

Ambtshalve toetsing: gerechtvaardigde uitzondering of uitgeholde regel?

AMBTSHALVE TOETSING: GERECHTVAARDIGDE UITZONDERING OF UITGEHOLDE REGEL?

EEN RECHTSGELEERD ONDERZOEK NAAR DE LEGITIMERING VAN
HET VERBOD VAN AMBTSHALVE TOETSING DOOR DE BESTUURS-
RECHTER VAN BESLUITEN AAN MATERIEEL RECHT

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van

de graad van doctor aan de Universiteit Twente,

op gezag van de rector magnificus,

prof. dr. H. Brinksma,

volgens besluit van het College voor Promoties

in het openbaar te verdedigen

op vrijdag 15 november 2013 om 12.45 uur

door

Maricus Harmsen

geboren op 1 april 1965

te Zandeweer

Dit proefschrift is goedgekeurd door de promotoren:

Prof. mr. dr. M.A. Heldeweg
Prof. mr. dr. D.W.P. Ruiter

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2013 Marc Harmsen | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopiën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-849-2
NUR 823

www.bju.nl

Voorwoord

Het door mij gekozen onderwerp over ambtshalve toetsing door de bestuursrechter is van meet af geen rustig bezit gebleken. Vooral vanaf 2005 is aan dit onderwerp een riante hoeveelheid aandacht gewijd, zowel in de literatuur als ook in de rechtspraak. Het heeft me regelmatig voor de vraag gesteld wat mijn onderzoek over dit onderwerp daaraan nog zou kunnen toevoegen. Dat gold zeker toen in 2007 en vervolgens in 2010 ook nog eens twee proefschriften over ambtshalve toetsing verschenen. Toch zag ik dat de door mij gekozen invalshoek, hoewel er onvermijdelijk ook enige overlap bestaat, fundamenteel van deze onderzoeken verschilde. Het ging mij ook niet in de eerste plaats om een analyse van het positieve recht, maar om het doen van een onderzoek naar de plausibiliteit van de rechtvaardigingen die in de loop der jaren zijn opgevoerd voor het huidige, overwegende verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter.

Ik ben mijn beide promotoren, Dick Ruiters en Michiel Heldeweg, zeer erkentelijk voor hun begeleiding. Dat dit met uiterste scherpzinnigheid gebeurde, behoeft natuurlijk geen betoog. Ik ben ook blij dat zij mij hebben aangespoord om nu maar eens een manuscript in te leveren.

Graag bedank ik de (overige) leden van de promotiecommissie, te weten prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, prof. dr. B.R. Dorbeck-Jung, prof. mr. dr. J.M.H.F. Teunissen en prof. dr. R.A. Wessel, voor het beoordelen van het manuscript.

Mr. Mario van Lee, seniorrechter in de rechtbank Gelderland, bedank ik voor het lezen van verschillende hoofdstukken en het verschaffen van commentaar daarop.

Ria Luschen wil ik bedanken voor het redigeren van het manuscript; alsof het vanzelfsprekend was om dat te doen.

Last but not least, dank ik mijn gezin voor het geduld dat zij hebben betracht, zeker in het afgelopen jaar waarin ik heel wat weekenden verstek heb moeten laten gaan. Voor de goede zaak, dat is zeker.

Marc Harmsen

Inhoudsopgave

Voorwoord

Hoofdstuk 1. Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter: beginsel- plicht? 1

1.1. Het verbod van ambtshalve toetsing onder de Awb	1
1.2. Materieel bestuursrecht is dwingend recht	6
1.3. Het Awb-besluit: een samenstel van sequentiële en consecutieve componenten.....	11
1.4. De gevolgen van het ter vrije beschikking staan van het materiële bestuursrecht in het bestuursrechtelijke rechtsgeding.....	16
1.5. Beginselplicht tot ambtshalve toetsing en de legitimering van het verbod daarop	18

Hoofdstuk 2. Ambtshalve toetsing onder de Awb als uitzondering.....27

2.1. Inleiding.....	27
2.2. De elementen voor afbakening van de rechtsstrijd volgens art. 8:69 lid 1 ..	27
2.3. Afbakening door aangevoerde gronden	32
2.3.1. De indiener van het beroep.....	32
2.3.2. Anderen	33
2.3.3. Feitelijk geformuleerde gronden zijn afdoende.....	34
2.3.4. Ambtshalve aanvullen van feiten	35
2.3.5. Geen vordering vereist	37
2.3.6. Besluitonderdelen.....	39
2.3.6.1. De onbestemde betekenis van besluitonderdelen	39
2.3.6.2. Besluitonderdelen in de zin van art. 6:13 Awb	39
2.3.6.3. Besluitonderdelen en art. 8:69 Awb	43
2.4. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden.....	44
2.4.1. Hoofdregel: aanvulling van de gronden van het beroep.....	44
2.4.2. Binnen de omvang van het geding	47
2.4.3. ‘Horizontale’ aanvulling van rechtsgronden	49
2.4.3.1. Binnen de omvang van het geding	49
2.4.3.2. Ook buiten de omvang van het geding?	53
2.4.4. Aanvulling van rechtsgronden; ambtshalve exceptieve toetsing? ..	59
2.5. Beperking gevolgen van rechterlijke toetsing.....	64
2.5.1. Het verbod van reformatio in peius	64
2.5.2. Het relativiteitsvereiste.....	65
2.6. Ambtshalve toetsing	68
2.6.1. Procesrechtelijke voorschriften	68
2.6.2. Toch ook materiële voorschriften?	71
2.7. Conclusies.....	78

Hoofdstuk 3. De legitimering van ambtshalve toetsing onder de voorlopers van de Awb85

3.1. Inleiding.....	85
3.2. Motieven ambtshalve toetsing onder de eerste bestuursrechtelijke procesregelingen	85
3.2.1. Doel van rechtspraak en omvang van het geding volgens de Staatscommissie-Kappeyne van de Copello (1894)	85
3.2.2. Opvattingen in de literatuur van rond de eeuwwisseling over het doel van administratieve rechtspraak en de omvang van het geding.....	88
3.2.3. Doel van rechtspraak en omvang van het geding onder de Beroepswet 1902	90
3.2.4. Doel van rechtspraak en de omvang van het geding Ontwerpen Loeff (1905-1937)	94
3.2.5. Doel en omvang van het geding in de belastingrechtspraak	99
3.2.5.1. Het rechtskarakter van belastingrecht	99
3.2.5.2. Doel van belastingrechtspraak.....	100
3.2.5.3. De omvang van het geding onder de Wet op de raden van beroep.....	101
3.2.6. Doel en omvang van het geding in de ambtenarenrechtspraak	105
3.2.6.1. Het rechtskarakter van het ambtenarenrecht	105
3.2.6.2. Het doel van ambtenarenrechtspraak	106
3.2.6.3. De omvang van het geding.....	107
3.2.7. Conclusie.....	109
3.3. Nuancering van ambtshalve toetsing in de tweede helft van de 20 ^e eeuw.....	110
3.3.1. Doel van rechtspraak en de omvang van het geding onder de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie.....	110
3.3.2. De wijziging van de omvang van het geding onder de Beroepswet 1955	111
3.3.3. Omvang van het geding onder de Wet Administratieve rechtspraak in belastingzaken.....	114
3.3.4. Wijziging van de omvang van het geding onder de Ambtenarenwet	116
3.3.5. Doel van rechtspraak en omvang van het geding onder de Wet Arob	117
3.4. Conclusies.....	118

Hoofdstuk 4. De wederkerige rechtsbetrekking als legitimering voor het verbod van ambtshalve toetsing 123

4.1. De wederkerige rechtsbetrekking en de principiële afwijzing van ambtshalve toetsing	123
--	-----

4.2.	De idee van de wederkerige rechtsbetrekking volgens de Awb-wetsgeschiedenis	127
4.3.	De positiefrechtelijke betekenis van de ‘rechtsbetrekking’ in het bestuursrecht.....	130
4.3.1.	Rechtsbetrekking: gebondenheid aan geschreven en ongeschreven recht	130
4.3.2.	Rechtsbetrekking: relativering van het belang van besluiten ...	130
4.3.3.	Rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht: nog steeds een onzeker toekomstbeeld	137
4.4.	De positiefrechtelijke betekenis van bestuursrechtelijke ‘wederkerigheid’	139
4.4.1.	Wederkerigheid: ‘wederzijdsheid’ en ‘meerzijdigheid’	139
4.4.2.	Wederkerigheid: rechten en plichten over en weer.....	139
4.4.2.1.	Uit algemene beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeiende wederzijdse plichten.....	139
4.4.2.2.	Wederkerigheid: beperkt tot de voorbereiding van besluiten ...	143
4.4.3.	Bestuursrechtelijke wederkerigheid: ook meerzijdigheid?	145
4.4.3.1.	Wederkerigheid in de betekenis van meerzijdigheid	145
4.4.3.2.	Meerzijdigheid in het bestuursrecht: begrensd door legaliteit..	146
4.4.3.3.	Discretionaire besluitbevoegdheden: ruimte voor wederkerigheid?	148
4.4.3.3.1.	Discretionaire besluitbevoegdheden.....	148
4.4.3.3.2.	Beperking door het specialiteitsbeginsel	149
4.4.3.3.3.	Beperking door algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beleid.....	154
4.4.3.3.4.	Wederkerigheid: bemiddelend en onderhandelend bestuur op basis van vrijwilligheid.....	158
4.5.	Relativering van de klassieke eenzijdigheidsconceptie?	159
4.6.	De wederkerige rechtsbetrekking als rechtvaardiging voor het verbod van ambtshalve toetsing?	161
4.6.1.	Weerspiegeling wederkerigheidsgedachte in art. 8:69 Awb.....	161
4.6.2.	De geringe positiefrechtelijke betekenis van de wederkerige rechtsbetrekking.....	162
4.6.3.	De wederkerige rechtsbetrekking en de verminderde behoefte aan ongelijkheidscompensatie.....	164
4.6.4.	De wederkerige rechtsbetrekking en de handhaving van het objectieve recht.....	165
4.7.	Conclusies.....	166

Hoofdstuk 5. De legitimering van het verbod van ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter..... 169

5.1.	Inleiding.....	169
5.2.	Partijautonomie: scharnier tussen materieel recht en procesrecht?.....	170

5.2.1.	Het postulaat van processuele partijautonomie voor de afbakening van de rechtsstrijd	170
5.2.2.	Meer dwingend recht; tanende partijautonomie in het materiële recht	171
5.2.3.	Minder lijdelijkheid ten aanzien van de omvang van de rechtsstrijd?.....	173
5.3.	Het verbod van het aanvullen van de feitelijke grondslag	176
5.4.	De plicht tot aanvulling van rechtsgronden	179
5.4.1.	De tot de feitelijke grondslag beperkte reikwijdte van art. 25 Rv	179
5.4.2.	De betekenis van ‘aanvullen’	180
5.4.3.	De betekenis van ‘rechtsgronden’	181
5.4.4.	Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: uitzondering op lijdelijkheid?.....	183
5.5.	Ambtshalve toetsing: uitsluitend aan voorschriften van openbare orde ...	184
5.5.1.	De bevoegdheidsgrondslag voor ambtshalve toetsing	184
5.5.2.	De betekenis van voorschriften van openbare orde	185
5.5.2.1.	Voorschriften van openbare orde zetten art. 24 Rv opzij	185
5.5.2.2.	Materiële criteria voor voorschriften van openbare orde.....	186
5.5.3.	Procesrechtelijke voorschriften van openbare orde	191
5.5.4.	Materieelrechtelijke voorschriften van openbare orde	192
5.5.4.1.	Inleiding.....	192
5.5.4.2.	Vernietigbaarheid: geen ambtshalve toetsing	193
5.5.4.3.	Nietigheid: wel ambtshalve toetsing?.....	196
5.5.4.3.1.	Inleiding.....	196
5.5.4.3.2.	Privaatrechtelijke voorschriften: geen ambtshalve toetsing	199
5.5.4.3.3.	Publiekrechtelijke voorschriften: ambtshalve toetsing?	202
5.5.4.3.3.1.	Voorwaarden voor nietigheid in de zin van art. 3:40 BW	202
5.5.4.3.3.2.	Openbare orde en goede zeden; fundamentele beginselen	205
5.5.4.3.3.3.	Publiekrechtelijk; van openbare orde?	208
5.6.	Ambtshalve toetsing: de ratio van de rechtsnorm is doorslaggevend.....	211
5.7.	Conclusies.....	214

Hoofdstuk 6. Rechtszekerheid als legitimering voor het verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter215

6.1.	Inleiding	215
6.2.	Rechtszekerheid: een verscheidenheid aan aspecten	216
6.3.	Objectief rechtmatige besluiten versus materiële rechtszekerheid en vertrouwen	220
6.3.1.	De ratio van het materiële rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel	220
6.3.2.	Materiële rechtszekerheid versus het vereiste van objectief rechtmatige besluiten.....	222

6.3.3.	Het vertrouwensbeginsel versus het vereiste van objectief rechtmatige besluiten	228
6.3.4.	Rechtszekerheid voor bestuursorganen	230
6.3.5.	Conclusie	234
6.4.	Ambtshalve toetsing en de gevolgen voor de materiële rechts- en belangenpositie van procespartijen.....	235
6.4.1.	De rechts- en belangenpositie van de indiener van het beroep.....	235
6.4.1.1.	Verslechtering.....	235
6.4.1.2.	Geen wijziging of verbetering	240
6.4.2.	De rechts- en belangenpositie van andere procespartijen	241
6.4.2.1.	Bestuursorganen	241
6.4.2.2.	Derden	243
6.5.	Conclusies	244

Hoofdstuk 7. Procesrechtelijke beginselen als rechtvaardiging voor het verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter ..249

7.1.	Beginnelsen van behoorlijke rechtspraak en de goede procesorde.....	249
7.2.	Het verdedigingsbeginsel en ambtshalve toetsing	253
7.2.1.	Het verdedigingsbeginsel: deelaspecten	253
7.2.2.	Het verdedigingsbeginsel: rechtvaardiging voor een verbod? ..	254
7.3.	Afdoeningstermijnen en ambtshalve toetsing	256
7.3.1.	Vertraging in de procedure door ambtshalve toetsing	256
7.3.2.	De maximale behandelingsduur volgens art. 6 EVRM	258
7.3.3.	De maximale behandelingsduur volgens de Awb.....	261
7.3.4.	De maximale behandelingsduur volgens de rechtscolleges.....	263
7.3.5.	Afdoeningstermijnen en het verbod van ambtshalve toetsing	264
7.4.	De goede procesorde en ambtshalve toetsing	266
7.4.1.	De goede procesorde: evenwicht tussen het verdedigingsbeginsel en een ordelijk en doelmatig verloop	266
7.4.2.	De goede procesorde: begrenzing aan uitbreiding van het geding	268
7.4.3.	De goede procesorde: rechtvaardiging voor het verbod van ambtshalve toetsing?	276
7.5.	Onpartijdigheid en ambtshalve toetsing	276
7.5.1.	Ambtshalve toetsing: ongelijk(waardig)e behandeling van procespartijen?	276
7.5.2.	De betekenis van het beginsel van onpartijdige bestuursrechtspraak	277
7.5.3.	Ambtshalve toetsing: geen inbreuk op het vereiste van onpartijdige rechtspraak	279
7.6.	Conclusies.....	279

Hoofdstuk 8. Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter, uitgeholde regel?	283
8.1. Het overwegende verbod van ambtshalve toetsing onder de Awb	283
8.2. Ambtshalve toetsing voorafgaand aan de Awb	285
8.3. Wederkerige rechtsbetrekking: geen rechtvaardiging.....	287
8.4. Materiële rechtszekerheid: geen rechtvaardiging	292
8.5. Procesrechtelijke beginselen: geen rechtvaardiging	296
8.6. Het verbod van ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter	299
8.7. Het verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter; te rechtvaardigen door de ratio van materiële rechtsnormen?	303
8.8. Beginselplicht tot ambtshalve toetsing	308
Summary	313
Lijst van verkort weergegeven literatuur	321

Hoofdstuk 1. Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter: beginsel- plicht?

1.1. Het verbod van ambtshalve toetsing onder de Awb

Art. 8:69 van de Awb regelt de omvang van het bestuursrechtelijke geding in eerste aanleg en in hoger beroep. Raadpleging van de drie leden van deze bepaling leidt gemakkelijk tot de conclusie, dat de bestuursrechter ook buiten de in het beroepschrift aangevoerde gronden om – ambtshalve – besluiten mag toetsen. Art. 8:69 lid 1 luidt:

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

In deze bepaling kan weliswaar een aan de bestuursrechter gericht verbod worden gelezen om een uitspraak te baseren op een beroepsgrond, die op generlei wijze in de procedure aan de orde is geweest, maar van een verbod om ambtshalve te toetsen – dat volgens de huidige doctrine betekent: het door de bestuursrechter uit eigen beweging beoordelen van de rechtmatigheid van een in beroep bestreden besluit op de overeenstemming met een rechtsregel waarop door partijen in het rechtsgeding geen beroep is gedaan – lijkt op het eerste gezicht geen sprake te zijn. Lid 1 kan zich immers zo laten lezen, dat de bestuursrechter zijn uitspraak ook mag baseren op gronden die in het beroepschrift niet zijn aangevoerd, maar die wel zijn af te leiden uit de aan het bestreden besluit ten grondslag liggende stukken of die de bestuursrechter anderszins zijn gebleken. De andere twee leden van art. 8: 69 lijken – zeker in hun onderlinge samenhang beschouwd – deze uitleg te bevestigen, nu de bestuursrechter op grond van het tweede lid verplicht is om de rechtsgronden aan te vullen en gelet op het derde lid bevoegd is dat ten aanzien van de feiten te doen. Door beide bevoegdheden te combineren is de bestuursrechter in staat om uit eigen beweging te beoordelen of een besluit in overeenstemming is met een rechtsregel – de rechtsgronden worden aldus ambtshalve aangevuld – terwijl teneinde dat rechtmatigheidsoordeel te kunnen geven de bestuursrechter de ontbrekende, want niet door partijen aangevoerde (rechts)feiten, zal (kunnen) aanvullen. De gecombineerde toepassing van de leden twee en drie stelt de bestuursrechter in staat besluiten ambtshalve aan het recht te toetsen.

Wordt derhalve uitsluitend afgegaan op de tekst van art. 8:69 Awb, dan is daaruit geen tot de bestuursrechter gericht verbod tot ambtshalve toetsing op te maken. Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb, in het bijzonder de (niet in het parlement bestreden) toelichtingen die indertijd door de regering op artikel 8:69 zijn gegeven, valt echter op te maken dat met deze bepaling juist wel een verbod tot ambtshalve toetsing is beoogd. Uit deze toelichtingen op art. 8:69 volgt dat de omvang van het geding wordt beperkt door de omvang van het ingestelde beroep en – ter bevestiging van deze regel – dat de rechter ‘niet buiten

de vordering mag treden', tenzij sprake is van 'voorschriften van openbare orde' die 'partijen niet ter vrije beschikking' staan. Afgaande op de parlementaire geschiedenis van de Awb dient ambtshalve toetsing door de bestuursrechter zich te beperken tot bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesties.¹

Deze beperkte mogelijkheid van ambtshalve toetsing is volgens de wetgever het gevolg van een wijziging in de functie van bestuursrechtspraak. In de bestuursrechtelijke doctrine wordt al geruime tijd onderscheid gemaakt tussen twee functies of doelstellingen van bestuursrechtspraak. De ene functie is het bieden van rechtsbescherming aan de burger, waarbij het bieden van individuele of subjectieve rechtsbescherming vooropstaat, terwijl de andere functie strekt tot het beoordelen van de objectieve rechtmatigheid van besluiten, waarbij de naleving van het objectieve bestuursrecht als primair oogmerk geldt.² Volgens de wetgever heeft de handhaving van het objectieve recht als functie van bestuursrechtspraak sinds het ontstaan van de eerste bestuursprocesrechtelijke procesregelingen sterk aan belang ingeboet en is het bieden van subjectieve rechtsbescherming steeds belangrijker geworden. Dit is volgens de wetgever onder de Awb zelfs de belangrijkste functie van bestuursrechtspraak geworden³ en is vervolgens aanleiding geweest voor een 'subjectivering' van de bestuursrechtspraak. Hiermee wordt bedoeld op een aantal principiële wijzigingen in het bestuursprocesrecht, die zijn afgeleid uit het vooropstellen van de functie van het bieden van subjectieve rechtsbescherming. De eerste principiële procesrechtelijke gevolgtrekking die de wetgever hieruit heeft gemaakt is dat de omvang van het geding voortaan wordt bepaald door de omvang van het ingestelde beroep,⁴ waarbij een ambtshalve toetsende bestuursrechter – zo kenmerkend voor een rechtsbeschermingstelsel waarin de functie van handhaving van het objectieve recht vooropstaat⁵ – slechts nog uitzondering mag zijn.

De volgende stap in de richting van een verdergaande subjectivering van bestuursrechtspraak volgde in 1996 met de afschaffing van de zogeheten 'actio popularis' in omgevingsrechtelijke beroepszaken.⁶ Daarmee werd, zoals dat voor de andere bestuursrechtelijke beroepszaken ook al het geval was, het zijn van 'belanghebbende' in de zin van art. 1:2 Awb óók voor dit type van beroepszaken voorwaarde voor de toegankelijkheid tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure. Omdat in geval van een actio popularis een ieder gerech-

¹ PG Awb II, p. 463 (MvT) en 464 (MvA). Overigens werd indertijd nog niet gesproken van 'ambtshalve toetsen', maar van 'ultra petita gaan' of 'buiten de vordering treden'. De terminologie 'ambtshalve toetsen' is pas na de inwerkingtreding van de Awb in 1994 in zwang geraakt en heeft het gebruik van 'ultra petita gaan' verdrongen.

² Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 568; Var-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 29-45; Verheij 1992, p. 131 e.v..

³ Oa. PG Awb II, p. 464 (MvA).

⁴ PG Awb II, p. 463 (MvT).

⁵ Var-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 40.

⁶ Dit is gebeurd met de op 1 juli 2005 inwerking getreden Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure (Stb. 2005, 282).

tigd is om op te komen tegen bestuursrechtelijke besluiten, geldt de actio popularis als karakteristiek van een rechtsbeschermingstelsel waarin de handhaving van het objectieve recht vooropstaat.⁷ De beperking van het beroepsrecht tot alleen belanghebbenden, heeft de mogelijkheid van het ter toetsing voorleggen van besluiten aan de bestuursrechter verminderd. Hierdoor is ook de mogelijkheid van rechterlijke controle op de rechtmatigheid van besluiten afgenomen.

Bleven de gevolgen van de afschaffing van de actio popularis slechts beperkt tot omgevingsrechtelijke beroepszaken, de introductie van het 'trechtermodel' trof het gehele bestuurs(proces)recht.⁸ In een vergaande vorm mogen volgens het trechtermodel slechts die gronden en bewijzen⁹ die eerst in een bestuurlijke voorprocedure zijn ingebracht, in het daaropvolgende rechtsbeschermingsstadium van rechtspraak in eerste aanleg door de bestuursrechter in aanmerking worden genomen, waarna hetzelfde geldt voor het daaropvolgende rechtsbeschermingsstadium. Dit model is in en door rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State tot ontwikkeling gebracht en ligt thans sinds 2005, in een enigszins uitgekledede vorm, ten grondslag aan art. 6:13 Awb.¹⁰ De invoering van een trechtermodel heeft de mogelijkheid handhaving van het objectieve bestuursrecht door de bestuursrechter verminderd, nu immers de bestuursrechter gebreken in besluiten, die niet in een voorafgaand rechtsbeschermingsstadium aan de orde zijn gesteld, zal moeten passeren.

Ten slotte moet, waar het tanende betekenis van de functie van handhaving van het objectieve bestuursrecht betreft, worden gewezen op het met ingang van 1 januari 2013 ingevoerde 'relativiteitsvereiste' voor het gehele bestuursprocesrecht¹¹ alsmede de verruimde mogelijkheid van het passeren van gebreken op grond van het gewijzigde art. 6:22 Awb.

⁷ Verheij 2004, p. 145-146.

⁸ Hoewel de ontwikkeling is gestart in het milieurecht, vgl. bijv. ABRvS 20 augustus 2003, LJN AI 1265. Deze rechtspraak werd de Medemblikjurisprudentie genoemd.

⁹ Gesproken wordt van een 'argumentatieve' of 'grondenfuik' respectievelijk 'bewijsfuik'.

¹⁰ Op voet van het eindrapport van de Commissie Boukema (Evaluatie Awb II 2002, p. 20-21) heeft de wetgever besloten tot een versoepeling van de door de Afdeling bestuursrecht-spraak ontwikkelde 'Medembliklijn'. Het trechtermodel van het huidige art. 6:13 Awb betreft een onderdelenfuik en heeft alleen betrekking op besluitonderdelen, waartegen in een voorafgaand rechtsbeschermingsstadium niet is opgekomen. Tegen besluitonderdelen waarvoor dit wél geldt of tegen besluiten die niet splitsbaar zijn in onderdelen, mogen in een daarop volgend rechtsbeschermingsstadium in beginsel steeds alle denkbare argumenten en bewijzen worden ingebracht, Kamerstukken II 2003/2004, 29421, nr. 3, p. 7. Zie hierover nader: hoofdstuk 2.

¹¹ Dit is ook de conclusie van Barkhuysen en Claessens, die er bovendien op wijzen dat van de beoogde slagvaardigheid in de rechtsbescherming geen sprake zal zijn, omdat de bestuursrechter steeds (ambtshalve) zal dienen moeten nagaan of daadwerkelijk een feitelijk belang is geschonden, hetgeen tot juist tot vertraging in de procedure aanleiding geeft, Barkhuysen en Claessens 2012, p. 87-88.

Het relativiteitsvereiste,¹² dat al eerder werd ingevoerd voor bestuursrechtelijke (hogere) beroepszaken die onder de Crisis- en Herstelwet vallen,¹³ beperkt de gevolgen van een rechterlijke toetsing van een besluit tot slechts die gebreken, die een belanghebbende ook feitelijk in zijn belang raken. De invoering van het relativiteitsvereiste in het bestuursprocesrecht impliceert derhalve dat een belanghebbende jegens een bestuursorgaan alleen nog aanspraak kan maken op de inachtneming van een objectiefrechtelijke norm, indien hij feitelijk door een besluit in zijn belang wordt geschonden. Omdat een besluit door de bestuursrechter niet langer mag worden vernietigd wegens schending van een rechtsregel die niet strekt tot bescherming van een recht of belang waarin de eisende partij feitelijk dreigt te worden geschaad,¹⁴ kan dit meebrengen dat in objectiefrechtelijk opzicht onrechtmatige besluiten in stand zullen moeten worden gelaten.¹⁵

De met ingang van 1 januari 2013 inwerkinggetreden wijziging van art. 6:22 Awb maakt het mogelijk dat de bestuursrechter niet alleen vormvoorschriften in een besluit passeert, maar ook materiele gebreken.¹⁶ De bestuursrechter heeft de bevoegdheid om besluiten die in strijd zijn met een geschreven of ongeschreven regel of een algemeen rechtsbeginsel in stand te laten, indien aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld. Ook deze bepaling kan meebrengen, dat in objectiefrechtelijk opzicht onrechtmatige besluiten in stand worden gelaten.¹⁷

De handhaving van het objectieve bestuursrecht mag dan niet langer als de belangrijkste functie van de bestuursrechtspraak worden beschouwd, toch kan niet worden gezegd dat deze functie heeft afgedaan. Het huidige bestuursprocesrecht wordt gekenmerkt door haar 'hybride karakter', omdat beide functies van rechtspraak hierin zijn te herkennen. Zo staat in het huidige bestuursprocesrecht, hoewel daarin ook 'subjectieve' voorwerpen van het geding¹⁸ voorkomen, het besluit onverminderd centraal en ziet het er voorlopig ook niet naar uit dat hierin

¹² Als artikel 8:69a ingevoerd in de Awb, zie Kamerstukken II 2009/2010, 32 450, nr. 3, blz. 18.

¹³ Art. 1:9 van deze wet.

¹⁴ Volgens M. Schreuder-Vlasblom is de invoering van het relativiteitsvereiste een logisch gevolg van het afzweren van het doel van handhaving van het objectieve recht, Schreuder-Vlasblom 1999, p. 247.

¹⁵ Zoals ook door de Afdeling bestuursrechtspraak is onderkend in ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard. In deze uitspraak concludeert de Afdeling dat zelfs wanneer een beroepsgrond zou slagen, dit er niet toe kan leiden dat het bestreden besluit wordt vernietigd.

¹⁶ Ook deze bepaling was reeds opgenomen in art. 1.5 van de Crisis- en Herstelwet.

¹⁷ Uit een evaluatie van art. 1.5 Crisis- en Herstelwet is overigens gebleken dat vooral geringe materiële gebreken door de rechter worden gepasseerd. Marseille en De Waard e.a. 2012, p. 65.

¹⁸ Zoals de toekenning van schadevergoeding op grond van art 8:73, eerste lid Awb, de erkenning van het zuivere schadebesluit en het zelf in de zaak voorzien zoals bedoeld in art 8:72, lid 4.

verandering wordt aangebracht.¹⁹ Het ‘besluit’ als voorwerp van bestuursrechtelijke beoordeling geldt als een krachtig ‘objectief’ kenmerk.²⁰

De kerntaak van de bestuursrechter is derhalve nog steeds het beoordelen van besluiten op rechtmatigheid, zij het dat de mate waarin die beoordeling mag plaatsvinden onderhevig is aan een voortschrijdende ‘subjectivering’. De omvang van de rechterlijke toetsing van een besluit dient zich te beperken tot die rechtsregels waarop in het rechtsgeding door een van de partijen een beroep is gedaan, terwijl voorts – sinds 1 januari 2013 – de schending van die rechtsregels een belanghebbende ook feitelijk in zijn belang moet treffen. Bovendien beperkt de rechtmatigheidsbeoordeling zich, althans voor zover besluiten splitsbaar zijn, tot die besluitonderdelen waartegen in een voorafgaand rechtsbeschermingsstadium is opgekomen. Rechtsregels van openbare orde vormen hierop steeds de uitzondering. De bestuursrechter moet daaraan steeds ambtshalve toetsen, omdat het gaat om recht dat procespartijen in het geding niet ter vrije beschikking staat. Omgekeerd volgt hieruit dat rechtsregels die niet van openbare orde zijn, procespartijen in het geding juist wél ter vrije beschikking (mogen) staan. Dit betekent dat aan partijen is overgelaten of de bestuursrechter het bestreden besluit aan dergelijke rechtsregels mag toetsen. Alleen indien een van de partijen zich op een rechtsregel die niet van openbare orde is heeft beroepen, is de bestuursrechter gehouden het bestreden besluit aan die rechtsregel te toetsen. Gelet op de Awb-wetsgeschiedenis op de eerste en tweede tranche staan slechts enkele rechtsregels, te weten rechterlijke bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels,²¹ procespartijen niet ter vrije beschikking in het rechtsgeding. De wetgever is derhalve klaarblijkelijk van oordeel dat het merendeel van de bestuursrechtelijke rechtsregels – procesrechtelijke, maar bovenal materieelrechtelijke – de procespartijen in een bestuursrechtelijk geding wél ter vrije beschikking mogen staan. Gelet op het overwegend dwingende karakter van het bestuursrecht én de centrale positie die het besluit daarbinnen (nog steeds) inneemt, rijst de vraag hoe dit valt te verklaren.

¹⁹ Hierover is in de literatuur wel nagedacht. Pront-Van Bommel heeft voorgesteld om de bevoegdheid van de bestuursrechter te koppelen aan de bestuursrechtelijke rechtsverhouding, waardoor deze bevoegd zou worden te oordelen over geschillen over aanspraken die burger en bestuur jegens elkaar hebben, Pront-Van Bommel 2002. Tak bepleit een rechtsbeschermingsstelsel voor waarin een scherpe scheiding wordt aangebracht tussen de behartiging van het algemeen belang door het bestuur en de waarborging van individuele rechten en rechtens te beschermen belangen, Tak 2005 ihb hst 17.

²⁰ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 568; Var-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 44. In een rechtsbeschermingsstelsel waarin het bieden van individuele rechtsbescherming centraal staat (recours subjectief) staat de rechtspositie van de indiener van het beroep centraal en is de bevoegdheid van de rechter niet gekoppeld aan het besluitbegrip, Var-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 42.

²¹ PG Awb II, p. 464 (MvA); Var-Commissie rechtsbescherming 2004, p. 107.

1.2. Materieel bestuursrecht is dwingend recht

Het bestuursrecht ontleent zijn bestaansrecht aan het legaliteitsbeginsel.²² Uit dit rechtstatelijke beginsel volgt voor bestuursorganen dat zij in beginsel slechts eenzijdig en dwingend de rechtspositie van de burger mogen bepalen, mits daarvoor een grondslag in de (Grond)wet aanwijsbaar is.²³ De bevoegdheidsgrondslag in de (Grond)wet verzekert dat bestuurlijk optreden democratisch is gelegitimeerd.²⁴ Legaliteit impliceert voorts, dat de overheid – het gaat dan niet alleen om het bestuur, maar ook over de andere staatsmachten, wetgever en rechter – (alleen) dwingend mag interveniëren ten behoeve van de behartiging van het algemeen belang.²⁵ Burgers bindende normstelling door wetgever en bestuur geldt derhalve als exclusief en wel ter behartiging van het algemeen belang.²⁶ Het algemeen belang wordt gepositieerd in rechtstreeks tot de burgers gerichte gedragsregels, maar – en dat is typerend voor het bestuursrecht – vooral door de aanwending van specifieke, in regelgeving opgenomen bevoegdheden voor bestuursorganen tot het nemen van besluiten. Om die reden wordt het bestuursrecht wel gekarakteriseerd als ‘besluitvormingsrecht’.²⁷ De zowel uit de gedragsregels als besluiten voortvloeiende rechtsgevolgen hebben naar oogmerk en strekking een objectief karakter.²⁸ Om die reden wordt gesproken van de ‘objectieve dimensie’ van het bestuursrecht.²⁹ De vorenbedoelde bestuursrechtelijke rechtsgevolgen werken *erga omnes*, zij gelden als objectieve rechtsvaststelling met gezag jegens een ieder³⁰ en niet enkel *inter partes*, in welk geval sprake is van individuele rechtsvaststelling waarbij het gezag enkel ziet op partijen.³¹ De bron van de erga omneswerking van besluiten is gelegen in de plicht van het bestuur om (deelaspecten) van het algemeen belang samenhangend te beharti-

²² Van Male 2010, p. 75.

²³ Er wordt daarom ook wel van het beginsel van wetmatigheid van het bestuur, wetmatigheidsbeginsel of staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel gesproken. Vgl. Schlössels en Stroink 2006, p. 74; De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 21.

²⁴ Heldeweg 1995, p. 127. Dit wordt ook wel het ‘democratiebeginsel’ genoemd, vgl. o.m. Scheltema 1996, p. 1355-1361.

²⁵ De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 7; Tak 2005, p. 10 en 14. In dit verband wordt ook wel gesproken over (het beginsel van) de dienende overheid, De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 8. Hieruit volgt volgens Schlössels dat de overheid niet alleen de belangen mag behartigen die haar krachtens de wet zijn opgedragen, maar ook dat de overheid zich altijd aan het recht heeft te houden. Dit wet- en rechtmatigheidsideaal staat volgens hem echter in het hedendaagse bestuursrecht fors onder druk, Schlössels 2010, p. 510-519. Zie voorts over de beginselen van de rechtsstaat, het beginsel van de dienende overheid daaronder begrepen, Scheltema 1989, p. 11 e.v.

²⁶ Heldeweg 1995, p. 131; Tak 1995, p. 4; Schreuder-Vlasblom 2011, p. 3 en 6.

²⁷ Schlössels 2010, p. 514.

²⁸ Heldeweg 2000, p. 50.

²⁹ Tak 1998, p. 1-28.

³⁰ Tak 2005, p. 39.

³¹ Tak 2005, p. 39.

gen, waarbij iedere differentiatie is gerelateerd aan het grotere rechts- en beleidskader en is gericht op de behartiging van het algemeen belang.³²

De eis van behartiging van het algemeen belang kan worden beschouwd als algemene ondergrens voor het overheidsoptreden, maar dit betekent niet dat ieder overheidsoptreden behoort te voldoen aan het legaliteitsvereiste. Volgens het gedachtegoed van de liberale rechtsstaat geldt het vereiste van legaliteit in het bijzonder voor inbreuken op en beperkingen van vrijheid en eigendom van de burger.³³ Over de vraag in hoeverre het overheidsoptreden of zelfs het gehele overheidsoptreden een wettelijke basis dient te hebben, bestaan (nog steeds) uiteenlopende opvattingen.³⁴ Niettemin kan worden geconstateerd, dat tegenwoordig nagenoeg het gehele bestuursrecht voldoet aan het vereiste van een wettelijke grondslag. Dat geldt niet alleen voor 'verplichtend'³⁵ maar ook voor 'presterend' overheidsoptreden, zoals het verstrekken van uitkeringen en subsidies.³⁶

De primaire eis die het legaliteitsbeginsel stelt aan overheidsoptreden is dat dit gefundeerd is in de Grondwet, een (gewone) wet in formele zin dan wel tenminste tot de een of de ander is te herleiden. Binnen deze 'positieve fundering van het legaliteitsbeginsel'³⁷ worden drie deelaspecten onderscheiden: de bevoegdheid van de instantie, de soort bevoegdheid en de wijze van verkrijging van die bevoegdheid.³⁸ Deze deelaspecten van legaliteit (wetmatigheid) vormen drie noodzakelijke voorwaarden voor bestuurlijk optreden. De rechtmatigheid van het bestuurlijke besluiten wordt mede aan de hand van deze wetmatigheidsaspecten beoordeeld.

Het legaliteitsbeginsel maakt bestuurlijk optreden niet alleen mogelijk, doordat het voorziet in een daartoe strekkende (materieel)wettelijke bevoegdheid, maar vormt daarop veelal tegelijkertijd een beperking. Dit element van legaliteit wordt wel als 'de negatieve fundering van legaliteit' aangemerkt, omdat voor bestuursbevoegdheden procedurele en materiële rechtsnormen gelden die de uitoefening daarvan aan banden leggen.³⁹ Deze wettelijke voorschriften schrijven voor onder welke voorwaarde(n) en/of op welke wijze(n) bestuursorganen de hun toegekende bestuursbevoegdheden mogen hanteren. Deze bestuurlijke gebondenheid aan een wettelijke regeling is groter naarmate deze meer precies is en daarmee exacter voorschrijft hoe een bestuurlijke beslissing in een

³² Schreuder-Vlasblom 2011, p. 58-59.

³³ Zie o.m. Donner 1987, p. 45.

³⁴ Zie voor een bespreking daarvan vooral Van Ommeren 1996; zie voorts De Koning en Crombag 2000.

³⁵ Dat zich laat typeren door tot burgers gerichte geboden en verboden die hun vrijheid en eigendomsrechten beperken.

³⁶ Zie Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 37; De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 21.

³⁷ Burkens, Kummeling en Vermeulen 2006, p. 51.

³⁸ Idem.

³⁹ Burkens, Kummeling en Vermeulen 2006, p. 87; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 36 spreken in dit verband over 'gehoorzaamheid aan de wet'.

concrete situatie dient te luiden.⁴⁰ De eis van inhoudelijke normering van de uitoefening van bestuursbevoegdheden kan worden beschouwd als een uitbreiding van het vereiste van wetmatigheid van bestuur en heeft geleid tot een aanzienlijke vermeerdering van bestuurswetgeving.⁴¹ Uit de negatieve benadering van het legaliteitsbeginsel volgt dat de aanwending van bestuursbevoegdheden uitsluitend in overeenstemming met de wettelijke regeling mag geschieden.⁴² Het bestuur is aan in wettelijke regelingen opgenomen bestuursrechtelijke rechtsnormen gebonden.

Uit het legaliteitsbeginsel volgt derhalve dat bestuursrecht dwingendrechtelijk van aard is en bestuursorganen niet ter vrije beschikking staat. Bestuursorganen mogen aan dwingende bestuursrechtelijke rechtsnormen niet naar eigen goeddunken toepassing geven⁴³ of daaraan naar eigen inzicht invulling geven,⁴⁴ al stemt degene ten aanzien van wie een besluit wordt genomen daarmee in. Geschiedt zulks wel, dan handelen bestuursorganen onwettig. Afwijking van bestuursrechtelijke rechtsregels is wél toegelaten, voor zover een wettelijke regeling daartoe zélf de voorwaarden scheidt. Er is dan sprake van regelend recht, maar dat komt in het bestuursrecht slechts zelden voor.⁴⁵ Verreweg de meeste van door een wetgever vastgestelde bestuursrechtelijke rechtsnormen hebben een dwingendrechtelijk karakter. Dit dwingende karakter is geworteld in het legaliteitsbeginsel. Dit betekent dat bestuursrecht in ieder geval voor bestuursorganen dwingend is.

⁴⁰ De mate waarin de ‘formele bevoegdheidsgrondslag’ behoort te worden geformuleerd, ruim of zich slechts beperkend tot de aanwijzing van een belang als publiekrechtelijk, hangt volgens Theunissen af van de aard en ingrijpendheid van het overheidsoptreden; naarmate het bestuursoptreden ingrijpender is zal de formele bevoegdheidsuitoefening specifiekere moeten zijn. Theunissen 2000, p. 91-93. Dit vraagstuk onderscheidt zich van dat over of en zo ja welke behartiging van het algemeen belang door de overheid een wettelijke grondslag behoeft.

⁴¹ De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 22. Tegelijkertijd, waarover zo dadelijk meer, zijn er vele wettelijke regelingen die slechts voorzien in een wettelijke basis voor bestuurlijk optreden en niet meer dan dat.

⁴² Zie daarover vooral Böhtlingk 1966, p. 5-6 en p. 17, die wetsgebondenheid voor de administratie vooral van belang achtte teneinde willekeur te voorkomen.

⁴³ Door bijvoorbeeld in afwijking van de wettelijke voorwaarden een besluit met een bepaalde inhoud te nemen.

⁴⁴ Door bijvoorbeeld een van de bedoelingen van de wetgever afwijkende betekenis toe te kennen aan een in de wet voorkomende term.

⁴⁵ Regelend recht staat toe dat een daarvan afwijkende regeling wordt getroffen. In tegenstelling tot delen van het burgerlijke recht, in het bijzonder het vermogensrecht zoals geregeld in de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW), kent het bestuursrecht weinig rechtsregels die zich als ‘regelend’ laten typeren. In de Awb komt een aantal bepalingen voor zoals art. 3: 10, eerste lid en art. 4:13. Deze regelendrechtelijke voorschriften richten zich overigens niet tot de burger, maar tot overheidsorgaan. De keuze is in handen gesteld van (lagere) wetgevers of bestuursorganen. Regelend bestuursrecht wijkt in dat opzicht af van regelend recht in het BW, waar immers door partijafpraak van regelend recht kan worden afgeweken, vgl. Crommelin diss. 2007, p. 370.

Bestuursrechtelijke regelgeving bestaat echter ook uit tot burgers en bedrijven gerichte rechtsnormen, die voor hen gedragsregels in de vorm van verboden of geboden bevatten. Voor burgers en bedrijven geldt vanzelfsprekend ook dat deze verplichtende rechtsregels hen niet ter vrije beschikking staan. Dit kan ook worden gezegd voor wettelijke regelingen die de verlening van aanspraken, zoals uitkeringen of subsidies, behelzen. Dergelijke wettelijke regelingen bevatten eveneens dwingend recht, waarbij valt te denken aan voorwaarden voor het recht op uitkering of de voorwaarden waaronder die uitkering wordt toegekend. Voor zover al van vrijheid voor de burger met betrekking tot aanspraakverlenende rechtsregels zou kunnen worden gesproken, zou het diens vrijheid kunnen betreffen tot het al dan niet indienen van een aanvraag.

Voor zover de uitoefening van bestuursbevoegdheden naar procedure en/of inhoud dwingend is genormeerd, geldt voor bestuur en burger dat het materiële bestuursrecht hen niet ter vrije beschikking staat. Zij zijn niet in staat om vrijelijk bevoegdheden, rechten en/of plichten te scheppen, te wijzigen of teniet te doen met betrekking tot de behartiging van het algemeen (deel)belang.⁴⁶ Een (andere of nadere) afweging van belangen en het mede in aanmerking nemen van andere relevante omstandigheden mag door het bestuur niet geschieden, indien dit reeds door een wetgever zelf is gedaan. Bestuur en burger zijn in zoverre steeds aan (een) wettelijke regeling(en) gebonden. Tegelijkertijd zijn er wettelijke regelingen, die het bestuur in de uitoefening van bestuursbevoegdheden (een zekere) beslissingsruimte laten. Deze vrije of discretionaire bestuursbevoegdheden komen veelvuldig voor in het bestuursrecht.⁴⁷ Het gaat om bestuursbevoegdheden waarvoor geldt dat de wetgever is 'teruggetreden' ten aanzien van de procedurele en/of inhoudelijke determinering daarvan.⁴⁸ Door verscheidene oorzaken⁴⁹ is de wetgever in de loop van de vorige eeuw er steeds minder in geslaagd om het bestuur min of meer precies voor te schrijven welke beslissing het ten aanzien van de burger moest nemen. Deze terugtred van de wetgever heeft niet geleid tot minder wettelijke regelingen,⁵⁰ maar wel tot een

⁴⁶ Van Male 1993, p. 10; Tak 2005, p. 14.

⁴⁷ Vgl. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 135.

⁴⁸ Van deze terugtred van de wetgever is voor het eerst door A.H.H. Struycken gewag gemaakt in 1910, Struycken 1910, p. 20-24. Struycken onderscheidt een drietal ontwikkelingen in het administratieve recht. Er is een toenemende inspanning van het parlement om maatschappelijke veranderingen te bewerkstelligen via het recht, er is (bijgevolg) sprake van toenemende delegatie aan de uitvoerende organen en er geldt een toename van vage wettelijke normen. Met name in het gebruik van vage wettelijke normen schuilt de terugtred van de wetgever, aldus Struycken. De afweging van de belangen in concrete gevallen wordt overgelaten aan het bestuur.

⁴⁹ Waaronder de sterk toegenomen omvang van de bestuursrechtelijke wetgeving, de behoefte aan flexibiliteit door bijvoorbeeld gewijzigde maatschappelijke of technische omstandigheden, maar ook de behoefte aan bestuurlijk maatwerk en overleg, waaraan een wetgever niet tegemoet kan komen. Vgl. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 135-136.

⁵⁰ Er heeft juist in de loop van de 20^e eeuw een enorme toename van het aantal wettelijke regels plaatsgehad op velerlei terreinen. Juist deze excessieve stijging van het aantal wettelijke regels heeft geleid tot een inhoudelijke terugtred door de wetgever.

verminderde inhoudelijke normering daarvan, hetgeen ten koste is gegaan van het met wetmatigheidsbeginsel beoogde verschaffen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁵¹ De algemene, door een wetgever vastgestelde rechtsnorm schrijft zelden volledig voor wat de inhoud van het te nemen besluit dient te zijn en vaak zelfs (nagenoeg) niet. De uiteindelijke normstelling voor een individueel geval is door de wetgever – al dan niet via het opdragen van nadere normstelling aan lagere wetgevers of bestuursorganen, hetgeen veelvuldig voorkomt – aan het bestuur overgelaten.⁵² Voor zover nadere normering heeft plaatsgevonden, geldt ook deze voor zowel bestuursorganen als burger als dwingend bestuursrecht. Afwijking daarvan is niet toegelaten.

Van bestuurlijke vrijheid is ter zake van het nemen van besluiten pas sprake indien en voor zover wettelijke regelingen (uiteindelijk) aan bestuursorganen beoordelings- en/of beleidsvrijheid laten.⁵³ Is het zo, dat deze rechtsnormen bestuursorganen ter vrije beschikking staan? Deze vraag lijkt in beginsel bevestigend te kunnen worden beantwoord, omdat bestuursorganen vrijheden hebben ter bepaling van voorwaarden, de te volgen procedure(s) en/of de vaststelling van de inhoud van het te nemen besluit jegens de burger. Niettemin, al is sprake van een maximale beoordelings- en beleidsvrijheid,⁵⁴ dan wordt de uitoefening van vrije bestuursbevoegdheden in algemene zin genormeerd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De ontwikkeling van deze aanvankelijk ongeschreven rechtsnormen heeft geleid tot een verbreding van het vereiste van wetmatigheid naar het vereiste van rechtmatigheid van bestuur.⁵⁵ Er wordt in dit verband ook wel gesproken over de compensatiefunctie van beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁶ Deze, overigens ook voor gebonden bestuursbevoegdhe-

⁵¹ Böhrling 1958, p.7-8. Volgens Scheltema is het legaliteitsbeginsel geen doel op zichzelf doch dient het deze twee beginselen, alsmede het democratiebeginsel. Scheltema 1996, p. 1355-1361.

⁵² Schlössels en Stroink 2006 p. 94.

⁵³ Daarmee is overigens geen sprake van regeland recht, omdat dat nu juist de aanwezigheid van een wettelijke regeling veronderstelt waarvan naar keuze kan worden afgeweken of gebruik gemaakt. Bij discretionaire bevoegdheden ontbreekt nu juist een wettelijke normering, terwijl er wel keuzemogelijkheden zijn voor het bestuur ter zake van het aanwenden van een bestuursbevoegdheid. Wel is sprake van bestuurlijke vrijheid voor het al dan niet van toepassing verklaren van regeland recht, zoals afd. 3.4 Awb.

⁵⁴ Bijvoorbeeld: het is verboden zonder vergunning van burgemeester en wethouders [een bepaalde activiteit] te verrichten. Indien deze bepaling de enige is die de deze bepaalde activiteit reguleert, dan is wegens het ontbreken van toepassingsvoorwaarden de beoordeling maximaal, terwijl zulks ook geldt voor de beleidsvrijheid, nu op geen enkele wijze is bepaald of en zo ja onder welke voorwaarden de vergunning moet of mag worden verleend.

⁵⁵ De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 22.

⁵⁶ De algemene beginselen van behoorlijk bestuur compenseren het wegvallen van zekerheden en garanties die de (formele) wet, uit hoofde van het legaliteitsbeginsel, zou behoren te bieden, Pennarts 2008, p. 12.

den, in acht te nemen rechtsnormen en inmiddels ten dele in de Awb opgenomen beginselen, vormen in ieder geval voor bestuursorganen dwingend recht.⁵⁷

Materieel bestuursrecht heeft een overwegend dwingendrechtelijk karakter. Het nemen van besluiten door bestuursorganen, typerend voor het huidige bestuursrecht, wordt derhalve bepaald door overwegend dwingend materieel recht, dat bestuursorganen noch burgers ter vrije beschikking staat.

1.3. Het Awb-besluit: een samenstel van sequentiële en consecutieve componenten⁵⁸

Naast het overwegend dwingendrechtelijk karakter van het materiële bestuursrecht, nemen daarbinnen besluiten van bestuursorganen – nog steeds en in onverminderde mate – een prominente plaats in. De geschillen tussen bestuursorganen en burgers die in het huidige bestuursrechtelijke rechtsgeding centraal staan, gaan – enkele uitzonderingen daargelaten⁵⁹ – steeds over besluiten in de zin van art. 1:3 Awb. Het juridische doel van besluiten is veelal ‘rechtsschepping’,⁶⁰ dat wil zeggen het teweegbrengen, wijzigen of tenietdoen van (een of meer) rechtsgevolgen,⁶¹ waartoe het (veelal) geschreven materiële bestuursrecht de grondslag biedt.⁶² Het nemen van Awb-besluiten vergt van bestuursorganen de beoordeling van een aantal, vrijwel voor ieder besluit steeds terugkerende componenten. Deze componenten gelden niet alleen als noodzakelijk voor het nemen van een Awb-besluit, zij zijn daarenboven sequentieel en veelal consecutief. Dit betekent niet alleen dat deze componenten achtereenvolgens moeten worden beoordeeld, maar ook dat de beoordeling van het ene component pas aangewezen is, wanneer is voldaan aan een ander component. De volgende componenten van besluiten dienen door bestuursorganen te worden beoordeeld.

⁵⁷ Het toepassen van het beginsel op een concreet geval heeft tot gevolg, dat er een rechtsregel ontstaat, die vervolgens in navolgende concrete gevallen weer dient te worden toegepast. Pennarts 2008, p. 13.

⁵⁸ Het onderscheid werd ook door Punt 1974 gemaakt.

⁵⁹ Art. 6:2 Awb vormt hierop een in de Awb geregelde uitzondering. Voorts geldt op grond van rechtspraak dat onder bijzondere omstandigheden een bestuurlijk rechtsoordeel appellabel is.

⁶⁰ Er zijn ook declaratoire besluiten, zoals besluiten op bezwaar die het primaire besluit in stand laten. Ook van declaratoire aard is de invorderingsbeschikking, zoals bedoeld in art. 5:37 Awb, vgl. Van Buuren 2009, aant. 2 bij art. 5:37, p. 396.

⁶¹ De bouwvergunning (onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) een omgevingsvergunning voor een bouwwerk) bewerkstelligt het rechtsgevolg voor de vergunninghouder dat hij het recht heeft te bouwen overeenkomstig het vergunde bouwplan; het in art. 2.1., aanhef en onder a Wabo neergelegde verbod van bouwen geldt voor dit geval niet. Een boetebesluit kent als rechtsgevolg de plicht tot betaling van een bepaalde geldsom.

⁶² Voor in bezwaar of in administratief beroep genomen besluiten geldt dat deze ‘rechtsvaststellend’ kunnen zijn en niet alleen gebaseerd zijn op materieel recht, maar ten dele ook gebaseerd zijn op de procesrechtelijke rechtsregels van de hoofdstukken 6 en/of 7 Awb.

Bevoegdheidsgrondslag

Voorafgaand aan het nemen van een besluit dient, ten eerste, door een bestuursorgaan beoordeeld te worden of er een bevoegdheid bestaat tot het nemen van dat (gevraagde of ambtshalve te nemen) besluit. Vervolgens zal het bestuursorgaan, ten tweede, moeten beoordelen aan welk bestuursorgaan de betreffende bestuursbevoegdheid is toegekend en, ten derde, op grond waarvan.⁶³ Voor deze bevoegdheidscomponenten geldt dat een bestuursorgaan in de regel uit een wettelijk voorschrift moet kunnen afleiden, door wie welke bestuursbevoegdheid mag worden uitgeoefend.⁶⁴ Deze componenten zijn niet alleen in onderling verband, maar ook voor de navolgende besluitcomponenten als consecutief aan te merken, omdat zonder bevoegdheid een bestuursorgaan immers geen besluit mag nemen.⁶⁵

Toepassingsvoorwaarden: voorwaarden waaronder een besluitbevoegdheid mag worden aangewend

Na de vaststelling dat er een (wettelijke) bevoegdheid bestaat tot het nemen van een besluit, zal een bestuurlijke beoordeling moeten plaatsvinden van de voorwaarden waaronder die bestuursbevoegdheid mag worden aangewend. Daartoe dient een bestuursorgaan eerst na te gaan welke ‘toepassingsvoorwaarden’⁶⁶ er zijn en vervolgens of (een van) deze toepassingsvoorwaarden, gelet op het feitencomplex, is (zijn) vervuld. Toepassingsvoorwaarden bepalen derhalve of een bestuursorgaan in het voorliggende geval gebruik mag maken van een bestuursbevoegdheid tot het nemen van een besluit. Voor toepassingsvoorwaarden geldt, dat deze veelal zijn opgenomen in een of meer wettelijke regelingen. Het negeren van een wettelijke toepassingsvoorwaarde of het daaraan onjuist toepassing geven is in strijd met de wettelijke regeling. Zoals hierboven al is gememoreerd, komt het geregeld voor dat een wettelijke regeling geen toepassingsvoorwaarden kent. In die gevallen wordt gesproken over ‘beoordelingsvrijheid’. Ook kan

⁶³ Jue onderscheidt binnen de ‘bevoegdheidsvraag’ het subject (bestuursorgaan), object (het te nemen besluit) en wettelijk voorschrift (als grondslag voor de bevoegdheidsverrijking. Jue 2010, p. 18. Een vergelijkbare indeling is te vinden in Burkens, Kummeling en Vermeulen 2006, p 51.

⁶⁴ Uit legaliteitsbeginsel volgt immers dat een bestuursbevoegdheid tot de wet of Grondwet moet zijn te herleiden. Er zijn echter uitzonderingen, zoals het nemen van een zuiver schadebesluit, zie ABRvS 21 augustus 1997, JB 265 (Van Vlodrop).

⁶⁵ Beschikt een bestuursorgaan niet over de bevoegdheid tot het verlenen van een subsidie dan is sprake van een onbevoegd genomen en daarmee niet rechtsgeldig besluit. Onbevoegdheid heeft aldus doorwerking op de andere besluitcomponenten, al zijn zowel de hoogte en duur van de subsidie alsmede de voorwaarden waaronder juist vastgesteld.

⁶⁶ In de literatuur ook wel ‘bevoegdheidsvoorwaarden’ genoemd (Damen 2009, p. 347) of ‘uitoefeningsvoorwaarden’ (Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2011, p. 638). Het bestuursorgaan dient in het concrete geval na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden, die gelet op de wettelijke formulering bepalend zijn voor het ontstaan van de bevoegdheid, een plicht of een recht, dan wel of de feitelijke situatie zich voordoet die beantwoordt aan de wettelijke eisen.

sprake zijn van toepassingsvoorwaarden, die een nadere beoordeling vergen van een bestuursorgaan. Ook dan kan sprake zijn van beoordelingsvrijheid. Deze beoordelingsvrijheid wordt niettemin beperkt door de werking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en /of door een vaste gedragslijn, blijkend uit eerder genomen beslissingen of (al dan niet in een beleidsregel) vastgesteld beleid. Aldus kunnen zich toepassingsvoorwaarden hebben ontwikkeld, waaraan een bestuursorgaan zich (in beginsel) heeft te houden.

Er is een verscheidenheid aan toepassingsvoorwaarden te onderscheiden:

De in art. 2.10 Wabo opgenomen weigeringsgronden betreffen (negatief geformuleerde) toepassingsvoorwaarden voor het al dan niet verlenen van een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen in de zin van art. 2.1., aanhef en onder a Wabo. In geval van strijd met een bestemmingsplan moet de bouwvergunning worden geweigerd en mag derhalve de bouwvergunning niet worden verleend. Een andere toepassingsvoorwaarde is dat er een aanvraag moet liggen, hetgeen volgt ondermeer volgt uit art. 2:4 Wabo zonder aanvraag mag derhalve geen bouwvergunning worden verleend. Voorts is het zijn van 'bouwwerk' (art. 1 Woningwet) evenzeer toepassingsvoorwaarde voor het verlenen van een bouwvergunning.

Voor het opleggen van een last onder dwangsom geldt als wettelijke toepassingsvoorwaarde dat er sprake dient te zijn van een overtreding, zijnde een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (art. 5:1, eerste lid jo art. 5:2, eerste lid onder b jo. art. 5:21 Awb). Is aan deze voorwaarde niet voldaan, dan is het bestuursorgaan in dit geval niet bevoegd tot het nemen van dit handhavingsbesluit.

Het verlenen van een werkloosheidswetuitkering mag slechts geschieden onder de voorwaarden dat de werkloze als verzekeringsplichtig is aan te merken. Is daarvan geen sprake dan kan geen uitkering ingevolge deze wet worden verleend. Hetzelfde geldt indien de aanvrager van de uitkering niet werkloos is (art. 16 WW). 'Werkloos zijn' is een toepassingsvoorwaarde voor het verlenen van een WW-uitkering.

Toepassingsvoorwaarden liggen als beoordelingscomponenten in het verlengde van de drie bevoegdheidscomponenten. Zij betreffen ook de bevoegdheidsvraag. Is aan een toepassingsvoorwaarde niet voldaan, dan mag immers een bestuursorgaan in het voorliggende geval geen gebruik maken van de betreffende bestuursbevoegdheid. In dat opzicht zijn toepassingsvoorwaarden consecutief voor de andere door bestuursorganen te beoordelen componenten van een besluit. Zijn (een of meer) toepassingsvoorwaarden voor het nemen van een besluit niet vervuld, dan mag geen besluit c.q. geen besluit met een bepaalde inhoud worden genomen.

Procedure

Nadat is beoordeeld of er een bevoegdheid bestaat tot het nemen van een besluit en vervolgens of daarvan in het voorliggende geval gebruik mag worden gemaakt ('id quod'), volgt een beoordeling van besluitcomponenten die worden gerekend tot de 'modus quo' van een besluit.⁶⁷ Het gaat dan om de vraag hoe van de bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt. In dit verband dient een bestuursorgaan (eerst) na te gaan of voor het nemen van een besluit een procedure is voorgeschreven.⁶⁸ Voorbeelden van procedurele voorschriften die de Awb kent zijn de artikelen 4.7 en 4.8 (hoorplicht) en in de afdelingen 3.3 (advisering) en 3.4 (uniforme openbare voorbereidingsprocedure). Ook in bijzonder wettelijke regelingen komen (veelvuldig) procedurele voorschriften voor. Procedurele voorschriften kunnen consecutief zijn voor de uiteindelijke inhoud van een besluit. Is een voorgeschreven procedure niet of niet op de juiste wijze gevolgd, dan kan dat immers leiden tot een inhoudelijk onjuist besluit.

Inhoud

Uiteindelijk, en dat is het doel van het nemen van besluiten, zal het bestuursorgaan zich een oordeel moeten vormen over de in het leven te roepen rechtsgevolgen. Het gaat dan om de inhoud van besluiten. Daartoe zal een beoordeling van één of meer materiële rechtsregels, die de kernprestatie(s) van het besluit – de uiteindelijk met het besluit beoogde rechtsgevolgen – betreffen, moeten plaatsvinden. Tot de kernprestaties van besluiten kunnen bijvoorbeeld worden gerekend:

De hoogte alsmede de duur van socialezekerheidsuitkeringen. Ook de aan de verleende uitkering verbonden voorschriften betreffen de inhoud van het besluit en hebben evenzeer rechtsgevolgen. Deze worden veelal weliswaar niet tot de kernprestaties gerekend, maar worden beschouwd als bijkomende voorwaarden of voorschriften. Het kan gaan om voorwaarden waaraan de uitkeringsgerechtigde gedurende de looptijd van de uitkering heeft te voldoen, wil hij zijn uitkering behouden (zoals het verstrekken van inlichtingen en regelmatig solliciteren).

De op te leggen last, de hoogte van de op te leggen dwangsom en de begunstigingstermijn.

De hoeveelheid bomen die geveld mogen worden. De voorschriften die aan de vergunningverlening verbonden worden, zoals de duur van de vergunning, de

⁶⁷ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 148.

⁶⁸ Overigens kunnen procedurele voorschriften ook in het teken staan van de beoordeling van een toepassingsvoorwaarde. Het indienen van een aanvraag is een procedurele kwestie, maar kan, zo bleek hierboven voor de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen, worden aangemerkt als een toepassingsvoorwaarde.

periode waarin niet gekapt mag worden alsmede de al dan niet op te leggen herplantplicht zien ook op de inhoud van het besluit.

Vorm

Na de beoordeling van de rechtsregels met betrekking tot de inhoud van een te nemen besluit, zijn er nog enkele vormvoorschriften waarvan bestuursorganen zich rekenschap dienen te geven. Hierbij kan gedacht worden aan art 3:47 Awb (kenbare motivering) of het opnemen van een rechtsmiddelenclausule op grond van art. 3:45 Awb. Deze vormvoorschriften zijn niet consecutief, maar ‘parallel geschakeld’. Zij dienen weliswaar correct door het bestuursorgaan te worden toegepast, daar ook zij van dwingendrechtelijke aard zijn, maar zij beïnvloeden de andere besluitcomponenten echter niet.

Gelding

Ten slotte dient het bestuursorgaan dat een besluit neemt rechtsregels te beoordelen die de inwerkingtreding van een besluit regelen. Het gaat daarbij in ieder geval om de bekendmakingsregels van artt. 3:40 tot en met 3:42 Awb.

Bestuursorganen dienen in het kader van het nemen van besluiten steeds de toepasselijkheid van een of meer materiële rechtsregels per afzonderlijke component te beoordelen. De bevoegdheidsgrondslag tot het nemen van een besluit kan zijn ondergebracht in één rechtsregel,⁶⁹ maar dat is niet altijd het geval.⁷⁰ Toepassingsvoorwaarden kunnen zijn opgenomen in dezelfde bepaling als waarin de bevoegdheidsgrondslag voor het besluit is neergelegd, maar ook dat hoeft niet het geval te zijn. Het komt voor dat toepassingsvoorwaarden zijn opgenomen in rechtsregels, die afkomstig zijn van verschillende wetgevers en/of bestuursorganen. Ook voor de inhoudelijke besluitcomponenten geldt dat zij in verschillende bepalingen en regelingen kunnen zijn opgenomen. Daarbij komt, dat per besluitcomponent het bestuur steeds dient te beoordelen of het toe te passen voorschrift zelf wel rechtsgeldig is. Het kan immers voorkomen, dat een rechtsnorm wegens voorrang van een andere (hogere, jongere, bijzondere) rechtsnorm buiten toepassing dient te worden gelaten.

Behalve dat bestuursorganen kennis (behoren te) hebben van de verschillende rechtsnormen die met het oog op het nemen van besluiten voor toepassing in aanmerking komen, dienen zij – en dat is onlosmakelijk met de juridische beoordeling van de hierboven onderscheiden componenten verbonden – de daarvoor relevante (rechts)feiten en omstandigheden vast te stellen. Besluiten

⁶⁹ Zo zijn er vele bepalingen die beginnen met: ‘Het is verboden zonder vergunning van het college van Burgemeester en Wethouders ...’.

⁷⁰ Een voorbeeld waar het soort besluit en het bevoegde bestuursorgaan niet in dezelfde rechtsregel zijn opgenomen is het verkeersbesluit. Welk verkeersbesluit kan worden genomen is geregeld in art. 15 Wegenverkeerswet (WVW) jo het Reglement Verkeersregels en verkeerstekens; de aanwijzing van het bevoegde bestuursorgaan volgt in art. 18 WVW.

zijn slechts dan in overeenstemming met het materiële bestuursrecht, indien bestuursorganen alle voor die besluiten relevante rechtsregels in aanmerking hebben genomen en deze – gelet op het relevante feitencomplex – correct hebben toegepast.

Geconcludeerd wordt dat ieder besluit in de zin van art. 1:3 van de Awb is op te vatten als een samenstel van componenten, die door bestuursorganen moeten worden beoordeeld. Besluiten zijn veelal opgebouwd uit met elkaar samenhangende componenten: er is sprake van sequentiële componenten, waarvan het merendeel consecutief is. Een rechtmatig besluit impliceert derhalve dat de afzonderlijke besluitcomponenten ook in overeenstemming dienen te zijn met het materiële bestuursrecht. Een (onjuiste) beoordeling van de ene besluitcomponent kan vanwege de sequentiële en consecutieve samenhang van besluitcomponenten doorwerking hebben op de beoordeling van andere componenten.⁷¹

1.4. De gevolgen van het ter vrije beschikking staan van het materiële bestuursrecht in het bestuursrechtelijke rechtsgeding

Indien partijen de omvang van het geding (mogen) afbakenen, brengt dat mee dat daar waar geen geschil(punt) over een materieelrechtelijke kwestie aan de bestuursrechter wordt voorgelegd, een rechterlijk oordeel daarover achterwege dient te blijven. De wetgever heeft zich blijkens de wetsgeschiedenis op de eerste en tweede tranche van de Awb blijkbaar laten leiden door de idee van bewust, doelgericht handelende procespartijen, die – hierbij moet vooral aan de indiener van het beroep worden gedacht – in staat worden geacht het door de bestuursrechter te beoordelen geschil weldoordacht af te bakenen.⁷² Wil en wens van procespartijen zijn derhalve doorslaggevend en liggen ten grondslag aan art. 8:69 Awb. Voor zover geen sprake is van weloverwogen handelen van procespartijen – de indiener van het beroep heeft uit onwetendheid op een voor de uitkomst van het geschil relevante rechtsregel geen beroep gedaan – wordt niettemin toch vastgehouden aan de regel dat partijen de omvang van het geschil bepalen. Uit een oogpunt van rechtszekerheid wordt het door de wetgever namelijk ongewenst geacht, dat de rechter ambtshalve het geschil uitbreidt.⁷³

Deze door de wetgever voorgestane wijze van geschillenbeslechting door de bestuursrechter impliceert dat het materiële bestuursrecht procespartijen in het bestuursrechtelijke rechtsgeding ter vrije beschikking staat. Zij kunnen immers de bestuursrechter, al dan niet doordacht, afhouden van het toetsen van een bestreden besluit aan een (voor de uitkomst van het geschil relevante) materiële rechtsregel. Dit ter vrije beschikking staan ligt echter gelet op het dwingendrecht-

⁷¹ Rechtsregels met betrekking tot de vorm zijn als parallel te beschouwen, zij hebben geen invloed op de inhoud van nemen besluit.

⁷² Volgens Pront-Van Bommel 2002, p. 11 wordt uitgegaan van de veronderstelling dat er bij partijen geen behoefte bestaat aan rechtsbescherming op het betreffende geschilpunt, wat – als men uit juridische onwetendheid nalaat een geschilpunt op te werpen – zeer de vraag is.

⁷³ PG Awb II, p. 463 (MvT).

telijke karakter van het materiële bestuursrecht geenszins voor de hand. De latere procespartijen in het bestuursrechtelijke rechtsgeding zijn in de bestuurlijke besluitvormingsfase in beginsel immers juist niet bevoegd om naar eigen goeddunken of inzicht dan wel niet of op een andere wijze dan voorgeschreven toepassing te geven aan een dwingende materiële rechtsnorm, zelfs al bestaat daarover (met alle denkbare betrokkenen) wederzijdse overeenstemming. Hooguit in het geval van weinig voorkomend regelend bestuursrecht, zou dat anders kunnen liggen.

