepaling van openbare orde.⁴⁰

Het volstaat niet dat de feiten in algemene termen door de verweerder worden betwist. De verweerder moet preciseren welke feiten hij exact betwist en moet desgevallend aangeven waarom hij die feiten betwist.⁴¹ De mate van substantiëring zal evenwel afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden van de zaak, waarbij de proportionaliteit en redelijkheid een belangrijke rol zullen spelen.⁴²

Uit de samenlezing van artikel 8.3 en 8.4 BW volgt dat de eiser de feiten moet bewijzen die zijn recht doen ontstaan, in zoverre deze feiten betwist zijn. Hij die beweert bevrijd te zijn, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die zijn bewering ondersteunen (art. 8.4 lid 2 BW).

Het Burgerlijk Wetboek houdt geen verplichting in voor de partijen om alle relevante bewijsstukken aan de rechter voor te leggen. De partijen kiezen in beginsel vrij welke bewijsstukken zij aan de rechter voorleggen. Deze vrijheid wordt begrensd door de medewerkingsverplichting aan de bewijsvoering die vervat ligt in artikel 8.4 lid 3 BW. Deze regel houdt niet enkel in dat partijen moeten meewerken aan door de rechter bevolen onderzoeksmaatregelen, maar houdt eveneens in dat de partij die de bewijslast niet draagt ertoe gehouden kan zijn om informatie te geven over de feiten indien de eiser zelf over onvoldoende informatie beschikt. Dit is zeker het geval wanneer de rechter een partij uitnodigt om bijkomende informatie te geven. Deze bijzondere mededelingsplicht kan echter ook bestaan zonder enige voorafgaande rechterlijke tussenkomst. De rechter mag van een partij die het meest

37. Zie hierover W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 61, nr. 89.

38. W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 62, nr. 90.

39. Cass. 12 juni 2012, AR C.11.0721.F; Cass. 15 juni 2012, AR C.11.0682.F; Cass. 9 december 2021, AR C.19.0644.N.

40. Cass. 16 september 2022, AR C.21.0544.N.

41. B. Vanlerberghe, 'De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen', in: J. Rozie, S. Rutten & B. Vanlerberghe (red.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 38, nr. 15.

42. W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 71, nr. 99.

bewijsgeschied is verwachten dat deze de informatie voorlegt die nodig is voor de beoordeling van de vordering.⁴³

20. In principe behoort het tot de taak van de partijen om de feiten aan de rechter voor te leggen en het bewijs hiervan te leveren. De rechter past hierop de rechtsregels toe.

Niettemin heeft de rechter wat betreft de vaststelling van de feiten geen zuiver lijdelijke rol. Het is niet zo dat de burgerlijke rechter enkel de feiten die door partijen in conclusie zijn aangevoerd in aanmerking mag nemen. De rechter mag zijn beslissing steunen op alle feiten die regelmatig aan zijn beoordeling zijn voorgelegd. Hij mag derhalve feiten afleiden uit de door partijen regelmatig overgelegde overtuigingsstukken, op voorwaarde dat hij hierbij het recht van verdediging eerbiedigt.⁴⁴ Wanneer de rechter uit de overgelegde stukken feiten afleidt waaraan partijen zich niet moesten verwachten, dan dient de rechter de partijen toe te laten hierover standpunt in te nemen, desgevallend door de debatten te heropenen.

De rechter mag voorts op eigen initiatief onderzoeksmaatregelen bevelen indien hij meent dat hij over onvoldoende informatie beschikt. In principe beslist de rechter vrij of een onderzoeksmaatregel nodig is voor zijn oordeelsvorming.⁴⁵ De rechter heeft de mogelijkheid, maar niet de verplichting om een onderzoeksmaatregel te bevelen.⁴⁶

21. Het Burgerlijk Wetboek bevat geen bijzondere bewijsregels voor het geval de overheid procespartij is.

In het bijzonder gelden ook in geschillen met de overheid in de regel de gewone regels inzake de bewijslast. Indien de overheid als eisende partij optreedt, moet zij de feiten bewijzen die aan haar vordering ten grondslag liggen. Dit is ook zo in de gevallen waarin de overheid zichzelf een uitvoerbare titel kan verschaffen en het in die zaken derhalve de burger zal zijn die zich tot de rechter wendt om de uitvoerbare titel teniet te horen doen. Het feit dat de overheid zich in een aantal zaken zelf een uitvoerbare titel kan verschaffen, doet dan ook geen afbreuk aan haar bewijslast.⁴⁷

Meer in het algemeen dient, om te bepalen wie de bewijslast draagt, op zoek gegaan te worden naar het werkelijk voorwerp van de vordering. Het is de partij die zich op een recht beroept die het bewijs moet leveren dat aan de ontstaansvoorwaarden

43. B. Vanlerberghe, 'De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen', in: J. Rozie, S. Rutten & B. Vanlerberghe (red.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 42-43, nr. 19.

44. Cass. 28 mei 2009, AR C.06.0248.F.

45. Cass. 24 juni 2011, AR C.11.0011.N.

46. Cass. 21 januari 2016, AR C.15.0092.N; Cass. 28 juni 2012, AR C.10.0608.N; Cass. 15 juni 2012, *JLMB* 2013, afl. 5, p. 342; Cass. 9 mei 2005, *Pas.* 2005, nr. 268; Cass. 6 november 2008, AR C.07.0476.F; Cass. 26 september 2008, AR C.07.0222.N; Cass. 17 juni 2004, AR C.02.0503.N; Cass. 14 december 1995, AR C.93.0383.N; Cass. 12 januari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, p. 633.

47. A. Henkes & D. Patart, 'La charge de la preuve dans les procédures civiles impliquant les pouvoirs publics', in: R. Jafferli e.a. (red.), *Entre tradition et pragmatisme – Liber Amicorum Paul Alain Foriers*, Brussel: Larcier 2021, p. 419, nr. 17.

ervan voldaan is (bijv. vorderingen betreffende de toekenning van een socialezekerheidsuitkering, vorderingen die opkomen tegen de weigering om een dergelijke uitkering toe te kennen of die opkomen tegen de herziening van een dergelijke uitkering, enz.). Het feit dat de burger formeel als eiser optreedt, is niet bepalend.⁴⁸

Ook de medewerkingsverplichting geldt onverkort wanneer de overheid partij is. Hoewel er geen wettelijke bepaling bestaat die de overheid ertoe verplicht om in het kader van een aansprakelijkheidsgeding het administratief dossier voor te leggen, kan een dergelijke verplichting wel worden afgeleid uit de medewerkingsverplichting die aan elke procespartij wordt opgelegd door artikel 8.4 lid 3 BW. De overheid moet loyaal meewerken aan de bewijsvoering. In zoverre zij over informatie beschikt waarover de tegenpartij niet beschikt, maar die de tegenpartij wel nodig heeft om het bewijs te kunnen leveren, mag van de overheid verwacht worden dat zij deze informatie geeft.

Verder geldt voor de overheid meer in het algemeen steeds dat zij het zorgvuldigheidsbeginsel in acht moet nemen. Dit betekent dat de overheid alle noodzakelijke informatie dient te verzamelen om haar beslissing te rechtvaardigen en te onderbouwen⁴⁹ en dat deze informatie aan het administratief dossier moet worden toegevoegd. Er bestaat als zodanig geen algemene bepaling die voorschrijft dat de overheid het administratief dossier aan de burgerlijke rechter moet voorleggen.

Niettemin mag worden aangenomen dat het administratief dossier beschikbaar moet zijn voor de andere partijen en voor de rechter.⁵⁰ Dit recht op toegang tot het administratief dossier tijdens de gerechtelijke procedure kan in het bijzonder afgeleid worden uit artikel 6 lid 1 EVRM dat het recht op een eerlijk proces waarborgt,⁵¹ evenals uit de eerder besproken medewerkingsverplichting.

Wel gelden in bepaalde materies bijzondere bepalingen. Zo bijvoorbeeld bepaalt artikel IV.90 § 7 WER dat wanneer bij het Marktenhof hoger beroep wordt ingesteld tegen een beslissing van het Mededingingscollege, het Marktenhof de Belgische Mededingingsautoriteit kan verzoeken om de mededeling van het proceduredossier.

In de zaken waarin de overheid optreedt in het algemeen belang, wordt van haar verwacht dat zij streeft naar een correcte toepassing van de wet, eerder dan naar 'gelijk te krijgen'. Dit vertaalt zich in fiscale zaken naar een bijzondere loyaliteit die impliceert dat de overheid zich niet enkel beroept op feiten die leiden tot een hogere belastingschuld, maar dat zij alle feiten betreft zodat de belastingschuld correct kan worden vastgesteld.⁵²

48. H. Mormont, 'La charge de la preuve dans le contentieux judiciaire de la sécurité sociale', TSR 2013, afl. 2, p. 381-393.

49. K. Leus, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel', in: I. Opdebeek & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, p. 102, nr. 141; S. De Somer & I. Opdebeek, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 373, nr. 799.

50. Zie bijv. inzake belastingen art. 14 circulaire van 18 december 2003, nr. CI.RH.863/557.192 betreffende de gerechtelijke geschillenregeling.

51. EHRM 19 juli 1995, nr. 17506/90, § 38-43 (*Kerojärvi/Finland*). Cf. Cass. 25 september 2020, C.17.0561.N.

52. E. Van De Velde, 'Naar een codificatie van de beginselen van behoorlijk bestuur?', in: I. Opdebeek & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, p. 442, nr. 623;

In bepaalde omstandigheden rust op de overheid een bijzondere verplichting om informatie bij te houden. Zo bijvoorbeeld wordt in het kader van overheidsopdrachten aan de aanbestedende overheid de verplichting opgelegd om op elke werkplaats een dagboek der werken bij te houden. Dit dagboek der werken bevat inlichtingen betreffende de weersomstandigheden, werkonderbrekingen, tewerkgestelde arbeiders, aangevoerde materialen en alle op de bouwplaats controleerbare elementen.⁵³ Dit dagboek der werken vormt een belangrijk bewijsmiddel met betrekking tot de (niet-)uitvoering van de opdracht.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de regel van de openbaarheid van het bestuur de overheid geregeld in een kwetsbare positie stelt. Het gebeurt geregeld dat partijen, zoals milieuverenigingen, beroep doen op het beginsel van de openbaarheid van bestuur om op die manier bewijs te vergaren dat naderhand in een geding tegen de overheid gebruikt kan worden. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het kan worden verantwoord dat er in het licht van het beginsel van de wapengelijkheid, verhinderd wordt dat een van de partijen op grond van het beginsel van de openbaarheid van bestuur zou worden verplicht om stukken ter beschikking te stellen die in een burgerlijk of administratief geding tegen haar zouden worden gebruikt.⁵⁴

22. Omgekeerd gebeurt het ook geregeld dat niet de overheid, maar wel de burger over meer informatie beschikt en dat er derhalve een informatieasymmetrie is in het voordeel van de burger. Dit is bijvoorbeeld zo in fiscale zaken waarin de burger uiteraard over alle informatie beschikt in verband met zijn inkomen en kosten, terwijl de overheid hierover niet beschikt.⁵⁵

Om die reden worden aan de overheid bijzondere onderzoeksbevoegdheden toegekend, opdat zij de feiten zou kunnen controleren en/of vaststellen en de belastingplichtige kan aansporen om zijn medewerking te verlenen.⁵⁶ Er mag aangenomen worden dat de algemene medewerkingsverplichting bij de bewijsvoering zoals vervat in artikel 8.4 BW ook in deze context geldt.

23. Het recht van verdediging houdt onder meer in dat aan een procespartij de mogelijkheid moet worden geboden om tegenspraak te voeren omtrent elk stuk dat van die aard is om het oordeel van de rechter te beïnvloeden. Dit recht is echter niet onbepaald en moet worden afgewogen tegen de doelmatigheid van de procedure en het belang van een tijdige rechtspraak. Voor de beoordeling of het recht van verdediging wordt geschonden dient bovendien het gehele procesverloop in acht te worden genomen.⁵⁷

53. I. Rivière, *De bewijslast in fiscale zaken*, onuitg., p. 482-485, nr. 484. Cf. A. Stijleman, 'Het zorgvuldig onderzoek naar de feiten: een wake-up call voor de besturen', *RW* 2022-2023, afl. 23, p. 901, nr. 20.
 54. GwH 12 maart 2020, nr. 43/2020, B.48.1-B.49.2.
 55. I. Claeys Bouúaert, 'Het bewijs in fiscale geschillen en de bewijsregeling van het Burgerlijk Wetboek', *Fiskofoon* 1985, afl. 52, p. 45, nr. 13.
 56. M. Maus, *De grenzen van de fiscale controle*, Brussel: VUB 2005. Zoals ook opgemerkt door A.J. Lint, 'De administratieve verplichtingen van de AWR: is er nu een machtsevenwicht?', *TFB* 2019, afl. 5-6, p. 18.
 57. Cass. 4 november 2016, AR F.15.0106.N.

De rechter kan in bepaalde omstandigheden specifieke maatregelen nemen om de vertrouwelijkheid te bewaren van een bedrijfsgeheim of een vermeend bedrijfsgeheim dat tijdens een gerechtelijke procedure wordt gebruikt of genoemd. In dat geval kan de toegang tot documenten worden beperkt tot bepaalde personen. De rechter moet zijn beslissing hiertoe met bijzondere redenen omkleden. Bij zijn beoordeling of een dergelijke maatregel noodzakelijk is, dient de rechter de evenredigheid ervan te beoordelen. Hij neemt hierbij het waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening en op een eerlijk proces in acht, alsmede de rechtmatige belangen van de partijen en van derden.⁵⁸

Buiten het toepassingsgebied van deze bepaling kan de rechter maatregelen nemen om vertrouwelijke informatie te beschermen op grond van een afweging tussen het recht op privacy enerzijds en het recht op een eerlijk proces anderzijds.⁵⁹ De overheid geniet hier niet van een bijzondere bescherming.

24. Wat betreft het gebruik van onrechtmatig (verkregen) bewijs heeft er gedurende enkele jaren wel een onderscheid bestaan tussen de sanctionering ervan in verticale rechtsverhoudingen (overheid vs. burger) en in horizontale rechtsverhoudingen (burger vs. burger). Onrechtmatig (verkregen) bewijs doelt op de gevallen waarin het bewijs werd verkregen of aangewend in strijd met een aan het bewijsrecht vreemde regel van materieel recht of in strijd met fundamentele waarden die aan de grondslag liggen van onze rechtsorde.⁶⁰ Een bewijs is onrechtmatig wanneer het vals is, wanneer het de regels inzake de vertrouwelijkheid schendt, zoals bij een schending van het beroepsgeheim, of wanneer het strijdig is met de openbare orde en de goede zeden. Een bewijs is onrechtmatig verkregen wanneer het verkregen is door een misdrijf of verkregen is op een wijze die het recht op de persoonlijke levenssfeer schendt.

In het verleden werd steeds aangenomen dat bewijs dat ongeoorloofd is, in principe niet gebruikt mag worden.⁶¹ Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003, gewezen in een strafzaak, werd echter aangenomen dat het onrechtmatig bewijs in principe niet uit de debatten geweerd mag worden tenzij er een schending heeft plaatsgevonden van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, wanneer de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast of wanneer het recht op een eerlijk

-
58. Deze bepaling vormt de omzetting van Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte know how en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan. Zie hierover O. Malherbe & W. Derijcke, “‘Vous me copierez cent fois...’, l’article 871bis du Code judiciaire et la protection du secret d’affaires dans les procédures judiciaires”, *JT* 2020, afl. 6836, p. 837-848; T. Toremans, ‘Art. 871bis Ger.W’, in: R. De Corte e.a., *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Wolters Kluwer, p. 29.
59. B. Vanlerberghe & S. Rutten, ‘Vertrouwelijkheid en bewijs’, in: S. Rutten & B. Vanlerberghe (red.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge: die Keure 2015, p. 143-160.
60. J. Van Doninck, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 1, nr. 1; B. Allemeersch, I. Samoy & W. Vandenbussche, ‘Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013’, *TPR* 2015, afl. 2, p. 652, nr. 49.
61. B. Allemeersch, I. Samoy & W. Vandenbussche, ‘Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013’, *TPR* 2015, afl. 2, p. 669, nr. 66; B. Cattoir, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen: Kluwer 2013, 556, nr. 1026; D. Mougnot, *La preuve*, Brussel: Larcier 2012, p. 93, nr. 18-1.

proces wordt geschonden.⁶² Deze regel werd naderhand opgenomen in artikel 32 Wetboek van Strafvordering.

Naderhand werd deze rechtspraak overgenomen in de context van het socialezekerheidsrecht waarin een burger tegenover de overheid staat.⁶³ Deze rechtspraak werd vervolgens overgenomen in andere zaken waarin de burger tegenover de overheid staat, zoals in fiscale zaken. Het Hof van Cassatie oordeelde telkens dat het onrechtmatig verkregen bewijs in principe niet kan worden geweerd, tenzij wanneer de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, of wanneer het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs het recht van de belastingplichtige op een eerlijk proces in het gedrang brengt.⁶⁴

De overheid genoot hier bijgevolg van een bijzondere bescherming die erop neerkwam dat zij tot staving van haar vordering gebruik kon maken van ongeoorloofd bewijs. Deze rechtspraak werd verklaard vanuit de idee dat in deze zaken niet de overheid zelf beschermd moet worden, maar wel het algemeen belang dat bij dat overheidsoptreden betrokken is. Het overheidshandelen is in de beschreven gevallen gericht op de behartiging van het algemeen belang en verdient daarom een speciale behandeling.⁶⁵

Tegen deze onderscheiden behandeling van de overheid en de burger werd bezwaar geopperd. Er kan immers moeilijk aanvaard worden dat er in de bewijsvergaring jegens de overheid een meer liberale koers wordt gevaren.⁶⁶

Intussen werd door het Hof van Cassatie gehoor gegeven aan de verzuchting dat een ongelijke behandeling tussen de burger en de overheid niet te verantwoorden is en wordt voormelde rechtspraak luidens dewelke onrechtmatig (verkregen) bewijs niet automatisch wordt geweerd ook in burgerlijke zaken waarin het algemeen belang niet aan de orde is toegepast. Ook in deze zaken kan voortaan het gebruik van een onrechtmatig verkregen bewijs slechts worden geweerd, behoudens uitdrukkelijke andersluidende bepaling van de wet, indien het verkrijgen van dit bewijs de betrouwbaarheid ervan aantast of het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengt.⁶⁷

Vraag 3: *processuele motiveringsplicht*

25. Deze vraag peilt naar de processuele motiveringsplicht in geschillen waarin de overheid partij is. In hoeverre beïnvloedt de positie van de overheid haar processuele

62. Cass. 14 oktober 2003, Arr.Cass. 2003, p. 1862.

63. Cass. 10 maart 2008, Arr.Cass. 2008, p. 678.

64. Cass. 22 mei 2015, AR F.13.0077.N; Cass. 4 november 2016, AR F.15.0106.N; Cass. 10 februari 2017, AR F.15.0145.N; Cass. 18 januari 2018, AR F.16.0031.N; Cass. 11 juni 2020, AR F.19.0022.N; Cass. 29 januari 2021, AR F.17.0016.N; Cass. 21 april 2022, AR F.17.0136.N.

65. J. Van Doninck, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 137, nr. 92.

66. E. Dirix, 'De vruchten van de giftige boom', in: V. Allaerts e.a. (red.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge: die Keure 2011, p. 270.

67. Cass. 14 juni 2021, AR C.20.0418.N; Cass. 16 december 2021, AR C.18.0314.N.

motiveringsplicht, respectievelijk die van haar wederpartij? In hoeverre bemoeilijkt of versterkt het feit dat de overheid een consistent beleid dient te voeren haar procespositie?

Krachtens artikel 702 Ger.W. bevat de inleidende akte het voorwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering. Met het voorwerp van de vordering wordt bedoeld datgene wat de eiser beoogt. Met de korte samenvatting van de middelen van de vordering wordt bedoeld de feitelijke omstandigheden die aan de vordering ten grondslag liggen. Partijen zijn er derhalve niet toe gehouden om in de inleidende akte ook de rechtsregels aan te voeren waarop zij hun vordering steunen, hoewel dit in de praktijk wel gebruikelijk is.

Krachtens artikel 744 Ger.W. bevatten de conclusies onder meer de middelen die worden ingeroepen ter ondersteuning van de vordering of het verweer. Hiermee worden niet alleen de middelen in feite, maar ook de middelen in rechte bedoeld.

Zoals hieronder zal worden uiteengezet, beschikt de rechter echter over een ruime mogelijkheid om de door partijen aangevoerde rechtsgronden aan te vullen. Dit geldt op een gelijke wijze in geschillen waarbij de overheid partij is als in geschillen waarbij de overheid geen partij is.

26. De overheid heeft in principe geen zwaardere processuele motiveringsplicht dan de andere partijen.

Wel heeft de overheid bij het nemen van bestuurshandelingen steeds een materiële motiveringsplicht. De materiële motiveringsplicht is een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur en is van toepassing op alle bestuurshandelingen.⁶⁸ Het betreft het vereiste van deugdelijke motieven. De administratieve handeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen.⁶⁹ Uit de administratieve handeling samen gelezen met het administratief dossier moet dan ook blijken dat de feiten die aan de beslissing ten grondslag liggen behoorlijk werden onderzocht en vastgesteld.⁷⁰ De deugdelijkheid van het onderzoek moet blijken uit de motieven van haar beslissing.⁷¹

68. I. Opdebeeck & S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht, grondslagen en beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 386, nr. 841.

69. D. Mareen, 'Het motiveringsbeginsel', in: I. Opdebeeck & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, p. 140, nr. 192.

70. Zie in deze zin in een niet-fiscale zaak (inzake de lijst van erkende takeldiensten) RvS 5 januari 2012, nr. 217.120 (*BVBA Dany Verlé e.a.*).

71. Zo bijv. gaat de rechter na of de beslissing van het bestuur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Hij moet de vordering die steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is zonder gevolg laten. Daartoe moet ook de motivering van de herstellvordering afdoende zijn, met name feitelijk juist zijn en rechtens deze vordering kunnen schragen. De omstandigheden dat niet alle daarin vermelde gegevens tot het herstel kunnen leiden, staat evenwel het bevelen van dit herstel niet eraan in de weg wanneer de vordering in haar geheel genomen feitelijk juist en naar recht verantwoord is (Cass. 27 maart 2012, P.11.1264.N).

Daarnaast geldt voor bestuurshandelingen met een individuele draagwijdte ook een (strengere) formele motiveringsplicht overeenkomstig de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Zo bijvoorbeeld moet een dwangbevel waarin een fiscale schuld wordt vastgesteld melding maken van het belastbare feit, het bedrag en de hoedanigheid van de schuldenaar. Dit impliceert echter niet dat het dwangbevel een verantwoording moet bevatten aan de hand waarvan de belastingplichtige moet kunnen nagaan op welke wijze de administratie tot de bepaling van dit bedrag is overgegaan.⁷² In dezelfde zin moet de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand die weigert een huwelijk te voltrekken, hiervoor de redenen geven.⁷³

Het ontbreken van een afdoende of deugdelijke motivering heeft echter niet noodzakelijk gevolgen voor de behandeling van de zaak voor de burgerlijke rechter. In de zaken waarin de rechter een volle rechtsmacht heeft,⁷⁴ zal hij immers niettemin uitspraak moeten doen over het betwiste recht,⁷⁵ zoals bijvoorbeeld het recht van de huwelijkskandidaten om in het huwelijk te treden,⁷⁶ of de daadwerkelijk verschuldigde belasting.⁷⁷ In zaken waarin de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt, zal de burgerlijke rechter echter geen eigen beslissing in de plaats kunnen stellen van die van de overheid en zal de rechter zich ertoe moeten beperken de bestuurshandeling buiten toepassing te laten (art. 159 GW).

27. De overheid dient steeds het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel na te leven.

Het rechtszekerheidsbeginsel is een uit de rechtsstaat voortvloeiend beginsel dat inhoudt dat het recht voorzienbaar en toegankelijk dient te zijn zodat de rechtssubjecten in staat zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen op voorhand in te schatten, en dat die rechtssubjecten moeten kunnen vertrouwen op een zekere standvastigheid bij het bestuur.

Het vertrouwensbeginsel is in de rechtsleer omschreven als een beginsel van behoorlijk bestuur dat inhoudt dat gerechtvaardigde verwachtingen die door het bestuur bij de rechtsonderhorige zijn opgewekt, zo enigszins mogelijk, moeten worden gehonoreerd, op gevaar af anders het vertrouwen dat de rechtsonderhorigen in het bestuur stellen, te misleiden.