Art. 8:69 Awb in de daaraan door de wetgever gegeven uitleg moet dan ook worden beschouwd als een procesrechtelijke bepaling waarmee dwingend materieel bestuursrecht in de fase van het rechtsgeding wordt getransformeerd tot recht, dat slechts op aangeven van (één van) de partijen door de bestuursrechter in aanmerking mag worden genomen. De vergelijking met regelend recht, waarvoor kenmerkend is dat het rechtssubjecten inderdaad ter vrije beschikking staat, dringt zich hier op. De vraag is of en zo ja hoe deze transformatie valt te verklaren.

Niet alleen vanuit het perspectief van het dwingende rechtskarakter van het materiële bestuursrecht, maar ook vanuit de invalshoek van bestuursrechtspraak, waarin het geven van een oordeel over de rechtmatigheid van een besluit centraal staat, roept art. 8:69 Awb een principiële vraag op. Een Awb-besluit is, zo is hierboven in par. 1.3. uiteengezet, te beschouwen als een samenstel van sequentiële en veelal consecutieve beoordelingscomponenten, die elk afzonderlijk worden beheerst door materiële rechtsnormen.⁷⁴ Omdat de omvang van het geding onder de Awb wordt bepaald door het ingestelde beroep, kan de rechtsstrijd voor de bestuursrechter zich beperken tot één of enkele beoordelingscomponenten. Daardoor kunnen, mogen en moeten beoordelingscomponenten van besluiten waarover procespartijen geen oordeel van de rechter hebben verzocht, door de bestuursrechter buiten beschouwing worden gelaten. Dit kan betekenen dat, hoewel een beoordelingscomponent door een bestuursorgaan in de bestuurlijke besluitvormingsfase niet juist is beoordeeld, het besluit desondanks door de bestuursrechter voor rechtmatig moet worden gehouden, indien het betreffende besluitcomponent niet in beroep is bestreden. Een stelsel van geschillenbeslechting waarin de bestuursrechter slechts bevoegd is om door procespartijen aangedragen geschilpunten over besluiten te beoordelen, kan aldus dwingen tot het doen van rechterlijke uitspraken die met dwingend materieel bestuursrecht strijdige besluiten (moeten) bekrachtigen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de bestuursrechter enkel wordt verzocht een geschilpunt over een inhoudelijk besluitcomponent te beoordelen en dienaangaande een ongegrondverklaring volgt. Is in beroep niet tevens geklaagd over de onjuistheid van een bestuurlijke beoordeling van een toepassingsvoorwaarde, dan zou het besluit in stand dienen te blijven, ofschoon dat besluit vanwege het niet vervuld zijn van de betreffende

⁷⁴ En, in het geval van besluiten op bezwaar en besluiten die in administratief beroep zijn genomen, ook door procesrechtelijke bepalingen uit de hoofdstukken 6 en 7 Awb.

toepassingsvoorwaarde wellicht in het geheel niet, en derhalve niet met deze inhoud, had mogen worden genomen.⁷⁵ Eenzelfde situatie kan zich voordoen als in beroep alleen een procedureel geschilpunt wordt opgeworpen, terwijl aan een toepassingsvoorwaarde niet is voldaan dan wel door een bestuursorgaan een onjuiste toepassing is gegeven aan een ‘inhoudelijke’ rechtsregel, hetgeen voor beide gevallen leidt tot de conclusie dat het besluit dan niet (zo) had mogen worden genomen.

Het is derhalve de vraag hoe een rechtsbeschermingstelsel, dat de mogelijkheid van een geïsoleerde beoordeling van geschilpunten tot uitgangspunt neemt, zich verhoudt tot het object van geschillenbeslechting, te weten het besluit als een samenstel van sequentiële en consecutieve beoordelingscomponenten. De vraag is in het bijzonder of en zo ja in hoeverre en dit probleem wordt tegemoetgekomen en, zo niet, hoe te rechtvaardigen valt dat door bestuursrechters beoordeelde, maar niettemin onrechtmatige besluiten toch in stand mogen en moeten blijven.

1.5. Beginselplicht tot ambtshalve toetsing en de legitimering van het verbod daarop

In de literatuur is wel het standpunt ingenomen, dat de keuze van de wetgever voor geschilbeslechting als primaire functie van bestuursrechtspraak voldoende rechtvaardiging vormt voor de zeer beperkte mate waarin de Nederlandse bestuursrechter bevoegd is tot ambtshalve toetsing.⁷⁶ Nog daargelaten of er wel sprake kan zijn van een keuze voor het vooropstellen van de ene of de andere doelstelling – de Awb-wetgever gaat zelf uit van ontwikkelingen in het materiële bestuursrecht die daartoe de aanleiding zijn geweest – gaat een dergelijke stellingname voorbij aan hetgeen in de vorige paragrafen als kenmerken van het materiële bestuursrecht is besproken. De uit de doelstelling van het bieden van individuele rechtsbescherming (geschilbeslechting) afgeleide procesrechtelijke regel, die inhoudt dat (één van de) procespartijen de omvang van het door de bestuursrechter te berechten geschil bepalen, staat immers haaks op het overwegend dwingende karakter van het materiële bestuursrecht. Een rechtsbeschermingstelsel waarin de bestuursrechter in beginsel gehouden is om besluiten ambtshalve te toetsen, sluit beter aan bij het dwingendrechtelijke karakter van het materiële bestuursrecht en doet daarenboven recht aan het uitgangspunt dat het procesrecht dit dwingende materiële recht dient te verwezenlijken en essentiële leerstukken daarbinnen dient te volgen.⁷⁷ Anders dan het huidige rechtsbe-

⁷⁵ Als voorbeeld dient het handhavingsbesluit dat in beroep wordt aangevochten en waarbij wordt opgekomen tegen de te treffen maatregelen om de overtreding te beëindigen en/of de lengte van de begunstigingstermijn, terwijl de materiële waarheid is dat er geen sprake is van een overtreding.

⁷⁶ Var-commissie Rechtsbescherming 2004, p. 108.

⁷⁷ Dit is een uitgangspunt dat gelet op de wetsgeschiedenis op de eerste en tweede tranche van de Awb, ten grondslag ligt aan het huidige bestuursprocesrecht en nog steeds erkenning vindt

schermingsstelsel dat een geïsoleerde rechterlijke toetsing van door partijen opgeworpen geschilpunten tot uitgangspunt neemt, wordt daardoor bovendien voorkomen dat onrechtmatige besluiten (moeten) worden gesauveerd door de bestuursrechter en met dwingend materieel bestuursrecht strijdige rechtsgevolgen in stand (moeten) worden gelaten. Het dwingendrechtelijke (materiële) bestuursrecht alsmede het besluit als voorwerp van bestuursrechtelijke geschillenbeslechting rechtvaardigen derhalve de gevolgtrekking dat voor de bestuursrechter in beginsel een plicht tot ambtshalve toetsing geldt en dat voor een (overwegend) verbod daarop goede gronden moeten bestaan, die afwijking van deze consequentie rechtvaardigen.

In zowel de parlementaire geschiedenis van de eerste en tweede tranche van de Awb, rechtspraak als de literatuur zijn uiteenlopende verklaringen opgevoerd, die het huidige (overwegende) verbod van ambtshalve toetsing vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief beogen te rechtvaardigen.⁷⁸ Deze dissertatie stelt zich ten doel deze verklaringen aan een nader onderzoek te onderwerpen, teneinde vast te stellen of en zo ja in hoeverre daarmee, afzonderlijk dan wel in hun onderlinge verband, een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming valt te rechtvaardigen, waarin – niettegenstaande het dwingende rechtelijke karakter van het bestuursrecht – partijen de omvang van het geding bepalen en ambtshalve toetsing uitzondering is. De probleemstelling wordt dan:

In hoeverre valt een verbod voor de bestuursrechter om besluiten ambtshalve te toetsen aan dwingend materieel bestuursrecht te rechtvaardigen?

Alvorens de verschillende verklaringen voor het huidige verbod van ambtshalve toetsing te onderzoeken, wordt hiervan eerst een nadere, gedetailleerde positiefrechtelijke duiding gegeven. Dit gebeurt in hoofdstuk 2. In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord in hoeverre het door de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis op de eerste en tweede tranche van de Awb voorgestane verbod van ambtshalve toetsing van besluiten aan materiële rechtsregels zijn beslag heeft gekregen in de bestuursrechterlijke rechtspraak, die zich in de jaren na de inwerkingtreding van de Awb heeft ontwikkeld. Eerst wordt nagegaan op welke wijze de omvang van het rechtsgeding wordt bepaald; zijn daarvoor beroeps-

in de literatuur, vgl. Schreuder-Vlasblom 2011, p. 2. Daarnaast geldt dit uitgangspunt ook nog steeds voor het burgerlijk procesrecht, zie daarover nader hoofdstuk 5.

⁷⁸ Er bestaan ook praktische argumenten, waarvan de onmogelijkheid om binnen een afzienbare termijn geheel op rechtmatigheid kunnen beoordelen van besluiten er een is, Schreuder-Vlasblom 2011, p. 42. Dit is zeker geen onbelangrijk argument, maar vanuit een juridisch oogpunt is het niet relevant, zij het dat dit anders komt te liggen wanneer de eis van een redelijke termijn zoals neergelegd in art. 6 EVRM door ambtshalve toetsing (op grote schaal) zou worden overschreden. Ook is wel betoogd, dat bestuursrechtspraak als mechanisme voor controle op rechtmatige besluiten niet geschikt is, omdat niet aangevochten (maar mogelijk wel onrechtmatige) besluiten niet aan controle door de rechter worden onderworpen, Scheltema 1978, p. 259-275. Dit moge zo zijn, maar daarmee is nog geen rechtvaardiging verschaft voor het niet integraal op rechtmatigheid mogen beoordelen van besluiten die wel aan de rechter zijn voorgelegd.

gronden of besluitonderdelen beslissend?⁷⁹ Voorts wordt in kaart gebracht wie de omvang van het geding bepaalt; is dat alleen de indiener van het beroep of ook het bestuursorgaan of mogelijk anderen?⁸⁰ Vervolgens is van belang te weten welke invloed uitgaat van de aanwending van de ambtshalve bevoegdheden die de bestuursrechter toekomt op grond van het tweede en derde lid van art. 8:69 Awb; dit zijn tenslotte, zoals hierboven in par. 1.1. is aangegeven, ambtshalve bevoegdheden die, wanneer zij tezamen worden uitgeoefend, de ingrediënten vormen van ambtshalve toetsing. Ook wordt onderzocht of de bestuursrechterlijke rechtspraak zich er rekenschap van geeft, dat besluiten een samenstel vormen van sequentiële en consecutieve beoordelingscomponenten. Het hoofdstuk sluit af met het geven van een nauwgezet antwoord op de vraag in hoeverre blijkens de huidige rechtspraak de bestuursrechter onder het procesrecht van de Awb besluiten ambtshalve toetst.

Het huidige Awb-procesrecht vormt in een aantal opzichten een breuk met het procesrecht van voor de Awb. Dit geldt in ieder geval voor de vaststelling van de omvang van het bestuursrechtelijke geding.⁸¹ In hoofdstuk 3 wordt een terugblik verschaft op het procesrecht van vóór de Awb. Van één algemeen geldend procesrecht voor de inwerkingtreding van de Awb was toen geen sprake, er gold een verscheidenheid aan procesregelingen voor uiteenlopende bestuursrechtelijke deelgebieden. De vraag die in hoofdstuk 3 wordt beantwoord, is hoe in de afzonderlijke procesregelingen van vóór de inwerkingtreding van de Awb de omvang van het geding werd bepaald, of en zo ja in hoeverre ambtshalve toetsing door de betreffende bestuursrechter werd toegelaten en – niet in de laatste plaats – welke opvattingen en motieven indertijd aan de afbakening van het rechtsgeding ten grondslag hebben gelegen. Hoofdstuk 3 tracht derhalve mede de vraag te beantwoorden op de vraag hoe voor de afzonderlijke procesregelingen van voor de inwerkingtreding van de Awb ambtshalve toetsing of een verbod daarop werd gerechtvaardigd.

In de parlementaire geschiedenis van de eerste en tweede tranche van de Awb is door de wetgever een visie gepresenteerd op het materiële bestuursrecht, waaraan vervolgens consequenties zijn verbonden voor het bestuursprocesrecht. De vooropstelling van de doelstelling van het bieden van individuele rechtsbescherming wordt door de wetgever onderbouwd met het in de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb ontvouwde gedachtegoed, die inhoudt dat de bestuursrechtelijke verhoudingen tussen bestuur en burger zich laten typeren als ‘weder-

⁷⁹ De tekst van art. 8:69 noch de parlementaire geschiedenis geven hierover helderheid. Uit artikelsgewijze toelichting lijkt te moeten worden opgemaakt, dat besluitonderdelen doorslaggevend zijn (PG Awb II, p. 463 (MvT)), maar tegelijkertijd is de betekenis van dit begrip niet duidelijk.

⁸⁰ De wetgever gaat uit van de omvang van het ingediende beroep wat lijkt impliceren dat alleen door middel van het beroepschrift de omvang van het geding wordt bepaald, PG Awb II, p. 463 (MvT).

⁸¹ PG Awb II, p. 170-176 (MvT).

kerige rechtsbetrekkingen'.⁸² Aan deze karakterisering van het materiële bestuursrecht is vervolgens door de wetgever de procesrechtelijke gevolgtrekking verbonden, dat het ten principale juist is dat procespartijen, en niet (langer) de rechter, de omvang van het geding bepalen.⁸³ Het is ook deze gewijzigde visie op het materiële bestuursrecht, waarop de aan art. 8:69 Awb ten grondslag liggende vooronderstelling is gebaseerd, dat materiële bestuursrechtelijke regels ter vrije beschikking (kunnen, moeten en mogen) staan in het bestuursrechtelijke rechtsgeding.

De in hoofdstuk 4 te beantwoorden vraag luidt of en zo ja in hoeverre deze notie van wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht kan verklaren dat materiële bestuursrechtelijke rechtsnormen in het bestuursrechtelijke rechtsgeding ter vrije beschikking kunnen en mogen staan van procespartijen. In dit hoofdstuk 4 zal de precieze betekenis en reikwijdte van wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht nader worden onderzocht, waarbij bijzondere aandacht uitgaat naar de verhouding tussen de notie van wederkerige rechtsbetrekkingen als karakterisering van het materiële bestuursrecht en het dwingende rechtskarakter daarvan.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 aandacht besteed aan de omvang van het geding in de rechtspraak van de burgerlijke rechter. Daarvoor bestaat in ieder geval één goede reden. De Awb-wetgever heeft namelijk bij de vormgeving van het Awb-procesrecht ook oog gehad voor de ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht en heeft geconstateerd dat het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht weliswaar traditioneel van elkaar verschillen, maar in de loop der tijd wel naar elkaar zijn toegegroeid.⁸⁴ Meer in het bijzonder vertoont de wijze van afbakening van het geschil onder het huidige bestuursprocesrecht zeer sterke overeenkomsten met de wijze waarop dit geschiedt in het burgerlijk procesrecht.⁸⁵ Tussen de wijze waarop de rechtsstrijd wordt afgebakend in civilibus en in het bestuursrecht bestaan zelfs nog maar weinig verschillen, zo is in (bestuurs)rechtspraak geconstateerd.⁸⁶ De lijdelijkheid van de burgerlijke rechter is – vanoudsher al – verklaard vanuit de aard van het materiële burgerlijk recht, waarbij termen als 'contractsvrijheid' en 'regelend recht' altijd centraal hebben gestaan. Niettemin geldt voor civielrechtelijke verhoudingen dat deze in toenemende mate door dwingend recht worden beheerst. In hoofdstuk 5 zal worden onderzocht of hoe de omvang van het rechtsgeding in het burgerlijk procesrecht wordt afgebakend, of en zo ja in hoeverre de burgerlijke rechter al dan niet

⁸² PG Awb I, p. 39.

⁸³ PG Awb II, p. 175.

⁸⁴ PG Awb II, p. 176-177 (MvT).

⁸⁵ De bepaling over ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, art. 8:69, lid 2 Awb is in overeenstemming met art. 48 Rv (oud), zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, PG Awb II, p. 463; Crommelin 2007, p. 6-7.

⁸⁶ Cbb 17 mei 2005, LJN AT5805, r.o. 5.4.4., 2^e alinea (verwijzingsuitspraak naar het HvJ EU) en HvJ EU op 7 juni 2007, C-22205 tot en met C 22505 (Van der Weerd).

ambtshalve aan dwingende rechtsregels dient te toetsen en in hoeverre de aard van het materiële recht daarbij van betekenis is.

De rechtvaardiging voor de procesrechtelijke regel van het verbod van ambtshalve toetsing kan worden gezocht in de aard van het materiële recht, maar zou ook kunnen volgen uit het procesrecht zelf, dat wil zeggen uit beginselen die voor de inrichting en de vormgeving van het bestuursprocesrecht van belang zijn of bij de uitoefening van procesrechtelijke bevoegdheden in acht dienen te worden genomen. In de Awb-wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur wordt van dergelijke beginselen, die een rechtvaardiging vormen voor een verbod van ambtshalve toetsing, inderdaad gewag gemaakt. Het gaat achtereenvolgens om het rechtszekerheidsbeginsel, het verdedigingsbeginsel, het beginsel van de goede procesorde, het beginsel van de redelijke termijn en het onpartijdigheidsbeginsel.

Door de Awb-wetgever is over het verbod van ambtshalve toetsing het volgende opgemerkt:

‘[G]elet op de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding, namelijk het bieden van rechtsbescherming, is er geen reden voorde rechter om buiten de vordering te treden. Daarnaast zou het uit het oogpunt van rechtszekerheid van de bij het besluit betrokkenen bepaald ongelukkig zijn, als de rechter buiten de grenzen van het aan hem gepresenteerde geschil zou kunnen treden’.⁸⁷

Rechtszekerheid is een argument voor het verbod van ambtshalve toetsing, zo lijkt uit het citaat te volgen. Het citaat getuigt evenwel van enige voorzichtigheid, want niet wordt gesteld dat ambtshalve toetsing in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Het beginsel dwingt klaarblijkelijk niet, maar heeft wel een uitwerking op betrokkenen die door de wetgever als onwenselijk wordt beschouwd.⁸⁸ Gelet op de veelheid van betekenissen die rechtszekerheid heeft, het wordt als een containerbegrip beschouwd⁸⁹, is het de vraag welke daarvan de wetgever op het oog heeft gehad. Het meest voor de hand ligt, dat de wetgever vooral de bescherming van de rechtspositie van de procespartijen op het oog heeft gehad. Voor de indiener van het beroep is uitdrukkelijk in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat diens positie mag niet verslechteren door het instellen van beroep.⁹⁰ Dit zogeheten verbod van reformatio in peius is zonder twijfel te scha-

⁸⁷ PG Awb II, p. 463 (MvT).

⁸⁸ Overigens is opvallend, dat het HvJ EU in de hieronder nog te vermelden uitspraken in de zaken Van Schijndel en Van Veen alsmede de zaak Van der Weerd rechtszekerheid wel noemt als beginsel dat aan een nationaal stelsel van rechtspraak ten grondslag ligt, maar niet in verband brengt met ambtshalve optreden door rechter. Het CBB doet dat in zijn verwijzingsuitspraak in de zaak Van der Weerd evenmin.

⁸⁹ Vgl. Oldenziel die onder meer bestendigheid van regelgeving, rechtmatige toepassing van regelgeving, tijdigheid van beslissen en duidelijkheid over de rechtspositie als elementen van rechtszekerheid aanmerkt, Oldenziel 1998, p. 14-24.

⁹⁰ PG Awb II, p. 463 (MvT) en p. 464 (MvA).

ren onder het rechtszekerheidsbeginsel. Overigens mag volgens de wetgever ook een reguliere (niet-ambtshalve) toetsing een reformatio in peius niet als uitkomst hebben.⁹¹ Zou de hierboven geciteerde passage uit de memorie van toelichting zich alleen richten op de positie van de indiener van het beroep, dan levert dat slechts een gedeeltelijke verklaring voor het verbod van ambtshalve toetsing op. De vraag is, te meer daar de wetgever zich daarover niet nader heeft uitgelaten, wie de (andere) ‘betrokkenen’ zijn voor wie ambtshalve toetsing uit een oogpunt van rechtszekerheid ongelukkig zou zijn. Geldt rechtszekerheid in de betekenis van bescherming van de rechtspositie ook voor bestuursorganen en voor andere procespartijen? In hoofdstuk 6 wordt onderzocht of en zo ja in welk opzicht deze betekenis van rechtszekerheid rechtvaardigt dat ambtshalve toetsing niet dan wel in uitzonderingsgevallen mag plaatsvinden. Daarnaast zal ook worden onderzocht welke invloed uitgaat van de andere betekenissen van rechtszekerheid, waaronder die welke ten grondslag ligt aan de tijdigheid van de berechting en de voorspelbaarheid van overheidsbeslissingen, op het vraagstuk van ambtshalve toetsing.

De rechtsontwikkeling is sinds inwerkingtreding van de Awb niet blijven stilstaan. Ook andere, (indertijd) – afgaande op de parlementaire geschiedenis – niet door de wetgever voorziene en pas na de inwerkingtreding van de Awb opgekomen ontwikkelingen kunnen betekenis hebben gekregen voor het bestuursprocesrecht.⁹² Gelet op rechtspraak en de literatuur zijn er inderdaad ook andere, aan procesrechtelijke beginselen te ontleen argumenten, die een (overwegend) verbod van ambtshalve toetsing kunnen rechtvaardigen. In de gevoegde zaken C-22205 tot en met C 22505 (Van der Weerd), naar aanleiding van verzoeken om een prejudiciële beslissing door het CBb, heeft het HvJ EU op 7 juni 2007 arrest gewezen, waarbij over het vraagstuk van ambtshalve toetsing het navolgende is overwogen:

‘Het Hof heeft vastgesteld dat deze beperking van de bevoegdheid van de nationale rechter (de eis om zich te houden aan het voorwerp van het geschil en zijn beslissing te baseren op de hem voorgelegde feiten, r.o. 34, MH) haar rechtvaardiging vindt in het beginsel dat het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt en dat de rechter bijgevolg alleen in uitzonderingsgevallen, in het openbaar belang, ambtshalve kan optreden. Dit beginsel beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen’.⁹³

⁹¹ PG Awb II, p. 463 (MvT) en p. 464 (MvA).

⁹² Evaluatie Awb III 2007, p. 63.

⁹³ R.o. 35 van het arrest.

Deze overweging kwam reeds voor in de arresten van het HvJ EU Van Schijndel en Van Veen.⁹⁴ Ook in deze arresten werden in het kader van de zogeheten procedurele ‘rule of reason-test’⁹⁵ de hierboven vermelde beginselen opgevoerd als een rechtvaardiging voor de lijdelijkheid van de rechter en het slechts in uitzonderingsgevallen toelaten van ambtshalve toetsing. In de zaken Van Schijndel en Van Veen ging het evenwel om civiele zaken, waarin de lijdelijkheid van de civiele rechter onderwerp was. In de zaken Van der Weerd e.a. zijn dezelfde beginselen, zonder enige aarzeling, door het HvJ EU als redengevend aangemerkt voor de lijdelijkheid van de Nederlandse bestuursrechter. Daarvóór had het CBB in haar verwijzingsuitspraak reeds geconstateerd, onder verwijzing naar de rechtsoverwegingen uit de arresten Van Schijndel en Van Veen, dat het bestuursprocesrecht wat betreft de afbakening van de rechtsstrijd en de lijdelijkheid van de rechter in dit opzicht niet veel verschilt van het civiele proces.⁹⁶

Het HvJ EU en het CBB beschouwen de hierboven vermelde beginselen als een rechtvaardiging voor een lijdelijke bestuursrechter ten aanzien van de omvang van het geding, die bijgevolg slechts in uitzonderlijke gevallen gehouden is tot ambtshalve toetsing.⁹⁷ Zo beschouwd, zijn deze rechtvaardigingen als complementair te beschouwen op die welke door de wetgever in de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb zijn genoemd. Het gaat daarbij in het bijzonder om het verdedigingsbeginsel, het beginsel van een redelijke termijn en het beginsel van de goede procesorde. In hoofdstuk 7 zal voor deze beginselen worden onderzocht welke betekenis zij hebben en of en zo ja hoe kan worden begrepen dat zij, zoals de genoemde rechters hebben vastgesteld, klaarblijkelijk argumenten opleveren voor een verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter.

In de literatuur wordt het vraagstuk van ambtshalve toetsing ook wel in verband gebracht met het onpartijdigheidsbeginsel.⁹⁸ Door ambtshalve een grond in het geding te brengen, voorziet de bestuursrechter een van de procespartijen van een argument, waarmee de ene partij bevoordeeld zou kunnen worden en een andere partij benadeeld. Deze onwenselijkheid van een ‘meeprocederende’ rechter kan in verband worden gebracht met zowel het verdedigingsbeginsel, meer in het bijzonder met het daar weer binnen te onderscheiden vereiste

⁹⁴ HvJ EU 14 december 1995 (Van Schijndel en Van Veen), zaken C-430-93 en C-431/93, Jur.1995, p. I-4705, en TVVS 1996-I, p. 26 m.nt. M.R.M.

⁹⁵ Waarmee het HvJ EU bepaalt of het nationale procesrecht de effectuering van het EU-recht niet uiterst moeilijk of onmogelijk maakt (het effectiviteitsvereiste).

⁹⁶ CBB 17 mei 2005, LJN AT5805, r.o. 5.4.4., 2^e alinea.

⁹⁷ Hetgeen voor het bestuursprocesrecht nogeens is herhaald en bevestigd in HvJ EU 25 november 2008, C-455/06 (Heemskerk)

⁹⁸ Lewin 2006, p. 5-6. Voor het burgerlijk procesrecht: Ekelmans 2008, p. 49. De Var-Commissie Rechtsbescherming stelt (in verband met het bieden van ongelijkheidscompensatie door de bestuursrechter) dat naarmate het accent meer op geschilbeslechting ligt, de helpende rechter meer en meer in strijd komt met diens onpartijdigheid, Var-Commissie rechtsbescherming 2004, p. 35. Schreuder-Vlasblom 2011, p. 46 stelt dat de bestuursrechter het besluit niet integraal op rechtmatigheid toetst, maar slechts aan de hand van de door de aanlegger in geroepen rechtsnormen om geen afbreuk te doen aan rechterlijke onpartijdigheid.

van 'equality of arms'⁹⁹, maar ook met het beginsel van onpartijdigheid van de rechter. In hoofdstuk 7 wordt onderzocht of en zo ja in welk opzicht het vereiste van onpartijdigheid van de bestuursrechter rechtvaardigt dat ambtshalve toetsing door de bestuursrechter niet dan wel uitsluitend in uitzonderingsgevallen mag plaatsvinden.

In hoofdstuk 8 wordt, nadat een samenvatting is gegeven van de voorafgaande hoofdstukken, de probleemstelling van dit onderzoek beantwoord. Hoofdstuk 8 bevat ten slotte de samenvatting en conclusies van het onderzoek en doet aanbevelingen.

⁹⁹ Hetgeen meebrengt dat de rechter partijen gelijk dient te behandelen en partijen gelijke rechten hebben om hun standpunten naar voren te brengen, Pront-Van Bommel 2002, p. 19.

Hoofdstuk 2. Ambtshalve toetsing onder de Awb als uitzondering

2.1. Inleiding

Gelet op de wetsgeschiedenis van de eerste en tweede tranche van de Awb wordt de omvang van het geding bepaald door de omvang van het ingestelde beroep. Ambtshalve toetsing, in de wetsgeschiedenis nog *ultra petita* gaan genoemd, door de bestuursrechter mag slechts plaatsvinden ingeval van voorschriften die partijen niet ter vrije beschikking staan, de zogeheten voorschriften van openbare orde. Volgens de wetgever vallen hieronder rechterlijke bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesities. In het vorige hoofdstuk is hieraan de gevolgtrekking verbonden, dat de Awb-wetgever een rechtsbeschermingsmodel voorstaat, waarin geen ambtshalve toetsing van besluiten aan materieelrechtelijke rechtsnormen mag plaatsvinden. Dit hoofdstuk heeft tot doel na te gaan of en zo ja in hoeverre de door de wetgever aan het begin jaren negentig van de vorige eeuw uitgezette lijn voor de omvang van het beroep in de rechtspraak inderdaad navolging heeft gekregen.

Eerst wordt onderzocht op welke wijze de omvang van de rechterlijke toetsing van besluiten wordt bepaald en door wie. Daarbij wordt nagegaan in welke mate de in art. 8:69, eerste lid Awb opgenomen elementen, te weten het beroepscrift, de stukken, het vooronderzoek ter zitting en de zitting zelf, bepalend zijn voor de afbakening van het geding. Voorts wordt onderzocht met welke 'precisie' het rechtsgeding dient te worden afgebakend. Uit de Memorie van Toelichting op art. 8:69 lid 1 lijkt te kunnen worden opgemaakt dat daarvoor besluitonderdelen en niet de in beroep aangevoerde gronden beslissend dienen te zijn. Afbakening van het geding op besluitonderdelen is grofkorreliger, dan die welke is gebaseerd op beroepsgronden. De eerstgenoemde wijze behelst meer ruimte voor ambtshalve toetsing dan de als tweede genoemde. Nagegaan zal worden op welke wijze het rechtsgeding thans wordt afgebakend.

Vervolgens worden betekenis en reikwijdte van de in art. 8:69, tweede en derde lid Awb uitdrukkelijk aan de bestuursrechter toegekende ambtshalve bevoegdheden besproken. In het bijzonder wordt bezien hoe deze ambtshalve bevoegdheden zich verhouden tot het (overwegende) verbod van ambtshalve toetsing. Het beantwoorden van deze vraag is relevant, te meer nu ambtshalve toetsing neerkomt op de gecombineerde toepassing van beide rechterlijke bevoegdheden.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van rechtsnormen waaraan volgens de huidige rechtsopvattingen ambtshalve dient te worden getoetst.

2.2. De elementen voor afbakening van de rechtsstrijd volgens art. 8:69 lid 1

Voor de procespartijen geldt als inzet van het bestuursrechtelijke geding: het verkrijgen van een (hun welgevallig) bindend rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van het in beroep bestreden bestuursbesluit. Dit besluit vormt het

‘voorwerp’ van het bestuursrechtelijke geding; dáárover gaat het geschil in ieder geval.¹⁰⁰ Dat wat buiten (de reikwijdte of strekking van) het bestreden besluit valt, is geen voorwerp van het geding en kán daarom niet in het geding worden behandeld.¹⁰¹ Behalve voorwerp is het besluit derhalve ook de begrenzing van het geding.¹⁰² De reikwijdte van een besluit wordt niet uitsluitend bepaald door de geschreven tekst van de beslissing, want ook hetgeen daarin niet is vermeld kan tot het besluit behoren. Te denken valt aan een besluit dat de aanvraag slechts ten dele honoreert. Dit besluit betreft dan evenzeer de impliciete weigering om volledig tegemoet te komen aan de aanvraag om een bepaald besluit met een bepaalde inhoud te nemen.

Dat het besluit zowel voorwerp als begrenzing is van het bestuursrechtelijke geding, betekent evenwel niet dat de bestuursrechter het gehele besluit aan het recht mag of moet toetsen. Art. 8:69 beperkt de omvang van de rechterlijke toetsing. Het eerste lid stelt dat de rechtbank¹⁰³ uitspraak dient te doen ‘op grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.’ Het tweede lid luidt: ‘De bestuursrechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan’ en het derde lid: ‘De bestuursrechter kan ambtshalve de feiten aanvullen.’ Het is het eerste lid dat de rechtsstrijd – ook wel: het door de bestuursrechter te beoordelen geschil of de omvang van het (bestuursrechtelijke) geding – afbakent.

Uit het eerste lid van art. 8:69 volgt dat het beroepschrift één van de elementen is die bepalend is voor de afbakening van het geding. Het vormt daarvoor ‘de grondslag’. Doordat de wettekst ook melding maakt van andere elementen die de grondslag voor de uitspraak vormen, lijkt art. 8:69 lid 1 de mogelijkheid open te houden dat de bestuursrechter zijn uitspraak ook mag baseren op gronden, die niet in het beroepschrift zijn vermeld. Het is immers niet denkbeeldig dat de bestuursrechter, gelet op zijn ervaring in het afdoen van (soortgelijke) geschillen en zijn kennis van het recht, na de bestudering van de processtukken, de verkre-

¹⁰⁰ Gelet op het bestuursprocesrecht van de Awb is bestuursrechtelijke rechtsbescherming alleen mogelijk tegen besluiten die volgens de artikelen 8:1 e.v. Awb voor beroep vatbaar zijn. Enkele uitzonderingen daargelaten, staat tegen andere bestuurlijke handelingen dan besluiten geen beroep open. Als hoofdregel geldt - er zijn uitzonderingen - dat alvorens beroep wordt ingesteld bij de (bestuursrechtelijke kamer van de) rechtbank eerst bezwaar wordt gemaakt bij het bestuursorgaan dat het primaire besluit heeft genomen. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat over het algemeen hoger beroep open.

¹⁰¹ ABRvS 26 mei 2010, 200908820 (www.raadvanstate.nl); CRvB 21 december 2004, RSV 2005, 75. De reikwijdte van het besluit wordt evenzeer bepaald door de aanvraag. Deze kan in het geding niet meer worden gewijzigd, ABRvS 2 juni 2010, 200904041 (www.raadvanstate.nl).

¹⁰² Een voorbeeld hiervan biedt CRvB 28 juli 2004, RSV 2004/325.

¹⁰³ Ingevolge art. 21 Beroepswet geldt art. 8:69 Awb ook voor de CRvB (in hoger beroep); art. 36 Wet op de Raad van State bepaalt hetzelfde voor de ABRvS; zo ook art. 19 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

gen informatie tijdens het vooronderzoek of hetgeen ter zitting naar voren is gebracht¹⁰⁴ uit eigen beweging tot de slotsom komt, dat aan het bestreden besluit een niet in het beroepschrift vermeld gebrek kleeft en vervolgens zijn uitspraak daar (mede) op baseert. In de parlementaire geschiedenis op de Awb lijkt deze mogelijkheid te worden bevestigd. Immers, zo wordt in de Memorie van Toelichting op art. 8:69 opgemerkt:

‘Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift kan men immers niet zonder meer afleiden dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten. Het past goed bij de actieve rol die de rechter in de procedure heeft, dat deze de appellant in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten.’¹⁰⁵

Aan de bestuursrechter lijkt derhalve te worden opgedragen om bij de indiener van het beroep na te gaan of mogelijk niet aangevoerde gebreken in het besluit niet tóch aan de uitspraak ten grondslag moeten worden gelegd. Deze passage lijkt te veronderstellen dat de bestuursrechter deze gebreken zelf, tijdens de bestudering van het dossier¹⁰⁶ of tijdens de behandeling ter zitting, op het spoor komt en dat hij deze vervolgens de indiener van het beroep voorhoudt. De rechter heeft de bevoegdheid om over het door hem geconstateerde gebrek tijdens het vooronderzoek schriftelijke of mondelinge inlichtingen in te winnen, welke partijen verplicht zijn te verstrekken.¹⁰⁷ Ook de zitting zou daartoe kunnen worden aangewend.

Andere passages in diezelfde Memorie van Toelichting wijzen er echter op de bestuursrechter juist van een actieve houding te willen weerhouden:

‘Over de omvang van het geschil waarover de rechter een oordeel moet geven, merken wij op dat deze in beginsel wordt bepaald door de omvang van het ingestelde beroep (...). Gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding, namelijk het bieden van rechtsbescherming, is er geen reden voor de rechter om buiten de vordering te treden.’¹⁰⁸

Alsmede:

‘Uit het bovenstaande vloeit in de eerste plaats voort, dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten.’¹⁰⁹

¹⁰⁴ Derhalve op basis van de overige elementen die art. 8:69 lid 1 noemt.

¹⁰⁵ PG Awb II, p. 463 (MvT).

¹⁰⁶ Op grond van art. 8:42 Awb is het bestuursorgaan verplicht om de op de zaak betrekking hebbende stukken en een verweerschrift in te dienen.

¹⁰⁷ Bijvoorbeeld op grond van art. 8:28, art. 8:44 of 8:45 Awb.

¹⁰⁸ PG Awb II, p. 463 (MvT).

¹⁰⁹ Idem.

En, ten slotte:

‘De rechter is ingevolge art. 8.2.6.4. eerste lid, onder meer verplicht om uitspraak te doen op de grondslag van het beroepschrift. Daaruit vloeit voort, dat de rechter niet buiten de vordering mag treden (verbod van ultra petita gaan)’.¹¹⁰

De opmerking in de wetsgeschiedenis, dat de actieve bestuursrechter niet zonder meer in niet-aangevoerde gebreken mag berusten, maakt de bedoelingen van de wetgever weer enigszins ongewis. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb, met name uit het laatstelijk weergegeven citaat, lijkt echter bovenal te moeten worden afgeleid, dat de omvang van het geding in het bijzonder wordt bepaald door het beroepschrift en dat de overige elementen, die het eerste lid van art. 8:69 noemt, van een ondergeschikte betekenis zijn. Dit is inderdaad ook de lijn die (uiteindelijk) door de bestuursrechter is gevolgd, zij het dat de Afdeling bestuursrechtspraak gedurende enige tijd een tegenovergesteld standpunt leek in te nemen. In zijn uitspraak van 8 augustus 1996¹¹¹ werd door de Afdeling namelijk expliciet overwogen, dat niet uitsluitend het beroepschrift bepalend is voor de omvang van het geschil, maar dat ook de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting relevant zijn. In deze uitspraak sauveerde de Afdeling de ambtshalve vaststelling van de rechtbank – daarmee de feitelijke grondslag van het geding aanvullende – dat het bestreden besluit niet op strijdigheid met het bestemmingsplan was getoetst.¹¹² Deze lijn is echter door de Afdeling bestuursrechtspraak verlaten. De door de indiener van het beroep in het geding gebrachte gronden het uitgangspunt vormen voor de omvang van het geding.¹¹³ De volgende overwegingen uit uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn hiervoor exemplarisch:

‘[U]it de stukken, waaronder het beroepschrift en zittingsaantekeningen, noch anderszins kan worden afgeleid dat de vreemdeling ter zake beroepsgronden heeft aangevoerd. Dat dit [ambtshalve door de rechtbank overwogen, MH] punt naar aanleiding van vragen wel ter sprake is geweest, maakt dat niet anders, nu de voorgedragen beroepsgronden tot het stellen van die vragen geen aanleiding gaven.’¹¹⁴

¹¹⁰ PG Awb II, p. 464 (MvA).

¹¹¹ AB 1996, 481 m.nt. PvB; JB 1996, 198 m.nt. MAH.

¹¹² In zijn annotatie onder deze uitspraak in AB construeerde P.J.J. van Buuren het gevolg geven aan het bepaalde in art. 8:69 lid 2 nog langs art. 8:69 lid 3. Door aanvulling van de feitelijke gronden in het beroepschrift, kon art. 8:69 lid 2 worden toegepast.

¹¹³ O.a. ABRvS d.d. 1 oktober 2003, AB 2004, 50, ABRvS 15 mei, JB 2005, 190, ABRvS 22 december 2005, JV 2006, 55 m.nt. BKO; CRvB 17 april 2007 USZ 2007, 125 m.nt. P.J. Jansen en CRvB 4 februari AB 2009, 161 m.nt. A. Tollenaar; CBb 17 mei 2005, 17 mei 2005, JB 2005, 241 m.nt. LJMT en CBb 9 november 2006, LJN AZ2235.

¹¹⁴ ABRvS 6 maart 2006, JV 2006, 135.

En:

‘Een beoordeling van de rechtmatigheid van dit bevel viel buiten het bereik van de door de rechtbank te verrichten ambtshalve toetsing. Die beoordeling kan de rechtbank ingevolge art. 8:69, eerste lid, van de Awb slechts verrichten indien wederpartij de wijze waarop het bevel is gegeven in de gronden van zijn beroep op enigerlei wijze aan de orde had gesteld. Dit was, zoals uit het navolgende blijkt, niet het geval. In het beroepschrift heeft wederpartij geen enkele grond voorgedragen die betrekking heeft op of verwijst naar het eerder uitgevaardigde verwijderingsbevel. Hetzelfde geldt de brief van 7 december 2005 die wederpartij als reactie op het door de burgemeester ingediende verweerschrift. Blijkens het proces-verbaal van het verhandelde ter zitting van de rechtbank heeft de wederpartij ten betoge van zijn beroep naar deze stukken verwezen en heeft hij eerst tegen het verwijderingsbevel stelling genomen nadat de rechter een vraag daarover aan de vertegenwoordiger van de burgemeester had opgeworpen.’¹¹⁵

Hieruit volgt dat de bestuursrechter niet – door zoals in dit geval vragen op te werpen ter zitting – zelf beroepsgronden mag uitlokken en daarmee de omvang van het beroep mag uitbreiden.¹¹⁶ Uit onderzoek is gebleken, dat de ABRvS zich onthoudt ‘van elk handelen dat het predikaat van actieve bestuursrechter zou kunnen opleveren’.¹¹⁷ Een voorbeeld van deze opstelling van de Afdeling bestuursrechtspraak biedt diens uitspraak van 23 juni 2003.¹¹⁸ Hoewel voor de Centrale Raad van Beroep de aangevoerde gronden bepalend zijn voor de omvang van het geding, lijkt hij wat ruimhartiger te zijn dan de Afdeling. Meermalen is door de Centrale Raad van Beroep overwogen, dat de beroepsgronden uit een oogpunt van rechtsbescherming voldoende ruim naar hun strekking moeten worden opgevat¹¹⁹, waarbij alle feiten en omstandigheden in aanmerking worden

¹¹⁵ 31 januari 2007, AB 2007, 251 m.nt. A.T. Marseille.

¹¹⁶ Een soortgelijke uitspraak is ABRvS 6 maart 2006, JV 2006, 135.

¹¹⁷ Marseille 2003, p. 1062-1069.

¹¹⁸ AB 2004, 154 m.nt. A.T. Marseille. Appellant richtte zich tegen de in art. 95m APV opgenomen regeling, omdat deze bepaling hem ertoe zou verplichten voortdurend toezicht te houden binnen zijn seksinrichting. De Afdeling stelde vast dat appellant bij de rechtbank niet is opgekomen tegen het *vergunningvoorschrift* waarin is bepaald dat drie nader genoemde beheerders aanwezig dienden te zijn. Het heeft er alle schijn van, dat appellant in beroep ook niet is gevraagd of hij zijn beroep ook tegen het betreffende vergunningsvoorschrift wenste te richten.

¹¹⁹ O.a. CRvB 5 november 2008 waarbij de rechtbank uit eigen beweging had onderzocht of het UWV in redelijkheid geen toepassing had gegeven aan een hardheidsclausule. Omdat appellant zich in beroep op het standpunt had gesteld dat het volstrekt onredelijk is om de uitkering over de periode van 7 juli 2003 tot en met 31 januari 2005 terug te vorderen c.q. in te vorderen, kwam de CRvB tot het oordeel dat de rechtbank in overeenstemming met artikel 8:69 van de Awb terecht heeft onderzocht of de toepassing van de Regeling leidt tot een kennelijke hardheid in welk geval de raad van bestuur van het UWV bevoegd is af te wijken van het gestelde in de regeling conform artikel 14 ervan. Voorts CRvB 4 februari 2009, LJN: BH3898 en CRvB 15 november 2005, LJN: AU6381.

genomen en in onderling verband worden gezien, waarbij niet alleen wordt gelet op het beroepschrift, maar óók op het verhandelde ter zitting.¹²⁰

Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven lijkt meer de lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak te volgen:

‘Het College is van oordeel dat voornoemde wettelijke voorschriften en de hiervoor geformuleerde uitgangspunten in de weg staan aan het in dit geding in aanmerking nemen van argumenten ontleend aan verordening (EG) 800/1999 en aan verordening (EG) 1254/1999. Het betreft immers argumenten die in dit geding niet door appellanten aan de orde zijn gesteld, maar die het College blijken uit een vergelijking van de argumentatie van verweerder in de primaire besluiten met die welke door verweerder is gebezigd in de in dit geding bestreden beslissingen op bezwaar. Het in aanmerking nemen van bedoelde argumenten kan niet geschieden krachtens een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden’.¹²¹

De betreffende primaire besluiten bevonden zich onder de overgelegde stukken, doch de daaraan te ontlene gronden van beroep (door de CBb aangemerkt als ‘argumenten’) mogen niet in de rechterlijke oordeelsvorming worden betrokken.

Geconcludeerd wordt de omvang van het geding wordt bepaald op grondslag van het beroepschrift. In zijn algemeenheid geldt overigens niet, zoals art. 8:69 lid 1 wel lijkt te suggereren, dat de gronden van beroep alleen maar in en derhalve tegelijkertijd met het beroepschrift mogen worden ingediend. Ook later in de procedure is dat nog mogelijk¹²², tenzij de wet anders bepaalt.¹²³

2.3. Afbakening door aangevoerde gronden

2.3.1. De indiener van het beroep

Met het indienen van een beroepschrift wordt een aanvang gemaakt met de procedure bij de bestuursrechter. Het is aan een belanghebbende overgelaten of hij een besluit ter beoordeling aan de bestuursrechter wenst voor te leggen. Deze keuzevrijheid werkt door tot het moment, dat de rechter het onderzoek ter zitting heeft gesloten. Tot dat moment is de indiener van het beroep vrij om zijn beroep in te trekken. In en door het beroepschrift maakt de indiener van het beroep niet

¹²⁰ CRvB 27 februari 2002, RSV 2002, 153.

¹²¹ CBb 9 november 2006, LJN: AZ2235, r.o. 5.6.

¹²² Dit is in de eerste plaats af te leiden uit de onderscheidenlijke Procesregelingen voor de rechtscollages, bijvoorbeeld art. 4 Landelijke Procesregeling Bestuursrecht 2010. Uit rechtspraak (die in hst 7 wordt besproken) volgt bovendien dat in beginsel ook nog later in de procedure gronden mogen worden ingediend, waarbij de goede procesorde en ook art. 6:13 daaraan grenzen stellen. Zie bijvoorbeeld ook de hierboven geciteerde overweging uit de Afdelingsuitspraak van 31 januari 2007.

¹²³ Zoals art. 1.6 lid 2 Crisis- en herstelwet; ook in hoger beroep in het vreemdelingenrecht dienen de gronden meteen al in het hoger beroepschrift te zijn opgenomen, ABRvS 29 mei 2007, AB 2007, 209.

alleen duidelijk dat, maar ook om welke reden(en) hij het oneens is met het door hem bestreden besluit.¹²⁴ Hij kan bewerkstelligen, dat de rechtmatigheid van het *gehele* besluit aan rechterlijke oordeelsvorming wordt onderworpen, maar hij kan zijn beroep ook beperken tot het noemen van slechts één argument of enkele argumenten, die één aspect of enkele aspecten van het besluit betreffen. Aldus wordt de indiener van het beroep in staat gesteld om het door de bestuursrechter te beoordelen geschil naar eigen inzicht, voorkeur of wens te beperken. Met het niet in zijn beroepschrift of in een later stadium van de procedure aanvoeren van (mogelijk) andere gebreken, wordt de indiener van het beroep geacht daarover ook geen rechterlijk oordeel te wensen. Deze aanname geldt ook voor het geval uit onwetendheid een bepaalde beroepsgrond niet is aangevoerd.

Het is deze keuzevrijheid van de indiener van het beroep die de belangrijkste pijler vormt voor de afbakening van het bestuursrechtelijke geding onder de Awb.

2.3.2. Anderen

De omvang van het ingestelde beroep bij de bestuursrechter in eerste aanleg wordt primair bepaald door de indiener van het beroep. Dit is veelal de degene aan wie (ook in bezwaar) een vergunning, uitkering of anderszins een begunstigend besluit (gedeeltelijk) is geweigerd en in beroep deze (in bezwaar gehandhaafde) weigering aanvecht. Hij is in de bestuurlijke besluitvormingsfase de direct-belanghebbende jegens wie een besluit is genomen. In de bestuurlijke besluitvormingsfase zijn naast deze direct-belanghebbende ook derdebelanghebbers te onderscheiden. Ook deze derdebelanghebbenden hebben het recht van (bezwaar en hoger) beroep, zij zijn indien van dat recht gebruik wordt gemaakt aan te merken als de indiener van het beroep. Denkbaar is dat tegen eenzelfde besluit zowel de directbelanghebbende als een derdebelanghebbende opkomen; de door beide aangevoerde gronden bepalen dan de omvang van het geding.

De Awb voorziet in art. 8:26, eerste lid in de bevoegdheid van de bestuursrechter om belanghebbenden, die – om welke reden dan ook geen gebruik hebben gemaakt van hun beroepsrecht – in de gelegenheid te stellen om als derdepartij aan het geding deel te nemen.¹²⁵ De op basis van art. 8:26 Awb toegelaten derdepartij krijgt de mogelijkheid om ten minste eenmaal zijn visie op de zaak uiteen te zetten, maar hij heeft geen mogelijkheid om gronden om gronden tegen het bestreden besluit in te dienen. In dat geval had hij (maar) gebruik moeten maken van zijn recht om een beroepschrift in te dienen.¹²⁶ Zo beschouwd, beïnvloedt een derdepartij derhalve de omvang van het geding niet.

¹²⁴ Tot welk moment in een lopende procedure nog nieuwe gronden mogen worden aangevoerd, komt in het kader van de bespreking van de ‘goede procesorde’ in hoofdstuk 7 aan bod.

¹²⁵ Dit kan ambtshalve door de bestuursrechter geschieden, maar ook op verzoek van een van de procespartijen of de betreffende belanghebbende zelf.

¹²⁶ T.C. Borman, in: Tekst & Commentaar Kluwer 2009, aant. 3 en 4, p. 557-558; Hofman 2011, p. 853.

Behalve indiener(s) van het beroep, is ook het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen partij in het geding. Zij is de verwerende partij. Hebben bestuursorgaan die de in beroep bestreden besluit nemen, de mogelijkheid om de omvang van het geding beïnvloeden? Vooropgesteld moet worden dat dit in de praktijk weinig zal voorkomen, omdat daaraan in de regel bij bestuursorganen ook weinig behoefte zal bestaan. Bestuursorganen zullen zich immers in de regel op het standpunt stellen, dat het besluit (in alle opzichten) rechtmatig is genomen. Niettemin kan het voorkomen, dat bestuursorganen hangende de procedure bij de bestuursrechter een gebrek in het besluit ontdekken, dat de indiener van het beroep niet heeft opgemerkt en waardoor het besluit voor vernietiging in aanmerking komt. Een bestuursorgaan zal dan in de regel een nieuw besluit strekkende tot intrekking of wijziging van het in beroep bestreden besluit nemen. Dit is een besluit zoals bedoeld in art. 6:18 Awb. Het aanhangige beroep wordt dan met toepassing van art. 6:19, eerste lid Awb beschouwd als mede gericht tegen dat nieuwe besluit. Dit nieuwe besluit kan geheel of gedeeltelijk tegemoet komen aan ingestelde beroep. Voor het oorspronkelijke geding betekent dit dat verweerder hiermee ook de omvang kan beïnvloeden, en wel ten gunste van de indiener van het beroep. Is er sprake van een andere indiener van het beroep of van een toegelaten derdepartij, dan kan deze beïnvloeding van de omvang van het geding voor hen juist nadelig zijn.

Niet ondenkbaar is, dat het bestuursorgaan in de procedure een aanvullend argument opvoert, dat de (inhoudelijke) juistheid van het bestreden besluit bevestigt. Het kan gaan om een nadere motivering. Een nadere motivering valt niet onder de bepalingen van artt. 6:18 en 6:19.¹²⁷ Een nadere motivering noopt wel tot een reactie van de indiener van het beroep. Met die reactie wordt de omvang van het geding gewijzigd. Een verbetering van de motivering van een besluit wordt door de bestuursrechter in beginsel toegelaten. Dit kan leiden tot een gegrondverklaring van het beroep, waarbij de rechtsgevolgen van het besluit in stand worden gelaten.¹²⁸

Daar waar door een bestuursorgaan in de beroepsprocedure wordt aangevoerd, dat aan het besluit een juridisch of feitelijk gebrek kleeft, maar desondanks geen intrekking- of wijzigingsbesluit wordt genomen, zal – nadat de indiener van het beroep in staat is gesteld om een reactie te geven – het betreffende besluit moeten worden vernietigd. Dit gebeurt dan op een andere grond, dan in beroep door de indiener van het beroep is aangevoerd; de omvang van het geding ondergaat daarmee derhalve een uitbreiding.

2.3.3. Feitelijk geformuleerde gronden zijn afdoende

Over de wijze waarop de indiener van het beroep in zijn beroepschrift duidelijkheid dient te verschaffen over de door hem gewenste omvang van de beoorde-

¹²⁷ CRvB 1 juli 1998, RSV 1998, 275.

¹²⁸ CRvB 26 maart 1999, 122 en ABRvS 25 oktober 1999, AB 2000,4.

ling door de bestuursrechter, gaat art. 6:5 Awb. In deze bepaling zijn voorschriften opgenomen over zowel de vorm als de inhoud van een beroepschrift. Het eerste lid, aanhef en onder d verplicht de indiener ‘de gronden van het beroep’ in zijn beroepschrift te vermelden. Wat onder ‘gronden’ moet worden verstaan en hoe precies die in het beroepschrift moeten worden verwoord, is echter in de Awb zelf noch de wetsgeschiedenis daarop aangegeven. Gronden zijn de redenen die de indiener heeft om het besluit vernietigd, herroepen of gewijzigd te krijgen.¹²⁹ Argumenten, inclusief het bewijs daarvoor, dienen ter onderbouwing van deze redenen.¹³⁰ Of de in het beroepschrift opgenomen stellingen, rechtsfeiten of subjectieve rechten¹³¹ inderdaad als ‘gronden van beroep’ moeten worden aangemerkt, heeft de wetgever klaarblijkelijk aan de bestuursrechter willen overlaten. Uit de Awb kan worden afgeleid, dat de beroepsgronden niet op een juridisch correcte wijze behoeven te worden geformuleerd. Uit art. 8:69 lid 2 volgt zelfs dat iedere verwijzing naar een relevante rechtsregel achterwege mag blijven; de bestuursrechter is gehouden tot het aanvullen van de rechtsgronden.¹³² De indiener van het beroep mag derhalve volstaan met het louter ‘feitelijk’ formuleren van zijn redenen.¹³³

2.3.4. Ambtshalve aanvullen van feiten

Volgens rechtspraak geldt als minimumvereiste dat de gronden van beroep voldoende duidelijk en feitelijk zijn omschreven.¹³⁴ Van de indiener van het beroep kan daarom worden verlangd, dat hij het door hem gestelde verheldert en (met bewijzen) onderbouwt. Het zonder enige argumentatie opwerpen van een stelling kan leiden tot het in het geheel niet in aanmerking nemen daarvan als beroepsgrond, maar zou ook kunnen leiden tot afwijzing van de (wel als zodanig aan te merken) beroepsgrond wegens onvoldoende onderbouwing.¹³⁵ Worden in rechtspraak minimeisen gesteld aan gronden, de rechter dient zich echter ook zelf enige moeite te getroosten om daarover helderheid te verkrijgen.¹³⁶ De mogelijkheid daartoe is wel begrensd.

¹²⁹ P.J.J. van Buuren, in: *Tekst en Commentaar aant. 2d bij art. 6:5*, Kluwer 2009, p. 428.

¹³⁰ *Evaluatie Awb II 2002*, p. 25; Hoogenboom 1998, p. 126-135; *Evaluatie hoger beroep 2001*, p. 10.

¹³¹ De Graaf 2004, p. 99. Een schending van een subjectief recht kan bijvoorbeeld zijn: ‘Daardoor is mijn onroerende zaak minder waard geworden’.

¹³² Daaronder valt in ieder geval het juridisch vertalen (kwalificeren) van de in beroep aangevoerde redenen, zie par. 2.4.

¹³³ Zoals onder meer valt af te leiden uit ABRvS 12 juni 2006, AB 2006, 338 m.nt. Widdershoven: ‘(...) [W]as er geen feitelijke grondslag voor de rechtbank om op basis daarvan met aanvulling van rechtsgronden art. 8 EVRM in haar beoordeling van het geschil te betrekken.’

¹³⁴ Zo blijkt bijvoorbeeld uit ABRvS 14 maart 1995, AB 1996, 117 m.nt. AFMB, CRvB 27 december 2001, JB 2002, 75 en CRvB 10 juni 2003, AB 2003, 330 (m.nt. HBr).

¹³⁵ CRvB 31 oktober 2007, AB 2008, 90, waarin alleen maar was aangevoerd dat het besluit in strijd was met met name genoemde regelgeving en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Idem ABRvS 14 juli 2010, Gst. 2010, 77 (appellant had zonder toelichting alleen maar gesteld, dat het bestuursorgaan inbreuk had gemaakt op art. 6 Gw).

¹³⁶ ABRvS 3 februari 2010, JB 2010, 79.

Specifiek toegesneden op het aanvullen van de in beroep aangevoerde feiten, is het derde lid van art. 8:69. Hierin wordt bepaald dat de rechter de feiten van het geding ambtshalve kan aanvullen. Het is derhalve geen wettelijke plicht. Nadere voorschriften over deze aanvullingsbevoegdheid geeft de Awb niet. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt, dat de bestuursrechter zich 'in beginsel niet behoeft neer te leggen bij de feiten zoals deze door partijen worden gepresenteerd.¹³⁷ In de wetsgeschiedenis is beargumenteerd dat het aanvullen van feiten dient ter compensatie van ongelijkheid tussen de procespartijen. De bestuursrechter dient in een bestuursrechtelijk geding tegenwicht te bieden aan de voorsprong die het bestuursorgaan heeft ten opzichte van de burger.¹³⁸ De mate waarin de bestuursrechter aan deze ongelijkheidscompensatie gevolg dient te geven, is afhankelijk van de feitelijke verhouding tussen partijen in het concrete geval. De bepaling is daarom ook facultatief geredigeerd: naarmate de ongelijkheid tussen partijen groter is, zal er voor de rechter meer aanleiding kunnen zijn om van deze bevoegdheid gebruik te maken.¹³⁹

In de vorige paragraaf bleek al dat de bestuursrechter in staat is om door raadpleging van de overgelegde stukken dan wel op basis van hetgeen is verhandeld tijdens het vooronderzoek of ter zitting, gebreken in het bestreden besluit op het spoor te komen, die niet door de indiener van het beroep aan de orde zijn gesteld. De bestuursrechter zou aldus ambtshalve – al dan niet met gebruikmaking van de onderzoeksbevoegdheden die hem op grond van de Awb ter beschikking staan¹⁴⁰, de feiten van het geding kunnen aanvullen, waardoor ook de omvang van het geding wordt verruimd. Hoewel de tekst van art. 8:69 is hiervoor niet prohibitief is, mag gebruikmaking van de bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van feiten niet leiden tot een uitbreiding van de feitelijke grondslag – dat wil zeggen: de omvang – van het geding.¹⁴¹ Dit valt af te leiden uit de wetsgeschiedenis: bij het ambtshalve aanvullen van de feiten dient de bestuursrechter zich te beperken tot de bestreden onderdelen van het besluit.¹⁴² Hiermee is tot uitdrukking gebracht, dat de bevoegdheid tot het ambtshalve aanvullen van feiten op grond van het derde lid van art. 8:69 dient plaats te vinden binnen de omvang van het geding. Een ruimer gebruik van deze bevoegdheid, het onderzoeken van feiten waarover partijen niet strijden, zou de regel dat partijen de omvang van het geding bepalen ondergraven.¹⁴³

¹³⁷ PG Awb II, p. 463 (MvT).

¹³⁸ PG Awb II, p. 172 (MvT).

¹³⁹ PG Awb II, p. 464 (MvA).

¹⁴⁰ Te denken valt aan het oproepen van partijen om hen om inlichtingen te vragen (art. 8:27, 8:28, 8:44 en 8:45), het oproepen van getuigen (art. 8:46 en 8:60) of het benoemen van een deskundige (art. 8:47).

¹⁴¹ De Bock 2004, p. 80; Bok 2004.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Voor voorschriften van openbare orde geldt evenwel dat de rechter daaraan ambtshalve dient te toetsen, hetgeen ook meebrengt dat de rechter zonodig de relevante feiten zelf dient te vergaren. Dit leek in belastingzaken aanvankelijk anders te liggen, vgl. HR 1 april 2005, AB 2005, 246 m.nt. Widdershoven), doch sinds HR 15 mei 2011, AB 2011, 158 m.nt. Widders-

Art. 8:69, lid 3 Awb kan derhalve (slechts) worden aangewend voor de bewijsvoering. De bestuursrechter hoeft zich niet neer te leggen bij door de partijen gepresenteerde feiten, maar kan daarna ook ambtshalve onderzoek instellen met gebruikmaking van de hem in afdeling 8.2.2. toegekende onderzoeksbevoegdheden. Uit rechtspraak kan worden afgeleid, dat de bestuursrechter het niet tot zijn taak rekent dat hij ambtshalve feitelijke informatie verzamelt; het zijn in de eerste plaats de partijen die feiten moeten aandragen en bewijzen.¹⁴⁴

Geconcludeerd wordt dat het de feitelijk geformuleerde beroepsgronden zijn die bepalend zijn voor de omvang van de rechterlijke toetsing van een in beroep bestreden besluit. De bestuursrechter mag de bevoegdheid tot het ambtshalve aanvullen van feiten slechts binnen de omvang van het geding aanwenden. Daarvan is sprake, indien de bestuursrechter uit eigen beweging (ambtshalve) feiten onderzoekt en in het geding brengt, voor zover deze betrekking hebben op het al dan niet staven van de juistheid van de gronden van beroep.¹⁴⁵

2.3.5. Geen vordering vereist

Behalve het opnemen van in ieder geval feitelijk verwoorde gronden in het beroepschrift, lijkt ook vermelden van een ‘vordering’ van belang. Althans, volgens de wetsgeschiedenis op de Awb mag de bestuursrechter niet ‘buiten de vordering treden’.¹⁴⁶ Het instellen en formuleren van een vordering door de indiener van het beroep is door de wetgever klaarblijkelijk van cruciaal belang geacht voor de begrenzing van het geding. Over de betekenis noch de gevolgen (van het niet opnemen ervan in het beroepschrift) bestaat echter helderheid. De wetgever heeft die helderheid in ieder geval niet geboden.

Het ligt voor de hand om voor de betekenis van het begrip ‘vordering’ aansluiting te zoeken bij de uitspraken die de bestuursrechter kan doen. Volgens art. 8:70 Awb zijn dat de onbevoegdverklaring, niet-ontvankelijkverklaring van

hoven is de belastingrechter gehouden om ambtshalve onderzoek te doen naar de feiten die door een partij zijn aangevoerd, ook al worden deze niet betwist door de andere partij.

¹⁴⁴ Schuurmans 2005.

¹⁴⁵ In de rechtspraak zijn twee verschillende benaderingen aan te treffen met betrekking tot de vaststelling van feiten en het toetsen van die feiten. In de retrospectieve of zorgvuldigheidsbenadering ziet bestuursrechter de feitenvaststelling primair als een taak van het bestuursorgaan en zal het besluit indien de feitelijke grondslag gebrekkig is, worden vernietigd wegens een zorgvuldigheids- of een motiveringsgebrek, waarna het vervolgens aan het bestuur is om de feiten opnieuw vast te stellen. De integrale of klassieke benadering volgt de lijn dat de bestuursrechter zelf ambtshalve een feitenonderzoek uitvoert. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft lange tijd de eerstgenoemde benadering gevolgd en de Centrale Raad de tweede, vgl. Ten Berge 1996; De Bock 2000, p. 66-76; Tak 2011, p. 995-1012. Inmiddels zijn de verschillen in benadering getemperd door de inwerkingtreding van art. 6:13 Awb en de daarop gewezen rechtspraak, die het mogelijk maken dat tegen besluitonderdelen die in de voorprocedure zijn bestreden alle denkbare feitelijke argumenten en bewijzen mogen worden ingebracht in de fase van beroep, vgl. Damen 2012, p. 288.

¹⁴⁶ PG Awb II, p. 464 (MvA).

het beroep, gegrond- of ongegrondverklaring van het beroep. Aldus kan de indiener van het beroep duidelijk maken wat hij van de bestuursrechter verlangt. In zoverre kan over een ‘vordering’ worden gesproken. Het is evenwel nogal vanzelfsprekend, dat de indiener van het beroep in de regel een gegrondverklaring van het beroep zal ‘vorderen’. Bovendien behoeft hij het daaraan verbonden (rechts)gevolg, vernietiging van het bestreden besluit, vervolgens niet uitdrukkelijk te verwoorden. De rechter is immers in dat geval reeds op voet van art. 8:72 Awb gehouden het besluit – en daarmee ook de rechtsgevolgen – geheel of gedeeltelijk te vernietigen.¹⁴⁷

Het in de wetsgeschiedenis opgenomen, tot de bestuursrechter gerichte verbod om buiten de vordering te treden, kent in het algemeen in de Awb geen hiermee corresponderend tot de indiener van het beroep gericht gebod om een vordering (of eis) te formuleren.¹⁴⁸ In art. 6:5 ontbreekt een dergelijk vereiste, terwijl art. 6:6 slechts voorziet in herstel mogelijkheden voor een verzuim ten aanzien van het bepaalde in art. 6:5 Awb. Het niet opnemen van een vordering door de indiener van het beroep kan door de Awb niet (door niet-ontvankelijkverklaring) worden gesanctioneerd. Hieruit volgt dat een uitdrukkelijke vermelding van een vordering in het beroepschrift dan wel het achterwege laten daarvan gelet op de Awb geen betekenis heeft voor de afbakening van het geding. Ook uit rechtspraak volgt dat het opnemen van een vordering in algemene zin geen vereiste is.¹⁴⁹ Wel bestaat hierop een enkele uitzondering. Zo stelt art. 8:73 Awb de uitdrukkelijke eis dat een verzoek om schadevergoeding dient te worden ingesteld wil deze door de rechter worden beoordeeld.¹⁵⁰

De conclusie is dat het niet instellen van een ‘vordering’, buiten de gevallen waarin de wet daaraan speciale betekenis toekent, geen gevolgen heeft. Een vordering is ook overbodig nu uit de aangevoerde gronden reeds worden opgemaakt wat de indiener van het beroep beoogt met zijn beroep en dat is meestentijds een gegrondverklaring van het beroep en een vernietiging van het bestreden besluit.

¹⁴⁷ Art. 8:72 lid 1 en 2. Op grond van lid 4 kan de rechter evenwel bepalen dat de rechtsgevolgen van het besluit, ondanks een vernietiging, in stand blijven.

¹⁴⁸ In enkele procesregelingen van voor de Awb, zoals art. 89 sub d Beroepswet, was de indiener van het beroep wel gehouden tot het opnemen van een vordering. Niettemin was deze eis van ondergeschikte aard, omdat in het beroep tegen een beschikking de vordering het petitum al opgesloten lag: de vernietiging of de wijziging van de beschikking. Zie Punt 1974, p. 149 en p. 155. Voorts volgde uit het systeem van de Beroepswet dat de beroepsrechter niet gebonden was aan de vordering, Vleesch Dubois en De Jong 1984, p. 310-311. Het is niet duidelijk waarom in de Awb niet is opgenomen dat een vordering moet worden ingesteld, vgl. Tak 2002, p. 55.

¹⁴⁹ In een enkel geval is dit anders en ‘kleurt’ de vordering (‘vernietiging van het bestreden besluit’) de wijze waarop de omvang van het geding wordt bepaald, in. Vgl. ABRvS 28 januari 2000, JB 2000, 57 m.nt. F.A.M.S.

¹⁵⁰ CRvB 9 februari 2007, USZ 2007, 18.

2.3.6. Besluitonderdelen

2.3.6.1. De onbestemde betekenis van besluitonderdelen

Uit de Memorie van Toelichting op art. 8:69 – niet uit de tekst van deze bepaling zelf – kan worden afgeleid, dat de wetgever aan het begrip ‘besluitonderdeel’ een wezenlijke betekenis heeft willen toekennen voor het vaststellen van de omvang van het geding. Dit blijkt uit de opmerking dat het de bestuursrechter verboden is om niet-besteden besluitonderdelen in het kader van art. 8:69 te beoordelen.¹⁵¹ Een bevestiging van het belang van het besluitonderdeel voor de omvang van het geding kan worden gevonden in de toelichting op art. 8:69, lid 3, waaruit blijkt dat de bevoegdheid tot het ambtshalve aanvullen van feiten uitsluitend mag worden aangewend ten aanzien van aangevochten besluitonderdelen. De bedoeling van de Awb-wetgever met dit begrip is evenwel onduidelijk. Weliswaar is zoveel duidelijk dat niet-besteden besluitonderdelen door de bestuursrechter buiten beschouwing te worden gelaten, maar een omschrijving van het begrip ‘besluitonderdeel’ geeft de wetsgeschiedenis niet, terwijl evenmin anderszins – bijvoorbeeld door het geven van één of meer voorbeelden – helderheid wordt verschaft over de betekenis daarvan. Voorts is ongewis hoever de rechterlijke toetsing reikt van wél in beroep bestreden besluitonderdelen: dienen zij in hun geheel door de bestuursrechter op rechtmatigheid te worden beoordeeld en derhalve zo mogelijk ook op andere, niet in beroep aangevoerde gronden¹⁵² of mogen besluitonderdelen slechts worden beoordeeld op de daartegen aangevoerde gronden?¹⁵³ De wetgever heeft de beantwoording van deze vragen, evenals de invulling van het begrip ‘besluitonderdeel’, klaarblijkelijk aan de doctrine en bestuursrechtpraak willen overlaten.

Hieronder wordt nagegaan welke de betekenis is van besluitonderdelen voor de afbakening van het geding.

2.3.6.2. Besluitonderdelen in de zin van art. 6:13 Awb

Ook in de rechtspraak die ná de inwerkingtreding van de Awb, maar voor de aanstonds te bespreken wijziging van het huidige art. 6:13 Awb is geweest, is een definiëring van het begrip ‘besluitonderdeel’ niet terug te vinden. Wel zijn er rechterlijke uitspraken, die aansluiten bij de kennelijke bedoeling van de wetgever, dat onbestreden gebleven besluitonderdelen buiten beschouwing dienen te blijven.¹⁵⁴ In de literatuur is wel een omschrijving terug te vinden. Het ‘be-

¹⁵¹ PG Awb II, p. 463 (MvT).

¹⁵² In zoverre zou dan binnen een besluitonderdeel sprake zijn van ambtshalve toetsing.

¹⁵³ In dat geval zijn niet de besluitonderdelen, maar de daartegen gerichte gronden bepalend voor de omvang van het geding.

¹⁵⁴ Gewezen kan worden op ABRvS 19 maart 1999, AB 1999, 205 m.nt. MSV, waarin het oordeel van de rechtbank centraal stond dat in het besluit tot terugvordering op grond van Wet individuele huursubsidie, in strijd met art. 22 van die wet geen termijn was gesteld waarbin-

sluitonderdeel' is gedefinieerd als 'een bepaald (splitsbaar) rechtsgevolg of modaliteit van het totale rechtsgevolg van een besluit'.¹⁵⁵ Deze definitie heeft later bijval gekregen, zowel in literatuur¹⁵⁶ alsook in (latere) rechtspraak. Besluitonderdelen bieden de mogelijkheid van een partiële vernietiging op voet van art. 8:72 lid 4.¹⁵⁷ Dit betekent dat na vernietiging van een dergelijk onderdeel, de rest van het besluit en/of eventuele andere besluitonderdelen in stand (kunnen) blijven.

De betekenis van het begrip 'besluitonderdeel' voor de afbakening van het geding is opnieuw aan de orde gesteld in de parlementaire geschiedenis op de wijziging van het huidige art. 6:13 Awb. Op basis van deze met ingang van 1 juli 2005 gewijzigde bepaling kan een belanghebbende bij de bestuursrechter (in eerste aanleg) alleen nog opkomen tegen besluitonderdelen, waartegen hij ook in een bestuurlijke voorprocedure heeft geageerd. Een beroep tegen een aldus in het kader van art. 6:13 in besluitonderdelen te splitsen besluit, kan leiden tot een (gedeeltelijke) niet-ontvankelijkverklaring als tegen dat besluitonderdeel geen administratief beroep is ingesteld, bezwaar is gemaakt of zienswijze is ingediend.¹⁵⁸ Hoewel (ook) in het gewijzigde art. 6:13 de term besluitonderdeel niet voorkomt, volgt uit de parlementaire geschiedenis dat het hier wel om gaat.¹⁵⁹ Opnieuw is het begrip 'besluitonderdeel' echter niet nader gespecificeerd. Evenals eerder al voor de toepassing van dit begrip voor de afbakening van het geding op grond van art. 8:69 leek te gelden, heeft de wetgever ook nu weer de invulling van het begrip willen overlaten aan rechtspraak en doctrine.

nen terugbetaling diende te geschieden. De Afdeling stelt ambtshalve vast, dat de bezwaren van appellanten niet tegen *dit onderdeel van het besluit* waren gericht. Gelet op de betekenis die aan tegenwoordig aan besluitonderdelen wordt toegekend, zie hieronder, is dit geen besluitonderdeel doch veeleer een aspect van een besluit, vgl. Damen 2012, p. 254.

¹⁵⁵ Evaluatie hoger beroep 2001, p.10.

¹⁵⁶ Evaluatie Awb II 2002, p. 33-36; Willemsen 2005, p. 82; Van de Griend 2007, p. 18-21.

¹⁵⁷ CRvB 30 september 2009, LJN: BJ7053, 08/5039 WIA, in welke uitspraak zulks uitdrukkelijk is bepaald: '(...) Dit betekent dat voor een gedeeltelijke vernietiging, namelijk voor zover het de vaststelling van de resterende verdien capaciteit en de inkomenseis betreft, geen plaats is.'

¹⁵⁸ ABRvS 14 maart 2007, JB 2007, 85 m.nt. Schlössels, CRvB 25 juli 2007, AB 2007, 360 m.nt. Tollenaar.

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2003/2004, 29 421, nr. 3, p. 5 e.v. en nr. 11, Kamerstukken I 2004/2005 29 421, D, Memorie van Antwoord. Hierin is de lijn van de commissie Evaluatie Awb II 2002 (Commissie-Boukema) gevolgd: in beroep bij de bestuursrechter kan een belanghebbende geen onderdelen van een besluit aanvechten, die hij niet reeds in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, tenzij dit laatste hem redelijkerwijs niet kan worden verweten. Tegen de onderdelen van het besluit die hij wel in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, kan een belanghebbende in de fase van het beroep bij de rechter echter wel nieuwe beroepsgronden of nieuw bewijs aanvoeren. In de beroepsfase ingebrachte gronden, argumenten en bewijsmiddelen kunnen volgens de totstandkomingsgeschiedenis, ook daarin wordt de commissie Boukema gevolgd, in beginsel niet buiten beschouwing worden gelaten. Wel wordt benadrukt dat het inbrengen van nieuwe gronden, argumenten en bewijsmiddelen niet in strijd mag komen met de beginselen van een goede procesorde.

In de rechtspraak die is gewezen onder de vigeur van het gewijzigde art. 6:13 Awb, wordt onderkend dat op voorhand noch in zijn algemeenheid valt te zeggen wanneer sprake is van een besluitonderdeel. Volgens rechtspraak dient de bestuursrechter per type besluit te bepalen of en zo ja welke (zelfstandige) onderdelen daarbinnen zijn te onderscheiden.¹⁶⁰ Raadpleging van de rechtspraak leert dat zeker niet alle besluiten splitsbaar zijn in besluitonderdelen.

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak zijn 'plandelen, voorschriften, of aanduidingen in bestemmingsplannen' als besluitonderdelen te kwalificeren.¹⁶¹ Als zelfstandige besluitonderdelen binnen een besluit tot aanwijzing van een Natura 2000-gebied zijn aan te merken gebiedsdelen, die in geografisch opzicht in voldoende mate van elkaar zijn te onderscheiden.¹⁶² Sluitingstijden en de verplichting tot het houden van toezicht in een besluit tot het stellen van nadere eisen als bedoeld in art. 5 van het Besluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen milieubeheer zijn door de Afdeling eveneens aangemerkt als besluitonderdelen.¹⁶³ Voor een saneringsbeschikking in de zin van de Wet bodembescherming geldt volgens de Afdeling dat de daarbinnen te onderscheiden deelbeslissingen zijn aan te merken als besluitonderdelen.¹⁶⁴ Bij besluiten inzake een Wvo-vergunning zijn uitsluitend beslissingen omtrent afzonderlijke lozingen als zelfstandige besluitonderdelen te onderscheiden.¹⁶⁵

Er zijn ook besluiten die niet in besluitonderdelen zijn te splitsen. Zo heeft de Afdeling ondermeer beslist dat het instemmingsbesluit met een saneringsplan¹⁶⁶, de last onder dwangsom¹⁶⁷ en de vergunning voor asiel voor bepaalde tijd ondeelbaar zijn.¹⁶⁸ Ook overigens bestaat er een verscheidenheid aan uitspraken

¹⁶⁰ Vgl. in die zin ABRvS 5 maart 2008, JB 2008, 92.

¹⁶¹ ABRvS 20 april 2005, AB 2006, 113 m.nt. A.G.A. Nijmeijer onder AB 2006, 114; ABRvS 13 februari 2008, nr. 200608739.

¹⁶² ABRvS 16 maart 2011, LJN: BP7769.

¹⁶³ ABRvS 20 december 2006, LJN: AZ 7960.

¹⁶⁴ ABRvS 14 maart 2007, JB 2007, 85 (Bodemsanering Heerde): hoewel deze beslissingen zeer nauw met elkaar samenhangen werden zij als zelfstandige besluitonderdelen aangemerkt. Door A.M.M.M Bots zijn deze beslissingen als volgt op een rij gezet in JB-select, tweede herziene druk 2009, p. 267: 'De vaststelling dat op de locatie (...) sprake was van een ernstig geval van bodemverontreiniging (art. 29 lid 1 Wbb), dat er noodzaak bestond tot spoedige sanering (art. 37 lid 1 Wbb), dat er beperkingen waren opgelegd ten aanzien van het gebruik van de bodem ter plekke (art. 37 lid 4 Wbb) en dat eventuele wijzigingen in dat gebruik onmiddellijk moesten worden gemeld (art. 37 lid 5 Wbb) en merkt daarover op dat de zelfstandigheid van deze onderdelen mogelijk gelegen is in de afzonderlijke wettelijke bepalingen waaruit deze voortvloeien.'

¹⁶⁵ ABRvS 16 december 2009, LJN: BK6775.

¹⁶⁶ In zijn uitspraak van 25 februari 2009 heeft de ABRvS (LJN: BH4003) zijn uitspraak van 24 oktober 2007, JB 2008, 4 m.nt. Bots bevestigd dat een beslissing krachtens artikel 39, tweede lid, van de Wet bodembescherming over instemming met het ingediende saneringsplan voor zover het gaat om de toepassing van artikel 6:13 Awb geen afzonderlijke besluitonderdelen bevat.

¹⁶⁷ ABRvS 4 augustus 2010, LJN: BN3201.

¹⁶⁸ ABRvS 9 mei 2011, LJN: BQ4615.

waarin de Afdeling geen afzonderlijke besluitonderdelen aannam.¹⁶⁹ De deelbeslissingen over de aanvaardbaarheid van verschillende categorieën milieugevolgen, die aan een vergunning als bedoeld in de Wet Milieubeheer ten grondslag liggen, zijn enige tijd aangemerkt als besluitonderdelen¹⁷⁰, maar deze rechtspraak is in maart 2011 door de Afdeling verlaten.¹⁷¹ Tegelijkertijd is bepaald dat voor de in de artikelen 2.1. en 2.2. van de Wabo bedoelde toestemmingen voor activiteiten die in een omgevingsvergunning zijn opgenomen (zoals het kappen, slopen, bouwen, oprichten inrichting, enz) wel als besluitonderdelen zijn aan te merken. Dit betekent dat bouw-, kap- en sloopvergunningen geen splitsbare besluiten zijn.

Ook de Centrale Raad van Beroep onderscheidt besluitonderdelen, die veelal 'deelbesluiten' worden genoemd.¹⁷² Als criterium lijkt de Centrale Raad daarvoor aan te leggen dat zij zelfstandig voor bezwaar en (hoger) beroep vatbaar dienen te zijn.¹⁷³ Deze besluitonderdelen zijn vervolgens op hun beurt niet nader

¹⁶⁹ Gewezen kan worden op de volgende uitspraken: ABRvS 7 maart 2012, 201012872/1/T1/A4 (Voorschriften bij een milieuvergunning zijn niet aan te merken als besluitonderdelen); ABRvS 16 januari 2008, JB 2008, 42 m.nt. M.O.-V (aan de Wet Bibob ontleende gronden van beroep tegen de weigering van een milieuvergunning hebben geen betrekking op een besluitonderdeel in de zin van art. 6:13 Awb); ABRvS 6 december 2006, AB 2007, 94 (formele en procedurele argumenten alsmede voorschriften inzake opslag en verwerking van producten zijn niet aan te merken als besluitonderdelen); ABRvS 6 juni 2007, nr. 200606062 (de beroepsgrond dat ten onrechte geen milieu-effectrapportage is gemaakt, kan in de fase van beroep voor het eerst worden aangevoerd, omdat een beslissing daarover niet geldt als besluitonderdeel); ABRvS 20 mei 2009 LJN: BI4507 (de beroepsgrond over de vergunningplicht ingevolge de Wet verontreiniging oppervlaktewateren ziet niet op milieugevolgen die bij het bestreden besluit hadden moeten worden betrokken, zodat deze grond niet kan worden geacht betrekking te hebben op een besluitonderdeel als hiervoor bedoeld) en ten slotte ABRvS 4 maart 2009 LJN: BH4627 (de beroepsgrond inzake het ontbreken van een bouwvergunning voor de kantine en het toiletgebouw ziet niet op een besluitonderdeel).

¹⁷⁰ Vz ABRvS 13 maart 2006, LJN: AV 6222: visuele hinder; ABRvS 1 november 2006 AB 2007, 95 m.nt. G.M. van den Broek en A.T. Marseille: geluids- en geuremissie; ABRvS 6 december 2006, AB 2007, 94 m.nt. G.M. van den Broek en A.T. Marseille: stofhinder, brandgevaar en trillinghinder. ABRvS 9 maart 2011, LJN: BP7155, ammoniakcommissie; ABRvS 15 september 2010, LJN: BN7025: luchtkwaliteit.

¹⁷¹ ABRvS 9 maart 2011, JB 2011, 91 m.nt. Albers en Schlössels.

¹⁷² Indien een vervoersvoorziening wordt aangevraagd in de vorm van een aantal aanpassingen van de nieuw aan te schaffen auto, dan zijn beslissingen over een hoge instap, de automatische versnelling en de aangepaste autostoel zijn besluitonderdelen, aldus CRvB 25 juli 2007, CRvB, AB 2007, 360 m.nt. A. Tollenaar. Het besluit tot intrekking en opschorting van het recht op bijstand, zoals bedoeld in de Wet Werk en Bijstand, bestaat volgens de CRvB uit die twee besluitonderdelen, CRvB 14 december 2010, LJN: BO8520.

¹⁷³ Zeer duidelijk in die zin is CRvB 21 augustus 2008, JB 2008, 242. Een andere uitspraak waaruit dit blijkt is CRvB 14 mei 2009 (hier worden de beslissingen over de uitbetaling van vakantiedagen en de berekening van de wachtgelduitkering als besluitonderdelen aangemerkt. In CRvB 7 maart 2008, LJN: BC6275 worden de beslissingen over de terugvordering en de oplegging van een boete aangemerkt als besluitonderdelen. Ten slotte wordt hier nog vermeld CRvB 14 december 2010, LJN BO8520, waarin de handhaving van de intrekking van bijstand

te splitsen in deelbesluiten. Volgens de CRvB zijn besluiten die betrekking hebben op de vaststelling van het recht op een (WIA)uitkering en de vaststelling van de hoogte daarvan niet splitsbaar in deelbesluiten.¹⁷⁴

De belastingrechter onderkent geen besluitonderdelen in een belastingaanslag; art. 6:13 Awb heeft geen doorwerking in het fiscale procesrecht.¹⁷⁵

De conclusie is dat besluitonderdelen van invloed zijn op de afbakening van het bestuursrechtelijke geding, in zover besluiten splitsbaar zijn in besluitonderdelen. Voor besluitonderdelen, waartegen in de voorprocedure niet is opgekomen, geldt immers dat zij door de bestuursrechter buiten beschouwing dienen te worden gelaten, ook al zijn daartegen beroepsgronden aangevoerd. Tegelijkertijd wordt geconstateerd, dat vele besluiten niet zijn te splitsen in besluitonderdelen.¹⁷⁶ Hiervoor geldt de beperking die art. 6:13 Awb stelt, niet. Voor deze niet-splitsbare besluiten geldt derhalve dat daartegen ook voor het eerst in het beroep in eerste aanleg alle denkbare gronden mogen worden aangevoerd, mits vanzelfsprekend de voorprocedure wel is gevolgd.¹⁷⁷

2.3.6.3. Besluitonderdelen en art. 8:69 Awb

Uit de vorige subparagraaf is af te leiden dat het begrip besluitonderdeel een meeromvattend begrip is dan 'beroepsgrond'. Tegen besluitonderdelen kunnen immers alle denkbare beroepsgronden worden ingediend. Besluitonderdelen en beroepsgronden zijn geen synoniemen.

Hoe moet nu de in 2.3.6.1. besproken passage in de Awb-wetgeschiedenis worden geduid, waaruit volgt dat de bestuursrechter niet in beroep bestreden besluitonderdelen buiten beschouwing dient te laten? Voor besluiten die splitsbaar zijn, is dit duidelijk. Is tegen een besluitonderdeel geen grond aangevoerd, dan mag de bestuursrechter daarop niet ingaan. Wat is evenwel de omvang van de rechterlijke toetsing van wel in beroep bestreden besluit-

en de opschorting van het recht op bijstand als afzonderlijke besluitonderdelen zijn aangemerkt.

¹⁷⁴ Uit CRvB 13 mei 2008, JB 2008, 150 m.nt. LJMT volgt dat een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling niet bestaat uit onderdelen van een besluit. Uit deze uitspraak, gezien in samenhang met de uitspraak van de Raad van 30 september 2009, LJN: BJ9225 vloeit voort dat een beslissing over de aspecten die in het kader van de vaststelling of er een recht op uitkering ingevolge de Wet WIA is ontstaan niet als zelfstandig deelbesluit is aan te merken, aldus de Raad. In zijn uitspraak van 15 juni 2012, LJN: BW 8531 is door de Raad beslist dat dit ook geldt voor de hoogte van de uitkering; het dagloon wordt anders dan voorheen door de Raad niet langer aangemerkt als besluitonderdeel.

¹⁷⁵ In HR 24 januari 2003, LJN: AD9713 werd reeds beslist dat de belastingaanslag geen meerledig besluit is dat bestaat uit evenzovele besluitonderdelen. Volgens de HR dient een bezwaar tegen een aanslag moet derhalve worden beschouwd als een bezwaar tegen die aanslag in zijn totaliteit, ook al richten de argumenten van de belastingplichtige zich specifiek op één of enkele van de elementen van de aanslag. G.J.M.E. de Bont 2010, p. 11.

¹⁷⁶ Dezelfde conclusie trekt De Graaf 2011, p. 666.

¹⁷⁷ Dit geldt ook voor de wel in de voorprocedure bestreden besluitonderdelen; in beroep mogen ook daartegen alle denkbare, niet eerder aangevoerde gronden worden aangevoerd.

onderdelen of in beroep bestreden besluiten die niet splitsbaar zijn? Dient de bestuursrechter deze besluitonderdelen respectievelijk besluiten integraal te toetsen? Dat is niet het geval, want – zo bleek al – de in beroep aangevoerde (feitelijk geformuleerde) gronden zijn beslissend. Is derhalve tegen een besluitonderdeel of tegen een niet te splitsen besluit een beroepsgrond aangevoerd, dan wordt alleen die beroepsgrond door de bestuursrechter beoordeeld en niet – ambtshalve – ook (alle) denkbare andere tegen dat besluit(onderdeel) te richten gronden. Het is derhalve niet zo, dat het inbrengen van een beroepsgrond tegen een onsplitbaar besluit of tegen besluitonderdeel een rechterlijke toetsing rechtvaardigt die zich uitstrekt tot dat gehele besluit of besluitonderdeel.¹⁷⁸ Een dergelijk uitgangspunt zou ook meebrengen, dat de bestuursrechter in staat is om het besluit(onderdeel) ambtshalve te toetsen.

Geconcludeerd wordt dat niet ieder besluit uit besluitonderdelen bestaat. Voorts wordt geconcludeerd dat het indienen van een beroepsgrond tegen een besluitonderdeel of een niet splitsbaar besluit niet meebrengt, dat de bestuursrechter dit besluitonderdeel of dit besluit vervolgens integraal op rechtmatigheid beoordeelt. Een dergelijke gevolgtrekking zou een ondergraving betekenen van de huidige regeling, waarin de bestuursrechter een besluit slechts mag beoordelen voor zover daartegen beroepsgronden zijn aangevoerd. Ten slotte wordt geconcludeerd, dat besluitonderdelen geen synoniemen zijn voor de besluitcomponenten die in hoofdstuk 1 zijn onderscheiden.¹⁷⁹

2.4. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden

2.4.1. Hoofdregel: aanvulling van de gronden van het beroep

De kerntaak van de bestuursrechter is de toetsing van een in beroep bestreden besluit op rechtmatigheid en het daaraan vervolgens verbinden van rechtsgevolgen in een uitspraak. Rechterlijke toetsing van een besluit betreft de beoordeling van de juiste toepassing van rechtsregels door een bestuursorgaan bij het nemen van besluiten. Rechtsregels zijn in abstracto geldende algemene regels, die voor toepassing in aanmerking komen, indien de daarvoor noodzakelijke en relevante (rechts)feiten zich hebben voorgedaan. ‘Recht’ en ‘feit’ hangen derhalve met elkaar samen. Rechtmatigheidstoetsing van een besluit brengt de beoordeling mee van:

- a. het door een bestuursorgaan in aanmerking hebben genomen van (alle) voor het nemen van een besluit relevante rechtsregel(s)
- b. de rechtsgeldigheid van deze rechtsregels

¹⁷⁸ De gronden over de geurverordening, de beste beschikbare technieken en de omgevings-toets kunnen betrekking hebben op de besluitonderdelen geurhinder en ammoniakemissie, zie bijv. ABRvS 9 maart 2011, LJN: BP7155. Weliswaar mogen niet eerder ingediende gronden tegen een besluitonderdeel alsnog in beroep worden aangevoerd, de rechter mag echter niet uit eigen beweging niet in beroep aangevoerde gronden in zijn beoordeling betrekken.

¹⁷⁹ Vgl. ook Verburg 2008, p. 116.

- c. de juiste uitleg van deze rechtsregel(s)
- d. de juiste kwalificatie van de door het bestuursorgaan in het licht van de toepasselijke rechtsregels relevante vastgestelde feiten
- e. de juistheid van de vastgestelde feiten door het bestuursorgaan

De rechtmatigheidstoetsing van een besluit betreft derhalve zowel een oordeel over het toegepaste recht als een oordeel over de vastgestelde feiten. Zowel een onjuistheid in door het bestuursorgaan toegepaste recht als een gebrek in de vastgestelde feiten betekent dat een besluit onrechtmatig is.

Hierboven bleek al dat de indiener van het beroep zijn beroepsgronden alleen in feitelijke bewoordingen behoeft te formuleren. Een beroepsgrond is te beschouwen als een tenminste in feitelijke bewoordingen weergegeven reden waarom het in beroep bestreden besluit onrechtmatig is. Wil de rechter het bestreden besluit op een aldus geformuleerde reden kunnen beoordelen, dan zal deze reden echter wel herleid moeten (kunnen) worden naar een rechtsregel. Uit art. 8:69 lid 2 kan worden afgeleid, dat de wetgever aan de rechter hiervoor de eindverantwoordelijkheid opdraagt; partijen mogen dat zelf doen, doch zo nodig doet de rechter dat uit eigen beweging.

Volgens de Awb-wetsgeschiedenis dient het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden te geschieden '(O)vereenkomstig artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering'.¹⁸⁰ Deze verwijzing naar het toenmalige art. 48 Rv., in combinatie gelezen met de opmerking in de Memorie van Antwoord, dat de plicht tot aanvulling van rechtsgronden moet worden beschouwd 'in samenhang met de verplichting om op grondslag van het beroepschrift uitspraak te doen',¹⁸¹ lijkt een ruime visie op het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden van de hand te wijzen. In de ruime visie dient de bestuursrechter alle rechtsgronden, die tot de vernietiging van het bestreden besluit zouden kunnen leiden, aan te vullen.¹⁸² Zeker in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Awb zijn door de bestuursrechter wel uitspraken geweest, die van een ruime visie op art. 8:69 lid 2 getuigen.¹⁸³ Een dergelijke visie blijkt echter niet de heersende leer te zijn, gegeven vele andere uitspraken. De vaste lijn, ook in de bestuursrechtspraak, is dat de rechterlijke plicht tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden de omvang van het geding niet mag beïnvloeden. De door de partijen, in het bijzonder de

¹⁸⁰ PG Awb II, p. 464 (MvT). Art. 48 Rv luidde indertijd: 'De regters moeten bij hunne beaardslagingen van ambtswege de regtsgronden aanvullen welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd'. Art. 48 heeft plaatsgemaakt voor art. 25, dat de gelijke tekst heeft als art. 8:69 lid 2 Awb.

¹⁸¹ PG Awb II, p. 464 (MvA).

¹⁸² Allewijn 1994, p. 99; Breninkmeijer 1995, p. 11-22; J. Struiksma in zijn noot onder Vz ABRvS 4 augustus 1998, AB 1999, 171; Stroink 2000, p. 177; Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 618; Kooper 2004, p.85-86; De Graaf 2004, p. 88; De Bock 2004, p. 52.

¹⁸³ ABRvS d.d. 8 augustus 1996, AB 1996, 481 m.nt. PvB, JB 1996/198 m.nt. MAH; Vz. ABRvS 4 augustus 1998, AB 1999, 171 m.nt. J. Struiksma; CRvB 22 maart 2001, TAR 2001, 72.

indiener van het beroep, bepaalde feitelijke grondslag van het beroep bepaalt de omvang van de rechterlijke toetsing van een in beroep bestreden besluit. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden dient, en dat is de heersende ‘enge’ uitleg van art. 8:69 lid 2, ‘binnen’ en niet – zoals de ruime visie meebrengt – ‘buiten’ de omvang van het geding te geschieden. In een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt het ook zo geformuleerd:

‘[D]e rechter [dient] binnen de omvang van het geding ambtshalve vast te stellen welk recht op het geding van toepassing is.’¹⁸⁴

en:

‘De rechtbank is niet buiten de omvang van het geding getreden door in het licht van het bepaalde in het derde lid van artikel 4.1.2.5. van de APV te beoordelen of de Wgh van toepassing is. De rechtbank heeft aldus, overeenkomstig artikel 8:69 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht ambtshalve de rechtsgronden aangevuld.’¹⁸⁵

In een ‘enge’ benadering van art. 8:69 lid 2 is het de bestuursrechter uitsluitend toegestaan ambtshalve de juiste rechtsgevolgen aan gestelde (en bewezen) feiten te verbinden, die in beroep zijn aangevoerd.¹⁸⁶ De aangevoerde, op zijn minst feitelijk geformuleerde beroepsgronden dienen derhalve aanleiding te geven tot aanvulling van rechtsgronden op voet van art. 8:69 lid 2, zo valt uit rechtspraak van zowel de ABRvS¹⁸⁷, de CRvB¹⁸⁸ als het CBb¹⁸⁹ op te maken. Een ruime opvatting, waarbij de bestuursrechter ambtshalve alle denkbare tegen het besluit gerichte gronden zou aanvullen, ook die niet in beroep zijn aangevoerd, zou ook niet stroken met een rechtsbeschermingstelsel waarin de aangevoerde gronden

¹⁸⁴ ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007, 27 m.nt. F.R. Vermeer; idem ABRvS 3 mei 2006, JB 2006, 189 m.nt. F.A.M. S.

¹⁸⁵ ABRvS 9 juli 2008, JB 2008, 185 m.nt. C.L.G.F.H.A. In ABRvS 15 februari 2007 LJN: AZ9710 vulde de rechtbank, ten onrechte aldus de ABRvS, de gronden wel aan buiten de omvang van het geding. Evenzo in: ABRvS 16 december 2009, LJN: BK6780.

¹⁸⁶ Willemsen 2005, p. 82-83; Evaluatie hoger beroep 2001, p.11.

¹⁸⁷ Zo werd bijv. in ABRvS 12 juli 2006, AB 2006/338 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, overwogen dat nu de appellant feitelijke omstandigheden rond zijn privacy en zijn gezinsleven niet aan de orde heeft gesteld in het geding voor de rechtbank, deze omstandigheden geen onderwerp van geschil waren. Er was geen feitelijke grondslag voor de rechtbank om op basis daarvan met aanvulling van rechtsgronden art. 8 EVRM in haar beoordeling van het geschil te betrekken. Een vroege uitspraak in deze zin biedt ABRvS 29 juli 1997 JB 1997/217 m.nt. Marc de Werd. Zie voorts ABRvS 19 maart 1999, AB 1999, 205 m.nt. MSV, JB 1999, 133 m.nt. R.J.N.S.; ABRvS 25 juni 2003, JB 2003, 226 (AB Kort 2003, 438); ABRvS 2 april 2003, JB 2003, 129 m.nt. C.L.G.F.H.A.; ABRvS 6 mei 2004, AB 2004/294 m.nt. dG.

¹⁸⁸ CRvB 6 augustus 1997, JB 1997, 222; CRvB 7 februari 2001, AB 2001/178 m.nt. HBr (nu tijdens de procedure in eerste aanleg op generlei wijze als grief naar voren is gebracht dat de art. 7:2 lid 2 en of art. 7:3 Awb zijn geschonden mocht geen aanvulling van rechtsgronden plaatsvinden).

¹⁸⁹ CBb 9 juni 2006, LJN: AZ2235.

de omvang van het geding bepalen. De ruime opvatting van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is een synoniem voor ambtshalve toetsing.

De aanvullingsplicht van art. 8:69 lid 2 geldt alleen voor de in het geding aangevoerde gronden tégen een in beroep bestreden besluit en niet ten behoeve van de juridische grondslag van dat besluit.¹⁹⁰ Het aanvullen van de juridische grondslag van het besluit komt er op neer dat het bestreden besluit wordt getoetst aan een (juridische) grond die niet door één van de procespartijen, maar door de rechter in het zelf geding is gebracht. Ook in dat geval moet worden gesproken van ambtshalve toetsing.

2.4.2. Binnen de omvang van het geding

Wat onder rechtsgronden moet worden verstaan, is in de Awb noch haar totstandkomingsgeschiedenis verduidelijkt. Volgens rechtspraak zijn rechtsgronden ‘zodanige rechtsregels die krachtens enige wettelijke bevoegdheid tot regelgeving zijn vastgesteld.’¹⁹¹ Verdragen, de Grondwet, wetten in formele en materiele zin zijn dat wel. Behalve deze rechtsregels die krachtens een bevoegdheid tot regelgeving worden vastgesteld, vallen ook ongeschreven rechtsbeginselen, waaronder ook de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder de rechterlijke aanvullingsplicht. Beleidsregels zijn naar het oordeel van de ABRvS geen rechtsgronden in de zin van art. 8:69 lid 2.¹⁹²

Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden komt primair en in de meest elementaire vorm neer op het juridisch vertalen – kwalificeren – van in beroep aangevoerde feitelijk geformuleerde redenen, waarmee de indiener van het beroep zich tegen het bestreden besluit keert. De bestuursrechter voorziet het beroep van rechtsgronden of vult deze daarmee aan, teneinde in staat te zijn tot het verrichten van een rechtmatigheidstoetsing. Het CBb spreekt in dit verband over ‘de juridische vormgeving door de rechter van de bezwaren die door de justitiebe(n) tegen een besluit van een nationaal bestuursorgaan zijn ingebracht’.¹⁹³ Deze vorm van het aanvullen van rechtsgronden vindt plaats binnen de omvang van het geding en brengt daarin ook geen wijziging.¹⁹⁴

¹⁹⁰ T.C. Borman: in *Tekst & Commentaar Awb* (Van Buuren en Borman red.), Kluwer 2009, p. 649; Damen 2012, p. 263. CRvB 14 juli 2009, LJN: BJ4158. Een heldere scheidslijn tussen aanvulling van gronden van het beroep en de grondslag van het bestreden besluit is overigens niet altijd te geven, zo blijkt uit CRvB 4 februari 2009, AB 2009, 161 m.nt. A. Tollenaar.

¹⁹¹ ABRvS 25 februari 2004, AB 2004, 286, Gst. 2005, 2 m.nt. A. Tollenaar.

¹⁹² Zie daarvoor de uitspraak die is genoemd in de vorige voetnoot. Hetgeen in het licht van rechtspraak van de HR, dat beleidsregels voor het cassatieberoep wel ‘recht’ zijn in de zin van art. 99 Wet RO, als inconsequent is geoordeeld, vgl. A.J. Tollenaar, diss, p. 228. Zie voorts ABRvS 27 oktober 2008, AB 2009, 193 m.nt. Ortlep en Ortlep 2004, p. 259-266.

¹⁹³ CBb 9 juni 2006, LJN: AZ2235.

¹⁹⁴ Een helder voorbeeld daarvan geeft ABRvS 12 maart 2003, JB 2003, 124 m.nt. C.L.G.F.G.H.A. De Afdeling oordeelde dat de rechtbank terecht de rechtsgronden ambtshalve had aangevuld. Een vereniging voerde tegen de verlening van een bouwvergunning bij de

De gehouwenheid van de bestuursrechter om te kwalificeren kan worden beschouwd als het bieden van ongelijkheidscompensatie ten behoeve van de indiener van het beroep.¹⁹⁵ Aan hem wordt immers niet de eis gesteld, dat hij in beroep de toepasselijke rechtsregels vermeldt die naar zijn oordeel zijn geschon- den. Ook behoeft hij zich niet te bekommeren over het geven van een juiste en sluitende juridische beargumentering. Het is de rechter die daarin moet voorzien. In zoverre kan worden gezegd dat de burger door de rechter de helpende hand wordt toegestoken en kan van ongelijkheidscompensatie worden gesproken indien als uitgangspunt wordt genomen dat een tegen de overheid procederende burger minder kennis heeft van het geldende toepasselijke recht en minder be- dreven is het opstellen van sluitende juridische redeneringen dan de bestuursor- ganen waartegen zij procederen. Overigens wordt wel aangenomen dat de aan- vullingsplicht van de rechtsgronden ook geldt ten aanzien van hetgeen door het verwerende bestuursorgaan in beroep is aangevoerd.

Zijn de in beroep aangevoerde standpunten wél voorzien van een juridische kwalificatie, dan is de bestuursrechter daaraan niet gebonden, zo volgt evenzeer uit art. 8:69 lid 2. Al zijn de meningen van de procespartijen daarover eenslui- dend, onjuiste opvattingen over de toepasselijkheid of de uitleg van een rechts- regel worden door de bestuursrechter buiten beschouwing gelaten en eventueel gecorrigeerd.¹⁹⁶ Dat is, naast de plicht tot kwalificeren, ook de betekenis van ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. De bestuursrechter toetst aan de wél toepasselijke rechtsregel of geeft aan een rechtsregel wél de juiste interpretatie. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden impliceert derhalve een rechterlijke controle van de rechtsopvattingen van partijen over het toepasselijke recht.¹⁹⁷

Art. 8:69 lid 2, in het bijzonder de daarin besloten liggende plicht tot correctie van rechtsopvattingen van partijen geeft de bestuursrechter een hand- vat om de juiste toepassing van het objectieve bestuursrecht te bewaken. De handhaving van het objectieve recht mag dan gelet op de wetsgeschiedenis op de Awb onder de vigeur van Awb geen hoofddoel meer zijn van bestuursrecht- spraak, art. 8:69 lid 2 laat zien dat de rechterlijke controle op de juiste toepas-

rechtbank aan, dat de realisering van de windturbine leidt tot visuele hinder, horizonvervui- ling en aantasting van het karakteristieke landschap. Volgens de Afdeling heeft de rechtbank dit terecht overeenkomstig art. 8:69 lid 2 Awb aangemerkt als een grond die betrekking heeft op welstand. Voorts kan worden genoemd ABRvS 10 februari 1997, JB 1997, 85 waarin door de appellant is aangevoerd dat het stellen van een leeftijdsgrens in strijd is met art. 1 Gw. De rechtbank is vervolgens ambtshalve nagegaan of zulks ook het geval was voor wat betreft art. 26 IVBPR, hetgeen volgens de Afdeling terecht was geschied.

¹⁹⁵ Volgens De Graaf 2004 is van ongelijkheidscompensatie geen sprake, maar is het taak van de rechter die voortvloeit uit het adagium dat de rechter het recht kent, terwijl hem de feiten moeten worden aangereikt.

¹⁹⁶ Zie in deze zin expliciet ABRvS 9 juli 2008, JB 2008, 185 m.nt. C.L.G.F.H.A.

¹⁹⁷ De Bock 2004, p. 46; De Werd 1998, p. 687-694; Kooper 2002, p. 85. Bolt 1999, p. 644; Schreuder-Vlasblom 2001, p. 128. ABRvS 9 juli 2008, JB 2008, 185 m.nt. C.L.G.F.H.A., waarin zulks uitdrukkelijk is overwogen. Deze uitspraak wordt hieronder nog vanuit een ander perspectief besproken.

sing van het objectieve recht niet geheel is afgeschaft.¹⁹⁸ Deze controleplicht van de rechter is echter wel begrensd, want een besluit mag niet ambtshalve op (materiële) rechtmatigheid worden *getoetst*. Een voorbeeld van een rechtmatigheidscontrole, waarbij volgens de Afdeling bestuursrechtspraak een correctie van rechtsopvattingen van partijen leidde tot een overschrijding van de grenzen van het rechtsgeding, biedt ABRvS van 2 april 2003.¹⁹⁹ Partijen waren tot de behandeling van het beroep bij de rechtbank er (beide) van uitgegaan, dat de aan de woningen aangebouwde garages moesten worden beschouwd als ‘aanbouwen’ in de zin van de planvoorschriften. Het geschil tussen partijen betrof het verschil in opvatting over het antwoord op vraag of de opbouw op de garages als ‘kap’ in de zin van de planvoorschriften diende te worden aangemerkt. De rechtbank was aan de beantwoording van deze laatste vraag niet toegekomen, omdat zij ambtshalve had vastgesteld dat een garage met opbouw geen ‘aanbouw’, maar een ‘uitbreiding van een woning’ betrof. De rechtbank corrigeerde daarmee de in haar ogen foutieve rechtsopvatting van beide partijen en toetste het bestreden besluit vervolgens aan het in haar ogen wel juiste planvoorschrift dat betrekking had op de uitbreiding van een woning. Hierover oordeelde de Afdeling evenwel, dat de rechtbank ambtshalve had *getoetst*, omdat gronden van het beroep slechts waren gericht tegen de (beweerdelijk verkeerde) toepassing van het planvoorschrift met betrekking tot aanbouw. Een dergelijke correctie van (vermeende) onjuiste rechtsopvattingen van partijen over het toepasselijke recht was niet toegestaan; er was sprake van ambtshalve aanvulling van gronden buiten de omvang van het geding, ambtshalve toetsing derhalve.

Waar precies de grenzen liggen en hoever de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden reikt wordt hieronder nog wat nauwkeuriger onderzocht.

2.4.3. ‘Horizontale’ aanvulling van rechtsgronden

2.4.3.1. Binnen de omvang van het geding

In hoofdstuk 1 werd het besluit gepresenteerd als een samenstel van opeenvolgende (sequentiële) en ook niet zelden consecutieve besluitcomponenten, waarover een bestuursorgaan in het kader van besluitvorming een beslissing dient te nemen over de toepasselijkheid van een verscheidenheid aan rechtsnormen. Vanwege de opeenvolging van deze deelbeslissingen kan worden gesproken van een ‘horizontale samenhang’ tussen deze deelbeslissingen. Deze horizontale samenhang tussen de deelbeslissingen over het toepasselijke recht kan meebrengen, dat een in beroep aangevoerde (feitelijke) grond met betrekking tot een deelbeslissing niet los kan worden beschouwd van een of meer andere. De vraag

¹⁹⁸ In die zin legt art. 8:69 lid 2 een duidelijke relatie met het dwingende karakter van het materiële bestuursrecht, omdat partijen niet in staat zijn om zelf te bepalen of een rechtsregel op een rechtsfeitencomplex van toepassing is en zijn zij ook niet in staat om daaraan een onjuiste uitleg te geven.

¹⁹⁹ JB 2003, 129 m.nt. C.L.G.F.H.A.

is dan of en zo ja in hoeverre de bestuursrechter bij het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden rekening houdt met de horizontale samenhang tussen de voor het nemen van een besluit noodzakelijke elkaar opvolgende deelbeslissingen. Brengt deze horizontale samenhang mee, dat de bestuursrechter ook andere rechtsgronden waarop geen beroep is gedaan, ambtshalve dient aan te vullen?²⁰⁰ In de Awb, de wetsgeschiedenis daarop, noch andere regelgeving wordt een zodanige plicht van het aanvullen van rechtsgronden onderkend. In de rechtspraak echter wel, zij het dat daaraan slechts op een uiterst terughoudende wijze toepassing wordt gegeven. De Afdeling bestuursrechtspraak vult de rechtsgronden slechts ambtshalve aan in het geval sprake is van een ‘onlosmakelijke samenhang’, terwijl de Centrale Raad het criterium aanlegt van een ‘zeer nauwe verbondenheid’.

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak dient sprake te zijn van een ‘onlosmakelijke verbondenheid’, wil behalve de in beroep aangevoerde grond ook een andere, niet uitdrukkelijk aangevoerde grond in de rechterlijke beoordeling kunnen worden betrokken. Dit criterium van ‘onlosmakelijke verbondenheid’ werd voor het eerst gehanteerd in 2004. De Afdeling kwam tot het oordeel dat tussen lid 1 en lid 2 van een bestemmingsplanvoorschrift geen sprake was van een onlosmakelijke verbondenheid:

(...) (D)at de rechtbank heeft miskend, dat het beroep van appellante slechts gericht was tegen de beslissing op bezwaar, voor zover aan de gehandhaafde beslissingen tot weigering van bouwvergunning voor de twee zomerhuizen ten grondslag is gelegd dat de bouwplannen niet in overeenstemming zijn met het bepaalde in artikel 2.9, tweede lid, van de planvoorschriften. Door te overwegen dat de twee zomerhuizen niet ten behoeve van een kampeercentrum worden opgericht – wat hiervan ook overigens zij – en derhalve de bouwplannen niet in overeenstemming zijn met het bepaalde in artikel 2.9, eerste lid, van de planvoorschriften, is de rechtbank in strijd met artikel 8:69, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht getreden buiten de grens van het geschil, zoals dat door appellante aan de orde is gesteld. De Afdeling neemt hierbij in aanmerking dat beantwoording van de vraag of de bouwplannen in overeenstemming zijn met het bepaalde in artikel 2.9, tweede lid, van de planvoorschriften *niet onlosmakelijk* is verbonden met de beantwoording van de vraag of het bouwplan in overeenstemming is met het bepaalde in het eerste lid, van dit planvoorschrift.²⁰¹

De genoemde leden van planvoorschrift 2.9. hingen onmiskenbaar met elkaar samen, omdat het juiste antwoord op de vraag of twee zomerwoningen wel bin-

²⁰⁰ Indien in beroep tegen een besluit op bezwaar ter handhaving van een last onder dwangsom (alleen) gronden zijn aangevoerd tegen de (deelbeslissingen over de) begunstigingstermijn en/of de hoogte van de dwangsom, dient de bestuursrechter dan niet ook (de deelbeslissing) te beoordelen of wel gebruik mocht worden gemaakt van deze handhavingsbevoegdheid?

²⁰¹ ABRvS 21 april 2004, AB 2004, 379 m.nt. TN.

nen de bestemming Kampeercentrum passen voorafgaat aan de vraag op welke wijze een als kampeercentrum aangemerkt terrein mag worden ingericht.²⁰² Het eerste lid geldt als een ‘conditio sine qua non’ voor het tweede lid. Gelet op de uitspraak van de Afdeling heeft door het besluit te toetsen aan het eerste lid de rechtbank de rechtsgronden niet aangevuld, maar het bestreden besluit ambtshalve getoetst.

In ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 m.nt. OJ en RW was evenmin sprake van ‘onlosmakelijke verbondenheid’, waardoor een niet in beroep aangevoerde grond evenmin voor ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in aanmerking kwam:

‘Door te beoordelen of door de Staatssecretaris voldoende is onderzocht en aan nemelijk gemaakt of de werkgever ter zake van het beboetbare feit verwijt treft, is de rechtbank in strijd met artikel 8:69, eerste lid, Awb, buiten de omvang van het geschil getreden, zoals dat door X aan de orde is gesteld. Het geschil was beperkt tot de vraag of het arbeidsongeval mede aan het slachtoffer kan worden verweten omdat deze, tegen de instructies van de werkgever in, zich niet aan de bij of krachtens de Arbwet opgelegde verplichtingen heeft gehouden. De beantwoording van deze vraag, waaraan de rechtbank niet is toegekomen, is niet onlosmakelijk verbonden met de door de rechtbank beantwoorde vraag.’

Voor het opleggen van een boete op grond van de Arbeidsomstandighedenwet is de verwijtbaarheid van de werkgever een van de voorwaarden. Dit vloeit thans voort uit art. 5:41 Awb, ten tijde van het nemen van het bestreden besluit volgde dat uit het (voor het bestuursrecht ongeschreven) beginsel van ‘geen straf zonder schuld’. Van een horizontale samenhang tussen de verwijtbaarheid van de werkgever en de hier aan de orde zijn verlaging van de boete is derhalve sprake: in het geval een werkgever zich met succes op een schulduitsluitingsgrond kan beroepen, kan hem geen boete worden opgelegd. Een verlaging van de boete is

²⁰² Ingevolge het ten tijde van het besluit van verweerder van 22 maart 2002 geldende bestemmingsplan ‘Schaveren, 4e partiële herziening’, waren de gronden waarop appellante de zomerhuisjes wilde realiseren bestemd tot ‘Kampeercentrum’. Ingevolge artikel 2.9, eerste lid, mogen de op de plankaart blijkens de daarop voorkomende verklaring als zodanig bestemde gronden uitsluitend worden gebruikt voor het verblijf met een recreatief doel door personen, die gedurende 280 dagen per jaar hun hoofdverblijf elders hebben, in tenten of mobiele kampeervoertuigen, danwel in de op deze gronden te bouwen zomerhuizen en/of stacaravans, met de daarbij behorende andere bouwwerken en andere werken. Ingevolge het tweede lid van dit artikel mag ten hoogste eenderde aaneengesloten deel van een als kampeercentrum ingericht of in te richten terrein worden gebruikt voor zomerhuizen en/of stacaravans, met dien verstande dat, indien zowel zomerhuizen als stacaravans worden opgericht, deze categorieën bebouwing elk op afzonderlijke, door middel van een bebouwingsvrije strook van tenminste 10 meter breedte van elkaar gescheiden terreingedeelten worden gegroepeerd. Onder bebouwingsvrij wordt verstaan: vrij van zomerhuizen en stacaravans.

dan in het geheel niet meer aan de orde. Niettemin is de door de Afdeling deze samenhang niet als ‘onlosmakelijk’ aangemerkt.²⁰³

Ook in de zaak die centraal stond in de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van 21 mei 2003²⁰⁴ mocht geen aanvulling van rechtsgronden in een horizontale zin plaatsvinden. Het ging hier om een besluit waarbij het college van B&W had geweigerd om de aanhouding van de bouwvergunning op voet van art. 50 lid 5 Wow (oud) te doorbreken. Volgens de rechtbank was de bouwvergunning door het college echter ten onrechte aangehouden, omdat – naar de rechtbank ambtshalve had vastgesteld – het bouwplan strijdig was met het bestemmingsplan. Art. 50 lid 1 Wow (oud) bepaalde dat als er een grond bestaat tot weigering van de bouwvergunning, de bouwvergunning niet mag worden aangehouden. Het college van burgemeester en wethouders was (naar het oordeel van de rechtbank) daarom (nog) niet bevoegd tot het nemen van een beslissing over doorbreking van de aanhoudingsplicht. De Afdeling oordeelde niettemin, dat de rechtbank niet de juiste toepassing van art. 50 lid 1, althans de daarin opgenomen zinsnede ‘indien er geen grond is de vergunning te weigeren’, had mogen beoordelen, omdat alleen de aanhoudingsplicht in gevolge art. 50, lid 5 in beroep was aangevochten. Ook hier geldt dat, hoewel een deelbeslissing over de in art. 50 lid 1 neergelegde rechtsnorm een ‘conditio sine qua non’ vormt voor de deelbeslissing over het doorbreken van de aanhoudingsplicht (op voet van art. 50 lid 5), tussen beide geen onlosmakelijke verbondenheid werd aangenomen. Met andere woorden: de bestuursrechter mag een tegen de toepassing van art. 50 lid 5 gerichte beroepsgrond niet – via de plicht tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden – ook beschouwen als gericht te zijn tegen de daarmee samenhangende rechtsnorm van art. 50 lid 1. Door dat toch te doen, had de rechtbank naar het oordeel van de Afdeling ambtshalve aan art. 50 lid 1 getoetst.

De samenhang tussen rechtsnormen, waarover in het kader van het nemen van besluiten verschillende deelbeslissingen moeten worden genomen, brengt niet mee dat in beroep ook rechtsgronden moeten worden aangevuld ten aanzien van gronden die niet zijn aangevoerd. Met uitzondering van onlosmakelijk verbonden rechtsnormen beperkt de bevoegdheid van de bestuursrechter tot het corrigeren van onjuiste rechtsopvattingen van procespartijen op grond van art. 8:69 lid

²⁰³ In deze uitspraak was mijns ziens de sterkte van de onderlinge samenhang tussen beide rechtsnormen niet van belang. Voor het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden was geen plaats nu op het ontbreken van verwijtbaarheid een beroep moet worden gedaan. Vgl. De Poorter, aant. 2 op art. 5:41 Awb, in Tekst en Commentaar, Kluwer 2009, p. 403. Dat was in deze zaak niet geschied. Door het aan de orde te stellen van de verwijtbaarheid van de werkgever heeft de rechtbank aldus uit eigen beweging een grond in het geding gebracht, waarna het besluit vervolgens ambtshalve is getoetst aan art. 3:2 Awb.

²⁰⁴ AB 2003, 324 m.nt. TN.

2 zich in de regel tot een rechtsregel waartegen een in beroep aangevoerde grond zich richt.²⁰⁵

2.4.3.2. Ook buiten de omvang van het geding?

Afdeling bestuursrechtspraak

Op 9 juli 2008 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een uitspraak gedaan die de nodige onzekerheid met zich brengt over de ambtshalve aanvullingsplicht van de rechtsgronden. De betreffende uitspraak kan worden beschouwd als afwijkend van de lijn in de bestuursrechtspraak, zoals deze hierboven in 2.4.3.1. is beschreven. In de zaak die in de genoemde Afdelingsuitspraak centraal stond draaide het om de uitleg van een APV-bepaling, op grond waarvan het onder meer ‘verboden is handelingen te verrichten op een zodanige wijze dat voor een omwonende of overigens voor de omgeving geluidhinder wordt veroorzaakt’ (lid 1). In gevolge het tweede lid van deze APV-bepaling kunnen Burgemeester en Wethouders van het in het eerste lid bepaalde ontheffing verlenen. Op grond van het derde lid geldt het in het eerste lid bepaalde onder meer ‘niet voor zover de op de Wet geluidhinder gebaseerde voorschriften van toepassing zijn’. De rechtbank had in deze zaak ambtshalve vastgesteld, dat het uit de Wet geluidhinder voortvloeiende Besluit geluidhinder op de door het rijden met de slijptreinen veroorzaakte geluidhinder van toepassing is. De rechtbank trok daaruit vervolgens de conclusie, dat het college van burgemeester en wethouders wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag niet bevoegd was om de in beroep bestreden ontheffing te verlenen. Over het (mogen) verlenen van de ontheffing zelf bestond echter tussen partijen geen verschil van mening, wel over de voorwaarden waaronder die ontheffing mocht worden verleend. Daartegen waren ook de beroepsgronden gericht.²⁰⁶ In hoger beroep stelt de Afdeling be-

²⁰⁵ Van onlosmakelijke verbondenheid is volgens de Afdeling ook geen sprake indien bij de rechtbank (oa.) gronden tegen een sanctiebesluit zijn ingediend die betrekking hebben op de vraag of sprake was van overtreding van een wettelijk voorschrift. Deze beroepsgronden vormen volgens de Afdeling geen reden om de (hoogte van de) opgelegde sanctie zelf te beoordelen, zoals wel door de rechtbank was geschied. Vgl. ABRvS 4 november 1996 JB 1997, 5, waarin het sanctiebesluit alleen was aangevochten voor wat betreft het oordeel dat het overgangsrecht niet van toepassing was. In ABRvS 11 mei 2005, JB 2005, 190 werd door de Afdeling geoordeeld dat een beroep tegen vaststelling van de feiten, de gevolgde procedure bij de voorbereiding van een sluitingsbevel en de termijn tussen het besluit en de sluiting, geen (ambtshalve) oordeel rechtvaardigt over de vraag of de oplegde maatregel evenredig is in de zin van art. 3:4, tweede lid van de Awb.

²⁰⁶ Zie de annotatie van Albers, die de in beroep bij de rechtbank aangevoerde gronden heeft weergegeven: ‘In het bijzonder zien de bezwaren van BAM Rail BV op het voorschrift dat zij de direct omwonenden maximaal vier weken en minimaal twee weken tevoren schriftelijk van de voorgenomen werkzaamheden en werktijden op de hoogte moet brengen en op het voorschrift dat zij het college van burgemeester en wethouders van Zevenaar dient te informeren over het type slijptrein dat gebruikt zal worden, het spoortraject waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd, het tijdstip waarbinnen de werkzaamheden plaatsvinden en het aantal noodzakelijke slijpbewegingen. BAM Rail BV vindt dat deze voorwaarden deels onevenredig

stuursrechtspraak vast dat hier sprake is van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden *binnen* de omvang van het geding:

‘De rechtbank is niet buiten de omvang van het geding getreden door in het licht van het bepaalde in het derde lid van artikel 4.1.2.5. van de APV te beoordelen of de Wgh van toepassing is. De rechtbank heeft aldus, overeenkomstig artikel 8:69 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht ambtshalve de rechtsgronden aangevuld. De rechter bepaalt aan de hand van welke rechtsregels het aan hem voorgelegde geschil moet worden beslecht en wat die rechtsregels inhouden. Daarbij is hij niet gebonden aan enige door partijen naar voren gebrachte rechtsopvatting, ook niet indien deze door alle partijen wordt gedeeld.’

Het is opvallend dat de Afdeling beslist heeft, dat de rechtbank *binnen* de omvang van het geding de rechtsgronden ambtshalve heeft aangevuld. Lid 3 van de bedoelde APV-bepaling bevat een (negatieve) toepassingsvoorwaarde voor het verlenen van de betreffende ontheffing. Het zou in lijn met de in 2.4.3.1 besproken rechtspraak van de Afdeling zijn geweest, wanneer de bestuursrechter deze bepaling niet ambtshalve had mogen aanvullen, nu het beroep zich slechts richtte tegen de voorwaarden waaronder de ontheffing werd verleend; over het verlenen van de ontheffing zelf bestond geen geschil tussen partijen. In de in 2.4.3.1. besproken uitspraken werden toepassingsvoorwaarden niet via een (horizontale) ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de rechterlijke oordeelsvorming betrokken. Uit de uitspraak van 8 juli 2008 volgt echter dat het ambtshalve controleren of een toepassingsvoorwaarde voor het aanwenden van een bevoegdheid is vervuld wel binnen de rechterlijke plicht van ambtshalve aanvullen van rechtsgronden valt. Hoewel dat in de uitspraak zo niet is geformuleerd, lijkt het ervoor te moeten worden gehouden, dat sprake is van een onlosmakelijke verbondenheid tussen de rechtsnormen die betrekking hebben de voorwaarden waaronder de ontheffing is verleend en de in lid 3 neergelegde (negatieve) toepassingsvoorwaarde voor het verlenen van de ontheffing.

Ook vergeleken met een andere uitspraak van de Afdeling valt de uitspraak van 8 juli 2008 uit de toon. In ABRvS 28 januari 2009²⁰⁷ maakte de Afdeling uit, dat indien alleen een beroepsgrond tegen de hoogte van de sanctie is aangevoerd en niet tegen (de deelbeslissing met betrekking tot) de vaststelling van de overtreding van een wettelijk voorschrift, tóch moet worden nagaan of daarvan wel sprake is. De rechterlijke plicht daartoe baseert de Afdeling echter niet op art. 8:69, tweede lid, maar op de gehoudenheid om ambtshalve te toetsen. Het vaststellen of sprake is van een overtreding van een wettelijk voorschrift ‘raakt aan de bevoegdheid van de minister om een boete op te leggen’, aldus de Afdeling. Volgens vaste rechtspraak zijn rechtsregels die voorzien in een bevoegdheidsgrondslag voor bestuursorganen tot het nemen van besluiten van openbare orde.

belastend en deels praktisch onuitvoerbaar zijn (Rb. Arnhem 28 augustus 2007, nr. AWB 06/3150 n.g. (Slijptrein Zevenaar)).’

²⁰⁷ ABRvS 28 januari 2009, LJN: BH1144.

Dit betekent dat ambtshalve wordt onderzocht of een bestuursorgaan überhaupt beschikt over een wettelijke bestuursbevoegdheid om het in beroep bestreden besluit te nemen. Uit de Afdelingsuitspraak van 28 januari 2009 blijkt dat dit ook geldt voor de vraag of in een voorliggend geval van de betreffende bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt.²⁰⁸ Aan voorschriften, die een toepassingsvoorwaarde inhouden voor het aanwenden van bestuursbevoegdheden lijkt derhalve, gelet op deze Afdelingsuitspraak, door de bestuursrechter ambtshalve te moeten worden getoetst. Hoewel uit beide uitspraken (die van 28 januari 2009 en die van 8 juli 2008) volgt dat de bestuursrechter zo nodig ambtshalve toepassingsvoorwaarden in zijn oordeelsvorming dient te betrekken, lopen deze uitspraken uiteen over de grondslag van deze rechterlijke plicht.

Of de Afdeling met de uitspraak van 8 juli 2008 een nieuwe lijn heeft ingezet, zoals is geopperd in de literatuur²⁰⁹, is gelet op de latere Afdelingsuitspraak van 28 januari 2009, waaruit volgt dat een toepassingsvoorwaarde voor de uitoefening van een bestuursbevoegdheid ambtshalve wordt getoetst, niet waarschijnlijk.²¹⁰

Centrale Raad van Beroep

Hoever gaat de Centrale Raad van Beroep in het horizontaal aanvullen van rechtsgronden? De Centrale Raad vult ambtshalve de rechtsgronden aan, indien de gronden van beroep met elkaar ‘in een zodanig (nauw) verband staan met’ of onderling ‘zodanig [zijn] verwevenheid met’. Blijkens rechtspraak van de Centrale Raad is niet snel aan deze maatstaven voldaan. Tussen het beschikbaarheidsvereiste zoals bedoeld in de Werkloosheidswet²¹¹ en een (in beroep bestreden) sanctiemaatregel is ‘niet een zodanig verband’ aanwezig, dat het beschikbaarheidsvereiste voor een ambtshalve beoordeling (op grond van art. 8:69 lid 2) in aanmerking komt, zoals de rechtbank had gedaan.²¹² Door de Centrale Raad is

²⁰⁸ In de literatuur wordt juist bestreden dat het hier zou gaan om ambtshalve toetsing. Het zou gaan om ‘prelabelle vragen’ (Verburg 2008, p. 122-123) of ‘logische voorvragen’ (Brugman 2010, p. 126) die in het kader van de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen door de bestuursrechter dienen te worden beantwoord.

²⁰⁹ D. Brugman 2010, p. 126. Deze benadering zou volgens haar beter aansluiten bij het verbod *reformatio in peius*, en daarmee ook bij de primaire doelstelling van het huidige bestuursprocesrecht, waarbij het bieden van individuele rechtsbescherming vooropgesteld is.

²¹⁰ In gelijke zin ABRvS 31 januari 2007, AB 2007, 251 m.nt. A.T. Marseille en Gst. 2007, 101 m.nt. J.J.J. Sillen, waarin de Afdeling overwoog: ‘De Afdeling gaat ervan uit dat de rechtbank heeft beoogd ambtshalve te toetsen of de burgemeester ten tijde van het primaire besluit over de bevoegdheid beschikte tot het opleggen van een gebiedsontzegging aan [wederpartij]. Daartoe was, voor zover van belang, vereist dat aan [wederpartij] tenminste eenmaal een bevel als bedoeld in art. 2.4.25, eerste lid van de APV was gegeven. Vaststaat dat aan die voorwaarde was voldaan (...)’ Kritisch over het ambtshalve toetsen van toepassingsvoorwaarden is A.T. Marseille in zijn noot onder de uitspraak in AB.

²¹¹ Indien iemand zich niet beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid is hij niet ‘werkloos’.

²¹² CRvB 19 december 2002, JB 2003, 50.

ook overwogen, dat de rechtbank de ambtshalve vaststelling of voldaan is aan het beschikbaarheidsvereiste is voorbijgegaan aan 'de grondslag van het bestreden besluit'. Hierboven bleek reeds dat de plicht tot ambtshalve aanvullen van rechtsgronden de in beroep aangevoerde gronden geldt en niet de grondslag van het besluit. De moeilijkheid daarbij is echter wel, dat beroepsgronden en de grondslag van het bestreden besluit niet altijd even goed los van elkaar kunnen worden beschouwd. Immers, de gronden die als een verbetering of een aanvulling van de grondslag van het bestreden besluit zijn aan te merken, vullen tegelijkertijd ook de gronden van het beroep aan. De grondslag van het bestreden besluit behoeft echter niet te worden aangevuld, want op basis van de (nadere) grond zou het bestreden besluit ook kunnen worden vernietigd.²¹³ De vraag of een betrokkene verzekerd is, mag evenmin ambtshalve worden onderzocht in een geschil over het opleggen van een sanctie of het (op andere gronden) weigeren van een uitkering. Van een mogelijke (horizontale) samenhang tussen beide deelbeslissingen, waarvan wel sprake is²¹⁴, wordt door de Centrale Raad niet gerept. Het ambtshalve vaststellen dat er geen sprake is van verzekerd zijn ingevolge de WW, gaat voorbij aan 'de grondslag van het bestreden besluit' aldus CRvB.²¹⁵

Van samenhang tussen voorschriften die wel leidde tot (horizontale) aanvulling van rechtsgronden was sprake in een geding over de fictieve opzegtermijn (in verband met het bepalen van de eerste werkloosheidsdag). Volgens de CRvB kan een geschil dat zich blijkt de beroepsgronden richt tot de opzegtermijn niet worden berecht, zonder ook de aanzegtermijn in de rechterlijke oordeelsvorming te betrekken.²¹⁶ Tussen deze aanzeg- en de opzegtermijn bestaat volgens de CRvB een 'zodanige verwevenheid' dat zonder één van beide de fictieve opzegtermijn niet kan worden vastgesteld.

In uitspraken over sanctiebesluiten is door de CRvB bepaald, dat indien de hoogte van de opgelegde sanctie wordt aangevochten, de daaraan ten grondslagliggende overtreding op grond van art. 8:69 lid 2 ambtshalve moet worden beoordeeld.²¹⁷ In een al wat oudere ambtenarenzaak oordeelde de CRvB, dat sprake is van een dermate 'sterke' verwevenheid tussen de opgelegde sanctie en de (omvang van) het daaraan ten grondslag gelegde plichtsverzuim, dat hoewel (in hoger beroep) enkel het oordeel van de rechtbank over de hoogte van de sanctie is bestreden, niettemin óók moet worden getoetst of terecht plichtsver-

²¹³ Op de grond dat het bestuursorgaan niet bevoegd was tot het opleggen van een maatregel wegens verwijtbaar werkloosheid, omdat van werkloosheid (wegens het zich niet beschikbaar stellen) niet is gebleken.

²¹⁴ Niet verzekerd zijn, betekent dat er überhaupt geen recht bestaat op (WW-)uitkering, zodat daarop ook geen sanctie wegens verwijtbare werkloosheid kan toegepast.

²¹⁵ CRvB 22 januari 2003 RSV 2003, 139. Zie voorts ook CRvB 24 december 2003, RSV 2004, 86; CRvB 24 december 2003, JB 2004, 105 m.nt. A.J. Bok.

²¹⁶ CRvB d.d. 29 april 2003, JB 2003, 191.

²¹⁷ Deze benadering van de CRvB stemt overeen met die Afdeling bestuursrechtspraak in diens uitspraak van 8 juli 2008, maar wijkt af van andere uitspraken waarin de Afdeling ambtshalve toetst.

zuim aanwezig is geacht.²¹⁸ Een vergelijkbaar geval gold de oplegging van een sanctie wegens verwijtbare werkloosheid door het voormalige Lisv ingevolge de Werkloosheidswet (WW). Het Lisv had alleen hoger beroep ingesteld voor zover de rechtbank de hoogte van de opgelegde sanctie had vernietigd. De CRvB beoordeelde niettemin, overigens zonder nadere motivering, of het Lisv in dit geval wel bevoegd was tot oplegging van de sanctie.²¹⁹ Het element dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur is zozeer verweven met de periode waarover dat is gebeurd, dat de periode waarover het onbehoorlijke bestuur zich heeft uitgestrekt toch in hoger beroep aan de orde is, hoewel daartegen geen gronden zijn gericht, aldus de CRvB.²²⁰

Gedurende enige tijd nam de CRvB een zodanige samenhang aan tussen de medische en de arbeidskundige component²²¹ in besluiten inzake arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen, dat een beroep tegen alleen de medische component er niet aan in de weg stond, dat de rechter vervolgens – ambtshalve de rechtsgronden aanvullend – (ook) moest nagaan of de verdien capaciteit correct is berekend.²²² Aangezien in de genoemde uitspraken een verband werd gelegd tussen de medische component en arbeidskundige componenten (meervoud), is het waarschijnlijk dat de verwevenheid ook andere arbeidskundige componenten gold, zoals het vaststellen van het dagloon. Van verwevenheid was in het omgekeerde geval – het beroep richt zich tegen een arbeidskundige, maar niet tegen de medische component – geen sprake.²²³ ‘Mede met het oog op een verantwoorde toepassing van art. 8:69, waarbij de in het beroepschrift aangevoerde beroepsgronden tot uitgangspunt dienen te worden genomen’, is de Centrale Raad in 2007 op deze rechtspraak teruggekomen.²²⁴ Indien alleen de medische grondslag van het bestreden besluit aan de orde is gesteld, dan beperkt de rechterlijke toetsing zich tot die medische grondslag en de daarmee nauw verweven vraag of de aan de schatting ten grondslag gelegde functies in medisch opzicht geschikt zijn.²²⁵

²¹⁸ CRvB 21 oktober 1999, JB 1999, 305.

²¹⁹ CRvB 29 juni 1999, JB 1999/206 m.nt. red.

²²⁰ CRvB 27 mei 2004, LJN: AP1652.

²²¹ De CRvB deelt besluiten op in ondermeer ‘componenten’, maar niet in ‘besluitonderdelen’, zo bleek eerder.

²²² CRvB 18 december 1998, JB 1999, 18 m.nt. R.J.N.S.; RSV 1999, 198; CRvB 3 februari 1999, JB 1999, 72 m.nt. EvdL; CRvB 17 mei 2000, JB 2000, 190; CRvB 9 augustus 2000 LJN: ZB 8938 in welke uitspraken werd overwogen dat ‘in schattingszaken wegens de samenhang tussen de medische en de arbeidskundige grondslag van de besluitvorming, het uitgangspunt is dat beide tot de omvang van het geding behoren en derhalve in beginsel ten volle ter toetsing van de bestuursrechter staan’.

²²³ CRvB 4 maart 1999, RSV 1999, 172; CRvB 23 juni 2000 JB 2000, 233: bij de voorbereiding en totstandkoming van het bestreden besluit was slechts het arbeidskundige aspect heroverwogen, terwijl betrokkene zich ook bij het beroep in eerste aanleg had beperkt tot het arbeidskundige aspect, het medische aspect kon niet meer aan de orde worden gesteld.

²²⁴ CRvB 17 april 2007, AB 2007, 167 m.nt. G.J. Vonk en RSV 2007, 212 m.nt. R. Stijnen.

²²⁵ In CRvB 24 september 2009 LJN: BI2292 is overwogen: ‘Er is geen sprake van de vereiste nauwe verwevenheid tussen enerzijds de vraag of de aan de schatting ten grondslag gelegde functies in medisch opzicht geschikt zijn en anderzijds de daaraan voorafgaande vraag of de

De andere arbeidskundige aspecten van het bestreden besluit, zoals het maatmaninkomen, de omvang van de maatmanfunctie, de actualiteit van de voorgehouden functies en opleiding-, diploma- en ervaringseisen in die functies komen niet voor ambtshalve aanvulling in aanmerking en blijven buiten beschouwing, nu deze niet (langer worden geacht) nauw verweven (te) zijn met de medische grondslag van het besluit. In de gevallen waarin uitsluitend niet met de medische grondslag verweven arbeidskundige gronden worden aangevoerd, dient de rechterlijke toetsing tot die gronden beperkt te blijven, aldus de Raad.²²⁶

Overigens blijkt uit rechtspraak van de Centrale Raad dat bij het wel aanvaarden van een verwevenheid, ook bijkomende factoren betekenis kunnen hebben. Zo kan van belang zijn, dat in het bestreden besluit (uitdrukkelijk) beslissingen zijn opgenomen over de samenhangende onderdelen; zou het daaraan schorten dan zou het samenhangende, maar onbestreden onderdeel wellicht buiten beschouwing moeten worden gelaten. Ook kan relevant zijn, dat de indiener van het beroep de vernietiging van het gehele bestreden besluit heeft gewenst en het beroep niet uitdrukkelijk heeft beperkt tot één bepaald onderdeel. Is dat laatste wel het geval, dan zou waarschijnlijk een daarmee samenhangend onderdeel door de rechter niet zijn beoordeeld. Ook een specifieke processuele positie kan doorslaggevend zijn voor het aannemen van relevante samenhang.²²⁷

Deze hierboven vastgestelde terughoudendheid in het horizontaal aanvullen van rechtsgronden is, gelet op de regel dat de omvang van het geding wordt afgebakend door de aangevoerde gronden en de regel dat de plicht tot aanvulling van de rechtsgronden dient plaats te vinden binnen de omvang van het geding, begrijpelijk. Niettemin gelden hierop enkele uitzonderingen. Zo leidt de samenhang tussen de grondslag van een besluitbevoegdheid en het daarvan mogen gebruikmaken in een concreet geval tot een ambtshalve rechterlijke beoordeling van de laatstgenoemde deelbeslissing. In die zin wordt het geschil ambtshalve uitgebreid, hoewel dat strikt genomen niet geldt voor de Centrale Raad van Beroep die deze beslissing baseert op art. 8:69 lid 2. De ABRvS lijkt in zo'n geval te kiezen voor ambtshalve toetsing. Verder ondervindt het geschil uitbreiding in

schatting op een deugdelijke medische grondslag berust om een uitzondering te kunnen maken op het beginsel dat de omvang van het geding in hoger beroep wordt bepaald door de gronden die door de insteller van het hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak zijn aangevoerd.⁷

²²⁶ Er wordt niet langer een nauwe verwevenheid aangenomen tussen de medische en arbeidskundige besliscomponenten van een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling, dit betekent echter niet dat deze besliscomponenten worden aangemerkt als besluitonderdelen in de zin van art. 6:13 Awb. Hierboven bleek reeds dat besluiten inhoudende een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling ondeelbaar zijn, aldus de CRvB (13 mei 2008, LJN: BD1231). Dit brengt ook mee, dat voor een partiële vernietiging van arbeidsongeschiktheidsbesluiten geen plaats is, vgl. CRvB d.d. 16 maart 2005 en 23 januari 2008.