72. Cass. 24 september 2015, F.14.0133.N.

73. A. Vandaele, 'De ambtenaar van de burgerlijke stand, de formele motiveringsplicht en het begrip "administratieve overheid": back to basics' (noot onder Antwerpen 15 oktober 2014), *Tijdschrift@ipr.be* 2015, afl. 2, p. 162-170.

74. Met name in de gevallen waarin de overheid een gebonden bevoegdheid heeft (M.-A. Masschelein, 'Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht', in: APR-reeks, Mechelen: Wolters Kluwer 2018, p. 297, nr. 602).

75. M.-A. Masschelein, 'Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht', in: APR-reeks, Mechelen: Wolters Kluwer 2018, p. 297, nr. 603.

76. A. Van Thienen, 'Het schijnhuwelijk en het jurisdictioneel beroep tegen de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand – Bevoegdheid, motivering en termijnen', *T.Fam.* 2018, afl. 2, p. 36-37, nr. 20.

77. Cass. 3 maart 2011, AR F.08.0082.F; Cass. 20 maart 2014, AR F.12.0090.N.

Het vertrouwensbeginsel vormt een relatief recent ontstaan aspect van het ruimere beginsel van de rechtszekerheid. Die evolutie bestaat er onder meer in dat voor het beoordelen van het vertrouwensbeginsel, naast de klassieke leer van objectieve ‘definitief verkregen rechten’ en een ‘duidelijke vaste gedragslijn’, meer en meer gebruikgemaakt wordt van meer subjectieve begrippen, zoals ‘rechtmatige verwachtingen’. Ook wordt in de beoordeling van het vertrouwensbeginsel meer aandacht besteed aan de hoedanigheid van het bestuur, de wijze waarop de verwachtingen zijn opgewekt, het rechtmatig en gerechtvaardigd karakter van de verwachtingen.⁷⁸

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat het rechtszekerheidsbeginsel, dat bindend is voor de overheid, inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat hij niet anders kan opvatten dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid zodat de door de overheid opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd. Niettemin primeert het legaliteitsbeginsel op het vertrouwensbeginsel.⁷⁹ Wanneer het bestuur met een algemene maatregel een bepaalde gedragslijn bepaalt en in de toepassing en uitlegging van die algemene maatregel ten aanzien van bepaalde belastingplichtigen een bepaald vast gedrag aanneemt, dat gedeeltelijk afwijkt van de algemene gedragslijn, kan dit afwijkend gedrag bij de belastingplichtigen gewettigde verwachtingen creëren, mits dit gedrag niet strijdt met een wettelijke regel.⁸⁰ Wanneer de burger zich kan beroepen op een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid, dan moeten de door de overheid opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger worden gehonoreerd. De overheid mag dan ook niet retroactief terugkomen op een eerder beleid waaraan de burger zich heeft aangepast. Dit geldt bijvoorbeeld wanneer een bank 25 jaar lang en aftrekregeling heeft toegepast, zonder dat de fiscus ooit haar btw-aangifte heeft verworpen.⁸¹ Wanneer de overheid in een concrete procedure een standpunt inneemt dat afwijkt van een eerdere vaste gedrags- of beleidsregel, dan zal haar vordering worden afgewezen.

Bij de beoordeling of er sprake is van een schending van het vertrouwensbeginsel moet er een zekere belangenafweging gebeuren. Deze belangenafweging dient echter integraal te zijn en verder te reiken dan de belangen van de partijen, maar dient ook de belangen te omvatten van derden en de opname van het algemeen belang, met respect voor het gelijkheidsbeginsel.⁸²

In die zin mag van de overheid ook in burgerlijke procedures verwacht worden dat zij een consistent beleid voert en beperkt deze verplichting in zekere mate de vrijheid van de overheid in een concrete procedure.

28. In bepaalde gevallen heeft de grote vrijheid van de overheid om een beleid te bepalen en op grond daarvan vorderingen voor de burgerlijke rechter in te stellen reeds aanleiding gegeven tot kritiek. Zo bijvoorbeeld beschikte de stedenbouwkundig

78. Concl. S. Ravyse voor Cass. 25 november 2022, AR F.19.0121.N.

79. Cass. 7 april 2016, AR F.14.0209.N.

80. Cass. 11 februari 2011, AR F.09.0161.N.

81. Antwerpen 24 april 2007, TFR 2008, 339; *Tiberghien — Handboek voor fiscaal recht 2022/2023*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2022, p. 2297, nr. 5733,10.

82. Concl. S. Ravyse voor Cass. 25 november 2022, AR F.19.0121.N.

inspecteur in het verleden over een zeer grote vrijheid om te bepalen welke herstelmaatregel hij zou vorderen na vaststelling van inbreuken op de wetgeving inzake de ruimtelijke ordening. Daarom werd er een autonoom en onafhankelijk orgaan gecreëerd dat de beslissingen van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur diene te evalueren en te toetsen aan het gelijkheids- en redelijkheidsbeginsel.⁸³ Overeenkomstig artikel 6.3.10 § 1 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna ‘VCRO’) kunnen de stedenbouwkundige inspecteur en de burgemeester pas overgaan tot het vorderen van herstel voor de burgerlijke rechter of tot het opstarten van de ambtshalve uitvoering van een gerechtelijke herstelmaatregel, als de Hoge Raad voor de Handhavingsuitvoering daarvoor vooraf een positief advies heeft verleend. De adviesplicht met betrekking tot de herstellvordering geldt op straffe van niet-ontvankelijkheid van de herstellvordering. Op deze manier werd gepoogd toe te zien op een consistent handhavingsbeleid.

Vraag 4: ongelijkheidscompensatie

29. De vraag wordt gesteld over welke procesrechtelijke ‘tools’ de burgerlijke rechter beschikt als het gaat om ongelijkheidscompensatie en in welke mate deze rechter daarvan gebruikmaakt.

Het begrip ongelijkheidscompensatie wordt in België niet als zodanig gebruikt. Het begrip verwijst enerzijds naar de materiële ongelijkheidscompensatie die verband houdt met de machtsongelijkheid tussen verschillende partijen en anderzijds naar de processuele ongelijkheidscompensatie die ziet op de ongelijkheid in proceskansen tussen procespartijen.⁸⁴

In verband met de processuele ongelijkheidscompensatie schrijft H.J.W. Alt dat er omstandigheden kunnen zijn waarin een partij niet zonder hulp van de rechter of van de wederpartij aan haar stelplicht of bewijslast kan voldoen, zodat de behoefte kan ontstaan om in het kader van ongelijkheidscompensatie aan de partij die niet met de bewijslast is belast een verzwaarde stelplicht op te leggen, dan wel een andere bewijslastverdeling op te leggen.⁸⁵

De problematiek van de ongelijkheidscompensatie in België wordt in eerste instantie algemeen gekaderd en wordt vervolgens specifiek bekeken in het geval waarin de overheid procespartij is.

Hoewel, zoals gezegd, het begrip ongelijkheidscompensatie in België niet gebruikt wordt, blijkt dat de rechter in de praktijk tal van mogelijkheden heeft om de ‘on-

83. Aanvankelijk de Hoge Raad voor het Herstelbeleid (Decreet van 4 juni 2003 houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, wat het handhavingsbeleid betreft), thans de Hoge Raad voor de Handhavingsuitvoering.

84. H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht: naar een eenvormig stelsel?* (Monografieën sociaal recht), Deventer: Kluwer 2009, p. 8, te raadplegen via <https://hdl.handle.net/1887/13979>.

85. H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht: naar een eenvormig stelsel?* (Monografieën sociaal recht), Kluwer, Deventer 2009, p. 1, te raadplegen via <https://hdl.handle.net/1887/13979>.

gelukkige' of zwakkere procespartij ter hulp te schieten, zowel wat betreft de vaststelling van de feiten als wat betreft de toepassing van de rechtsregels.

Hierboven werd reeds uiteengezet dat de rechter een actieve rol kan opnemen bij het vaststellen van de feiten. Hij hoeft zich niet te houden aan wat de partijen in conclusie hebben aangevoerd, maar kan op grond van de hem regelmatig voorgelegde overtuigingsstukken actief op zoek gaan naar de feiten, op voorwaarde dat hij hierbij het recht van verdediging eerbiedigt en hij zijn beslissing niet steunt op een persoonlijke kennis van de feiten. Bovendien beschikt hij over een zeer ruime mogelijkheid om onderzoeksmaatregelen te bevelen. Hij kan de procespartijen bevel opleggen om relevante stukken in het geding te brengen, hij kan de partijen horen, hij kan een deskundigenonderzoek bevelen, etc. Deze ruime mogelijkheid voor de rechter om actief op zoek te gaan naar de feiten ook buiten wat in conclusie werd aangevoerd, maar binnen de grenzen van wat regelmatig aan zijn beoordeling werd voorgelegd, kan wellicht gezien worden als een vorm van ongelijkheidscompensatie.

Daarnaast beschikt de rechter bij bewijsmoeilijkheden over ruime mogelijkheden om de 'ongelukkige' of zwakkere partij te helpen. Op grond van de medewerkingsverplichting (art. 8.4 lid 3 BW) kan een partij de verplichting worden opgelegd om de informatie waarover zij beschikt voor te leggen, zelfs indien deze partij niet de bewijslast draagt. In de gevallen waarin de toepassing van de gewone regels inzake de bewijslast kennelijk onredelijk zou zijn, kan de rechter de bewijslast omkeren (art. 8.4 lid 5 BW). Ingeval het bewijs van een negatief feit moet geleverd worden of van een positief feit waarvan het vanwege de aard zelf van het te bewijzen feit niet mogelijk of niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen, kan de rechter in plaats van een zeker bewijs te vereisen, genoegen nemen met het aantonen van de waarschijnlijkheid van dat feit (art. 8.6 BW). Deze regel werd reeds toegepast wat betreft het bewijs van het causaal verband in een aansprakelijkheidsgeschil.⁸⁶ Ook in andere materies waarin het moeilijk is om het bewijs met zekerheid te leveren wordt deze regel door de feitenrechters veelvuldig toegepast.

Deze regels gelden op een gelijke wijze ten aanzien van alle partijen. Zij kunnen toegepast worden zowel in het nadeel als in het voordeel van de overheid, al naargelang welke partij het meest bewijsgeschikt is.

30. Zoals hierna zal worden uiteengezet, heeft de burgerlijke rechter ook een zeer ruime bevoegdheid om de door partijen aangevoerde rechtsgronden aan te vullen. In het bijzonder is de rechter verplicht om de juiste rechtsregel op de door partijen bijzonder tot staving van hun vorderingen aangevoerde feiten toe te passen en kan hij, onder bepaalde voorwaarden, de door partijen aangevoerde rechtsgronden ambtshalve aanvullen. Uit de rechtspraak blijkt dat rechters veelvuldig gebruikmaken van de mogelijkheid om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen.

Wat het consumentenrecht betreft, wordt aan de rechter een nog meer actieve rol toebedeeld. In het kader van het consumentenrecht heeft de rechter immers de

86. Cass. 14 november 2022, AR C.22.0092.F.

verplichting om ook buiten de bijzonder tot staving van de vordering aangevoerde feiten de juiste rechtsregel toe te passen. Bovendien heeft de rechter in deze materie de verplichting om instructiemaatregelen te nemen wanneer er zich in het dossier feiten bevinden die ernstige twijfel doen rijzen over de verenigbaarheid van de handelingen van de ondernemer met de regels van het EU-consumentenrecht.⁸⁷

31. Wanneer een partij verstek laat gaan, willigt de rechter in principe de vorderingen of verweermiddelen van de verschijnende partij in, behalve in zoverre de rechtspleging, die vorderingen of middelen strijdig zijn met de openbare orde, met inbegrip van de rechtsregels die de rechter krachtens de wet ambtshalve kan toepassen (art. 806 Ger.W.). Deze regel laat de rechter toe om kennelijk ongegronde vorderingen of een kennelijk ongegrond verweer te verwerpen.⁸⁸ Wanneer verder een onregelmatigheid tot gevolg kan hebben gehad dat een processtuk zoals een dagvaarding of een voorziening in cassatie de partij aan wie deze werd betekend niet heeft bereikt en de onregelmatigheid er bijgevolg de reden van kan zijn dat deze partij niet verschijnt of afwezig blijft, dan kan de rechter ambtshalve maatregelen opleggen om de onregelmatigheid te regulariseren.⁸⁹

32. Specifiek in geschillen tegen instellingen van sociale zekerheid wordt een bepaalde bescherming geboden aan procespartijen die zich in een zwakke positie ten opzichte van de overheid bevinden.

In bepaalde gevallen kan de sociale verzekerde het geschil inzake sociale zekerheid bij vereenvoudigd verzoekschrift aanhangig maken bij de arbeidsrechtbank (art. 704 § 2 Ger.W.).⁹⁰ Het verzoekschrift is, anders dan de gewone verzoekschriften op tegenspraak,⁹¹ aan geen vormvereisten onderworpen. Het kan een schriftelijk verzoek zijn dat neergelegd wordt ter griffie of aan de griffie wordt toegestuurd per brief. Zelfs een doktersattest dat naar de griffie wordt verzonden samen met de bestreden beslissing, wordt als een geldig verzoekschrift beschouwd.⁹² Ondertekening en datering van het verzoekschrift worden niet vereist. Er moet enkel zekerheid zijn dat het beroep daadwerkelijk uitgaat van degene die zich als verzoeker aandient.⁹³

Specifiek voor deze geschillen werd ook bepaald dat alle kennisgevingen die de termijn om een rechtsmiddel in te stellen doen lopen, informatie moeten bevatten over de rechtsmiddelen (art. 792 lid 2 en 3 (oud) Ger.W.). Deze informatieverplichting geldt sinds kort voor alle kennisgevingen en betekeningen die de termijn doen lo-

87. HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08 (*Pannon*); HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (*Pénzügyi*). Zie hierover J.T. Nowak, *Ambtshalve toepassing van EU-recht door de Belgische burgerlijke rechter* (proefschrift aangeboden tot het behalen van de titel van doctor in de rechten), Leuven, februari 2021, p. 376-377.

88. Cass. 13 december 2016, AR P.16.0421.N.

89. Cass. 23 juni 2022, AR F.21.0052.N.

90. M.-A. Masschelein, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht* (APR-reeks), Mechelen: Wolters Kluwer 2018, p. 188 e.v.

91. Art. 1034bis-1034sexies Ger.W.

92. J. Mommaerts, 'Rechtsingang in socialezekerheidsgeschillen', in: G. Van Limberghen (red.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 110.

93. M.-A. Masschelein, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht* (APR-reeks), Mechelen: Wolters Kluwer 2018, p. 192, nr. 385.

pen,⁹⁴ zodat er thans geen onderscheid meer bestaat tussen de geschillen tussen de sociaal verzekerden en sociale zekerheidsinstellingen enerzijds en andere geschillen anderzijds.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat in de in de wet aangeduide geschillen tussen de sociaal verzekerden en de sociale zekerheidsinstellingen de gerechtskosten steeds ten laste van de overheid vallen.

Vraag 5: eisverandering en aanvulling van rechtsgronden

33. De partijen beschikken in het kader van het burgerlijk geding over een ruime mogelijkheid om hun eisen aan te vullen of te wijzigen. Overeenkomstig artikel 807 Ger.W. kan een vordering die voor de rechter aanhangig is uitgebreid of gewijzigd worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is. Tegenvorderingen kunnen zonder enige beperking worden ingesteld (art. 809 Ger.W.).

De mogelijkheid om de eis aan te vullen of te wijzigen bestaat ook in hoger beroep. Wat de tegenvordering betreft, kan zij slechts voor het eerst in hoger beroep worden ingesteld indien zij berust op een feit of een akte in de (gedinginleidende) dagvaarding aangevoerd ofwel een verweer tegen de hoofdvordering uitmaakt.⁹⁵

Artikel 807 Ger.W. vereist niet dat de nieuwe vordering, nu ze berust op een feit dat of een akte die in de dagvaarding wordt aangevoerd, uitsluitend op dat feit of op die akte steunt.⁹⁶ Het volstaat derhalve dat de nieuwe vordering deels steunt op een feit dat of akte die in de inleidende akte (dagvaarding of verzoekschrift) was aangevoerd. Voorts kan een vordering in rechte worden uitgebreid of gewijzigd bij conclusie, indien de feiten waarop die conclusie berust dezelfde zijn als die welke in de dagvaarding worden vermeld, ook al had de eiser daaruit toen geen gevolg afgeleid nopens de gegrondheid van zijn vordering.⁹⁷ Het is voor de uitbreiding van de eis dan ook niet vereist dat de eiser reeds in de dagvaarding rechtsgevolgen had afgeleid uit het feit.⁹⁸ Voorts is evenmin vereist dat de uitbreiding of wijziging van de vordering al bij de eerste rechter aanhangig was gemaakt, noch dat ze al virtueel in de oorspronkelijke vordering was begrepen.⁹⁹

34. Daarnaast beschikt de rechter over een ruime mogelijkheid om door partijen aangevoerde rechtsgronden aan te vullen.

94. Wet van 26 december 2022 betreffende de vermelding van de rechtsmiddelen en houdende diverse bepalingen in gerechtelijke zaken.

95. Cass. 23 februari 2006, AR C.04.0048.N; Cass. 22 januari 2004, AR C.02.0506.N; Cass. 18 januari 1991, Arr. Cass. 1990-91, p. 525; Cass. 4 december 1989, Arr. Cass. 1989-90, p. 467; Cass. 10 september 1982, Arr. Cass. 1982-83, p. 55.

96. Cass. 26 december 2014, AR C.14.0201.N; Cass. 6 juni 2014, AR C.10.0482.F; Cass. 11 februari 2005, RW 2004-05, p. 1619.

97. Cass. 18 februari 2000, AR C.99.0066.F.

98. Cass. 8 maart 2010, AR S.07.0028.F.

99. Cass. 19 februari 2016, AR C.15.0205.F; Cass. 29 november 2002, AR C.00.0729.N.

De rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van partijen niet miskent.¹⁰⁰

Hij heeft de plicht ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen. Hiermee moeten worden gelijkgesteld de feiten die de rechter zelf naar voor heeft gebracht uit de elementen die hem regelmatig door de partijen werden voorgelegd. Regelmatig voorgelegd betekent dat de feiten in het debat naar boven zijn gekomen of minstens terug te vinden zijn in het dossier. Het kan daarbij gaan om feiten die de partijen in conclusie in het bijzonder tot staving van hun vordering hebben aangevoerd. De rechter mag uit deze feiten ambtshalve andere feitelijke of juridische conclusies trekken dan de partijen hebben gedaan. Daarnaast kan het ook gaan om feiten die in de procedure aan de rechter ter kennis zijn gebracht zonder dat partijen ze als dusdanig hebben aangevoerd om hun juridische argumentatie te staven. Men noemt deze feiten bijkomstige feiten. Het gaat om feiten die de partijen terloops hebben vermeld zonder er rechtsgevolgen uit af te leiden of om feiten die louter terug te vinden zijn in het dossier, maar niet door partijen werden vermeld in conclusie.¹⁰¹

De rechter is niet verplicht alle in het licht van de vaststaande feiten van het geschil mogelijke, doch niet-aangevoerde rechtsgronden op hun toepasselijkheid te onderzoeken. Hij moet enkel, mits eerbiediging van het recht van verdediging, de toepasselijkheid onderzoeken van de niet-aangevoerde rechtsgronden die zich door de feiten zoals zij in het bijzonder worden aangevoerd, onmiskenbaar aan hem opdringen.¹⁰² Dit geldt ook wanneer de niet-aangevoerde rechtsgronden steunen op wetsbepalingen van openbare orde.¹⁰³

Wat het consumentenrecht betreft, heeft de rechter een ruimere verplichting om de juiste rechtsregel toe te passen en dient hij met name ook buiten de bijzonder tot staving van de vordering aangevoerde feiten, de juiste rechtsregel toe te passen.¹⁰⁴

100. Cass. 3 oktober 2022, AR S.17.0010.N; Cass. 18 juni 2021, AR C.20.0321.N; Cass. 5 december 2019, AR C.18.0004.N; Cass. 14 september 2017, AR C.16.0526.N; Cass. 9 januari 2017, AR C.16.0135.N.

101. B. Allemeersch, 'Ambtshalve substitutie van motieven door de burgerlijke rechter. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen', in: B. Allemeersch en S. Voet (red.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 18-19, nr. 38-41.

102. Cass. 18 juni 2021, AR C.20.0321.N; Cass. 5 december 2019, AR C.18.0004.N; Cass. 17 maart 2016, AR C.15.0235.N; Cass. 14 december 2012, AR C.12.0018.N; Cass. 17 maart 2016, AR C.15.0235.N.

103. Cass. 17 maart 2016, AR C.15.0235.N.

104. HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08 (*Pannon*); HvJ EU 9 november 2010, C-137/08 (*Pénzügyi*). Zie hierover J.T. Nowak, *Ambtshalve toepassing van EU-recht door de Belgische burgerlijke rechter*, proefschrift aangeboden tot het behalen van de titel van doctor in de rechten, februari 2021, p. 376-377.

De juridische argumenten die het standpunt van een partij aanvullen en die zijn afgeleid uit de aan tegenspraak onderworpen feiten en stukken, zijn redenen die de rechter ambtshalve kan aanvullen.¹⁰⁵ De partijen kunnen door een procedureakkoord de rechter binden over een punt in rechte of in feite waartoe zij het debat willen beperken.¹⁰⁶ Het feit dat de partijen de toepassing van een bepaalde wetsbepaling niet hebben opgeworpen, betekent niet dat zij die mogelijkheid bij conclusie hebben uitgesloten.¹⁰⁷

Het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging wordt niet miskend wanneer een rechter zijn beslissing steunt op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren.¹⁰⁸ Wanneer voorts de partijen de feiten aanvoeren waarop zij hun vordering laten steunen, zonder daarbij enige rechtsgrond aan te geven, miskent de rechter die op die feiten een rechtsgrond toepast zonder de partijen toe te laten daarover tegenspraak te voeren, hun recht van verdediging niet.¹⁰⁹

35. Deze regels gelden ten aanzien van alle procespartijen, ongeacht hun hoedanigheid. De verplichting van de rechter om de juiste rechtsregel toe te passen is ook niet anders wanneer het regels van aanvullend recht betreft, dan wel wanneer de regels de openbare orde raken.

De rechter is er, behoudens wat het consumentenrecht betreft, nooit toe verplicht om toepassing te maken van rechtsregels waartoe bijkomstige feiten aanleiding geven, ook niet wanneer zij de openbare orde raken. De rechter krijgt ook geen uitgebreidere bevoegdheid op vlak van de feitengaring in zaken die de openbare orde betreffen¹¹⁰ of wanneer hij oordeelt dat een rechtsregel van openbare orde tot een ander resultaat zou leiden, geeft de rechter niet de mogelijkheid om het voorwerp van de eis te wijzigen.¹¹¹ Het recht van verdediging vindt op dezelfde wijze toepassing wanneer rechtsregels van openbare orde toepassing vinden als in andere gedingen.¹¹² Echter kunnen partijen met een procedureakkoord geen afbreuk doen aan de regels die de openbare orde raken. Een procedureakkoord staat er derhalve niet aan in de weg dat de rechter, met eerbiediging van het recht van

105. Cass. 13 maart 2013, AR P.12.1812.F.

106. Cass. 30 september 2021, AR C.20.0561.N; Cass. 23 januari 2014, AR C.12.0467.N; Cass. 28 september 2012, AR C.12.0049.N.

107. Cass. 25 maart 2013, AR C.12.0037.N; Cass. 29 september 2011, AR C.10.0349.N.

108. Cass. 29 januari 2021, AR F.18.0140.N; Cass. 5 oktober 2020, AR S.17.0072.N; Cass. 4 juni 2020, AR C.19.0079.N; Cass. 7 mei 2020, AR C.19.0109.N; Cass. 27 september 2018, AR C.16.0138.F-C.16.0375.F; Cass. 28 juni 2018, AR C.17.0696.N; Cass. 2 maart 2015, AR C.14.0229.F; Cass. 27 februari 2015, AR C.14.0336.N; Cass. 5 december 2014, AR C.14.0048.N; Cass. 25 maart 2013, AR C.12.0037.N; Cass. 29 september 2011, AR C.10.0349.N.