²²⁷ De CRvB overwoog in zijn uitspraak d.d. 21 oktober 1999 JB 1999, 305, dat 'van de belanghebbende in redelijkheid niet kon worden gevergd dat hij alleen met het oog op het veiligstellen van zijn processuele positie hoger beroep zou moeten instellen'.

geval sprake is van zeer nauwe dan wel onlosmakelijk met elkaar verbonden (rechts)gronden; hiervan is gelet op de rechtspraak echter slechts mondjesmaat sprake.

2.4.4. Aanvulling van rechtsgronden; ambtshalve exceptieve toetsing?

Een rechtsnorm dient rechtsgeldig te zijn. Voor de rechtsgeldigheid van een rechtsnorm geldt dat deze inwerking moet zijn getreden. Dit geschiedt door de bekendmaking daarvan. Zolang de rechtsnorm niet is ingetrokken, heeft deze gelding. De rechtsgeldigheid van een rechtsnorm wordt ook bepaald in het licht van het bestaan van andere rechtsregels. In dit verband zijn drie zogeheten conflict- of voorrangregels te onderscheiden. De *lex superior derogat legi inferiori* bepaalt dat een lagere rechtsregel niet in strijd mag zijn met een hogere. Dit is de primair geldende voorrangregel²²⁸, in die zin dat deze voorrang heeft op de andere twee voorrangregels. In verscheidene wettelijke regelingen komt deze voorrangregel voor, waarbij valt te wijzen op art. 94 Gw, art. 121 en 122 Gemeentewet en art. 118 en 119 Provinciewet. Naast deze verschijningsvorm in geschreven rechtsregels heeft deze voorrangregel ook gelding als ongeschreven recht.²²⁹ Toepassing van de voorrangregel leidt tot een oordeel over de rechtsgeldigheid van rechtsregel in het licht van het bestaan van een andere. Hetzelfde geldt voor de toepassing van de twee andere voorrangregels, de voorrangregel *lex posterior derogat legi priori* en *lex specialis derogat legi generali*.²³⁰ Het gaat in beide gevallen om ongeschreven rechtsregels.

De vraag is nu of de bestuursrechter gehouden is om zonodig ambtshalve de rechtsgeldigheid te beoordelen van de rechtsnormen, waarover bestuursorganen in het kader van bestuurlijke besluitvorming deelbeslissingen dienen te nemen.

Voor een bevestigende beantwoording van deze vraag pleit dat zowel de voorrangregels vanwege hun structurerende rol in het rechtssysteem van fundamentele betekenis zijn voor de rechtsorde en dat zij om die reden als van openbare orde moeten worden aangemerkt. Het openbare ordekarakter zou dan nopen tot ambtshalve toepassing daarvan. Uit de wet, in het bijzonder de Awb, noch haar totstandkomingsgeschiedenis noch bestuursrechtspraak volgt echter niet, dat voorrangregels van openbare orde zijn, zodat zij uit hoofde daarvan reeds voor ambtshalve toepassing in aanmerking komen. In de literatuur is dat overigens voor art. 94 Gw wel verdedigd op de grond dat deze grondwettelijke bepaling de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde regelt en bepaalt dat nationaal recht in geval van strijd met internationaal recht buiten toepassing blijft. Vanwege zijn grondwettelijke basis staat art. 94 hoger in de

²²⁸ Verheugt 2009, p. 76 e.v.

²²⁹ Heringa en Van der Velde 2012, p. 331-332.

²³⁰ Verheugt 2009, p. 79 en p. 81.

wettenhiërarchie en zou daarom derogeren aan art. 8:69 Awb.²³¹ Hiertegen valt in te brengen, dat art. 94 Gw geen betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de (bestuurs)rechter toepassing zou moeten geven aan de daarin vervatte rechtsregel en daarover dan ook niets bepaalt.²³²

Dat voorrangsregels niet van openbare orde zijn, is in lijn met de wijze waarop het bestuursrechtelijke geding naar huidige rechtsopvattingen moet worden afgebakend. Was dit anders, dan gold voor alle rechtsnormen waarover bestuursorganen deelbeslissingen hebben genomen in het kader van de bestuurlijke besluitvorming dat de rechtsgeldigheid daarvan door de bestuursrechter zou moeten worden nagetrokken, ook derhalve ook die waartegen de beroepsgronden niet zijn gericht.

Het niet-openbare ordekarakter van de voorrangsregels houdt echter niet in, dat de bestuursrechter de geldigheid van rechtsregels niet ambtshalve dient te onderzoeken. Integendeel, zo volgt uit de bestuursrechtspraak. Hierbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen ambtshalve controle van de rechtsgeldigheid van voorschriften van openbare orde en andere rechtsnormen.

Normaliter dient volgens de Afdeling bestuursrechtspraak de bestuursrechter

‘ (...) binnen de omvang van het geding ambtshalve vast te stellen welk recht op het geding van toepassing is’.²³³

Een dergelijk uitgangspunt past ook binnen het grondenstelsel en impliceert, dat de indiener van het beroep in ieder geval een (feitelijke) grond in beroep moet hebben aangevoerd, die ambtshalve controle op verbindendheid van een rechtsregel kan rechtvaardigen.²³⁴

Toch roept de uitspraak van 2 augustus 2006, waaraan het bovenstaande citaat is ontleend, de nodige vragen op. In deze uitspraak stond een handhavingsbesluit centraal, dat was gebaseerd op overtreding van art. 2.12a lid 1 APV. Deze bepaling was echter ten tijde van het nemen van het besluit op bezwaar vervangen door de Woonschepenverordening. Daarom gold de APV-bepaling ten tijde van het nemen van het besluit op bezwaar niet langer als de juiste wettelijke grondslag voor het handhavingsbesluit. Door de Afdeling werd overwogen dat de rechtbank *binnen de omvang* van het geding de rechtsgeldigheid van deze APV-bepaling had moeten onderzoeken, hetgeen de rechtbank had nagelaten. Deze rechtsoverweging impliceert, dat bij de rechtbank in ieder geval een beroepsgrond had moeten zijn opgeworpen, die op de toepasselijkheid van art. 2.12a

²³¹ Met name dit laatste argument brengt De Werd 1998, p. 691 tot de conclusie art. 8:69 de reikwijdte van art. 94 Gw niet mag beperken.

²³² Evaluatie hoger beroep 2001, p. 29-30; Crommelin 2007, p. 349.

²³³ ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007, 27 m.nt. F.R. Vermeer; idem ABRvS 3 mei 2006, JB 2006, 189 m.nt. F.A.M. S.

²³⁴ Blijkens de al eerder genoemde uitspraak ABRvS 7 januari 2007, JB 2007, 54 is dat het geval als een eiser de (onrechtmatige) toepassing van een bepaalde wettelijke regeling op *enigerlei wijze aan de orde heeft gesteld*.

APV was gericht. In dat geval zou de rechtbank inderdaad binnen de omvang van het geding de verbindendheid van de APV-bepaling hebben mogen onderzoeken. Deze beroepsgrond was inderdaad ook bij de rechtbank opgeworpen, maar pas ter zitting en zeer waarschijnlijk om die reden tardief.²³⁵ Het is om deze reden dan ook niet goed te begrijpen, waarom de Afdeling concludeert dat de rechtbank in staat was om binnen de omvang van het geding deze rechtsgrond aan te vullen.

Ook een andere uitspraak die het vraagstuk van ambtshalve controle op de rechtsgeldigheid van rechtsnormen aangaat, lijkt onduidelijkheden op te roepen. In de uitspraak van 9 augustus 2006 wordt overwogen:

‘De rechtbank heeft artikel 2.1.7, vijfde lid, aanhef en onder d, van de APV onverbindend verklaard. Hoewel het hoger beroep van appellante zich niet richt tegen dit onderdeel van de rechtbankuitspraak en het college geen hoger beroep heeft ingesteld, is, anders dan appellante meent, ook in hoger beroep de verbindendheid van artikel 2.1.7, vijfde lid, aanhef en onder d, van de APV aan de orde, nu de rechter ambtshalve heeft te oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften.’²³⁶

Uit vooral de laatste zinsnede van de geciteerde passage kan de gevolgtrekking worden gemaakt, dat de verbindendheid van rechtsregels altijd door de bestuursrechter moet worden vastgesteld.²³⁷ Een dergelijke conclusie past echter niet binnen het grondenstelsel en is ook niet in overeenstemming met de eerder aangehaalde uitspraken, waarin wordt vooropgesteld dat de bestuursrechter bij het aanvullen van rechtsgronden binnen de omvang van het geding dient te blijven. Hoewel niet ontkend kan worden dat de geciteerde rechtsoverweging zich inderdaad ruim laat lezen, moet het er voor worden gehouden dat de Afdeling hier in het kader van ambtshalve toetsing herstelt wat de rechtbank daarvoor in strijd met art. 8:69 lid 1 heeft beslist.²³⁸

Voor rechtsregels van openbare orde geldt dat daaraan door de bestuursrechter ambtshalve wordt getoetst. Dit geldt ook voor de rechtsgeldigheid van voorschriften van openbare orde. Bevoegdheidsregels zijn van openbare orde,

²³⁵ Volgens vaste rechtspraak, ook van de Afdeling, geldt dat voor een pas ter zitting aangevoerde nieuwe beroepsgrond deze wegens strijd met de goede procesorde door de bestuursrechter wordt gepasseerd, zie daarvoor nader hoofdstuk 7.

²³⁶ ABRvS 9 augustus 2006, AB 2006, 366 m.nt. A. Tollenaar.

²³⁷ Vgl. annotator A. Tollenaar in zijn noot onder deze uitspraak in AB 2006, 366. Dezelfde conclusie trekt Schutgens in zijn noot onder de hieronder nog te bespreken uitspraak CRvB 12 juni 2007, in Gst. 2008, 8. Volgens Schutgens tekent zich een ontwikkeling af waarbij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften is gaan beschouwen als een bevoegdheidskwestie die van openbare orde is.

²³⁸ In hoger beroep geldt art. 8:69 Awb als van openbare orde, reden waarom de Afdeling ambtshalve toetst of de rechtbank daaraan op de juiste wijze toepassing heeft gegeven bij het beoordelen van de verbindendheid van een APV-bepaling. Zie ook Brugman 2010, p. 125.

zodat ook de rechtsgeldigheid van die rechtsregels ambtshalve – en daarmee buiten de omvang van het geding – op rechtsgeldigheid wordt gecontroleerd.²³⁹ Ook voor de inwerkingtreding of de intrekking van voorschriften wordt wel aangenomen, dat deze in het kader van ambtshalve toetsing moet worden gecontroleerd door de bestuursrechter.²⁴⁰ Dit zou wel meebrengen, dat de bestuursrechter voor alle rechtsregels, die voor het nemen van ene besluit moeten worden toegepast, ambtshalve zou moeten nagegaan of deze inderdaad inwerking zijn getreden en ook nog steeds gelding hebben. Dat geldt derhalve ook voor rechtsnormen, waartegen de beroepsgronden zich niet richten, hetgeen niet in overeenstemming is met de regel dat de omvang van het geding wordt bepaald door de tegen een besluit aangevoerde gronden. Uit de hierboven besproken uitspraak van de ABRvS d.d. 2 augustus lijkt het tegendeel te moeten worden afgeleid. In deze zaak bleek immers de APV-bepaling door de inwerkingtreding van de Woonschepenverordening niet langer rechtsgeldig te zijn. Zou de intrekking van rechtsnormen een kwestie van openbare orde zijn geweest, dan had de Afdeling moeten constateren dat de rechtbank dat buiten de omvang van het geding, ambtshalve toetsend, had moeten controleren.

Overigens valt, ten slotte, over de Afdelingsuitspraak van 2 augustus 2006 ook nog het volgende op te merken. Het draaide hier om de ambtshalve controle van de rechtsgeldigheid van een rechtsregel, waarvoor geldt dat de overtreding daarvan een toepassingsvoorwaarde is voor het mogen uitoefenen van deze bevoegdheid tot handhavend optreden. Hierboven bleek reeds dat de Afdeling zonodig ambtshalve toetst of aan een dergelijke toepassingsvoorwaarde is voldaan.²⁴¹ Is dit inderdaad de lijn die de Afdeling voorstaat, dan zou daarmee in overeenstemming zijn dat de Afdeling ook ambtshalve toetst of de betreffende rechtsregel, waarvan de overtreding toepassingsvoorwaarde is voor de aanwending van de handhavingsbevoegdheid, zelf wel rechtsgeldig is.

Welke lijn volgen de andere bestuursrechters? Volgt de CRvB de lijn dat ambtshalve aanvulling van rechtsgronden binnen de omvang van het geding moet plaatsvinden? Dit wordt niet goed duidelijk uit de schaarse rechtspraak die voorhanden is. In CRvB 12 juni 2007, Gst. 2008, 8 m.nt. Schutgens ging het om de intrekking en terugvordering van bijstand. De CRvB stelde ambtshalve vast dat artikel 5 van de op artikel 8a van de WWB berustende en door de gemeenteraad van de gemeente Medemblik vastgestelde Handhavingsverordening Medemblik 2004 onverbindend is, nu daarin door de gemeenteraad in strijd met de WWB regels zijn gesteld ten aanzien van de discretionaire bevoegdheid van het college met betrekking tot terugvordering. De CRvB legt echter niet uit onder

²³⁹ ABRvS 6 september 2006, AB 2006, 358 m.nt. J.J.J. Sillen biedt hiervan een voorbeeld. De verbindendheid van een regelgevingbevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders tot het aanwijzen van prostitutie-inrichtingen die voor exploitatievergunningen in aanmerking komen, werd ambtshalve getoetst. Volgens de Afdeling is uitsluitend de burgemeester bevoegd tot de betreffende regelgeving bevoegd.

²⁴⁰ Zie ABRvS d.d. 5 juli 2006, Gst. 2006 (7257), nr. 117 m.nt. J.J.J. Sillen.

²⁴¹ In dit geval: nagaat of sprake is van overtreding van art. 2.12 APV.

welke voorwaarde(n) de verbindendheid van een rechtsregel in het kader van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden dient te worden gecontroleerd.

In art. 5 van de betreffende Handhavingsverordening is onder meer bepaald: ‘Het college vordert de kosten van bijstand boven een nader door het college vast te stellen bedrag terug in de gevallen die in de artikelen 58 en 59 van de wet zijn aangegeven, voor zover zich daartegen geen andere wettelijke regeling verzet.’ Deze bepaling laat zich lezen als beperking van de discretionaire bevoegdheid van het college om tot terugvordering over te gaan. In beroep is (als enige grond) aangevoerd dat terugvordering niet op zijn plaats zou zijn, omdat er nog geen inkomsten waren verworven. Nu inderdaad een beroepsgrond is gericht tegen de terugvordering, kan worden vastgesteld dat door de bestuursrechter inderdaad *binnen* de omvang van het geding de rechtsgeldigheid van art. 5 van de verordening is onderzocht. Daarmee is echter nog geen uitsluitel verkregen of de Centrale Raad van Beroep ook alleen binnen de omvang van het geding ambtshalve controle van de rechtsgeldigheid van rechtsregels toestaat. Het zou echter wel in overeenstemming zijn met de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep dat de controle op rechtsgeldigheid zich tot rechtsregels beperkt voor zover daartegen beroepsgronden zijn gericht.

Ook voor het College Beroep voor het bedrijfsleven geldt dat weinig uitspraken voorhanden zijn over de vraag of de bestuursrechter ambtshalve moet nagaan of een rechtsregel verbindt. CBb 19 oktober 2007, JB 2007, 236 m.nt. Sillen kent een rechtsoverweging die een nogal enge benadering lijkt voor te staan:

‘Het ligt op de weg van de partij die stelt dat een regeling onverbindend moet worden geoordeeld, om de argumenten en omstandigheden aan te wijzen, die dat oordeel zouden kunnen dragen. Daarbij is niet relevant of de regelgeving anders had kunnen worden opgezet, maar slechts of de regelgever dat, gelet op hogere regelgeving of algemene rechtsbeginselen, anders had moeten doen. De rechtbank heeft dan ook kunnen volstaan met haar gemotiveerde verwerping van de door appellanten naar voren gebrachte stellingen inzake de regelingen voor 2004 en 2005 en heeft, anders dan appellanten kennelijk veronderstellen, niet hoeven aangeven waarom het niet anders zou kunnen.’

In deze uitspraak was sprake van een in beroep aangevoerde grond, waarin de onverbindendheid van een regeling uitdrukkelijk aan de orde werd gesteld. Het CBb neemt blijkens deze uitspraak het standpunt in, dat alleen het opwerpen van een dergelijke beroepsgrond niet voldoende is, deze dient óók dient te worden onderbouwd. Deze overweging lijkt derhalve voor een ambtshalve exceptieve controle van de verbindendheid van rechtsregels helemaal geen ruimte te laten, want in dat geval is immers voldoende dat een beroepsgrond is gericht tot de betreffende rechtsregel. Voor zover het CBb daarbij ook nog het oog heeft gehad voor rechtsregels van openbare orde, staat deze uitspraak bovendien ook op gespannen voet met de ‘reguliere’ ambtshalve toetsing van dergelijke voorschriften door het CBb.

2.5. Beperking gevolgen van rechterlijke toetsing

2.5.1. Het verbod van reformatio in peius

Art. 8:69 lid 1 kent blijkens de wetsgeschiedenis als uitgangspunt dat de indiener van het beroep ten gevolge van het instellen van het beroep niet in een slechtere positie mag komen, vergeleken met de situatie waarin hij geen beroep zou hebben ingesteld.²⁴² Een eenmaal verworven rechtspositie in gunstige zin, die door de bestreden beslissing in het leven is geroepen, ondervindt bescherming. Er geldt blijkens de wetsgeschiedenis op de Awb weliswaar een verbod van reformatio in peius, maar dan wel slechts in 'strikte zin'. Daarmee wordt bedoeld dat alleen in tweepartijengeschillen, waardoor vooral het sociale zekerheidsrecht, het belastingrecht en het vreemdelingenrecht zich laat kenmerken, de indiener van het beroep niet slechter af mag zijn door het instellen van beroep.²⁴³ Uitdrukkelijk is in de wetsgeschiedenis onderkend dat in driepartijengeschillen tussen de (aanvankelijk) primaire belanghebbende, het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen en andere belanghebbenden, met een of meer tegengestelde belangen, het onvermijdelijk is dat de rechterlijke uitspraak voor de ene belanghebbende gunstig en daarmee voor de positie van andere belanghebbende ongunstig kan en mag uitpakken.²⁴⁴ Het beroepsrecht zou in driepartijengeschillen ook zinloos zijn, indien hier het verbod van reformatio in peius opgeld zou doen.

Het is derhalve slechts de indiener van beroep in tweepartijengeschillen die wordt beschermd door de in de wetsgeschiedenis verwoorde tot de bestuursrechter gerichte verbodsregel.²⁴⁵ Uit zowel rechtspraak als literatuur kan worden afgeleid, dat in (potentiële) driepartijengeschillen er wel daadwerkelijk meer procespartijen met aan elkaar tegengestelde belangen dienen te zijn. Zijn die er niet, dan geldt het verbod van reformatio in peius voor de indiener van het beroep evenzeer.²⁴⁶

In de wetsgeschiedenis op de tweede tranche van de Awb is opgemerkt, dat de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen niet op gespannen

²⁴² Schreuder-Vlasblom 2011, p. 501; Verburg stelt dat dit verbod op reformatio in peius volgt uit de zinsnede 'op grondslag van het beroepschrift' (Verburg 2008, p. 117). De mogelijkheid van een reformatio in peius wordt hierdoor weliswaar verminderd, maar opgemerkt moet worden dat ook op basis van de aangevoerde beroepsgronden een rechterlijk oordeel tot een verslechtering van de rechtspositie zou kunnen leiden.

²⁴³ CRvB 4 januari 2006, AB 2006, 299 m.nt. De Waard.

²⁴⁴ PG Awb II, p. 464 (MvA).

²⁴⁵ Onduidelijk is waarom een dergelijk verbod, dat de gevolgen van een rechterlijke uitspraak beperkt, niet in de wet zelf is opgenomen. Overigens komen vooral in socialezekerheidswetten bepalingen voor die een uitzondering creëren voor het verbod van reformatio in peius.

²⁴⁶ Zo lijkt te moeten worden afgeleid uit ABRvS 27 oktober 1994, Gst. 7007.7 m.nt. Uylenburg. Het geschil betrof hier een milieuvergunning. Idem ABRvS 22 februari 2004, AB 2005, 72 m.nt. Michiels. Vgl. Schlössels en Zijlstra 2010, p. 1103.

voet staat met het verbod van reformatio in peius.²⁴⁷ De reden daarvoor is volgens de regering 'dat deze verplichting moet worden gelezen in samenhang met de verplichting om op grondslag van het beroepschrift uitspraak te doen.'²⁴⁸ De wetgever gaat er daarbij vanuit dat door aanvulling van rechtsgronden de positie van de indiener van het beroep niet kán verslechteren. Dit is in overwegende mate juist, in ieder geval voor zover door het aanvullen van rechtsgronden louter een juridische kwalificering wordt gegeven van in beroep aangevoerde feitelijke stellingen. Het is echter ook mogelijk, dat een correctie van rechtsopvattingen plaatsvindt door het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. Herinnerd zij, dat de mogelijkheden daartoe nogal beperkt zijn, doordat de daarvoor aangelegde criteria streng zijn (onlosmakelijke verbondenheid, zeer nauwe verwevenheid). Dit neemt evenwel niet weg, dat vooral de CRvB de ambtshalve beoordeling van de vervulling van een toepassingsvoorwaarde voor een besluitbevoegdheid binnen het kader van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden aan de orde stelt. Dit zou aanleiding kunnen geven tot een verslechtering van de rechtspositie van de indiener van het beroep, hetgeen met het verbod van reformatio in peius wordt voorkomen.

Het verbod van reformatio in peius geldt niet voor toetsing aan voorschriften van openbare orde.²⁴⁹ Het is om deze reden dat in de literatuur wel de opvatting is verdedigd om de controle van de juridische bevoegdheidsgrondslag alsmede de toepassingsvoorwaarden voor de aanwending van die besluitbevoegdheid te scharen onder plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. De indiener van het beroep zou dan niet slechter af zijn, indien het besluit vanwege een bevoegdheidsgebrek (in ruime zin) zou moeten worden vernietigd.²⁵⁰ Onmiskienbaar is het zo dat een dergelijke oplossing recht doet aan een meer individuele rechtsbescherming, overigens uitsluitend in die gevallen waarin het gaat om een (tweepartijen)geschil tussen een belanghebbende en een bestuursorgaan, maar de functie van handhaving van het objectieve recht verder op afstand plaatst.

2.5.2. Het relativiteitsvereiste

Sinds 1 januari 2013 is het in art. 8:69a Awb neergelegde relativiteitsvereiste in werking getreden.²⁵¹ Vóór de inwerkingtreding van deze bepaling was het mogelijk dat een derde, die als belanghebbende kon worden aangemerkt met betrekking tot een bepaald besluit, tegen dat besluit alle denkbare gronden kon aanvoeren, die tot een vernietiging van het door hem in beroep bestreden besluit

²⁴⁷ PG Awb II, p. 464 (MvA).

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ O.m. ABRvS 11 juli 2007, 320 m.nt. R. Ortlep en P.A. Willemsen.

²⁵⁰ Brugman 2010, p. 126 en p. 135.

²⁵¹ Dit artikel is met ingang van 1 januari 2013 ingevoegd bij wet van 20 december 2012, Stb. 2012, 682 (Wet aanpassing bestuursprocesrecht; kamerstukken 32 450) en is vrijwel identiek aan die welke in art. 1.9 van de in 2010 inwerkinggetreden Crisis- en Herstelwet is opgenomen.

zou kunnen leiden. Deze derdebelanghebbende werd niet beperkt in het aanvoeren van die beroepsgronden, die uitsluitend aan zijn eigen belangen of eigen rechten waren ontleend. Zodra iemand feitelijk in zijn belang was getroffen²⁵², gold dat hij de rechtmatigheid van het door hem bestreden besluit integraal en zowel wat betreft de totstandkoming als de inhoud aan de orde mocht stellen. Door de invoering van het relativiteitsvereiste voor het gehele bestuursprocesrecht²⁵³ is de omvang van de rechterlijke toetsing in zoverre beperkt, dat alleen gronden die zich richten tegen rechtsregels, die de strekking hebben een belang te beschermen van degene die een procedure bij de bestuursrechter is gestart mogen en kunnen leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. Voorafgaand aan de invoering van het relativiteitsvereiste heeft een uitvoerig debat plaatsgevonden tussen voor- en tegenstanders.²⁵⁴ Als belangrijkste argument voor invoering van een relativiteitsvereiste vermeldt de toelichting dat belanghebbenden zonder een beroep kunnen doen op rechtsregels die niet beogen hun belangen te beschermen en dat dit leidt tot oneigenlijk gebruik van beroepsprocedures.²⁵⁵ Hiermee is een verdergaande stap gezet in de richting van een subjectivering van bestuursrechtspraak.²⁵⁶ Tegelijkertijd is hiermee ook de mogelijkheid van toetsing van de objectieve rechtmatigheid van besluiten door de bestuursrechter verminderd; het relativiteitsvereiste kan meebrengen dat een besluit dat niet rechtmatig is toch in stand moet worden gelaten, omdat de geschonden rechtsnorm niet strekt ter bescherming van de het belang van de indiener van het beroep. De feitelijk in zijn belang getroffen burger kan derhalve alleen nog aanspraak maken op de inachtneming van een norm van objectief publiekrecht, voor zover deze rechtsnorm ook (mede) beoogt zijn belang te beschermen.

²⁵² Voor deze feitelijke invulling van het belanghebbendebegrip is voldoende dat het bestreden besluit invloed heeft op bepaalde belangen van ene belanghebbende; dit behoeven geen belangen te zijn die van betekenis zijn voor het nemen van het betreffende besluit (in dat geval is sprake van een normatieve invulling van het belanghebbendebegrip).

²⁵³ Het relativiteitsvereiste geldt niet voor bestuurlijke voorprocedures.

²⁵⁴ Schueler geeft een overzicht van voor- en tegenstanders, Schueler 2011, p. 160-161. De voorstanders van een relativiteitsvereiste wijzen erop dat de moderne bestuursrechtspraak niet zozeer strekt tot toezicht op rechtmatigheid van overheidshandelen, maar veeleer tot rechtsbescherming van individuen, terwijl de tegenstanders vinden dat een ieder wiens belang feitelijk rechtstreeks bij een besluit is betrokken, aanspraak maakt op een in alle opzichten rechtmatig besluit.

²⁵⁵ Hoewel uit door de regering aangehaald onderzoek is gebleken dat een relativiteitsprobleem zich voordoet in 1 op de 250 rechtbankzaken en bij 1 of de 15 zaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak, is volgens de regering het relativiteitsvereiste toch van belang voor de beeldvorming van het bestuursprocesrecht in de maatschappij en de slagvaardigheid van het bestuursrecht. Volgens de regering bestaat er daarom voldoende aanleiding naar het zoeken naar een mogelijkheid om te voorkomen dat de bestuursrechter moet overgaan tot vernietiging van een besluit dat de realisering van een project met grote maatschappelijke betekenis mogelijk maakt, wegens strijd met een wettelijk voorschrift dat niet is geschreven om de belangen van de eisende partij te behartigen en te beschermen.

²⁵⁶ De invoering van het relativiteitsvereiste betreft de subjectivering die wordt gesteld aan in rechte aangevoerde gronden; het gaat niet om een beperking van de toegang tot de rechtsbeschermingsprocedure, zie ook Schreuder-Vlasblom 2011, p. 65.

Hoewel het relativiteitsvereiste is ingevoerd voor het gehele procesrecht, zal het zijn werking niet in alle bestuursrechtelijke deelrechtsgebieden laten gevoelen. Het relativiteitsvereiste zal vooral relevant zijn voor het omgevingsrecht – zij het niet uitsluitend – omdat omgevingsrechtelijke besluiten vaak vele en ook vaak ‘diffuse’ belangen raken van omwonenden, belangenorganisaties en concurrenten e.d.. In tweepartijengeschillen, die zich met name voordoen op het gebied van belastingheffing, sociale zekerheid, toelating van vreemdelingen, en die derhalve een groot deel van het werk van de bestuursrechters beslaan, zal het relativiteitsvereiste nauwelijks van belang zijn.

Het relativiteitsvereiste dat thans in de Awb is opgenomen gaat uit van de ‘strikte’ relativiteitsleer: het gaat erom dat de bestuursrechter dient vast te stellen wat het beschermingsbereik is van een beweerdelijk geschonden rechtsnorm, niet wat het globale doel is van de regeling waarop het bestreden besluit is gebaseerd.²⁵⁷ In het kader van de strikte relativiteitsregel moet de bestuursrechter de vraag welke belangen worden beschermd derhalve niet op het niveau van de regeling als geheel beantwoorden, maar per afzonderlijk voorschrift. Omdat de wetgever heeft onderkend, dat niet altijd gemakkelijk is om vast te stellen wat het beschermingsbereik van een rechtsnorm is, geldt dat het wel evident – ‘kenmerkend’ – moet zijn dat de geschonden norm niet strekt tot het belang van degene die zich erop beroept.²⁵⁸ Bij twijfel over het beschermingsbereik, dient de bestuursrechter het voordeel te geven aan de indiener van het beroep. In deze gevallen mag derhalve alleen van een vernietiging worden afgezien, indien met zekerheid kan worden geconstateerd dat het belang van de indiener van het beroep niet wordt gediend door de geschonden rechtsnorm.

Over het moment waarop de bestuursrechter dient vast te stellen, dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste laat de wet zich niet uit. De bestuursrechter kan eerst overgaan tot de beoordeling van de vraag of de aangevoerde grond terecht is voorgesteld, om vervolgens te beoordelen of de daardoor ingeroepen rechtsregel inderdaad strekt tot bescherming van het belang van de indiener van het beroep in het voorliggende concrete geval.²⁵⁹ In dat geval volgt een oordeel over de onrechtmatigheid van het bestreden besluit, dat onmiddellijk wordt gevolgd door de conclusie dat het besluit (niettemin) in stand dient te blijven, omdat de

²⁵⁷ In dat geval wordt van een ruim relativiteitsvereiste gesproken. Zie voor het onderscheid De Poorter 2004, p. 31.

²⁵⁸ Kamerstukken II 2009/2010 32450, nr. 3, p. 20.

²⁵⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak vat het relativiteitsvereiste (zoals opgenomen in art. 1:9 Chw) zo op, dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en de daadwerkelijke reden om tegen een besluit op te komen, vgl. ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. De Gier en De Waard. In de betreffende zaak hadden appellanten zich beroepen op de afstandsnorm van een bedrijf ten opzichte van nieuwbouwwoningen en niet ten opzichte van hun eigen woningen. Om die reden strekt deze afstandsnorm niet ter bescherming van de belangen van deze appellanten. Bovendien ging het er appellanten om gevrijwaard te blijven van aantasting van hun uitzicht en het behoud van hun woonomgeving. Deze belangen vielen evenmin onder het beschermingsbereik van de afstandsnorm, aldus de Afdeling.

geschonden rechtsnorm niet strekt ter bescherming van het belang van de indiener van het beroep.²⁶⁰ De bestuursrechter mag ook eerst nagaan of aan het relativiteitsvereiste is voldaan, om vervolgens – alleen indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord – in ogenschouw te nemen of hetgeen is aangevoerd ook gegrond is.

Uit rechtspraak is af te leiden dat individuele belangen, die verweven zijn met de door een bestuursrechtelijke norm beschermd algemeen belang, ook worden gerekend tot het beschermingsbereik van een rechtsnorm.²⁶¹ Voorts staat het relativiteitsvereiste er niet aan in de weg, dat een rechtspersoon opkomt tegen een besluit, mits de door de rechtspersoon blijkens de statuten en feitelijke werkzaamheden te behartigen belangen samenvallen met het betreffende algemeen belang van de wettelijke regeling.²⁶² Indien een algemene open rechtsnorm nader wordt ingevuld, dan wordt de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste bepaald aan de hand van de concretiserende rechtsnorm.²⁶³ Ook al strekt de algemene rechtsnorm ter bescherming van het specifieke belang, indien de invullende rechtsnorm dat niet doet, is niet voldaan aan het relativiteitsvereiste. Voor het beschermingsbereik van rechtsnormen met betrekking tot de voorbereiding, motivering en belangenafweging is bepalend ‘het beschermingsbereik van de onderliggende materiële norm’.²⁶⁴

Geconcludeerd wordt dat de omvang van de rechterlijke toetsing door het relativiteitsvereiste door het relativiteitsvereiste verdergaand wordt beperkt, nu alleen die beroepsgronden kunnen leiden tot vernietiging van het bestreden besluit, die betrekking hebben op schending van een rechtsregel die een belanghebbende daadwerkelijk in zijn concrete belang beoogt te beschermen.

2.6. Ambtshalve toetsing

2.6.1. Procesrechtelijke voorschriften

De omvang van het geding wordt bepaald door de omvang van de in beroep aangevoerde gronden. De wetgever heeft de mogelijkheid van ambtshalve controle door de bestuursrechter willen beperken tot voorschriften van openbare orde. Nu de wetsgeschiedenis deze voorschriften beperkt tot de rechterlijke bevoegdheid en de ontvankelijkheid van het beroep²⁶⁵, kan daaruit worden afgeleid

²⁶⁰ In ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. De Gier en De Waard oordeelde de Afdeling dat sprake was van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, maar om de in vorige voetnoot genoemde reden werd het besluit niet vernietigd.

²⁶¹ ABRvS 13 juli 2011, LJN: BR 1412. Zie ook Damen 2012, p. 280.

²⁶² ABRvS 14 september 2011, JB 2011, 252 m.nt. Schlössels.

²⁶³ ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. De Gier en De Waard. Voorts Damen 2012, p. 281.

²⁶⁴ ABRvS 18 juli 2012, LJN: BX1859.

²⁶⁵ PG Awb II, p. 464.

dat deze ambtshalve controle niet de beoordeling van de rechtmatigheid van de in beroep bestreden besluiten mag betreffen. Alleen rechtsregels met betrekking tot het rechtsgeding zelf komen voor ambtshalve controle in aanmerking. Dit betekent dat de rechter zelfstandig dient te bepalen tot welke rechtsgevolgen de betreffende rechtsregels aanleiding dienen te geven. Van ambtshalve *toetsing* aan deze voorschriften is in de fase van het geding in eerste aanleg geen sprake, de rechter beoordeelt zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid van het beroep ambtshalve.²⁶⁶

In het kader van deze bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen wordt door de bestuursrechter onder meer ambtshalve gecontroleerd of

- regels met betrekking tot de absolute en relatieve bevoegdheid van de bestuursrechter zijn geleefd²⁶⁷;
- regels met betrekking tot de indieningsvoorschriften²⁶⁸ – en termijnen²⁶⁹ in acht zijn genomen;
- er sprake is van een procesbelang²⁷⁰;
- voldaan is aan het bepaalde in art. 8:1 e.v. Awb.²⁷¹ Dit brengt mee dat ambtshalve wordt onderzocht of de bestreden beslissing dan wel de daarbij gehandhaafde primaire beslissing een besluit in de zin van de Awb is²⁷² en voorts of de indiener van het beroep belanghebbende is²⁷³;
- een belanghebbende gelet op art. 6:13 Awb ontvankelijk kan procederen, gelet op de besluitonderdelen die in de voorprocedure zijn aangevochten.²⁷⁴

²⁶⁶ Terecht merkt Schreuder-Vlasblom op dat voor deze voorschriften voor de bestuursrechter in eerste aanleg de term ambtshalve toetsing niet op zijn plaats is, zij spreekt in dit verband van 'beoordeling', Schreuder-Vlasblom 2011, p. 561. In gelijke zin: Verburg 2008, p. 131. De hogere beroepsrechter toetst vervolgens of de rechter in eerste aanleg deze voorschriften (juist) heeft toegepast.

²⁶⁷ O.a. ABRvS 31 mei 2006, AB 2006, 329 m.nt. P.J. Stolk.

²⁶⁸ ABRvS 29 mei 2007, AB 2007, 209 m.nt. I. Sewandono.

²⁶⁹ O.a. CRvB 30 juli 1998, JB 1998, 21; ABRvS 29 april 2004, AB 2004, 226 m.nt. Sew.

²⁷⁰ ABRvS 2 augustus 2006, JB 2006, 272.

²⁷¹ Genoemde bepalingen zijn opgenomen onder Afdeling 8.1.1. met het opschrift 'bevoegdheid'. Nu veelal eerst een voorprocedure dient te worden gevolgd alvorens in beroep te kunnen gaan, zal het dictum van de uitspraak niet luiden 'onbevoegd', maar 'beroep gegrond' om reden dat de belanghebbende door het bestuursorgaan niet-ontvankelijk had dienen te worden verklaard, indien het de rechter blijkt dat niet is voldaan aan de in afdeling 8.1.1. gestelde voorwaarden.

²⁷² CRvB 22 maart 2006, RSV 2006, 187. Het besluit bestaat, gelet op art. 1:3 Awb, uit verschillende constituerende bestanddelen, waaronder de begrippen 'bestuursorgaan' en 'publiekrechtelijke rechtshandeling'. Ook voor deze afzonderlijke bestanddelen geldt derhalve dat de bestuursrechter ambtshalve dient na te gaan of daarvan sprake is.

²⁷³ Niet alleen in beroep (ABRvS 22 mei 1997 JB 1997, 170 m.nt. Stroink; CBb 1 september 2009, AB 2009, 396 m.nt. I. Sewandono), maar ook in de voorprocedure (ABRvS 25 juni 2003, AB 2004, 5 m.nt. FM).

²⁷⁴ De Graaf 2011, p. 662.

In het voetspoor van de parlementaire geschiedenis kan derhalve worden geconcludeerd, dat de bestuursrechter inderdaad ambtshalve toepassing geeft aan de voorschriften met betrekking tot de rechterlijke bevoegdheid en de ontvankelijkheid in het rechtsgeding.²⁷⁵ De bestuursrechter gaat echter verder dan de wetsgeschiedenis, omdat de bestuursrechter ook ambtshalve bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels beoordeelt met betrekking tot de bestuurlijke voorprocedure.²⁷⁶ De reden daarvoor is niet onlogisch, want indien een belanghebbende in de voorprocedure niet had mogen worden toegelaten tot de rechtsbeschermingsprocedure, dan mag dat ook niet in de fase van (hoger) beroep. Voorts dient – en in dit opzicht is sprake van verruiming van de categorie van voorschriften van openbare orde ten opzichte van de wetsgeschiedenis – volgens bestuursrecht spraak ook ambtshalve gevolg te worden gegeven aan bepaalde voorschriften met betrekking tot de gedingvoering. In de literatuur wordt wel gesproken over grondregels voor een behoorlijk proces.²⁷⁷ Aan deze voorschriften dient door de rechter in eerste aanleg (ambtshalve) toepassing te worden gegeven, terwijl in hoger beroep wordt – zo nodig – ambtshalve getoetst of dat (op de juiste wijze) is geschied.²⁷⁸ De ambtshalve beoordeling geldt art. 8:10²⁷⁹, art. 8:26²⁸⁰, art. 8:29, art. 8:30²⁸¹, art. 8:37²⁸², art. 3:38²⁸³, art. 8:57²⁸⁴, art. 8:69²⁸⁵ en ook art. 8:69a.²⁸⁶ Ook de goede procesorde dient ambtshalve door de bestuursrechter in

²⁷⁵ Evaluatie hoger beroep 2001, p. 269 e.v.; De Bock 2004, p. 66 e.v.; Brugman 2005, p. 269 e.v., Brugman 2010, in het bijzonder par. 5.4.

²⁷⁶ Aan deze voorschriften 'toetst' de bestuursrechter in eerste aanleg het bestreden besluit op bezwaar wel ambtshalve. CRvB 13 november 2009, RSV 2010, 24. Ook de verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding in de bestuurlijke voorprocedure wordt ambtshalve gecontroleerd, ABRvS 29 maart 2005, AB 2005, 134.

²⁷⁷ Willemsen 2005, p. 87.

²⁷⁸ Vgl. Brugman 2010, p. 138-139 en de daar genoemde rechtspraak, alsmede Willemsen 2005, p. 87 en de daar genoemde rechtspraak.

²⁷⁹ CRvB 1 mei 2009, LJN: BI2999 waarin de Raad ambtshalve vaststelde dat na sluiting van het onderzoek ter zitting van de meervoudige kamer van rechtbank op 28 oktober 2005 het onderzoek bij beslissing van 3 november 2005 van een enkelvoudige kamer is heropend. Deze handelwijze verdraagt zich niet met artikel 8:10, derde lid, van de Awb.

²⁸⁰ CRvB 13 december 2005, AB 2006, 300 m.nt. A.M.L. Jansen, RSV 2006, 96 m.nt. R. Stijnen merkt art. 8:26 aan als van openbare orde aan, omdat deze bepaling ziet op de toegang tot de rechter. Zie ook CRvB 6 maart 2009 LJN: BH6056.

²⁸¹ CRvB 4 juli 2000, USZ JB 2000, 255; deze bepaling wordt uitdrukkelijk van openbare orde verklaard.

²⁸² CRvB 14 september 2000, AB 2001, 33 m.nt. HH.

²⁸³ CRvB 31 december 2002, JB 2003, 53 (De rechtbank dient te verifiëren of op het moment van de verzending van aangetekende stukken dan wel tot een week daarna de geadresseerde volgens het gba op het betrokken adres stond ingeschreven).

²⁸⁴ ABRvS 31 oktober 2002, JV 2003,4 (Uit art. 8:57 moet worden afgeleid dat alleen van een nadere zitting mag worden afgezien door de rechtbank indien partijen daarvoor toestemming hebben verleend). Voorts CRvB 25 maart 2009, LJN: BH8283.

²⁸⁵ CRvB 29 april 2003, AB 2003, 307 m.nt. Bröring; ABRvS 14 april 2010, JB 2010, 138.

²⁸⁶ In welk kader de bestuursrechter derhalve ambtshalve dient na te gaan of al dan niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Kamerstukken II, 2009/2010, 32 500, nr. 3, p. 53.

acht te worden genomen, terwijl in hoger beroep daarop ambtshalve wordt gecontroleerd.²⁸⁷

2.6.2. Toch ook materiële voorschriften?

Hierboven is gesteld dat de wetgever blijkens de Awb-wetsgeschiedenis ambtshalve controle wenst te beperken tot rechterlijke bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels. Gebleken is dat de bestuursrechter de categorie voorschriften van openbare orde enigszins heeft uitgebreid, door ook bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels met betrekking tot de bestuurlijke voorprocedure en regels met betrekking tot de gedingvoering zelf daartoe te rekenen. Hierbij is het niet gebleven, want hoewel uit de wetsgeschiedenis een verbod daartoe zou kunnen worden afgeleid, volgt uit rechtspraak dat de bestuursrechter besluiten toch, zij het in beperkte mate, ambtshalve toetst aan materiële bestuursrechtelijke rechtsregels.

Zo is vaste rechtspraak, dat de bestuursrechter besluiten ambtshalve toetst aan een materiële rechtsregel voor zover het gaat de toekenning van een juridische bevoegdheidsgrondslag voor het nemen van besluiten.²⁸⁸ In dit kader onderzoekt de bestuursrechter niet alleen ambtshalve of een besluitbevoegdheid is geattribueerd aan het betreffende bestuursorgaan, doch ook of de bevoegdheid (juridisch correct) is gedelegeerd of gemandateerd. Deze bevoegdheidsvoorschriften staan rechtssubjecten niet alleen in de bestuurlijke besluitvormingsfase niet ter vrije beschikking, maar in de fase van het rechtsgeding evenmin. Het is sinds de inwerkingtreding van de Awb vaste jurisprudentie, dat bestuursrechters in eerste aanleg en in hoger beroep ambtshalve controleren of er a) op grond van attributie, delegatie of mandaat sprake is van een bestuurlijke bevoegdheid tot het nemen van zowel het bestreden en het eventueel voorafgegangene primaire besluit en (b) of *dit* bestuursorgaan daartoe inderdaad is aangewezen.²⁸⁹ Het gaat hier om een harde kern van geldigheidsvoorwaarden, die de bestuursbevoegdheid identi-

²⁸⁷ CRvB 9 mei 2008, LJN: BD2218 en CRvB 2 maart 2007, LJN: AZ9989.

²⁸⁸ In de literatuur is gewezen op een mogelijke kentering in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak; bevoegdheidsregels zouden niet langer ambtshalve worden getoetst, doch in het kader van de aanvulling van rechtsgronden binnen de omvang van het geding ambtshalve worden aangevuld. Brugman 2010, (oa.) p.134-135. Zij ziet in de in 2.4.3.2. besproken uitspraak d.d. 9 juli 2008, JB 2008, 185 daarvoor de aanleiding. In latere rechtspraak wordt evenwel wel duidelijk gesproken van ambtshalve toetsing.

²⁸⁹ ABRvS 21 januari 1997, AB 1997/136 m.nt. Ch B. (bevoegdheid vaststellen bestemmingsplan door openbaar lichaam op grond van de WGR), ABRvS 22 december 1998, JB 1999, 45 m.n.t van der Linden (aanwezigheid wettelijke grondslag). Zie ook ABRvS 10 april 2000, AB 2001/59 m.nt. JSt.; CBb 24 september 2002, JB 2002/375; ABRvS 26 november 2003, JB 2004, 46; ABRvS 28 februari 2007, AB 2007, 183 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven; ABRvS 15 februari 1999, JB 1999/67 m.nt. Neerhof (delegatie en mandaat); CRvB 7 augustus 2007, JB 2007, 199 (delegatie); ABRvS 26 november 2003, JB 2004, 46 (bevoegd bestuursorgaan); CRvB 17 maart 1998, AB 1996, 187 m.nt. Bröring (rechtsgeldig mandaat); ABRvS 4 april 2007, JB 2007, 101 (mandaat).

ficeren.²⁹⁰ Om die reden worden deze rechtsregels ook wel als ‘superdwingend recht’ getypeerd.²⁹¹

De bestuursrechter gaat derhalve ambtshalve na of de in hoofdstuk 1 onderscheiden besluitcomponenten (deelbeslissingen) met betrekking tot de aanwezigheid van een wettelijke bevoegdheid tot het nemen van een besluit in juridisch opzicht juist zijn.

Er is ook bestuursrechtspraak, waaruit volgt dat de juistheid van besluitcomponenten, die een toepassingsvoorwaarde behelzen voor de uitoefening van besluitbevoegdheden, ambtshalve door de bestuursrechter wordt gecontroleerd. Ook in zoverre geeft de bestuursrechtspraak rekenschap van het sequentiële en consecutieve karakter van besluiten. Het beeld dat de rechtspraak hierover laat zien is evenwel nogal wisselend. Uit verscheidene rechterlijke uitspraken valt inderdaad af te leiden dat ambtshalve door de bestuursrechter wordt nagegaan of is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden voor het nemen van een besluit²⁹², maar daar tegenover staan echter ook nogal wat uitspraken, waarin dat juist niet is gebeurd.²⁹³ Ook wordt de rechtspraak van de Centrale Raad hier in

²⁹⁰ Jue 2010, p. 18.

²⁹¹ Onder anderen De Bock 2004, p. 64. Overigens hanteert De Bock deze terminologie ook voor de *procesrechtelijke* voorschriften van openbare orde. Superdwingend, in de zin van zowel in de besluitvormingsfase als ook in de fase van het rechtsgeding, zijn deze voorschriften niet te noemen, nu zij immers alleen gelding (kunnen) hebben in de fase van het rechtsgeding.

²⁹² ABRvS 31 januari 2007, AB 2007, 251 m.nt. A.T. Marseille (de bestuursrechter dient ambtshalve te toetsen of ten tijde van het primaire besluit de burgemeester beschikte over de bevoegdheid tot het opleggen van een gebiedsontzegging; CRvB 19 juni 2001, RSV 2001, 207 m.nt. Stijnen; door de Raad werd ambtshalve beoordeeld of ingevolge art. 17 lid 3 of art. 20 IOAW een kenbaar moederbesluit aan het terugvorderingsbesluit ten grondslag lag; CRvB 19 december 1999, TAR 2000, 29: ambtshalve werd nagegaan of sprake was van plichtsverzuim, terwijl alleen in het geding was dat de opgelegde disciplinaire maatregel onevenredig is; ABRvS 28 januari 2009, LJN: BH1144; ambtshalve nagaan of sprake is van een overtreding, terwijl alleen de hoogte van de boete werd bestreden. ABRvS 22 mei 1997, JB 1997, 170 m.nt. F.A.M.S.: de in het vierde lid van art. 19 WRO (oud) neergelegde toepassingscondities voor het verlenen van een art. 19 (oud)-vrijstelling, hier het nemen van een voorbereidingsbesluit of het ter inzage leggen van een ontwerpbestemmingsplan, wordt ambtshalve gecontroleerd. ABRvS 20 december 1999 BR 2000, 335, M.A.A. Soppe; ABRvS 12 mei 2000, BR 2000, 756 waarin de Afdeling aanleiding zag ambtshalve te beoordelen of voorafgaande aan de aanvraag om vergunning toepassing had moeten worden gegeven aan de procedure van de artikelen 7.8a tot en met 7.8c van de Wet milieubeheer, de zogeheten m.e.r.-beoordelingsprocedure.

²⁹³ Maar het is ook weer niet zo dat in het geheel niet wordt getoetst aan ‘uitoefeningsvoorwaarden’, zoals gesuggereerd in Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 638. In ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 294 m.nt. dG werden welstandsaspecten als bedoeld in art. 12 Woningwet (Ww) nadrukkelijk niet van openbare orde verklaard. Redelijke eisen van welstand zijn in het kader van de weigeringsgronden van art. 44 WRO (oud) als een weigeringsgrond, en derhalve als toepassingsvoorwaarde voor de verlening van bouwvergunningen te beschouwen. ABRvS 21 mei 2003, AB 2003, 324 m.nt. TN (er is alleen opgekomen tegen de beslissing de aanhouding van de bouwvergunning op grond van art. 50 lid 5 te doorbreken, niet dat er überhaupt geen reden was om de bouwvergunning aan te houden in de zin van art.

herinnering geroepen; deze beoordeelt rechtsnormen die een toepassingsvoorwaarde behelzen weliswaar ambtshalve²⁹⁴, maar in het kader van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en daarom binnen de omvang van het geding. Soms oogt het alsof ambtshalve door de rechter aan een wettelijke toepassingsvoorwaarde is getoetst, doch betreft het ambtshalve toetsing van het besluitbegrip en wordt daarmee de ontvankelijkheid in de voorprocedure ambtshalve gecontroleerd.²⁹⁵ Of het nu gerekend wordt tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (Centrale Raad) of tot ambtshalve toetsing (Afdeling bestuursrechtspraak), ten opzichte van de aangevoerde beroepsgronden kan worden gesproken van ambtshalve uitbreiding van het geding. De bestuursrechter gaat immers na of voldaan is aan deze toepassingsvoorwaarde, ook al is een daarop betrekking hebbende beroepsgrond niet aangevoerd.

Hoe is het gesteld met de andere in hoofdstuk 1 onderscheiden besluitcomponenten, met betrekking tot beslissingen die door bestuursorganen moeten worden genomen over procedurele en inhoudelijke rechtsnormen?

De vraag of procedurele (materiële) voorschriften voor ambtshalve toetsing in aanmerking komen, wordt in de bestuursrechtspraak niet eenduidig beantwoord. Soms lijkt de vraag bevestigend te worden beantwoord, maar lijkt de reden daarvoor vooral gelegen te zijn in het al dan niet vervuld zijn van een toepassingsvoorwaarde en daarom de – ambtshalve te toetsen – juridische be-

50 lid 1 Ww. Ambtshalve toetsing aan die bepaling is derhalve niet toegelaten. Voorts ABRvS 1 oktober 2003, AB 2004, 50 m.nt. TN en ABRvS 14 januari 2004, AB 2004, 239 m.nt. TN, in welke uitspraken de Afdeling besliste dat bouwplannen niet langer door de bestuursrechter ambtshalve mogen worden getoetst aan bestemmingsplanvoorschriften, terwijl strijdigheid met het bestemmingsplan eveneens weigeringsgrond is voor de bouwvergunning en derhalve een (negatieve) toepassingsvoorwaarde. Idem voor de bouwverordening, vgl. ABRvS 13 juli 1999, JB 1999, 200 m.nt. F.A.M.S.; Zo ook ABRvS 2 april 2003, JB 2003, 129 m.nt. C.L.G.F.H.A. (geen ambtshalve beoordeling van de vraag of garages met opbouw moeten worden aangemerkt als uitbreidingen van woningen in plaats van als aanbouw in de zin van de bestemmingsplanvoorschriften. Evenzo ABRvS 21 april 2004 AB 2004, 129 m.nt. TN (bouwplan mag niet aan ander bestemmingsplanvoorschrift dan het aangevoerde worden getoetst) Uit ABRvS 13 juli 1999, JB 1999, 200 m.nt. F.A.M.S. valt af te leiden dat geen ambtshalve toetsing plaatsvindt aan bepalingen uit de bouwverordening en het Bouwbesluit. Zie verder CRvB 22 januari 2003, JB 2003, 55 m.nt. C.L.G.F. H.A. en CRvB 24 december 2003, RSV 2004, 86: beide uitspraken hebben betrekking op verzekerd zijn ingevolge de sociale zekerheidswetten, hetgeen niet als kwestie van openbare orde wordt beschouwd. Het verzekerd zijn ingevolge de socialezekerheidswetten kan worden beschouwd als een toepassingsconditie voor het nemen van besluiten op grond van die wetten.

²⁹⁴ Dit geldt niet voor alle toepassingsvoorwaarden.

²⁹⁵ De uitspraak van CRvB d.d. 6 september 2007, LJN: BB4033 waarin een ontslagbesluit centraal stond en de rechtbank ambtshalve had onderzocht of betrokkene wel ambtenaar was, laat oogt als uitzondering op de regel dat niet aan materiële bepalingen ambtshalve wordt getoetst, maar is dit niet. Zou immers van ambtenaarschap geen sprake zijn, dan zou het ontslagbesluit niet zijn aan te merken geweest als een publiekrechtelijke rechtshandeling en daarmee niet als een besluit in de zin van art. 1:3 jo. art. 8:1 Awb. Het betreft hier derhalve een ambtshalve door de rechter uitgeoefende controle of voldaan is aan het besluitbegrip.

voegdheidsgrondslag te raken.²⁹⁶ Van een uitdrukkelijke ambtshalve toetsing aan een procedurele rechtsnorm was wel sprake in ABRvS 8 april 1999, BR 1999, 675.²⁹⁷ Er is daarentegen ook sprake van rechtspraak, waaruit blijkt dat procedurele bepalingen zich niet voor ambtshalve toetsing mogen lenen.²⁹⁸ In de literatuur is wel de opvatting verdedigd, dat procedurele voorschriften gelet op hun aard en relatie met de toegang tot de rechtsbeschermingsprocedure als van openbare orde zijn aan te merken.²⁹⁹ Niet goed valt echter in te zien waarom procedurele bepalingen naar hun aard wel voor ambtshalve toetsing in aanmerking zouden moeten komen, maar de inhoudelijke voorschriften, ten dienste waarvan procedurele rechtsnormen veelal in het leven zijn geroepen – zoals hieronder blijkt – niet.

Uit vele uitspraken is af te leiden, dat rechtsregels die de inhoud van het te nemen besluit voorschrijven en derhalve het uiteindelijk met het besluit in het leven te roepen rechtsgevolg betreffen, niet van openbare orde zijn. Om deze reden worden besluiten daaraan niet ambtshalve getoetst.³⁰⁰ Evenmin vindt

²⁹⁶ Zoals het oordeel over het al dan niet moeten eerst moeten volgen van de mer-regeling, alvorens een milieuvergunning te verlenen. Bepalingen uit de m.e.r.-regeling worden niet als openbare orde beschouwd, vgl. annotatie van Nijmeijer en Soppe onder ABRvS 2 juni 2004, BR 2004, 141 en 759.

²⁹⁷ Het betrof hier een procedurebepaling in het kader van de terinzagelegging van een ontwerp-bestemmingsplan. Volgens de Afdeling dienen, gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de eisen ter zake van de terinzagelegging en kennisgeving als minimale waarborgen voor betrokkenen te worden beschouwd, die strikt dienen te worden nageleefd.

²⁹⁸ ABRvS 17 maart 1998, JB 1998, 130, waarin niet ambtshalve werd getoetst aan een voorschrift dat bepaalde dat een termijn voor terugvordering moest worden gesteld. Voorts, geldt volgens vaste rechtspraak, dat procedurele bepalingen in bezwaar – dat overigens behoort tot het procesrecht en niet tot het materiële recht – zoals art. 7:2, 7:9 en 7:13 Awb niet van openbare orde zijn. (zie respectievelijk ABRvS 29 juli 1996, JB 1996, 190, CRvB 8 januari 1999, ABkort 1998, 217 en CRvB 29 april 2003, JB 2003, 192). Art. 7:13 lid 7 is een procedureel voorschrift, dat niet van openbare orde is, aldus CRvB 29 april 2003, AB 2003/307 m.nt. HBr. Uit CBb 17 mei 2005, JB 2005, 241 m.nt. LJMT volgt dat (nationale) procedurele rechtsnormen niet van openbare orde zijn, zie r.o. 5.4.3.

²⁹⁹ De Bock 2004, p. 66. Dit hoeft echter niet het geval te zijn, zie het voorbeeld in de vorige voetnoot. De procedure als bedoeld in afd. 3.4. Awb heeft wel met toegang tot de rechtsbeschermingsprocedure te maken, nu het volgen daarvan gelet op art. 7:1 Awb noopt tot het overslaan van de bezwarenprocedure. Het is echter nog maar de vraag of een bepaling binnen deze Afdeling afzonderlijk zal (moeten) worden aangemerkt als van openbare orde.

³⁰⁰ ABRvS 31 januari 2007, AB 2007, 251 m.nt. A.T. Marseille (zie ook hierboven), waarin werd bepaald dat de beoordeling van de rechtmatigheid van een bevel tot gebiedsontzegging buiten het bereik van ambtshalve beoordeling valt. Aan beleidsregels wordt niet ambtshalve getoetst, zo kan worden afgeleid uit ABRvS 1 juli 2003 JV 2003, 363 en ABRvS 25 februari 2004, AB 2004, 286 m.nt. Sew. ABRvS 7 juli 2004, JB 2004, 295 (geen ambtshalve toetsing aan een hardheidsclausule). ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340 m.nt. OJ en RW (geen ambtshalve beoordeling van de vraag of (voldoende door het bestuursorgaan is onderzocht of) de werkgever terzake van een beboetbaar feit op grond van Arbowet enig verwijt betreft; volgens de Afdeling mag ook ingeval van een boetebesluit op grond van de Arbowet niet aan andere rechtsgronden dan de aangevoerde worden getoetst).

ambtshalve toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur plaats.³⁰¹ In een enkel geval ligt dat anders, maar het is maar zeer de vraag of de hierop betrekking hebbende wat oudere uitspraken in het licht van de huidige doctrine wel juist zijn.³⁰² Inwerkingtredingsregels voor besluiten lijken wel als van openbare te (moeten) worden aangemerkt.³⁰³

Geconcludeerd wordt dat deelbeslissingen over rechtsregels met betrekking tot de procedure en de inhoud van besluiten niet als van openbare orde worden aangemerkt. Dit neemt niet weg, dat sprake kan zijn van een ‘onlosmakelijk verbonden’ of ‘zeer nauw verweven’ rechtsregel, waaraan de bestuursrechter – ook al is een beroepsgrond daarop niet gericht – toch een besluit toetst. Volgens rechtspraak vindt deze ambtshalve controle van een dergelijke zeer sterk met een wél aangevoerde beroepsgrond (en de daarmee ingeroepen rechtsnorm) samenhangende rechtsnorm plaats in het kader van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en daarmee derhalve binnen de omvang van het geding. Er zou evenwel ook van ambtshalve toetsing kunnen worden gesproken, indien de aangevoerde beroepsgronden als vertrekpunt wordt genomen. Het in aanmerking nemen van een onlosmakelijk verbonden of nauw verweven rechtsregel kan worden beschouwd als een uitbreiding van het geding. Wat hiervan ook zij, het ambtshalve in aanmerking nemen van onlosmakelijke of zeer nauw samenhangende rechtsnormen getuigt ervan dat de bestuursrechter zich rekenschap geeft van het sequentiële en consecutieve karakter van besluiten, zij het dat de onlos-

CRvB 8 april 2003, USZ 2003, 195 (schending van art. 36, tweede lid WAO (herbeoordeling eerstejaars) niet in strijd met de openbare orde); CRvB 2 april 2004 AB 2004, 267 m.nt. FP (art. 43a WAO is niet van openbare orde); CRvB 26 april 2000, AB 2000, 433 (geen beroep ingesteld tegen het besluit tot terugvordering, geen ambtshalve toetsing). Idem CRvB 30 augustus 2000, RSV 2000, 239. CRvB 6 maart 2001, RSV 2001, 95 (geen ambtshalve toetsing aan art. 57 lid 3 WAO, inhoudende termijnen bedoeld voor terugvordering); CRvB d.d. 27 juni 2008, LJN: BD5701 (art. 44 WAO niet van openbare orde). CRvB 6 januari 2006 USZ 2006, 68 (beslistermijn noch het rechtszekerheidsbeginsel zijn van openbare orde). Bij uitspraken van 19 oktober 1995 (LJN: ZB5497 en ZF2055, gepubliceerd in JB 1996, 11 en 1995, 311) heeft CRvB geoordeeld dat de bepalingen inzake verjaring ex art. 57 WAO evenmin van openbare orde zijn.

³⁰¹ ABRvS 25 juni 2003, JB 200, 226 (geen ambtshalve toetsing aan het vertrouwensbeginsel). Voorts volgt uit ABRvS 11 mei 2005, JB 2005, 190 (geen ambtshalve toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in art. 3:4 lid 2 Awb). ABRvS 11 april 2003, AB 2003, 281 m.nt. A.T. Marseille (geen ambtshalve toetsing aan het fairplaybeginsel). CRvB 8 juli 1997, AB 1997, 329 m.nt. FP, USZ 1997, 200 GHvV, JB 1997, 179 m.nt. R.J.G.H.S (art. 4:16 en 4:17 (oud) Awb, hoewel van essentiële betekenis, zijn de deugdelijke respectievelijk kenbare motiveringsplicht niet van openbare orde).

³⁰² Een uitspraak, zoals gedaan op 21 maart 1997, AB 1997, 244 m.nt. ICvdV lijkt nu ondenkbaar. In deze uitspraak stelde de Centrale Raad ambtshalve vast, dat de vervoersvoorzieningen waren beëindigd zonder een ruime uitlooptermijn in acht te nemen. Om die reden werden de bestreden besluiten wegens strijd met het (evenzeer) ambtshalve bijgebrachte zorgvuldigheidsbeginsel vernietigd.

³⁰³ ABRvS 25 januari 1999, BR 1999, 305; ABRvS 8 april 1999, BR 1999, 675 m.nt. Van Rijkevorsel.

makelijkheid dan wel de zeer nauwe samenhang tussen rechtsnormen slechts sporadisch wordt aangenomen.

In aanvulling op het voorgaande kan worden opgemerkt, dat het bestuursrechtelijke deelrechtsgebied waartoe een besluit wordt gerekend, geen verschil maakt voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing, hoewel het er enige tijd wel op heeft geleken dat de Afdeling bestuursrechtspraak voor het omgevingsrecht een afwijkende lijn hanteerde. De Afdeling heeft in verscheidene uitspraken, zonder overigens de betreffende bepalingen uitdrukkelijk als van openbare orde aan te merken, getoetst aan materiële bepalingen.³⁰⁴ In 2003 ging het roer echter om, doordat ondubbelzinnig werd bepaald dat ambtshalve toetsing door de bestuursrechter zich beperkt tot voorschriften van openbare orde en ambtshalve toetsing aan materiële voorschriften door de Afdeling werd afgewezen.³⁰⁵

Gelet op de (de hierboven vermelde) rechtspraak is voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing het aantal bij een besluit betrokken partijen evenzeer indif-ferent. Het onderscheid tussen bijvoorbeeld socialezekerheidszaken (die zich laten kenmerken door twee partijen) en omgevingsrechtelijke zaken (met vaak derdebelanghebbenden) blijkt niet van belang.

Het onderscheid naar het belastende of begunstigende karakter van besluiten is voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing evenmin relevant.³⁰⁶

Ten slotte maakt ook het bovennationale karakter van de materiële rechtsnormen niet dat de bestuursrechter daaraan ambtshalve heeft te toetsen. Uit rechtspraak van het Europese Hof van Justitie voor de Rechten van de Mens (EHRM) volgt dat nationale rechters niet gehouden zijn tot ambtshalve toetsing aan het EVRM.³⁰⁷ Uit nationale rechtspraak valt evenmin af te leiden, dat de

³⁰⁴ Uit ABRvS 8 augustus 1996, JB 1996, 198 m.nt. M.A. Heldeweg, AB 1996, 481 m.nt. PvB volgde dat bouwplannen ambtshalve dienden te worden getoetst aan bestemmingsplanvoorschriften. In gelijke zin Vz. ABRvS augustus 1998 AB 1999, 171 m.nt. J. Struiksmā. In ABRvS 28 januari 2000, JB 2000, 57 m.nt. F.A.M.S. oordeelde de Afdeling dat de rechtbank niet buiten de grenzen van het haar voorgelegde geschil was gegaan door na te gaan, hetgeen niet in beroep was aangevoerd, dat abri's geen meldingsplichtige bouwwerken in de zin van art. 43 Ww betroffen (volgens de Afdeling betrof het een aanvulling van de rechtsgronden, hoewel een feitelijke grond daartoe niet was aangevoerd in het geding)

³⁰⁵ Zo kan uit verscheidene uitspraken worden afgeleid. Op het gebied van vreemdelingenrecht: ABRvS 27 januari 2003, JV 2003, 103 m.nt. BKO; ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152 m.nt. BPV en RW en ABRvS AB 2004, 129 m.nt. Sew. Op het gebied van het omgevingsrecht: ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 294 m.nt. dG (welstandsaspecten als bedoeld in art. 12 Wow worden nadrukkelijk als niet van openbare orde verklaard)

³⁰⁶ Sanctiebesluiten worden niet ambtshalve getoetst, vgl. CRvB 8 december 2005, AB kort 2006, 65, ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 340. Voor boetebesluiten is ambtshalve toetsing bepleit door Albers 2006, p. 143-161. In enkel geval wordt de boetehoogte ambtshalve gematigd, vgl. CbB 16 september 2010, LJN: BO5320.

³⁰⁷ EHRM 15 november 1996, application number 18877/91 (Sadik vs Greece), par. 27-34; zie voorts ook Evaluatie hoger beroep 2001, p. 34. Uit het op art. 6 EVRM gestoelde vereiste van 'full jurisdiction' volgt geen plicht tot ambtshalve toetsing voor de nationale rechter, aldus het EHRM, zie Barkhuysen 2004, p. 96-97; Brugman, 2010, p. 97-99; Lawson 1998, p. 1074-1075.

bestuursrechter ambtshalve aan bepalingen van het EVRM dient te toetsen.³⁰⁸

Voor het communautaire recht geldt als uitgangspunt dat het de inrichting en vormgeving van het nationale procesrecht in beginsel respecteert. Het huidige stelsel van art. 8:69 Awb, waarin ambtshalve toetsing in beginsel beperkt dient te blijven tot voorschriften van openbare orde, is vanuit het oogpunt van het communautaire recht aanvaardbaar geacht.³⁰⁹ Uit het gelijkwaardigheidsbeginsel volgt dat het Lidstaten verboden is om aan het nationale recht een gunstigere rol toe te kennen dan aan het Europese recht. Hieruit vloeit voor rechtspraak voort, dat waar de nationale rechter bevoegd is tot ambtshalve toepassing van het recht, is de rechter dat verplicht voor Europees recht.³¹⁰ Aan Europees recht dat van openbare orde is, dient de Nederlandse rechter derhalve ook verplicht ambtshalve te toetsen.³¹¹ Aan Europeesrechtelijke bepalingen die niet gelijkwaardig zijn aan Nederlandse voorschriften van openbare orde, behoeft de Nederlandse rechter derhalve niet ambtshalve te toetsen.³¹² Uit het doeltreffendheidsbeginsel volgt dat Lidstaten de effectuering van het communautaire recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken. In het kader van de beoordeling of is aan dit beginsel voldaan, wordt door het Hof van Justitie de 'rule of reason' als maatstaf aangelegd: beoordeeld wordt of voor een nationale rechtsregel die een belemmering opwerpt voor de uitoefening van door de communautaire rechtsorde aan particulieren verleende rechten een aanvaardbare rechtvaardiging bestaat. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat de rechtvaardiging(en) die voor het Nederlandse verbod van ambtshalve toetsing bestaan meebrengen dat het Europeesrechtelijke doeltreffendheidsbeginsel zich niet verzet tegen dat verbod van ambtshalve toetsing.³¹³ Uit het communautaire recht volgt derhalve geen plicht tot ambtshalve toetsing van besluiten aan communautaire rechtsregels of aan nationale rechtsregels.³¹⁴ Evenmin wordt door de nationale bestuursrechters het

³⁰⁸ CRvB 6 januari 2009, JB 2009, 65. Vgl. Widdershoven in zijn annotatie onder ABRvS 28 april 2004, AB 2004, 276, onder punt 6; De Bock 2004, p. 60.