109. Cass. 7 mei 2020, AR C.19.0109.N; Cass. 30 januari 2014, AR C.12.0305.N.

110. Wel kan de rechter in zaken die de openbare orde betreffen ambtshalve niet betwiste feiten in twijfel trekken (Cass. 16 september 2022, AR C.21.0544.N). Voormeld arrest lijkt wel te suggereren dat de rechter dit ook kan in zaken die niet de openbare orde raken.

111. Zie evenwel Cass. 4 september 2020, AR C.19.0613.N.

112. F. Dupon, *De rol en de betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 650, nr. 484.

verdediging, de toepassing opwerpt van bepalingen van openbare orde, ook al zijn die strijdig met het procedureakkoord.¹¹³

Wat de regels van procesrecht betreft, heeft de rechter vooralsnog niet de verplichting om deze regels ambtshalve toe te passen, tenzij deze regels de openbare orde raken.¹¹⁴

Vraag 6: *oordeel ex tunc/lex nunc*

36. Specifiek met betrekking tot het bestuurshandelen rijst de vraag of de burgerlijke rechter oordeelt aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van het besluit of het handelen, dan wel aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van de uitspraak van de rechter.

Bij de beantwoording van deze vraag moet een onderscheid gemaakt worden tussen de beoordeling van de wettigheid van overheidshandelingen door de burgerlijke rechter enerzijds en de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid anderzijds.

1. *De beoordeling van de wettigheid van overheidshandelingen door de burgerlijke rechter*

37. De hoven en rechtbanken hebben krachtens artikel 159 GW de bevoegdheid en de plicht, zo luidt de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie¹¹⁵, om de interne en externe wettigheid van een administratieve handeling waarop een vordering, een verweer of een exceptie berust,¹¹⁶ te toetsen alvorens eraan uitwerking te verlenen. Het komt de hoven en rechtbanken echter niet toe de opportuniteit van die administratieve handeling te beoordelen. Het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten staat daaraan in de weg.¹¹⁷

De externe wettigheid, ook wel de formele wettigheid genoemd, betreft de bevoegdheid en de naleving van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. De interne wettigheid of materiële wettigheid betreft de inhoud van de bestuurshandeling en het met de bestuurshandeling nagestreefde oogmerk.¹¹⁸

38. Bij de toetsing van de externe wettigheid wordt rekening gehouden met de omstandigheden die golden op het ogenblik van het stellen van de handeling.¹¹⁹

113. Cass. 28 september 2012, AR C.12.0049.N; 16 september 2022, AR C.21.0544.N.

114. F. Dupon, *De rol en de betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 731, nr. 552.

115. Cass. 9 december 2022, AR C.21.0467.N; Cass. 7 december 2020, nr. AR C.19.0301.N; Cass. 28 mei 2020, AR C.19.0288.N, C.19.0302.N; Cass. 9 januari 2020, C.18.0146.N, concl. R. Mortier.

116. Voorwaarde: werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geding berust op een subjectief recht.

117. J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van art. 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge: die Keure 2011, p. 239-240, nr. 360.

118. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming door de gewone rechter tegen het onrechtmatig optreden van het bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.) *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1250, nr. 1253.

119. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming door de gewone rechter tegen het onrechtmatig optreden van het bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.) *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1110, nr. 4, voetnoot 31 met verwijzing naar J. Theunis, *De exceptie*

Een bestuurshandeling wordt niet onwettig om de enkele reden dat de overheid die de handeling heeft gesteld, op een later tijdstip de bevoegdheid wordt ontnomen om een dergelijke handeling te stellen. Evenmin kan de overheid worden verweten een vormvoorschrift niet te hebben nageleefd dat pas naderhand werd ingevoerd.¹²⁰

Niettemin kan het zijn dat de interpretatie van een norm wijzigt waardoor er bij de controle van de externe wettigheid van de overheidshandeling een ander toetsingskader wordt gehanteerd dan op het ogenblik van de totstandkoming ervan. Dit gebeurde bijvoorbeeld wat betreft de interpretatie van het begrip hoogdringendheid. Een ontwerp van reglementair besluit moet in principe voor advies worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State. Van deze regel wordt afgeweken in geval van hoogdringendheid. Aanvankelijk werd geoordeeld dat het enkel aan de bevoegde minister staat om te oordelen of er sprake is van hoogdringendheid. In latere rechtspraak werd onderzocht of de minister, die zich ervan ontslagen achtte het advies van de Raad van State in te winnen, zijn macht niet overschrijdt of afwendt door het wettelijk begrip hoogdringendheid te miskennen.¹²¹

39. Wat de interne wettigheid betreft is daarentegen het ogenblik van de toetsing bepalend.¹²² Gevolg hiervan is dat een bestuurshandeling die op het ogenblik van het stellen ervan in overeenstemming is met hogere rechtsnormen, dat op een later tijdstip misschien niet meer is. Zij kan in strijd komen met nieuwe normen of de bestaande normen kunnen een andere interpretatie gekregen hebben. Een klassiek voorbeeld hierbij is de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel evolueert met het waardenbesef in de samenleving, zodat het mogelijk is dat een onderscheid dat gemaakt werd tussen verschillende personen aanvankelijk niet discriminerend werd geacht, maar later toch strijdig wordt bevonden met het gelijkheidsbeginsel.¹²³

In een aantal gevallen zal de rechter bij de beoordeling van de wettigheid van de bestuurshandeling rekening houden met feitelijke omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het nemen van de beslissing. Dit is zeker het geval wanneer de rechter toetst met volle rechtsmacht. Zo bijvoorbeeld moet de rechter in een geschil tussen huwelijkskandidaten en de ambtenaar van de burgerlijk stand die weigert het huwelijk te voltrekken, rekening houden met de situatie zoals die is op het ogenblik dat de zaak door hem wordt behandeld. Zowel de ambtenaar van de burgerlijke stand als de huwelijkskandidaten kunnen feitelijke elementen aanbren- gen die dateren van na de datum van de weigeringsbeslissing. De rechter kan voorts

van onwettigheid. *Onderzoek naar de rol en de grenzen van art. 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge: die Keure 2011, p. 351-352, nr. 372-373.

120. J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van art. 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge: die Keure 2011, p. 351-352, nr. 372.

121. Zie hierover J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van art. 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge: die Keure 2011, p. 351-352, nr. 372.

122. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming door de gewone rechter tegen het onrechtmatig optreden van het bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.) *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1110, nr. 4, voetnoot 31 met verwijzing naar J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van art. 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge: die Keure 2011, p. 351-352, nr. 372-373.

123. J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van art. 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge: die Keure 2011, p. 352-353, nr. 373.

rekening houden met motieven die niet in de weigeringsbeslissing zijn opgenomen.¹²⁴

In dezelfde zin staan noch de wet motivering bestuurshandelingen, noch enige andere wettelijke bepaling eraan in de weg dat het bestuur na het opstellen van een dwangbevel met betrekking tot een bepaalde belastingschuld, nieuwe juridische argumenten en feitelijke gegevens aanvoert ter ondersteuning van hetgeen in het dwangbevel reeds is vastgesteld en vermeld met betrekking tot diezelfde belastingschuld.¹²⁵

Ook bij het beroep tegen een administratieve beslissing in het kader van een socialezekerheids geschil, moet de rechter rekening houden met nieuwe omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het nemen van de administratieve beslissing.¹²⁶

Wanneer evenwel in het kader van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel wordt onderzocht welke doelstelling met de regel werd nagestreefd, dan moet die doelstelling blijken uit het dossier dat tijdens de behandeling ervan is samengesteld of moet zij kunnen worden afgeleid uit het administratief dossier dat door de auteur ervan is samengesteld.¹²⁷ Niettemin wordt aanvaard dat de rechter hierbij ook rekening mag houden met de context waarin de regel werd opgemaakt, hetgeen aan de rechter een zekere vrijheid geeft om bij de beoordeling van de redelijke verantwoording van het gemaakte onderscheid ook elementen in aanmerking te nemen die niet blijken uit het administratief dossier dat destijds werd opgemaakt.¹²⁸

2. *De beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid voor de burgerlijke rechter: tijdstip van beoordeling van de zorgvuldigheid*

40. De partij die schade heeft geleden als gevolg van een fout/onwettigheid begaan door de overheid, heeft de keuze om schadevergoeding te vorderen ofwel 1) op grond van artikel 1382 BW bij de burgerlijke rechter, ofwel 2) op grond van artikel 11bis RvS-wet bij de Raad van State.¹²⁹

Indien de overheid haar verordenende bevoegdheid overschrijdt of handelt in strijd met de wet, begaat zij een onwettigheid en daarmee meteen ook een fout in de zin

124. A. Van Thienen, 'Het schijnhuwelijk en het jurisdictioneel beroep tegen de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand – Bevoegdheid, motivering en termijnen', *T.Fam.* 2018, p. 34, nr. 17; Cass. 13 april 2007, AR C.06.0334.N.

125. Cass. 1 december 2005, C.03.0354.N; Cass. 20 maart 2008, AR F.07.0016.N; Cass. 20 maart 2014, AR F.12.0090.N.

126. M.-A. Masschelein, *Arbeidsrechten en sociaal procesrecht* (APR-reeks), Mechelen: Wolters Kluwer 2018, p. 298, nr. 605.

127. Cass. 21 februari 2013, AR C.12.0117.F; Cass. 3 september 2015, AR C.13.0247.N; Cass. 20 december 2018, AR F.18.0004.F.

128. Cass. 3 december 2020, AR C.19.0657.F en AR F.19.0020.F.

129. W. Depester, 'Rechtsbescherming van de ondernemer tegen het optreden van de overheid', in: P. Ernst, A. Francois, S. De Dier & S. De Geyter (red.), *Bestendig Handboek Venmoetschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2015, II.3, p. 159, nr. 17572.

van artikel 1382 oud BW. Daarenboven dient de overheid ook de algemene zorgvuldigheidsnorm die vervat ligt in artikel 1382 en 1383 oud BW na te leven.¹³⁰

Om tot het bestaan van een fout te besluiten, dient de rechter uitsluitend rekening te houden met de vraag of de schadeverwekker al dan niet de zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, dan wel een wettelijke of reglementaire bepaling heeft overtreden, rekening houdend met de concrete omstandigheden waarin de schadeverwekker zich op het ogenblik van de schadeverwekkende daad bevond.¹³¹ De beweerdde bestuursfout moet derhalve beoordeeld worden in zijn wettelijke en jurisprudentiële context, op het ogenblik dat ze werd begaan.¹³² De overheid begaat slechts een fout wegens miskenning van een rechtsregel indien deze regel bekend was op het ogenblik van de schadeveroorzakende handeling.¹³³

Indien voor de burgerlijke rechter wordt aangevoerd dat de fout van de overheid volgt uit de onwettige beslissing die zij heeft genomen, dan moet de rechter onderzoeken of de gelaakte beslissing al dan niet wettig is. De burgerlijke rechter dient precies dezelfde redenering toe te passen als degene die de Raad van State zou hebben toegepast om zich uit te spreken over het beroep tot vernietiging van deze beslissing. De controle over de wettelijkheid van een beslissing van een administratieve overheid wordt aldus door de burgerlijke rechter uitgevoerd volgens dezelfde beginselen als in het administratief recht.¹³⁴

Vraag 7: proceskostenveroordeling

41. Tenzij bijzondere wetten anders bepalen, verwijst ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt (art. 1017 lid 1 Ger.W.). De kosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld (art. 1017 lid 4 Ger.W.). Dit betekent dat wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, de feitenrechter een der partijen in alle kosten kan veroordelen of het bedrag ervan over hen kan omslaan.¹³⁵ Hierbij is niet vereist dat partijen wederzijdse vorderingen hebben in-

130. M. Debaene & P. Debaene, 'Overheidsaansprakelijkheid', in: M. Dambre, E. Dirix & B. Tilleman (red.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht, Titel III, Hfdst. 13, Afd. 3*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2005, p. 23, nr. 11.

131. M. Debaene & P. Debaene, 'Overheidsaansprakelijkheid', in: M. Dambre, E. Dirix & B. Tilleman (red.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht, Titel III, Hfdst. 13, Afd. 3*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2005, p. 25, nr. 13.

132. H. Vandenberghe, 'Overheidsaansprakelijkheid', *TPR* 2010, afl. 4, p. 2029, nr. 83.

133. J. Dujardin e.a., 'De rechtsbescherming door de gewone rechter tegen het onrechtmatig optreden van het bestuur', in: J. Dujardin e.a. (red.) *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1157-1158, nr. 1241.

134. H. Vandenberghe, e.a., 'Foutvereiste: algemene kenmerken', *TPR* 2000, afl. 4, p. 1649.

135. Cass. 23 november 2012, AR F.11.0144.N; Cass. 19 januari 2012, AR F.10.0142.N; Cass. 25 maart 2010 AR C.09.0288.N; Cass. 18 december 2009, AR C.08.0334.F; Cass. 18 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 228; Cass. 22 oktober 1971, *Arr. Cass.* 1972, p. 196.

gesteld.¹³⁶ Ook wanneer louter een exceptie of verweermiddel van een partij wordt verworpen, kan deze als de in het ongelijk gestelde partij worden beschouwd.¹³⁷

Bij de veroordeling tot de gerechtskosten wordt er in principe geen onderscheid gemaakt al naargelang de hoedanigheid van de partijen. Wanneer de overheid in het ongelijk wordt gesteld, zal zij tot de gerechtskosten veroordeeld worden.

Op de regel dat de in het ongelijk gestelde partij tot de kosten wordt veroordeeld bestaat een uitzondering wat betreft bepaalde vorderingen ingesteld door of tegen de sociaal verzekerden persoonlijk. In deze geschillen wordt steeds de overheid of instelling van sociale zekerheid veroordeeld tot betaling van de gerechtskosten (art. 1017 lid 2 en 3 Ger.W.).

42. Artikel 1018 Ger.W. bepaalt welke kosten behoren tot de gerechtskosten. Het gaat daarbij onder meer om diverse griffie- en registratierechten, uitgaven betreffende alle onderzoeksmaatregelen, reis- en verblijfkosten van de magistraten, enz. Tot deze kosten behoren ook de rechtsplegingsvergoeding, dit is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij (art. 1022 Ger.W.).¹³⁸

De rechtsplegingsvergoeding werd ingevoerd bij Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat. Aanvankelijk was de overheid slechts vrijgesteld van de rechtsplegingsvergoeding in de strikt strafrechtelijke context, dat wil zeggen in de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verweerder op de strafvordering. Indien de overheid in een andere context in het ongelijk werd gesteld, dan werd aangenomen dat deze overheid wel een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is.

Evenwel besliste het Grondwettelijk Hof in een arrest van 21 maart 2013 dat wanneer het Openbaar Ministerie zelf als procespartij optreedt in een burgerlijke zaak met toepassing van artikel 138bis § 1 Ger.W.,¹³⁹ de vordering van het Openbaar Ministerie op dezelfde wijze behandeld moet worden als de strafvordering, zodat het Openbaar Ministerie niet veroordeeld kan worden tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding.¹⁴⁰ Eenzelfde standpunt werd ingenomen wat betreft het geschil tussen de ambtenaar van de burgerlijke stand en privépersonen die opkomen tegen de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand tegen een

136. Cass. 19 januari 2012, AR F.10.0142.N.

137. Cass. 23 november 2012, AR F.11.0144.N.

138. Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding wordt bepaald op grond van de waarde van de vordering. Zij wordt aangepast aan het indexcijfer van de consumptieprijs en bedraagt op het ogenblik van het opmaken van deze bijdrage € 225 voor vorderingen met een waarde tot € 250 en € 22.500 voor vorderingen met een waarde hoger dan € 1.000.000. Deze bedragen kunnen worden verhoogd tot een maximumbedrag van thans € 45.000 en verlaagd tot een minimumbedrag van € 112,50. In geschillen voor de arbeidsgerechten worden lagere bedragen vastgesteld. Dit alles werd vastgelegd in een tabel opgemaakt bij koninklijk besluit van 26 oktober 2007. De bedoeling was de gemiddelde werkelijke advocatenkosten te vergoeden maar de waarde van de vordering is hiertoe uiteraard slechts een imperfect criterium.

139. Dit is in zaken waarin de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

140. GwH 21 maart 2013, nr. 42/2013. In dezelfde zin Cass. 21 januari 2011, C.10.0151.N; Cass. 17 oktober 2014, C.13.0604.N.

voorgenomen huwelijk.¹⁴¹ Dezelfde regel werd nog aangenomen wanneer de stedenbouwkundig inspecteur het herstel van de met de wet strijdige toestand nastreeft.¹⁴² Deze rechtspraak werd gegrond op het feit dat de overheid in deze gevallen geen particulier belang nastreeft, maar optreedt in het algemeen belang. Men ging er daarbij van uit dat deze overheden hun vordering in volle onafhankelijkheid moeten kunnen uitoefenen, zonder rekening te houden met het financiële risico verbonden aan het proces.¹⁴³

De wetgever paste hierop de wet aan en voerde een bepaling in op grond waarvan de Staat steeds is vrijgesteld van het betalen van een rechtsplegingsvergoeding wanneer publiekrechtelijke rechtspersonen die een vordering in het algemeen belang instellen, in het ongelijk worden gesteld.¹⁴⁴ Onder publiekrechtelijke rechtspersonen moeten worden verstaan rechtspersonen die door de overheid worden opgericht met het oog op publieke dienstverlening. Het betreft derhalve niet alleen de Staat, maar ook de gemeenschappen en de gewesten, de provincies en gemeenten, OCMW's, intercommunales, enz.¹⁴⁵

Het Grondwettelijk Hof is echter opnieuw omgegaan in zijn arresten zijn van 21 mei 2015.¹⁴⁶ Deze gewijzigde houding was het gevolg van het feit dat de rechtsplegingsvergoeding bij de Raad van State werd ingevoerd bij wet van 20 januari 2014. Gelet op deze ontwikkeling oordeelde het Grondwettelijk Hof dat het nastreven van het algemeen belang voor een van de partijen bij de procedure niet uitsluit dat zij kan worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding wanneer zij in het ongelijk wordt gesteld. Ook komt de onafhankelijkheid van de overheid in de betreffende procedures niet in het gedrang door het financiële risico dat volgt uit het voeren van deze procedures. Het Grondwettelijk Hof achtte het niet verantwoord dat er een onderscheid zou bestaan al naargelang een geschil tussen een burger en een overheid wordt gebracht voor een gewoon rechtscollège, dan wel voor de Raad van State. Deze rechtspraak werd naderhand bevestigd in de arresten van 26 november 2015.¹⁴⁷

Als gevolg van deze gewijzigde rechtspraak heeft het Grondwettelijk Hof ook de beroepen tot vernietiging die tegen de wet van 25 april 2014 werden ingesteld, gegrond verklaard en de algemene bepaling op grond waarvan de Staat die optreedt in het algemeen belang nooit veroordeeld kan worden tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding, vernietigd.

141. GwH 26 september 2013, nr. 132/2013.

142. Cass. 24 mei 2011, AR P.10.2052.N; Cass. 13 maart 2012, AR P.11.1088.N; Cass. 12 december 2013, AR C.12.0036.N; Cass. 14 mei 2013, P.12.1218.N; GwH 8 maart 2012, nr. 43/2012.

143. B. Van den Bergh & S. Sobrie, *De rechtsplegingsvergoeding in al zijn facetten*, Mechelen: Wolters Kluwer 2016, p. 33.

144. Art. 17 van de Wet van 25 april 2014 ter verbetering van verschillende wetten die een aangelegenheid regelen als bedoeld in art. 78 van de Grondwet.

145. B. Van den Bergh & S. Sobrie, *De rechtsplegingsvergoeding in al zijn facetten*, Mechelen: Wolters Kluwer 2016, p. 36.

146. GwH 21 mei 2015, nr. 68/2015, 69/2015 en 70/2015.

147. GwH 26 november 2015, nr. 166/2015; GwH 26 november 2015, nr. 170/2015.

Voortaan is de betaling van de rechtsplegingsvergoeding enkel nog uitgesloten wat betreft de verhouding tussen de beklaagde en het Openbaar Ministerie in strafprocedures en wat betreft de vordering van het arbeidsauditoraat dat voor de arbeidsrechtbanken de strafvordering uitoefent op grond van artikel 138bis § 2 Ger.W.

Derhalve geldt thans de wapengelijkheid tussen alle partijen in het burgerlijk proces. Het financiële risico is voor alle partijen gelijk, ongeacht de hoedanigheid van de partijen. Enkel wat betreft de verschuldigdheid van het griffierecht is er geen volledige gelijkheid tussen de overheid als procespartij en de andere procespartijen (cf. supra vraag 1, nr. 2).

De positie van de overheid als partij in de bestuursrechtelijke respectievelijk civiele procedure. Welke bijzonderheden gelden voor de overheid in die procedures en waarom?

Verslaglegging¹ door Roosmarijn Altink en Max De Schryver

Vijfde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 29 september 2023

Tijdstip: 13:00-18:00 uur

Plaats: Centrale hal van de Raad voor de Rechtspraak, Kneuterdijk 2 te 's-Gravenhage

Auteurs-sprekers:

Wemmeke Wisman (Nederland, privaatrecht), Bert Marseille en Kars de Graaf (Nederland, publiekrecht)², Beatrix Vanlerberghe (België, privaatrecht) en Evelyne Maes en Ronald Van Crombrugge (België, publiekrecht)

Moderatoren: Gerbrant Snijders (voor Nederland) en Kurt Willems (voor België)

Verslaggevers: Roosmarijn Altink en Max De Schryver

Verwelkoming en inleiding:

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter

De voorzitter opent de meeting met een hartelijk welkom aan genodigden en is blij met zoveel bekende en ook nieuwe gezichten.

De mooie ruimte van de Nederlandse Raad voor de Rechtspraak was voorheen het bankgebouw van ABN AMRO en is in 2001 aangekocht om er de in 2002 in het leven geroepen Raad te huisvesten. Het gebouw was in 1924 ontworpen door de gebroeders Van Nieukerken in een historiserende stijl op een van de fraaiste locaties in de stad.

-
1. De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit en/of de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de voorzitter van het Platform, auteurs-sprekers en moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd).
 2. Vanwege een samenlopende verplichting kon Kars de Graaf helaas niet deelnemen aan de expertmeeting.

Het gaat alweer om de vijfde expertmeeting van het Platform! Op zich wel een denkwaardig moment; een soort van lustrum en gelukkig is er een heel mooi programma.

Ter inleiding van eerdere meetings heeft Lidy Wiggers-Rust wel muziek ten gehore gebracht (zoals de Vijfde van Beethoven, waarin zulke duidelijke parallele lijnen konden worden ontdekt) en beeldende kunst laten zien (zoals de mooie dialogopstelling van Iliada Charalambous vorig jaar in de Parktuin van Paleis Soestdijk). Zij deed dat omdat kunst en de kruisbestuiving die tussen verscheidene cultuuruitingen kan plaatsvinden, zeer kan inspireren en ook het Platform is op onderlinge inspiratie uit. Zij haalt Dirk de Wachter aan, die kunst niet de kers op de taart, maar de bodem onder de taart noemt. Kunst leert ons waar het om gaat!

Voor deze meeting koos de voorzitter de literatuur als inspiratiebron: juist ook tussen recht en literatuur wordt een mooie kruisbestuiving gezien. In Nederland is dat echt een stroming of vak. En voor het procesrechtelijke onderwerp van vandaag kan de literatuur zeker inspiratie opleveren! Het proces is daarin immers herhaald aan de orde gekomen. Zij noemt enkele processen die velen van de aanwezigen bekend zullen zijn:

- allereerst het proces tegen Socrates in 399 voor Chr. dat afliep met een veroordeling van Socrates door de jury tot de gifbeker, eigenlijk bij gebrek aan voldoende verweer van de zijde van Socrates zelf;
- dan het proces tegen Joseph K. in Der Process of Het proces van Franz Kafka uit 1925 (waarop zo nog wordt teruggekomen); en
- ten slotte het proces tegen Meursault in L'Étranger of De vreemdeling van Camus uit 1942: Meursault die bij toeval werd betrokken bij een strijd tussen twee anderen, uit zelfverdediging een pistool trok (dat hij even tevoren van een van de anderen afpakte juist om narigheid te voorkomen) en uiteindelijk werd veroordeeld tot de guillotine.

Met name het boek van Kafka ziet Lidy Wiggers-Rust als voor deze meeting sprekend. Wat zijn werk typeert zijn tegenstellingen als weten en onwetendheid, macht en machteloosheid, menselijkheid en verontmenselijking. Kafka schetst labyrinten waarin individuen wanhopig naar een uitweg zoeken. Zij wil één passage uit dat boek voorlezen waaruit de onwetendheid en machteloosheid van – in dit geval – Joseph K. (de hoofdpersoon) treffend blijkt. Daaraan voorafgaand brengt zij in herinnering dat Joseph K. op een morgen ‘zonder dat hij iets slechts had gedaan’ werd gearresteerd, waarna voor hem een vreemde en ellendige procesgang begint. Hij raakt verstrikt in een ondoorgrondelijk rechtssysteem en verzeilt in een verwarrende wereld van armoedige griffiekantoren in afgelegen buitenwijken, waarin plotseling advocaten, rechters van instructie en zelfs aalmoezeniers opduiken. In de passage die zij voorleest³ is hij voor het eerst bij zijn advocaat die hem toespreekt:

‘(...) Helaas, daar moest hij K. wel attent op maken, gebeurde het soms dat de eerste verzoekschriften bij de rechtbank helemaal niet gelezen werden. Ze werden gewoonweg

3. Franz Kafka, *Het proces*, Amsterdam: Athenaeum – Polak & Van Gennep 2023, p. 97-98.

bij de stukken gelegd en er werd op gewezen dat voorlopig het verhoor en de observatie van de verdachte belangrijker waren dan alle schriftstukken. Als de indiener aandrang, werd eraan toegevoegd dat men voor de beslissing, als al het materiaal verzameld was, natuurlijk alle stukken, dus ook dit eerste verzoekschrift, opnieuw zou controleren. Helaas was ook dit meestal niet juist, het eerste verzoekschrift was meestal op een verkeerde plaats gelegd of helemaal weggeraakt, en zelfs als het tot het einde toe bewaard bleef werd het, zoals de advocaat trouwens ook maar bij geruchte had vernomen, nauwelijks gelezen. Dat was allemaal betreurenswaardig, maar niet helemaal zonder rechtvaardiging, K. moest toch niet uit het oog verliezen dat de procedure niet openbaar was, ze kon als de rechtbank dat nodig achtte openbaar worden, maar de wet schreef geen openbaarheid voor. Dientengevolge waren ook de stukken van de rechtbank, om te beginnen de aanklacht zelf, niet toegankelijk voor de beklaagde en zijn verdediging, daardoor wist je over het algemeen niet, of in elk geval niet precies, waarop het eerste verzoekschrift zich diende te richten, het kon daardoor eigenlijk alleen toevallig iets bevatten dat voor de zaak van betekenis was. Werkelijk ter zake doende en bewijskrachtige verzoekschriften kon je pas later uitwerken, als in de loop van de verhoren van de beklaagde de afzonderlijke punten van de aanklacht en hun motivering duidelijker naar voren kwamen of geraden konden worden. Onder deze omstandigheden bevond de verdediging zich natuurlijk in een zeer ongunstige en moeilijke positie. Maar ook dat was opzet. De verdediging was namelijk volgens de wet eigenlijk niet geoorloofd, maar werd slechts geduld en zelfs over de vraag of uit de desbetreffende passage in de wet opgemaakt kon worden dat dulden was toegestaan, bestond onenigheid. (...)

Dat is wat we, zo vervolgt Lidy Wiggers-Rust, 'kafkaesk' zijn gaan noemen, die belemmerende en vervreemdende sfeer waar je geen invloed op hebt, vaak als gevolg van bureaucratie.

Volgens de voorzitter kunnen aanwezigen zich zeker bevoorrecht achten met de goede procedures die we in Nederland en België hebben, maar kunnen we ons ook weer niet koesteren in de zon! De eenling die het in zijn ervaring tegen de macht van het systeem buiten hem, tegen het vreemde, moet opnemen, is daarvoor te universeel. We hebben niet altijd idee hoe een proces aan mensen knaagt en hoe lastig ze het vinden, ook in – gewone – zaken (niet-strafzaken) te weten wat er omgaat en wat er van hen wordt verwacht. Om dat in beeld te krijgen helpt het zich te verplaatsen naar een ziekenhuis, waar we – zo knap als we zijn – zelf de onwetenden/de hulpelozen zijn. Plato zei wel dat om een goede rechter te zijn deze eigenlijk eerst aan den lijve eens een strafzaak zou hebben moeten meemaken.

Dat is natuurlijk niet letterlijk te nemen. Het is wel duidelijk waarom hij dat zei: het zou ons empathisch vermogen vergroten. Dat doet Lidy Wiggers-Rust denken aan een contact dat zij eens had met Egbert Myer, een tijdlang de Nederlandse rechter bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. In een eerdere fase van zijn leven woonde en werkte hij in haar woonplaats en zo reisden zij wel eens samen. Zij trof hem opnieuw na zijn vertrek uit Straatsburg en vroeg hem wat nu de belangrijkste les was die hij aan dat werk had overgehouden. Hij antwoordde: 'Lidy, dat is heel eenvoudig: wat gij niet wil dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet!' En dat is in een notendop waar het om gaat en dat geldt niet

alleen voor het individu/de mens, maar voor ook voor de overheid/voor eenieder. Bijzonder vond zij dat hij op tv na het ernstig auto-ongeluk dat hij en zijn vrouw onlangs hadden, hetzelfde zei maar dan positief geformuleerd: 'Doe de ander wat jij wil dat u geschiedt!'

Natuurlijk worden er, aldus de voorzitter, fouten gemaakt en zitten we soms vast in het systeem. Zolang we daarvan leren, en dat geldt ook voor de wetgever, zijn we 'on the right road to improvement'.

Om leren gaat het ook vanmiddag en nu van elkaar!

Op het program staat een dialoog over de posities van de overheid en de burger als partij in de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procedure. Hoofdlijn ervan aan de hand van de verschillende relevante punten is:

Wat zijn, waar het gaat om die posities, de belangrijkste verschillen tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België, wat is de achtergrond ervan en zijn ze te rechtvaardigen of moet er eigenlijk iets aan worden gedaan?

In die dialoog zullen als steeds de auteurs-sprekers de voortrekkers zijn. De voorzitter feliciteert hen met hun mooie (concept-)papers en filmpjes die zij hebben voorbereid voor een makkelijke toegang voor allen.

De voorzitter vraagt experts ook vooral zelf mee te doen door te spreken en luisteren. Een dialoog is geen debat of monoloog. Het gaat erom naar elkaar te luisteren en met elkaar te spreken!

De dialoog zal worden gemodereerd door en onder leiding staan van twee leden van het Platformbestuur, namelijk Gerbrant Snijders (voor Nederland) en Kurt Willems (voor België):

- Gerbrant is advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel) en advocaat-generaal voor het bestuursrecht;
- Kurt is professor onderwijsrecht en administratief recht aan KU Leuven.

Zij zullen met de vergadering exploreren hoe het met de geschetste vragen zit en wat de toekomst is waarnaar we verlangen en proberen daarin met ons verder te denken dan het hier en nu, aan de hand van de volgende punten:

- I. feitengaring door partijen en/of rechter;
- II. bewijs;
- III. 'reparatie'- mogelijkheden tijdens de procedure;
- IV. ongelijkheidscompensatie;
- V. toegangstermijnen, procesvertegenwoordiging, griffierechten en proceskostenveroordeling;
- VI. oordeel rechter ex tunc/ex nunc-toetsingsintensiteit;
- VII. behoefte aan nadere privaatrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke regulering dan wel wijziging aanpak?

Lidy Wiggers-Rust geeft het stokje graag aan hen over, in eerste instantie tot de pauze die om 15:00 uur zal starten (tot 15:30 uur), beide sharp!

Zij wenst allen een fijne middag!

Gerbrant Snijders

Snijders bedankt Lidy Wiggers-Rust voor de introductie. Graag stelt hij allereerst de auteurs-sprekers aan de Nederlandse zijde voor. Aan de privaatrechtelijke kant introduceert hij Wemmeke Wisman, advocaat bij Pels Rijcken. Bij het kantoor waar Wisman aan verbonden is, procedeert zij voornamelijk voor de overheid op het grensgebied van het privaats- en bestuursrecht. De preadviseur voor het Nederlandse publiekrecht is Bert Marseille, hoogleraar Bestuurskunde, in het bijzonder de empirische bestudering van het bestuursrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen en raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB).

Kurt Willems

Willems heeft het genoegen om vandaag drie Belgische auteurs-sprekers aan u voor te stellen. Voor het privaatrecht is hij blij dat hij Beatrix Vanlerberghe mag verwelkomen, hoogleraar burgerlijk procesrecht en bewijsrecht aan de Universiteit Antwerpen en tevens advocaat bij het Hof van Cassatie. Voor het publiekrecht zou Willems graag een duo willen introduceren. Evelyne Maes is gastprofessor discriminatierecht aan de Université de Liège, geeft een seminarie rechtstheorie aan Université Saint-Louis en is daarnaast actief als advocaat gespecialiseerd in het grondwettelijk recht, het administratief recht en de mensenrechten. Zij heeft heel veel praktische ervaring bij het procederen voor een aantal instellingen die vandaag besproken zullen worden zoals de Raad van State en het Grondwettelijk Hof. Ronald Van Crombrugge is adjunct-auditeur bij de Raad van State, afdeling wetgeving en daarvoor was hij advocaat in het publiek en grondwettelijk recht. Hij is momenteel eveneens assistent aan de Université Saint-Louis en bereidt een proefschrift voor aan KU Leuven.

Gerbrant Snijders

Snijders bedankt Willems voor de introductie, vat kort samen dat het deze namiddag zal gaan over de verschillen tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht en trapt vervolgens de dialoog af. Daarbij merkte hij reeds op dat er in België en Nederland duidelijke verschillen vast te stellen zijn tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht. De insteek van de procedures vertrekt telkens vanuit een andere positie: waar het over het algemeen in het bestuursprocesrecht om het toetsen van de rechtmatigheid van besluiten zal gaan, draait het in het burgerlijk procesrecht om geschilbeslechting tussen de procespartijen zelf. Uiteraard zullen de sprekers terugkomen op de verschillen tussen beide procedurevormen.

Kurt Willems

Graag voegt Willems hieraan toe dat de verschillen verder zijn uitgediept in de papers en filmpjes die op de website van het Platform gepubliceerd staan. Willems nodigt experts uit en spoort tevens aan deze verder te ontdekken, voor het geval zij dat nog niet hebben gedaan. Vandaag is het aan ons om verder te ontdekken wat we van de verschillen kunnen leren en welke overeenkomsten we daar verder uit kunnen vaststellen.

Gerbrant Snijders

Voordat met de inhoudelijke behandeling van start wordt gegaan, zou Snijders graag nog een opmerking kwijt willen over Kafka. Wiggers-Rust heeft de sfeer in Het proces als ‘beklemmend’ gekenschetst, maar hem is bekend dat Kafka dit werk voor zijn juristenvrienden heeft geschreven. Zij hebben het boek voornamelijk lachend onthaald. Bezien vanuit deze optiek kan het dus ook vanuit een iets vrolijkere invalshoek worden bekeken. Snijders hoopt dat de thema’s van vanmiddag in vrolijke stemming zullen worden besproken.

Zoals eerder aangegeven zullen de volgende thema’s de revue passeren: feitengaring door partijen en/of rechter, bewijs, ‘reparatie’-mogelijkheden tijdens de procedure, ongelijkheidscompensatie, toegangstermijnen, procesvertegenwoordiging, griffierechten en proceskostenveroordeling, oordeel rechter ex tunc/ex nunc – toetsingsintensiteit en behoefte aan nadere privaatrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke regulering dan wel wijziging aanpak.

De ordening van de onderwerpen gaat uit van een bepaalde logica: allereerst zullen thema’s aan bod komen waar vrijwel geen verschillen tussen beide rechtsgebieden op te merken zijn, of in ieder geval naar het idee van moderatoren geen verschillen zouden moeten bestaan, en langzamerhand wordt voortbewogen naar thema’s waarin de verschillen wellicht iets meer voor de hand liggend zijn. Dit maakt dat de eerder door de voorzitter vermelde punten (I-VII) in afwijkende volgorde aan de orde zullen komen.

Allereerst zal aan de auteurs-sprekers gevraagd worden om per onderwerp te reageren, een vraag te stellen of de discussie anderszins vorm te geven. Daarnaast zal ook zeker aan experts de mogelijkheid worden geboden om hier vrijelijk op te reageren en verder op in te gaan. Aftrappen doen we met een bundeling van twee thema’s (feitengaring en bewijs) onder de noemer feitenvaststelling.

Thema’s I en II. Feitenvaststelling in de procedure door partijen en/of rechter

Gerbrant Snijders

Een breed gedragen gedachte is dat er geen verschil zou moeten bestaan tussen het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht, voor wat betreft de feitenvaststelling. Dit wordt ook weerspiegeld in het inzicht, zoals dat ook in de papers naar voren komt, dat in beide soorten recht geldt dat iemand die een beroep doet op een bepaald rechtsgevolg van bepaalde feiten, de verplichting heeft om deze feiten dan ook aan te voeren, te onderbouwen en te motiveren. In de bestuursrech-

telijke kolom krijgt dit weliswaar een meer specifieke uitwerking op basis van de bijzondere kenmerken van het bestuursrecht. Grosso modo geldt dat wanneer er een geschil bestaat rond een belastend besluit de bewijslast bij het bestuursorgaan ligt, terwijl bij een begunstigend besluit de burger de feiten aannemelijk moet maken. Ondanks de ietwat verschillende uitwerking in beide rechtsgebieden, kent de grondgedachte echter geen verschil.

Wemmeke Wisman

Het is wellicht belangrijk om de uitgangspositie van Sniijders iets verder te duiden: zou het verschil er niet moeten zijn (normatief) of draait het om de vraag of het er ook werkelijk niet is (descriptief). In de civiele praktijk geldt de regel dat het initiatief ligt bij de partij die iets wil bewerkstelligen (de eiser) en die zich dus per definitie op bepaalde rechtsgevolgen beroept. In de bestuursrechtelijke voorfase vindt een uitvoerig debat plaats. In het bestuursprocesrecht ligt het feitensubstraat er voor de procedure bij de rechter begint. In het burgerlijk procesrecht is dat niet het geval en is er meestal geen voorfase. In die zin is de uitgangspositie van beide rechtsgebieden dus wel te onderscheiden van elkaar. Het bestuursorgaan dient de op de zaak betrekking hebbende stukken waarover het beschikt in het geding te brengen, hetgeen ertoe leidt dat de rechter het feitelijk substraat uit de stukken kan putten. De civiele procedure is wat dat betreft anders, omdat het als het ware op een nul-punt begint: wanneer de eiser iets voor elkaar wil krijgen, moet hij alles aandragen waarvan gewent wordt dat de rechter er acht op slaat. Bovendien moeten de stukken nader geduïd worden opdat de rechter niet zelf al het uitzoekwerk hoeft te verrichten. Het is de rechter die de feiten vaststelt (maar niet mag aanvullen).

Ter illustratie schetst Wisman een korte achtergrond van hoe het er voor 2002 met de invoering van het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan toeging. Meestal werd het kruit drooggehouden bij de dagvaarding en conclusie van antwoord, waarna vervolgens tijdens repliek en dupliek pas echt over de materie uitgeweid werd. Het huidige stelsel van Burgerlijke Rechtsvordering zorgde voor progressie: bij de dagvaarding moet geanticipeerd worden op de verweren die reeds bekend zijn en bij dagvaarding en conclusie van antwoord moeten de stukken ter staving van het betoog van partijen worden overgelegd.

Wisman refereert in dit verband aan de in haar paper omschreven domeingedachte, die ook een bestuursrechtelijke pendant kent. Kort uiteengezet handelt de domeingedachte over de niet onbegrensde vrijheid van de rechter om eisen te stellen aan de feitelijke onderbouwing van een stelling of verweer. Met andere woorden: van een partij kan niet worden gevergd dat zij een stelling onderbouwt voor zover de voor die onderbouwing benodigde gegevens zich bevinden in het domein van de wederpartij en die partij daar zelf geen toegang toe heeft. Bovendien heeft de ontwikkeling van de domeingedachte in de laatste jaren wat meer ingang gevonden in de rechtspraak van de civiele rechter. Dit is een goede en logische vooruitgang. Ten slotte concludeert Wisman ten aanzien van deze vraag: hoewel de aard van de beslissing bij de twee procedures hetzelfde is, ligt het vertrekpunt in de twee systemen toch wel anders.

Bert Marseille

Marseille onderschrijft het paper van Wisman en geeft aan dat ondanks het feit dat het uitgangspunt daarin wel van een andere systematische aard is, het toch mooi is om te zien dat wordt beschreven dat civiele rechters de vrijheid en bevoegdheid hebben om partijen die optreden tegen een machtige verwerende partij, bijvoorbeeld de overheid, tegemoet te komen. Voor zover er redenen zijn die daartoe aanleiding geven, kunnen civiele rechters namelijk van de machtigere partij (bijvoorbeeld de overheid) verwachten dat deze alle gegevens en feiten die een belangrijke(re) bijdrage aan de feitenvaststelling leveren, in het geding brengt. De rechtszoekende kan hiervan gebruikmaken om zijn verdere standpunt te bepalen. In dit opzicht lijken de procedures dan ook heel erg veel op elkaar; ook in de praktijk wordt dit verder weerspiegeld. De rechter is vrij om de bewijslast anderszins te verdelen wanneer de feiten, hoedanigheid of het gedrag van partijen hiertoe aanleiding geven.

In enige zin valt er verder wel een en ander te verduidelijken in het bestuursrecht. Zo zal wanneer de burger de rechtmatigheid van een besluit van het bestuur aanvecht, voornamelijk het bestuur moeten aantonen dat de beslissing rechtmatig is. Daarbij moet wel nader onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het belastend besluit, waarvoor de rechter zal kijken naar het bestuursorgaan en anderzijds het besluit op aanvraag, waar de bal veel meer in het kamp van de burger zal liggen. Hierop bestaan dan wel weer uitzonderingen die verankerd staan in bijzondere wetten.

Marseille trekt de discussie breder en werpt de vraag op of het nou daadwerkelijk klopt dat de Belgische Raad van State het initiatief voor de bewijsvoering bij de burger legt, wanneer deze te kennen geeft dat hij het niet eens is met een besluit. Dit zal dan blijken van een totaal andere insteek in vergelijking met het Nederlandse recht. Een aardig punt mogelijk voor de discussie, want geeft deze interpretatie de werkelijkheid weer?

Kurt Willems

Willems bedankt voor de vraag en stelt graag de Belgische preadviseurs in de gelegenheid om hierop te reageren.

Ronald Van Crombrugge

Volgens Van Crombrugge is dit een legitieme vraag. Voor wat betreft de feiten bestaat er toch wel sterke impuls voor de overheid om het hele administratieve dossier over te leggen. Dit staat in contrast met het opwerpen van rechtsgronden, omdat voor burgers een heel strenge aanvoerplicht geldt: zij dienen zelf met de juiste rechtsgronden te komen en deze op correcte wijze zelf aan te voeren. Wanneer de burger niet terstond zijn rechtsgronden in het verzoekschrift naar voren brengt, bestaan er weinig mogelijkheden voor de rechtszoekende om het verzoekschrift nadien eventueel te corrigeren of aan te vullen.

Evelyne Maes

Maes vult aan: voor de feiten is het zo dat de verzoekende partij deze wel als eerste naar voren brengt in het verzoekschrift voor de Raad van State. Wanneer de verwerende partij een bestuursorgaan betreft, zal dit het administratief dossier overdragen. Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat de verzoekende partij niet altijd weet over welke stukken de overheid beschikt. Wanneer delen van het administratief dossier bij het bestuursorgaan onverhoopt zijn kwijtgeraakt of bepaalde stukken niet volledig zijn opgestuurd naar de Raad van State, zal niemand dit te weten kunnen komen. Dat zouden stukken kunnen zijn waarvan de overheid liever heeft dat de rechter (en de tegenpartij) deze niet zou zien omdat zij in het voordeel zouden kunnen spreken van de verzoekende partij(en).

Om hiertegen op te treden zouden partijen inzage kunnen vragen in deze stukken via de openbaarheid van bestuur. Wanneer gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid, dient de verzoeker wel duidelijk te benoemen om welk document of stuk het gaat: een verzoek mag niet breed geformuleerd zijn en betrekking hebben op alle in het voordeel zijnde stukken van de verzoeker. Maes merkt hierbij tevens op dat de termijnen om aan deze stukken te geraken, veel te lang zijn. Onderwijl zal de termijn bij de Raad van State om het stuk te delen vrijwel vaak voorbij zijn gegaan. Praktisch gezien zijn de termijnen om deze nieuwe informatie te betrekken in juridische argumenten in het verzoekschrift, na het verkrijgen van de stukken via de procedure van openbaarheid van bestuur, bij de Raad van State vaak al verlopen.

Kurt Willems

Toen we deze studienamiddag voorbereid hebben, vertrokken we van het uitgangspunt dat er mogelijk een verschil gemaakt kan worden voor de situatie waarin er een overheid betrokken is in een gerechtelijke procedure en de situatie waarin dit niet het geval is. Momenteel blijkt echter dat die verschillen niet zo groot lijken als verwacht.

Eerst en vooral: in het geval van het procederen tegen de overheid bestaat er een heel aantal mechanismes om meer informatie te bekomen. De rechter kan bijvoorbeeld van de overheid vragen dat zij extra stukken aanbrengt, en in tegenstelling tot 'gewone' procespartijen heeft een overheid bijzondere onderzoeksmethoden om aan de opgevraagde stukken te geraken. Eveneens bestaat het beginsel van de openbaarheid van bestuur dat toch ruime mogelijkheden biedt tot het bekomen van informatie van de overheid. Wetgeving over openbaarheid van bestuur, zoals Wisman heeft beschreven in haar paper, creëert daarbij de kans om een *fishing expedition* te doen. Er bestaat tevens de verplichting voor de overheid om het administratief dossier over te maken. Hieruit mogen in principe geen stukken gehaald worden ook al zouden deze in het nadeel van de overheid pleiten voor wat betreft de beslissing die ze heeft genomen.

Dit zijn allemaal zaken die niet het geval zouden zijn en die niet in potentie in het geding zouden kunnen worden gebracht, wanneer de overheid niet in het geding

betrokken zou zijn. Maar bij vergelijking van deze twee concepten in de papers, kan gesteld worden dat de soep misschien wel niet zo heet wordt gegeten als ze wordt opgediend.

Beatrix Vanlerberghe

Vanuit de civielrechtelijke kant geldt het heel duidelijke basisprincipe dat wie zich op een recht beroept dan ook de feiten hiervoor, alsmede het bewijs hiervoor, moet aanleveren. Toch zijn er onduidelijkheden mee gemoeid, bijvoorbeeld: moet de eiser dan alle informatie waarover hij beschikt, die ook relevant zou kunnen zijn, in het geding brengen?

In principe is het zo dat partijen over de vrijheid beschikken om al dan niet feiten aan te brengen. Nu geldt er wel een medewerkingsplicht voor de verweerder die in de rechtspraak reeds al langere tijd te herkennen viel, en nu uitdrukkelijk is gecodificeerd in het nieuw Burgerlijk Wetboek dat in 2019 in werking is getreden. Daarbij zie je wel dat die medewerkingsplicht nog niet zo heel duidelijk omschreven is. Hoe loyaal moet een partij zijn? Welke feiten dient eiser in het geding brengen? Uiteraard moet hij die feiten in het geding brengen die nodig zijn om zijn rechtsvordering te doen slagen, maar moet hij ook andere feiten in het geding brengen die mogelijk zijn vordering kunnen nuanceren en dus voor verweerder relevant kunnen zijn? Ook al heeft de eiser een verplichting om bepaalde feiten aan te dragen en het bewijs hiervan te leveren, soms bestaat voor de verweerder een medewerkingsplicht uit hoofde waarvan hij feiten moet aanbrengen die de eiser toelaten het bewijs te leveren van de feiten die hij aanvoert. Dit is het geval wanneer de verweerder meer bewijsgeschikt is. Ook hier ligt nog een zeker speelveld. Al met al is het dus niet altijd even duidelijk voor wie welke verplichtingen gelden, en hoever deze reiken. Het is aan de rechter om verder invulling te geven aan deze algemene verplichtingen.

Met betrekking tot de overheid kan een en ander wel geconcretiseerd worden, omdat van die partij wordt verwacht dat zij het administratief dossier in het geding brengt. In theorie klopt dit, maar de praktijk kan anders uitwijzen. Als voorbeeld worden fiscale zaken genomen: de fiscale administratie zal namelijk zelf beslissen welke stukken uiteindelijk aan de rechter worden voorgelegd. Deze administratie zal geregeld bepaalde stukken uit het dossier halen en enkel met de volgens haar relevante stukken naar de rechter trekken. Dit gebeurt vaak tot groot ongenoegen van rechters. Op dit moment bestaan er helaas onvoldoende duidelijke (gedrags-)regels hoe hiermee moet worden omgegaan.