³⁰⁹ Evaluatie Awb III 2007, p. 144.

³¹⁰ In dit verband zijn de navolgende arresten van het Hof van Justitie EU van belang: HvJ EU 14 december 1995 (Van Schijndel en Van Veen), zaken C-430/93 en C-431/93, Jur. 1995, p. I-4705, en TVVS 1996-I, p. 26, m.nt. M.R.M., HvJ EU 14 december 1995 (Peterbroeck), zaak C 312/93, Jur. 1995, p. 4599, NJ 1997, 115; HvJ EU 24 oktober 1996 (Kraaijeveld), zaak C 72/95, Jur. 1996, p. I-5403.

³¹¹ HvJ EU 27 juni 1999, NJ 2000, 339.

³¹² Afgezien van de juridische bevoegdheidsgrondslag voor bestuursorganen hebben bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvoorschriften, die naar Nederlands recht van openbare orde zijn, in het Europese recht nauwelijks betekenis. Om die reden geldt geen verplichte ambtshalve toetsing voor de Nederlandse bestuursrechter aan een richtlijn van materieelrechtelijke aard in de zaak van de Weerd (zie volgende voetnoot).

³¹³ HvJ EU 7 juni 2007 (Van der Weerd) zaken nrs. C-222/05-225/05, AB 2007, 228 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en HvJ EU 25 november 2008 (Schaap/Heemskerk) zaak nr. C455/06, AB 2009, 14 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

³¹⁴ Over de implicaties van de hierboven vermelde arresten is zeer veel literatuur verschenen, zie onder meer Evaluatie hoger beroep 2001, p. 30-33, Jans 2005; Albers en Schlössels 2005, p. 81-94; Crommelin 2007, p. 351-359; Brugman 2010, p. 84-89.

communautaire recht naar nationaal recht zelf als van openbare orde aangemerkt.³¹⁵

2.7. Conclusies

De omvang van het bestuursrechtelijke geding wordt in beginsel bepaald door de aangevoerde beroepsgronden. Dit geldt echter niet voor zover de omvang van het geding wordt gereguleerd door voorschriften van openbare orde. Voorschriften van openbare orde zijn rechtsregels die behoren tot de kernelementen van de rechtsorde die juist de rechter los van wil en kennis van partijen behoort te bewaken.³¹⁶ Dit brengt mee dat ook zonder dat op deze voorschriften door één van de partijen een beroep is gedaan, de bestuursrechter deze voorschriften in acht heeft te nemen. Voorschriften van openbare orde zien vooral op processuele kwesties; zij zijn vooral van procesrechtelijke aard. Volgens de Awb-wetsgeschiedenis zou het alleen (mogen)³¹⁷ gaan om bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels die betrekking hebben op de gerechtelijke fase. De bestuursrechtpraak heeft de voorschriften van openbare orde echter uitgebreid met dezelfde regels voor de bestuurlijke voorprocedure. Daarnaast zijn evenzeer op grond van bestuursrechtpraak ook een aantal regels met betrekking tot de (gerechtelijke) gedingvoering als van openbare orde aangemerkt. De reden waarom bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvoorschriften zijn aangemerkt als van openbare orde is gelegen in de ratio van deze rechtsregels: zij reguleren vooral de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure.³¹⁸ Voor zover regels met betrekking tot de gedingvoering zijn aangemerkt als van openbare orde geldt daarvoor als reden dat zij de grondregels voor een behoorlijk proces raken.³¹⁹ Het gaat met andere woorden steeds om essentiële procesrechtelijke normen³²⁰, die betrekking hebben op kwesties die de hoofdstructuur³²¹ dan wel de fundamentele karakteristieken³²² van het bestuurs(proces)recht raken.

Voor de als van openbare orde aangewezen procesrechtelijke rechtsregels is te beargumenteren dat zij van zo'n groot gewicht voor de rechtsorde worden geacht, dat de juiste naleving daarvan niet alleen aan partijen mag worden overgelaten. De met deze rechtsregels behartigde c.q. beschermde processuele belangen worden geacht de bijzondere belangen van de partijen te overstijgen. De achterliggende strekking van bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvoorschrif-

³¹⁵ ABRvS 2 maart 2004, AB 2004, 152; CBb 17 mei 2005, AB 2005, 282.

³¹⁶ Schreuder-Vlasblom 2011, p. 561.

³¹⁷ Of deze toevoeging tussen haakjes juist is, valt uit de wetsgeschiedenis niet af te leiden.

³¹⁸ De Bock 2004, p. 56; Brugman 2005, p. 277. Dat geldt overigens niet voor termijnen van bezwaar- en (hoger) beroep. Dit zijn ontvankelijkheidsregels, die als van openbare orde worden aangemerkt, omdat zij betrekking hebben op een belangwekkend karakteristiek van het Awb-procesrecht, namelijk de (bewuste de keuze van de wetgever voor het handhaven van) korte termijnen van bezwaar en (hoger) beroep.

³¹⁹ Schreuder-Vlasblom 2003, p. 199; Evaluatie hoger beroep 2001, p.189.

³²⁰ Simon 1997, p. 305.

³²¹ Damen 2012, p.255.

³²² Schlössels en Zijlstra 2010, p. 1297.

ten betreft de toegangsvoorwaarden tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure en daarmee de afgrenzing met het burgerlijk procesrecht en het strafprocesrecht. De strekking van termijnen van bezwaar en (hoger) beroep betreffen het vanuit een oogpunt van rechtszekerheid bewust door de Awb-wetgever instandgelaten korte termijnen. Rechtsregels die als van openbare orde worden aangemerkt voor zover ze betrekking hebben de gedingvoering worden als van fundamentele aard beschouwd voor die gedingvoering. Om deze redenen staan deze voorschriften procespartijen niet ter vrije beschikking. Zij worden geacht een ‘klemmend belang’ te hebben voor de rechtsorde, in het bijzonder de procesrechtelijke rechtsorde. Dat de handhaving hiervan toebehoort aan de bestuursrechter vloeit voort uit zijn functie als geschilbeslechter tussen de strijdende procespartijen. Behalve dat de bestuursrechter veelal normadressaat van deze rechtsregels³²³ is, is hij ook bij uitstek geschikt om op neutrale, onpartijdige wijze toe te zien op de naleving daarvan deze voorschriften.

De bestuursrechtspraak heeft, vergeleken met de Awb-wetsgeschiedenis, de voorschriften van openbare orde uitgebreid door ook materieelrechtelijke regels als van openbare orde aan te merken. Het gaat om rechtsregels, voor zover het gaat om de juridische bevoegdheidsgrondslag van bestuursorganen. Er zijn twee redenen aan te voeren waarom ook deze rechtsregels in zoverre zij de juridische bevoegdheidsgrondslag betreffen als van openbare orde worden aangemerkt. Als procesrechtelijke reden kan worden aangevoerd dat ook deze bevoegdheidskwesties (indirect) de toegang reguleren tot de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure. In het kader van de ambtshalve controle van bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels wordt immers ook ambtshalve onderzocht of door een belanghebbende tegen een ‘besluit’ beroep is ingesteld. Deze ambtshalve toetsing betreft derhalve de ambtshalve vaststelling of de instantie die de bestreden beslissing dan wel de daarmee gehandhaafde primaire beslissing heeft genomen ‘bestuursorgaan’ is en bedoelde beslissingen een (appellabele) publiekrechtelijke rechtshandeling. De vraag of het bestuursorgaan tot het nemen van dat besluit bevoegd is, gaat aan deze ambtshalve controle logischerwijze vooraf en vormt daarmee evenzeer een toegangvereiste voor de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure. De bevoegdheidskwestie is derhalve zozeer verknoopt met het besluitbegrip, dat het om die reden voor de hand liggend is dat de rechter ook daarop ambtshalve toeziet. De materieelrechtelijke reden voor het openbare ordekarakter is gelegen in het staats- en bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel. Zoals reeds in hoofdstuk 1 is betoogd, geldt het legaliteitsbeginsel als een fundamenteel, want rechtstatelijk, vereiste. Het inacht nemen van het legaliteitsbeginsel raakt derhalve de rechtsstaat(gedachte) in de kern. Dit rechtstatelijke belang ontstijgt de belangen van procespartijen en om die reden wor-

³²³ Maar dat geldt niet voor de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels in de bestuurlijke voorprocedure.

den deze voorschriften (in zoverre) ambtshalve door de bestuursrechter te worden gehandhaafd.³²⁴

Naast de juridische bevoegdheidsgrondslag is er ook bestuursrechtspraak waarin ambtshalve wordt getoetst aan wettelijke toepassingsvoorwaarden voor de uitoefening van een bevoegdheid tot het nemen van besluiten. Toepassingsvoorwaarden liggen in het verlengde van de juridische bevoegdheidsgrondslag om besluiten te mogen nemen: is een dergelijke wettelijke voorwaarde immers niet vervuld dan had een bestuursorgaan geen besluit mogen nemen dan wel had het een besluit met een andere inhoud moeten nemen. Ook voor wettelijke toepassingsvoorwaarden valt te verdedigen, dat zij partijbelangen ontstijgen, omdat het legaliteitsbeginsel in het geding is. Uit dit beginsel vloeit immers ook voort dat niet gehandeld mag worden in strijd met een wettelijk voorschrift. De opvattingen over ambtshalve controle van het voldaan zijn wettelijke toepassingsvoorwaarden lopen blijkens rechtspraak uiteen. Er is rechtspraak waarin deze controle inderdaad wel plaats heeft gevonden, maar er ook rechtspraak waarin dat niet is geschied. Daarnaast is de rechtspraak verdeeld over de juridische grondslag van deze ambtshalve controle: de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt deze controle te rekenen tot ambtshalve toetsing, terwijl de Centrale Raad van Beroep in het kader van de plicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden nagaat of zij zijn vervuld. Hoewel per saldo de beide benaderingen geen verschil maken, want zij leiden beide tot ambtshalve controle van wettelijke toepassingsvoorwaarden, zijn de redenen daarvoor wel principieel verschillend. De benadering van ambtshalve toetsing stelt het partijontstijgende belang van de betrokken voorschriften voorop, terwijl de benadering van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden ervan uitgaat dat de aangevoerde beroepsgronden een dergelijke ambtshalve controle meebrengen. In dat geval staat de ambtshalve controle van het voldaan zijn aan een toepassingsvoorwaarde in het teken van het beantwoorden van een logische of prealabele voorvraag.

Aan rechtsnormen van procedurele en inhoudelijke aard wordt niet ambtshalve getoetst. Veelal wordt de reden daarvan in rechtspraak overigens niet uitgelegd, maar wordt enkel geconstateerd dat de betrokken bepaling niet van openbare orde is. Soms wordt verwezen naar de strekking van een voorschrift: strekt deze ter uitsluitende bescherming van een bijzonder belang van een belanghebbende, dan dient de door die bepaling beschermde belanghebbende daarop zelf in rechte een beroep te doen en toetst de bestuursrechter daaraan bijgevolg niet ambtshalve. In de zaak die centraal stond in ABRvS 17 maart 1998, JB 1998/130 oordeelde de Afdeling dat de rechtbank ten onrechte had getoetst aan art. 22, tweede volzin Wet individuele huursubsidie (Wih). De Afdeling overweegt dat deze bepaling ‘uitsluitend strekt ter bescherming van de belangen van degene die tot terugbetaling wordt verplicht’, met als procesrechtelijke gevolg dat dit voor-

³²⁴ Voor deze voorschriften kan evenwel worden gezegd, dat zij de bestuursrechter als normadessaat kennen. De voorschriften zijn tot bestuursorganen en niet tot de rechter gericht.

schrift door de rechter slechts mag worden toegepast 'indien daarop door belanghebbenden een beroep is gedaan, tenzij uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit'. Het ging, voor zover hier relevant, om een procedureel voorschrift met de volgende inhoud: 'Bij de nadere beslissing [van de minister, m.h.] worden mede vastgesteld het bedrag dat betrokkene als gevolg van de nadere vaststelling aan de Staat verschuldigd is en de termijn waarbinnen betaling van het verschuldigde bedrag moet hebben plaatsgevonden'. Uit de artikelsgewijze toelichting op art. 22, tweede volzin is op te maken dat met de hierin opgenomen ministeriële verplichtingen duidelijk wordt gemaakt 'welke beslissing de minister heeft genomen en wat derhalve de gevolgen zijn indien men afziet van Arob-beroep'.³²⁵ Art. 22, tweede volzin strekt er derhalve in het bijzonder toe degene die tot terugbetaling verplicht is, nader te informeren. Daarmee valt het oordeel van de Afdeling te begrijpen, dat deze bepaling, hoewel dwingendrechtelijk van aard, uitsluitend het belang van de indiener van het beroep beoogt te beschermen³²⁶ en dat de belanghebbende dan ook zelf mag bepalen of hij die bescherming wenst in te roepen. Niet het dwingende rechtskarakter, maar de strekking bepaalt derhalve of een rechtsnorm ter vrije beschikking staat.

Het is niet zo dat er veel bestuursrechtelijke voorschriften, of deze nu betrekking hebben op procedure, inhoud, toepassingsvoorwaarde of de juridische bevoegdheidsgrondslag van een te nemen besluit, zijn die een louter tot de bescherming van een bijzonder belang beperkte strekking kennen. Integendeel het is veelal juist zo, dat bestuursrechtelijke rechtsnormen primair het algemeen belang dan wel een algemeen deelbelang beogen te beschermen of te behartigen en niet zijn opgesteld met het doel uitsluitend een of meer bepaalde concrete belangen van een belanghebbende te waarborgen. Ook komt het voor dat bestuursrechtelijke voorschriften een afweging behelst van tegenstrijdige belangen; van een dergelijk voorschrift kan dan niet worden gezegd dat zij uitsluitend bijzonder belang behartigt van een belanghebbende; ook de belangen van anderen zijn bij dat voorschrift betrokken. Dit geldt bijvoorbeeld voor de voorschriften in de Awb op grond waarvan een bestuursorgaan gehouden is – art. 5:24, lid 2 en 5:32a, lid 2 zijn van dwingend recht – een begunstigingstermijn in een handhavingsbesluit vast te stellen. Op het eerste gezicht, zou kunnen worden gesteld dat het hier gaat om een voorschrift dat het bijzondere belang behartigt van de degene die is aangeschreven om een overtreding te beëindigen. Voor hem dient daartoe een redelijke termijn te worden vastgesteld, het gaat om de bescherming van diens bijzondere belang. Niettemin kunnen ook de belangen van derden betrokken zijn bij het vaststellen van een (kortere) begunstigingstermijn. Bovendien geldt ook hier dat het algemeen belang (van het handhaven van rechtsnormen) in het geding is. Het beargumenteren van een verbod van ambts-halve toetsing op de grond dat een voorschrift louter strekt tot bescherming van

³²⁵ Kamerstukken II, 1988/1989, 21 032, nr. 3, p. 13.

³²⁶ Niet helemaal te begrijpen valt evenwel, waarom de bepaling uitsluitend het belang van de belanghebbende burger beoogt te beschermen, omdat het natuurlijk ook in het belang van de minister is om het terug te vorderen bedrag binnen een bepaalde termijn te hebben ontvangen.

een bijzonder belang gaat derhalve niet vaak op, hetgeen ook kan worden afgeleid uit de schaarse rechtspraak die hierover te vinden is.³²⁷

Procedurele en inhoudelijke voorschriften in deelrechtsgebieden waarin slechts twee partijen zijn betrokken, het bestuursorgaan en de geadresseerde van een besluit, zullen naar hun strekking eerder strekken ter bescherming van een bijzonder belang van een belanghebbende, dan die in deelrechtsgebieden, waarin de (tegenstrijdige) belangen van verschillende belanghebbenden zijn betrokken. Toch geldt ook voor de eerstbedoelde deelrechtsgebieden, waaronder het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht, dat bijvoorbeeld inhoudelijke voorschriften met betrekking tot bijvoorbeeld de hoogte of duur van een uitkering de individuele rechtspositie van een belanghebbende betreffen, maar ter behartiging van het algemeen belang zijn vastgesteld. Voor deze voorschriften kan dan ook niet worden gezegd, dat zij strekken ter bescherming van uitsluitend een bijzonder belang van een belanghebbende.

Geconcludeerd wordt dat de huidige rechtspraktijk ambtshalve toetsing van besluiten aan materieelrechtelijke regels weliswaar niet volledig uitsluit, doch dat het materiële bestuursrecht in de regel niet als van openbare orde worden aangemerkt. Verruiming van deze mogelijkheid is het verleden wel bepleit op grond van de principieel-radical opvatting, dat de bestuursrechter nu eenmaal ambtshalve aan dwingend recht dient te toetsen³²⁸, maar ook vanwege de bezorgdheid over het niet juist toepassen van Europees dwingend recht.³²⁹ Ook is betoogd, dat het openbare ordekarakter zich zou moeten uitstrekken over rechtsnormen 'die kwetsbare belangen beschermen of die als structurelement van de rechtsorde moeten worden beschouwd, zoals grondrechten en andere uit democratisch en rechtstatelijk oogpunt essentiële voorschriften, voor het openbare bestuur geldende integriteitsnormen'³³⁰, die strekken tot bescherming van absolute mensenrechten³³¹ of strekken tot de oplegging van punitieve sancties.³³²

Nochtans geldt tegenwoordig in overwegende mate een verbod van ambtshalve toetsing van besluiten aan het materiële bestuursrecht. Dit overwegende verbod

³²⁷ ABRvS 17 maart 1998 JB 1998, 130 en 19 maart 1999, AB 1999, 205.

³²⁸ F.A.M. Stroink heeft zich van meet af en consequent verzet tegen de huidige beperkte opvattingen over de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing. Zie Stroink 1985, p. 14-17, Stroink 1993, p. 6 en Stroink 2004, p. 129-140.

³²⁹ Jans maakt zich vooral zorgen over de niet juiste toepassing van het communautaire recht. Hij stelt dat de oriëntatie op de rechtsbeschermingsfunctie van het Nederlandse procesrecht te ver is doorgeschoten, nu de beperkte mogelijkheid van ambtshalve toetsing door de Nederlandse bestuursrechter meebrengt, dat evident objectief onrechtmatige, met het Europese recht strijdige besluiten in stand moeten blijven, als een belanghebbende schending van een dergelijke regel niet in het geding heeft gebracht. Jans 2005, p. 17. Schlössels en Zijlstra hebben zich bij deze opvatting aangesloten, Schlössels en Zijlstra, 2010, p. 1302.

³³⁰ Schreuder-Vlasblom 1994, p. 54; Schreuder-Vlasblom 2003, p. 200.

³³¹ Schuurmans en Verburg 2012, par. 2.

³³² Albers 2006, p. 143-161; Albers voornoemd in haar noot onder CRvB 31 december 2002, JB 2003, 53.

wordt gerechtvaardigd door de vooropstelling van het bieden van individuele rechtsbescherming als hoofddoel van bestuursrechtspraak onder het Awb-procesrecht. De procesrechtelijke hoofdregel, die bepaalt dat partijen – in het bijzonder de indiener van het beroep – de omvang van het geding dienen te bepalen en daarmee bepalen aan welke materiële rechtsregels de bestuursrechter dient te toetsen, is uit dat primaire doel afgeleid. Uit deze hoofdregel volgt logischerwijs, dat ambtshalve toetsing aan het materiële bestuursrecht uitzondering is en ook dient te zijn. Tegen de logica van de hoofdregel en de daarop geldende uitzondering is op zich weinig in te brengen, maar een cirkelredenering ligt op de loer. Het overwegende verbod van ambtshalve toetsing aan dwingend materieel bestuursrecht wordt immers afgeleid uit een procesrechtelijke regel, die bepaalt dat de bestuursrechter alleen mag toetsen aan een materiële rechtsregel mag, terwijl deze procesrechtelijke regel is afgeleid uit een rechtspraakdoel, dat individuele geschillenbeslechting binnen het bestuursprocesrecht tot uitgangspunt neemt, niettegenstaande het dwingende rechtskarakter van materieel bestuursrecht. In de navolgende hoofdstukken staat de relatie tussen doel van rechtspraak en de karakteristieken van het materiële recht, waaronder de dwingendrechtelijke aard, centraal. In het bijzonder wordt onderzocht hoe doelen van rechtspraak, in het bijzonder het bieden van subjectieve rechtsbescherming, zich verhoudt tot het dwingende rechtskarakter van materieel recht.

Hoofdstuk 3. De legitimering van ambtshalve toetsing onder de voorlopers van de Awb

3.1. Inleiding

Uit de Awb-wetsgeschiedenis op de eerste en tweede tranche kan worden opgemaakt, dat met het procesrecht van de Awb met betrekking tot de omvang van het geding en de mogelijkheid tot ambtshalve toetsing door de bestuursrechter een caesuur is beoogd met het procesrecht, dat gold voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Awb. Deze caesuur is blijkens de Awb-wetsgeschiedenis vooral ingegeven door de verschuiving van doelstellingen voor bestuursrecht-spraak. Het procesrecht van voor de Awb kende als primair oogmerk van rechtspraak de toetsing van objectieve rechtmatigheid, terwijl volgens de Awb-wetsgeschiedenis is dat niet langer het geval voor het hedendaagse procesrecht. De reden voor deze wijziging in doelstellingen van bestuursrechtspraak is gelegen in een fundamentele wijziging van het materiële bestuursrecht. Wederkerige rechtsbetrekkingen tussen bestuursorgaan en burger hebben de aard van het hedendaagse materiële bestuursrecht doen wijzigen en dat dient te worden weerspiegeld in het Awb-bestuursprocesrecht. In het volgende hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre een dergelijke wijziging in het bestuursprocesrecht kan worden gerechtvaardigd.

In dit hoofdstuk wordt een terugblik verschaft op verschillende procesregelingen die voor de Awb van kracht waren. Het doel daarvan is om te achterhalen hoe de omvang van het rechtsgeding voor de inwerkingtreding van de Awb werd bepaald en welke motieven daarvoor blijkens de juridische daarvoor leidend waren. De historische terugblik beperkt zich tot de meest belangwekkende procesregelingen die voor hedendaagse bestuursprocesrecht hebben gegolden en daarin uiteindelijk ook zijn opgegaan. Het gaat derhalve om de procesregelingen die golden voor het socialezekerheidsrecht (op basis van de Beroepswet, hierna: Bw), het ambtenarenrecht (op basis van de Ambtenarenwet, hierna Aw), het economische bestuursrecht (op basis van Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, hierna: Wet Arbo), het belastingrecht en het overige bestuursrecht (Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, hierna: Wet Arob).

3.2. Motieven ambtshalve toetsing onder de eerste bestuursrechtelijke procesregelingen

3.2.1. Doel van rechtspraak en omvang van het geding volgens de Staatscommissie-Kappeyne van de Copello (1894)

De grondwetsherziening in 1887 voorzag, en dat was voor het eerst, in de invoering van administratieve rechtspraak. De periode nadien was niet alleen van doorslaggevende betekenis voor bestuursrechtelijke geschillenbeslechting, maar evenzeer voor een samenhangende visie op het bestuursrecht in het algemeen, in

het bijzonder ter onderscheiding van het privaatrecht.³³³ Naar aanleiding van het in de Gw mogelijk maken van administratieve rechtspraak, is door de Staatscommissie-Kappeyne van de Copello in 1894 een voorstel gedaan voor een algemene regeling van administratieve rechtspraak. Er bestond indertijd evenwel grote verdeeldheid over de invoering van administratieve rechtspraak, ook in het parlement.³³⁴ Dit heeft er (mede) toe geleid, dat de door de Staatscommissie voorgestelde regeling niet tot wetgeving heeft geleid.³³⁵ Dit neemt niet weg, dat deze voorgestelde regeling is te beschouwen als een eerste, alomvattende poging tot algemene administratieve rechtspraak. Zij is ook een belangrijke aanzet geweest voor het denken over het algemene bestuursrecht en de bijpassende vormen van rechtspraak. Dit blijkt in de eerste plaats uit de aanmerkelijke invloed die deze voorgestelde regeling heeft gehad op de totstandkoming van de Bw van 1902.³³⁶ Dit was de eerste procesrechtelijke wet die voorzag in administratief-rechtelijke rechtsbescherming. De Bw, op zijn beurt, heeft weer een belangwekkende invloed gehad op de nadien totstandgekomen administratieve procesregelingen, te weten de Aw 1929 en de Wet Arbo 1955. Het is om deze redenen dat, hoewel deze nimmer van kracht werd, hier eerst de aandacht uitgaat naar de door de Staatscommissie voorgestelde regeling voor administratieve rechtspraak.

Volgens de Staatscommissie moest beroep worden opengesteld tegen zowel ‘beschikkingen, handelingen of verzuimen van eenig openbaar bestuur of ambtenaar’³³⁷, althans voorzover een volgens de wet of verordening toekomend *recht* was geschonden of daaruit volgende plicht werd opgelegd.³³⁸ Schending van instructienormen impliceerden vrijheid van handelen van de administratie. Om die reden dienden instructienormen door de administratieve rechter te worden geëerbiedigd en mochten zij in het geheel niet voor rechterlijke beoordeling in aanmerking komen, aldus de Staatscommissie.³³⁹ De Staatscommissie achtte

³³³ Van der Hoeven 1989, p. 107.

³³⁴ De vrees bestond dat invoering van (administratieve) rechtspraak ter bescherming van individueel onrecht door overheidsoptreden bij rechterlijke toetsing van rechtsregels, waarachter grote - de openbare orde of het algemeen welzijn rakende - belangen schuilgingen, zich niet zou beperken tot louter rechtmatigheidscontrole, maar de noodzakelijk geachte beslissingsvrijheid van de uitvoerende macht zou beknotten, Van der Hoeven 1989, p. 86. Vooral in de decennia rond de eeuwwisseling was de aandacht vrijwel uitsluitend geconcentreerd op dit ‘vraagstuk der administratieve rechtspraak’.

³³⁵ Volgens Kruseman was het mislukken te wijten aan de geïsoleerde positie van de Commissie; zij had te weinig contacten met wetenschap en departementen. Kruseman 1938.

³³⁶ Zie Bijlagen Handelingen II, zitting 1900-1901, nr. 236, nrs. 2 en 3.

³³⁷ De rechtsmacht van het hooggerechtshof moest naar het oordeel van de staatscommissie worden bepaald door het ‘fundamentum petendi’ en niet door het petitum, zoals tot dan toe in burgerlijke rechtspraak werd aangenomen, waarvan de grondwettigheid werd indertijd betwijfeld. Zie Van der Burg 1981, p. 342-343.

³³⁸ Art. 14 Ontwerp

³³⁹ Art. 14, tweede volzin Ontwerp; Verslag Staatscommissie – Kappeyne van de Copello, ‘s Gravenhage 1894, p. 10. Het gemaakte onderscheid kwam neer op het hedendaagse onderscheid tussen rechtmatigheid en doelmatigheid, aldus De Jong 1988, p. 195. Omdat het onder-

het bestuur ('de administratie') als behartiger van één van de conflicterende belangen, mede vanwege haar 'geestesrichting', te zeer gericht op het dienen van het gemeenschapsbelang en te weinig op het eerbiedigen en verzekeren van het recht van bijzondere personen. Daarom was het bestuur niet geschikt voor de behandeling van het beroep. Ook de controle door de volksvertegenwoordiging van de uitvoerende macht werd door de Staatscommissie ongeschikt geacht voor de berechting van geschillen.³⁴⁰ Om deze redenen zou de behandeling van het beroep moeten worden opgedragen aan een speciaal daarvoor op te richten administratieve rechter, het administratief hooggerechtshof te Utrecht.³⁴¹ Het opdragen van de berechting van publiekrechtelijke geschillen aan de gewone rechter werd afgewezen, omdat volgens de Staatscommissie de procedure in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering te omslachtig was en voor de burger te kostbaar. Deze zou daardoor mogelijk worden weerhouden van het instellen van beroep.

Uit de ontwerpregeling kan worden afgeleid dat de Staatscommissie het hooggerechtshof vele bevoegdheden tot het doen van onderzoek naar de juistheid en volledigheid van de relevante feiten had toebedacht. Deze hadden onder meer betrekking op het inwinnen van schriftelijke inlichtingen, het horen van getuigen, voorlichting door deskundigen, plaatsopneming, de inschakeling van een raadsheer-commissaris voor onderzoek naar boeken of archief. Uit het gegeven dat vrijwel al deze bevoegdheden door het hooggerechtshof ook ambtshalve mochten worden aangewend, blijkt dat de Staatscommissie een zeer bedrijvige rechter voor ogen stond. Deze bedrijvigheid werd in de toelichting op de voorgestelde regeling door de staatscommissie ook sterk benadrukt door als doel van de administratieve rechtspraak te omschrijven: 'De verzekering dat de administratie werkelijk de wettelijke voorschriften zal in acht nemen, welke hare bevoegdheid omschrijven'. Het hooggerechtshof mocht geen lijdelijke houding aannemen, juist vanwege de betrokkenheid van de 'publieke orde' en de 'betrokkenheid van het algemeen belang bij juiste beslissingen'.³⁴² Om deze redenen mochten eenmaal bij de rechter aangebrachte zaken ook niet worden ingetrokken, zelfs niet na overlijden van de belanghebbende.³⁴³ Het geding zou een aanvang moeten nemen door het indienen van een klaagschrift, waaraan nogal precieze inhoudelijke eisen werden gesteld. Niettemin had het klaagschrift volgens de artikelsgewijze toelichting op art. 26 van de ontwerpregeling enkel de functie van 'leidraad voor partijen', waarmee voorkomen moest worden, dat de

scheid tussen beide typen van normen nogal lastig te maken was, werd voorzien in een opsomming van rechtsgeschillen in een aparte wettelijke regeling.

³⁴⁰ Hoewel het volgens de staatscommissie er niet om ging of aan een dergelijke regeling van administratieve rechtspraak behoefte werd gevoeld, maar vooral hoe deze regeling er uit zou moeten zien, werd beider ongeschiktheid nogeens benadrukt, Verslag Staatscommissie – Kappeyne van de Copello, 's- Gravenhage 1894, p. 2 en p. 3.

³⁴¹ Verslag Staatscommissie – Kappeyne van de Copello, 's- Gravenhage 1894, p. 4-7.

³⁴² Verslag Staatscommissie – Kappeyne van de Copello, 's- Gravenhage 1894, p. 13.

³⁴³ Art. 34 van de ontwerpregeling.

rechter met ‘onbegrijpelijke of onvolledige schrifturen’ lastig zou worden gevallen. Dat het hooggerechtshof daadwerkelijk aan de inhoud van het klaagschrift noch aan het verweerschrift gebonden werd geacht, valt af te leiden uit art. 16 van de ontwerpregeling. Het hooggerechtshof was bij ‘het onderzoek en de uitspraak het administratief gerechtshof aan de beweringen en conclusiën van de partijen niet anders gebonden dan dat het daarover uitdrukkelijk uitspraak doet.’ In de toelichting op deze bepaling werd weliswaar opgemerkt, dat enkel op vordering van de klager recht mocht worden gedaan, maar dat ‘het hooggerechtshof voor het overige volledig vrij is, omdat alles van publieke orde is.’

3.2.2. Opvattingen in de literatuur van rond de eeuwwisseling over het doel van administratieve rechtspraak en de omvang van het geding

Administratieve rechtspraak had in de voorstelling van de Staatscommissie tot doel om een volledige controle uit te oefenen of de administratie in overeenstemming met de aan haar gestelde wettelijke regels handelde.³⁴⁴ Deze visie op de functie van rechtspraak – pas later geduid als de ‘toezichtsfunctie van rechtspraak’ – vond aan het begin van de 20^e eeuw in de literatuur veel bijval. In dit verband kan J. Th. Buys, als vooraanstaand en invloedrijk lid van de Staatscommissie, niet onvermeld blijven. Buys maakte zich in de tweede helft van de 19^e eeuw sterk voor rechterlijke controle op het handelen door de administratie.³⁴⁵ Omdat van de administratie een directe vooringenomenheid viel te vrezen, dienden volgens hem administratiefrechtelijke geschillen door een rechter te worden berecht. Op grond van het beginsel van de rechtsstaat (‘de heerschappij van de wet’) was de functie van de wet tweeledig: enerzijds een begrenzing van de bevoegdheden van de uitvoerende macht, anderzijds de toekenning van rechten en plichten van burgers tegenover de uitvoerende macht. De niet-lijdelijke rol van de rechter was gelegen in het rechtskarakter van het te beoordelen en toe te passen recht, dat afkomstig was de Staat. Dit bracht volgens Buys mee dat de gewone rechter als bevoegde rechter afviel en dat de administratieve rechter zich steeds moest afvragen of de hem voorgelegde vraag wel de juiste was. De Staat mocht geen schade lijden door een gebrekkige of onvolledige voorstelling van feiten.³⁴⁶ De administratieve rechter kon overigens volgens Buys, en dat is (ook) terug te vinden in het voorstel van de Staatscommissie, echter alleen maar op de Grondwet en wet gebaseerde rechten en plichten bewaken. Indien de (Grond)wet de beslissingsbevoegdheid van de administratie niet regelde, was de vrijheid van de administratie volgens Buys onaantastbaar. De wijze waarop de uitvoerende macht het algemeen belang behartigde, was volgens Buys een doelmatigheidskwestie, waarover de uitvoerende macht uitsluitend verantwoording was verschuldigd tegenover de volksvertegenwoordiging.³⁴⁷

³⁴⁴ In de woorden van Krabbe 1901, p. 6.

³⁴⁵ In verscheidene geschriften heeft Buys daarvoor een lans gebroken, Buys 1883-1888 en Buys 1891, zie voorts de Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 1891, p. 65 e.v.

³⁴⁶ Buys 1891, p. 73-74.

³⁴⁷ Buys 1891, p. 88 e.v.

Andere auteurs uit deze periode, zoals J.A. Loeff, J.B. Kan en J.A. Levy kenden eveneens, zij het op grond van eigen argumenten, de administratieve rechtspraak de bevoegdheid (plicht) toe van het handhaven van het objectieve administratieve recht. Loeff, Kan noch Levy aanvaardden evenwel een beperking van deze rechterlijke controle tot alleen publiekrechtelijke rechten en plichten van de burger. Volgens Loeff ging ieder administratiefrechterlijk proces over de inbreuk die de staatsdienaar (als een orgaan van de staat) heeft gemaakt op het publieke recht van de staat. Om die reden diende de administratieve rechter – zo nodig ambtshalve – iedere schending van het objectieve recht te beoordelen. Het onderscheid tussen waarborgnormen en instructienormen was daarvoor volgens hem geenszins relevant.³⁴⁸ Ook Levy wees dit onderscheid af, omdat volgens hem de onderworpenheid van de staat aan het recht niet alleen een gebondenheid aan de wet impliceerde, maar daarin evenzeer het nastreven van rechtvaardigheid lag besloten. Levy zag in het openstellen van administratieve rechtspraak tegen elk onwettig overheidshandelen juist een staatsplicht, ook ter zake van schending van particuliere belangen.³⁴⁹ Kan zag de administratieve rechtspraak vooral als middel om het objectieve administratieve recht, als van een hogere orde dan het privaatrecht, zuiver te bewaren.³⁵⁰ Hij wilde om die reden bij de regeling van de administratieve rechtspraak ‘de rechten, belangen of aanspraken van het individu’ buiten beschouwing laten.³⁵¹ Volgens Kan had de administratieve rechtspraak niet de bescherming van het individu tot hoofdtaak, maar diende het initiatief tot het inroepen van een rechterlijk oordeel wel bij hem te liggen omdat juist hij de grootste behoefte had aan bescherming tegen overheidsop treden.³⁵²

Ook tijdgenoot Krabbe was een fel pleitbezorger van administratieve rechtspraak.³⁵³ Krabbe zag evenmin heil in een onderscheid tussen administratieve rechtsnormen die wel en die niet als grondslag konden dienen voor administratieve rechtspraak.³⁵⁴ Met betrekking tot de omvang van de rechterlijke toetsing achtte Krabbe de op de ideeën van Von Gneist gebaseerde gedachte dat administratieve rechtspraak zou dienen ter handhaving van het objectieve recht evenwel onhoudbaar. Een dergelijke objectieve rechtsopvatting dwong volgens Krabbe tot het in het leven roepen van ‘kunstmatige twistgedingen’, waarbij het belang van de burger bij die rechtshandhaving geheel in dienst gesteld wordt van die handhaving zelf. Krabbe sprak in dit verband over een ‘stelsel ter handhaving van de wet, omwille van de wet’.³⁵⁵ Als bezwaar daartegen voerde Krabbe

³⁴⁸ Loeff 1887, p. 94.

³⁴⁹ Levy 1886, 18.

³⁵⁰ Kan 1897, p. 319.

³⁵¹ Kan 1887, p. 349 en p. 365.

³⁵² Kan 1887, p. 367.

³⁵³ Volgens Krabbe zijn tegenstanders van administratieve rechtspraak aanhanger van de leer van de Politie Staat, waarin het optreden van de Staat zelf geen wettelijke grondslag nodig heeft, omdat hogere belangen die grondslag zouden geven, Krabbe 1901, p. 85.

³⁵⁴ Krabbe 1901, p. 102-103. Krabbe verzette zich dan ook tegen het onderscheid tussen waarborgnormen en instructienormen.

³⁵⁵ Krabbe 1901, p. 17.

aan dat de wet vaak te ver van het recht afstond, omdat deze – op het moment dat zij door de rechter getoetst moest worden – veelal niet meer de weergave was van de rechtsovertuiging van dat moment.³⁵⁶ Volgens Krabbe gold de wet als ‘een gebrekkig, onvolkomen product van menselijke wijsheid en stond ‘het wezenlijk geldende recht dat wij eerbiedigen en dat in de rechtspraak wordt toegepast, dikwijls mijlen ver af van de wet. Dit is een noodzakelijk gevolg van onze wijze van rechtsvorming.’³⁵⁷ Vanwege deze bescheiden plaats van de wet binnen de rechtsorde, zag Krabbe niet in waarom objectieve rechtmatigheidscontrole zou kunnen worden bereikt door middel van rechterlijke controle. Door Krabbe werd daarom een stelsel bepleit, waarin de bescherming van de rechten van belanghebbenden centraal zijn gesteld.³⁵⁸ Rechtspraak betrof naar de mening van Krabbe een beslissing over een rechtsstrijd over een onzekere rechtsverhouding. De taak van de rechter zou daartoe beperkt dienen te blijven, omdat juist in de vaststelling van een onzekere rechtsverhouding het wezen ligt van de rechtspraak.³⁵⁹

3.2.3. Doel van rechtspraak en omvang van het geding onder de Beroepswet 1902

De Bw is de eerste bestuursprocesrechtelijke wet die het licht zag. Het was onder meer J.A. Loeff, als minister van Justitie, die het ontwerp van wet dat uiteindelijk in werking is getreden, te weten de Beroepswet 1902, heeft ingediend. Deze wet betrof grotendeels een aangepaste versie van een wetsontwerp, dat daarvoor onder verantwoordelijkheid van de ministers Cort van der Linden en Lely was ingediend. Dit wetsontwerp is door het aftreden van het kabinet-Pierson (1897-1901) nimmer in werking getreden.³⁶⁰ In het eerste ontwerp van de Beroepswet werd in vele opzichten een verband gelegd met de door de Staatscommissie-Kappeyne van de Copello voorgestelde algemene regeling voor administratieve rechtspraak.³⁶¹ Uit de Ongevallenwet, in het bijzonder de artikelen 79, 80 jo. art. 71 en hetgeen in de Memorie van Toelichting daarover werd opgemerkt, bleek dat de rechtsbescherming uitsluitend werd opengesteld tegen (subjectieve) rechten.³⁶²

De verantwoordelijke ministers van het daarop volgende kabinet, Loeff en zijn collega van Binnenlandse Zaken Kuyper, wensten – anders dan hun

³⁵⁶ Krabbe 1901, p. 14.

³⁵⁷ Krabbe 1901, p. 9-11 en p. 15.

³⁵⁸ Krabbe 1901, p. 4-5.

³⁵⁹ Krabbe 1901, p. 43.

³⁶⁰ Bijlagen Handelingen II, zitting 1900-1901, nr. 236.

³⁶¹ Bijlagen Handelingen II, zitting 1900-1901, nr. 236, nrs. 2 en 3.

³⁶² De Jong leidde daaruit af dat de indieners van het oorspronkelijke ontwerp van de Beroepswet, gelijk de Staatscommissie, een ‘contentieux subjectif’ voor ogen stond, De Jong 1988, p. 224 en p. 297. Tegelijkertijd kan echter niet worden ontkend, dat juist deze en de door de staatscommissie voorgestelde regeling met betrekking tot het doel van rechtspraak en de omvang van de rechterlijke toetsing zeer stevige trekken vertoonde van een ‘recours objectif’.

voorgangers – met de Bw niet vooruit te lopen op een algemene regeling voor administratieve rechtspraak. De voorschriften van de Bw en de sociale zekerheidsgeschillen die uit de Ongevallenwet voortvloeiden, raakten volgens hen een slechts een klein bepaald onderdeel van die algemene regeling voor rechtspraak.³⁶³ De Bw mocht dan ook niet maatgevend zijn voor de invoering van algemene administratieve rechtspraak; over dergelijke wezenlijke vraagstukken mocht niet terloops en ‘zo goed als stilzwijgend’ worden beslist.³⁶⁴ Niettemin was de Bw van grote invloed op de ontwikkelingen van een belangrijk deel van de nadien tot stand gebrachte administratieve rechtspraak.

Op verscheidene plaatsen in de parlementaire geschiedenis van de uiteindelijke Bw³⁶⁵ is terug te vinden dat het primaire doel van de administratieve rechtspraak onder de Bw de waarborging betrof van het objectieve materiële recht volgens de Ongevallenwet. Zo blijkt uit de Memorie van Antwoord dat de beroepsrechter niet lijdelijk mocht zijn, omdat ‘bij deze twistgedingen de handhaving van het publieke recht op den voorgrond treedt’. De rechter diende in deze twistgedingen te komen tot een ‘materieel juist oordeel’.³⁶⁶ De beroepsrechter diende onder de Bw actief op zoek te gaan naar de materiële waarheid en mocht niet, zoals zijn civielrechtelijke collega, genoegen nemen met de – door partijen als zodanig gepresenteerde – formele waarheid. De beroepsrechter werd met het oog daarop de leiding van het geding en de benodigde middelen verschaft.

De overwegingen over (de afwijzing van) verplichte procesvertegenwoordiging gaven eens te meer een bevestiging van het voorgestane doel van de administratieve rechtspraak door de beroepsrechter. Zou tot de invoering van een verplichte procesvertegenwoordiging worden besloten, dan moest volgens de Memorie van Antwoord uit een oogpunt van ‘billijkheid’ de bekostiging daarvan door de staat plaatsvinden, juist omdat zo’n verplichting zou worden opgelegd in het publieke belang, te weten de ‘bevordering eener materieel juiste toepassing van het publieke recht’.³⁶⁷ De noodzaak tot rechtsgeleerde bijstand in rechtsgedingen ontbrak echter volgens de Memorie van Antwoord, omdat onder de beroepsrechter zelf als ‘raadsman’ van de partijen diende op te treden. De rechter diende, zoals de strafrechter, te bevorderen dat ‘alles wordt voortgebracht wat van de zijde van partijen kan dienen om het geschil tot een juiste oplossing te brengen, zonder dat een materieel juiste toepassing van het publieke recht zou dreigen te worden geschaad ten gevolge van formele fouten’.³⁶⁸ De

³⁶³ Nota van Wijziging, Bijlagen Handelingen II, zitting 1900-1901, nr. 3, p. 14-15.

³⁶⁴ Reden waarom bijvoorbeeld de hogere beroepsinstantie niet de naam van ‘Administratief Gerechtshof’ kreeg, maar ‘Centrale Raad van Beroep’.

³⁶⁵ Dat gold overigens ook voor het ingetrokken wetsontwerp.

³⁶⁶ Bijlagen Handelingen II, zitting 1900-1901, MvA, p. 37. Behalve de betrokkenheid van het publieke recht bij deze twistgedingen, werd ook de wenselijkheid van het geven een snelle beslissing, met het oog op de (zwakkere) financiële positie van (althans) één van de partijen in het geding, als reden opgevoerd voor de niet-lijdelijkheid van de rechter onder de Beroepswet.

³⁶⁷ MvA, p. 38.

³⁶⁸ Bijlagen Handelingen I, 1902-1903, stuk 14a.

beroepsrechter diende ongelijkheidscompensatie te bieden met het oog op een juiste toepassing van het materiële recht.

Ten slotte kan met betrekking tot het doel van de rechtspraak onder de Bw worden gewezen op een passage uit de Memorie van Antwoord, waarin met betrekking tot het door een aantal Tweede Kamerleden geuite standpunt dat intrekking van een eenmaal aanhangig gemaakt beroep niet behoort te worden toegelaten³⁶⁹, door de regering wordt opgemerkt, dat in een administratief proces het niet enkel aankomt op het belang van de klager, maar ‘dikwijls in de eerste plaats [om] de juiste uitlegging van de wet’. Niettemin toonde de regering zich op dit punt pragmatisch: in theorie zou het onjuist zijn om intrekking van een ingesteld beroep toe te laten, maar praktische redenen moesten afwijking van dit – wat de in de MvA wordt genoemd – beginsel rechtvaardigen.³⁷⁰

Volgens de indieners van het uiteindelijk tot wet geworden ontwerp bestond er geen ‘genoegzame aanleiding’ om een beschikking van de rijksverzekering-bank op andere punten aan rechterlijke controle te onderwerpen dan waarover tussen de belanghebbenden het geschil was gerezen.³⁷¹ Slechts het door partijen in geding gebrachte ‘onderwerp’ mocht door de beroepsrechter worden beoordeeld. De rechter diende zich te onthouden van een uitspraak over onderwerpen, waarover geen verschil van mening bestond tussen partijen.³⁷² Daarvoor werden drie redenen aangevoerd. Ten eerste zou een onbeperkte herziening door de rechter van een in beroep bestreden beslissing zich niet verdragen met zijn taak om geschillen te beslechten.³⁷³ In de tweede plaats mochten partijen niet door de beslissing van de rechter worden verrast. Ten derde moest overbelasting van de beroepsrechter worden voorkomen; dat zou niet doelmatig zijn en uit een oogpunt van het algemeen belang ongewenst.

Gelet op de wetsgeschiedenis was het ‘onderwerp’ bepalend voor de omvang van het rechtsgeding. Een precieze definitie daarvan werd evenwel in de wettekst noch in de totstandkomingsgeschiedenis gegeven. Wel gaf de Memorie van Antwoord een voorbeeld, waaruit betekenis van ‘onderwerp’ moest worden afgeleid. In geval een werkgever vraagt om een vermindering van het aan zijn onderneming toegekende gevarenpercentage, is, aldus de Memorie van Antwoord, het onderwerp van het geding het gevarenpercentage dat aan die

³⁶⁹ Bijlagen handelingen II, 1901-1902, 78, nr. 5 (Voorlopig Verslag).

³⁷⁰ Handelingen II 1901-1902, 78, nr. 5, p. 52 (MvA, artikelsgewijze toelichting art. 46 en 46a). Niet wordt opgemerkt waarvan dit een beginsel zou zijn, maar aangenomen mag worden dat het een beginsel van administratief procesrecht betreft.

³⁷¹ Handelingen II, zittingsjaar 1901-1902, MvA, p. 48-49. Onder het eerste ontwerp van de Bw, die als gezegd sterke trekken vertoonde van de door de Staatscommissie voorgestelde regeling, werd de rechter alle vrijheid gegeven op controle van de juiste toepassing van het objectieve recht, mits ook tegelijkertijd over het opgeworpen geschilpunt werd beslist.

³⁷² Vgl. de eerste zin van art. 38 van het ontwerp: ‘De uitspraak van den raad van beroep en van den centralen raad betreft de onderwerpen, door de vorderingen der partijen aan hun oordeel onderworpen’. Uiteindelijk is deze bepaling als art. 53 lid 1 in de Beroepswet terechtgekomen.

³⁷³ Dit was, zo bleek hiervoor, ook de opvatting van Krabbe.

onderneming kan worden toegekend. De rechter heeft de bevoegdheid om dit gevarenpercentage hoger of lager stellen, maar over (bijvoorbeeld) de verzekeringsplichtigheid van het in die onderneming uitgeoefend bedrijf mag de rechter geen beslissing geven, indien daarover geen verschil van mening bestaat.³⁷⁴ Binnen het door partijen in geding gebrachte onderwerp diende de rechter de materiële waarheid vast te stellen, waarbij (overigens wel) een reformatio in peius voor mogelijk werd gehouden.³⁷⁵

Niettegenstaande het in de Memorie van Antwoord gegeven voorbeeld, ging de beroepsrechter vrij spoedig na de inwerkingtreding van de Bw over tot een algehele rechtmatigheidscontrole van in beroep bestreden beslissingen. Het meest pregnant kwam dit tot uitdrukking in de uitspraak van de CRvB van 6 november 1906 D 1445. In deze uitspraak bepaalde de CRvB dat, ongeacht de door partijen ingebrachte geschilpunten, de in beroep bestreden beschikking in het geheel aan het rechterlijke oordeel moest worden onderworpen.³⁷⁶ De CRvB was tot deze opvatting gekomen, omdat uit art. 53, eerste lid de bedoeling van de wetgever niet viel af te leiden. De onderwerpen, die door de vorderingen van de partijen aan het oordeel van de beroepsrechter waren onderworpen, werden naar het oordeel van de CRvB, door de aangevochten beschikking in haar geheel gegeven. Sinds deze uitspraak werd door de beroepsrechter consequent de gehele hem voorgelegde beschikking onderzocht, ook ten aanzien van die punten die in beroep niet waren aangevoerd.³⁷⁷ In dezelfde gedachtegang oordeelde de CRvB dat een administratieve beschikking geen uit haar aard onveranderlijk recht schept tussen de administratie en een belanghebbende, tenzij een wettelijk voorschrift dat bepaalt. Daarom werd een uitvoeringsorgaan bevoegd geacht, na eenmaal een beschikking te hebben genomen, met betrekking tot hetzelfde rechtsfeit later een daarvan afwijkende beschikking te nemen.³⁷⁸ Ook achtte de (hogere) beroepsrechter zich geenszins gebonden aan eerdere rechterlijke uitspraken; een bij hem later in beroep bestreden beschikking kon terzake van hetzelfde rechtsfeit leiden tot een nieuw onderzoek naar de rechten van betrokkene.³⁷⁹ Deze rechtspraak heeft voortgeduurd tot de wijziging van de Beroepswet, meer dan een halve eeuw later.

³⁷⁴ Bijlagen Handelingen II 1901-1902, nr.5 p. 48-49. Het voorbeeld is hier integraal opgenomen, omdat de CRvB zoals hierna nog zal blijken, juist in een zaak waarin de problematiek van de verzekeringsplichtigheid speelde, is afgeweken van de MvA.

³⁷⁵ Vgl. de tweede zin van art. 38 van het ontwerp: 'Bij de uitspraak kan de beslissing van het bestuur van de rijksverzekeringsbank gewijzigd worden, ook ten nadele van degene die daartegen in beroep is gekomen'.

³⁷⁶ Rechtspraak der Ongevallenverzekering, onder redactie van W.H.M. Werker, 101 (1967); Leons' Rechtspraak, derde druk, deel IV, afl. 1, vierde supplement, blz. 280).

³⁷⁷ Bijvoorbeeld CRvB 28 september 1939 ZW 39/95; AB 39, p. 1173; CRvB 1 juli 1916 AB 1916, p. 391 en ook CRvB 14 november 1939 O.W. 39/512, AB 40, p. 109 (deze rechtspraak is ontleend aan Schoonenberg en Vleesch Dubois 1957).

³⁷⁸ CRvB 31 mei 1910; C.O. VII, p. 112 en CRvB 22 juni 1904; C.O.I p. 566.

³⁷⁹ CRvB 18 juli 1939; O.W. 39/328, AB 39, p. 952; zie voorts Schoonenberg en Vleesch Dubois 1957, p. 250.

3.2.4. Doel van rechtspraak en de omvang van het geding Ontwerpen Loeff (1905-1937)

Vooropgesteld wordt, dat de Ontwerpen Loeff niet hebben geleid tot invoering van een algemene administratieve rechtsbeschermingswet. De tegenstand binnen en buiten het parlement was daarvoor te groot.³⁸⁰ Vanwege de kabinetswisseling heeft Loeff zijn ontwerpen ook niet zelf in het parlement kunnen verdedigen. Zijn opvolger Regout was van plan de ontwerpen geleidelijk aan voor het gehele administratieve recht in te voeren³⁸¹, maar dit werd door diens opvolger tegengehouden, overigens niet om principiële redenen.³⁸² De ontwerpen werden uiteindelijk in 1937 ingetrokken, maar daarmee is niet gezegd dat zij voor de geschiedenis van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming zonder betekenis zijn geweest. Dat belang is er, in negatieve zin uitgedrukt, doordat de uitgebreidheid van de opzet en de omvang er mede toe heeft bijgedragen dat de ontwikkeling van administratieve rechtspraak in ons land werd vertraagd.³⁸³ In positieve zin hebben de Ontwerpen juist een bijdrage geleverd aan deze ontwikkeling, omdat veel van het aan de ontwerpen ten grondslag liggende gedachtegoed is terug te vinden in de Wet Arob en de Awb.

In de toelichting op de Ontwerpen is ruime aandacht besteed, meer dan in de wetsgeschiedenis op alle nadien totstandgekomen procesregelingen, aan een doctrinaire onderbouwing van het doel van administratieve rechtspraak en de gevolgen daarvan voor de omvang van het geding. Juist ook om deze reden gaat hieronder, hoewel zij niet inwerking is getreden, naar deze procesregeling aandacht uit.

Het tweede ontwerp van wet, het Wetboek van administratieve rechtsvordering (hierna: het Ontwerp), bestond uit een drietal boeken met algemene bepalingen,

³⁸⁰ De Raad van State had de Koningin geadviseerd de wetsontwerpen niet naar de Tweede Kamer te zenden. De kritiek richtte zich vooral op de aanname dat administratiefrechtelijke normen rechtsnormen waren. Volgens de Raad van State waren normen in het administratieve recht instructienormen gericht tot de administratie om beleid te voeren, en geen rechtswaarborgen voor burgers. Er was geen sprake van recht in eigenlijke zin, volgens de Raad van State, welk advies is opgenomen in de Kamerstukken 1905/1906, nr. 63.

³⁸¹ Blijkens de brief van zijn opvolger B. Ort d.d. 8 december 1914 was Regout van zins om de ontwerpen in te voeren. Daartoe had hij reeds een drietal invoeringswetten ontworpen. Deze zouden een beperkt terrein van de administratieve rechtspraak beslaan, te weten de ongevallenverzekering, de belastingen, de militia, de pensioenen ed. Uiteindelijk zou bij een latere invoeringswet de functie van de administratieve rechter op het gehele terrein van administratieve rechtspraak worden uitgeoefend.

³⁸² Minister van Justitie Ort vond dat het zover nog niet was gekomen, want een regeling over de overheidsaansprakelijkheid (schadevergoedingsrecht) ontbrak nog. Hetzelfde gold volgens hem voor de regeling van de rechterlijke organisatie. Een derde kwestie betrof het vrije oordeel van de administratie, onzekerheid daarover moest in verschillende wettelijke regelingen nog worden weggenomen. Bijlagen handelingen Tweede Kamer Zitting 1914-1915, no. 47. 1 (Verslag)

³⁸³ Van der Hoeven 1989, p. 125.

te weten bepalingen over het geding in eerste aanleg en bepalingen over gewone en buitengewone rechtsmiddelen. Het tweede Boek van het Ontwerp gaf regels over het rechtsgeding in eerste aanleg en maakte onderscheid tussen beroep bij de arrondissementsrechtbank tegen besluiten, handelingen of weigeringen van administratieve organen en het beroep op gerechtshoven tegen besluiten in administratief beroep genomen.³⁸⁴ Het Ontwerp werd voorzien van een uitgebreide Memorie van Toelichting van de hand van Loeff.³⁸⁵ Volgens deze Memorie van Toelichting zou het ontbreken van rechterlijke controle betekenen, dat de overheid zelf mag beoordelen of en hoe zij verplicht zou zijn om iets te doen of niet te doen. Een dergelijke ‘eigenrichting’ zou niet stroken met de naar gerechtigheid strevende overheid. Administratieve rechtspraak diende derhalve te worden opengesteld jegens een overheid, die haar publieke plicht zou verzaken door ofwel zonder bevoegdheid op te treden of wel in strijd met de regels van die bevoegdheid zou optreden en daardoor het publiekrecht zou schenden.³⁸⁶ Voorts werd in de Memorie van Toelichting gesteld, dat publiekrecht gold als objectief recht, waarin geen plaats is voor rechten en aanspraken van burgers; publiekrecht kende alleen plichten van de staat, geen rechten van een individu.³⁸⁷ Anders dan Buys³⁸⁸, Vos³⁸⁹, de Staatscommissie van 1883 tot herziening der Grondwet, de Staatscommissie-Kappeyne van de Copello én de Bw als uitgangspunt hanteerden, werd het bestaan van publiekrechtelijke, subjectieve rechten of plichten jegens de overheid in het Ontwerp niet erkend.³⁹⁰ Niet alleen vanuit een dogmatisch materieelrechtelijk perspectief werd de idee van publiekrechtelijke subjectieve rechten als grondslag voor rechterlijke controle verwor-

³⁸⁴ Bijlagen Handelingen II 1904-1905, 139, nr. 2.

³⁸⁵ Bijlagen Handelingen II 1904-1905, 139, nr. 3 (MvT).

³⁸⁶ Bijlagen handelingen II 1904-1905, 139, nr. 3, p. 24 (MvT).

³⁸⁷ In de Memorie van Antwoord werd door de regering benadrukt dat ook onderdanen afdwingbare rechten kunnen hebben tegen de overheid, maar dan niet zoals in het civiele recht, waarin pas na tussenkomst van de rechter deze rechten kunnen worden afgedwongen. De regering betwistte enkel dat de overheid, gelijk een particulier die een privaatrecht wil handhaven, zich noodwendig vooraf tot de rechter dient te wenden: de uitoefening van overheidsrechten veronderstelt niet evenals die van de private rechten dat de overheid de medewerking nodig heeft van een oppermachtige onzijdige derde. De overheid staat boven de onderdaan en kan zich om die reden zelf helpen. De aard van de overheidstaak brengt nu eenmaal met zich mee dat zij vaak onverwijld moet worden vervuld’. Bijlagen Handelingen II, zitting 1914-1915 nr. MvA, p. 10-11.

³⁸⁸ Buys 1883-1887, p. 291 e.v.

³⁸⁹ Vos 1886, p. 1-80.

³⁹⁰ Nota bene. Rechtsbescherming onder de Beroepswet is opengesteld met betrekking tot rechten (aanspraken) voor burgers en plichten voor bedrijven. Deze ‘subjectieve rechten’ werden ontleend aan het objectieve recht van de Ongevallenwet. Het ogenschijnlijke omgaan van Loeff, als mede-indiener van de Beroepswet, was gelegen in het feit dat de Ongevallenwet reeds van kracht was op het moment dat Loeff als minister aantrad. In deze Ongevallenwet was al voorzien in de toekenning van rechten en plichten, terwijl Loeff vervolgens voor de taak stond om ingevolge de opdracht van art. 75 van deze wet te voorzien in administratieve rechtspraak

pen³⁹¹, maar ook vanuit een rechtsbeschermingsmotief. Door het ontbreken van een algemene publiekrechtelijke regel op grond waarvan handelen in strijd met de wet voor de benadeelde een subjectieve aanspraak op herstel laat ontstaan³⁹², ontbrak het in het publiekrecht aan een rechthebbende in geval de overheid in strijd met de wet handelt. Administratieve rechtspraak op die leest geschoeid, zou om die reden onvoldoende waarborgen kunnen bieden tegen administratief onrecht.³⁹³ Volgens de Memorie van Antwoord bood het wetsontwerp veel meer rechtsbescherming dan de theorie van subjectieve rechten ooit zou kunnen geven, omdat daarin de door de wet beschermde belangen tot subjectieve rechten zijn verheven. In plaats van de omvang van de administratieve rechtspraak te laten bepalen door subjectieve publieke rechten, werd door de omvang van de administratieve rechtspraak door het zogenaamde subjectieve publieke recht bepaald.³⁹⁴

Administratieve rechtspraak had volgens het Ontwerp de beweerde schending van een regel van objectief recht als object en werd ook beschouwd als een middel tot handhaving van het objectieve recht.³⁹⁵ Om die reden diende de rechter volgens het Ontwerp ook de leider ('meester') van het geding te zijn. Hij zou er voor moeten zorgdragen, dat er alles aan wordt gedaan om zo spoedig mogelijk een uitspraak te doen. Om die reden was de rechter ook gehouden voor

³⁹¹ '[E]igenlijke rechten, bevoegdheden, waarvan eerbiediging kan worden afgedwongen, kan niemand tegen de overheid als zodanig bezitten.' Bijlagen Handelingen II, zitting 1904-1905, 159, nr.3, p. 24. Vgl. Loeffs proefschrift uit 1887, in het bijzonder p. 58-59 en p.74-75: de overheid geniet de hoogste macht binnen de staat en niemand kan rechten of bevoegdheden ten opzichte van de overheid als zodanig bezitten. De burger heeft geen subjectief recht ten opzichte van de staat, omdat er vanwege de soevereiniteit van de staat geen plicht van de staat tegenover onderdanen kan bestaan.

³⁹² Die wel bestaat in het privaatrecht. In de burgerlijke wet is volgens de Memorie van Toelichting derhalve wel steeds een subjectief-rechthebbende aanwezig. Opvallend was dat Loeff in de door hem opgestelde MvT de aanwezigheid van een subjectief publiekrecht niet uitsloot, zoals wel in zijn proefschrift. In het geval van een schadevergoedingsplicht door de overheid aan de burger, achtte Loeff een dergelijk subjectief recht wel aanwezig: '[I]n zulke gevallen kan de rechterlijke controle op et administratief onrecht op de weigering der Overheid hare verplichting tot betaling vervullen, ongetwijfeld als handhaving van subjectieve aanspraken geconstrueerd worden.', MvT, p. 31.

³⁹³ MvT, p. 31. In de MvA werd opgemerkt dat waar administratieve rechtspraak afhankelijk zou worden gesteld van schending van subjectieve publieke rechten, de administratie een gemakkelijk verdedigingsmiddel zou hebben dat het geschonden belang geen daadwerkelijk subjectief recht is. Subjectieve rechten zijn te vaag en belanghebbenden zouden dan te horen krijgen van de rechter dat weliswaar belangen zijn geschonden, maar dat zij geen subjectieve rechten betreffen, MvA, p.41.

³⁹⁴ Bijlagen Handelingen II, zitting 1914-1915, p. 11.

³⁹⁵ Dit wordt op verscheidene plaatsen in de Memorie van Toelichting benadrukt, onder anderen ook weer op p. 35. Reeds eerder stelde Loeff zulks in zijn dissertatie, J.A. Loeff 1887, p. 107. Krabbe was een voornaam tegenstander van de toekenning van dit doel aan administratieve rechtspraak, Krabbe 1901, p.16. In zijn ogen trad de rechter slechts op ter beslissing van een rechtsstrijd.

de bewijsvoering te zorgen³⁹⁶; dat partijen niet ter zitting verschijnen of afstand doen van hun klacht was daarvoor zonder betekenis.³⁹⁷

Teneinde de doelstelling van administratieve rechtspraak te kunnen bereiken, diende de rechter een ‘volle instantie’ te zijn. Daarmee werd bedoeld, dat de rechter zowel de door de overheid gegeven interpretatie van de wet, maar ook de door de overheid verzamelde feiten zelfstandig zou moeten kunnen onderzoeken. Zou het de rechter niet zijn toegestaan zelfstandig de feiten te onderzoeken, dan zou blijkens de Memorie van Toelichting de overheid door een verkeerde voorstelling van zaken de wet kunnen schenden.³⁹⁸

Volgens het wetsontwerp van Loeff was er geen enkele reden voor de rechter om uit eigen beweging tot controle over te gaan. De rechter was voor het kunnen berechten van een geschil afhankelijk van een klacht door een ‘naastbetrokkene’.³⁹⁹ Uitdrukkelijk werd in de Memorie van Toelichting opgemerkt, dat hoewel de rechter ongetwijfeld in staat was om zelf de wettigheid van overheidshandelingen te controleren, het uit een oogpunt van vertrouwen in de rechtspraak van belang was om belanghebbenden gelegenheid te verschaffen hun standpunten voor de rechter uiteen te zetten, omdat door hen de uitspraak het meest werd gevoeld.⁴⁰⁰ Zodra evenwel het proces was begonnen, was de rechter de meester van het geding; belanghebbenden konden dan geen invloed op het verloop van het proces uitoefenen. Daarnaast mocht het ‘verzoek tot tussenkomst’ van de rechter niet algemeen zijn: de rechter diende in ieder geval te weten ‘welke machtsuitoefening van hem verlangd’ werd: ‘de verzoeker zal derhalve den omvang van ’s rechters werkzaamheid moeten bepalen’.⁴⁰¹ Het klaagschrift diende daarom de gronden van het beroep te bevatten (art. 88 Ontwerp). De enige beroepsgrond die daarvoor in aanmerking kwam, was vermeld in art. 84: ‘schennis van publiekrechtelijke wetten of wettelijke voorschriften’. Van een vordering, waaraan de rechter, zoals in het burgerlijk procesrecht, gebonden was, mocht evenwel gelet op de bijzondere aard van het publiekrecht

³⁹⁶ Art. 100vv en art. 120vv Ontwerp.

³⁹⁷ Art. 166 Ontw.

³⁹⁸ MvT p. 28. Vlg. afd. 1-9, Titel 3 B II, art. 84, 100vv, 120 vv, 169 vv 188 Ontwerp.

³⁹⁹ Vanuit de Tweede Kamer bestond hierop kritiek en werd gevraagd waarom in het wetsontwerp niet was voorzien in een openbaar ministerie. Blijkens de MvA mocht volledige rechtsbescherming echter niet zo worden opgevat, dat er een automatische bescherming tegen onrecht zou bestaan. Daar zou het volgens de MvA wel heen gaan als een openbaar ministerie de belanghebbende de zorg voor eerbiediging van zijn recht uit handen zou nemen. In de MvA werd door de opvolger van Loeff naar aanleiding van kritiek uit de Tweede Kamer erkend, dat een rechterlijke controle op de uitvoering van de wet, anders dan de handhaving van subjectieve rechten, ambtshalve beoordeling van de rechter zou vergen. Bestreden werd echter dat de rechter in alle gevallen ambtshalve zou moeten optreden. Het ging volgens MvA om controle die kán verwezenlijkt worden en niet welke móet verwezenlijkt worden. Volgens de MvA werd toezicht ook niet altijd ambtshalve uitgeoefend. Bijlagen Handelingen II, zitting 1914-1915, nr. 47, MvA, p. 11.

⁴⁰⁰ MvT, p. 35.

⁴⁰¹ MvT, p. 32.

geen sprake zijn. De rechter zou dan immers gehinderd kunnen worden om het onderwerp in ‘volle omvang’ te beoordelen.⁴⁰²

De omvang van het geding was geregeld in art. 187 van Boek 2 en was gelijk-luidend aan art. 53 Bw.⁴⁰³ De rechter was ‘slechts gebonden aan het onderwerp der klacht’, maar met ‘onderwerp’ werd bedoeld: het gehele besluit, de handeling of de weigering.⁴⁰⁴ Opmerkelijk is dat de zojuist aangehaalde, door de CRvB onder de Bw gewezen rechtspraak nauw aansloot bij deze opvatting. Met betrekking tot ‘onderwerpen’ moest worden beslist ‘onverschillig of zijne beslissing meer of minder geeft dan de verzoeker wenst.’⁴⁰⁵ Dat het klaagschrift noch het daarin genoemde onderwerp bepalend was voor de reikwijdte van het rechterlijke oordeel, volgde ook uit de bepaling dat een gedeeltelijk beroep geacht werd gericht te zijn tegen het gehele besluit, handeling of weigering.⁴⁰⁶

In de Memorie van Antwoord werd de voorgestane ruime strekking van de omvang van het geding nog eens krachtig beargumenteerd.⁴⁰⁷ Daarbij werd ook ingegaan op de noodzaak van het bieden van ‘ongelijkheidscompensatie’: de administratieve rechter beslechtte geen strijd tussen ‘pairs’. De ongelijkheid bestond er ondermeer in dat de overheid op kosten van de samenleving deskundigen kon inschakelen en kon procederen. Vanwege deze ongelijkheid moest de rechter de bewijslevering en het proces leiden. Behalve deze noodzaak van compensatie van ongelijke verhoudingen werd in de Memorie van Antwoord benadrukt, dat de rechtsstrijd tussen de overheid en haar onderdanen altijd betrekking had op een openbare gelegenheid, waarin anders dan in de burgerlijke rechtspraak, niet alleen maar partijbelangen op het spel staan. Waar in het burgerlijke recht de handhaving van de wet ter vrije beslissing van de partijen is gelaten, ontbrak volgens de Memorie van Antwoord deze ‘vrije beschikkingsbevoegdheid in het publiekrecht’. Omdat administratieve rechtspraak in geen geval een dekmantel mocht zijn voor onrecht, mocht ook niet aan partijen worden overgelaten om te bepalen waarover zij een uitspraak wensten te verkrijgen. Tegenwerpingen vanuit de Tweede Kamer dat een dergelijke actieve rechter in onbevangenheid en onpartijdigheid tekort zou schieten, waardoor niet meer kon worden spraken van een onpartijdige rechter, vonden bij de regering geen gehoor. Juist om de aangegeven redenen lag het monopolie van de handhaving van het publiekrecht in handen van de overheid.⁴⁰⁸

⁴⁰² MvT, p. 32.