Dit brengt Vanlerberghe tot het volgende punt waarover onduidelijkheid bestaat, en dat is de invulling van de rol van de rechter voor wat betreft het partijen dwingen tot het aanvoeren en bewijzen van feiten. Ondanks dat de basisprincipes duidelijk zijn, valt er over de concrete uitwerking veel te zeggen. Partijen moeten wel aan dragen wat nodig is om de vordering te doen slagen, maar de rechter beschikt ook over een ruime onderzoeksbevoegdheid. Hij kan onderzoeksmaatregelen nemen die hem toelaten het geheel van feiten die in het geding zijn te verruimen. Dit kan dus nieuwe feiten in het debat brengen.

Kurt Willems

Willems plaatst hierbij de vraag: gebeurt het aanwenden van onderzoeksmaatregelen dan ook werkelijk?

Beatrix Vanlerberghe

Deze vraag kan positief beantwoord worden: in burgerlijke zaken gebeurt het heel regelmatig. Deze onderzoeksmaatregelen kunnen betrekking hebben op het voeren van een deskundigenonderzoek teneinde de waarachtigheid van bepaalde beweerde feiten te achterhalen of het stellen van een verzoek/bevel tot het overleggen van bijkomende stukken dewelke partijen niet spontaan in het geding zouden hebben gebracht.

Kurt Willems

Dat is een duidelijke constatering vanuit het burgerlijkprocesrechtelijk perspectief; is hiervan ook sprake in het bestuursrecht?

Evelyne Maes

In het bestuursrecht gebeurt het bijna nooit dat een onderzoeksmaatregel wordt genomen zoals de aanstelling van een deskundige door de Raad van State om de feiten na te gaan. Per toeval is er een arrest geciteerd in hun paper waarin dit wel is gebeurd. Er is echter geen statistisch materiaal waaruit zou blijken hoe vaak de Raad van State een deskundige aanstelt. Een duidelijk voorbeeld waaruit zou blijken hoe vaak de Raad van State een deskundige had moeten aanstellen, of de verwerende partij had moeten dwingen bepaalde informatie over te maken, is het arrest waarin de Raad van State oordeelde dat de Gegevensbeschermingsautoriteit niet had voldaan aan haar stelplicht voor wat betreft de actualiteit van haar belang, aangezien zij, als verzoekende partij, het bewijs niet leverde van het feit dat gegevensverwerkingen plaatsvonden op grond van het besluit dat werd aangevochten. Het nagaan of gegevensverwerkingen hadden plaatsgevonden, kon de Gegevensbeschermingsautoriteit zelf niet doen vanwege het feit dat zij geen toegang had tot de daartoe vereiste gegevens. De verwerende partij, het bestuursorgaan, had deze gegevens wel. De Raad van State had, alvorens hij ambtshalve tot de overlegging over deze gegevens kon beschikken, op voorhand moeten vragen aan de verwerende partij of gegevensverwerkingen hadden plaatsgevonden, maar hij heeft dit zelfs in dit bijzonder geval niet gedaan.

Ronald Van Crombrugge

Graag voegt Van Crombrugge het volgende hieraan toe: het verschil vloeit hier namelijk ook wel voort uit een verschil in de aard van de rechter. De Raad van State is geen feitenrechter: hij spreekt zich niet uit over de juistheid van de feiten, maar gaat enkel kijken naar de feiten als noodzakelijke context om een uitspraak te kunnen doen over de mogelijkheid van onwettigheid. Dit verklaart dan wel

waarom die aanvulling van de feiten in het objectief contentieux minder belangrijk is om op een nuttige manier uitspraak te doen.

Gerbrant Snijders

Alvorens aan het publiek de mogelijkheid wordt geboden om hierop te reflecteren, schetst Snijders kort even de contouren van het Belgische recht op dit punt. Bij de Belgische Raad van State kan iemand terecht voor een annulatieberoep dat tot doel heeft de vernietiging te bekomen van een besluit van de overheid wegens miskenning van hogere normen. Daarnaast kan men steeds bij de Belgische burgerlijke rechter terecht wanneer sprake is van schending van een subjectief recht. Hierdoor vindt veel rechtsbescherming die in Nederland bij de bestuursrechter wordt gevonden, in België plaats bij de burgerlijke rechter en kent de Belgische civiele rechter daarmee dus een grotere bevoegdheid dan de Nederlandse civiele rechter.

Het stelsel in België is daarmee wat dat betreft, aldus Snijders, in lijn met de eerdere bevinding van moderatoren dat het hoofdprincipe in ieder geval voor alle procedures hetzelfde is. Op degene die een beroep doet op de rechtsgevolgen van bepaalde feiten, hetzij in een besluit hetzij in een procedure, rust een aandraagplicht, waaruit het bewijslastrecht in principe is af te leiden, want dat is hetgeen in het Belgische burgerlijk procesrecht geldt.

Snijders opent de discussie en ervaringsuitwisseling met het publiek en vraagt zich af wie er ervaringen wil delen wanneer er zich een probleem dan wel een andersoortige belemmering voordoet in het verzamelen van feitenmateriaal. Klopt het beeld dat de auteurs-sprekers hebben weergegeven in hun papers, en wat de moderatoren hebben gesteld? Of zijn er toch andere, verfrissende inzichten die op dit gebied vanuit de zaal zouden kunnen worden gedeeld?

Kurt Willems

Ter specificering van de vraag brengt Willems aan dat het kan gaan om de descriptieve vraag naar de technische verschillen die er (al dan niet) zijn dan wel de normatieve vraag of deze verschillen er wel überhaupt zouden moeten zijn.

Dialogoog

Vanuit het publiek stelt een Nederlandse deelnemer de eerste vraag van vanmiddag. In verband met de omvang van het geding en het aanvullen van de feiten is aan rechters wel de vraag gesteld hoe met het dossier wordt omgegaan. Civiele rechters die een overstap maakten naar de bestuursrechtsector gaven te kennen dat er meer vrijheid in de bestuursrechtelijke procedure wordt gevoeld om door het dossier te gaan. Wanneer er bepaalde dingen in het dossier interessant worden bevonden, worden deze eruit gehaald en ter zitting gebracht. Zou daar mogelijk een andere benadering kunnen zitten, of wordt deze observatie niet gedeeld?

Een andere deelnemer uit Nederland geeft hier graag een antwoord op. Naar haar ervaring, zonder dat ze het speelveld in z'n geheel overziet, wordt er nog weinig

gebruikgemaakt van de in het burgerlijk procesrecht bestaande mogelijkheid om stukken op te vragen. Zoals Wisman ook in haar paper benoemt: het gebruik van artikel 22 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) komt niet zo vaak voor. Civiele rechters zijn vaak gewend om partijen het debat in het geding te laten bepalen. De rechter mag de feitelijke grondslag namelijk niet aanvullen. Er bestaat enige terughoudendheid voor wat betreft het opvragen van nadere stukken vanuit de instructie van de civiele rechter. Het kan gesteld worden dat dit op zitting gecompenseerd wordt in die zin dat de rechter daar veel vragen stelt. Het opvragen van stukken kan hier wel uit voortvloeien, maar dat gebeurt vooralsnog niet vaak.

Gerbrant Snijders

Hier hebben we meteen een eerste verschil te pakken: de bestuursrechter voelt zich in Nederland vrijer feiten en argumenten aan de stukken te ontleen dan de burgerlijke rechter.

Bert Marseille

Graag plaatst Marseille hier een kanttekening bij: nog steeds weten we dat niet zeker. Het is en blijft een grove inschatting. Hij haalt het volgende voorbeeld aan. Bij de Centrale Raad van Beroep zijn rechters in de meervoudige kamer zeer benieuwd naar hoe het daadwerkelijk zit en wordt de zitting benut om dit aan partijen te vragen. Nog steeds weten we echter niet om hoeveel bestuursrechters dit gaat en in welke mate ze dit allemaal doen.

Ook voor wat betreft de stukken: dat is een beetje de achilleshiel, omdat bestuursorganen informatie moeten aanleveren krachtens artikel 8:42 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Wanneer bestuursorganen geen volledige stukken aanleveren, kan hier eigenlijk vrij moeilijk worden achter gekomen. We weten wel redelijk goed dat bestuursrechters niet vaak deskundigen benoemen, maar feitenvergaring door de bestuursrechter is ook wel breder dan dat. Een ander aspect is het gedrag op zitting: de inschatting is dat bestuursrechters meer vragen stellen dan zo'n vijftien jaar geleden. De bestuursrechter geniet een enorme vrijheid om heel diep op de zaak in te gaan ter zitting, maar hoe vaak dat gebeurt blijft in het ongewisse. De vaststelling van Marseille is voornamelijk dat de bestuursrechter vanuit juridisch oogpunt over heel veel mogelijkheden beschikt, maar het is onzeker in welke mate hij daar dan ook gebruik van maakt.

Gerbrant Snijders

Dit is een moeilijke kwestie, maar volgens mij heeft Wisman hierover iets opgenomen in haar paper.

Wemmeke Wisman

Het is herkenbaar vanuit een ervaring mijnerzijds tijdens een zitting bij de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (hierna: ABRvS) dat een der partijen op de zitting door de bestuursrechter sneller dan wel vaker geconfronteerd wordt met een bepaalde productie of een verwijzing in een bepaalde voetnoot, dan in vergelijking met de civiele rechter die dat weinig doet. Het is altijd leuk om op te merken hoe goed een zitting bij de bestuursrechter dan wel niet is voorbereid!

In civiele zaken meet de rechter zich wel degelijk een actieve houding aan en probeert hij te destilleren wat precies in de zaak relevant is aan feiten- en bewijsmateriaal. Het gevaar van heel uitvoerig procederen is erin gelegen dat de rechter overbelast kan worden met (te) veel informatie. Er bestaat een verschil tussen het stellen van vragen op de zitting wat er precies gebeurd is en grondige interesse in de feiten enerzijds en de inzet van het arsenaal van de rechter om meer dan de feiten die partijen initieel hebben aangeleverd boven tafel te krijgen anderzijds. Sinds het werken met een zittingsagenda komt maar zelden voor dat de rechter voorafgaand aan de zitting verzoekt om overlegging van bepaalde stukken. De praktische kant hieraan vraagt dat de rechter de zitting in feite twee keer voorbereidt, ruim voor de zitting en vlak voordat de zitting plaatsvindt. Wisman vraagt zich hardop af of hier werkelijk wel tijd voor is. Daarnaast kan het ook minder aantrekkelijk zijn om de zitting te laten opvolgen met een aktewisseling en nog een zitting; er komen processuele stappen bij. Wat verder opvallend is, is dat partijen, sinds de invoering van de nieuwe mondelinge behandeling, ook getuigen en deskundigen mee kunnen nemen naar de zitting maar dit maakt zij vrijwel nooit mee. Wel worden getuigen gehoord of deskundigen opgeroepen.

Wisman uit de voorzichtige indruk dat de rechter wanneer hij zonder deskundigen een oordeel kan vormen, dit zeker ook zonder de inzet van externe hulpmiddelen zal doen.

Kurt Willems

De aangehaalde interessante punten nodigen uit om de praktijk naast de theorie te leggen. Willems wordt aan weerszijden bijgestaan door goede advocaten en vraagt graag wat hun ervaringen op zitting zijn.

Evelyne Maes

De RvS kan gelukkig worden gemaakt door op zitting te verwijzen naar de schriftelijke stukken. De RvS maakt verder dan ook duidelijk dat de procedure schriftelijk is; het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat gepleit wordt wat reeds beschreven is. Dit heeft wel een verdere nuancering: tijdens de procedure wordt een auditverslag gemaakt; de auditeur heeft de hele zaak onderzocht. Partijen kunnen hier wel op antwoorden. De feitelijke kant van de zaak en de juridische middelen zijn dan ook wel onderzocht voor de zaak op de zitting komt. Niettemin is het handig dat de verzoekende dan wel verwerende partij de hoofdpunten van de zaak nog

maals aanbrengt aan de hand waarvan de drie staatsraden hun beslissing zullen vormen. Er wordt weliswaar zelden gepleit voor de Raad van State.

Beatrix Vanlerberghe

Bij cassatie gebeurt er niet veel anders op de zitting in vergelijking met de procedure bij de RvS. Graag brengt Vanlerberghe nog twee punten onder de aandacht. Allereerst is de feitenvinding sterk afhankelijk van de persoonlijkheid van de rechter. Er bestaan rechters die heel actief op zoek gaan naar feiten en op basis daarvan uitvoerig het dossier en de overige stukken bekijken, zij het dat op hen geen verplichting rust om dat te doen. Het is een vrije keuzebevoegdheid van de rechter om dit te doen; dit verklaart grotendeels ook waarom de ene rechter wel verder onderzoek doet, en de ander niet.

Dialogoog

Vanuit het publiek wordt graag een ander verschil tussen de Belgische en Nederlandse bestuursrechter benadrukt door een Belgische deelnemer. De Belgische bestuursrechter gaat een stapje verder door ook te kijken naar de verordening of het reglement, en controleert dus niet louter individuele bestuurshandelingen. Een ander verschil is dat het besluitbegrip heel anders wordt ingekleurd: vanaf het moment dat iemand in België een subjectief recht beweert te hebben voortvloeiend uit een beslissing van de overheid (zoals bijvoorbeeld een recht op kindertoeslag), gaat een procedure waarin er discussie bestaat over dit subjectief recht niet naar de Raad van State, maar naar de burgerlijke rechter.

Het is net in die gevallen dat de feitenvinding instinctief niet bij de bestuursrechter gebeurt, maar bij de burgerlijke rechter. Vanuit een systeem waarin de verzoekende partij ook (materiële) wetgeving kan aanvechten bij de bestuursrechter, valt misschien beter te begrijpen dat de bestuursrechter uitdrukkelijk aan de verzoekende partij om bewijs daarvoor vraagt. Dit is misschien ook vanuit een gegroeide traditie tussen enerzijds de beperkte bestuursrechtelijke controle en anderzijds de ruimere burgerrechtelijke controle, dat bij algemene reglementen en besluiten door de bestuursrechter (binnen zijn eng takenpakket) iets terughoudender wordt omgegaan met de feitenvergaring, en dat individuele beslissingen in hetzelfde perspectief worden meegetrokken waardoor ook dáár terughoudender aan feitenvergaring wordt gedaan door de bestuursrechter.

Evelyne Maes

Hierop wordt graag een aanvulling gemaakt: toeslagen of werkloosheidsuitkeringen zullen veelal bij de Belgische arbeidsrechtbank terecht komen die in veel gevallen zich ook meegaander opstelt. Zo helpt de arbeidsrechtbank en de auditeur bij de arbeidsrechtbank de verzoekende partij door de feiten van rechtsgronden te voorzien en ook op die wijze wat meer te stofferen en handen en voeten te geven. Deze teneur wordt niet bij de Raad van State gevonden.

Ronald Van Crombrugge

Graag wordt nog even ingegaan op de eerder aangehaalde situatie van het beroep tegen een Koninklijk Besluit (KB), omdat vanuit Belgisch perspectief besluiten worden geacht gerechtigd te zijn (*privilège du préalable*). In dit verband is het dan logisch dat wanneer zulks wordt aangevochten, ook verwacht wordt van de eisende partij het bewijs te leveren waarom het Koninklijk Besluit in het specifieke geval niet geldig genomen zou zijn. Of minstens moet aannemelijk gemaakt worden dat het besluit bepaalde onredelijke gevolgen heeft.

Kurt Willems

Willems ziet de mogelijkheid om deze opmerking even te parkeren en merkt op dat de geschetste situaties de gestrengheid van de bestuursrechter wellicht kunnen verklaren.

Vervolgens wordt de discussie weer wat breder getrokken door de vraag te stellen naar de invloed van de beginselen van behoorlijk bestuur. In beide instanties is namelijk sprake dat de overheid in haar handelen is gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur voor wat betreft het voorbereiden van het dossier. In die beginselen is onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel inbegrepen dat stelt dat, ter voorbereiding van een besluit of andersoortig bestuurshandelen, alle feiten en omstandigheden vergaard moeten worden en correct met elkaar in een balans gebracht moeten worden. Als er opmerkingen gemaakt worden ter zitting dat de beslissingsprocedure niet voldoet aan het zorgvuldigheidsbeginsel, is dat een invalshoek dan wel concrete aanleiding voor de bestuursrechter om zelf (feitelijke) onderzoeksmaatregelen in te stellen? Of zou een bestuursrechter zich daartoe niet kunnen laten verleiden?

Bert Marseille

In Nederland bestaat artikel 3:2 Awb dat stelt dat een besluit gebaseerd moet zijn op een zorgvuldig onderzoek naar de voor het besluit relevante feiten. Wanneer dit op de zitting ter discussie staat, en de rechter daarna tot de conclusie komt dat het besluit inderdaad niet zorgvuldig is voorbereid of dat de zorgvuldigheid niet zo goed vaststaat vanwege een gebrekkige motivering, dan bestaat er in theorie de keuze om het besluit te vernietigen of juist om zelf een deskundige aan te stellen om deze feiten nader vast te stellen. Het is lastig te verklaren waarom rechters voor een bepaalde mogelijkheid al dan niet opteren; misschien dat de zaal hierop wil reageren?

Kurt Willems

Wat betreft het voorlaatste punt op de getoonde powerpointpresentatie (inzake de lat voor de bewijslevering van feiten): zou het kunnen dat deze lat hoger ligt voor de overheid, omwille van het feit dat zij een voorbereidingsfase heeft gehad waarin alle relevante stukken zorgvuldig konden worden vergaard en doorgenomen?

Gerbrant Snijders

Of is dit juist omgedraaid: wordt de overheid, omwille van die bestuurlijke voorbereidingsfase, sneller op haar woord geloofd dan in vergelijking met de belanghebbende? Zijn hier opvattingen in de zaal over?

Dialogoog

Vanuit het publiek wordt gereageerd door een Belgische deelnemer en worden twee aanvullende opmerkingen aangebracht. Wat betreft de volledigheid van het dossier is aan de Belgische zijde nog niet de rol van het auditoraat belicht bij de RvS. Regelmatig komt het voor dat het auditoraat, voordat er in de procedure gepleit wordt, erop wijst dat stukken ontbreken en op grond hiervan de overheid de vraag stelt om deze nog te overleggen. Het auditoraat van de RvS vervult een belangrijke rol in het controleren van de volledigheid van het dossier.

In de tweede plaats voor wat de bewijsvoering betreft in de procedure wordt de ervaring, vanuit het perspectief van de overheidsaansprakelijkheid, gedeeld dat de bewijsverdeling eerder aan het kantelen is in het voordeel van de rechtszoekende. De rechtszoekende beschikt namelijk over het wapen van de Wet openbaarheid van bestuur. De administratie van Vlaanderen klaagt hier steen en been over, omdat zij verschillende ambtenaren moet tewerkstellen om al deze vragen te kunnen beantwoorden. Vooral in grote zaken over aansprakelijkheid komen veel vragen binnen over onder meer het hanteren van bepaalde meetinstrumenten. De vraag rijst dan ook hoe dit zich verhoudt ten aanzien van het recht van verdediging van de overheid. Meer en meer wordt namelijk het advies aan de administratie gedeeld om haar advies niet schriftelijk mede te delen, maar slechts mondeling zodat partijen in andere geschillen vroeg of laat niet het recht zouden claimen dat dit schriftelijk advies openbaar zou moeten worden gemaakt. Zeker voor bepaalde milieuorganisaties die zelf niet over voldoende middelen beschikken om procedures te voeren en noodzakelijkerwijze gebruik moeten maken van de verplichting die in hoofde van de overheid bestaat om informatie over haar beslissingsprocessen mee te delen, wordt het bijna onmogelijk voor de overheid om rekening houdende met de beperkte middelen, al deze geschillen te verwerken.

Wemmeke Wisman

Hier zit een interessant kruisverband tussen termijnen en de vraag of iemand zich tot een burgerlijke rechter of bestuursrechter moet wenden. Het voorbeeld dat Maes eerder gaf dat er feitelijk geen tijd is om de uitkomst van de Wet openbaarheid van bestuur af te wachten voordat je binnen zestig dagen de zaak aanhangig maakt bij de Raad van State, wordt bij de civiele rechter genuanceerd omdat er andere termijnen voor het instellen van een procedure gelden. Daar heeft de belanghebbende vaak wel de tijd om eerst stukken op te vragen om deze te gebruiken als munitie.

In Wismans waarneming is dat een enorme belasting voor het overheidsapparaat en het lukt in de praktijk niet altijd om binnen de beslistermijnen de stukken te

verstrekken. Anderzijds, zoals ook benoemd wordt in haar paper, in het kader van een Wet open overheid-verzoek komt er een inventarislijst die de basis kan vormen voor een exhibitievordering in de zin van artikel 843a Rv: deze kan dienen om het verzoek aan de wederpartij om bepaalde stukken te verstrekken, te specificeren. Dat leidt ertoe dat de overheid materieel gezien in de positie kan komen waarin interne overwegingen, behoudens weigeringsgronden, met de buitenwereld worden gedeeld. Soms brengt dit zelfs mee dat de overheid vertrouwelijke adviezen openbaar maakt. Het roept bovendien de vraag op of en in hoeverre het mogelijk is om de overheid vrijelijk te adviseren. Het is interessant om te horen dat iets vergelijkbaars in België ook speelt.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer wil graag voortborduren op hetgeen eerder door een andere Nederlandse deelnemer is aangedragen. Bestuursrechters voelen toch vaak de gelegenheid en ruimte in het dossier om zelf de feiten te vinden; dat is ook zijn ervaring. Hij geeft een recent voorbeeld waarbij door een bestuursorgaan een grote som geld is teruggevorderd van een natuurlijke persoon. Wanneer deze natuurlijke persoon zich tegen deze beslissing verzet en daartoe een hele reeks algemene beginselen aandraagt waaronder bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur, valt op te merken dat in dergelijke zaken de bestuursrechter echt initiatief neemt om kennis te nemen van de stukken en na te gaan in hoeverre een en ander zich tot elkaar verhoudt. Hij durft zelfs de stelling in te nemen dat de bestuursrechter lijkt mee te procederen met de burger. De bestuursrechter gaat actief op zoek naar hoe een bepaalde brief of een ander stuk geduid moet worden om daar een bepaald rechtsgevolg aan te kunnen verbinden. De bestuursrechter zoekt inmiddels vaker de grenzen op van de omvang van het geding zoals dit is geformuleerd in het beroepsschrift. De bestuursrechter helpt nu met andere woorden bij het afbakenen van door partijen heel ruim en in algemene principes geformuleerde verzoeken.

Een volgende Nederlandse deelnemer sluit bij het voorgaande aan. Terugkerend op de vraag of er grote verschillen bestaan tussen het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht: er bestaan wel degelijk verschillen hiertussen, en de eerdergenoemde voorbeelden spreken hiervoor. Bezien vanuit de historie: zowel het burgerlijk procesrecht als het strafprocesrecht zijn afstammelingen van vrij rigide systemen van bewijsmiddelen en -regels. In de negentiende eeuw is de tendens van beide systemen verschoven naar de vrije overtuigingsleer. Het bestuursrecht is in dit opzicht veel jonger: waar bij het civiele recht en het strafrecht menigeen afge-rekend kan worden op basis van de bewijsregels omdat deze uitgekristalliseerd en duidelijk/consistent zijn, is dit bij de bestuursrechter veel minder het geval. Bij de vaststelling van de Awb heerste het gevoel om de bestuursrechter hier grotendeels vrij in te laten.

Gegeven dat voor de bestuursrechter het lastiger is om algemene bewijsregels vast te stellen vanwege onder meer de uiteenlopende aard van zaken, het uiteenlopende karakter van besluiten en de beleidsvrijheid van bestuursorganen voor wat betreft de vaststelling van de feiten, wordt de volgende discussievraag opgeworpen. Vinden deelnemers dat meer vastomlijnde bewijsregels voor de bestuursrechter moeten

worden ontwikkeld, opdat er iets meer consistentie zal bestaan hoe met bepaalde bewijzen moet worden omgegaan en dit ook gedifferentieerd kan worden naar type zaken?

Kurt Willems

Willems acht dit een interessante vraag en geeft over het bewijsrecht graag het woord aan Beatrix Vanlerberghe als professor gespecialiseerd in bewijsrecht.

Beatrix Vanlerberghe

Lastige discussie: de vraag is in hoeverre de bewijsregels de uitkomst van het geschil zouden kunnen of moeten voorspellen. In het Belgische burgerlijk procesrecht wordt er van de tegenovergestelde richting uitgegaan: alles was in het begin relatief duidelijk, maar tegenwoordig is in het nieuwe bewijsrecht meer vrijheid aan de rechter gelaten om ook wat meer rekening te kunnen houden met de specifieke omstandigheden van de zaak. Daarbij wordt ook de mogelijkheid gehanteerd om de bewijslast om te keren. Dit zijn maatregelen die recent zijn ingevoerd en waar de contouren verder nog niet duidelijk van zijn.

Er is dus echter wel een hele duidelijke tendens dat de rechter meer vrijheid krijgt om een en ander toe te passen op de concrete omstandigheden van de zaak. De rechter kan in sommige gevallen met de bewijsregels soepeler omgaan, maar dat maakt tegelijkertijd dat de uitkomst ervan zich minder leent voor het maken van een juiste voorspelling. Dit kan er eventueel aanleiding toe geven dat er meer ge-procedeerd gaat worden, omdat de bewijsregels afhankelijk van de concrete invalshoek die feitelijk in de zaak wordt ingenomen, anders zullen kunnen worden toegepast. Enerzijds is het goed dat de rechter meer specifiek op de concrete omstandigheden van de zaak in kan gaan; anderzijds is geen goede ontwikkeling dat hierdoor minder duidelijkheid aan partijen kan worden geboden bij het starten en het verdere verloop van de procedure. Hoe meer mogelijkheden de rechter heeft om op dit vlak 'beleid' te voeren, hoe meer er ge-procedeerd zal worden. Dat is iets wat niet per se aangemoedigd moet worden.

Gerbrant Snijders

De constatering wordt gemaakt dat in het bestuursprocesrecht iets meer vrijheid lijkt te bestaan dan in het burgerlijk procesrecht; hier kan verschillend over worden nagedacht. Zo kan gesteld worden dat in het burgerlijk procesrecht de feitenvaststelling goed geregeld is, terwijl dat in het bestuursprocesrecht niet zo het geval blijkt te zijn. Kan dat grote voor- of nadelen bieden? Hoe kijkt de zaal hiertegen aan?

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer sloeg aan op een eerdere opmerking over de zorgvuldigheidsverplichting vanuit de vraag of deze ook niet veronderstelt dat de overheid het dossier dan ook op die wijze aanlegt. Verder kwam in het paper van Vanler-

berghe (p. 11) naar voren dat de overheid uit hoofde van het zorgvuldigheidsbeginsel alle noodzakelijke informatie dient te verzamelen om haar beslissing te rechtvaardigen en te onderbouwen. Bovendien zou deze informatie aan het administratief dossier moeten worden toegevoegd en aan de andere partijen ter beschikking moeten worden gesteld; er bestaat geen algemene bepaling die voorschrijft dat het administratief dossier aan de burgerlijke rechter overgelegd moet worden. Hiervoor is ook een verband gelegd met artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Het maakt hem benieuwd of er een verschil bestaat ten aanzien van de partijen en de rechter, en of dat anders is in vergelijking met de civiele procedure in Nederland waar niet van de overheid verwacht wordt dat zij het hele procesdossier heeft overlegd aan de andere partij.

Beatrix Vanlerberghe

Er is sprake van twee aspecten. Van de overheid wordt verwacht dat ze voldoet aan de zorgvuldigheidsplicht, maar er bestaat geen algemene regel die voorschrijft aan de overheid om het administratief dossier op zich samen te stellen en aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Het maakt echter wel deel uit van de zorgvuldigheidsverplichting dat, wanneer het de overheid is die naar de rechter stapt, het administratief dossier beschikbaar is voor de rechter om te oordelen en voor de andere partij om er kennis van te nemen. De regel met betrekking tot het administratief dossier is in België weliswaar niet zozeer duidelijk geformuleerd dat het voorschrijft dat het gehele administratieve dossier aan het debat moet worden toegevoegd. Daarover bestaat geen algemene regel, maar eerder een voorschrift dat uit andere principes wordt afgeleid. In de praktijk gebeurt dit ook niet altijd. Het is geen vanzelfsprekendheid dat de overheid alle informatie waarover zij beschikt dan volledig en loyaal aan de burger in het geding gaat voorleggen. Dit heeft te maken met dat wanneer de overheid tegenover de burger in een geding staat, er wordt uitgegaan van een conflictmodel in plaats van het in Nederland meer gangbare samenwerkingsmodel (tussen bijvoorbeeld de fiscale administratie en de burger). De loyaliteit tussen de overheid en de burger in België is soms ver te zoeken. Dat is niet enkel zo in fiscale zaken maar ook in andere zaken waar de overheid in conflict komt met de burger.

Dialogo

Dezelfde deelnemer stelt de vervolgvraag of het dan ook klopt dat volgens Vanlerberghe de verplichting om als overheid de stukken volledig over te leggen uit artikel 6 EVRM afgeleid kan worden.

Beatrix Vanlerberghe

Nee, dit is meer af te leiden uit het zorgvuldigheidsbeginsel: hieraan gelieerd is dat de overheid ook loyaal moet zijn in haar procesgedrag ten opzichte van de burger. Deze verplichting geldt natuurlijk ook in hoofde van partijen die geen overheid zijn. Dit impliceert dat er een zekere medewerkingsplicht rust op partijen, maar de grenzen daarvan zijn niet verder duidelijk afgebakend. Wel zou voorzichtig gesteld kunnen worden dat alle partijen de verplichting hebben om alle relevante

stukken voor te leggen: niet dus enkel de overheid, maar alle partijen. Als zodanig staat de medewerkingsplicht niet in de wet, maar moet dit concreet verder afgeba- kend worden. Waar nu de grens ligt tussen wat daadwerkelijk moet worden voor- gelegd en wat mag worden achtergehouden, is nog niet duidelijk: noch voor de overheid, noch voor de gewone burger.

Men kan er wel voorzichtig van uitgaan dat van een zorgvuldige en loyale overheid verwacht mag worden dat zij, zoals in administratieve procedures, het volledige dossier overlegt.

Kurt Willems

Hiermee lijkt de cirkel rond te zijn en zijn we geëindigd bij de eerdere vaststelling dan wel vraag of de civiele en bestuursrechtelijke procedure niet gelijk zouden moeten zijn wat feitenvergaring en bewijsrecht betreft. Met het werpen van een blik op de tijd, is het misschien wijs om door te gaan naar een ander onderwerp.

Thema VI. Oordeel rechter *ex tunc/ex nunc* – Vertrouwelijkheid van stukken

Gerbrant Snijders

In de papers komt de toetsing *ex tunc* en *ex nunc* voorbij. Moderatoren hebben het idee dat, op de keper beschouwd, tussen civiel en bestuursrecht geen verschil bestaat omdat het in wezen over materieel recht gaat. Wanneer een besluit wordt genomen, dan moet het rechtmatig zijn – hetgeen beoordeeld wordt naar het recht en de feiten en omstandigheden waaronder het besluit destijds is genomen. Als het om het privaatrecht gaat, hangt het beoordelingstijdstip sterk van de handeling af: de handeling wordt vaak beoordeeld naar het moment dat deze is verricht.

Een ander punt dat wordt aangesneden en waarbij weinig verschil lijkt te bestaan, betreft de vertrouwelijkheid van stukken: het idee is dat in beide procedurevormen ongeveer op dezelfde manier en in dezelfde mate voorzien wordt hoe bepaalde stukken die vertrouwelijk zijn dan ook vertrouwelijk worden gehouden. Snijders vraagt zich af of de preadviseurs in het bijzonder hier andere gedachten over hebben.

Wemmeke Wisman

Op papier lopen de regelingen vrij parallel, maar in de praktijk bestaan er verschillen. De discussie, in het kader van de AVG, ontstaat vaker over de vraag welke gegevens uit het dossier en de stukken moeten worden gehouden. Als het gaat om gegevens van derden die zelf geen partij zijn in de procedure, rijst de vraag hoe de rechter dit zal gaan waarden omdat hij in principe volledig geïnformeerd dient te worden.

Zeker in een civiele procedure voor een belastingautoriteit ligt dit vrij gevoelig, omdat artikel 67 Algemene wet inzake rijksbelastingen vergaande geheimhoudings- verplichtingen in het leven kan roepen. Dit creëert een spanningsveld. Ook als het

gaat om informatie van andere staten, bijvoorbeeld in zaken over militaire operaties in het buitenland, kan het noodzakelijk zijn de vertrouwelijkheid te waarborgen.

Op papier is de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken goed geregeld: de *Lightning Casino*-en *Telegraaf*-arresten zijn inmiddels gecodificeerd in artikel 22 Rv, maar toepassing van de desbetreffende bepalingen komt weinig voor in de praktijk.

Gerbrant Snijders

De advocaat van de overheid zal zich daar toch op moeten beroepen?

Wemmeke Wisman

Omwille van het feit dat er weinig precedentes zijn, zie je hier in de praktijk grote terughoudendheid.

Bert Marseille

Mijn gedachte is dat het in de Awb goed geregeld is, maar graag hoor ik ervaringen over deze problematiek.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat het lijkt alsof in het bestuursrecht vaker gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om alleen met advocaten dingen te bespreken. Het kan voorkomen dat bij zaken die omwille van bedrijfsvertrouwelijkheid, privacygevoeligheid, medische gevoeligheid of anderszins niet met de achterban kunnen en mogen worden gedeeld, dat er mogelijkheden bestaan om enkel advocaten en eventueel een rechter daarvan kennis te laten nemen. Misschien is dit een *best practice* die in het burgerlijk recht veelvuldig(er) kan worden benut?

Een andere Nederlandse deelnemer reageert hierop door te stellen dat het een interessant punt is. Artikel 8:32 Awb biedt de mogelijkheid dat enkel de advocaat toegang kan krijgen om van bepaalde medische zaken kennis te nemen. Op grond van deze wet kan dit niet worden gedaan in het geval van bedrijfsvertrouwelijke gegevens, terwijl in het civiele recht wel een bedrijfsgeheim bestaat – zij het dat dit van een iets andere categorie is. Het zou fijn zijn als deze mogelijkheid van toegang enkel van advocaten voor bedrijfsgeheimen of bedrijfsvertrouwelijke informatie toch in de Awb wordt geboden; zeker gezien vanuit zijn ervaring in het CBb met zakelijke geschillen. In de praktijk heeft men hier wel een soort oplossing voor gevonden (een gelijkaardige toepassing van een vertrouwelijkheidsprincipe). Hij heeft ook begrepen dat er waarschijnlijk wel aan een soortgelijke aanpassing van artikel 8:32 Awb wordt gewerkt.

Kurt Willems

Beide vragen betreffen de keuze om bepaalde stukken al dan niet prijs te geven wat betreft zowel feitenvergaring als bewijsrecht; alsmede de vraag over hoe bij *ex*

tunc- en *ex nunc*-toetsing het dossier opgebouwd wordt, zijn daar nog relevante verschillen tussen de civiel- en bestuursrechtelijke procedure in te vinden?

Evelyne Maes

Voor de procedure bij de Raad van State geldt dat het juridische gedeelte *ex tunc* getoetst wordt: de bestuurshandeling wordt dus beoordeeld aan de hand van de wetgeving die bestond op het moment dat de bestuurshandeling is uitgevaardigd. Het belang en de hoedanigheid van de verzoekende partij worden *ex nunc* beoordeeld, dus op het moment dat de RvS uitspraak doet. Dit stelsel heeft wel tot onrechtvaardigheden geleid; vroeger vaker dan nu. Zo wordt een voorbeeld aangehaald waarin een ambtenaar na 59 jaar bevorderd zou worden. Stel dat dat niet gebeurt en deze ambtenaar vervolgens zou procederen bij de Raad van State, dan vormt de auditeur een eerste filter. Deze laat het dossier soms dermate lang wachten dat de zaak pas vijf of zes jaar later voor behandeling voorkomt. Op dat ogenblik stelde de Raad van State dan dat de ambtenaar geen belang meer bij diens procedure had omdat de desbetreffende ambtenaar ondertussen met pensioen was gegaan.

De Raad van State is door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) op de vingers hiervoor getikt. De regel is uiteindelijk aangepast in die zin dat een partij haar belang niet kan verliezen in het geval zij zelf niets gedaan heeft waardoor zij haar belang zou verloren zijn. Met andere woorden moet het verlies van het belang toerekenbaar zijn aan die partij wier belang zou verloren gegaan zijn. Voor wat betreft de vordering tot schadevergoeding behoudt men natuurlijk altijd zijn belang, dus het valt aan te raden steeds een dergelijke eis in te stellen. Het wordt weliswaar complex in die gevallen waar bijvoorbeeld geprocedeerd wordt tegen de niet-aanstelling van een bepaalde ambtenaar en waarbij reeds een andere ambtenaar is aangesteld. In die gevallen moet men voor wat betreft het belangvereiste niet enkel het besluit tot niet-benoeming aanvechten maar tevens ook het besluit tot benoeming van de andere aangestelde ambtenaar (omdat men geen voordeel zou kunnen halen uit de vernietiging van het besluit tot niet-aanstelling door de aanstelling van de ambtenaar in een ander besluit). De strikte toepassing van het belangvereiste zorgt voor een zeer hoge procedurelast. Ook het Belgisch Grondwettelijk Hof heeft de Raad van State gewezen op een te strenge hantering van het belangvereiste.

Gerbrant Snijders

Ook de Nederlandse Hoge Raad is 'op de vingers getikt' door het EHRM wegens het te streng hanteren van het belangvereiste. Sindsdien wordt bij alle wettelijke maatregelen waarvan de duur voorbij is, een rechtmatigheidstoetsing achteraf uitgevoerd.

Kurt Willems

Met dat in het achterhoofd, en bovendien met een blik richting de klok, betekent het dat we recht hebben op een onderbreking.

PAUZE

Thema III. 'Reparatie'-mogelijkheden tijdens de procedure

Gerbrant Snijders

Met een frisse blik kunnen we na de pauze ons gaan buigen over de mogelijkheden in de procedures om het standpunt of de eis te wijzigen of uit te breiden. Naar de moderatoren denken, behoeven de beide procedures wat dat betreft niet te verschillen. De papers laten zien dat er wel verschillen zijn, maar dat hangt samen met de inrichting van de specifieke procedure binnen het desbetreffende rechtsgebied: procedures zijn soms heel stringent ingericht, zodanig dat wijzigingen enkel in bepaalde stukken kunnen worden opgenomen, terwijl het in andere procedures wel mogelijk is om op andere momenten ook vergaande wijzigingen door te voeren. Dat hangt niet af van het betrokken rechtsgebied.

Snijders haalt het voorbeeld aan van de in het Nederlandse burgerlijk procesrecht in hoger beroep geldende tweeconclusieregel: bij de eerste memories moet hierin vrijwel alles aangevoerd worden, anders resteren daarna vrijwel geen mogelijkheden om aanpassingen aan te brengen. Dit is overigens weer anders in eerste aanleg, zoals uit de paper van Wisman blijkt. De vraag is of hier toch verschillen bestaan tussen bestuursrecht en civiel recht? Heeft Marseille daar bepaalde gedachten over?

Bert Marseille

Zo'n twintig jaar geleden gold dat er in het bestuursrecht hier ontzettend veel opwinding over was: de gedachte heerste dat de regels ontzettend streng waren, dat wanneer er in bezwaar iets niet was aangevoerd en wel in beroep werd opgebracht, dat de rechter dit als regel buiten beschouwing hield. Tegenwoordig wordt dit vraagstuk beheerst door de beginselen van een goede procesorde: de rechter kan toelaten dat nieuwe gronden in het hoger beroep worden aangebracht, tenzij de wederpartij zich niet in de mogelijkheid bevindt om zich goed ertegen te verweren.

Zijn interesse gaat uit naar de zaal: zijn we te soepel geworden? Is er misschien sprake van dat in driepartijengeschillen hier strategisch gebruik van wordt gemaakt? Vergt dit probleem meer regulering?

Gerbrant Snijders

Alvorens we naar de zaal gaan, wordt graag de mogelijkheid nog aan Wisman verleend om hierop te reageren.

Wemmeke Wisman

Bij deze vraag is het inderdaad interessant om de zaal snel aan het woord te laten; Wisman slaat wel aan op de verwijzing naar strategisch gebruik. In de civiele procedure kan in eerste aanleg in principe de eis worden veranderd of vermeerderd, zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen; het strategische gebruik

beperkt zich wel tot een kleinere schaal zoals bijvoorbeeld wanneer een der partijen bepaalde onderwerpen bewaart tot de tweede termijn. Wel prikt de rechter hier vaak doorheen. In hoger beroep kunnen in beginsel slechts bij de memories van eis en antwoord nieuwe feiten en argumenten worden aangevoerd.

Kurt Willems

Er wordt wel degelijk een verschil gemerkt aan de Belgische bestuursrechtelijke zijde; los van de vraag over de gedachte of dit er wel zou moeten zijn. Er bestaat namelijk een stelplicht zodat het moeilijker wordt om achteraf nog iets in het geding te brengen.

Ronald Van Crombrugge

De RvS is hier streng in: in het verzoekschrift dient dan ook met alle rechtsgronden te worden gekomen die het verzoek ook ondersteunen. Het is achteraf erg moeilijk om er nog dingen aan toe te voegen; zelfs middelen van openbare orde worden toch heel terughoudend aanvaard. Er bestaat een uitzondering voor rechtsgronden die, omwille van de aard van de feiten, pas later in het geding opgeworpen konden worden.

Kurt Willems

Ter voorbereiding op de discussie met de zaal wordt de vraag gesteld waarom de auteurs-sprekers denken dat dit zo is?

Evelyne Maes

Heel veel strenge regels omtrent de stel- en bewijsplicht bij de RvS zijn ontstaan wegens historische overbelasting van de RvS. Daardoor heeft de Raad het belangveerste strikt ingevuld. Ook ging dit gepaard met een strenge beoordeling van het toelaten van rechtsgronden van openbare orde die in latere fasen van het geding worden opgeworpen.

Tegenwoordig is sprake van een mindere overbelasting van de RvS. Verwacht wordt dat er ook een nieuwe hervorming komt om binnen achttien maanden uitspraak te krijgen. Vanuit de gedachte dat dit de wortel van het probleem is, komt de verwachting ook voort dat een en ander wat versoepeld gaat worden.

Kurt Willems en Gerbrant Snijders

Graag nodigen we de zaal uit om hier iets over te zeggen.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer wil een onderscheid maken in de reparatiemogelijkheden voor wie dat geldt: burgers of bedrijven die een beroep instellen, of voor de overheid. De reparatiemogelijkheden bij het bestuur strekken zich uit over de be-

stuurlijke lus. Aan de kant van de burgers en bedrijven die opkomen tegen het besluit is het goed om een onderscheid te maken tussen 'reparatie' *tussen* de instanties; dat brengt ons bij de zogenoemde grondentrichter/-fuik. Deze hanteerde enkel de ABRvS en niet de andere hogere bestuursrechtshoofden in Nederland. Kort gezegd houdt deze in dat een beroepsgrond of middel aangevoerd moest worden bij de rechtbank en dat er anders hier niet meer in hoger beroep mee kan worden aangekomen. Deze regels zijn inmiddels teruggedraaid, met uitzondering van het omgevingsrecht omdat daar heel strategisch geprocedeerd wordt en gronden gebruikt worden om het de andere partij moeilijk te maken.

Binnen de instanties, dus eenmaal binnen beroep of hoger beroep, geldt de tiendaagregel ingevolge artikel 8:58 Awb: er mogen nieuwe stukken ter nadere onderbouwing van *eerdere* argumenten aangebracht worden. Hiervoor geldt dat het in beginsel tot tien dagen voor de zitting mag, maar dit wordt begrensd door de beginselen van een goede procesorde: wanneer een partij elf dagen van tevoren bijvoorbeeld met grote pakketten aan bewijs komt waarover hij al eerder beschikte, kan dit niet meer worden toegelaten.

Er zijn dus reparatiemogelijkheden zowel tussen de instanties als binnen de instantie zelf. Het bestuursrecht biedt deze mogelijkheden dus, maar of dit positief of negatief afsteekt ten opzichte van het civiele recht kan hij lastig inschatten.

Gerbrant Snijders

In Nederland bestaat natuurlijk de bestuurlijke lus waarmee een besluit gerepareerd kan worden. In het voorontwerp van de nieuwe Awb dat nu circuleert, wordt voorgesteld ook een burgerlijke lus te in te voeren: wordt hiermee een einde gemaakt aan een misstand, of is het juist op te vatten als een toevoeging? Hoe denkt de zaal hierover?

Dialogoog

De Nederlandse deelnemer die zojuist aan het woord was vervolgt: de Belgen kennen het fenomeen van de bestuurlijke lus natuurlijk ook – al is het maar dat het er even was totdat het Grondwettelijk Hof het heeft afgeschoten.

Een Belgische deelnemer reageert hierop: deze lus is wel degelijk terug in een nieuwe vorm, maar het is uitermate omslachtig om de beslissing te vernietigen en deze vervolgens terug te leggen bij het bestuur met een aantal aanwijzingen van de rechter op grond waarvan aanpassingen gemaakt kunnen worden.

De Nederlandse deelnemer borduurt hierop voort: in Nederland kennen wij de bestuurlijke lus nog wel in de vorm van een officieel jasje en een informeel jasje. De officiële vorm geschiedt via een tussenuitspraak waarin aangegeven wordt waar de fouten in het besluit zitten en zo mogelijk ook op welke wijze deze gerepareerd kunnen worden. Dit laatste wordt wel eens als oneerlijk ervaren door de burger, omdat aan het bestuursorgaan wel een mogelijkheid wordt verleend om een besluit te herstellen die burgers niet krijgen.

Bij een actief opstellende bestuursrechter kan er via de informele weg overigens ook heel veel richting de burger: wanneer uit een dossier blijkt dat er stukken nog nadere onderbouwing behoeven, kan het volstaan om een briefje te versturen waarin erop geattendeerd wordt dat deze feiten nog eventueel nadere aanvulling behoeven. Daarmee wordt dan een stukje bewijsvoorlichting gegeven. Dit is weliswaar niet de officiële weg, maar er is nog steeds veel mogelijk. In het voorontwerp van de burgerlijke lus (of wat hem betreft liever: de burgerlus) in de tussenuitspraak blijkt het om de feitelijke invulling te gaan, terwijl dat in de praktijk momenteel al informeel toegepast wordt. Daarvan zou mogelijk meer gebruikgemaakt kunnen worden.

Kurt Willems

Zouden de Belgische academici over dit gepercipieerde onderscheid willen uitweiden?

Beatrix Vanlerberghe

In België bestaan er genoeg mogelijkheden om nieuwe zaken aan te brengen in een burgerlijke procedure binnen bepaalde grenzen. Partijen kunnen nieuwe feiten en nieuwe middelen aanvoeren binnen zeer ruime grenzen. Wat hier interessant is, is hetgeen dat reeds eerder door Maes is aangehaald waarbij in sociale zekerheidszaken de burger zich tot de rechter kan wenden middels het sturen van een informele brief zonder enige onderbouwing van de door hem bij de rechter gestelde eis. De auditeur bij de arbeidsrechtbank zal de verzoekende partijen dan assisteren bij het verder uitbouwen van hun geschil. Hierbij wordt gezien dat de overheid zich zeer actief opstelt en de burger die recht zoekt, helpt; dit is een vorm van ongelijkheidscompensatie.

Dialogo

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat binnen het Nederlandse civiele recht een rechtsgebied bestaat waar de vrijheid voor de overheid om haar standpunt te wijzigen dan wel te herkansen wat beperkter is dan gebruikelijk, namelijk het aanbestedingsrecht. Op het moment dat de gunningsbeslissing wordt genomen, moet de motivering in de gunningsbeslissing gezet worden. Op grond hiervan moet de rechtszoekende kunnen beslissen waar hij tegen op kan komen. Deze motivering in de gunningsbeslissing beperkt de herkansingsmogelijkheid voor de overheid. Dit is volgens de jurisprudentie anders wanneer het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden wanneer rechten van derden in het geding komen.