⁴⁰³ Luidende: ‘De beslissing van het gerecht betreft de onderwerpen, door het klaagschrift aan zijn oordeel onderworpen. Indien het gerecht in zijne uitspraak eene veroordeeling uitspreekt of een besluit vaststelt, is het bevoegd, anders te veroordeelen of te besluiten, dan door den klager gevorderd is’.

⁴⁰⁴ Aldus uitdrukkelijk zo gesteld op 35 van de Memorie van Toelichting.

⁴⁰⁵ MvT, p. 32.

⁴⁰⁶ Art. 83 tweede volzin.

⁴⁰⁷ MvA, p. 44.

⁴⁰⁸ MvA, p. 44.

Het Ontwerp mag dan nimmer zijn verworpen tot wetgeving, de toelichting daarop verschaft wel relevant inzicht over hoe aan het begin van de vorige eeuw, de periode waarin geleidelijk aan procesrechtelijke wetten tot stand werden gebracht, werd gedacht over de het doel van administratieve rechtspraak en de omvang van de rechterlijke toetsing in een administratiefrechtelijk geding. Deze rol diende niet alleen uiterst actief te zijn vanwege de behoefte aan en noodzaak van het bieden van ongelijkheidscompensatie aan de rechtzoekende, maar vooral ook vanwege het dwingende rechtskarakter van het bestuursrecht en het daarmee en daarin behartigde algemene (deel)belang.

3.2.5. Doel en omvang van het geding in de belastingrechtspraak

3.2.5.1. Het rechtskarakter van belastingrecht

In het kader van de bespreking van administratieve procesregelingen kan die met betrekking tot rechtspraak in belastingzaken niet worden gemist. Het belastingrecht regelt immers ook de rechtsverhoudingen tussen burgers en de overheid 'als zodanig', waarbij door de overheid de belasting eenzijdig oplegt. Om die reden wordt het belastingrecht, van oudsher al, tot het administratieve recht gerekend.⁴⁰⁹ Niettemin heeft het belastingrecht daarin wel altijd een afwijkende positie ingenomen. De oorzaak daarvan is er niet in de laatste plaats in gelegen, dat het belastingrecht zich in nauwe samenhang met het civiele recht heeft ontwikkeld, juist omdat het ook een vermogensrechtelijk karakter werd toebedacht.⁴¹⁰ Tot aan het begin van de vorige eeuw werd het belastingrecht vooral gevormd door de wetgeving betreffende de rechten van successie, zegel en registratie. Deze wetgeving was sterk civielrechtelijk georiënteerd. De belastingsschuld was afhankelijk van civielrechtelijke verschijnselen en begrippen. De belastingsschuld werd beschouwd als een verbintenis uit de wet, waarvoor de overeenkomstige uit het civiele recht bekende figuur tot voorbeeld strekte en waarvoor de belastingsschuldige in beginsel aansprakelijk werd geacht volgens dezelfde regels die in het gemene recht werden gesteld.⁴¹¹ Deze opvatting werd vervolgens ook naar andere delen van het belastingrecht getransponeerd. Een wijziging in opvatting werd uiteindelijk in gang gezet door de invoering en groeiende betekenis van de belastingen naar inkomen en winst, omdat daarbij begrippen moesten worden gehanteerd die in het civiele recht geen voorbeeld vonden of die een andere betekenis hadden.

Het binnen het administratieve recht enigszins afzonderlijke karakter van het belastingrecht, heeft zijn weerslag gehad op het procesrecht in belastingzaken.

⁴⁰⁹ B. Schendstok 1932, p. 1; Sinnighe Damsté 1928, p. 13, achtte deze kwalificatie een zaak van fundamentele aard en voegde daaraan toe de verdere stap die het belastingrecht bij het administratief recht indeelt van minder betekenis te achten. Zie voorts Hofstra 1970, p. 141; Langereis en De Roos 2006, p. 8.

⁴¹⁰ B. Schendstok 1932, p. 1.

⁴¹¹ Sinnighe Damsté 1928, p. 22-24.

3.2.5.2. Doel van belastingrechtspraak

In 1914 werd met de invoering van de Wet op de Inkomstenbelasting het belastingstelsel hervormd, waarbij de bedrijfsbelasting verdween en het gehele inkomen zowel uit vermogen als uit bedrijf werd belast met een inkomstenbelasting en met een vermogensbelasting als aanvullende belasting. Vanwege de urgentie die het regelen van rechtspraak in deze belastinggeschillen had en het besef dat behandeling van belastinggeschillen daarin toch al een eigen plaats zou dienen te krijgen, werd niet gewacht op de totstandkoming van een algemene regeling voor administratieve rechtspraak.⁴¹² Geschillen over de inkomstenbelasting werden daarom, evenals eerder al was geschied met geschillen over de vermogens- en bedrijfsbelasting, ondergebracht bij de reeds bestaande raden van beroep. Hiertoe werd een speciale regeling in het leven geroepen, te weten de Wet op de raden van beroep bij de directe belastingen en vaststelling van algemene bepalingen betreffende het beroep op die colleges.⁴¹³ Deze wet voorzag in een rechtsbeschermingsprocedure terzake van geschillen, zoals aangewezen in verschillende belastingwetten. Na de beslissing op bezwaar van (meestal) de belastinginspecteur kon binnen twee maanden beroep worden ingesteld bij een raad van beroep. De raden van beroep werden ondergebracht bij de arrondissementsrechtbanken, maar zij maakten daarvan geen onderdeel uit. Evenmin behoorden zij tot de rechterlijke macht. Wel waren de voorzitters en de plaatsvervangend-voorzitters rechters uit de rechtbanken. In die zin was sprake van een nauw verband tussen beide rechtscolleges. De overige leden waren overigens geen rechter, maar ingezetenen uit het arrondissement die geen (praktiserend) jurist behoeften te zijn. Volgens de parlementaire geschiedenis was een scheiding tussen de berechting van feiten en recht niet langer houdbaar, omdat er 'een bron van rechtskwesties schuilt achter de regeling van de bevoegdheden van de raden van beroep, het aanhangig maken, de behandeling alsmede de afdoening van geschillen.'⁴¹⁴ Bovendien dienden de raden van beroep in de gevallen waarin ogenschijnlijk sprake was van een belastinggeschil van louter feitelijke aard, toch ook rechtsvragen te beantwoorden. Van de uitspraken van de raden van beroep werd cassatie opengesteld bij de Hoge Raad.

In de Memorie van Toelichting werd uitdrukkelijk als doel van de belastingrechtspraak door de raden van beroep genoemd: 'het trachten te vinden van de materiële waarheid' en wel met het oog op 'het belang van de schatkist'. Dit betrof volgens de regering een vanzelfsprekendheid; over dit doel kon 'geen verschil van mening bestaan'.⁴¹⁵ De gevolgen van dit doel voor het procesrecht

⁴¹² Bijlagen Handelingen II 1911-1912, nr. 144, nr. 5 (MvT), p. 48.

⁴¹³ Wet van 19 december 1914, Stb. 564. Hierna: Wet raden van beroep

⁴¹⁴ Bijlagen Handelingen TK 1911-1912, nr. 144, nr. 3, p. 21. de aan het eind van de 19^e eeuw opgerichte raden van beroep mochten alleen over feiten oordelen en niet over 'rechtskwesties'. In die zin was ook geen sprake van een rechtsgeschil en beoefenden de raden van beroep ook geen rechtspraak.

⁴¹⁵ Bijlagen Handelingen II 1911-1912, nr. 144, nr. 3, p. 22.

werden in de wettelijke regeling noch in de wetsgeschiedenis verder uitgewerkt. Dat leek een welbewuste keuze, want volgens de regering dienden de raden van beroep ‘door zo weinig mogelijk wettelijke maatregelen gebonden’ te worden. De op de zaak betrekking hebbende stukken moesten dienen als grondslag voor het onderzoek, waarbij de raden van beroep alle vrijheid kregen om de vragen te stellen waartoe deze stukken hun aanleiding gaven.⁴¹⁶

3.2.5.3. De omvang van het geding onder de Wet op de raden van beroep

De onderbrenging van de raden van beroep bij de rechtbanken deed aanvankelijk in de Tweede Kamer de vrees ontstaan, dat een al te nauwe band tussen deze rechtscolleges zou leiden tot een formalistische, op civielrechtelijke leest geschoeide behandeling van de belastingzaken.⁴¹⁷ Volgens de regering zou hiervan echter geen sprake zijn, omdat de reeds opgedane ervaring met de raden van beroep in het verleden niet wees op een zodanige behandeling van zaken.⁴¹⁸ Het was dus zeker niet de bedoeling, zo lijkt uit de wetsgeschiedenis te kunnen worden opgetekend, dat de raden van beroep even lijdelijk dienden te zijn als de civiele rechter.⁴¹⁹ Zoals hierboven al is aangegeven, stond de wetgever voor ogen de raden van beroep aan zo weinig mogelijk wettelijke regels te binden. De wet op de raden van beroep kende slechts 12 artikelen, maar daaronder bevond zich geen bepaling over de grenzen van het geding. Wel bevatten de bijzondere belastingwetten⁴²⁰ het vereiste, dat het beroepschrift met redenen werd omkleed. Dit voorschrift leek zich vooral te richten tot de belanghebbende; hij diende steeds te motiveren waarom hij de uitspraak op zijn bezwaarschrift in beroep bestreed. In een aantal wetten werd voorts de eis gesteld dat uit het beroepschrift een conclusie moest kunnen worden getrokken ten aanzien van het bedrag, dat volgens de appellandt geheven had moeten.⁴²¹ De motivering, het opnemen van een conclusie en het overleggen van een afschrift van de uitspraak werden beschouwd als zijnde van openbare orde, evenals de voorschriften met betrekking

⁴¹⁶ Bijlagen Handelingen II 1911-1912, nr. 144, nr. 3, p. 22.

⁴¹⁷ Bijlagen Handelingen II 1911-1912, nr. 144, nr. 7, p. 63 (VV).

⁴¹⁸ Bijlagen Handelingen II 1912-1913, nr. 44.2, p. 23 (MvA).

⁴¹⁹ Ook het niet-verplicht stellen van procesvertegenwoordiging in de procedure bij raden van beroep kan, in het licht van de overwegingen die daaraan in de wetsgeschiedenis op (ondermeer) de Beroepswet werden gewijd, worden beschouwd als een aanwijzing voor een niet-lijdelijke beroepsrechter. Voorts kan worden gewezen op Art. 22 Wet op de Inkomstenbelasting 1914, op grond waarvan de Hoge Raad verplicht was om bij de beoordeling van de zaak, afgezien van de door partijen aangedragen argumenten in cassatie, geschilpunten van feitelijke of juridische aard welke tijdens de procedure bij de raad van beroep onbesproken waren gebleven, uit eigen beweging te signaleren, ‘indien de beslissing van de hoofdzaak afhangt van daadzaken of rechtspunten welke bij de vroegere behandeling onopgelost zijn gelaten’.

⁴²⁰ Deze bepaling kwam voor in alle bijzondere wetten, behalve in de Gemeentewet. Vgl. B. Schendstok 1932, p. 95. De Wet op de raden van beroep stelde zelf geen voorwaarden aan het beroepschrift.

⁴²¹ Bijv art. 77 wet op de Inkomstenbelasting, art. 27 Wet op de Vermogensbelasting.

tot de beroepstermijnen.⁴²² Uit deze voorschriften viel evenwel nog niet af te leiden, dat de raden van beroep in hun beoordeling ook gebonden waren aan de in het beroepschrift vermelde redenen. Ook de wetsgeschiedenis op die voorschriften bevatte daarvoor geen aanwijzingen.

In de literatuur van die tijd zijn uiteenlopende opvattingen terug te vinden over de vraag of de raden van beroep bevoegd waren om ook niet in het geding aangevoerde geschilpunten te berechten. Zo werd er, in een vergelijking met het burgerlijk (proces)recht, op gewezen dat het in het belastingproces niet gaat om rechten waarover een burger vrijelijk kan beschikken, maar dat daarin juist de plicht gold tot het betalen van belasting, indien aan de wettelijke voorwaarden was voldaan. Voorts werd erop gewezen dat in het belastingproces, anders dan in het burgerlijke proces geen gelijkheid bestond tussen de voor de raden van beroep procederende partijen. Om die reden had de belastingrechter tot taak de belastingschuld, die aanleiding gaf tot het geschil, in haar volle omvang tot voorwerp van onderzoek te maken en onjuistheden, ook ten nadele van de aangeslagene, te verbeteren. In hun onderzoek naar de materiële waarheid behoorden de raden van beroep dan ook volledig ongebonden te zijn. In aanvulling op de waardering van de bewijsmiddelen dienden de raden van beroep bijgevolg ook zelf relevante feiten op te sporen en vast te stellen, ook met betrekking tot punten waarover tussen partijen geen verschil van mening bestond.⁴²³

Hiertegenover stond de opvatting, dat de belastingrechter alleen tot taak had de hem voorgelegde bezwaren te onderzoeken.⁴²⁴ Dit werd mede gebaseerd op de passage in de Memorie van Toelichting bij de Wet op de Inkomstenbelasting waarin werd opgemerkt dat de raden van beroep hebben te beslissen over alle geschillen betreffende de aanslag in de belasting.⁴²⁵ Daarbij werd bestreden dat sprake was van een plicht om zich tegen alle onjuistheden van een aanslag teweer te stellen; een belastingplichtige kon er juist bij gebaat zijn, uit gemakzucht of vanwege discretie, om zich over bepaalde onderdelen van de aanslag niet te beklagen.⁴²⁶ Ook werd er op gewezen dat er geen enkele aanleiding was de raden van beroep met het oog op de positie van de schatkist ambtshalve feiten te laten onderzoeken. Daartoe waren de raden van beroep niet geëquipeerd, terwijl een dergelijke rechterlijke controle ook nogeens slechts 'toevallig' plaats had, omdat deze zou zijn uitgebleven indien geen beroep was ingesteld.⁴²⁷ Een

⁴²² HR 22 juni 1917 B 1720; 28 april 1920, B 2454, 22 juni 1921, B 2845, 8 juni 1927, B 4071, 4 januari 1928, WvR 11783.

⁴²³ Van Geer 1927.

⁴²⁴ In die zin: Sinnighe Damsté 1928, p. 304, B. Schendstok 1932, p. 111.

⁴²⁵ Bijlage H Handelingen 1911/1912, no. 144, nr. 3, p. 19. Zie Schendstok 1932, p. 1 en later Punt 1974, p. 293, die hierin een bevestiging zag van de beperking van de omvang van de toetsing.

⁴²⁶ B. Schendstok 1932, p. 111.

⁴²⁷ B. Schendstok 1932, p. 111. Sinnighe Damsté stelt dat een algehele rechterlijke controle niet afhankelijk diende te zijn van de toevallige omstandigheid dat een beroepschrift was ingediend. Een algehele spontane rechtmatigheidscontrole had naar zijn idee ook weinig van doen met rechtspraak. Men diende eerder te spreken van een super-administratie aluds Sinnighe Damsté 1928, p. 301.

ruime rechterlijke controle zou daarenboven de alom tegenwoordige praktijk van het maken van afspraken tussen inspecteur en aangeslagene kunnen doorkruisen, waarbij de rechter zelfs over onderdelen waarover geen verschil van mening bestond, zou komen te oordelen, hetgeen een aangeslagene zou kunnen afhouden van het instellen van beroep.⁴²⁸

De belastingrechter zelf stond, waar het de omvang van het geding betrof – de Hoge Raad zette daartoe reeds vroegtijdig de nimmer verlaten lijnen uit – een lijdelijke rol voor. Dit is uit verscheidene arresten af te leiden.⁴²⁹ De door de partijen aangevoerde feitelijke gronden en de meningsverschillen die daarover tussen partijen bestonden, bepaalden al vanaf het eerste uur de grenzen van het geschil. De belastingrechter mocht dan ook geen onderdelen van de bestreden beslissing in zijn uitspraak betrekken, waarover door partijen geen strijd werd gevoerd.⁴³⁰ Niettemin zijn ook arresten aanwijsbaar die hierop een uitzondering maakten. Ten eerste valt uit enkele uitspraken af te leiden dat de belastingrechter rekening mocht houden met feiten die tijdens de procedure waren gebleken, terwijl deze niet door partijen waren gesteld.⁴³¹ Ten tweede maakte de belastingrechter – en hij was daarin de enige administratieve rechter – al vroeg gewag van voorschriften van openbare orde, waarvoor nu juist geen lijdelijkheid gold. Het ging om voorschriften, die de procesgang betroffen.⁴³² Hieronder vielen ondermeer de bepaling dat een beroepschrift niet tegen meer dan één uitspraak of aanslag mocht zijn gericht⁴³³, de bepaling omtrent de wettelijke omkering van de bewijslast, de bepaling met betrekking tot de termijn waarbinnen de aanslag diende te worden opgelegd⁴³⁴ en de regel dat een navordering van een overledene te name van de erven diende te worden gesteld.⁴³⁵ Niet alle processuele vormverzuimen werden als van openbare orde aangemerkt.⁴³⁶ Voorts valt uit

⁴²⁸ Sinnighe Damsté 1928, p. 303.

⁴²⁹ Hoewel uit een arrest van HR van 26 november 1919, B. 2364 volgens Langereis en De Roos 2006 aanvankelijk het tegenovergestelde werd afgeleid.

⁴³⁰ Uit vele arresten (Meyes 1964 vermeld in het jurisprudentieoverzicht op p. 97- 99) valt te noemen: HR 11 december 1918, B 2112; HR 24 februari 1926 W 11483 (de rechter was niet bevoegd te onderzoeken of er nog andere omstandigheden van feitelijke aard aanwezig waren die mogelijk tot vernietiging of vermindering van de aanslag zouden kunnen leiden); HR 27 maart 1946 B 8051 (partijen hadden niet gesteld dat een vordering rentedragend was en daarom mocht de raad van beroep dat punt niet in zijn onderzoek betrekken); HR 19 mei 1948, B 8520 (de raad van beroep mocht geen lager bedrag aan vermogen in aanmerking nemen dan het tussen partijen vaststaande bedrag).

⁴³¹ In die zin was de belastingrechter ten aanzien van de feiten minder lijdelijk dan de burgerlijke rechter. Vgl. HR 22 mei 1929, B 4516; 20 december 1939 B 4047; 21 februari 1940, B 7117.

⁴³² HR 14 november 1928, B 4395. Vgl. B. Schendstok 1932, p. 97-98 noemt in dit verband onbevoegdheid en termijnoverschrijding, gebreken in bezwaar- en beroepschrift.

⁴³³ HR 25 juni 1930 (B. 4765).

⁴³⁴ HR 25 mei 1955, BNB 1955, 261.

⁴³⁵ HR 18 november 1925, B 3698.

⁴³⁶ Het horen van de reclamant bijvoorbeeld werd weliswaar als van groot belang, maar niet als noodzakelijkheid beschouwd omdat het horen niet als een essentieel gedeelte van de be-

belastingrechtspraak op te maken, dat voorschriften van openbare orde aanvankelijk niet uitsluitend van procesrechtelijke aard waren, want uit verscheidene arresten volgt dat ook materieelrechtelijke voorschriften van openbare orde konden zijn.⁴³⁷ In de literatuur werd zelfs de opvatting verdedigd dat alle voorschriften ‘nopens het opleggen van aanslagen’ van openbare orde zijn.⁴³⁸ Dat sommige regels, die betrekking hadden op de ontvankelijkheid van een rechtsmiddel of op bezwaar- of beroepstermijnen, van openbare orde waren, was erin gelegen dat deze het recht bepaalden van de belastingplichtige om tegen een heffing op te komen dan wel het recht van de administratie om belasting te heffen. In dat opzicht stonden deze voorschriften op één lijn met materieel recht, aangezien zij aldus bescherming aan de belastingplichtigen boden tegen heffingen die niet op de toepasselijke rechtsregels steunden, maar ook de belastingadministratie bescherming verleenden tegen ongerechtvaardigde aantastingen van haar beslissingen.⁴³⁹ In de loop der decennia heeft de inhoud van fiscale voorschriften die als van openbare orde werden aangemerkt, echter een belangrijke beperking ondergaan.⁴⁴⁰

De belastingrechter diende, evenals de burgerlijke rechter, ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Ten aanzien van de door partijen aangevoerde en door de belastingrechter vastgestelde feiten, hield dit in dat de belastingrechter uit eigen beweging diende vast te stellen welke rechtsregels daarop van toepassing waren.⁴⁴¹ Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden hield eveneens in dat ten aanzien van door partijen aangevoerde gronden van juridische aard de belastingrechter zich niet mocht richten naar een overeenstemming tussen partij-

handeling van de reclame behoefde te worden beschouwd; de belastingrechter kon een beroepschrift ook zonder horen naar behoren behandelen, B. Schendstok 1932, p. 100.

⁴³⁷ Zo mocht een belastingplichtige geen afstand doen van zijn aanspraak op kinderaftek, ook al zou de inspecteur daarmee akkoord hebben willen gaan, om daarmee een buitengewone last te kunnen opvoeren, waaraan die aanspraak in de weg staat. (HR 3 maart 1948 B. 8511, 24 november 1954 BNB 1955 / 14. Het betreft hier rechtspraak die is geweest onder de wet op de raden van beroep) Voorts diende de belastingrechter voor de heffing van de personele belasting de volgens de wet vastgestelde huurwaarde van een perceel in aanmerking nemen, ook al werd door de belastingplichtige tijdens de procedure een hogere huurwaarde gesteld (HR 28 februari 1934, B 5587, HR 31 mei 1932, B 5223) Ook moest art. 33 lid 4, derde volzin, Besluit I.B. ambtshalve door de belastingrechter te worden toegepast (aldus HR 30 november 1949, B 5223, HR 12 november 1952 BNB 1953 / 3 – ambtshalve in aanmerking nemen dat betaalde successierechten een kostenpost kunnen vormen, HR 5 december 1956 BNB 1957/26) Voorts kon een rechter niet gebonden worden door een compromis tussen de belastinginspecteur en een belastingplichtige, dat strijdig is met dwingende rechtsregels. HR 26 november 1919, B 2364, 2 oktober 1940 B 7273, 24 april 1946 B 8111, HR 2 juni 1956 BNB 1956 / 246, 9 januari 1957 BNB 1957 / 53.

⁴³⁸ Meyes 1964, p. 83.

⁴³⁹ Meyes 1964, p. 82-83.

⁴⁴⁰ CH.J. Langereis 1986, p. 250-251.

⁴⁴¹ HR 6 juni 1928 B 4286, 17 september 1930 B 4819, 6 mei 1931 W 12 299, 25 mei 1932, B 5218, later 7 maart 1956 BNB 1956/136.

en over de toepassing of uitleg van een wettelijk voorschrift.⁴⁴² Voorts diende de belastingrechter uit eigen beweging vast te stellen of een voorschrift onverbindend was, waarna dergelijke niet-verbindende voorschriften door hem uit eigen beweging ter zijde dienden te worden gesteld.⁴⁴³ Meermalen bepaalde de HR dat de belastingrechter niet buiten de rechtsstrijd trad, wanneer de rechter een rechtsvraag anders beantwoordde dan de eenstemmige zienswijze van de partijen.⁴⁴⁴

3.2.6. Doel en omvang van het geding in de ambtenarenrechtspraak

3.2.6.1. Het rechtskarakter van het ambtenarenrecht

Gedurende een lange periode heeft er in jurisprudentie, wetgeving en wetenschap aarzeling bestaan over de aard van het ambtenarenrecht. Door te bepalen dat de ambtenarenverhouding van publiekrechtelijke aard was, werd in een arrest van de Hoge Raad uit 1927 een einde gemaakt aan de discussie.⁴⁴⁵ Vooral onder invloed van Franse opvattingen werd bepaald dat de ambtenaarsverhouding een zogeheten statusverhouding was die geheel werd beheerst door het objectieve recht waarin voor individuele afspraken of voor verkregen rechten geen plaats was. Dit arrest maakte niet alleen een eind aan de controverse over het eenzijdige of tweezijdige karakter van de ambtelijke aanstelling, tevens werd duidelijk dat de rechtstoestand van de ambtenaar uitsluitend door de regels van het objectieve ambtenarenrecht werd beheerst.⁴⁴⁶ Dit ambtenarenrecht werd eenzijdig door de overheid vastgesteld en daarop kon door de ambtenaar geen invloed worden uitgeoefend. Voor de rechtsgevolgen maakte het derhalve niet

⁴⁴² Uit HR 1 december 1926, B 3931 blijkt dat de raden van beroep bevoegd zijn om de waarde op een hoger bedrag vast te stellen dan de hoogste van de door partijen aangenomen waarden, indien die wijze van berekening door partijen onwettig is. Een soortgelijke uitspraak betrof 2 februari 1927, B 3992. Dat het niet om een bevoegdheid, maar om een verplichting ging, blijkt uit HR 6 juni 1928 (B 4286): indien een perceel een ambtswoning in de zin van de wet op de personele belasting blijkt te zijn, dan moet de raad in overeenstemming daarmee de aanslag handhaven of verlagen, al hebben partijen over die ambtswoning niet gesproken. In dezelfde lijn lag ook al het arrest van 27 oktober 1920 (B 2685): indien de raad van beroep blijkt van een verzuim van belanghebbende dat van invloed is op de verdeling van de bewijslast, dan mag de raad dat verzuim niet buiten aanmerking laten op de enkele grond dat de ambtenaar zich er niet op heeft beroepen. In dit verband wordt ook vermeld: HR 22 april 1931, B 4961: de waardering van de rechtskundige betekenis van een overeenkomst door partijen bindt de raad van beroep niet. HR 30 september 1925, B 3679.

⁴⁴³ Dit toetsingsrecht werd erkend in vaste jurisprudentie van de HR. Vgl HR 16 februari 1927, WvHR 11635, 12 december 1928 WvHR 11923), 19 december 1928 (WvHR 11924).

⁴⁴⁴ HR 1 december 1926, B 3931, 21 april 1937, NJ 497, 15 november 1939, B 7024, later HR 26 juni 1963, 1963/251.

⁴⁴⁵ HR 25 maart 1927, W. 11639. In de 19^e eeuw bestond al de opvatting dat de ambtelijke dienstverhouding beheerst werd door geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht. Dit blijkt o.m. uit het arrest van HR 15 oktober 1858, W-2000, waarin de HR bepaalde dat de aanspraak van een ambtenaar op een zekere bezoldiging tussen deze en het gemeentebestuur geen privaatrechtelijke verbintenis schept.

⁴⁴⁶ Zie ook Berghuis 1937, p. 194-195.

uit of de aanstelling als eenzijdig of tweezijdig werd aangemerkt.⁴⁴⁷ Het publiekrechtelijke karakter van het ambtenarenrecht is niet zozeer ingegeven door het al dan niet eenzijdig zijn van de aanstelling, maar door de overheidsvoorschriften waarop de ambtenaar geen invloed heeft. De wetgever schaarde zich achter dit standpunt van de Hoge Raad. Volgens totstandkomingsgeschiedenis van de Ambtenarenwet 1929, die in 1933 inwerkingtrad, moest de gehele rechtsbetrekking tussen overheid en ambtenaren als van publiekrechtelijke aard worden beschouwd.⁴⁴⁸ De achtergrond van het ambtenarenrecht betrof vooral het ‘openbare belang’. Dit openbare belang bestond daarin dat de openbare dienst gecontinueerd diende te worden door min of meer zelfstandige ambtenaren wier politieke signatuur er niet toe deed.

3.2.6.2. Het doel van ambtenarenrechtspraak

Juist vanwege dit openbare belang diende een administratieve rechter te oordelen terzake van conflicten over de rechtspositie. Daarom behoorde volgens de wetgever de bestaande burgerlijke rechtspraak over (financiële) ambtelijke kwesties te worden vervangen door administratieve rechtspraak. Dat was een kwestie van principiële aard, want volgens de wetgever strookte het voeren van een procedure bij de burgerlijke rechter, gevoerd op basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, niet met de aard van ambtenarenzaken. De rechter diende met het oog op de betrokkenheid van openbare belangen in ambtenarenzaken niet lijdelijk, maar juist actief te zijn. De berechting van ambtenaren geschillen kon dan ook niet geschieden in een rechtsgeding waarbij de partijen meester van het geding zijn.⁴⁴⁹ Het proces in ambtenarenzaken volgens de Aw werd door de rechter beheerst.⁴⁵⁰ Het ambtenarenprocesrecht werd gemodelleerd naar de gedachten, welke ten grondslag hadden gelegen aan de volgens de wetgever ‘proefhoudend’ gebleken Bw, doch was daarvan hier en daar wel noodzakelijkerwijs afwijkend.⁴⁵¹

Niet alleen de door de wetgever toegedachte actieve rol van de ambtenarenrechter duidde op de ernst van de bescherming van het ‘openbare belang’. Ook de bepaling die de minister de bevoegdheid toekende om, na het verstrijken van de beroepstermijn, in het belang der wet beroep in te stellen moet in dat licht worden gezien.⁴⁵² In dit verband valt ook nog te wijzen op de bepaling, waarin werd bepaald dat, indien de terechtzitting was begonnen geen afstand meer kon

⁴⁴⁷ Donner 1955, p. 8-9.

⁴⁴⁸ Donner 1955, p. 17. Dit nam niet weg dat voor ambtenaren die niet in een publiekrechtelijke rechtsbetrekking stonden met de overheid, de burgerlijke rechter wel bevoegd was tot het geven van een oordeel in geval van een conflict.

⁴⁴⁹ De wetgever stelde zich zelfs op het standpunt, dat voor het oordeel van de burgerlijke rechter in ambtenaren geschillen in het geheel geen plaats meer was, omdat de gehele rechtsbetrekking tussen de overheid en de ambtenaar publiekrechtelijk van aard was.

⁴⁵⁰ Memorie van Toelichting, p. 2.

⁴⁵¹ Memorie van toelichting p. 6 en p. 19; Van Urk en Donner 1931, p. 229.

⁴⁵² Art. 24, tweede lid.

worden gedaan van het beroep en dat ook het niet verschijnen geen invloed had op de loop van het geding.⁴⁵³

3.2.6.3. De omvang van het geding

Uit art. 47 kon worden afgeleid dat de ambtenarenrechter in eerste aanleg, het ambtenarengerecht, slechts de aangevallen besluiten, handelingen en weigeringen kon vernietigen. Geschilpunten die niet binnen de reikwijdte van deze handelingen van een administratief orgaan lagen, vielen buiten het door de ambtenarenrechter te behandelen geschil. De rechterlijke uitspraak werd derhalve begrensd door het onderwerp, dat door het besluit, de handeling of de weigering daartoe werd bepaald.⁴⁵⁴ Deze in art. 47 genoemde handelingen vormden de buitengrenzen van het geding. Art. 45 bepaalde dat de uitspraak van het Ambtenarengerecht en die van de CRvB 'de onderwerpen betreft, door de vorderingen der partijen aan hun oordeel onderworpen'. Wat onder 'onderwerpen' en 'vordering' moest worden verstaan, viel uit de wet zelf noch haar totstandkomingsgeschiedenis op te maken; een toelichting op deze begrippen werd niet gegeven. Niettemin volgde uit de wetsgeschiedenis dat aan 'onderwerp' een ruime betekenis toekwam, want hoewel art. 64 bepaalde dat het klaagschrift de 'gronden waarop het beroep berust' diende te bevatten, was de ambtenarenrechter volgens de Memorie van Toelichting in het geheel niet gebonden aan het door de partijen aangevoerde. Dit gold voor zowel de feiten als voor de door de partijen gepresenteerde 'rechtspunten'. In het stelsel van het ontwerp lag volgens de Memorie van Toelichting besloten, dat de rechter 'in de ruimste omvang' de bevoegdheid tot feitelijk onderzoek was toegekend.⁴⁵⁵ Behalve dit zelfstandig onderzoek naar de feiten, waarbij de rechter niet was gebonden aan de feitelijke voorstelling van het betrokken administratief orgaan⁴⁵⁶, bracht het ontwerp van wet volgens de Memorie van Toelichting mee, dat de ambtenarenrechter zich over de inhoud en strekking van de toepasselijke rechtsregels een zelfstandig oordeel had te vormen.⁴⁵⁷ Indien de feiten dat toelieten, diende de rechter 'de benadeelde ambtenaar te helpen'.⁴⁵⁸ Maar ook het omgekeerde gold, want de regeling belette de ambtenarenrechter niet om in het geval de ambtenaar om een hem gunstig besluit vroeg, in zijn uitspraak vast te stellen dat het aangevallen besluit in zijn

⁴⁵³ Art. 55, eerste lid.

⁴⁵⁴ Van Urk en Donner 1931, p. 219.

⁴⁵⁵ Daarbij werd verwezen naar verscheidene bepalingen, zoals art. 73, 75, 76 e.v. art. 81, 88, 92, 93, 95 en 99.

⁴⁵⁶ Van Urk en Donner 1931, p. 203. Rechtspraak sloot hierop aan (vgl. de door Punt 1974 op p. 390 vermelde rechtspraak: CRvB 18 juni 1942, AB 1942, 524; CRvB 9 december 1947, AB 1948, 92; 17 april 1963, AB 1964, 279).

⁴⁵⁷ Uit de redactie van art. 45 kon worden afgeleid dat het ambtenarengerecht bij de gronden van de uitspraak, zoals werd bedoeld in art. 50, sub 2 Aw in ieder wat betreft het rechtspunt kon afwijken van de conclusies van partijen, Van Urk en Donner 193, p. 225. Deze bepaling was vergelijkbaar met art. 48 Rv (oud), waarin het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden voor de burgerlijke rechter was geregeld.

⁴⁵⁸ Bijlagen Handelingen zitting 1927-1928, nr. 3, p. 19 (MvT).

nadeel moest worden herzien. Volgens de Memorie van Toelichting dwong de aard van het proces daartoe; de inzet van de rechtsstrijd is een uiting van de overheid en het openbaar belang eist dat deze, indien deze inderdaad in strijd met het recht blijkt te zijn, nietig diende te worden verklaard. Art. 46 vloeide voort uit het publiekrechtelijke karakter van de procedure, die ertoe strekte materieel juiste beslissingen te verkrijgen.⁴⁵⁹ De ambtenarenrechter diende volgens de Memorie van Toelichting steeds in volle omvang te beoordelen of in de bijzondere omstandigheden van het geval een opgelegde straf als de juiste was aan te merken.⁴⁶⁰ De uitspraak diende om die reden, ongeacht de wens van de klager, de inhoud te verkrijgen die daaraan naar het oordeel van de ambtenarenrechter behoorde te worden gegeven.⁴⁶¹ De rechtspraak van de (hoogste) ambtenarenrechter sloot hierop aan.⁴⁶² Dat de ambtenarengerechten en de Centrale Raad van Beroep besluiten, handelingen en weigering in volle omvang dienden te beoordelen, viel ook op te maken uit de bepalingen waarin expliciet werd bepaald, dat partijen niet bevoegd waren om slechts een deel van het besluit aan een rechterlijk onderzoek te onderwerpen.⁴⁶³

Ook andere bepalingen lieten zien, dat het de ambtenarenwetgever ernst was met de rechtmatigheid van beslissingen jegens ambtenaren. Zo werd, in het belang der wet, de minister van justitie de bevoegdheid gegeven beroep in te stellen, nadat de termijn voor het instellen van beroep verstreken was.⁴⁶⁴ Hiermee werd het uitlokken van een principiële uitspraak beoogd over een kwestieus punt van de wet, zonder dat door deze uitspraak de concrete rechtsverhoudingen van de partijen welke in het proces optreden worden beïnvloed. Voorts had het niet verschijnen van partijen op de loop van het geding geen invloed.⁴⁶⁵ Ten slotte moet erop worden gewezen dat voor wat betreft het hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep gold dat deze aan de uitspraak van het ambtenarengerecht in geen enkel opzicht was gebonden. Ook dit volgde uit het publiekrechtelijke karakter van de procedure.⁴⁶⁶ Om die reden kon de uitspraak van de CRvB min-

⁴⁵⁹ Van Urk en Donner 1931, p. 223.

⁴⁶⁰ MvT, p. 19.

⁴⁶¹ Art. 46, MvT, p. 19.

⁴⁶² Enkele keren werd een opgelegde disciplinaire straf als te licht beoordeeld door de ambtenarenrechter, vgl CRvB 11 november 1937, AB 1938, 363; AG Amsterdam 21 april 1950, ARB 1950, blz. 643 en CRvB 9 juli 1954, AW 54/B 11.

⁴⁶³ Art. 61 lid 1 respectievelijk art. 106 lid 3.

⁴⁶⁴ Art. 24 lid 2.

⁴⁶⁵ Art. 55 erkende wel de bevoegdheid van partijen om afstand te doen van een ingesteld beroep, hoewel in theorie de eenmaal ingeroepen rechter onafhankelijk van de partijen tot een einde kon brengen. De bepaling had een praktische achtergrond. De intrekking was echter niet mogelijk, ook als zij door erfgenamen of rechtverkrijgenden geschiedde, indien de zaak reeds ter zitting werd behandeld en het gerecht voortzetting om redenen van het algemeen belang ontleend, wenselijk oordeelde (art. 55, lid 3).

⁴⁶⁶ Van Urk en Donner 1931, p. 289.

der gunstig zijn dan die van de ambtenarengerechten, hetgeen ook als waarborg werd beschouwd tegen lichtvaardig procederen.⁴⁶⁷

3.2.7. Conclusie

De centrale gedachte achter de hierboven besproken procesregelingen is steeds geweest, zowel die wel als die niet in werking zijn getreden, dat – wat nu heet – bestuursrechtspraak ten dienste stond van het verzekeren van de algehele rechtmatigheid van beslissingen van bestuursorganen. Volgens de doctrine was de bestuursrechter niet gebonden aan hetgeen door partijen werd aangevoerd. Van doorslaggevende betekenis daarvoor bleek steeds het dwingende rechtskarakter van de betreffende publiekrechtelijke (materiële) regelgeving. Bij de totstandbrenging van de eerste administratiefprocesrechtelijke (ontwerpen van) wetgeving is veelal ruime aandacht uitgegaan naar de functie die deze rechtspraak diende te hebben⁴⁶⁸, te weten het volledig – en daarmee zo nodig ook ambtshalve – toetsen of de bestreden beslissing in overeenstemming was met het objectieve recht. Belastingrechtspraak vormde hierop een uitzondering; over de omvang van het geding was in de wet geen bepaling terug te vinden en ook in de wetsgeschiedenis ging daarnaar geen aandacht uit. De omvang van het geding voor belastingrechtspraak week ook af van de omvang van het geding, zoals deze was bepaald voor de gedingen onder de Bw en de Aw. Belastingrechtspraak is, hoewel ook uitzonderingen aanwijsbaar zijn, van meet af sterk op civilistische leest geschoeid geweest. De reden daarvoor is niet in de laatste plaats dat belastingrecht altijd al een sterke verwantschap is toegedicht met het burgerlijk recht en dat juist om die reden belastingrechtspraak ook aan raden van beroep werd opgedragen die in sterke mate werden beheerst door burgerlijke rechters. Het was overigens niet zo, dat de raden van beroep helemaal niet ambtshalve toetsten.

In de jaren vijftig van de vorige eeuw werd de bestuursrechtspraak voor het economische bestuursrecht geïntroduceerd en onderging de Bw, onder meer aangaande het vaststellen van de omvang van het geding een wijziging. In 1976 trad administratieve rechtspraak op grond van de Wet Arob inwerking en enkele jaren later, te weten in 1984, onderging de Aw eveneens een procesrechtelijke wijziging aangaande de omvang van het geding. Overzien wij het geheel der wijzigingen, dan kan worden geconstateerd dat daarmee de mogelijkheid van ambtshalve toetsing door de administratieve rechters werd genuanceerd.

⁴⁶⁷ Van Urk en Donner 1931, p. 289.

⁴⁶⁸ Om een onduidelijke reden zag Banda 1989, p. 163 dat anders.

3.3. Nuancering van ambtshalve toetsing in de tweede helft van de 20^e eeuw

3.3.1. Doel van rechtspraak en de omvang van het geding onder de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie

De in 1955 inwerking getreden Wet Arbo stelde beroep open op het speciaal hiervoor opgerichte College van Beroep voor het bedrijfsleven en wel tegen besluiten en handelingen van de SER en van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties ingevolge de Wet op de Bedrijfsorganisatie. De procesvoorschriften voor het geding bij het CBb, vervat in de artikelen 28 tot en met 53, waren voor een groot deel ontleend aan overeenkomstige voorschriften uit de Bw en Aw 1929.⁴⁶⁹ Anders dan deze wetten, voorzag de Wet Arbo in art. 5 in specifieke gronden van beroep en toetsingsgronden voor de rechter. In de Memorie van Toelichting en andere parlementaire stukken, waaronder het Voorlopig Verslag en de Memorie van Antwoord, die aan de Wet Arbo ten grondslag lagen, ging ruime aandacht uit naar de bespreking van deze gronden. De vraag of het CBb in beroep bestreden beslissing ook ambtshalve aan deze gronden diende te toetsen, werd echter in genoemde bepaling noch in de onderliggende toelichtende stukken aan de orde gesteld. Art. 55 Wet Arbo, dat betrekking had op het doen van een uitspraak, verschafte evenmin duidelijkheid, want volstaan werd met:

‘Het College beraadslaagt en beslist in raadkamer en grondt zijn uitspraak uitsluitend op hetgeen ter zitting is te berde gebracht en op de stukken, die overeenkomstig de voorschriften van de artikelen 41 en 53 ter griffie zijn nedergelegd of waarvan het College, hoewel zij niet zijn nedergelegd, krachtens het bepaalde in artikel 40, tweede lid, kan kennis nemen.’

Uit deze bepaling zou – gelet op de gehanteerde terminologie ‘grondt zijn uitspraak op hetgeen ter zitting is te berde gebracht’ – kunnen worden afgeleid, dat het CBb slechts bevoegd zou zijn een oordeel te geven over hetgeen door partijen werd aangevoerd. Tegelijkertijd zou echter uit ‘en op de stukken die (...) ter griffie zijn nedergelegd’ kunnen worden afgeleid, dat hieruit het CBb uit eigen beweging feitelijke en rechtsgronden zou mogen afleiden, waaraan de bestreden beslissing zou mogen worden getoetst, mits deze toetsing maar zou kunnen worden herleid tot de overgelegde stukken. De Memorie van Toelichting noch de andere parlementaire stukken brachten uitkomst over het vraagstuk of het CBb, gelijk de beroepsrechter en de ambtenarenrechter, ambtshalve mocht toetsen. In vergelijking met de hierboven besproken procesregelingen is dit stilzwijgen van de wetgever opvallend. De reden hiervoor zou er in gelegen kunnen zijn, dat de behoefte aan een expliciete bepaling of bespreking niet meer werd gevoeld, omdat over de functie van administratieve rechtspraak en de wijze van vaststelling van de omvang van het geding in het verleden reeds de nodige duidelijkheid was geschapen. Maar juist hierover bestond blijkens opvattingen in de literatuur

⁴⁶⁹ Handelingen 2493, nummer 3 (MvT), p. 11.

wel verschil van mening.⁴⁷⁰ Enkele uitspraken laten zien, dat het CBB ambtshalve toetsing niet uitsloot.⁴⁷¹

3.3.2. De wijziging van de omvang van het geding onder de Beroepswet 1955

Hiervoor bleek al dat de (hogere) beroepsrechter over de omvang van het geding er een andere opvatting op nahield, dan de wetgever, althans de regering, voor ogen had gestaan.⁴⁷² In afwijking van de in de Memorie van Antwoord verkondigde opvatting, gaf de beroepsrechter aan de gelding van het objectieve recht prioriteit boven de eerbiediging van het vertrouwen van de rechtzoekende in het niet bestreden deel van de beslissing waartegen deze beroep had ingesteld.⁴⁷³ Dit afwijkende standpunt van de beroepsrechter heeft bij de schriftelijke behandeling van het ontwerp van de nieuwe Beroepswet 1955⁴⁷⁴ tot een uitgebreide discussie geleid, die uiteindelijk uitmondde in een omkering van de prioriteitsvolgorde.⁴⁷⁵

In de Memorie van Toelichting bij genoemd ontwerp erkende de regering in de eerste plaats, dat de redactie van art. 53 Bw⁴⁷⁶ allerminst duidelijk

⁴⁷⁰ Zo stelde Haakman dat uit 'het karakter van rechtspraak' volgde dat de rechter de administratie ondersteunt in het streven naar behoorlijk bestuur. Om die reden diende het CBB volgens hem zelf te onderzoeken of een besluit of handeling niet (ook) in een ander opzicht dan aangevoerd, aantastbaar kan zijn of op andere gronden gerechtvaardigd kan zijn, Haakman 1957, p. 122, met vermelding van enkele uitspraken, te weten die van 2 december 1955, p. 93, nr. 9 en 12 december S-E.W. 1956, p. 95, nr. 11. Volgens Punt echter gold deze verwijzing naar het karakter van rechtspraak niet als een krachtig argument voor ambtshalve toetsing. Volgens hem was het CBB nu juist geneigd zich aan het petitum te houden en niet geneigd tot een reformatio in peius. Door hem werd deze veronderstelling onderbouwd, bij gebrek aan uitspraken van het CBB, door te wijzen aan hem gedane mededelingen van een lid van het CBB, mr. J.C. Somer, vgl. Punt 1974, p. 283. Ten Berge en Tak 1983, p. 284-285 wezen erop dat het CBB ambtshalve de feiten aanvult voor zover dat ten gunste van de belanghebbende strekt. Daarbij vermelden zij evenwel geen rechtspraak.

⁴⁷¹ CBB 23 januari 1957 SEW '57, 190. Het betrof hier een ten gunste van de belanghebbende aanvulling van feiten, vgl. Punt 1974, p. 314; CBB 6 november 1959 SEW '60, 37 waarbij het bestreden besluit wordt bevestigd door het CBB, zij het op een andere grond.

⁴⁷² Schoonenberg en Vleesch Dubois 1957, p. 249 oordeelden deze rechtspraak zelfs volstrekt in strijd met de bedoeling van de wetgever.

⁴⁷³ De Jong 1984, p. 49.

⁴⁷⁴ Wet van 2 februari 1955, Stb. 47. De aanleiding tot wijziging van de Beroepswet was evenwel in andere redenen gelegen, onder meer dat deze wet op steeds meer andere wetten van toepassing was geworden. De werking van de strekte zich inmiddels uit tot: Land- en Tuinbouwongevallenwet 1922, de Invaliditeitswet 1914, Ouderdomswet 1919, Ziektewet 1913, Kinderbijslagwet, Werkloosheidswet, Pensioenwet 1922, Pensioenwet voor de landmacht 1922, Pensioenwet voor de zeemacht 1922, Militaire weduwenwet 1922, Pensioenwet voor het reserve-personeel der landmacht 1923, Pensioenwet voor het personeel der Koninklijke marine-reserve 1923, Pensioenwet voor de vrijwilligers bij de landstorm 1925, Pensioenwet voor de Spoorwegambtenaren 1925, Wet buitengewoon pensioen 1940-1945, Wet op de noodwachten.

⁴⁷⁵ De Jong 1984, p. 49.

⁴⁷⁶ Luidende: 'De uitspraak van den raad van beroep en van den centrale raad van beroep betreft de onderwerpen door de vorderingen der partijen aan hun oordeel onderworpen'.

was. Deze kon volgens haar zeer wel zo worden opgevat, dat daardoor ook geschilpunten die buiten het bereik van de bestreden beslissing vielen door de rechter zou moeten worden beoordeeld. Blijkens de Memorie van Toelichting nam de regering de te dien aanzien vaste rechtspraak van de (hogere) beroepsrechter over dat niet de (inhoud van de) vorderingen van partijen, maar (de inhoud van) de bestreden beslissing het bereik bepaalde van de uitspraak van de rechter.⁴⁷⁷

De rechtspraak waarin was bepaald, dat de rechter ook de niet in geding gebrachte geschilpunten moest beoordelen, kon evenwel niet op instemming rekenen van de regering. Deze door de CRvB gevestigde jurisprudentie was volgens de regering onbevredigend, omdat deze ruime toetsing een ‘nodeloze belasting’ voor de rechter kon betekenen, indien tussen partijen over de betreffende punten geen verschil van mening bestond. Ook wees de regering erop, dat deze rechtspraak voor de klager onaangename en mogelijk sociaal onwenselijke gevolgen kon hebben, omdat ‘een wellicht welbewuste soepelheid van het uitvoeringsorgaan ongedaan wordt gemaakt’.⁴⁷⁸

Om deze redenen diende volgens de regering de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever (van de Bw 1902) duidelijker tot uitdrukking te worden gebracht. De rechter diende voortaan alleen op het door de klager te berde gebrachte geschilpunt te letten. Mocht echter blijken dat de bestreden beslissing op een ander punt onjuist zou zijn, dan zou de beroepsrechter volgens de regering bevoegd zijn ‘om redenen van billijkheid ook daarover uitspraak te doen’.⁴⁷⁹ Het oorspronkelijke herzieningontwerp van de wijzigingswet voorzag daarom in het beperken van de uitspraak tot het punt van geschil, tenzij zulks tot kennelijke onbillijkheden zou leiden. Dit stuitte echter op vele principiële bezwaren, niet in de laatste plaats vanuit het parlement.⁴⁸⁰ De vrees bestond dat de tot dusverre actieve beroepsrechters – die immers ook niet door partijen opgeworpen (geschil)punten in hun beslissingen konden betrekken – in een al te lijdelijke rol werden gedrongen. Vanwege het publiek(rechtelijk)e karakter van administratieve rechtspraak werd dit onwenselijk geacht; partijen zouden niet de kans mogen hebben af te spreken bepaalde geschilpunten niet aan de beroepsrechter voor te leggen. Ook werd er op gewezen, dat het instellen van beroep geschiedde door middel van niet altijd even begrijpelijk geformuleerde klaagschriften, waardoor de beroepsrechter niet, zoals de rechter in een civiel geding, zou beschikken over strakke begripsomschrijvingen van partijen. Om die redenen diende de beroepsrechter, anders dan de civiele rechter, actief te zijn.⁴⁸¹

De regering erkende in de Memorie van Antwoord, dat gelet op het publiekrechtelijke karakter van rechtspraak, ‘de rechter als openbaar ambtenaar tot op zekere hoogte, ongeacht de wil van partijen het recht dient toe te passen’.

⁴⁷⁷ Bijlagen Handelingen II 1953-1954, nr. 3, p. 18.

⁴⁷⁸ Bijlagen Handelingen II 1953-1954, nr. 3, p. 27 (MvT).

⁴⁷⁹ Bijlagen Handelingen II 1953-1954, nr. 3, p. 19 (MvT).

⁴⁸⁰ Zie Te Winkel, 1954, p. 187 en Mannoury 1954, p. 34 en Bijlagen Handelingen II 1953-1954, nr. 4 (Voorlopig Verslag).

⁴⁸¹ Bijlage Handelingen II 1953-1954, 3349, nr. 4, p. 6 (VV).

Evenwel achtte de regering het vanuit een oogpunt van doelmatigheid – in het bijzonder het ‘publieke belang dat de rechter niet overbelast raakt’, wat volgens de regering ‘geen zaak van beginsel’ was – ongewenst om hieraan geen beperkingen te stellen. Om die reden bepleitte de regering een enigszins soepele formulering ‘die de rechter in staat zou stellen datgene te doen, wat de casuspositie in redelijkheid lijkt te vereisen.’⁴⁸² Vanwege mogelijke dubbelzinnigheden in het klaagschrift en mogelijk onderlinge verknochtheid van geschilpunten, diende de omvang van het twistgeding ruim te worden opgevat. ‘Teneinde de rechter in staat te stellen datgene te doen wat in het concrete geval processueel bevredigend moet worden geacht’, werd besloten om aan (het nieuwe) art. 69 de zinsnede toe te voegen dat ‘[Z]ij kan zich beperken tot het punt van geschil.’ Met deze toevoeging werd beoogd een element van lijdelijkheid in de rechtspraak aan te brengen, om daarmee te voorkomen dat de actieve rol van de rechter tot uitersten zou worden doorgevoerd en geschilpunten zouden worden beslist waarover niemand het oordeel van de rechter heeft willen inroepen. Zou het niet in het belang van de rechtzoekende zijn, dan zou de rechter zich in de regel tot het bestreden geschilpunt moeten beperken.⁴⁸³ Tegelijkertijd echter beoogde de toevoeging te bewerkstelligen, dat de rechter niet gedwongen werd lijdelijker te zijn dan wenselijk was.⁴⁸⁴ De mogelijkheid van de rechter om de bestreden beschikking geheel of gedeeltelijk te beoordelen, werd op grond van het nieuwe art. 69 derhalve min of meer facultatief – ter beoordeling van de rechter – gemaakt. De beroepsrechter behield daardoor de vrijheid die paste bij een niet-lijdelijke rechter⁴⁸⁵ en kon in elk concreet geval beslissen of hij buiten het geschilpunt zou treden dat partijen verdeeld hield, teneinde het objectieve recht volledig tot gelding te brengen.

De wijziging van de Beroepswet bracht de beroepsrechter de bevoegdheid om de omvang van de rechterlijke toetsing te beperken. Op grond van het nieuwe art. 69 lid 1 was de rechter in staat van geval tot geval te beoordelen wat het meest bevredigend was. Daarbij kon de rechter besluiten het (door een niet bestreden deel van het besluit opgewekte) vertrouwen van een rechtzoekende te eerbiedigen⁴⁸⁶, maar ook had de rechter de bevoegdheid ambtshalve te voorzien in een rechtsgrond die het besluit (wel) kon dragen.⁴⁸⁷ In de literatuur werd ge-

⁴⁸² Bijlagen Handelingen II 1953-1954, 3349 nr. 5, p. 5 (MvA).

⁴⁸³ Van Galen en Van Maarseveen 1978, p. 29 en De Jong 1988, p. 49.

⁴⁸⁴ Bijlagen Handelingen II 1953-1954, 3349 nr. 5, p. 5 (MvA).

⁴⁸⁵ Schoonenberg en & Vleesch Dubois 1957, p. 250.

⁴⁸⁶ De Jong 1988, p. 48.

⁴⁸⁷ Zoals in CRvB 15 november 1988, RSV 1989, 123, waarbij de Raad ambtshalve oordeelde dat om een andere reden dan in het besluit vermeld, sprake was van werkloosheid. In CRvB 11 oktober 1988, RSV 1989, 105 overwoog de CRvB dat het dwingendrechtelijke karakter alsmede de aard en het karakter van die gronden voor het op voet van art. 69 lid 1 ambtshalve in aanmerking nemen van een rechtsgrond doorslaggevend zijn. In CRvB 7 september 1988, RSV 1989, 87 was sprake van ambtshalve toetsing door de RvB aan de dwingendrechtelijke bepaling met betrekking tot de verzekeringsplicht, waartoe de administratieve rechter volgens de CRvB uitdrukkelijk bevoegd werd geacht, mits een dergelijke ambtshalve toetsing geen processueel nadeel oplevert (waarvan volgens de CRvB geen sprake was nu belanghebbende

constateerd, dat de beroepsrechter zich ondanks het gebonden karakter van de socialezekerheidsbeschikkingen vooral onder druk van de ‘caseload’ steeds meer op beoordeling van het punt van geschil is gaan toeleggen⁴⁸⁸, waarbij de rechter noodgedwongen een ‘rechtsgeleerd oogje’ dichtkneep en ‘het andere uitsluitend gericht hield op het geschilpunt’.⁴⁸⁹

Uit de parlementaire geschiedenis van de wijziging van de omvang van het geding onder de Beroepswet valt niet af te leiden, dat de wetgever objectieve rechtmatigheidstoetsing als doel van rechtspraak heeft willen verlaten. Bevestiging van dit standpunt is ook af te leiden uit de handhaving van de wettelijke bepaling, dat het beroep ook ten nadele van de rechtzoekende mocht strekken. Deze bevoegdheid, waarmee de beroepsrechter het objectieve recht immers volledig tot gelding kon brengen, werd nadrukkelijk in het tweede lid van art. 69 verwoord.⁴⁹⁰ Dergelijke reformatio in peius-uitspraken zijn door de beroepsrechter ook onder de gewijzigde Beroepswet gedaan⁴⁹¹, maar van deze bevoegdheid werd niet veel gebruik gemaakt.⁴⁹²

3.3.3. Omvang van het geding onder de Wet Administratieve rechtspraak in belastingzaken

De Memorie van Toelichting liet er geen twijfel over bestaan dat belastingrecht behoorde te worden gerekend tot het publiekrecht, met nagenoeg uitsluitend geschreven normen, waarbij bij uitstek gestreefd wordt naar gelijkheid voor alle burgers ongeacht plaatselijke omstandigheid.⁴⁹³ Belastingrechtspraak gold eveneens als administratieve rechtspraak, want ‘administratieve rechtspraak, in die zin dat aan de rechter de vraag kan worden voorgelegd of de administratie de

tegen het oordeel van de RvB nog in volle omvang grieven heeft kunnen indienen). In CRvB 16 mei 1989, RSV 1990, 20 oordeelde de Raad, daar waar partijen van mening verschilden over de vraag of de weigering van de WW-uitkering terecht was gebaseerd op de grond dat sprake was van onvrijwillige werkloosheid, ambtshalve dat die weigering op een andere rechtsgrond (niet hebben voldaan aan de referteperiode) terecht had plaatsgevonden.

⁴⁸⁸ Van Wijk & Konijnenbelt 1991, p. 444-445; Ten Berge en Tak 1983, p. 273. Rechtspraak waaruit dat zou blijken werd door hen echter niet genoemd.

⁴⁸⁹ Aldus Schoonenberg en Vlesch Dubois 1957, p. 252.

⁴⁹⁰ Merkwaardigerwijs werd door de regering in de MvT noch de MvA aan het eventueel niet handhaven van deze bevoegdheid geen enkele aandacht besteed.

⁴⁹¹ Zo oordeelde de Centrale Raad dat geen recht op uitkering bestond, terwijl in (hoger) beroep juist was opgekomen tegen de hoogte van het dagloon (CRvB 20 mei 1975, RSV 1975, 428 en CRvB 21 mei 1978, RSV 1978, 325) dan wel de ingangsdatum van de uitkering (CRvB 27 december 1978, RSV 1979, 76). Daarbij wordt veelal overwogen dat het gaat om aanvulling van feiten in verband met imperatieve voorschriften, vgl. ook (onder de oude Bw gewezen) CRvB 3 april 1941, AB 1941, 323 en 9 juni 1953, AB 1953, 670.

⁴⁹² De Jong 1988, p. 49 en zoals de CRvB zelf heeft overwogen in onder meer CRvB 8 januari 1992, RSV 1992, 318. In deze uitspraak, waarin overigens geen sprake was van ambtshalve toetsing, werd uitdrukkelijk bepaald dat een correctie van een onjuist besluit niet mocht worden doorgevoerd tot de datum van de uitspraak. Over (het verbod van) reformatio in peius volgt meer in hoofdstuk 7. Zie voorts Punt 1974, p. 282-283 en De Leede 1978, p. 56.

⁴⁹³ Bijlagen Handelingen II zitting 1954-1955, 3704, nr. 3, p. 3 (MvT).

wet goed heeft toegepast, [is] voor het eerst op een breed terrein ingevoerd in de sector van het betalingsrecht. Sedert decennia kunnen belastingplichtigen aan de rechter de vraag voorleggen of de administratie overeenkomstig de wet een aanslag heeft opgelegd, mede of terecht een verhoging is opgelegd.⁴⁹⁴ Niettemin werd de belastingrechtspraak onder de nieuwe wet opgedragen aan de gewone rechter, te weten de gerechtshoven met de mogelijkheid van cassatieberoep op de Hoge Raad. De overwegingen daarvoor werden ontleend juist aan de verbondenheid die er altijd al gold met het burgerlijke recht. In de memorie van toelichting werd benadrukt dat het belastingrecht naar zijn aard grotendeels steunde op de grondslagen van het burgerlijk recht. Om die reden was er dan ook volgens de Memorie van Toelichting een sterke verwantschap tussen rechtspraak in het burgerlijke recht en belastingrechtspraak. Het was om die reden dat belastingrechtspraak niet werd beschouwd als een zuiver voorbeeld van administratieve rechtspraak.⁴⁹⁵ Tegen de opvattingen van de regering over de aard van het belastingrecht en het opdragen van de belastingrechtspraak aan de gewone rechter bestond in de Tweede Kamer nogal wat weerstand. De kamerleden zagen zich gesteund door de presidenten van de Gerechtshoven die in een gezamenlijke brief van 20 januari 1955 aan de minister van Justitie nog hadden geschreven, dat belastingrecht een heel ander karakter had dan gewone rechtspraak.⁴⁹⁶ De regering herzag haar visie echter niet. Uiteindelijk werd de belastingrechtspraak opgedragen aan de gewone rechter.

Uit de Memorie van Toelichting viel nog af te leiden dat de weinig formalistische praktijk van de behandeling van belastinggeschillen door de raden van beroep onveranderd diende te worden voortgezet.⁴⁹⁷ Wellicht mede hierom, ontbrak ook in de WARB een bepaling over het vaststellen van de omvang van het geding. De van meet af aan van de andere administratieve rechters afwijkende en sterk op het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering georiënteerde rechtspraak, werd onder de nieuwe wet gehandhaafd. Alleen voorschriften van openbare orde kwamen voor ambtshalve toetsing in aanmerking, terwijl de feitelijke grondslag van het geding de omvang van de rechterlijke toetsing bepaalde.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ Bijlagen Handelingen II zitting 1954-1955, 3704, nr. 3, p. 8 (MvT).

⁴⁹⁵ Bijlagen Handelingen II zitting 1954-1955, 3704, nr. 3, p. 8 (MvT). Binnen het kabinet bestond overigens onenigheid over de mate waarin sprake was van verwantschap met het burgerlijk recht. De minister van Justitie benadrukte de zeer sterke verwevenheid met het civiele recht en stelde dat de wetgever nimmer de bedoeling had gehad het belastingrecht aan te merken als administratief recht, terwijl de staatssecretaris van Financiën betoogde dat weliswaar een aantal fiscale begrippen afstammen uit het civiele recht, maar dat het merendeel – en dan niet de minst belangrijke – daar niet vandaan komt (Handelingen II, zitting 1955-1956 d.d. 9 maart 1956 (2523)).

⁴⁹⁶ Bijlagen Handelingen 1954-1955, 3704, nr. 4 (VV).

⁴⁹⁷ Bijlagen Handelingen II zitting 1954-1955, 3704, nr. 3, p. 9 (MvT).

⁴⁹⁸ Van Schie en Van Smeden 1991, p. 256-257; Tak en Ten Berge 1983, p. 269-271.

3.3.4. Wijziging van de omvang van het geding onder de Ambtenarenwet

Het procesrecht van de Aw en de Bw vertoonde een grote gelijkenis. De bepalingen met betrekking tot de omvang van het geding waren identiek, hoewel anders dan in de Bw, in de Aw was voorzien in een bepaling die beroep tegen een deel van het besluit onmogelijk maakte. De Aw onderging wat betreft de bepaling over de omvang van het geding dezelfde wijziging als die welke hierboven is besproken voor de Bw, zij het dat deze wijziging pas veel later, want in 1984, werd ingevoerd.⁴⁹⁹ Hoewel de redenen voor wijziging van de Aw niet in de eerste plaats waren gelegen in de vaststelling van de omvang van het geding⁵⁰⁰, werd er vanuit de Tweede Kamer op aangedrongen om art. 45 overeenkomstig art. 69 Bw te wijzigen. Als reden werd aangevoerd, dat de Aw in systematisch opzicht nauw aansloot bij de Bw en de ambtenarenrechter bovendien deze bepaling reeds analoog toepaste. De regering had er aanvankelijk weinig oren naar om met de drie hoofdpijlers van het door haar ingebrachte wetsontwerp ook andere wijzigingen door te voeren⁵⁰¹, doch nadat was gebleken dat ook andere fracties voor aanpassing van art. 45 waren, ging zij om.⁵⁰² Van regeringszijde werd ook nu de nadruk gelegd op de ondoelmatigheid, indien de ambtenarenrechter gehouden zou zijn iedere zaak in volle omvang te beoordelen. Om die reden werd aan art. 45 Aw een tweede volzin toegevoegd, luidende: 'Zij kan zich beperken tot het punt van geschil'. Uit de literatuur is af te leiden dat ook voor de wijziging van art. 45 de CRvB zich al geregeld beperkte tot een of enkele punten van het geschil, hetgeen terug was te zien in het dictum van de uitspraak 'bevestigt of vernietigt het besluit, voor zover aangevochten'.⁵⁰³ Doorgaans ging het overigens om verschillende van elkaar onafhankelijke besluiten, die de Centrale Raad wel, maar de ambtenarenrechter (in eerste aanleg) niet van elkaar onderscheidde.⁵⁰⁴ Art. 61 alsmede art. 106 bleven evenwel ongewijzigd voortbestaan, waardoor de ambtenarenrechter gehouden was om de gehele beslissing en niet alleen onderdelen daarvan te beoordelen.⁵⁰⁵ Voorts bleef in de

⁴⁹⁹ Wijziging van de Ambtenarenwet 1929 en de Wet rechtstoestand dienstplichtigen. Kamerstukken 16955 zitting 1981. Stb. 1984. De voorgestelde wijzigingen zijn in de Ambtenarenwet opgenomen en op 1 november 1984 in werking getreden (Stb. 1984, 476).

⁵⁰⁰ Het wetsontwerp had een drieledig doel, te weten uitbreiding van de Aw 1929 tot de ambtenaren die zijn aangesteld om buiten Nederland werkzaam te zijn, onverkorte doorvoering van rechtspraak in twee instanties in ambtenarenzaken en ten slotte uniforme regeling van de door de ambtenarenrechter te hanteren beroepsgronden.

⁵⁰¹ Bijlagen Handelingen II, zitting 1982-1983, 16955, nr. 6, p. 2 (MvA).

⁵⁰² Bijlagen Handelingen II, zitting 1983-1984, 16955, nr. 10, p. 1.

⁵⁰³ Korteweg-Wiers e.a. 1992, p. 325.

⁵⁰⁴ CRvB 25 maart 1982, AB 1982, 341; CRvB 13 februari 1986, TAR 1986, 103.

⁵⁰⁵ Ten Berge en Tak 1983 merken op dat de CRvB werkte met de fictie dat een besluit meerdere besluiten omvatte, p. 275.

Aw de bevoegdheid om uitspraak te doen, die tot een reformatio in peius zou kunnen leiden, behouden.⁵⁰⁶

3.3.5. Doel van rechtspraak en omvang van het geding onder de Wet Arob

Hierboven werd geconstateerd, dat de wettekst van de Wet Arbo geen duidelijkheid gaf over de omvang van de rechterlijke toetsing van in beroep bij het CBB bestreden beslissingen. Ook in de onderliggende parlementaire stukken werd over het doel van die rechtspraak en over de omvang van het geding met geen woord gerept. Hetzelfde moet worden geconcludeerd voor de Wet Arob, die in 1976 in werking trad.⁵⁰⁷ Deze procesrechtelijke wet, het sluitstuk van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de overheid van voor de Awb⁵⁰⁸, stelde (aanvullende) rechtsbescherming open tegen beschikkingen van administratieve organen.⁵⁰⁹ Het betrof hier algemeen, aanvullend beroep op een administratieve rechter tegen beschikkingen van overheidsorganen. De totstandkomingsgeschiedenis van deze wet⁵¹⁰, waaronder het advies van de Raad van State⁵¹¹, getuigt van aandacht voor het doel van de (beoogde) rechtspraak noch voor de omvang van het geding. Klaarblijkelijk heeft de wetgever, zoals ogenschijnlijk ook de Wet Arbo, de vaststelling van de omvang van de rechterlijke toetsing willen overlaten aan de rechter, de bij deze wet in het leven geroepen Afdeling rechtspraak van de Raad van State, zelf.

Vastgesteld moet worden dat de Afdeling rechtspraak niet werd gebonden door een op art. 69 Bw gelijkende bepaling, die de grenzen van het geschil vaststelde. Dat de Afdeling ambtshalve zou mogen toetsen, is wel afgeleid uit art. 2 Wet Arob. Deze bepaling zou behelzen dat de Afdeling steeds de gehele aangevochten beschikking diende te beoordelen, want het mindere zou art. 2 niet toestaan.⁵¹² Het ambtshalve optreden van de Afdeling rechtspraak bleek uit het vernietigen van beschikkingen op andere dan de door een appelland aangevoerde

⁵⁰⁶ Volgens Punt vulde de ambtenarenrechter ten behoeve van imperatieve voorschriften de feiten aan, zeker wanneer dit ten gunste strekte van belanghebbenden. Punt 1974 (in diens rechtspraakoverzicht op) p. 314-315. In gelijke zin Tak en Ten Berge 1983, p. 284.

⁵⁰⁷ De Wet BAB kan worden gezien als een voorganger van de Wet Arob, maar beroep stond slechts op tegen beslissingen van administratieve organen op het niveau van de centrale overheid en het beroep werd niet door een onafhankelijke rechter doch door de kroon behandeld. Het is vooral om deze laatste reden dat hier geen aandacht uitgaat naar deze wet.