Kurt Willems

Interessant om te merken dat het in beide landen het omgevingsrecht blijkt te zijn waarin drempels opgeworpen worden om ervoor te zorgen dat een burger minder eenvoudig een bestuursrechtelijke procedure aanvang laat nemen dan in andere rechtsdomeinen. In België is dit ook voorgekomen met de invoering van de attentieplicht: we kenden al de regel dat je tijdens een jurisdictioneel beroep bij de be-

stuursrechter geen nieuwe argumenten kon inroepen die niet reeds tijdens een administratief beroep werden opgeworpen, maar de attentieplicht gaat verder en laat de burger niet meer toe om argumenten op te werpen die niet reeds eerder op het eerste nuttige moment waren opgeworpen in de administratieve fase van het geschil. Het Grondwettelijk Hof heeft dit vernietigd. Het is toch wel interessant om vast te stellen dat in het omgevingsrecht drempels worden opgeworpen in beide stelsels.

Bert Marseille

Graag wil Marseille nog iets kwijt over de burgerlijke lus en de procespositie van de overheid. De overheid heeft in overwegende mate een sterkere positie: wanneer de bestuurlijke lus wordt toegepast, heeft de rechter de mogelijkheid om aanwijzingen te geven aan het bestuursorgaan om het besluit te herstellen. Met de duidelijkheid over de gebreken in het besluit, maakt de rechter impliciet ook duidelijk op welke manier het bestuursorgaan die gebreken kan herstellen.

Dat brengt mee dat de andere (burger) partij kan zeggen dat het bestuursorgaan eigenlijk teveel is geholpen door de formulering van de gebreken; hier is de gepercipieerde ongelijkheid dat het bestuursorgaan wel over een bestuurlijke lus kan beschikken, terwijl de burger (nog) niet een burgerlus heeft. De feitelijk ervaren ongelijkheid is vooral gelegen in de toepassing: wanneer de lus toegepast wordt, moet de rechter enigszins openlaten hoe het bestuursorgaan dat gebrek zal herstellen.

Marseille is verder van mening dat het op dit punt in veel gevallen de voorkeur verdient informele lussen toe te passen waarbij partijen op elk moment in de procedure in de gelegenheid gesteld kunnen worden om standpunten nader te onderbouwen of bewijzen te leveren. Interessant is hier vooral om te onderzoeken hoe vaak de rechter deze bevoegdheden gebruikt ten bate van het bestuursorgaan en de burger. Tien jaar geleden werd in dit kader trouwens eens een experiment gedaan waar partijen uitgenodigd werden voor een soort van vroege zitting. Dat leidde er in veel gevallen toe dat de burger de gelegenheid kreeg zijn standpunt over de feiten nader te onderbouwen, maar, zo bleek, zelden met een voor die burger gunstig resultaat. Daarom is bepleit dat de rechter, voordat hij het vooronderzoek ten bate van de burger heropent, met de burger bespreekt wat het bewijs dat hij wil leveren precies behelst en hoe groot de kans is dat hij de rechter weet te overtuigen, zodat wordt voorkomen dat het heropenen ten bate van de burger uiteindelijk voor die burger niets oplevert.

Thema V. Procesrechtelijke drempels

Gerbrant Snijders

In verband met de tijd wordt graag overgegaan naar het volgende onderwerp: drempels.

We kennen natuurlijk duidelijke verschillen tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht voor wat betreft de termijnen, griffierechten, verplichte procesvertegenwoordiging en de mogelijkheid van proceskostenveroordeling.

In het Nederlands bestuursrecht is de proceskostenveroordeling asymmetrisch geregeld: de belanghebbende kan in principe niet worden veroordeeld in de kosten van de overheid als hij verliest, maar omgedraaid kan dit wel bij het winnen van de zaak. In België is dit blijkens de papers in de meeste procedures anders. Zijn dergelijke eigenschappen van het procesrecht noodzakelijk, of is het een Nederlandse bijzonderheid?

Kurt Willems

Er is in België geen groot onderscheid bij beide procedures; de stelplicht bestaat wel, maar dit is als zodanig misschien het enige punt om aan te merken.

Gerbrant Snijders

In Nederland is het verschil vrij belangrijk, want in het privaatrecht wordt de verliezende partij wel als hoofdregel in de kosten veroordeeld; in België is dat verschil er dus niet of minder. Denkt de zaal hier iets over?

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat er een groot onderscheid bestaat voor wat betreft de toegang tot het recht. Wanneer een zaak tegen de overheid wordt verloren bij de civiele rechter lopen de kosten van de griffierechten en de proceskostenveroordeling hoog op, terwijl dit in het bestuursrecht goedkoper is en de lat om te procederen derhalve laag ligt. Zijn opvatting is dat dit in het bestuursrecht misschien wel te laagdrempelig is en dat het ook in de hand werkt dat belanghebbenden, zonder analyse vooraf, omwille van het platleggen van een project beroep instellen tegen een bestemmingsplan. Zij hoeven verder geen proceskostenveroordeling jegens de overheid te betalen; hierdoor is er weinig impuls om beroepen achterwege te laten. Dit vindt ook zijn weerslag op de doorlooptijd van belangrijke procedures. De deelnemer vindt dit een belangrijk onderscheid tussen civiel- en bestuursrecht.

Gerbrant Snijders

Bent u ervoor dat hieraan iets wordt gedaan, en dat Nederland op dit punt meer op België gaat lijken?

Dialogoog

De Nederlandse deelnemer is van mening dat wanneer een zaak aangespannen wordt daarvoor ook redelijke aanknopingspunten moeten bestaan, opdat een en ander juridisch goed afgedekt kan worden. Wanneer de overheid in een civielrechtelijke procedure aansprakelijkheid wordt gesteld voor het een en ander is dit vaak

goed onderbouwd, maar in een bestuursrechtelijke procedure is dit minder inhoudelijk omkleed. De wetgever heeft bewust gekozen voor het hiervoor omschreven stelsel van de proceskostenveroordeling en de griffierechten binnen het bestuursrecht.

Bert Marseille

De rechter is hier aan zet: hij heeft alle mogelijkheden om bij oneigenlijk gebruik van de procedure de burger in de proceskosten te veroordelen. In belastingzaken, waar veel wordt geprocedeerd door gemachtigden die het er met name om te doen lijkt proceskostenvergoedingen te innen, maakt de rechter weinig gebruik van zijn mogelijkheden hier paal en perk aan te stellen. Wanneer een burger gedeeltelijk gelijk krijgt of de zaak simpel is, kan de rechter de proceskostenveroordeling hierop aanpassen. Kijkend naar de jurisprudentie van de belastingrechter is hij te voorzichtig met het toepassen van deze instrumenten.

Dialoog

Een Nederlandse deelnemer voegt toe dat de rechter veel meer zou kunnen bewerkstelligen, omdat de wet veel meer toelaat dan waarvan nu gebruik wordt gemaakt. Een rechtspersoon kan namelijk gewoon veroordeeld worden tot het betalen van de proceskosten, ook wanneer geen sprake is van misbruik van procesrecht. Niettemin gebeurt dit niet zo vaak, ook niet in driepartijengeschillen waar dit makkelijk(er) zou kunnen.

Gerbrant Snijders

Waarom gebeurt dat niet zo vaak?

Dialoog

De Nederlandse deelnemer vervolgt en stelt dat hij niet uit de raadkamer wil klappen.

Wemmeke Wisman

Het is wellicht lastig om de eerste te zijn.

Dialoog

De Nederlandse deelnemer gaat verder en stemt daarmee in. Een ander punt dat hij graag aan de orde wil brengen is dat wanneer er meer mogelijkheden zouden moeten zijn om de burger te veroordelen in de proceskosten van het bestuursorgaan, de vervolgvraag is wat de exacte kosten hiervan zijn. De meeste bestuursorganen sturen een ambtenaar waarvoor een heel andere proceskostenbeoordeling gemaakt zou moeten worden, omdat er natuurlijk geen kosten zijn gemaakt. Doordat er geen kosten worden gemaakt kan de overheid ook geen aanspraak maken op een

forfaitaire vergoeding. Misschien vergt dit dus een bijkomende wijziging wanneer we hierin zouden willen voorzien.

Een andere deelnemer uit Nederland reflecteert graag verder op dit door de vorige spreker aangehaalde punt en de vraag of er teveel zaken bij de rechter komen. Het is dan erg de vraag of de rechter de aangewezen persoon is om dit op te lossen. Scheltema denkt eigenlijk dat niet alleen in het bestuursrecht maar ook in het civiele recht voordat een procedure begint, mensen voorgelicht moeten worden hoe hun positie geïnterpreteerd moet worden. Niet alles is te voorkomen, maar voorlichting over hun positie kan helpen. In het bestuursrecht zie je daar soms wel voorbeelden van (zoals het geval waar bij betwisting van een omgevingsvergunning even door de ambtenaar met de partij die bezwaren heeft wordt gebeld teneinde af te toetsen wat de positie van de partijen is).

Bert Marseille

Marseille is het hier helemaal mee eens, maar brengt onder de aandacht dat er desondanks sprake is van twee verschillende groepen. Bij sommige mensen helpt voorlichting over hun positie, terwijl andere mensen welbewust misbruik maken van de mogelijkheid om te procederen en dit inzetten als verdienmodel. Voor deze laatste groep zal voorlichting niet helpen en zal de rechter hiertegen moeten optreden. De wetgeving kan hierin ook iets betekenen, maar wanneer de rechter zegt dat hij hiermee niets kan, klopt dit zijns inziens niet.

Wemmeke Wisman

In het algemene bestuursrecht kan Wisman het niet goed beoordelen, maar de rechtspraak van de fiscale kamer van de Hoge Raad geeft weinig redenen tot optimisme voor de mogelijkheden die de fiscale bestuursrechter heeft. Er wordt van alles geprobeerd om de proceskostenvergoedingen te beperken in procedures die enkel gevoerd lijken te worden als verdienmodel. Er is net een nieuw wetsvoorstel ingediend met betrekking tot de Wet waardering onroerende zaken en de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijtuigen 1992 om deze wat meer af te bakenen.

Ronald Van Crombrugge

Graag komt Van Crombrugge terug op het feit dat bij de Belgische RvS de financiële drempels niet zo hoog zijn, maar dat juist vooral de strenge stelplicht voor een filter zorgt. In feite kan een burger zonder advocaat heel moeilijk een verzoekschrift indienen bij de RvS dat ook ontvankelijk is. In het verzoekschrift worden ook de rechtsgronden zelf ontwikkeld en bovendien vormen de rechtsgronden ook strenge ontvankelijkheidsvoorwaarden. Het juridisch document kan niet enkel bestaan uit een feitenrelaas. Uit het feit dat je je eis juridisch moet kwalificeren, volgt natuurlijk dat je al naar een advocaat zal moeten gaan hetgeen ook sowieso een financiële kost met zich zal meebrengen. De drempel ligt hierbij weliswaar niet bij de rolrechter op de proceskostenveroordeling.

Kurt Willems

Het debat is inmiddels op scherp gesteld. Wanneer een drempel wordt opgeworpen voor wat betreft de toegang naar de rechter moet worden afgevraagd of de drempel er überhaupt moet zijn, en welk criterium gehanteerd wordt. Enerzijds kan dit financieel ingegeven zijn; anderzijds kan het een juridische drempel zijn door de verplichting tot onderbouwing van je verzoek in feite en in rechte; dit kan ook gekoppeld worden aan het belang dat een burger moet hebben ondanks zijn objectief contentieus; of ten slotte kunnen drempels ook gekoppeld worden aan voorlichting. Dit zijn interessante vragen. Bijkomend kan de vraag worden gesteld of de criteria anders moeten zijn voor de bestuursrechter, de burgerlijke rechter of de omgevingsrechter.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat de gedachte is dat er verschillen zijn in het bestuursrecht en civiele recht waar het gaat om de kosten. Historisch gezien hebben wij het bestuursrecht te danken aan het feit dat het makkelijk toegankelijke rechtspraak zou moeten zijn. Eerlijk gezegd zou deze deelnemer die gedachte in deze tijd niet willen loslaten: de behoefte en het idee dat de overheid aan het recht gebonden is en dat dit op een makkelijke manier bereikt kan worden bij de rechter en dat de burger geen risico moet lopen voor een proceskostenveroordeling moet niet worden losgelaten in het bestuursrecht. Zoals bij iedere hoofdregel dreigen er ook misstanden te ontstaan, maar hiervoor dienen oplossingen te worden gezocht in plaats van heel het systeem te veranderen.

Vertrekkende van dit grote verschil tussen het bestuursrecht en het privaatrecht zou deze deelnemer ervoor willen pleiten dat het bestuursrecht dit behoudt. Wanneer de andere kant op geredeneerd wordt: wil het privaatrecht toegankelijker worden voor burgers als het gaat om procedures tegen de overheid, dan zouden de regels uit het bestuursrecht voor de makkelijke toegang tot de rechter overgenomen moeten worden in het privaatrecht. De kosten van een procedure bij de burgerlijke rechter zijn nu veel te hoog. Daaraan zou iets moeten gebeuren. Er is geen gerechtvaardigde reden waarom voor het procederen bij de bestuursrechter tegen de overheid weinig drempels worden opgeworpen en voor het procederen bij de gewone rechter tegen de overheid niet in een vergelijkbare soepelheid wordt voorzien. De ratio hierachter in het bestuursrecht is dat de overheid een aparte partij is waartegen de burgers behoed moeten worden; zeker na de Toeslagenaffaire heeft dit gedachtegoed aan gewicht gewonnen. Dit laat onverlet dat nagedacht moet worden over de uitwassen, maar de hoofdregel moet niet weggegooid worden.

Gerbrant Snijders

Snijders vindt dit een mooi pleidooi. De kosten van de procedure bij de burgerlijke rechter in Nederland zijn nu inderdaad hoog.

Bert Marseille

Marseille is het helemaal met de deelnemer eens. Overigens stond niet ter discussie of er iets aan de toegang gedaan moest worden, maar wel dat de burger de verantwoordelijkheid heeft om netjes te procederen en anders kan de rechter hiervoor best een sanctie geven.

Gerbrant Snijders

Snijders vraagt of op deze kenmerken van het Nederlandse bestuursprocesrecht het etiket van ongelijkheidscompensatie kan worden geplakt.

Bert Marseille

Marseille bevestigt dit met overtuiging.

Thema VI. Toetsingsintensiteit van de rechter in de procedure

Gerbrant Snijders

Kijkend naar zijn mede-moderator wordt overgegaan naar het volgend onderwerp: hoe verloopt de procedure in zijn algemeenheid? De vraag is eigenlijk hoe tegen de procedure in zijn geheel wordt aangekeken; toetsingsintensiteit, houding van de rechter, etc. Wat gaat er goed en wat kan erover gezegd worden?

Wemmeke Wisman

Dit hangt er enorm van af wat er in de civiele procedure voorligt: wanneer dit verband houdt met een besluit, komt altijd ter discussie of niet naar de bestuursrechter moet worden gegaan. Als het gaat om onderwerpen waar beoordelingsvrijheid of beleidsvrijheid is, dan zie je dat de civiele rechter met name in kort geding wel wat terughoudendheid betracht en niet op de stoel van de politiek of de wetgever wil gaan zitten.

Gerbrant Snijders

De vraag is ten dele beantwoord: de Nederlandse burgerlijke rechter toetst op eenzelfde manier bestuurlijk handelen als de bestuursrechter. De toetsingsintensiteit loopt niet uiteen, omdat deze bepaald wordt door het materiële recht.

Bert Marseille

Graag wil Marseille een opmerking maken over Groningen, omdat er wel een verschil hierin aan te merken is. Vaak wordt gesteld dat wanneer eenzelfde zaak door de civiele rechter in plaats van door de bestuursrechter wordt behandeld, de kans dat de burger wint groter zou zijn, omdat de civiele rechter meer oog zou hebben voor de belangen van de burger. Marseille gelooft niet dat er op dit punt een verschil is tussen de bestuursrechter en de civiele rechter.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer komt tussen en stelt dat ze dit wel degelijk gelooft. Als voorbeeld verwijst ze naar de aardbevingsschadedossiers. Uit deze zaken blijkt dat de bestuursrechter heel erg formalistisch toetst; vaak is het 'ticking boxes', terwijl de civiele rechter in zo'n zaak veel sneller een deskundige zal inschakelen. De bestuursrechter bij de rechtbank doet dat eigenlijk nooit.

Bert Marseille

Marseille stelt hierbij de vraag wie dit gaat betalen.

Dialogoog

De Nederlandse deelnemer vervolgt: dit is een probleem waar inmiddels voor aardbevingzaken een potje voor de kosten is aangemaakt van waaruit naast advocaten ook deskundigen betaald kunnen worden. Dat is volgens haar meer een praktisch probleem, maar het komt erop neer dat het niet in de traditie of haarvaten van de bestuursrechter zit om zelf het feitenonderzoek te gaan uitvoeren.

Er wordt volstaan met een vergewisplicht: de bestuursrechter gaat in redelijkheid af op hetgeen de door het Instituut Mijnbouwschade Groningen (hierna: IMG) aangestelde deskundige hierover gevonden heeft. Als een burger niet met een eigen deskundigenbericht komt, is hij sowieso verloren.

Bert Marseille

Marseille acht dit interessant en brengt een nuance aan: wanneer we het hebben over het materiële geschil wordt dit beslecht door rechters met een deels bestuursrechtelijke en deels civielrechtelijke achtergrond. Het is de taak van de rechter om vast te stellen of er schade is geleden, en zo ja, hoeveel er vergoed moet worden. Op dat punt verschilt de benadering van de bestuursrechter niet van die van de civiele rechter.

Dialogoog

De Nederlandse deelnemer meent dat daar precies het verschil zit in benadering. De civiele rechter zou vaststellen wat de schade precies is, terwijl de bestuursrechter zal vaststellen of het IMG in redelijkheid de schade heeft kunnen vaststellen op x.

Kurt Willems

Wanneer de feiten zelf door de bestuursrechter ter hand worden genomen en deskundigenonderzoeken met elkaar worden vergeleken, kan de vraag gesteld worden wat de grenzen zijn aan de beslissing van de bestuursrechter voordat gesteld wordt dat de bestuursrechter op de stoel van het bestuur gaat zitten?

Dialogo

De Nederlandse deelnemer gaat verder: dat maakt de aardbevingsschadezaken interessanter, omdat de bestuursrechter het civiele recht moet gaan toepassen – dat staat in de wet. Het is niet zo dat de bestuursrechter op de stoel van het bestuursorgaan gaat zitten wanneer hij vaststelt dat de schade niet x maar y is, omdat hij gewoonweg het civiele recht toepast. De bestuursrechter is echter instrumenteler. De bestuursrechter heeft de mogelijkheid om zelf een deskundige te benoemen, maar de eerste bestuursrechter die dit heeft gedaan is de ABRvS. Wat is er dan gebeurd in de honderden zaken bij de rechtbank Groningen? Dat is toch moeilijk te verklaren?

Gerbrant Snijders

Snijders vindt dat hiermee een goed punt wordt aangesneden. In een conclusie die hij als A-G heeft gemaakt, wordt uiteengezet dat de bestuursrechter in zaken van mijnbouwschade onder de Tijdelijke wet Groningen zelf de feiten moet vaststellen. Dat volgt uit de door de wetgever gekozen methodiek waarin de bestuursrechter op de aanspraak tot schadevergoeding het civiele recht moet toepassen en de belanghebbende eenzelfde aanspraak op schadevergoeding heeft willen geven als hij bij de burgerlijke rechter heeft. Het bestuursbesluitmodel van de Tijdelijke wet Groningen brengt mee dat de feitenvaststelling in dit verband in eerste instantie door het IMG moet plaatsvinden, dat als bestuursorgaan is aangewezen om de schadevergoeding vast te stellen. Dit stelsel brengt mee dat de deskundige al door het IMG wordt ingeschakeld en niet pas door de rechter. Qua uitkomst zou dat echter geen verschil mogen maken, omdat, als gezegd, de bestuursrechter in dit geval zelf de feiten moet vaststellen en dat dus geen bevoegdheid van het IMG is als bestuursorgaan. Dat het IMG al een deskundige inschakelt zal in veel gevallen meebrengen dat de rechter daartoe geen aanleiding meer ziet. Dat is wel een verschil met de procedure bij de burgerlijke rechter, maar zou om genoemde reden niet tot een andere uitkomst mogen leiden. Daarbij valt te bedenken dat ook de burgerlijke rechter mag afgaan op een deskundigenbericht dat in opdracht van een van partijen is opgesteld.

Wemmeke Wisman

Graag brengt Wisman nog een gezichtspunt naar voren. Hier bestaat een belangrijk verschil tussen het burgerlijke recht en het bestuursrecht: in het bestuursrecht ligt er eerst een besluit en alleen besluiten die worden aangevochten komen uiteindelijk bij de bestuursrechter terecht. Wanneer van meet af aan civiel geprocedeerd wordt, start je zonder besluit en dus ook zonder enige vergoeding. Om iets te zeggen over de effectiviteit van het bestuursrechtelijke traject zou je moeten meten hoeveel verzoeken er worden gedaan, hoeveel er worden gehonoreerd, hoeveel daarvan worden aangevochten en wat daar verder mee gebeurt. Het voortraject is dus afwijkend, maar Wisman heeft wel begrepen dat er in het kader van afhandeling door het IMG op grond van bewijsvermoedens sneller aangenomen kan worden dat er een causaal verband is en hiermee tegemoetgekomen wordt aan gedupeerden.

Kurt Willems

Willems vraagt of er aan Belgische zijde deelnemers zijn die willen reageren.

Evelyne Maes

Voor het onderscheid tussen een burgerlijke procedure en een bestuursrechtelijke procedure is al eens aangestipt dat in België in principe twee wegen bestaan. Voor wat betreft het objectief contentieux kan naar de RvS worden gegaan aan de hand waarvan de wettigheid van een bestuurshandeling wordt getoetst. Dit betekent dat zal worden nagegaan of de norm in overeenstemming is met een hogere norm. Voor het subjectief contentieux geldt dat altijd naar de burgerlijke rechter kan worden gegaan. Het objectieve recht kan bijna steeds vertaald worden als subjectief recht. Zo kan bijvoorbeeld uit het objectief recht van het gelijkheidsbeginsel in concrete gevallen een subjectief recht voor het respecteren van dit gelijkheidsbeginsel worden afgeleid. Dat betekent dus dat bij partijen een strategische keuze ontstaat betreffende de vraag met welk probleem naar welke rechter kan worden gegaan. Als voorbeeld bespreekt Maes een zaak waarbij een hele groep gokkers naar de rechtbank van eerste aanleg te Namen was getrokken om de uitvoering van een besluit te schorsen in kort geding. Er werd specifiek voor deze rechtbank gekozen omdat zij wisten dat deze rechtbank gekend staat om heel grondig te toetsen. In principe zeggen wij wel dat je best naar de Raad van State kan gaan omdat de Raad van State het gewoon is om overheidsbeslissingen te toetsen, maar dit betekent natuurlijk niet dat de gewone rechter ook geen grondige toetsing kan doorvoeren om de overheid op het matje te roepen.

Beatrix Vanlerberghe

Hieraan kan worden toegevoegd dat de toetsingsintensiteit van de burgerlijke rechter afhangt van de aard van het geschil. In bepaalde gevallen zal de civiele rechter vol gaan toetsen wanneer het gaat om de gebonden bevoegdheid van de overheid, maar de rechter mag niet zelf het beleid of de opportuniteit van de beoordeling gaan beoordelen. Het hangt dus af van de aard van het geschil wat precies de toetsingsintensiteit is van de burgerlijke rechter.

Kurt Willems

Opnieuw verwijzen we met veel plezier naar de verslagen van de eerste meeting (www.recht-in-dialoog.eu)!

Thema IV. Ongelijkheidscompensatie**Gerbrant Snijders**

Een aantal verschillen hebben we inmiddels gezien en deze zijn terug te brengen op het feit dat de belanghebbende burger behoefte heeft aan een compensatie tegen de feitelijke macht en de beslissingsmacht van de overheid. Er is al een aantal elementen aan bod gekomen, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid van de bestuurs-

rechter een actieve rol te vervullen bij het onderzoek van het administratief dossier en de lage drempels om een geding bij de bestuursrechter aanhangig te maken.

Bert Marseille

Wat mooi is aan het paper van Wisman is om te zien dat de civiele rechter de manier waarop hij het geschil benadert, laat afhangen van de machtspositie van de verschillende partijen en er dus ook rekening mee houdt wanneer de overheid procedeert tegen een burger. In het bestuursrecht geldt ongeveer hetzelfde. Er bestaan namelijk verschillen tussen gevallen waarbij een gewone burger procedeert tegen de gemeente Amsterdam en de situatie waarbij Shell procedeert tegen een veel kleinere gemeente.