⁵⁰⁸ Niet alleen omdat het een leemte opvulde in de bestuursrechtspraak, maar ook in de tijd bezien, want deze wet trad in 1976 in werking.

⁵⁰⁹ Hier ging blijkens de parlementaire stukken ook de meeste aandacht naar uit.

⁵¹⁰ Kamerstukken II 1973/1974, 11 279 en 11 280.

⁵¹¹ Kamerstukken II 1973/1974, 11 279 en 11 280, ondernummer 9, p. 31-33, Bijlage II en III (advies Raad van State).

⁵¹² Aldus Tak en Ten Berge 1983, p. 274. Zij hebben zich daarbij waarschijnlijk laten inspireren door de uitdrukkelijke bepaling in art. 61 Aw, die zulks voor beslissingen jegens ambtenaren uitdrukkelijk bepaalde.

gronden tegen bepaalde onderdelen⁵¹³ en ook uit uitspraken waarin de Afdeling rechtspraak vaststelde dat een appelland door een administratief orgaan ten onrechte was ontvangen in bezwaar.⁵¹⁴ De Afdeling toetste derhalve ook ambtshalve, maar veelvuldig kwam dit niet voor.⁵¹⁵

3.4. Conclusies

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Awb golden op grond van de onderscheidenlijke procesregelingen verschillende regimes met betrekking het vaststellen van de omvang van de rechterlijke toetsing van bestuursbeslissingen. De procesregelingen van de Bw en de Aw waren wat dat betreft het meest uitgewerkt en onderbouwd. Uit de parlementaire stukken die aan beide wetten ten grondslag lagen, valt af te leiden dat de rechtsbescherming primair de rechterlijke waarborging van de juiste toepassing van het betrokken publiekrecht en het daarin behartigde algemeen (deel)belang betrof. Het ging derhalve bovenal steeds om de rechterlijke handhaving van de objectieve rechtmatigheid van de in beroep bestreden beslissingen. Een dergelijk doel van administratieve rechtspraak dat een integrale rechtmatigheidstoetsing van bestuurlijke beslissingen voorstond kon op de instemming rekenen van indertijd vooraanstaande bestuursjuristen, met uitzondering van Krabbe. Gesteld kan derhalve worden, dat de opvatting dat bestuursrechtspraak bovenal de juiste toepassing van het objectieve recht diende te waarborgen in de eerste helft van de 20^e eeuw blijkens wetgeving, rechtspraak en literatuur communis opinio was. Hoewel destijds ook principiële⁵¹⁶ en praktische⁵¹⁷ tegengeluiden werd gehoord, gold ambtshalve toetsing door de administratieve rechter van bestuursbeslissingen als regel. Een uitzondering hierop vormde de belastingrechtspraak: deze rechtspraak beperkte zich in beginsel tot berechting van geschilpunten die door procespartijen waren aangevoerd. Fiscale voorschriften van openbare orde werd wel ambtshalve door de

⁵¹³ ARRS 12 januari 1978, tB/S III, p. 226. Niettemin zijn er ook uitspraken waarin ambtshalve werd vastgesteld dat het verbod van willekeur was geschonden, ARRS 4 september 1981, tB/S, IV nr.72. In ARRS 18 november 1980, tB/S, III, nr. 222 kwam de ARRS tot een reformatio in peius.

⁵¹⁴ Tak en ten Berge 1983, p. 274. De uitspraken van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State waarnaar zij verwijzen, betroffen inderdaad alle gevallen van ambtshalve toetsing van de bestreden beslissingen. Het ging hier evenwel om de vraag of deze beslissingen konden worden aangemerkt als beschikking. Het betrof derhalve ambtshalve toetsing aan art. 2 wet Arob, vergelijkbaar met het huidige art. 8:1 Awb, dat klaarblijkelijk door de ARRS als van openbare orde werd aangemerkt.

⁵¹⁵ Van Buuren, Bolt en Scheltema 1981, p. 98-99 constateerden in hun onderzoek naar het Kroonberoep en Arob-beroep, dat uit rechtspraak niet kon worden afgeleid dat de Afdeling rechtspraak ultra petita ging. Terecht merken De Poorter en De Graaf 2011, p. 21 hierover op dat echter niet goed te bepalen is op welke wijze de grenzen van het geschil indertijd werden bepaald.

⁵¹⁶ Vooral afkomstig van Krabbe.

⁵¹⁷ Zoals het vermijden van overbelasting van de rechter, aldus de wetgever (meer in het bijzonder de regering) in de parlementaire stukken die aan de Beroepswet 1902 ten grondslag lagen.

belastingrechter beoordeeld, terwijl deze voorschriften zich overigens niet in alle gevallen beperkten tot die welke processueel van aard waren.

In de tweede helft van de 20^e eeuw werd een kentering in het denken over de omvang van de rechterlijke toetsing van bestuurlijke beslissingen merkbaar. In de eerste plaats kan van een kentering worden gesproken omdat, anders dan voorheen, van de zijde van de wetgever geen aandacht meer uitging naar het vraagstuk van de omvang van het geding voor de nieuwe loten aan de stam van de administratieve rechtspraak, te Wet Arbo en de Wet Arob. In beide wetten ontbrak een bepaling over de omvang het geding en voor beide wetten gold dat in de parlementaire geschiedenis geen enkele aandacht naar dit vraagstuk uit is gegaan. Ook de onderscheidenlijke commissies die zich hebben beziggehouden met de voorbereiding van deze wetgeving lieten het vraagstuk van ambtshalve toetsing volledig onbelicht. Wellicht dat het gebrek aan aandacht van de bedoelde commissies en de wetgever voor het doel van rechtspraak en de omvang van het geding alsmede het vraagstuk van ambtshalve toetsing onder de Wet Arbo en de Wet Arob is te verklaren uit de sterke gepreoccupeerdheid voor de specifieke rechtsbeschermingsvraagstukken die deze procesregelingen opwierpen. Voor de Wet Arbo ging om het vraagstuk van het opnemen van rechterlijke toetsingsgronden in de wet ter beoordeling de discretionaire bestuurlijke beslissingen. Voor de Wet Arob betrof het in het bijzonder de afgrenzing van bestuurlijke beslissingen die wel of niet ter beoordeling aan de Arob-rechter konden worden voorgelegd. Voor beide procesrechtelijke wetten gold dat beroep op de rechter werd ingesteld tegen besluiten die, anders dan meer gebonden karakter van appellabele besluiten onder de Bw, werden gekenmerkt door beoordelings- en beleidsvrijheid. Dit neemt echter niet weg dat er, juist ook vanwege het minder gebonden karakter van de beslissingen van de bestuursorganen die aan de rechtspraak van het CBb en de Afdeling rechtspraak onderworpen konden worden, er geen reden bestond om helemaal geen aandacht te besteden aan de omvang van het geding, te meer nu de discretionaire ruimte werd gecompenseerd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de rechterlijke toetsing ook voor deze compenserende rechtsnormen gold.

Het was niet zo, dat het gebrek aan belangstelling van de zijde van wetgever voor de omvang van het geding kon worden verklaard uit de tijdsgeest. Immers, omstreeks de tijd van de inwerkingtreding van de Wet Arbo ontspan zich juist een vrij uitvoerig en ook principieel getoonzet debat tussen regering en parlement over de wijziging van de omvang van het geding in de Bw. Weliswaar was de uitkomst daarvan, dat de beroepsrechter voortaan bevoegd was zich tot het punt van geschil te beperken, maar de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing werd hem geenszins ontnomen. Klaarblijkelijk, zonder dat hierover in de parlementaire stukken overigens over werd gerept, gold handhaving van de objectieve rechtmatigheid van bestuurlijke beslissingen door de beroepsrechter nog steeds als het belangrijkste doel van administratieve rechtspraak. Dit leek te worden bevestigd door het – zonder dat onderwerp van parlementair debat was

geweest – de instandlating van de bepaling die voorzag in de mogelijkheid van een reformatio in peius.

Een (tweede) kentering in de tweede helft van de vorige eeuw in het denken over ambtshalve toetsing bestond er in dat de beroepsrechter omwille van doelmatige rechtspraak – vooral het voorkomen van een overbelasting van de rechter – dan wel omwille van te respecteren belangen van partijen mocht afzien van ambtshalve toetsing. De beroepsrechter mocht zich beperken tot het punt van geschil. Nadien is in de jaren tachtig voor de ambtenarenrechter hetzelfde bepaald.

Hoewel naar positief procesrecht moet worden geconstateerd, dat de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing niet uitdrukkelijk in alle procesregelingen van voor de inwerkingtreding van Awb was geregeld, kan worden geconcludeerd, dat de administratieve rechters, met uitzondering van de belastingrechter, bevoegd waren om, ook in de jaren die voorafgingen aan de inwerkingtreding van de Awb, bestuurlijke beslissingen aan het objectieve materiële recht te toetsen.⁵¹⁸ De opvattingen over de wenselijkheid daarvan liepen, gelet op de literatuur, uiteen. Van een communis opinio over ambtshalve toetsing door de bestuursrechter was in ieder geval geen sprake meer. Tak en Ten Berge toonden zich principieel voorstander van ambtshalve toetsing. De gebondenheid van bestuursorganen aan publiekrechtelijke beslissingen in het administratief proces enerzijds en het algemeen belang van een naar objectiefrechtelijke maatstaven gemeten juiste rechtsvaststelling anderzijds noopten volgens hen tot correctie door een geschillenbeslechter van gebleken onjuiste rechtsvaststelling door het bestuur.⁵¹⁹ Om deze redenen was het volgens genoemde auteurs niet onlogisch, dat de wetgever er in voorzag dat de geschillenbeslechter niet gebonden was aan het door partijen geformuleerde object van het geding. Volgens Tak en Ten Berge gold ambtshalve toetsing als een beginsel van materieel procesrecht.⁵²⁰ Tegelijkertijd signaleerden zij dat in de rechtspraak geleidelijk aan minder accent was komen te liggen op de toezichtfunctie en meer op de rechtsbeschermingsfunctie van bestuursrechtspraak.⁵²¹ Tak en Ten Berge keerden zich tegen deze, naar hun oordeel eenzijdige ontwikkeling, omdat het vooropstellen van individuele rechtsbescherming ten koste ging van de positie van derdebelanghebbenden en het algemeen belang in het algemeen.⁵²²

Van Galen en Van Maarseveen toonden zich weliswaar ook een voorstander van het ‘ultra petita gaan’ door de bestuursrechter, maar uitsluitend in het geval dat ten voordele strekte van de appellante. Anders dan Ten Berge en Tak beschouwden zij ‘ultra petita gaan’ niet als een procesrechtelijk beginsel, maar vloeide dit volgens hen voort uit het bieden van ongelijkheidscompensatie

⁵¹⁸ Vgl. ook Punt 1974, p. 283 (een oordeel over de Wet Arob kwam zijn dissertatie overigens nog niet voor).

⁵¹⁹ Tak en Ten Berge 1983, p. 268.

⁵²⁰ Tak en Ten Berge 1987, p. 34-35.

⁵²¹ Tak en Ten Berge 1987, p. 102.

⁵²² Tak en Ten Berge 1983, p. 272.

door de administratieve rechter.⁵²³ Vanuit dit perspectief en gelet op de voorkeur die zij hadden voor het vooropstellen van de rechtsbeschermingsfunctie als doel van rechtspraak, valt te begrijpen dat ultra petita gaan niet mocht leiden tot een reformatio in peius.⁵²⁴ De Commissie inzake Algemene bepalingen inzake administratief recht oordeelde in gelijke zin.⁵²⁵

Scheltema⁵²⁶ en Punt gingen nog verder, zij kunnen tot principiële tegenstanders worden gerekend van het ultra petita gaan. Scheltema zag hiervoor onoverkomelijke bezwaren vanuit een oogpunt van rechtszekerheid.⁵²⁷ Volgens Scheltema heeft bestuursorgaan, met het nemen van een besluit een definitief standpunt ingenomen, waarop het in beginsel niet meer terug mag en kan komen. Indien het een beroepsinstantie zou worden toegestaan om nog andere wijzigingen aan te brengen, dan waarom door appellant is verzocht, dan zou dat volgens Scheltema kunnen worden beschouwd als een straf op het hanteren van het beroepsrecht. Ook volgens Punt is 'wanneer het de administratie al niet geoorloofd is haar besluit ten nadele van de betrokkene te herzien', dit zeker voor beroepscolleges ongeoorloofd.⁵²⁸ Daarnaast diende volgens Punt het juist toepassen van dwingende rechtsregels te wijken voor het door hem als van een hoger belang beschouwde beginsel, dat degene die rechtsbescherming zoekt aanspraak maakt op een billijk proces.⁵²⁹ Volgens Punt diende het materiële recht niet maatgevend te zijn voor een processuele kwestie; een processuele kwestie diende volgens hem vanuit processuele beginselen te worden opgelost.⁵³⁰ Hij voegde daaraan toe dat het beroep op een algemeen belang ten faveure van ultra petita gaan door de rechter weinigzeggend is, omdat even goed zou kunnen worden beweerd dat niet ultra petita gaan een algemeen belang is.⁵³¹ Daarnaast lag het volgens Punt voor de hand dat indien een belanghebbende zelf mag uitmaken of hij opkomt tegen een besluit, hij ook zelf mag uitmaken tegen welke onderdelen hij opkomt.⁵³² Ten slotte gold volgens Punt als bezwaar van ultra petita gaan dat partijen daardoor kunnen worden overrompeld en zich voorts de mogelijkheid van verlies van een beroepsinstantie zich zou kunnen voordoen.⁵³³

De slotconclusie van dit hoofdstuk is dat aanvankelijk ambtshalve toetsing door de administratieve rechter in sociale zekerheids- en ambtenarenzaken regel was,

⁵²³ Van Galen en Van Maarseveen 1978, p. 40-47.

⁵²⁴ Van Galen en Van Maarseveen 1978, p. 17 en 69.

⁵²⁵ Commissie A.B.A.R. 1984, p. 434-435 en p. 446.

⁵²⁶ Hoewel Scheltema zich later, tezamen met H.G. Lubberdink, in het Algemeen deel van Administratieve Rechtsgangen (p. 279) uitsprak voor ultra petita gaan ten gunste van de appellant.

⁵²⁷ M. Scheltema 1978, p. 267.

⁵²⁸ Punt 1974, p. 300.

⁵²⁹ Punt 1974, p. 297.

⁵³⁰ Punt 1974, p. 296-297.

⁵³¹ Punt 1974, p. 297.

⁵³² Punt 1974, p. 298.

⁵³³ Punt 1974, p. 299.

juist omwille van het dwingende bestuursrecht waarin een algemeen (deel)belang werd behartigd. Tegelijkertijd geldt (uiteindelijk) de belastingrechtspraak hierop als een opvallende uitzondering. Opvallend, omdat fiscale voorschriften ook tot het bestuursrecht worden gerekend en niet minder van dwingendrechtelijke aard zijn, maar niettemin voor de belastingrechter een verbod van ambtshalve toetsing gold. De vanoudsher nauwe verwantschap met het civiele recht en de vroegtijdige opdracht tot berechting van belastingzaken aan de gewone rechter biedt hiervoor de meest waarschijnlijke verklaring.

Geleidelijk aan is in de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing nuancering aangebracht. Deze nuancering was echter niet zozeer ingegeven door een principiële afwijzing van ambtshalve toetsing als zodanig – hetgeen kan worden afgeleid uit het behoud van daarop betrokken bepalingen in de Bw en Aw – als wel door de grotere sympathie die uitging naar de bescherming van de positie van de aanlegger van het rechtsgeding. Het ten gevolge van ambtshalve toetsing in een slechtere positie geraken, werd strijdig geacht met de rechtszekerheid en paste ook niet in de gedachte van het bieden van ongelijkheidscompensatie door de rechter aan de tegen de overheid procederende burger. Gezegd kan worden dat in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Awb het accent al wat meer kwam te liggen op het bieden van individuele rechtsbescherming als doel van de bestuursrechtspraak. De vooropstelling van het eerstgenoemde doel onder de Awb was zo beschouwd dan ook geen plotselinge ommezwaai, maar paste wel in de ontwikkeling die reeds voor de inwerkingtreding van de Awb was ingezet.

Hoofdstuk 4. De wederkerige rechtsbetrekking als legitimering voor het verbod van ambtshalve toetsing

4.1. De wederkerige rechtsbetrekking en de principiële afwijzing van ambtshalve toetsing

In de wetsgeschiedenis op tweede tranche van de Awb wordt ambtshalve toetsing door de bestuursrechter op principiële gronden afgewezen. In die zin ging, in vergelijking met de oude procesregelingen, het roer om. Het in de wetsgeschiedenis verkondigde ‘verbod van ultra petita gaan’ is vooral gefundeerd op de denkbeelden over wederkerige rechtsbetrekkingen als karakterisering van het materiële bestuursrecht. Deze nieuwe visie, die de rechtsverhoudingen tussen overheid en burger naar materieel bestuursrecht voorstelt als wederkerige rechtsbetrekkingen, is vooral ontvouwd in de wetsgeschiedenis op de eerste tranche van de Awb.⁵³⁴ Tegelijkertijd is door de wetgever erkend dat dit rechtstheoretische concept van wederkerige rechtsbetrekkingen een ‘eerste aanzet’ is die ‘nog lang niet uitgekristalliseerd’.⁵³⁵ Niettemin is zij te beschouwen als een van de belangrijke fundamentele uitgangspunten voor de opstelling van de Awb. Door de wetgever is immers een nadrukkelijk verband gelegd tussen de wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht en de vormgeving en inrichting van het procesrecht onder de Awb.⁵³⁶

In de Memorie van Toelichting op de tweede tranche van de Awb wordt uitgelegd waarom het bestuursprocesrecht onder de Awb ten opzichte van het voordien geldende procesrecht ingrijpende wijzigingen dient te ondergaan. Daarbij is gerefereerd aan de overwegende invloed die de conceptie van de eenzijdige vaststelling door het bestuur van de rechtspositie van de burger voor de doelstellingen en de vormgeving van het klassieke bestuursprocesrecht heeft gehad.⁵³⁷ Over de samenhang tussen het nieuwe bestuursprocesrecht van de Awb en het begrip van de wederkerige rechtsbetrekking in het materiële bestuursrecht werd in algemene zin opgemerkt:

⁵³⁴ Kamerstukken II 1988/1989, 21 221, nr. 3, p. 11-13 (MvT op de eerste tranche). In de Memorie van Toelichting op de tweede Tranche van de Awb (Wet Voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie) is vervolgens een korte samenvatting gegeven van dit gedachtegoed, zie Kamerstukken II 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 33-35. Hiervoor werd overigens al melding gemaakt van deze nieuwe visie in het Voorontwerp van de wet houdende algemene regels van bestuursrecht door de Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Staatsuitgeverij Den Haag 1987, in het bijzonder p. 23-25. Dit voorontwerp werd in januari 1987 aangeboden. Deze commissie kende M. Scheltema als voorzitter. Vicevoorzitter was E.M.H. Hirsch Ballin, die later als minister van Justitie het betreffende wetsvoorstel indiende.

⁵³⁵ Kamerstukken II 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 34.

⁵³⁶ Kamerstukken II 1991/1992, nr. 3, p. 13. Niet alleen voor de vormgeving en inrichting van het procesrecht, maar ook voor hoofdstuk 5 van de Awb, dat over handhaving gaat, vgl. Kamerstukken II 1993/1994, 23 700, nr. 3, p. 130.

⁵³⁷ Kamerstukken II 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 30-31.

‘Weliswaar is in geval van besluiten formeel nog steeds sprake van eenzijdige rechtsvaststelling door het bestuur, materieel is, ook door de veranderende verhouding tussen burger en bestuur, een onmiskenbare tendens naar een meer wederkerige wijze van rechtsvaststelling ontstaan. In de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb zijn onze ambtsvoorgangers daarop ingegaan. Zij signaleren daar onder meer, dat de verhouding tussen bestuursorgaan en burger in toenemende mate als een rechtsbetrekking moet worden aangemerkt, met wederzijdse rechten en plichten. Deze ontwikkeling, die nog lang niet volledig is uitgekristalliseerd, is ook van invloed op het bepalen van de doelstellingen en de vormgeving van het bestuursprocesrecht.’⁵³⁸

De notie van de wederkerige rechtsbetrekking als kenschets van het materiële bestuursrecht heeft volgens de opstellers van deze Memorie van Toelichting het handhaven van het objectieve publiekrecht als primaire doelstelling van bestuursrechtspraak laten plaatsmaken voor het bieden van individuele rechtsbescherming. Deze ontwikkeling is volgens de Memorie van Toelichting voorts tevens gepaard gegaan met een verminderde behoefte aan ongelijkheidscompensatie.⁵³⁹ Het vooropstellen van de rechtsbeschermingsfunctie en de daarmee verminderde behoefte aan ongelijkheidscompensatie zijn voor de wetgever aanleiding geweest voor het aanbrengen van wijzigingen in het procesrecht. Hierbij wordt in de Memorie van Toelichting onderscheid aangebracht tussen wijzigingen voor de lange en de korte termijn. Als de meest verstrekkende wijziging voor de lange termijn wordt, overigens met uiterste omzichtigheid⁵⁴⁰, geopperd dat uiteindelijk het onderscheid tussen bestuursrechtspraak en civiele rechtspraak overbodig zal zijn en dat de bestuursrechter, evenals zijn civiele collega, ex nunc zal oordelen over rechtsbetrekkingen, waarbij ook bestuursorganen in staat worden gesteld een actie jegens burgers in te stellen.⁵⁴¹ Deze bespiegelingen, waarin het bestuursprocesrecht sterke trekken vertoont van het burgerlijk procesrecht, zijn ook thans, twee decennia na de bekendmaking van de betreffende Memorie van Toelichting, nog geen werkelijkheid geworden. Wel is onmiskenbaar, dat elementen uit het burgerlijk (proces)recht, waaronder de wijze waarop het geding wordt afgebakend, het daarmee samenhangende verbod van ambtshalve toetsing én het relativiteitsvereiste hun intrede hebben gedaan in het bestuursprocesrecht van de Awb.

De op korte termijn, dat wil zeggen onder de vigeur van Awb, te realiseren wijzigingen in het bestuursprocesrecht zijn volgens de Memorie van Toelichting.⁵⁴²

⁵³⁸ Kamerstukken II 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 34.

⁵³⁹ Idem.

⁵⁴⁰ Hetgeen blijkt uit formuleringen als ‘Het is niet uitgesloten dat ...’ en ‘tezijsnertijd wenselijk blijkt te zijn’ alsmede een term als ‘denkbaar’.

⁵⁴¹ Ibidem.

⁵⁴² Ibidem, p. 34. Niet gewijzigd worden de korte beroepstermijnen, alsmede de lage griffierechten voor rechtspraak in eerste aanleg en het niet verplicht stellen van procesvertegen-

- de rechtmatigheidstoetsing van een besluit dient vooral gericht te zijn op het oplossen van het materiële geschil tussen bestuur en burger. Hiertoe wordt de rechter de bevoegdheid toegekend om (onder voorwaarden) zelf in de zaak te voorzien;
- (formele) vernietigingen, waar partijen niets mee opschieten, dienen te worden vermeden.
- rechter en partijen worden adequate middelen verschaft om afdwingbaarheid van uitspraken te verbeteren;
- relativering van materiële waarheidsvinding.

Het is vooral deze relativering van de materiële waarheidsvinding, waarachter de meest in het oog springende verandering van het nieuwe procesrecht schuilt. Volgens de wetgever blijft het streven naar materiële waarheidsvinding door de bestuursrechter onder het Awb-procesrecht als karakteristiek van het nieuwe bestuursprocesrecht voortbestaan, maar uitsluitend binnen de omvang van het geding, zoals deze door de indiener van het beroepsschrift en eventuele derden aan de rechter is voorgelegd.⁵⁴³ De Memorie van Toelichting vervolgt met:

‘Meer is, gelet op de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursrechtelijk geding en het gegeven van het bestaan van een rechtsbetrekking tussen partijen, niet nodig en ook niet gewenst.’⁵⁴⁴

Buiten de omvang van het geding vindt derhalve geen materiële waarheidsvinding meer plaats. Met andere woorden: ambtshalve toetsing van besluiten door de bestuursrechter is onnodig en ongewenst. Ambtshalve toetsing is volgens de Memorie van Toelichting sterk verbonden met de ‘klassieke eenzijdigheidsconceptie’, die in het procesrecht van voor de Awb steeds heeft geleid tot het vooropstellen van de objectieve rechtmatigheidstoetsing als het primaire doel van bestuursrechtspraak, want:

‘Gelet op de conceptie van eenzijdigheid, ligt het voor de hand dat als oogmerk van een bestuursrechtelijke procedure aanvankelijk vooral werd beschouwd de controle van de wijze waarop het desbetreffende bestuursorgaan zich had gekweten van de aan hem opgedragen uitvoering van door de (formele) wetgever vastgestelde regels. Die controle diende primair het algemeen belang. Hiermee hangt samen, dat die rechtmatigheidstoetsing was gericht op het concrete, rechtsvaststellende handelen van het bestuur.’⁵⁴⁵

woordiging of rechtsbijstand, waarmee beoogd wordt de laagdrempeligheid van het bestuursprocesrecht te behouden.

⁵⁴³ Tweede Kamer, vergaderjaar 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 36.

⁵⁴⁴ Idem.

⁵⁴⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 30-31.

Maar, behalve voor het doel van objectieve rechtmatigheidstoetsing was de eenzijdigheidsconceptie ook van invloed op het bieden van individuele rechtsbescherming als doel van bestuursrechtspraak, want:

‘Gelet op de eenzijdigheid van het bestuurshandelen en de daarmee gepaard gaande ongelijkheid in de verhouding bestuursorgaan – burger, ligt het evenzeer voor de hand dat een bestuursrechtelijke procedure mede tot doel had het bieden van rechtsbescherming aan de burger tegen het eenzijdige optreden van de – machtige(r) – overheid. Daarmee is onverbrekkelijk het begrip ongelijkheidscompensatie verbonden, waarmee wordt geduïd op het feit dat door de inrichting van het bestuursprocesrecht en het optreden van de administratieve rechter daarin tegenwicht werd geboden tegen de voorsprong die het bestuursorgaan ten opzichte van de burger geacht werd te hebben, en vaak ook had.’⁵⁴⁶

In de ogen van de opstellers van de Memorie van Toelichting had de klassieke eenzijdigheidsconceptie derhalve tweeërlei implicaties voor het procesrecht van vóór de Awb: het vooropstellen van de handhaving van het objectieve publiekrecht als primair doel van rechtspraak, alsmede het bieden van ongelijkheidscompensatie door de rechter dat werd geacht ten dienste te staan van het bieden van rechtsbescherming als doel van rechtspraak. Ambtshalve toetsing door de rechter kan zo gezien worden beschouwd als een logisch uitvloeisel van beide doelstellingen en daarmee ook van de klassieke eenzijdigheidsconceptie. Door een meer wederkerige vormgeving van rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht wordt de eenzijdigheid van de bestuursrechtelijke rechtsvaststelling als hoofdkenmerk van het materiële bestuursrecht gerelativeerd, waardoor het belang van objectieve rechtmatigheidstoetsing en de behoefte aan het bieden van ongelijkheidscompensatie zijn teruggedrongen, aldus de Memorie van Toelichting:

‘Wij signaleren, dat als gevolg van de hiervoor kort geschetste ontwikkeling [te weten meer wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht, mh], in de afgelopen jaren het primaat van de functie van het handhaven van het objectieve publiekrecht heeft plaatsgemaakt voor het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie. Als gevolg van het toekennen van een groter gewicht aan de notie van de rechtsbetrekking is deze ontwikkeling gepaard gegaan met een – gelijktijdige – relativering van de gedachte van de ongelijkheidscompensatie. Wij zijn van oordeel, dat deze ontwikkelingen in het nieuwe, uniforme bestuursprocesrecht tot uitdrukking moeten komen.’⁵⁴⁷

Blijkens de wetsgeschiedenis op de tweede tranche dienen de inrichting en de vormgeving van het procesrecht te worden bepaald door karakteristieken van het materiële bestuursrecht. Procesrecht dient niet alleen ter verwezenlijking van het

⁵⁴⁶ Ibidem.

⁵⁴⁷ Kamerstukken 1991/1992, 22495, nr. 3, p. 34.

materiële recht⁵⁴⁸, maar het is ook ‘volgend’.⁵⁴⁹ Deze opvatting heeft steeds gegolden voor het burgerlijk procesrecht⁵⁵⁰ en, zo bleek in hoofdstuk 3, gold ook als uitgangspunt voor de Bw en de Aw die voorafgaand aan de Awb van kracht waren.⁵⁵¹ Ook de Awb-wetgever heeft niet willen breken met dit uitgangspunt, want de procesrechtelijke hoofdregel over het vaststellen van omvang van het geding – het verbod van ambtshalve rechterlijke toetsing van besluiten daaronder inbegrepen – wordt gelet op de hierboven geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis afgeleid uit de aard van het materiële bestuursrecht. Getuige de aandacht daarvoor in de wetsgeschiedenis moet de notie over wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht zelfs worden beschouwd als de belangrijkste pijler van de procesrechtelijke regel over de omvang van het geding. Het in de fase van het rechtsgeding ter vrije beschikking (kunnen) staan van het overgrote deel van het materiele bestuursrecht lijkt derhalve blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb te (moeten) worden verklaard doordat het hedendaagse materiële bestuursrecht zich (in toenemende mate) laat kenschetsen door wederkerige rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger.

De in dit hoofdstuk te beantwoorden vraag is of, en zo ja, in hoeverre met de idee van wederkerige rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger het huidige overwegende verbod van ambtshalve toetsing van besluiten aan het materiële bestuursrecht kan worden verklaard. Daartoe zal eerst aandacht worden besteed aan de notie van de wederkerige rechtsbetrekking en de positiefrechtelijke betekenis daarvan voor het materiële bestuursrecht. Vervolgens wordt onderzocht hoe dit gedachtegoed zich verhoudt tot de klassieke visie dat het materiële bestuursrecht goeddeels van dwingendrechtelijke aard is. Ten slotte wordt nagegaan in welke mate de notie van de wederkerige rechtsbetrekking een rechtvaardiging is voor het huidige overwegende verbod van ambtshalve toetsing van besluiten.

4.2. De idee van de wederkerige rechtsbetrekking volgens de Awb-wetgeschiedenis

Op iets meer dan één volle pagina⁵⁵² is in Memorie van Toelichting op de eerste tranche van de Awb⁵⁵³ een gewijzigde visie op het materiele bestuursrecht gepresenteerd. Deze beschouwing vangt aan met de constatering dat voor het hui-

⁵⁴⁸ Aldus ook de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1991/1992 22495, nr. 3, p. 35.

⁵⁴⁹ Directeur-generaal D. van Dijk in een namens de minister van Justitie voorgedragen toespraak, opgenomen in Ten Berge e.a. 1992, p. 5. In de literatuur werd en wordt een dergelijke doorwerking van materieelrechtelijke kenmerken in het procesrecht ook als vanzelfsprekend beschouwd, vgl. Damen, 2006, p. 21 en Schreuder-Vlasblom, 2011, p. 2. Een ander standpunt leek echter te worden ingenomen door Punt 1974, zie hiervoor in 3.4.

⁵⁵⁰ Zie onder meer Boneval Fauré 1893, p. 113; Stein 1995, p. 25-26. Zie voorts hoofdstuk 5.

⁵⁵¹ Door het stilzwijgen daarover door de wetgever valt dit voor de Wet Arbo en de Wet Arob niet met zekerheid te zeggen.

⁵⁵² Omgerekend twee A4-tjes.

⁵⁵³ Kamerstukken II 1991/1992 21 221, nr. 3, p. 12-13.

dige bestuursrecht de grote betekenis van algemene beginselen van behoorlijk bestuur opvallend is. Deze beginselen weerspiegelen volgens opstellers van de Memorie van Toelichting een andere benadering van de verhouding tussen bestuur en burger. Deze verhouding werd vanaf het begin van de 20^e eeuw gekenmerkt door een bestuur dat zich kenmerkte ‘als boven de burger gestelde overheid’. Daar waar het bestuurlijke optreden ‘de toets aan de wet’ kon doorstaan en het bestuur niet door de volksvertegenwoordiging werd ‘veroordeeld’, stond de burger in beginsel met lege handen. ‘Voor een inbreng van zijnentwege’ ter zake van beschikkingen die de burger in het bijzonder aangingen, was geen ruimte, aldus de Memorie van Toelichting. De ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft hierin verandering gebracht: voortaan diende het bestuur binnen de grenzen van de ‘regels van de wetgever’ en de resultaten van politieke besluitvorming rekening te houden met ‘de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger, zoals die burger deze zelf ziet’. De door de burger ingebrachte gegevens, diens deskundigheid en de samenwerking tussen burger en bestuur zijn volgens de Memorie van Toelichting noodzakelijk voor het totstandbrengen van goede beschikkingen.

Het zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die het bestuur nopen tot het voeren van meer overleg en communicatie met de burger. Maar, zo wordt in de Memorie van Toelichting nadrukkelijk gesteld, dit brengt niet mee dat het bestuur daartoe onder alle omstandigheden is gehouden. Van de burger mag worden verwacht, dat hij zich ervan bewust is dat tussen hem en het bestuur sprake is van een ‘rechtsbetrekking’, waarin sprake is van een zekere ‘wederkerigheid’. Deze wederkerigheid brengt mee, dat ‘de burger voor zover hij wenst dat met zijn inzichten of belangen rekening wordt gehouden, (hij) deze op de daartoe geschikte wijze naar voren moet brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur gehouden kan worden.’⁵⁵⁴ Ter adstructie wordt in de Memorie van Toelichting het voorbeeld gegeven van iemand die een subsidie heeft aangevraagd, maar desgevraagd weigert voldoende gegevens te verschaffen over de te subsidiëren activiteit. Het bestuur zal bijgevolg de aanvraag buiten behandeling mogen laten.⁵⁵⁵

Tot zover de weergave van de kern van de gewijzigde visie op het materiële bestuursrecht, zoals deze in de wetsgeschiedenis op de eerste tranche van de Awb is opgenomen. Het gaat om een, zeker voor een nieuw geïntroduceerde doctrine, nogal beknopte en summier toegelichte uiteenzetting van een tot dan toe nauwelijks in de juridische literatuur besproken, laat staan aanvaarde, opvattingen over het materiele bestuursrecht.⁵⁵⁶ De uitlating in de Memorie van Toe-

⁵⁵⁴ Kamerstukken II 1991/1992 21 221, nr. 3, p. 13.

⁵⁵⁵ Ibidem.

⁵⁵⁶ Hirsch Ballin 1991, p. 261-266 wijst in dit verband terecht op de denkbeelden van Vegting, die reeds in de jaren vijftig van de vorige eeuw het begrip administratieve rechtsbetrekking introduceerde. Door Vegting 1954 werden binnen de administratieve rechtsbetrekking twee subjecten onderscheiden ‘in een relatie zo dat de een jegens de ander gerechtigd is tot

lichting, dat het gaat om een ‘eerste aanzet’ en dat het concept bovendien ‘nog lang niet is uitgekristalliseerd’, lijkt in ieder geval een understatement geweest. Zo wordt in de wetsgeschiedenis niet of nauwelijks een theoretische onderbouwing gegeven van het begrip ‘rechtsbetrekking’, terwijl voorts de verhouding tussen de betekenis van dit begrip en het Awb-kernbegrip ‘besluit’ on(der)belicht is gebleven. Hetzelfde geldt voor de reikwijdte van de term ‘wederkerig(heid)’. In de literatuur, en dat zal wellicht de bedoeling zijn geweest van de wetgever⁵⁵⁷, is wel – overigens vooral na de inwerkingtreding van de eerste en tweede tranche van de Awb – ruime aandacht besteed aan de leer van de wederkerige rechtsbetrekking. Uit deze literatuur valt af te leiden dat de nieuwe conceptie als grondslag van het bestuursrecht van meet af aan omstreden is geweest en dat nu nog is. In numeriek opzicht lijkt het aantal tegenstanders het aantal pleitbezorgers te overtreffen.⁵⁵⁸ Grofweg valt onderscheid te maken tussen pleitbezorgers van de leer van de wederkerige bestuursrechtelijke, die aan hetgeen daarover in de wetsgeschiedenis is gesteld, een nadere (rechtstheoretische), aanvullende onderbouwing en uitwerking hebben gegeven⁵⁵⁹ en – daartegenover – zij die in deze nieuwe theorie als grondslag voor het bestuursrecht (nagenoeg) niets zien.⁵⁶⁰ Hieronder wordt, mede op basis van deze inzichten in de literatuur, gezien welke de positiefrechtelijke betekenis is van de leer van wederkerige rechtsbetrekking voor het huidige bestuursrecht. Eerst wordt aan-

een prestatie en deze laatste jegens de eerste tot deze prestatie verplicht is’ (p. 181). Administratieve rechtsbetrekkingen kwamen volgens Vegting tot stand door wetgeving, beschikkingen en overeenkomsten. Daarbij maakte hij onderscheid tussen rechtshandelingen die eenzijdig en tweezijdig tot stand komen, dat wil zeggen ‘zonder dan wel met beïnvloeding van de partijen bij de rechtsbetrekking’ (p. 215). Ook eenzijdige rechtshandelingen konden volgens Vegting door wilsuïtingen van betrokken subjecten ontstaan, waarbij door hem de vergunning en subsidie onder voorwaarden wordt genoemd ‘welker naleving geen wettelijke plicht is van de betrokken rechtsgenoot en welke door deze wordt aanvaard’ (p. 209 en p. 216). Volgens Gribnau hanteerde Vegting een statisch rechtsbetrekkingenbegrip en is deze in zoverre afwijkend van het dynamische rechtsbetrekkingenbegrip volgens de huidige leer over wederkerige rechtsbetrekkingen, Gribnau 1998, p. 215. Backes en Jansen 2010, p. 76-77 houden het er voor dat P. Nicolai in zijn ‘Wie bewaakt het ongeschreven recht?’ in: *Recht op scherp* Zwolle 1984, p. 20 e.v. een van de eersten is geweest die aandacht besteedde aan ongeschreven burgerschapsplichten. Scheltema 1975, p. 8 wees al in 1975 op een toegenomen gelijkwaardigheid in de verhouding tussen overheid en burger, daarmee tot uitdrukking brengend dat overheidsbesluiten niet louter als eenzijdig te beschouwen zijn.

⁵⁵⁷ Waarbij vooral de regering wordt bedoeld, want van aandacht van het parlement voor dit (indertijd) nieuwe leerstuk in het bestuursrecht kan nauwelijks worden gesproken, Laemers e.a. 2007, p. 8 e.v.

⁵⁵⁸ Backes en Janssen 2010, p. 77 en 78.

⁵⁵⁹ Te wijzen valt op de hierna aan te bespreken literatuur van met name M. Scheltema, E.M.H. Hirsch Ballin, (ten dele) R.M. van Male en in het bijzonder J.W.L. Gribnau.

⁵⁶⁰ Alle auteurs van de Maastrichtse bundel ‘Eenzijdig en Wederkerig?’ uit 1995. Ten dele R.M. van Male, die met name aan het wederkerigheidsaspect weinig waarde toekende. Dit laatste geldt overigens ook voor J.W.L. Gribnau. Voorts kunnen ook De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001 als tegenstrevers worden beschouwd. Evenzo: Backes en Janssen 2010, p. 95, alwaar stellen dat de gedachte dat de wederkerige rechtsbetrekking hét uitgangspunt is of is geweest niet juist is.

dacht besteed aan de betekenis van het begrip rechtsbetrekking, in de (sub)paragrafen daarna worden de verschillende betekenissen van wederkerigheid aan de orde gesteld.

4.3. De positiefrechtelijke betekenis van de ‘rechtsbetrekking’ in het bestuursrecht

4.3.1. Rechtsbetrekking: gebondenheid aan geschreven en ongeschreven recht

In rechtsdogmatisch opzicht is de meerwaarde van het rechtsbetrekkingbegrip vooral gelegen in het perspectief dat de betrekkingen tussen bestuur en burger ten volle worden beheerst door rechtsnormen. Met de introductie van de term ‘rechtsbetrekking’ is beoogd duidelijk te maken ‘dat ook de overheid in haar hele besluitvorming aan het recht is gebonden’.⁵⁶¹ Hiermee is tot uitdrukking gebracht, dat behalve bestuursbevoegdheden die door wettelijke regelingen zijn genormeerd, en in zoverre als ‘gebonden bestuursbevoegdheden zijn aan te merken, ook bestuursbevoegdheden met beslissingsruimte door het recht worden genormeerd. Er is, juist door de totstandbrenging van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen sprake meer van een (discretionaire) beslissingsruimte, die als ‘rechtsvrij’ kan worden gekarakteriseerd. Ook waar het bestuur bij de vervulling van zijn taak beschikt over beslissingsruimte, geldt – ook al ontbreekt een wettelijke normering – een gebondenheid aan het recht, welke die in het bijzonder voortvloeit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁶² Voor de ‘rechtsvrije ruimte’ bij (discretionaire) bestuurlijke bevoegdheden, geldt derhalve dat het bestuursorgaan niet (langer) naar eigen inzicht kan handelen en eigen keuzen kan maken.⁵⁶³ Voor deze betekenis van het rechtsbetrekkingbegrip – de volledige gebondenheid van bestuursbevoegdheden aan en door geschreven en ongeschreven recht – geldt dat zij niet vernieuwend is (geweest). De opvatting dat het bestuur volledig is gebonden aan het recht, ook waar het de uitoefening van discretionaire bevoegdheden aangaat, is reeds sinds geruime tijd onomstreden.

4.3.2. Rechtsbetrekking: relativisering van het belang van besluiten

Dit kan echter niet worden gezegd over de andere grondstelling over het rechtsbetrekkingbegrip. Deze houdt – althans volgens de literatuur, de wetgever zwijgt hierover – in dat het belang van het besluit voor de vaststelling van de bestuursrechtelijke rechtsverhouding tussen bestuur en burger sterk gerelativeerd kan en ook moet worden. Wetten, beschikkingen of overeenkomsten worden niet (lan-

⁵⁶¹ Kamerstukken 1988/1989, 22 221, nr. 3, p. 11. Hirsch Ballin 1991, p. 261-262. Door Hirsch Ballin lijkt op p. 262 overigens de uitleg over wederkerigheid en rechtsbetrekking te zijn verwisseld. Daar waar hij spreekt over het begrip ‘wederkerig’, zal ‘rechtsbetrekking’ zijn bedoeld, vgl. Gribnau 1998, p. 209.

⁵⁶² Goorden 1990, p. 114 e.v.

⁵⁶³ Gribnau 1998, p. 212; Hirsch Ballin 1991, p. 262; Van Male 1993, p. 10.

ger) als de rechtsbron van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger beschouwd. Deze rechtshandelingen doen rechtsbetrekkingen niet ontstaan, maar zij gelden 'als bron van rechtsnormen die aan de reeds tussen partijen geldende rechtsnormen worden toegevoegd'.⁵⁶⁴ Wetten, beschikkingen, plannen, overeenkomsten, en derhalve (ook) het (Awb)besluit, zijn in deze visie ingebed in een reeds bestaande rechtsbetrekking.⁵⁶⁵ Rechtshandelingen worden beschouwd als voorvallen of rechtsfeiten die, evenals uitspraken die 'beschermenswaardige verwachtingen wekken' of 'feitelijke voorvallen',⁵⁶⁶ een reeds bestaande en (nadien) voortdurende rechtsbetrekking tussen bestuur en burger (nader) vormen.⁵⁶⁷

De kern van de notie rechtsbetrekking bestaat er derhalve in dat niet (langer) uitsluitend het moment van de (publiekrechtelijke) rechtshandeling bepalend wordt geacht voor het constitueren van de rechtsverhouding tussen bestuur en burger. Er wordt uitgegaan van een rechtsorde die uit rechtsbetrekkingen bestaat, die continu in ontwikkeling zijn.⁵⁶⁸ Het materiële bestuursrecht wordt aldus voorgesteld als 'een dynamisch kader van algemene, nog onvoltooide rechtsbetrekkingen, die door rechtshandelingen van bestuursorganen en (andere) rechtsfeiten steeds weer worden geconcretiseerd en geactualiseerd'.⁵⁶⁹

Uit het voorgaande blijkt dat in de theorievorming over de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking besluiten niet irrelevant zijn. Zij blijven voor de vormgeving van rechtsbetrekkingen van belang.⁵⁷⁰ Dit belang wordt echter wel in belangrijke mate gerelativeerd. Het besluit heeft enkel de betekenis dat het binnen een reeds bestaande, maar nog 'algemene, virtuele en onvoltooide rechtsbetrekking, op een zeker moment een juridische stand van zaken' vastlegt.⁵⁷¹ Naarmate deze rechtsbetrekking algemener en ruimer wordt opgevat, is het belang van het besluit voor de vaststelling van die rechtsbetrekking geringer, zo kan worden gesteld. Er zijn inderdaad auteurs die het rechtsbetrekkingbegrip een zeer algemene betekenis toekennen. In deze zeer algemene, ruime benadering bestaan rechtsbetrekkingen 'reeds waar subjecten met elkaar samenleven'.⁵⁷² Er is sprake van een algemene rechtsbetrekking 'waarin de burger zich tot de staat bevindt', die kan ontstaan of eindigen door bijvoorbeeld de verkrijging of het ein-

⁵⁶⁴ Van Male 1993, p. 17 en p. 22.

⁵⁶⁵ Van Male 1993, p.16.

⁵⁶⁶ Hirsch Ballin 1991, p. 264.

⁵⁶⁷ Van Male 1993, p.16. Volgens Van Male is sprake van onvoltooide rechtsbetrekkingen omdat wetten, beschikkingen e.d. steeds weer wijzigingen ondergaan. Om die reden brengen volgens hem dergelijke rechtshandelingen rechtsbetrekkingen niet tot stand.

⁵⁶⁸ Van der Linden 1995, p. 209.

⁵⁶⁹ Gribnau 1998, p. 216.

⁵⁷⁰ Aldus uitdrukkelijk Hirsch Ballin 1991, p. 264-265.

⁵⁷¹ Gribnau 1998, p. 216.

⁵⁷² Van Male 1993, p. 22.

digen van het staatsburgerschap.⁵⁷³ In deze ruime benadering is sprake van een op een zeker moment voor de burger uitsluitend nog latent aanwezige rechtsbetrekking, waaruit voor hem nog geen concrete rechten en plichten zijn af te leiden.⁵⁷⁴ Deze algemene, virtuele en latente rechtsbetrekking wordt nadien door rechtshandelingen of rechtsfeiten met rechtsgevolgen geactualiseerd en geconcretiseerd.⁵⁷⁵

Deze benadering heeft nogal wat weerstand opgeroepen in de literatuur. Zo is daarover opgemerkt, dat zij aldus vrijwel geheel samenvalt met de notie recht, waardoor de rechtswetenschappelijke relevantie op zijn minst twijfelachtig is.⁵⁷⁶ Voorts is betoogd dat de notie van de algemene rechtsbetrekking, waarmee het besluitbegrip wordt (weg)gerelativeerd problematisch is voor het vaststellen van de rechtskracht. De aan rechtshandelingen verbonden rechtskracht is van betekenis voor (het tijdstip van) de vaststelling van de rechtspositie, maar is ook van belang voor de rechtszekerheid van betrokkenen. Het vergaand nuanceren van het belang van de (publiekrechtelijke) rechtshandeling voor de vormgeving van de rechtsbetrekking, relativeert ook het belang van de rechtskracht, waardoor onzekerheid gaat bestaan over het tijdstip van het intreden van rechtsgevolgen, maar ook over welke dat precies zijn.⁵⁷⁷

Hoewel het begrip rechtsbetrekking één van de uitgangspunten is die aan de Awb ten grondslag ligt, bestaat geen zekerheid over de precieze invulling en reikwijdte daarvan. De totstandkomingsgeschiedenis van de Awb zwijgt hierover vrijwel geheel, terwijl hierover ook nadien van de zijde van de wetgever weinig meer is vernomen. Voorts bestaat er in de literatuur over het bestaansrecht van de notie van de rechtsbetrekking geen eensgezindheid. Daarbij komt dat er onder de auteurs die als pleitbezorgers van de notie van de rechtsbetrekking kunnen worden beschouwd verschil van mening lijkt te bestaan over de betekenis van het besluit voor de vormgeving van een rechtsbetrekking.⁵⁷⁸ Wat er van deze onzekerheid en onduidelijkheid over de precieze betekenis en reikwijdte van het begrip rechtsbetrekking voor het hedendaagse bestuursrecht ook

⁵⁷³ Gribnau 1998, p. 114. In dit verband noemt hij de geboorte, oprichting of vestiging in Nederland respectievelijk de dood, het tenietgaan en vertrek uit Nederland van natuurlijke of rechtspersonen als mogelijke oorzaken, zie p. 209.

⁵⁷⁴ Gribnau 1998, p. 114.

⁵⁷⁵ Gribnau 1998, p. 209.

⁵⁷⁶ Tak 1995 (a). 412; Voorts Tak 2005, p. 14, waar Tak opmerkt dat met de rechtsbetrekking niets meer wordt beoogd dan de duiding dat rechtsregels en rechtsbeginselen van toepassing zijn en in zoverre 'nietszeggend' is. De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 40 achten het onwenselijk dat aan de algemene verhouding tussen overheid en burger concrete rechtsplichten worden verbonden. Zij zien niets in de term rechtsbetrekking, doch spreken van een algemene verhouding tussen overheid en burger, waarbinnen door publiekrechtelijke rechtshandelingen of concrete wetsbepalingen worden de publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen worden gevestigd.

⁵⁷⁷ Van der Linden 1995, p. 208.

⁵⁷⁸ Hirsch Ballin en Gribnau kennen aan besluiten voor de totstandkoming van een rechtsbetrekking een meer substantiële betekenis toe dan bijvoorbeeld Van Male dat lijkt te doen.

zij, voor het positieve materiële bestuursrecht en het bestuursprocesrecht valt de zeer prominente positie die het besluit daarbinnen inneemt niet te ontkennen. Weliswaar is de Awb in materieelrechtelijk opzicht niet alleen relevant voor besluiten⁵⁷⁹, juist zij – en niet het begrip rechtsbetrekking – hebben daarin een onverminderd centrale rol. De rechtsbescherming van het huidige Awb-procesrecht is zelfs vrijwel uitsluitend opengesteld tegen besluiten.⁵⁸⁰ Dit vraagt om een meer precieze beschouwing over de verhouding tussen de notie van rechtsbetrekking en het besluitbegrip.

Voor zover met de notie van rechtsbetrekking is beoogd het belang van het besluit voor de vaststelling van de rechtsverhouding tussen bestuur en burger te relativieren, moet worden geconstateerd dat, gelet op het hedendaagse positieve bestuursrecht, besluiten nog steeds goeddeels de belangrijkste factor is voor het tot gelding (kunnen of moeten) brengen van bestuursrechtelijke rechtsnormen. Het besluit is ook niet (goed) weg te denken, omdat het steeds aan de vaststelling van een rechtsbetrekking tussen bestuur en burger voorafgaat.⁵⁸¹ Voorafgaand aan het moment dat een besluit wordt genomen, bestaan (de in het algemeen door een wetgever vastgestelde) rechtsregels al wel, maar van een (begin van) toepassing van deze in abstracto geldende rechtsregels is veelal in het geheel nog geen sprake.⁵⁸² Deze rechtsregels, die zo gezien slechts latent of in abstracto bevoegdheden, rechten en plichten in het leven roepen voor bestuur en burger, komen in de regel pas tot toepassing⁵⁸³ – en worden pas in bestuursrechtelijk opzicht voor de verhouding tussen bestuur en burger relevant – zodra een aanvraag tot het nemen van een besluit is ingediend of voorwaarde in vervulling is gegaan voor het ambtshalve nemen van een besluit. Het zal dan ook vaak zo zijn, dat een algemene, virtuele en latente bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voor een burger nimmer wordt geconcretiseerd of geactualiseerd, omdat zich geen rechtsfeit heeft voorgedaan, dat daartoe aanleiding heeft gegeven. Tot het moment dat die aanleiding zich voordoet, geldt dat het bestuur in ieder geval rechtens (nog) niet te maken heeft met de betreffende burger en omgekeerd.⁵⁸⁴ Wenst een burger bijvoorbeeld geen bouwwerk op te richten of geen boom te kappen, dan zal hij ook geen daartoe strekkende aanvraag voor een omgevings-

⁵⁷⁹ Uit art. 3:1, lid 2 Awb volgt immers dat de voorschriften van hoofdstuk 3 ook op andere handelingen dan besluiten, derhalve op feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen, van toepassing zijn.

⁵⁸⁰ Art. 8:1 lid 2 maakt een uitzondering voor feitelijke handelingen jegens ambtenaren, terwijl soms ook handelingen die strikt genomen geen besluit zijn in de zin van art. 1:3 Awb op grond van rechtspraak toch voor bezwaar en beroep vatbaar worden geacht. In dit verband valt te denken bestuurlijke rechtsoordelen.

⁵⁸¹ Beurskens 1995, p. 38.

⁵⁸² Het zijn klaarblijkelijk deze publiekrechtelijke rechtsregels die in de theorie over de wederkerige rechtsbetrekking de rechtsbetrekking vormen tussen bestuur en burger, maar dan wel in een abstracte zin. Vgl. Gribnau 1998, p. 208-209.

⁵⁸³ Tenzij het gaat om wettelijke voorschriften waaruit rechtstreeks rechten of plichten voortvloeien.

⁵⁸⁴ Beurskens 1995, p. 38.

vergunning indienen. Onder deze omstandigheden heeft een burger derhalve nog niets uitstaande met de betrokken omgevingsrechtelijke rechtsregels.⁵⁸⁵ Wel geldt voor hem het algemene wettelijk bepaalde verbod van het zonder vergunning mogen bouwen of kappen. Dit verbod vloeit rechtstreeks voort uit de wet en is daarmee primair een rechtsbetrekking tussen wetgever en burger, niet die tussen bestuur en burger. Tussen de twee laatstgenoemden is weliswaar een rechtsbetrekking latent aanwezig – deze aanwezigheid schuilt namelijk in de door de wet toegekende bevoegdheid aan het bestuursorgaan om een omgevingsvergunning te verlenen – maar vanuit een bestuursrechtelijk oogpunt is deze rechtsbetrekking pas relevant, indien een aanvraag voor het verlenen van die vergunning is ingediend of indien de burger zonder die vergunning een door de wet verboden handeling heeft verricht. Eerst dan ontstaat de situatie, waarin het bestuur zal moeten overwegen of het gebruik kan of moet maken van een in de wet opgenomen bestuursbevoegdheid. Eerst vanaf dat moment is de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger ook in bestuursrechtelijke zin relevant en zinvol. Dit geldt ook voor andere deelrechtsgebieden, zoals het sociale zekerheidsrecht, waarin geen vergunningen, maar (bijvoorbeeld) uitkeringen centraal staan. Ook in die andere deelrechtsgebieden vormt veelal een aanvraag de concrete aanleiding voor het toepassen van wettelijke voorschriften. Ook kan de vervulling van een wettelijke voorwaarde reden zijn voor toepassing van sociale zekerheidsregels in concreto, zoals het bereiken van een bepaalde leeftijd⁵⁸⁶ of het verkrijgen van een bepaalde sociale status, zoals het gedurende een bepaalde periode arbeidsongeschikt zijn⁵⁸⁷ dan wel dat juist niet langer zijn of het werkloos worden. Ook hiervoor geldt dat bevoegde bestuursorganen besluiten dient te nemen, waarmee de rechtsverhouding tussen bestuur en burger wordt vormgegeven.

De voorlopige conclusie van het voorgaande is dat het besluit ook onder de vigeur van de Awb van een onverminderd grote betekenis is voor de vaststelling van rechtsverhoudingen tussen bestuur en burger.⁵⁸⁸ Wordt de betekenis van

⁵⁸⁵ In dit voorbeeld wordt de rechtsbetrekking overigens alweer enger opgevat dan zoals Van Male en Gribnau dat hebben gedaan. Zij gaan uit van een zeer algemene, niet op een specifiek deelrechtsgebied (zoals het omgevingsrecht) toegesneden rechtsbetrekking.

⁵⁸⁶ Zoals het geval is bij de toekenning van een ouderdomspensioen. Van een rechtsbetrekking tussen de Sociale Verzekeringsbank en de burger is pas sprake, indien het moment daar is dat de SVB een pensioen dient toe te kennen.

⁵⁸⁷ Hetgeen kan meebrengen, dat de burger in aanmerking moet worden gebracht voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering door het UWV; vanaf dat moment ontstaat de rechtsbetrekking met betrekking tot de arbeidsongeschiktheid tussen het UWV en de burger.

⁵⁸⁸ Ook door auteurs die de idee van de rechtsbetrekking een warm hart toedragen, lijkt deze conclusie te worden onderschreven. Hirsch Ballin stelt weliswaar dat voor de vraag waartoe bestuur en burger jegens elkaar gehouden zijn de beschikking als ‘moment suprême’ niet alleen relevant is, maar kennelijk staat deze wel centraal doordat de voor- en nageschiedenis van die beschikking medebepalend zijn. Hirsch Ballin 1991, p. 265. Voorts kan ook worden gewezen op Gribnau 1998, die op verscheidene plaatsen in zijn dissertatie wijst op het beslissende belang van besluiten voor de (concretisering van de) bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Zo stelt hij, nogal abstract geformuleerd, op p. 209, dat de bestuursrechtelijke rechtsbe-

besluiten dan mogelijk gerelativeerd door de ‘voorvallen, omstandigheden en gebeurtenissen’, die de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking (mede) vormgeven? Volgens verscheidene auteurs worden door het recht al verplichtingen opgelegd aan bestuursorganen jegens belanghebbende burgers met betrekking tot de procedure, de vorm en de inhoud van de besluitvorming, zelfs voordat überhaupt van die concrete (Awb-) besluitvorming sprake is.⁵⁸⁹ Er wordt van uitgegaan, dat de burger in de fase die voorafgaat aan het nemen van een besluit (al) aanspraken kan uitoefenen jegens het bestuur. Deze aanspraken vloeien in het bijzonder voort uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die correleren met bestuurlijke plichten ter zake van zorgvuldige besluitvorming, gemotiveerde belangenafweging of door het bestuur jegens een burger gedane toezeggingen.⁵⁹⁰ Langs deze weg wordt beredeneerd, dat ook reeds voorafgaand aan besluitvorming door bestuursorganen sprake is van een juridische normering van de relatie tussen bestuur en burger. Dat de aan een ‘constituerende rechtshandeling’ voorafgaande betrekking tussen bestuur en burger niet genormeerd zou zijn, wordt door sommigen gezien als een ‘miskennis van het belang van interactie tussen bestuur en burger’, die voorafgaat aan het totstandkomen van een besluit van een bestuursorgaan.⁵⁹¹ Bij deze normerende werking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die voorafgaat aan de bestuurlijke besluitvorming kunnen echter belangrijke kanttekeningen worden geplaatst.

Ten eerste staat de aanspraak van een burger jegens het bestuur op een zorgvuldige besluitvorming niet op zichzelf. Deze aanspraak geldt ten aanzien van een door het bestuur, nog te verrichten publiekrechtelijke rechtshandeling. Veelal gaat het om besluiten in de zin van de Awb. Is immers nog geen aanvraag voor het nemen van een besluit ingediend of is nog geen voorwaarde vervuld die aanleiding geeft voor het ambtshalve nemen van een besluit, dan is de zorgvuldigheidsnorm enkel te beschouwen als een abstracte, tot het objectieve recht behorende rechtsnorm, die in abstracto voorschrijft dat besluiten met de nodige zorgvuldigheid dienen te worden genomen. Pas in het geval een voorwaarde is vervuld die aanleiding is voor het nemen van een besluit, geldt voor een be-

trekking een rechtsobject tot voorwerp heeft. Rechtsobject van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is bijvoorbeeld een vergunning of aanslag. De beschikking vormt dan vervolgens de *substantie* van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Hieruit volgt dat het besluit toch van een beslissende betekenis is. Beurskens 1995, p. 41 acht het (slechts) verdedigbaar om te spreken van een rechtsbetrekking ‘net’ voor het bestuursbesluit en ‘net’ daarna, waarbij het besluit als onmisbare voorwaarde geldt voor het ontstaan van een rechtsbetrekking. De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 37 stellen dat het gebruik van het begrip rechtsbetrekking op praktische bezwaren stuit, omdat in het bestuursrecht nu juist rechtshandelingen en bevoegdheden centraal staan.

⁵⁸⁹ Hirsch Ballin 1991, p. 262. Dit geldt overigens zowel voor besluitbevoegdheden die zich laten karakteriseren door gebondenheid aan de wet als voor die welke een meer discretionair karakter hebben, zie ook Van Male 1993, p. 22 en Gribnau 1998, p. 216.

⁵⁹⁰ Kamerstukken II 1988/1989 22 221, nr. 3, p. 11-13; E.H.M. Hirsch Ballin 1991, p. 262; Gribnau 1998, p. 216; Scheltema 2008, p. 208.

⁵⁹¹ Gribnau 1998, p. 215; Scheltema 2008, p. 209.

stuursorgaan de rechtsplicht in concreto tot het nemen van een zorgvuldig besluit, waarop de burger aanspraak heeft. Zonder aanstaande besluitvorming heeft het beginsel van behoorlijk bestuur die strekt tot een zorgvuldige voorbereiding van besluiten weliswaar voor het bestuursrecht betekenis, maar slechts in die zin dat deze rechtsnorm deel uitmaakt van het objectieve materiële bestuursrecht

Voor de rechtsplicht van bestuursorganen tot het nemen van gemotiveerde besluiten c.q. de aanspraak die burgers daarop kunnen maken, is dit niet anders. De kenbaarheid en de deugdelijkheid van de motivering verkrijgen zijn relevant indien een besluit wordt genomen. Ook voor de rechtsplicht tot het kenbaar en deugdelijk motiveren van besluiten kan derhalve niet worden gezegd, dat deze rechtsnormen een zelfstandige betekenis hebben, die voorafgaand aan en los van bestuurlijke besluitvorming in concreto, een bestuursrechtelijke rechtsverhouding tussen bestuur en burger scheppen, actualiseren of wijzigen.

Ligt dit anders voor de aanspraak van de burger op het gestand doen door het bestuur van gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen? Voor het vertrouwensbeginsel kan, meer dan voor de hierboven besproken beginselen van behoorlijk bestuur worden gezegd, dat dit ook zonder aanstaande (formele) besluitvorming zijn werking kan hebben voor een rechtsverhouding tussen bestuur en burger. Zo kan een toezegging door het bestuur aanleiding zijn om geen of juist wel een besluit met een bepaalde inhoud te nemen. Een 'gebeurtenis', zoals de toezegging door een bestuursorgaan, kan derhalve bepalend zijn voor een bestuursrechtelijke rechtsverhouding tussen bestuur en burger. Hierbij moet echter worden aangetekend, dat ook voor het vertrouwensbeginsel geldt dat de werking daarvan niet goed is los te zien van het nemen van besluiten. Immers, daar waar het bestuur een toezegging heeft gedaan, geldt dit in het bijzonder tot het wel of niet nemen van een besluit met een bepaalde inhoud. Het vertrouwensbeginsel schept geen automatische, abstracte rechtsbetrekking, maar zet het te nemen besluit onder druk van de gedane toezegging. De bestuurlijke toezegging dat een bouwwerk mag worden gebouwd, levert op zichzelf nog niet de toestemming tot bouwen op. Deze ontstaat pas na het indienen van een aanvraag, waarna door het bestuur vervolgens wellicht een voor betrokkene positieve beslissing over de omgevingsvergunning zal moeten worden genomen. De bestuurlijke toezegging dat een uitkering of subsidie (van een bepaalde hoogte) zal worden toegekend, vindt evenzeer zijn neerslag in het te nemen besluit, waarin die uitkering of subsidie ook daadwerkelijk wordt verleend. Het opgewekte vertrouwen zelf kent in het bestuursrecht derhalve geen autonome rechtsgevolgen, maar kleurt het te nemen besluit in.

In de literatuur is gewezen op de 'contra legem'-werking van het vertrouwensbeginsel, teneinde daarmee de (zelfstandige) betekenis van het vertrouwensbeginsel voor het bepalen van de rechtsverhouding tussen bestuur en burger te onderbouwen. De betekenis van dit leerstuk is in rechtsdogmatisch opzicht wellicht aanzienlijk, maar ter relativering van deze contra legem-werking van het vertrouwensbeginsel verdient het opmerking dat het niet zo is dat het vaak voorkomt dat rechtsverhoudingen tussen bestuur en burger via toezeggingen vorm krijgen. Besluiten over uitkeringen, subsidies, vergunningen of

onthefingen komen in de regel immers niet tot stand naar aanleiding van min of meer incidentele communicatie tussen bestuur en burger, maar via een schriftelijke, van te voren vastgestelde en bekendgemaakte procedure.⁵⁹² Vanzelfsprekend is daarnaast ‘flankerende’ communicatie denkbaar, waarin door of namens het bestuursorgaan inlichtingen kunnen worden verschaft, die door de burger kunnen of zelfs mogen worden opgevat als een toezegging over het al dan niet nemen van een besluit met een bepaalde inhoud. Gelet op de strenge eisen die de rechtspraak daaraan stelt, zal het door of namens een bestuursorgaan gewekt vertrouwen evenwel niet snel als gerechtvaardigd worden aangemerkt. Dit geldt temeer, indien het honoreren van het gewekte vertrouwen in strijd zou komen met dwingend recht en daardoor belangen van derden in het gedrang zouden raken.

Geconcludeerd wordt, dat de omstandigheid zich kán voordoen dat een toezegging de inhoud van een rechtsbetrekking tussen bestuur en burger bepaalt, maar in de regel zal aan die inhoud vooral invulling worden gegeven door besluiten. Voorts geldt, gelijk de andere beginselen van behoorlijk bestuur, ook voor het vertrouwensbeginsel, dat het daarmee verbonden rechtsgevolg zich veelal eerst na en door besluitvorming door het bestuur doet gevoelen; het gaat steeds om een gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen met betrekking tot het uitoefenen van een besluitbevoegdheid.⁵⁹³ Voor het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het vertrouwensbeginsel geldt derhalve dat de samenhang met het nemen van besluiten onmiskenbaar is. Deze beginselen van behoorlijk bestuur kleuren een tussen het bestuur en burger aanwezige rechtsbetrekking pas in, indien het nemen van een besluit aanstaande is. Geconstateerd wordt dan ook dat het belang van het besluit voor het vormgeven van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger niet of nauwelijks wordt gerelativeerd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4.3.3. Rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht: nog steeds een onzeker toekomstbeeld

In 4.1. werd al opgemerkt dat volgens de wetgever het gedachtegoed over de (wederkerige) rechtsbetrekking nog niet is uitgekristalliseerd en dat deze nog verder zal moeten worden doorontwikkeld. Het uiteindelijke oogmerk van de Awb-wetgever is wellicht een bestuursrechtelijke toekomst, waarin het besluit geen betekenis meer heeft. In de totstandkomingsgeschiedenis op de Awb wordt van een dergelijk toekomstbeeld ‘zonder besluit’ ook gewag gemaakt.⁵⁹⁴ Uiteindelijk zou sprake zijn van bestuursrechtspraak waarbij de bestuursrechter, evenals de civiele rechter, de inhoud van een rechtsbetrekking bindend kan vaststel-

⁵⁹² Veelal dient een aanvraagformulier met onderbouwende stukken te worden ingediend.

⁵⁹³ Scheltema 2008, p. 208.

⁵⁹⁴ Gelijk het burgerlijk procesrecht zou daarin een rechtsbetrekking ex nunc de inzet zijn van een gerechtelijke procedure, waarbij ook het bestuursorgaan een procesrechtelijke actie toekomt, zie Kamerstukken 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 34.

len in plaats van een besluit op rechtmatigheid te toetsen.⁵⁹⁵ Deze overpeinzin-
gen van de wetgever zijn met omzichtigheid ingeleid, waaruit kan worden op-
gemaakt dat een scenario van een bestuursprocesrecht waarin besluiten niet
langer centraal staan ook indertijd al voor de wetgever hoogst onzeker is ge-
weest.⁵⁹⁶

Geconcludeerd wordt dat, afgezien van rechtsregels die rechtstreeks
rechtsgevolgen voor de burger in het leven roepen, ten tijde van de inwerking-
treding van de Awb en ook thans nog, vooral door besluiten van het bestuur ten
aanzien van burgers rechten en plichten worden gecreëerd, gewijzigd of te niet
gedaan.⁵⁹⁷ Deze constatering doet er niet aan af, dat het bestuur meer moet doen
dan het nemen van rechtens juiste besluiten.⁵⁹⁸ Evenmin doet deze vaststelling er
aan af, dat de overheid niet ook via niet-besluiten, zoals feitelijke handelingen
en privaatrechtelijke overeenkomsten, bestuursrechtelijke relevante rechtsver-
houdingen in het leven kan roepen. De rechtstheoretische aanname in de Awb-
wetsgeschiedenis en de literatuur, dat besluiten zijn ingebed in bestuursrechtelij-
ke rechtsbetrekkingen en samen met andere ‘voorvallen’ en ‘gebeurtenissen’
van meet af bestaande rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger nader concre-
tiseren, staat ver af van de positiefrechtelijke realiteit. Deze positiefrechtelij-
ke realiteit is, zo luidt de conclusie van de voorgaande subparagrafen, dat de
rechtsverhoudingen tussen overheid en burger weliswaar in abstracto worden
genormeerd door het geschreven en het ongeschreven recht, maar de door het
bestuur verrichte publiekrechtelijke rechtshandelingen – in het bijzonder beslu-
ten – zijn van een onverminderd grote betekenis gebleven voor het vaststellen,
wijzigen en tenietdoen van de bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen tussen
bestuur en burger in concreto.⁵⁹⁹ Hieraan doet het rechtstheoretische inzicht, dat
het rechtsbetrekkingenbegrip meebrengt dat bestuursbesluiten volledig onder-
worpen aan en gebonden zijn door het recht, en dat deze gebondenheid er in
voorkomende gevallen toe kan leiden dat een strikte toepassing van de wet
wordt verhinderd, niet af. Onder de vigeur van de Awb geldt dat het leeuwen-

⁵⁹⁵ Aldus Hirsch Ballin 1991, p. 270, waarin hij ook nog een tweetal andere rechtspraakmo-
dellen bespreekt, waaronder het bestuursrechtspraakmodel, waarin de toetsing van de geldig-
heid van de beslissing van een staatsorgaan centraal staat. Zie voorts ook Scheltema 2008,
p. 217 waar deze stelt, dat het voor de rechtsbescherming van de burger veel beter zou zijn
wanneer de gehele rechtsbetrekking in het bestuursrecht aan de orde zou komen.