Wat teleurstellend is, is dat de *Korošec*-uitspraak van het EHRM nog niet een impuls of anderszins meer inhoud heeft gegeven aan ongelijkheidscompensatie. In veel bestuursrechtelijke geschillen is het voor burgers feitelijk onmogelijk om een zorgvuldig opgemaakt deskundigenrapport van een bestuursorgaan aan te vechten – gewoonweg vanwege het feit dat ze niet de financiële middelen hiervoor hebben. De verwachting was dat de *Korošec*-uitspraak ertoe zou leiden dat de bestuursrechters hun mogelijkheden tot het opdragen van deskundigenonderzoek zouden benutten. Feitelijk is het jammer genoeg niet zo gegaan. Op het punt van de deskundige zou het beter zijn om wat meer aan ongelijkheidscompensatie te doen.

Gerbrant Snijders

Aan Wisman wordt aansluitend de vraag gesteld of er voldoende in het civiele recht gedaan kan worden aan ongelijkheidscompensatie met betrekking tot de overheid.

Wemmeke Wisman

De ongelijkheidscompensatie in de civiele procedure is vaak een opeenstapeling van heel kleine aspecten die tezamen de nodige impact kunnen hebben. De wet geeft er geen directe aanknopingspunten voor, maar de manier waarop het bewijsrecht wordt toegepast en verder wordt omgegaan met informele dingen als het acht slaan op nieuwe stukken, hoeveel pleittijd toebedeeld wordt aan partijen en de feitelijke omgang ter zitting met de pleittijd, kan wel verschil maken. Deze reeks kleine beslissingen kan veel invloed hebben op de uiteindelijke uitkomst van een geschil.

Ongelijkheidscompensatie veronderstelt wel dat iemand meent dat er enige vorm van ongelijkheid is die gecompenseerd moet worden, wat tot op zekere hoogte subjectief is. Het is niet per definitie zo dat er een ongelijkheid is tussen de overheid en de wederpartij die om een stelselmatige vorm van ongelijkheidscompensatie vraagt. Het zou vermoedelijk ook niet goed te rijmen zijn met artikel 6 EVRM en het wapengelijkheidsbeginsel als je daar ingrijpende maatregelen voor zou gaan treffen. Daarbij biedt het wettelijk stelsel al bepaalde instrumenten, die niet speciaal zijn gegeven met het oog op de overheid als procespartij. Je kunt daarmee een vorm

van ongelijkheidscompensatie toepassen tussen partijen indien de rechter dat aangewezen acht zonder dat dit per se een relatie hoeft te hebben met het feit dat een van partijen een overheidsorgaan is.

Gerbrant Snijders

Er vindt dus genoeg ongelijkheidscompensatie ten opzichte van de overheid in het civiele recht plaats.

Kurt Willems

Het woord ongelijkheidscompensatie is als zodanig nog niet erg bekend in het Belgische rechtsstelsel, maar de achterliggende gedachte van gebruikmaking van bepaalde tools door de civiele rechter dan wel bestuursrechter om ongelijkheid te compenseren in de ene of andere richting wordt wel herkend. Zijn er aan weerszijden nog interessante getuigenissen over te delen?

Beatrix Vanlerberghe

In het Belgische burgerlijk procesrecht zijn er veel mogelijkheden voor de rechter om ongelijkheden te compenseren; hiervoor is het niet noodzakelijk dat het ten laste komt van de overheid. De rechter beschikt over veel mogelijkheden. Hij kan bijvoorbeeld ambtshalve de gevoerde rechtsgronden aanvullen en dat is een vorm van ongelijkheidscompensatie: een partij wordt geholpen die bepaalde middelen niet heeft gezien en die misschien niet vertegenwoordigd is door een advocaat.

Verder bestaat de medewerkingsplicht waarbij de rechter ook gaat kijken welke partij het meest geschikt is om het bewijs te leveren en die dat dan ook moet doen. Het voorbeeld wordt aangehaald van sociale zekerheidszaken: er geldt een vereenvoudigd verzoekschrift, de vertegenwoordiging mag geschieden door bloed- en aanverwanten en onder meer de vakbondsorganisatie. Eveneens zullen in sociale zekerheidszaken de proceskosten steeds ten laste van de overheid vallen.

Terugkomend op het probleem van het deskundigenonderzoek: in burgerlijke zaken komt de problematiek van het voeren van bewijs tegen het deskundigenonderzoek van de overheid minder voor. In uitkeringszaken gebeurt vaker dat wanneer een verslag voorligt en hier betwisting over is, dat de burgerlijke rechter geneigd zal zijn om een onafhankelijke deskundige aan te stellen om dit te laten dubbelchecken. Dit gebeurt wellicht meer in het Belgisch burgerlijk recht dan in het Nederlandse bestuursrecht.

Ronald Van Crombrugge

In België heerst in het bestuursrecht min of meer een 'kom maar op'-mentaliteit, maar dat kan genuanceerd worden. De strengheid in het Belgische bestuursrecht wordt wat milder gemaakt door het verschil dat bestaat tussen Nederland en België voor wat betreft de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter op basis van het subjectief en objectief contentieux. Het gevolg hiervan

is bijvoorbeeld dat het sociale zekerheidscontentieux in België voornamelijk bij de burgerlijke rechter zit en niet bij de bestuursrechter. De impact van de vaststelling dat er minder aan ongelijkheidscompensatie wordt gedaan in het Belgische recht, wordt hierdoor verzacht. De typische voorbeelden die in het publiek worden aangehaald waar de Nederlandse bestuursrechter aan gelijkheidscompensatie doet, worden eigenlijk in België steeds door de burgerlijke rechter behandeld die meer rekening zal houden met de positie van de partijen. Door de papers te lezen los van de context lijkt het bestuursrecht in België heel streng te zijn, maar de context levert dus een belangrijke nuance.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer merkt op dat vanuit Belgisch oogpunt ongelijkheidscompensatie niet helemaal gekend wordt, maar instinctief wordt gedacht of de nieuwe zaaksbehandeling hier niet onder zou kunnen vallen. Misschien dus niet echt *the hard approach*, maar toch *the soft approach* waarin de overheid rekening houdt met de ongelijke situatie van de burger die zich ten aanzien van de pejoratieven van de overheid bevindt? Hij stelt de vraag of Marseille het hiermee eens is of dit nogmaals zou willen verduidelijken voor de Belgische geïnteresseerden.

Bert Marseille

De nieuwe zaaksbehandeling bestaat sinds 2012 en houdt in dat de bestuursrechter aan het begin van de zitting aan partijen vraagt wat hun belangen zijn en nagaat wat de stellingen over de feiten zijn en of hier voldoende feiten voor zijn aangeleverd en deze voldoende zijn geëxpliciteerd. Het is echter onduidelijk hoe het er hiermee momenteel voor staat en hoe breed deze wijze van behandeling op dit moment plaatsvindt. In zoverre was dit ongelijkheidscompensatie, omdat er niet langer van werd uitgegaan dat het de verantwoordelijkheid is van de burger om zijn zaak zelf volledig te onderbouwen maar dat de rechter de partijen hierbij begeleidt. De 'nieuwe' zaaksbehandeling zou je kunnen zien als een uiting van ongelijkheidscompensatie en behelst dit element ook.

Thema VII. Behoefte aan nadere regels dan wel wijziging aanpak?

Kurt Willems en Gerbrant Snijders

Wegens tijd gaan we door naar het laatste onderwerp voordat we het spreekwoordelijke stokje weer overdragen aan Lidy Wiggers-Rust. Hebben we behoefte aan nadere regels, wat heeft deze discussie ons opgeleverd?

Snijders heeft het idee dat de regels goed uit de verf komen; er is veel mogelijk en er kan veel gebeuren. Dit is wel vrij afhankelijk van wat de rechter in het concrete geval wil doen. Kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat de procesregels in het algemeen gewoon kloppen? Vinden wij dat allemaal?

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer brengt *for the sake of the argument* naar voren dat het opvallend is dat in België wat in Nederland bestuursrecht is voornamelijk bij de civiele rechter loopt, waar op basis van het verschillende contentieux specifieke regels bestaan. In Nederland bestaat de Awb voor heel veel uiteenlopende geschillen, maar leidt dit er niet toe dat we over het algemeen te uniform en te streng zijn? Kan aangeraden worden dat in Nederland ook de zaken gesplitst moeten worden voor wat betreft de processuele kant? Er bestaat namelijk het risico dat het gegeven dat er geschillen zijn die beperkingen behoeven, tot gevolg heeft dat ook in andere zaken wordt gekomen tot een te strenge en onnodige toepassing hiervan. Dan zouden wij toch wat moeten veranderen?

Kurt Willems

Bij deze vraag heb je eigenlijk het criterium op basis waarvan we onderscheid zouden kunnen maken veranderd van het verschil dat zou kunnen/moeten bestaan bij het procederen tegen de overheid versus het procederen tegen de burger naar een onderscheid gebaseerd op de aard en het voorwerp van het geschil. De strategische keuze die in België gemaakt zou kunnen worden moet dan ook enigszins genuanceerd worden gezien, nu die gebaseerd is op basis van het onderscheid tussen het voorwerp van de eis en dit dus partijen wel enigszins beperkt bij de keuze voor welke rechter zij willen procederen. Het is niet zo dat men zomaar de mogelijkheid heeft om een rechter te kiezen waarbij men dan gaat procederen.

Beatrix Vanlerberghe

Het is een uitdagende oefening om alles bij elkaar te leggen vanwege de diversiteit aan mogelijkheden, omdat alles niet uniform is verankerd in het Gerechtelijk Wetboek. Je moet het overal wat gaan zoeken. Sommige dingen zijn heel specifiek georganiseerd voor een bepaalde rechtstak, en dat maakt een en ander soms vrij diffuus. Het procederen is daarom niet altijd gemakkelijk. Het zou misschien beter zijn om een duidelijke set van regels te hebben.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer wil graag toevoegen dat hij pleit voor een algemeen decreet bestuursrecht in België waarin juist uniformiteit centraal staat in plaats van diversiteit.

Gerbrant Snijders

De laatste ronde is aangebroken in verband met de tijd.

Kurt Willems

Interessant punt dat gemaakt is vandaag is dat de verplichting tot het voorleggen van het administratieve dossier ongeacht de procedure waarin men verkeert, zij

het burgerlijk, zij het bestuursrechtelijk, zou moeten worden verduidelijkt. Dit is een inzicht dat wordt meegenomen uit de discussie vandaag.

Gerbrant Snijders

Mooie afsluiting. Nu geef ik het woord graag terug aan Lidy Wiggers-Rust.

Afsluiting en slotwoord

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter

Lidy Wiggers-Rust dankt Gerbrant en Kurt voor hun voortreffelijke leiding van de dialoog en neemt het stokje weer van hen over.

Zij zegt ook dank aan de auteurs-sprekers die de vergadering niet alleen van uitstekend materiaal hebben voorzien om deze dialoog te kunnen voeren, maar ook tijdens de dialoog zeer inspirerend waren.

De vergadering geeft moderatoren en auteurs een groot applaus!

De voorzitter zwaait ook lof en dank toe aan de experts voor hun bijdrage.

Zij werpt de intussen gebruikelijke vraag op wat we op hoofdlijn en in het kort meenemen van deze dialoog, waarvan het onderwerp nog lastiger was dan voorzien: er is verschil in aanpak en benadering tussen rechters, we weten op punten niet precies hoe het zit en in België is relevante wetgeving verspreid over meerdere wetboeken.

Zij waagt niettemin een poging een en ander op een rij te zetten:

1. Allereerst enkele verschillen tussen de mogelijkheden/aanpak van rechters in Nederland en België op hoofdlijn: de burgerlijke rechter in Nederland lijkt ietsje lijdelijker dan die in België: de rechter in België kan zelf onderzoek verrichten, feiten en rechtsgronden aanvullen en in de stukken duiken. De Nederlandse burgerlijke rechter kan zelf wel rechtsgronden maar geen feiten aanvullen en kan niet een vordering toewijzen respectievelijk een verweer honoreren op de grondslag van feiten en omstandigheden die hij weliswaar relevant vindt, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering respectievelijk verweer ten grondslag zijn gelegd. Hij is doorgaans wel reuze actief met vragen op zitting en kan ook – maar dit gebeurt minder vaak – ontbrekende stukken doen bijbrengen of stukken waarop een beroep is gedaan doen toelichten; voorts kan hij – en dit gebeurt regelmatig – deskundigenonderzoek gelasten. Anders dan de burgerlijke rechter is de bestuursrechter in België juist terughoudender dan in Nederland, mogelijk als gevolg van de rechtsmachtverdeling (bij hem komt alleen het annulatieberoep) en als gevolg van zijn workload, waar, zo is de verwachting in België, binnenkort iets aan wordt gedaan.

2. Er zijn ook relevante verschillen tussen privaatrecht en bestuursrecht, in beide landen. In het bestuursrecht stelt het bestuur in beide landen in eerste instantie de feiten vast. Het feitensubstraat ligt er. In het burgerlijk recht worden de feiten vastgesteld door de rechter. Daar is geen voorfase, zodat de uitgangsposities verschillen. In België moet het bestuur (in elk geval in het bestuursrecht) het administratief dossier overleggen; in Nederland gaat het daar om 'de op de zaak betrekking hebbende stukken'. In het privaatrecht bepalen partijen in beginsel zelf wat zij overleggen, maar zeker in België wordt van een loyaal bestuur ook in het privaatrecht wel min of meer overlegging van het administratief dossier verwacht. Beide landen kennen de domeingedachte (overleggen wat in je domein ligt) en deze werkt ook door in bewijsposities.
3. In het privaatrecht is zowel in Nederland als in België gedurende de procedure nog veel ruimte voor feitengaring, aanvulling of aanpassing van gronden en bewijs. In Nederland ook voor eiswijziging. Deze is, behoudens de goede procesorde, in eerste aanleg mogelijk zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen. Dat laatste ligt in België in zoverre anders dat eisen weliswaar kunnen worden aangevuld of gewijzigd, maar slechts voor zover gebaseerd op een feit dat of een akte die in de inleidende akte aangevoerd staat. In het bestuursrecht in België moet alles dadelijk in het verzoekschrift worden opgenomen en is er daarna geen aanpassingsruimte. In Nederland moet je in het bestuursrecht als appellant ook liefst een heel goede start maken vooral wat betreft de gronden. Binnen de instanties geldt de zogenoemde tien dagen-regel voor het indienen van nadere stukken ter onderbouwing van reeds aangevoerde argumenten. Tussen de instanties is dit daar recent beter geworden in die zin dat de zogenoemde grondentrichter in hoger beroep niet meer geldt in andere dan omgevingszaken. Dit betekent dat je in hoger beroep nieuwe gronden mag aanvoeren ter onderbouwing van je appel, ook al had dat ook eerder gekund. Dat laatste geldt in Nederland ook in het civiele recht tot en met de memories van eis en van antwoord.
4. De Belgische bestuursrechter is volgens de wet inquisitoriaal, dus op waarheidsvinding gericht, net als de Nederlandse bestuursrechter. Mogelijk om eerder genoemde redenen (vgl. hiervoor onder 1) worden de daarop gerichte bevoegdheden door de Belgische bestuursrechter nauwelijks gebruikt. In België zijn wijzigingen voor de Raad van State op handen. Dat zal de ongelijkheidscompensatie kunnen bevorderen. De Nederlandse bestuursrechter kan ook meer gebruikmaken van bestaande bevoegdheden, bijvoorbeeld waar het gaat om bewijsregie en -voorlichting.
Het privaatrecht kent een arsenaal van mogelijkheden tot het herstellen van een onbalans en de burgerlijke rechter instrueert partijen als het gaat om bewijs.
5. De reparatiemogelijkheden zijn zeker in het Nederlands bestuursrecht voor het bestuur zeer omvangrijk. Het gaat in Nederland om diverse juridische (schendingen van de wet en ongeschreven recht) en bewijstechnische gebreken. In België slechts om procedure- of vormfouten.
Voor de burger zijn deze mogelijkheden in het bestuursrecht veel beperkter, waarin wel een onbalans wordt gezien. Er wordt gewerkt aan een zogenoemde burgerlijke of burgerlus, betreffende instructie van de particuliere partij ter

nadere onderbouwing van diens standpunt.

In het privaatrecht zijn de reparatiemogelijkheden voor partijen in principe gelijk.

6. Procesvertegenwoordiging is alleen in Nederland in het privaatrecht over het algemeen verplicht (behalve in kantonzaken); in België bij uitzondering in cassatie. Dat een partij vrij is van een proceskostenveroordeling zoals in Nederland in het bestuursrecht zie je nergens (behalve in het sociaal zekerheidsrecht in België); normaal betaalt de verliezer, zo ook in het Belgisch bestuursrecht. De Nederlandse werkwijze wordt door Nederlandse bestuursrechtjuristen wel als ‘verdienmodel’ gekenschetst. Deze werkwijze in het bestuursrecht heeft echter ook grote voordelen in verband met de lage drempel die daarmee samenhangt. Het onderscheid tussen bestuurs- en civielrecht op dit punt verdient, als het om overheidszaken gaat, de aandacht. Het is eigenlijk niet licht te rechtvaardigen.
7. Welke wijzigingen van wetgeving of in praktische zin worden zo al gewenst geacht? Van tijdens de meeting gedane suggesties kan een kleine bloemlezing worden gemaakt. Het volgende passeerde de revue:
 1. In het bestuursrecht voor België wordt gehoopt op tijdiger beslissen en meer activiteit van de rechter.
 2. De Nederlandse bestuursrechter zou, waar dat nog niet geschiedt, meer bewijsvoorlichting en -regie kunnen/moeten pakken.
 3. Hij zou voorts eerder/meer deskundigenonderzoek kunnen/moeten doen verrichten (Korošec).
 4. Wat betreft de Nederlandse bestuurlijke lus zou het zoveel mogelijk openlaten van wat moet gebeuren kunnen voorkomen dat bij de burger de indruk ontstaat dat de rechter het bestuur wil ‘helpen’.
 5. Wat betreft de vertrouwelijkheid van stukken zou in Nederland in beide systemen kunnen worden ingebracht dat alleen advocaten van vertrouwelijke stukken mogen kennisnemen, zodat hoor en wederhoor beter gewaarborgd is.
 6. Uitgaande van handhaving van de proceskostenregeling in het Nederlandse bestuursrecht kan/moet de bestuursrechter actiever zijn in het afstraffen van ‘misstanden’. De proceskostenregeling bij de burgerlijke rechter zou in overheidszaken parallel zijn te schakelen aan die in het bestuursrecht.
 7. Wellicht zou – ter overweging nog – het Nederlands bestuursrecht meerdere gestrengheden kunnen kennen, zoals in België.
 8. Voor België wordt een algemeen decreet voor het bestuursrecht gewenst geacht.
 9. De overlegging van het administratief dossier door de overheid zou ook in het civiel recht in België verplicht te stellen zijn.

Tot zover het ‘wensenlijstje’ van verschillende deelnemers dat de voorzitter tijdens de vergadering beluisterde. Eenieder zal vanuit de eigen kring het beste weten wat er nodig is voor een goede rechtsbescherming, in afweging ook met andere belangen.

Boeiende resultaten van de dialoog, aldus Lidy Wiggers-Rust. Zij hoopt dat allen zich hierdoor kunnen laten inspireren en inderdaad hoeder van de rechtvaardigheid zijn!

Het zit erop en het is tijd voor de borre! Die hebben allen wel verdiend! Fijn elkaar daar te ontmoeten en met elkaar te kunnen napraten. Met de hoop op een weerzien bij een volgende meeting, dankt de voorzitter allen voor zijn/haar komst en inzet en wenst hen voor daarna wel thuis!

Platform publiek- en privaatrecht in dialoog

Lijst deelnemers expertmeeting van 29 september 2023

Nederland

- Mr. dr. P.C. (Paul) Adriaanse, advocaat Justion Advocaten
- Mr. J.L.W. (Hans) Aerts, senior raadsheer College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)
- Mr. J. (Jack) van Beers, advocaat Holla Legal & Tax
- Mr. dr. R. (Ronnie) Bloemberg, advocaat Houthoff
- Prof. mr. R. (Ruth) de Bock, advocaat-generaal Hoge Raad der Nederlanden
- Prof. mr. A.G. (Alex Geert) Castermans, hoogleraar Burgerlijk recht Universiteit Leiden
- Prof. mr. B.J. (Bart Jan) van Ettehoven, voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar Staats- en bestuursrecht UvA
- Mr. J. (Jan) van der Grinten, advocaat Van Doorne
- Mr. J.J. (Joost) van der Helm, senior raadsheer in het gerechtshof Den Haag
- Mr. M.E. (Martine) Honée, senior raadsheer in het gerechtshof Den Haag
- Prof. mr. dr. M.J. (Rianne) Jacobs, raadsheer in opleiding College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) en bijzonder hoogleraar Publiek contractenrecht VU
- Prof. mr. G. (Gerdy) Jurgens, Staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
- Mr. E.D.G. (Ellen) Kiersch, directeur Wetgeving en Juridische zaken bij het ministerie van Justitie en Veiligheid
- Mr. A. (Arjan) Kleinhout, advocaat De Brauw
- Mr. M. (Midas) Klijsen, advocaat Allen&Overy
- Mr. W. (Willemijn) Lever MRICS, advocaat bij Legal Tree advocaten
- Prof. mr. dr. A.T. (Bert) Marseille, hoogleraar Bestuurskunde RUG en raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB)
- Mr. L. (Leon) Mensink, advocaat Kennedy Van der Laan
- Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren, hoogleraar Staats- en bestuursrecht VU en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)
- Prof. mr. J.E.M. (Jaap) Polak, staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tevens raadsheer in buitengewone dienst bij de Hoge Raad
- Prof. mr. M.W. (Martijn) Scheltema, advocaat Pels Rijcken en hoogleraar Civiel recht EUR
- Prof. mr. Y.E. (Ymre) Schuurmans, hoogleraar Staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden
- Prof. mr. J. (Jacques) Sluysmans, advocaat Van der Feltz advocaten en hoogleraar Onteigeningsrecht RUN

- Mr. G. (Gerbrant) Snijders, advocaat-generaal bij de Hoge Raad tevens advocaat-generaal voor het bestuursrecht
- Mr. H.M.M. (Hans) Steenberghe, senior rechter rechtbank Utrecht
- Prof. mr. G. (Gerrit) van der Veen, advocaat AKD Rotterdam en hoogleraar Milieurecht RUG
- Prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht Universiteit Utrecht en advocaat-generaal voor het bestuursrecht
- Mr. dr. L.F. (Lidy) Wiggers-Rust, voorheen raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)
- Mr. W. (Wemmeke) Wisman, advocaat Pels Rijcken

België

- Prof. dr. M. (Marc) Kruithof, UGent
- Prof. dr. S. (Steven) Lierman, KU Leuven
- Prof. dr. S. (Sabien) Lust, hoogleraar UGent
- Prof. dr. E. (Evelyne) Maes, gastprofessor ULiège en Université Saint-Louis en advocaat Aurion
- Prof. dr. F. (Frederik) Peeraer, docent UGent
- De heer E. (Eddy) Storms, Eerste voorzitter Dienst voor Bestuursrechtcollege
- De heer F. (Filip) Van Acker, Voorzitter Raad voor Vergunningsbetwistingen
- De heer R. (Ronald) Van Crombrugge, adjunct-auditeur Raad van State, afdeling wetgeving, voormalig advocaat Aurion, assistent USaintLouis
- Prof. dr. J. (Jachin) Van Doninck, docent VUB en advocaat ARCAS Law
- Prof. dr. B. (Beatrix) Vanlerberghe, hoogleraar Universiteit Antwerpen, advocaat bij het Hof van Cassatie
- Prof. dr. S. (Steven) Verbeyst, docent VUB
- De heer J. (Johan) Verbist, advocaat Omega Law
- De heer W. (Willem) Verrijdt, rechter Grondwettelijk Hof; vrijwillig medewerker KU Leuven
- Prof. dr. K. (Kurt) Willems, KU Leuven

Verslaglegging:

- R.A.A. (Roosmarijn) Altink, werkstudent bij Pels Rijcken
- M. (Max) De Schryver, doctoraatsbursaal Instituut voor Procesrecht UGent

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de volgende sponsors van het Platform:

ALLEN & OVERY

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

Equator
Advocaten - Avocats - Attorneys

holla
legal & tax

Kennedy Van der Laan
De heldere lijn

LOYENS  LOEFF PELS RIJCKEN

Stibbe

 VERBIST & VANLERBERGHE
OMEGA LAW

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