⁵⁹⁶ ‘Het is niet uitgesloten, dat deze ontwikkelingen in de verdere toekomst zullen leiden tot
een wezenlijke andere benadering van het bestuursprocesrecht’, Kamerstukken 1991/1992,
22 495, nr. 3, p. 34.

⁵⁹⁷ De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 40.

⁵⁹⁸ Volgens Scheltema blijft volgens het huidige denkmodel van het bestuursrecht de dienst-
verlening aan de burgers achter de horizon; een betere informatieverstrekking en servicever-
lening aan de burger blijft daardoor achterwege. Scheltema 2008, p. 209.

⁵⁹⁹ Een veelheid van auteurs is die mening toegedaan: zie onder meer De Haan, Drupsteen en
Fernhout 2001, p. 40; Beurskens.1995, maar ook in de meermalen aangehaalde dissertatie van
Gribnau 1998 wordt de substantiële betekenis van besluiten voor de rechtsbetrekking uitdruk-
kelijk onderkend.

deel van de bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen tussen het bestuur en de burger totstandkomen door het uitoefenen van besluitbevoegdheden.

Behalve dat het materiële bestuursrecht in de Awb-totstandkomingsgeschiedenis en in ondersteunende literatuur is voorgesteld als een ordening van rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger⁶⁰⁰, is aan deze rechtsbetrekkingen het adjectief ‘wederkerigheid’ toegevoegd. Welke de betekenis en de reikwijdte van ‘wederkerigheid’ voor het positieve bestuursrecht is, komt in de navolgende paragraaf aan de orde.

4.4. De positiefrechtelijke betekenis van bestuursrechtelijke ‘wederkerigheid’

4.4.1. Wederkerigheid: ‘wederzijdsheid’ en ‘meerzijdigheid’

In de theorievorming over de wederkerige rechtsbetrekking in het bestuursrecht spelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een centrale rol, zo bleek al. Enerzijds brengen zij mee dat betrekkingen tussen bestuur en burger volledig door het recht worden beheerst; om die reden wordt gesproken van rechtsbetrekkingen. Anderzijds liggen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ten grondslag aan de idee, dat rechtsrelaties tussen bestuur en burger zich laten karakteriseren als ‘wederkerig’. Deze wederkerigheid kan worden opgevat in twee verschillende betekenissen, die beide relevant zijn.⁶⁰¹ De eerste is die van ‘wederzijdsheid’, wat ‘van beide kanten of partijen’ of ‘over en weer’ inhoudt. Deze betekenis sluit het meest aan bij de betekenis die ‘wederkerigheid’ in het verbintenissenrecht heeft. De tweede betekenis die blijkens de wetsgeschiedenis en literatuur aan wederkerigheid wordt toegekend, is dat zowel bestuur als burger zich rekenschap dienen te geven van elkaars belangen. In deze betekenis lijkt bepaalde mate van ‘meerzijdigheid’ in de rechtsrelatie tussen bestuur en burger te schuilen. Hieronder wordt de waarde van beide betekenissen van wederkerigheid voor het positieve bestuursrecht onderzocht.

4.4.2. Wederkerigheid: rechten en plichten over en weer

4.4.2.1. Uit algemene beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeiende wederzijdse plichten

In het materiële bestuursrecht kunnen rechten en plichten voor zowel het bestuur als de burger worden onderscheiden. Plichten zijn gebondenheden om een bepaald gedrag ten toon te spreiden. De bestuurlijke plicht is in zijn algemeenheid een gehoudenheid om een bestuursbevoegdheid uit te oefenen, zodra de voorwaarde(n) daarvoor is (zijn) vervuld. Daarbij bestaat tevens de gehoudenheid

⁶⁰⁰ Hirsch Ballin 1991, p. 264.

⁶⁰¹ Hirsch Ballin 1991 onderscheidt er drie, doch twee daarvan hangen zozeer met elkaar samen dat zij niet als aparte dimensies of betekenissen behoeven te worden behandeld. Het gaat daarbij om de dimensie dat bestuur en burger over en weer plichten jegens elkaar hebben en de dimensie dat ook op de burger plichten jegens het bestuur kunnen rusten.

voor het bestuur om de bevoegdheidsuitoefening te laten plaatsvinden in overeenstemming met het geschreven en ongeschreven recht. Voor het bestuur geldt een rechtsplicht tot het verrichten rechtmatige (rechts)handelingen.

Voor burgers geldt, op grond van vele wettelijke regelingen, een scala aan uiteenlopende plichten. Belastende besluiten, zoals sanctiebesluiten, kunnen burgers verplichten om overtredingen te beëindigen of boetes te betalen. Voorts kunnen burgers bij belastende besluiten worden verplicht om premies of belastingen te betalen. Behalve het verlenen van een of meer aanspraken kunnen ook begunstigende besluiten met een of meer (bijkomende) verplichten voor de burger gepaard gaan. Deze plichten kunnen rechtstreeks uit een wettelijke regeling voortvloeien⁶⁰², maar kunnen ook zijn opgenomen in voorschriften bij een besluit.⁶⁰³ Ook gelden veelal administratieve verplichtingen voor de burger om voor een bepaald (begunstigend) besluit in aanmerking te kunnen komen.⁶⁰⁴

Het zijn echter niet deze plichten van de burger waarop het begrip ‘wederkerigheid’ zoals dat wordt gehanteerd in de conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking het oog heeft.⁶⁰⁵ Volgens de Memorie van Toelichting op de eerste tranche van de Awb gaat het om ongeschreven, buitenwettelijke plichten van burgers jegens bestuursorganen voor zover laatstgenoemden toepassing dienen te geven aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn tot ontwikkeling gekomen teneinde met name discretionaire bestuursbevoegdheden rechtens te normeren met het oog op het verlenen van meer rechtswaarborgen voor de burger jegens het bestuursoptreden. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur bieden zo beschouwd compensatie voor de tanende waarborgfunctie van het wetmatigheidsbeginsel.⁶⁰⁶ Omdat bestuursorganen in beginsel gehouden zijn gevolg te geven aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, kunnen de uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeiende rechtsplichten voor bestuursorganen beschouwd worden als ‘aanspraken’ voor de burger. De burger kan aldus aanspraak maken op een zorgvuldig voorbereid besluit, een zowel kenbaar als deugdelijk gemotiveerde besluit of een besluit waarin gestand is gedaan aan bij de burger door het bestuur gerechtvaardigd opgewekte verwachtingen. De compenserende functie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is volgens de Awb-wetgever echter niet onvoorwaardelijk en absoluut. Ten behoeve van het bestuur dient een zeker evenwicht te worden gecreëerd tussen de uit de algemene beginselen van behoorlijk voor het bestuur voortvloeiende verplichtingen en de (bestuurs)lasten die deze plichten meebrengen, zo blijkt uit de Me-

⁶⁰² Zoals bijvoorbeeld de inlichtingenverplichtingen in sociale zekerheidsregelgeving.

⁶⁰³ Het kan om een inlichtingenplicht, een sollicitatieplicht of de plicht om een standplaats schoon te houden.

⁶⁰⁴ Ten Berge 2007, p. 14-17. Ten Berge merkt genoemde plichten aan als administratieve plichten ten behoeve van een soepele uitvoering van overheidsbeleid. Daarnaast onderscheidt hij arbeidsplichten en plichten die voortvloeien uit het noodrecht (p. 12-13).

⁶⁰⁵ Aldus ook Hirsch Ballin 1991, p. 262.

⁶⁰⁶ Stout 1994, p. 241-247; Scheltema 1996, p. 1358; Schreuder-Vlasblom 2011, p. 45.

morie van Toelichting op de eerste tranche van de Awb.⁶⁰⁷ Dit evenwicht wordt volgens de wetgever bewerkstelligd door van de burger te verlangen, dat hij de voor de besluitvorming relevante en noodzakelijke gegevens inbrengt, zodat het bestuur daarover ook kan beschikken. Het bestuur wordt aldus in staat gesteld om een besluit te nemen, waarbij het ook daadwerkelijk rekening kan houden met de inbreng van de burger. Voor zover een burger het bestuur niet op de hoogte heeft gebracht van bepaalde voor de besluitvorming relevante gegevens, dan kan noch mag van het bestuur worden verwacht dat het met deze ontbrekende gegevens rekening houdt. Wenst de burger derhalve dat met zijn inzichten en/of belangen rekening wordt gehouden, dan geldt – als een uitvloeisel van ‘wederkerigheid’ – de voor de burger geldende (buitenwettelijke)⁶⁰⁸ plicht dat hij deze op een daartoe geschikte wijze onder de aandacht van het bestuur brengt.⁶⁰⁹ Is de burger daarin tekort geschoten, dan geldt voor hem dat zijn beroep op een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet wordt gehonoreerd. In dit verband wordt wel gesproken over een ‘mitigerende reflex van de burgerverplichtingen’ op de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶¹⁰

In de literatuur is de wederkerigheid in het bestuursrecht wel gekenschetst als het samenspel van het afstemmen van elkaars gedragingen, waarbij sprake is van een wisselwerking tussen de rechten en plichten van bestuur en burger in hun onderlinge rechtsbetrekking, waarbinnen beide met elkaars belangen rekening dienen te houden.⁶¹¹ Er wordt dan van ‘wederkerigheid’ gesproken, omdat in ruil voor een door hem gewenst overheidsoptreden, de burger ook een zekere inspanning of prestatie dient te leveren. De vereiste inspanning of prestatie van de burger bestaat er in, dat hij aan het bestuur informatie verschafft, die voor het nemen van het door hem gewenste besluit relevant is.⁶¹² Op de burger rusten

⁶⁰⁷ Kamerstukken II, 1991/1992 21 221, nr. 3, p. 12. Volgens Ten Berge 2007, p. 32. bestond in kringen van het openbaar bestuur vrees voor de gevolgen van de codificering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor bestuursorganen. Bestuursorganen vreesden met aanzienlijk hogere bestuurslasten te kampen te krijgen. Het zou deze – politieke - reden zijn geweest, die aldus Ten Berge het concept van (vooral) wederkerigheid ‘uit de lucht’ heeft laten vallen.

⁶⁰⁸ Het gaat namelijk om niet uitdrukkelijk op de wet gebaseerde plichten voor de burger, die indirect worden afgeleid uit algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Gribnau 1998, p. 231.

⁶⁰⁹ Kamerstukken II, 1988/1989 21 221, nr. 3, p. 13.

⁶¹⁰ Ten Berge 2007, p. 19, in navolging van I. Opdebeek en Van Damme 2006. Ten Berge spreekt in dit verband van een ‘politiek handigheidje’, met het gevolg dat ‘wat met de ene wet voor het oog van de natie werd gegeven’ weer werd teruggenomen met de introductie van een ‘nieuw onzichtbaar beginsel’ (p. 22-23). Ook Schreuder-Vlasblom beschouwt de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als een aanvullende normering ten aanzien van wettelijke normering. Volgens haar eisen algemene beginselen van behoorlijk bestuur van het bestuur dat een jegens alle betrokkenen gelijke en afstandelijke belangenafweging maakt, Schreuder-Vlasblom 2011, p. 45.

⁶¹¹ Scheltema 1996, p. 1358; Gribnau 1998, p. 224.

⁶¹² Van Male 1993, p. 18.

informatie- en medewerkingsplichten⁶¹³, ook wel ‘administratieve hulpplichten of participatieplichten’ genoemd, juist omdat van de burger behulpzaamheid wordt verwacht bij de rechtsvorming en rechtshandhaving door het bestuur.⁶¹⁴ Voldoet de burger niet of in onvoldoende mate aan genoemde plichten, dan mag het bestuursorgaan op zijn beurt afzien van de vestiging van de betreffende rechtsbetrekking, ongeacht de aanspraken die de burger zouden toekomen op grond van het materiële recht.⁶¹⁵ De van de burger verlangde inspanning of prestatie jegens het bestuur richt zich derhalve in het bijzonder op aanspraken, die de burger kan ontlenen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De burger, die aanspraak wenst te maken op de bestuurlijke rechtsplicht tot het geven van toepassing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur⁶¹⁶, is op zijn beurt jegens het bestuur ook ‘ergens toe gehouden’.⁶¹⁷

Aan deze gehoudenheid van de burger is in de Memorie van Toelichting op de eerste tranche van de Awb en in de literatuur nog de dimensie toegevoegd, dat het bestuur óók de burger kan houden aan de door hem aan het bestuur verschaft informatie.⁶¹⁸ Meer recentelijk wordt in dit verband wel gesproken over ‘beginselen van behoorlijk burgerschap’.⁶¹⁹ In een aan de Tweede Kamer verzonden kabinetsnotitie over burgerschap⁶²⁰ is, onder verwijzing naar het WRR-rapport ‘De toekomst van de nationale rechtsstaat’ een nadrukkelijke relatie gelegd tussen de wederkerige relatie tussen overheid en burger en burgerschap. In deze notitie is door het toenmalige kabinet een aantal beginselen van behoorlijk burgerschap geformuleerd, die later zijn opgenomen in een brief van de minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer.⁶²¹ Het betreft hier een verdere uitwerking van de passage die hierover reeds in de Memorie van Toelichting op de eerste tranche van de Awb is te vinden. Deze beginselen van behoorlijk burgerschap geven aan wat van een burger verwacht mag worden, ook

⁶¹³ De Jong, 1988, p. 71

⁶¹⁴ Ten Berge, 2007, p. 37.

⁶¹⁵ ‘Vraagt iemand bij voorbeeld een subsidie aan, maar weigert hij desgevraagd voldoende gegevens te verschaffen over de te subsidiëren activiteit, dan zal het bestuur de aanvraag buiten behandeling mogen laten’, zo stelt de Memorie van Toelichting op de eerste tranche Awb (Kamerstukken II 1991/1992 21 221, nr. 3, p. 13). Voorts Simon 1995, p. 64; Scheltema 2006, p. 107-108.

⁶¹⁶ Het ‘recht’ van de burger dat het bestuur met zijn belangen en wensen rekening houdt. Overigens kunnen de aard van de bestuurstaak en de noodzakelijke doelmatigheid deze bestuurlijke plicht tot belangenafweging beperken, Kamerstukken II 1988/1989 21 221, nr. 3, p. 12.

⁶¹⁷ Hirsch Ballin 1991, p. 264.

⁶¹⁸ Kamerstukken II 1988/1989 21 221, nr. 3, p. 13; Hirsch Ballin 1991, p. 263; Volgens Scheltema is sprake van een blinde vlek in het bestuursrecht, omdat de bijdrage die van de burger mag worden verwacht aan de vorming van de rechtsbetrekking – bijvoorbeeld de nakoming van door de burger aan de overheid gedane toezeggingen - geheel buiten beeld is gebleven, Scheltema 2008, p. 211.

⁶¹⁹ Aan beginselen van behoorlijk burgerschap werd ook al aandacht besteed door onder meer Van Gerven 1983 en Nicolai 1984.

⁶²⁰ Kamerstukken II 2004/2005, 29 362, nr. 31.

⁶²¹ Kamerstukken II 2008/2009, 29 614, nr. 12.

in de verhouding met de overheid, wanneer hij verantwoordelijkheid draagt in het publieke domein. In genoemde kabinetsnotitie worden achtereenvolgens onderscheiden: het vertrouwensbeginsel (uit hoofde waarvan de burger zich bindt aan door hem gedane toezeggingen aan andere burgers en/of de overheid), het zorgvuldigheidsbeginsel (de burger laat in zijn verkeer met andere burgers en/of de overheid, in het bijzonder gedurende bezwaar- en beroepsprocedures, tijdig weten wat hij van plan is), het rechtszekerheidsbeginsel (de burger bindt zich aan gemaakte afspraken met andere burgers en/of de overheid) en het motiveringsbeginsel (burgers en bedrijven leggen verantwoording af over de wijze waarop zij invulling geven aan bepaalde aan hen toevertrouwde publieke verantwoordelijkheden).

4.4.2.2. Wederkerigheid: beperkt tot de voorbereiding van besluiten

Hoewel dat in de Awb-wetsgeschiedenis niet uitdrukkelijk is vermeld, moet het er voor worden gehouden dat de notie van de wederkerige rechtsbetrekking is ontleend aan het privaatrecht.⁶²² Bestuursrechtelijke ‘wederkerigheid’ heeft evenwel een beperktere betekenis dan ‘wederkerigheid’ in het verbintenissenrecht. In het verbintenissenrecht is wederkerigheid gekoppeld aan de ‘obligatoire overeenkomst’, die – anders dan het eenzijdige bestuursrechtelijke besluit – een meerzijdige rechtshandeling is. Wederkerigheid in het overeenkomstenrecht houdt in dat in het kader van de obligatoire overeenkomst partijen over en weer rechten en plichten zijn aangegaan. Daarbij wordt onderscheiden tussen hoofdverbintenissen en nevenverbintenissen. De inhoud van de wederkerige overeenkomst bestaat uit uitdrukkelijk overeengekomen, (en in de regel) min of meer gelijkwaardige prestaties.⁶²³ Vanuit dit civielrechtelijk perspectief is de wederkerigheid in het bestuursrecht ‘onvolkomen’, omdat geen sprake is van ‘het uitwisselen van gelijkwaardige prestaties van uitdrukkelijk van elkaar afhankelijk gestelde hoofdverbintenissen’.⁶²⁴ Anders dan in het verbintenissenrecht geldt in het bestuursrecht, dat alleen voor het bestuur een hoofdverbintenis, in de vorm van bijvoorbeeld het verlenen van een subsidie, uitkering of een vergunning, valt aan te wijzen. Daartegenover staan geen (daaraan gelijkwaardige)

⁶²² Zoals blijkt uit Hirsch Ballin 1991, p. 261 en Van Male 1993, p. 1-2. Ook kan worden gewezen op Kamerstukken II 1991/1992 22 495, nr. 3, p. 33-35, waarin een vooruitblik wordt gegeven op de mogelijke toekomst van het bestuursrecht, waaronder de integratie op het gebied van procesrecht. De regering achtte de ontwikkeling van wederkerigheid in het bestuursrecht nog onvoldoende ontwikkeld om de bestuursrechter evenals de civiele rechter rechtsbetrekkingen ex nunc te laten vaststellen, Kamerstukken II 1992/1993, nr. 22 495, nr. 6, p. 38-40 (MvA).

⁶²³ Beurskens 1995, p. 43. Zo kent de koopovereenkomst als hoofdverbintenissen: het recht van de verkoper op de geldelijke vergoeding voor het goed dat hij heeft verkocht, terwijl daartegenover de koper verplicht is tot betaling, anderzijds heeft de koper recht op levering van het goed, waartoe de verkoper verplicht is.

⁶²⁴ Volgens Beurskens is sprake van een onvolkomen wederkerigheid, die in wezen eenzijdig is, omdat geen sprake is van ‘het uitwisselen van gelijkwaardige prestaties van uitdrukkelijk van elkaar afhankelijk gestelde hoofdverbintenissen’, Beurskens 1995, p. 44-45.

tegenprestaties voor de burger, terwijl deze ook niet zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag door het bestuur mogen of kunnen worden opgelegd. Er is derhalve geen sprake van een met de obligatoire overeenkomst vergelijkbare wederkerigheid, omdat van een daar tegenoverstaande voor het bestuur rechtens afdwingbare plicht jegens de burger geen sprake is.⁶²⁵ De verplichtingen van bestuur en burger in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zijn derhalve niet, gelijk het verbintenissenrecht, te beschouwen als min of meer gelijkwaardig. In de literatuur is om die reden voorgesteld de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking niet als een wederkerige aan te merken⁶²⁶, maar als een ‘correlatieve asymmetrische rechtsbetrekking’. Hierin wordt enerzijds tot uitdrukking gebracht dat bestuur en burger ongelijk zijn⁶²⁷, maar anderzijds wordt benadrukt dat de verplichting van het bestuur correspondeert met een daaraan voorafgaande plicht van de burger.⁶²⁸

Dit ‘correlatieve’ karakter of het ‘ruilkarakter’ van de rechtsbetrekking spitst zich, gelet op de bedoelingen van de wetgever, in het bijzonder toe op de voorbereidingsfase van het besluit(vormingsproces). Zowel het bestuur als de aanvrager van een besluit hebben een eigen verantwoordelijkheid bij de feitenvaststelling ten behoeve van een besluit, dat is aangevraagd.⁶²⁹ De onderzoeksplicht van het bestuur en (de daartegenover te stellen) informatie- en medewerkingsplichten van de burger zijn neergelegd in artikelen 3:2 en – voor zover het een aanvraag om een besluit betreft – 4:2, lid 2 Awb. Volgens de Memorie van Toelichting geldt een zeker samenspel tussen deze bepalingen.⁶³⁰ Art. 3:2 draagt het bestuursorgaan op relevante feiten zorgvuldig vast te stellen. Indien de aanvrager echter onvoldoende gegevens overlegt, gaat de op het bestuursorgaan rustende plicht van art. 3:2 niet zover dat het bestuursorgaan zelf een onderzoek moet instellen om de relevante en noodzakelijke feiten voor het nemen van het besluit te achterhalen. Uit art. 4:2 lid 2 volgt, dat de aanvrager deze gegevens dient te verstrekken teneinde het bestuursorgaan over informatie te laten beschikken die het meestal niet of veel moeilijker langs een andere weg kan verkrijgen.⁶³¹ Het bestuursorgaan mag daarbij volgens de Memorie van Toelichting echter alleen gegevens verlangen waarover de aanvrager redelijkerwijs kan beschikken.⁶³² Voorts rust op het bestuursorgaan de plicht om de juistheid van de door aanvrager overgelegde gegevens te verifiëren alsmede na te gaan of sprake is van belangen van derden die bij de besluitvorming moeten worden meegewo-

⁶²⁵ Beurskens 1995, p. 44.

⁶²⁶ Volgens Gribnau dient wederkerigheid bewaard te blijven voor het privaatrecht, voor het bestuursrecht geldt slechts een sterke relativering van dit begrip. Gribnau 1998, p. 238.

⁶²⁷ Dit is derhalve geen wederkerigheid in de betekenis van ‘do ut des’ in, omdat in het bestuursrecht sprake is van een objectieve taakvervulling door het bestuur, die losstaat van de opstelling van de burger, aldus ook Gribnau 1998, p. 239-241.

⁶²⁸ Idem.

⁶²⁹ Over de verdeling van verantwoordelijkheden voor een ambtshalve te nemen besluit worden in de wetgeschiedenis geen opmerkingen gemaakt.

⁶³⁰ PG Awb I, p. 205 (MvT).

⁶³¹ PG Awb I, p. 238 (MvT).

⁶³² PG Awb I, p. 239 (MvT).

gen. Voor zover dat niet in regelgeving is geschied, zal het bestuur de burger ook duidelijkheid dienen te verschaffen over de gegevens die van belang zijn voor het nemen van het gevraagde besluit. De (onderzoeks)plicht van het bestuur terzake van de voorbereidingsfase van de besluitvorming lijkt daarom wel wat verder te strekken dan de daartegenover gestelde informatie- en medewerkingsplicht van de burger.

Alleen indien de burger nalatig is in het verschaffen van informatie of in het geven van medewerking, mag het bestuur afzien van het nemen van een besluit⁶³³ dan wel een besluit nemen met een andere dan de door de burger gewenste of gevraagde inhoud.⁶³⁴ In de regel zal het bestuur overigens zonder relevante informatieverschaffing of medewerking door de burger ook niet goed in staat zijn om een gevraagd besluit te nemen. In de literatuur is over deze plichten van vooral communicatieve aard om die reden opgemerkt, dat zij niet meer zijn dan een logische en noodzakelijke voorwaarde om het bestuur ook feitelijk in de gelegenheid te stellen een juist besluit te laten nemen. De term ‘plicht’ is dan ook volgens sommigen te ver gezocht⁶³⁵ en voegt niets toe om het in verband te brengen met een theorie over wederkerige rechtsbetrekkingen.⁶³⁶

Voldoet de burger wél aan zijn informatie- en medewerkingsplichten door de gevraagde en benodigde informatie en/of medewerking te verschaffen, dan heeft het bestuur de rechtsplicht om een besluit te nemen dat in overeenstemming is het materiële geschreven en ongeschreven bestuursrecht. Zoals hierboven is opgemerkt, staan tegenover deze uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende rechtsplicht van het bestuur geen (gelijkwaardige) plichten voor de burger, wat overigens niet wegneemt dat op grond van de wettelijke regeling of op grond van de aan een besluit verbonden voorschriften of voorwaarden wel bijkomende verplichtingen voor de burger kunnen gelden.

4.4.3. Bestuursrechtelijke wederkerigheid: ook meerzijdigheid?

4.4.3.1. Wederkerigheid in de betekenis van meerzijdigheid

Gelet op de Awb-wetsgeschiedenis en de literatuur heeft wederkerigheid, behalve het min of meer wederzijdse karakter zoals dat hierboven is besproken, ook nog een andere betekenis. Volgens de wetsgeschiedenis behelst wederkerigheid namelijk ook dat het bestuur

‘[N]aar huidig inzicht niet meer te typeren [is] als de overheid die over de burger beslist zonder met diens zienswijze rekening te houden. Weliswaar is het bestuur

⁶³³ Hetgeen dan kan leiden tot het buiten behandeling laten van de aanvraag.

⁶³⁴ Overigens uit hoofde van de rechtsplicht van het voeren van zorgvuldig bestuur niet dan nadat de burger in de gelegenheid is gesteld om de ontbrekende gegevens alsnog over te leggen.

⁶³⁵ De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 39-40; Beurskens 1995, p. 45. Volgens Zijlstra 2009, p. 1-9 moet worden gesproken van een ‘last’ voor de burger die tot rechtsverwerking leidt indien daaraan geen of onvoldoende gevolg wordt gegeven.

⁶³⁶ Schlössels en Zijlstra 2010, nr. 57.

in de eerste plaats gebonden aan de regels van de wetgever en aan de resultaten van politieke besluitvorming, maar binnen die grenzen moet het ook rekening houden met de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger, zoals die burger deze zelf ziet'.⁶³⁷

Het bestuur dient zich rekenschap te geven van de gegevens en omstandigheden die de burger inbrengt. Van een eenzijdige invulling door de overheid, ongeacht de voorkeuren, de houding en de kenmerken van die burger mag geen sprake zijn, omdat 'van het bestuur juist [mag] worden verwacht dat het rekening houdt met de voorkeuren die er aan de zijde van de burger bestaan'.⁶³⁸ Dit rekening (moeten) houden met de inbreng van de burger, impliceert dat de wijze van de totstandkoming en/of de inhoud van besluiten ook door de burger kan worden beïnvloed. Bestuur en burger kunnen, zo lijkt de veronderstelling te luiden, tot op zekere hoogte – want alleen binnen de grenzen van de wet en de politieke besluitvorming – overleg voeren met elkaar om vervolgens overeenstemming te bereiken over de vormgeving van een rechtsbetrekking. Volgens de totstandkomingsgeschiedenis op de Awb gaat het hier ook om wederkerigheid. In het civiele recht wordt van 'meerzijdigheid' gesproken.⁶³⁹ Bij (civielrechtelijke) meerzijdige rechtshandelingen staat (het bereiken van) overeenstemming tussen rechtssubjecten over de beoogde rechtsgevolgen centraal. Deze meerzijdigheid kan zich uitstrekken over de beslissingen ten aanzien van het al dan niet aangaan van verbintenissen, de keuze van de wederpartij, de inhoud van de rechtshandeling, alsmede de uitvoering, wijziging en de beëindiging van de rechtsgevolgen van een rechtshandeling.⁶⁴⁰

Hieronder wordt onderzocht of en zo ja in hoeverre bestuursorganen rekening kunnen en mogen houden met de inbreng van de burger. Het gaat dan om de beantwoording van de vraag hoever dit aspect van wederkerigheid zich naar positief bestuursrecht kan uitstrekken.

4.4.3.2. Meerzijdigheid in het bestuursrecht: begrensd door legaliteit

Vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel is het binnen een wederkerige rechtsbetrekking kunnen voeren van overleg, onderhandelen en het uiteindelijk bereiken van overeenstemming tussen bestuur en burger over bestuursrechtelijke rechtsgevolgen niet vanzelfsprekend. Het is daarom een essentiële vraag hoe de het gedachtegoed van de wederkerige rechtsbetrekking zich verhoudt tot dit rechtstatelijke beginsel. Burgers bindende normstelling door de overheid dient zich exclusief te richten op de behartiging van het algemeen (deel)belang.⁶⁴¹ Zodanig overheidsoptreden is begrensd, omdat zonder (grond)wettelijke grondslag de overheid, in het bijzonder het bestuur, niet mag handelen. Daarbij komt

⁶³⁷ Kamerstukken II 1988/1989 21 221, nr. 3, p. 12.

⁶³⁸ Scheltema 2006, p. 107-108.

⁶³⁹ Beurskens 1995, p. 48.

⁶⁴⁰ Simon 1995, p. 67-68.

⁶⁴¹ Heldeweg 1995, p.4.

dat de uitoefening van de (Grond)wettelijk toegekende bestuursbevoegdheden veelal nog weer nader wordt begrensd, doordat voor de concrete aanwending van bestuursbevoegdheden veelal nog weer formele en materiële rechtsnormen gelden.⁶⁴² Aan bestuursbevoegdheden verbonden (wettelijke) voorwaarden bepalen derhalve de mate waarin voor het bestuur ruimte aanwezig is om overleg te voeren over een besluit en daarover zo mogelijk overeenstemming met de burger te bereiken. Voor zover de uitoefening van bestuursbevoegdheden ‘gebonden’ is aan en door dergelijke dwingende rechtsnormen, is deze ruimte volledig afwezig. Is immers voldaan aan het volgens de betrokken dwingendrechtelijke voorschriften vereiste rechtsfeitencomplex, dan is vervolgens ook dwingend voorgeschreven hoe de bestuurlijke beslissing (over de toepassing van die voorschriften) dient te luiden. Voor het bestuur geldt dat het geen andere (algemene deel)belangen mag afwegen of een nadere afweging mag maken, indien dat door de (betreffende) wetgever zelf reeds (in volledigheid) is gebeurd. De conclusie luidt dan ook dat het bestuur zijn bestuursbevoegdheden niet vrij kan uitoefenen voor zover deze zijn genormeerd door dwingende bestuursrechtelijke rechtsnormen. In zoverre is het bestuur ook niet in staat om na overleg met de burger vrijelijk voor de burger geldende rechten en/of plichten te scheppen, te wijzigen of teniet te doen.⁶⁴³ Vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel geldt in het bestuursrecht derhalve voor zowel bestuur als burger een ‘wederzijdse onvrijheid’.⁶⁴⁴

In zoverre – namelijk voor zover daarmee is bedoeld dat besluiten tussen bestuur en burger min of meer meerzijdig tot stand kunnen komen – kan de notie van wederkerige rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht in ieder geval geen afbreuk afdoen aan de gelding van het legaliteitsbeginsel. Zij glijdt als het ware langs het bereik van deze, nog immer onverkort geldende, klassieke grondslag van het bestuursrecht heen. Of, anders gezegd, de leer van wederkerigheid is daar op zijn hoogst naast te posteren.⁶⁴⁵ Dit valt overigens ook uit de Memorie van Toelichting op de eerste tranche van de Awb zelf op te maken. Uitdrukkelijk wordt daarin immers aangetekend, dat het bestuur alleen ‘binnen de grenzen van de wet en de politieke besluitvorming’ ruimte heeft om rekening te houden met de inbreng van de burger.

Geconcludeerd wordt dat wederkerigheid, opgevat in de betekenis van meerzijdigheid, geen betekenis heeft voor (alle) in wetgeving in formele zin voorkomende dwingende rechtsnormen. Behalve deze rechtsnormen in wetgeving in formele zin onttrekken zich ook de rechtsnormen, die zijn opgenomen in gedelegeerde wetgeving, zoals algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen of die welke voorkomen in verordeningen van decentrale overheden,

⁶⁴² Dit wordt wel het negatieve aspect van het legaliteitsbeginsel genoemd, zie o.m. Burkens, Kummeling en Vermeulen 2006, p. 87.

⁶⁴³ Van Male 1993, p. 10 en 17.

⁶⁴⁴ Heldeweg 1995, p. 124.

⁶⁴⁵ Dit lijkt ook de conclusie van Van Male te zijn, voor zover legaliteit en wederkerigheid met elkaar in strijd komen, Van Male 1993, p. 20-21.

aan de notie van de wederkerige rechtsbetrekking. Dit leidt tot de conclusie, dat van de in deze paragraaf bedoelde betekenis van wederkerigheid ('meerzijdigheid') geen sprake is voor zover de bestuurlijke bevoegdheidsuitoefening door dwingende rechtsnormen is genormeerd. Naarmate een besluitbevoegdheid minder of in het geheel niet dwingend is genormeerd, zou de ruimte voor wederkerigheid tussen bestuur en burger wel aanwezig kunnen worden geacht. Hieronder wordt onderzocht of en zo ja in hoeverre hiervan sprake is.

4.4.3.3. Discretionaire besluitbevoegdheden: ruimte voor wederkerigheid?

4.4.3.3.1. Discretionaire besluitbevoegdheden

Wederkerigheid opgevat in de betekenis van een samenspel van onderhandeling en overleg tussen bestuur en burger teneinde een tussen hen geldende rechtsbetrekking te kunnen vormgeven, kan aanwezig worden geacht in zover wettelijke regelingen discretionaire ruimte aan het bestuur laten. Gelet op de Awb-wetsgeschiedenis is de gedachtevorming over wederkerige rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht ook ontsproten aan de constatering dat in de loop van de vorige eeuw steeds meer bestuursbevoegdheden aan bestuursorganen zijn toegekend met (een aanzienlijke mate van) beslissingsruimte.⁶⁴⁶ Deze bestuurlijke beslissingsruimte, die kan worden onderscheiden in beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid⁶⁴⁷, is ontstaan doordat de wetgever om uiteenlopende redenen⁶⁴⁸ in de loop van de vorige eeuw steeds minder precies het bestuur is gaan voorschrijven onder welke voorwaarden een beslissing jegens een burger mag worden genomen en hoe vervolgens die beslissing in een concreet geval moet luiden. De algemene, door de wetgever vastgestelde bestuursrechtelijke rechtsnorm bepaalt vaak niet volledig of zelfs (nagenoeg) niet meer wat de inhoud van een besluit moet zijn. De normstelling voor het individuele geval wordt door de wetgever (in formele zin), al dan niet via het opdragen van nadere normstelling aan andere, meestentijds lagere wetgevers, (uiteindelijk) aan het bestuur overgelaten.⁶⁴⁹ Voor bestuursrechtelijke regelgeving is derhalve kenmerkend dat de wetgever het bestuur derhalve niet of slechts ten dele heeft kunnen of willen binden aan wettelijke voorschriften. Nochtans geldt niet voor het gehele bestuursrecht,

⁶⁴⁶ Zie 4.1.

⁶⁴⁷ O.a. Damen 2009, p. 347-356.

⁶⁴⁸ Struycken 1910, p. 20-24 maakte van deze 'terugtrek van de wetgever' gewag en onderscheidde een drietal ontwikkelingen in het administratieve recht: een toenemende inspanning van het parlement om maatschappelijke veranderingen te bewerkstelligen via het recht, een (bijgevolg) toenemende delegatie aan de uitvoerende organen en een toename van vage wettelijke normen. Met name in het gebruik van vage wettelijke normen schuilt de terugtrek van de wetgever, aldus Struycken. Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 135-136, noemen als oorzaak de sterk toegenomen omvang van de bestuursrechtelijke wetgeving, de behoefte aan flexibiliteit door bijvoorbeeld gewijzigde maatschappelijke of technische omstandigheden en de behoefte aan bestuurlijk maatwerk en overleg, waaraan een wetgever niet tegemoet kan komen.

⁶⁴⁹ Schlössels 2006, p. 94.

want het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht, het ambtenarenrecht en het vreemdelingenrecht hebben een meer wetsgebonden karakter, terwijl het economische bestuursrecht en het omgevingsrecht vaker nadere normstelling door het bestuur vergen op grond van nadere weging van (deel)belangen.⁶⁵⁰

Waar het bestuur beschikt over beslissingsruimte ten aanzien van meeen af te wegen belangen, is het denkbaar dat in beginsel de mogelijkheid aanwezig is tot het voeren van overleg en het bereiken van overeenstemming ten aanzien van de door de burger naar vorengebrachte belangen, voorkeuren en wensen.⁶⁵¹ Om die reden zou het niet ondenkbaar zijn dat beide, bestuur en burger, overeenstemming kunnen bereiken over de invulling van een rechtsbetrekking. In hoeverre bieden discretionaire bestuursbevoegdheden hiervoor inderdaad gelegenheid?

4.4.3.3.2. Beperking door het specialiteitsbeginsel

Het specialiteitsbeginsel heeft in de kern betrekking op de vraag met het oog op welke belangen het bestuur rechtsvormend mag handelen.⁶⁵² Het gaat er om welke feiten en belangen het bestuur mag en/of moet meewegen bij het nemen een besluit. Het specialiteitsbeginsel begrenst de mogelijkheid tot het rekening (mogen) houden met belangen, voorkeuren en wensen van burgers. De vraag is in hoeverre dat het geval is.

Het beantwoorden van deze vraag ligt primair in handen van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Het is de wetgever die het primaat heeft een bepaald algemeen (deel)belang ter behartiging aan het bestuur toe te vertrouwen.⁶⁵³ Een bestuursbevoegdheid is derhalve op grond van wetgeving doelgebonden.⁶⁵⁴ Binnen het kader van de daarvoor door de wetgever toegekende bestuursbevoegdheid mag het bestuur vervolgens rechtsvormend handelen. Voor rechtsvorming door het bestuur in concreto – de nadere concretisering van de (discretionaire) rechtsnorm – bestaat derhalve alleen speelruimte binnen het normatieve, door de wetgever vastgestelde kader ‘in abstracto’.⁶⁵⁵ Het speciali-

⁶⁵⁰ Var-commissie Rechtsbescherming 2004, p. 36-37.

⁶⁵¹ Brenninkmeijer 2004, p. 217; De Graaf 2004, p. 68; Vroemen en Allewijn 2005, p. 33.

⁶⁵² Teunissen en Tak 1994, p. 605 e.v.; Schlössels 1995, p. 158.

⁶⁵³ Schlössels 1995, p. 158; Tolsma 2008, p. 91. Niettemin geldt volgens De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 116 door het ontbreken van het ‘Bestimmtheitsgebot’ op wetgevingsniveau, het specialiteitsbeginsel in het Nederlandse recht (slechts) als een ‘beginsel van behoorlijke regelgeving of rechtstatelijke wenselijkheid’.

⁶⁵⁴ Hetgeen ook valt af te leiden uit art. 1:2, tweede lid Awb, waarin voor bestuursorganen is bepaald dat de *hun toevertrouwde belangen* als hun belangen worden beschouwd. Daarnaast geldt uit hoofde van art. 3:3 Awb het verbod voor bestuursorganen een toegekende bevoegdheid voor een ander doel te gebruiken dan *waarvoor die is toegekend*, Van Ballegooij 2008, p. 40. Van doelgebonden is geen sprake in het geval van door organieke wetten toegekende algemene bestuursbevoegdheden, aldus De Haan, Drupsteen Fernhout 2001, p. 116.

⁶⁵⁵ Schlössels 1995, p. 166.

teitsbeginsel geldt als ‘een inherente beperktheid van bestuursbevoegdheden’.⁶⁵⁶ Deze beperking is gelegen in de reikwijdte van de mee en af te wegen belangen.

Over de precieze reikwijdte van het specialiteitsbeginsel bestaat gelet op de literatuur en rechtspraak geen overeenstemming. De verschillen van mening hebben betrekking op de belangen die het bestuur moet of mag meewegen alsmede het gewicht dat moet worden toegekend aan die mee te wegen belangen. Er zijn rekkelijke, gematigde en precieze benaderingen met betrekking tot de mee- en af te wegen belangen.⁶⁵⁷ De verschillen tussen deze benaderingen spitsen zich toe op het al dan niet moeten meewegen van ‘speciale’ en ‘vreemde’ algemene belangen. Van een speciaal algemeen belang wordt gesproken indien de betrokken regeling de bescherming of behartiging van een bepaald algemeen (deel)belang beoogt. Vanuit dit perspectief geldt een algemeen belang als ‘vreemd’, indien dat algemeen belang door een andere wettelijke regeling wordt behartigd. Behalve dit onderscheid tussen speciale en vreemde algemene (deel)belangen is voorts het onderscheid tussen (particuliere) belangen van direct-belanghebbenden en derden relevant.⁶⁵⁸

De ‘rekkelijke’ benadering van het specialiteitsbeginsel staat een ruime afwegingsplicht van belangen voor. In het doel van een wettelijke regeling wordt niet of nauwelijks een begrenzing gezien. Dit brengt mee dat in beginsel alle bij de besluitvorming betrokken belangen een rol kunnen en mogen spelen in de bestuurlijke belangenafweging. Daarbij wordt aan het specifieke publiekrechtelijke belang overigens wel een centrale rol toegekend.⁶⁵⁹ Naast het specifieke algemene belang en de belangen van de direct-belanghebbende mogen zowel vreemde algemene belangen en vreemde belangen van derden in de belangenafweging een rol spelen.⁶⁶⁰ In de rekkelijke zienswijze ondervindt de bevoegdheid van het bestuur derhalve nauwelijks enige beperking om te onderhandelen en het vervolgens rechtsgeldig overeenstemming bereiken over de inhoud van een besluit. Er bestaat een aanmerkelijke ruimte voor het mee- en afwegen van alle denkbare belangen. Afspraken over een ‘vreemd’ publiek belang, dat wordt behartigd door een andere wettelijke regeling zijn volgens deze visie toelaatbaar.⁶⁶¹ Voorts mogen niet alleen belangen van direct-belanghebbenden, maar ook (private) vreemde belangen van derden in de besluitvorming worden betrokken.⁶⁶² In een verder verleden, maar ook meer recentelijk is de rekkelijke opvatting van het specialiteitsbeginsel door verscheidene auteurs om uiteenlopende redenen bepleit.⁶⁶³ Voor wederkerigheid opgevat in de

⁶⁵⁶ Schlössels en Stroink 2006, p. 83.

⁶⁵⁷ Schlössels 1998, p. 203-251; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 307-310; Damen 2009, p. 57-61.

⁶⁵⁸ Tolsma 2008, p. 92.

⁶⁵⁹ Vgl. Stout 1989, p. 247; Brenninkmeijer 2002, p. 61-62.

⁶⁶⁰ Brenninkmeijer, 2002, p. 61-62.

⁶⁶¹ Scheltema 1996, p. 1359; Stout 1989, p. 241; A.F.M. 2002, p. 61-62.

⁶⁶² Tolsma 2008, p. 99.

⁶⁶³ Scheltema heeft de rekkelijke opvatting in verband gebracht met zijn pleidooi voor de wederkerige rechtsbetrekking, terwijl Brenninkmeijer de rekkelijke visie met het oog op het

betekenis van meerzijdigheid brengt de rekkelijke visie tweeërlei mee. Enerzijds is er meer ruimte voor het tegemoetkomen aan wensen en voorkeuren van de direct-belanghebbende burger, waardoor de ruimte van het voeren van overleg en het vervolgens bereiken van overeenstemming groter is. Anderzijds geldt in de rekkelijke opvatting dat ook vreemde derdenbelangen meegewogen dienen te worden. Hierdoor is de ruimte juist geringer om met een directbelanghebbende burger tot overeenstemming te geraken.

Voor de 'precieze' opvatting over het specialiteitsbeginsel zijn overwegingen met betrekking tot legaliteit, rechtszekerheid, efficiency en rechtsbescherming leidend. Alleen het specifieke publiekrechtelijke belang dat de wettelijke regeling beoogt te beschermen mag worden afgewogen tegen de belangen van een direct-belanghebbende, zoals de aanvrager van een besluit. Voorts wordt alleen een afweging van die belangen voor mogelijk gehouden, welke ook binnen het doel van de wettelijke regeling passen.⁶⁶⁴ Dit betekent dat vreemde algemene belangen niet worden meegewogen⁶⁶⁵, terwijl ook derdenbelangen niet in aanmerking mogen worden genomen, tenzij deze samenvallen met het specifieke publiekrechtelijke belang.⁶⁶⁶ Vreemde belangen van derden mogen volgens de precieze benadering niet in de belangenafweging worden betrokken. Het bereiken van overeenstemming tussen burger en bestuur over een besluit is in de precieze visie slechts rechtsgeldig indien een zodanig belang samenvalt met het specifieke belang dat de wettelijke regeling beoogt te beschermen. Worden particuliere belangen van anderen beschermd door een andere wettelijke regeling, dan zijn afspraken daarover tussen bestuur en burger niet rechtsgeldig.⁶⁶⁷

De gematigde visie stemt grotendeels overeen met de precieze.⁶⁶⁸ Hierin wordt tot uitgangspunt genomen dat particuliere belangen van derden betrokken kunnen worden in de besluitvorming, tenzij die belangen reeds door een andere wettelijke regeling worden behartigd of een andere wettelijke regeling die belangenbehartiging uitdrukkelijk buiten beschouwing wil laten.⁶⁶⁹ De gematigde visie laat, anders dan de precieze, echter wel ruimte voor het meewegen van vreemde particuliere belangen.⁶⁷⁰

mogelijk maken van mediation bepleit heeft. Doelmatigheid van overheidsoptreden, vooral daar waar verkokering zich voordoet is belangrijk argument.

⁶⁶⁴ Stroink en De Waard 1984, p. 231 e.v.

⁶⁶⁵ Stroink en De Waard 1984, p. 244 en 245. Dit leidt tot aantasting van het legaliteitsbeginsel, omdat dergelijke niet tot het wettelijke toetsingskader behorende belangen de vrijheid van de direct-belanghebbende kunnen beperken.

⁶⁶⁶ Derdenbelangen die wel met het speciale algemene belang samenvallen, kunnen aanleiding zijn tot het stellen van voorschriften of aanleiding vormen voor een weigering van een vergunning te verlenen, Schlössels 1995, p. 176-177.

⁶⁶⁷ Tolsma 2008, p. 97.

⁶⁶⁸ Beide leiden veelal ook tot dezelfde uitkomst, Tolsma 2008 en Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 309.

⁶⁶⁹ Tolsma 2008, p. 99.

⁶⁷⁰ Eén van opvattingen is die waarbij dergelijke belangen geen rol mogen spelen terzake van de bevoegdheid tot het weigeren of intrekken van een begunstigende beschikking. Vreemde

De gematigde uitleg van het specialiteitsbeginsel lijkt in de bestuursrechtspraak te overheersen⁶⁷¹, hoewel af en toe ook een (meer) rekkelijke benadering in uitspraken is terug te vinden.⁶⁷²

Uit het voorgaande volgt dat de bestuurlijke discretionaire ruimte begrensd wordt door het speciale algemene (deel)belang dat de betrokken wettelijke regeling beoogt te beschermen.⁶⁷³ Voor het bestuur bestaat geen vrijheid om andere speciale algemene belangen, dan waarop de wettelijke regeling betrekking heeft, ten grondslag te leggen aan zijn besluitvorming. Dit neemt niet weg, dat het bestuur rekening heeft te houden met belangen van direct-belanghebbenden. Uit het zorgvuldigheidsbeginsel vloeit voort dat het bestuur in ieder geval gehouden is relevante feiten en belangen van de direct-belanghebbende te vergaren en mee- en af te wegen in het besluitvormingsproces. Dit brengt – vanzelfsprekend – nog niet mee, dat het bestuur hiermee rekening kan houden, in die zin dat deze door de directe-belanghebbende ingebracht feiten en belangen na overleg ook daadwerkelijk de inhoud van het te nemen besluit (mede) bepalen. Het is aan het bestuur om alle relevante betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. Deze belangenafweging kan zo uitvallen dat het speciale algemene belang moet prevaleren boven het vermeende geschade (particuliere) belang van de direct-belanghebbende.

Voorts kan de betrokkenheid van belangen van derden het voeren van overleg over de aanwending van de discretionaire besluitbevoegdheid en het op basis daarvan daarover bereiken van overeenstemming tussen bestuur en burger sterk aan banden leggen. Voor vele besluiten, in het bijzonder in het economische bestuursrecht en het omgevingsrecht, geldt dat daarbij belangen van derden betrokken kunnen zijn. Het rekening moeten houden met de belangen, de voorkeuren en de wensen van een belanghebbende burger door het bestuur vindt derhalve niet plaats in alleen maar bilaterale relaties tussen bestuur en burger. Van deze bilaterale voorstelling van zaken lijken de Memories van Toelichting op de eerste en tweede tranche op de Awb uit te gaan, terwijl veelal sprake is van multilaterale rechtsrelaties, waarbij het bestuur niet alleen de rechtsplicht heeft met de belangen van direct-belanghebbenden rekening te houden, maar

derdenbelangen mogen daarentegen wel betekenis toekomen bij het verbinden van voorschriften aan een vergunning. Vgl. Nicolai 1992, p. 242-243 en Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 308.

⁶⁷¹ Schlössels 2001, p. 33-47; Tolsma 2008, p. 102, met aldaar genoemde rechtspraak van de ABRvS.

⁶⁷² Tolsma 2008, p. 99-100. Niettemin wijst zij op een aantal ‘rekkelijke’ Afdelingsuitspraken, zoals ABRvS 3 maart 2004, BR 2004, 417, waarin werd geoordeeld dat het burendrecht een af te wegen belang vormt bij de verlening van een vrijstelling van een bestemmingsplan. Voorts werd in ABRvS 11 december 2002, Gst, 2003, 86 m.nt. A.G.A. Nijmeijer beslist dat bij de verlening van een binnenplanse vrijstelling (op grond van de WRO (oud)) ook de vraag diende te worden betrokken of er sprake is van strijd met voorschriften uit de Wet Milieubeheer.

⁶⁷³ Hoewel dit soms speciale algemene belang soms niet gemakkelijk is te ontwaren; soms lopen speciale algemene belangen van verschillende wettelijke regelingen in elkaar over.

ook met die van anderen.⁶⁷⁴ In alle benaderingen van het specialiteitsbeginsel dienen, zo bleek hierboven, derdenbelangen te moeten mee- en afgewogen, in ieder geval in zoverre zij samenvallen met het speciale algemene belang van de betrokken wettelijke regeling. Particuliere belangen van (belanghebbende) derden beperken derhalve de discretionaire ruimte van het bestuur om met direct-belanghebbenden over de totstandkoming en de inhoud van besluiten tot overeenstemming te komen.

Uit art. 3:4, lid 2 Awb, dat onder meer toe strekt dat de nadelige gevolgen van een besluit voor een of meer belanghebbenden niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, wordt de plicht afgeleid voor het bestuur om te zoeken naar een wijze van bevoegdheidsuitoefening waarbij de lasten van betrokkenen – direct-belanghebbenden, maar ook derdebelaanghebbenden – zo veel mogelijk worden beperkt.⁶⁷⁵ Bij de afweging van de belangen dient het bestuur derhalve te streven naar een uitkomst, waarbij de aantasting van de belangen van alle betrokkenen zo gering mogelijk is.⁶⁷⁶ Uit rechtspraak vloeit voort dat het bestuur gehouden is om een dergelijk onderzoek naar minder bezwarende alternatieven te verrichten.⁶⁷⁷ Van het bestuur wordt verwacht dat het, met het oog op het beperken van de nadelige gevolgen van een besluit, voldoende overleg heeft gehad met een belanghebbende burger.⁶⁷⁸ Voorts vloeit onder omstandigheden uit art. 3:2 Awb voort dat een door een belanghebbende voorgestelde oplossing voor een conflict door het bestuur moet worden onderzocht⁶⁷⁹, zij het dat dit niet geldt voor alle door de burger voorgestelde alternatieven.⁶⁸⁰ Voor de beoordeling van een bouwaanvraag en/of vrijstelling geldt bijvoorbeeld dat het bestuur daar in beginsel helemaal niet toe gehouden is.⁶⁸¹

In het kader van het nader concretiseren van zijn beslissingsruimte dient een bestuursorgaan mee te wegen belangen in kaart te brengen, om vervolgens het gewicht van afzonderlijk betrokken belangen ten opzichte van elkaar te bepalen.⁶⁸² Een dergelijk krachtenveld, dat veelal wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van tegengestelde belangen – te weten het speciale algemene belang dat is toevertrouwd aan het bestuur, belangen van de direct-belanghebbende(n) en die van derdenbelanghebbenden – begrenst de mogelijkheid van het bestuur om

⁶⁷⁴ Schlössels 1995, p. 167.

⁶⁷⁵ Schlössels 1995, p. 168.

⁶⁷⁶ Bijvoorbeeld. Indien stankoverlast voor omwonenden ook kan worden voorkomen door een andere voor de overtreder minder vergaande maatregel, in plaats van verwijderen af dekken, doet dat aan het beoogde rechtsgevolg (het opleggen van de last tot het treffen van maatregelen teneinde de overtreding te doen eindigen) niet af, alleen de te nemen maatregel wordt voor de overtreder verzacht.

⁶⁷⁷ Tolsma 2008, p. 15 en de door haar aldaar genoemde jurisprudentie.

⁶⁷⁸ De Waard 1998, p. 205. ABRvS 3 februari 1998, AB 1998, 161 m.nt. AvH.

⁶⁷⁹ ABRvS 14 januari, JB 1999, 30 m.nt. R.J.N.S.

⁶⁸⁰ Tolsma 2008, p. 16.

⁶⁸¹ ABRvS 22 juni 2005, LJN: AT7955

⁶⁸² Schlössels 1995, p. 167.

daadwerkelijk rekening te kunnen houden met belangen en wensen van een individuele burger. Het bestuur heeft tot taak om alle betrokken en met elkaar strijdige belangen tegen elkaar af te wegen, waarna het uiteindelijk moet beslissen wat rechtens is in het voorliggende geval. De notie van wederkerigheid, in de betekenis van het (kunnen) bereiken van overeenstemming tussen bestuur en een belanghebbende burger over de wijze waarop een discretionaire besluitbevoegdheid wordt uitgeoefend, is derhalve bij niet-gebonden besluitbevoegdheden niet goed denkbaar, zeker daar waar belangen van derden zijn betrokken. Tegenstrijdige belangen die het bestuur tegen elkaar moet afwegen, nopen juist tot eenzijdig bestuursoptreden. Daar waar de betrokkenheid van belangen van derden ontbreekt, vooral derhalve in het zogeheten ‘tweepartijenbestuursrecht’⁶⁸³, zou het wellicht beter denkbaar zijn dat het bestuur meer ruimte heeft om te overleggen en te onderhandelen over de aanwending van een besluitbevoegdheid. Bedacht moet worden, dat het tweepartijenbestuursrecht, waaronder het sociale zekerheidsrecht, zich echter door (een grotere mate van) wetsgebondenheid laat kenmerken wat meebrengt dat juist geen ruimte is voor overleg, onderhandeling en het bereiken van overeenstemming.

4.4.3.3.3. Beperking door algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beleid

Bestuurlijke beslissingsruimte betekent niet dat er een volledige vrijheid geldt voor het bestuur; het specialiteitsbeginsel en conflicterende (particuliere) belangen kunnen de bestuurlijke discretionairiteit aanmerkelijk beperken. Hierbij blijft het niet. De initiële speelruimte – de beslissingsruimte die in beginsel aanwezig onmiddellijk na het van kracht worden van besluitbevoegdheid – kan bij het (moeten) nemen van het eerste besluit nog als maximaal worden beschouwd, nadien is zij, juist door het nemen van dat eerste besluit, al beperkter. Naarmate een bestuursbevoegdheid vaker wordt aangewend en vaker besluiten (moeten) worden genomen, vermindert de aanvankelijke beslissingsruimte voor het bestuur verder.⁶⁸⁴ Zonder (gerechtvaardigde) reden kan het bestuur immers niet, vergeleken met de eerdergenomen besluiten, andersluidende beslissingen nemen. De bestuurlijke besluitvorming dient te geschieden volgens een min of meer vaste gedragslijn, waaraan het bestuur in beginsel is gebonden.⁶⁸⁵ Deze gebondenheid vloeit voort uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het gaat er in het bijzonder om dat bestuursorganen bij de uitoefening van (discretionaire) bestuursbevoegdheden stelselmatig en consistent handelen (het verbod van willekeur), gelijke gevallen gelijk behandelen (het gelijkheidsbeginsel), gerechtvaardigde opgewekte verwachtingen honoreren (het vertrouwensbeginsel) en de burger in staat stellen om zijn rechtspositie te door – en voorzien (het rechtszekerheidsbeginsel). Algemene beginselen van behoorlijk bestuur beperken derhalve de discretionaire ruimte van bestuursorganen. Daardoor wordt ook

⁶⁸³ Var-commissie Rechtsbescherming 2004, p. 36.

⁶⁸⁴ Van Kreveld 1983, p. 9-10.

⁶⁸⁵ Sectie Staats- en bestuursrecht KUB 1992, p. 257-258. Van Kreveld 1983, p. 9-10 rekende deze wijze van beleid voeren ook tot de beleidsregel, als ongeschreven regel.

de mogelijkheid om rekening te (kunnen) houden met belangen en wensen van de burger (gaandeweg) verdergaand beperkt. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebieden bestuursorganen enerzijds om rekening te houden met de belangen van belanghebbende burgers, hetgeen in de wetsgeschiedenis op de eerste tranche van de Awb en de ondersteunende literatuur tot de conclusie heeft geleid dat het bestuur minder dan voorheen 'bovengesteld' is, maar anderzijds zijn het de beginselen van behoorlijk bestuur, die de mogelijkheid om daadwerkelijk rekening te houden met belangen en wensen van de burger aanzienlijk (kunnen) beperken. Aan de ene kant geldt een bestuurlijke plicht tot het vergaren van relevante gegevens en belangen uit hoofde van het zorgvuldigheid en het beginsel van het meewegen van de rechtstreeks betrokken belangen, terwijl aan de andere kant het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel alsmede het verbod van willekeur een bestuursorgaan kunnen weerhouden van het daadwerkelijk rekening kunnen en mogen houden met die belangen van een burger. Deze laatste dimensie blijft in bedoelde wetsgeschiedenis en literatuur echter onbelicht.⁶⁸⁶

Het voeren van beleid, opgevat als het met een zekere stelselmatigheid aanwenden van bestuursbevoegdheden⁶⁸⁷, wordt geacht bij te dragen aan planmatig en goed bestuur, terwijl voorts een stelselmatige aanwending van bestuursbevoegdheden bijdraagt aan de consistentie van bestuur en de vervulling van de zo-even genoemde rechtstatelijke waarden als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁶⁸⁸ De vaste, stelselmatige gedragslijn kan op voorhand zijn geëxpliciteerd door het schriftelijk vastleggen daarvan.⁶⁸⁹ Met dit doel kunnen beleidsregels worden opgesteld.⁶⁹⁰

Van een beleidsregel in de zin van de Awb is sprake als het bestuursorgaan een schriftelijk beleid bekendmaakt op de in art. 3:42 Awb voorgeschreven wijze. Deze bevoegdheid tot regelgeving, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, vloeit sinds de inwerkingtreding van titel 4.4. rechtstreeks uit de Awb voort.⁶⁹¹ Het onderscheid in typen van beleidsregels dat het vierde lid van art. 1:3, vierde lid Awb maakt tussen die met betrekking tot de afweging van

⁶⁸⁶ Gribnau 1998 beperkt de bespreking van de wederkerige rechtsbetrekking in zijn dissertatie ook uitdrukkelijk tot rechtsbetrekkingen tussen twee 'rechtssubjecten', te weten het bestuur en de burger. Hiervoor is door hem gekozen vanwege de overzichtelijkheid. Zijn keuze is wellicht ingegeven door het feit dat hij zijn onderzoek met name toespitst op het belastingrecht, waarin bij uitstek van dergelijk tweepartijen rechtsbetrekkingen sprake is. Niettemin gelden de genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur onverminderd.

⁶⁸⁷ Duk 1978, p. 574.

⁶⁸⁸ Tollenaar 2008, p. 11.

⁶⁸⁹ Tollenaar 2008, p. 12 onderscheidt in dit verband de overkoepelende term besluitvormingsregel, zijnde niet-wettelijke regels voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden, die niet als algemeen verbindend voorschrift kunnen worden aangemerkt. Beleidsregels zijn daarvan een species.

⁶⁹⁰ Van Kreveld 1983, p.5.

⁶⁹¹ Voordien werd algemeen aangenomen dat het stellen van beleidsregels voortvloeide uit een bestuursbevoegdheid, er was sprake van een geïmpliceerde bevoegdheid, Tollenaar 2008, p. 20.

belangen, de vaststelling van feiten en de uitleg van wettelijke voorschriften, is gebaseerd op de verschillen in beslissingsruimte die wettelijke regelingen aan bestuursorganen kunnen toekennen. Bij de laatstgenoemde categorie is van beslissingsvrijheid voor bestuursorganen echter geen sprake. Het gaat om 'wetsinterpreterende' beleidsregels waarin bestuursorganen een interpretatie aan vage of open wettelijke begrippen geven. Kenmerkend voor dit type begrippen is dat de wetgever aan de bestuursorganen bij de uitleg daarvan nu juist geen (beoordelings- en / of beleids)vrijheid heeft willen verschaffen. Er geldt om die reden een rechtstreekse binding van het bestuursorgaan op grond van de wet en niet zozeer binding uit hoofde van de (wetsinterpreterende) beleidsregel. Inherente afwijking wordt om deze reden dan ook niet voor mogelijk gehouden, omdat dan sprake is van strijd met de wet.

De andere twee categorieën van beleidsregels die in de Awb worden onderscheiden, zien wel op de invulling van bestuurlijke beslissingsruimte. Wanneer de discretionaire bevoegdheid betrekking heeft op de vraag of al dan niet van een bestuursbevoegdheid tot het nemen van een besluit gebruik zal worden gemaakt, wordt gesproken van beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid. Veelal laten wettelijke regelingen aan bestuursorganen over om te bepalen of een toegekende bevoegdheid al dan niet moet worden toegepast. Het bestuursorgaan wordt dan niet zozeer de vrijheid gelaten inhoudelijk de belangen af te wegen, als wel te beoordelen of de situatie of de feiten zich voordoen waaronder de bevoegdheid kan worden toegepast (beoordelingsvrijheid). In dat verband zijn beleidsregels te onderscheiden die strekken tot het vaststellen van de toepasselijkheidsvoorwaarden van een bestuursbevoegdheid. Het gaat dan niet (zozeer) om beleidsregels die de vaststelling van feiten zelf tot object hebben, maar om beleidsregels die een juridisch kader voor het interpreteren en/of waarderen van feiten verschaffen met het oog op de toepasselijkheid van een bestuursbevoegdheid. Daarnaast zijn er beleidsregels, die zien op de vraag hoe een discretionaire bestuursbevoegdheid gebruikt zal worden. Dit type beleidsregel ziet op de invulling van beleidsruimte (beleidsvrijheid). Deze beleidsregels geven een juridisch kader voor methoden of handvatten voor belangenafwegingen.

Beleidsregels beperken derhalve de bestuurlijke beslissingsruimte. In de periode voor de Awb verbonden beleidsregels vooral op grond van (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel. Onder de Awb zijn bestuursorganen niet langer louter op basis van het ongeschreven recht gehouden te handelen conform beleidsregels, maar ook op basis van de Awb zelf. Deze juridische binding volgt uit artikel 4:84:

‘Een bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben de wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.’

Hierin heeft de Awb-wetgever tot uitdrukking gebracht, dat de binding aan beleidsregels voortaan primair berust op het algemene wettelijke voorschrift van artikel 4:84 Awb. Met het aldus creëren van een regelgevende bevoegdheid voor het vaststellen van een beleidsregel is de beleidsregel tegenwoordig minder goed te onderscheiden van een algemeen verbindend voorschrift.⁶⁹² Niettemin geldt als belangrijke onderscheid tussen beide, dat beleidsregels alleen het bestuur binden; burgers kunnen alleen op grond van een algemeen verbindend voorschrift worden gebonden. Voorts geldt voor beleidsregels een inherente afwijkingsbevoegdheid, die de binding door het bestuur niet absoluut maakt, anders dan in geval wettelijke voorschriften (algemeen verbindende voorschriften).⁶⁹³ De inherente afwijkingsbevoegdheid brengt mee dat een bestuursorgaan van een beleidsregel moet afwijken, indien zich bijzondere omstandigheden voordoen en wel zodanig dat (daardoor) de toepassing van de beleidsregel voor een of meer belanghebbende gevolgen zou hebben die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.⁶⁹⁴ De achtergrond van plicht tot afwijking van de beleidsregel schuilt hierin dat de wetgever aan bestuursorganen discretionaire bestuursbevoegdheden heeft gegeven met het oog op de behartiging van een bijzonder doel. De wetgever is niet zonder reden overgegaan tot het toekennen van discretionaire bevoegdheden aan bestuursorganen. Uitgangspunt daarbij is geweest dat het gaat om situaties die een concrete, situatieve beoordeling, alsmede een bijzondere en individuele belangenafweging vergen. Het gaat derhalve om de toekenning van het verrichten van individualiseerbare rechtshandelingen.⁶⁹⁵ De bevoegdheid tot het afwegen van concrete merites mogen bestuursorganen zichzelf niet ontnemen door het opstellen van algemene regels. Dit brengt mee dat bestuursorganen, wanneer zij bij hun besluitvorming gebruik maken van beleidsregels steeds zullen moeten nagaan of er geen sprake is van een bijzondere omstandigheid of een bijzonder geval. In ‘normale’ gevallen bestaat voor bestuursorganen een gebondenheid aan de algemene beleidsregel. Afwijking in normale gevallen is dan ook niet mogelijk, ten voordele noch ten nadele van een belanghebbende. De binding aan beleidsregels onder de Awb is dan ook strikte, want alleen – gemeten naar de met de beleidsregel te dienen doelen – onevenredige gevolgen nopen tot afwijking van de beleidsregel. Hieruit volgt dat afwijking van een beleidsregel voor bestuursorganen slechts geldt voor uitzonderlijke gevallen.⁶⁹⁶

⁶⁹² Tollenaar 2008, p. 22.

⁶⁹³ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 225.

⁶⁹⁴ Onder bijzondere omstandigheden, indien sprake is van strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan ook worden afgeweken van algemene voorschriften, aldus kan worden afgeleid uit de doorbraakarresten, waaronder HR 12 april 1978 AB 1979, 262 m.nt. F.H. van der Burg

⁶⁹⁵ Tollenaar 2008, p. 20.

⁶⁹⁶ Het structureel afwijken van een beleidsregel komt neer op een inhoudelijke wijziging van de beleidsregel, Heldeweg 2011, p. 360-361.

Op grond van het voorgaande dient derhalve te worden geconcludeerd dat een bestuursorgaan, die een hem door de wetgever gelaten beslissingsruimte nader heeft ingevuld door een beleidsregel, aan die beleidsregel eenzijdig is gebonden. In normale, niet uitzonderlijke gevallen is een bestuursorgaan dan ook niet bevoegd om tegemoet te komen om – in afwijking van een beleidsregel – aan wensen of voorkeuren van een belanghebbende burger tegemoet te komen. Slechts wanneer die wensen of voorkeuren zijn te kwalificeren als uitzonderlijk, is het bestuur gehouden om daaraan tegemoet te komen. Van wederkerigheid, opgevat als de mogelijkheid van een burger om een uiteindelijk eenzijdig door het bestuur te nemen besluit te beïnvloeden is dan ook, zover de beleidsregel althans reikt, geen sprake. Beleidsregels dringen zich in zoverre op als gewone wettelijke dwingendrechtelijke (algemene) voorschriften, waarvoor ook geldt dat het bestuur niet bevoegd is tot afwijking van die algemene regel.

4.4.3.3.4. Wederkerigheid: bemiddelend en onderhandelend bestuur op basis van vrijwilligheid

In de literatuur is aangetoond, dat het bestuur mogelijkheden heeft om te onderhandelen en te bemiddelen.⁶⁹⁷ Dit bleek zelfs voor gebonden bestuursbevoegdheden het geval. Niettemin is tegelijkertijd ook geconstateerd, dat de resultaten daarvan niet strijd mogen zijn met dwingend bestuursrecht.⁶⁹⁸ In de onderzochte juridische casus werd steeds binnen de grenzen van het dwingende bestuursrecht door alle betrokken partijen gezocht naar aanvaardbare oplossingsalternatieven, waarbij bijvoorbeeld de bereidheid bij bestuursorganen aanwezig bleek tot het bieden van financiële compensatie, terwijl daartoe geen juridische verplichting bestond. Ook werd in het kader van onderhandelingen tussen een bestuursorgaan en een burger, een ander bestuursorgaan verzocht een bestuursbevoegdheid aan te wenden, waardoor uiteindelijk een oplossing voor het geschil tussen het eerstgenoemde bestuursorgaan en de burger kon worden bewerkstelligd. Het ging in alle beschreven gevallen om onverplichte medewerking van betrokkenen, die resulteerde in een voor alle partijen aanvaardbare (civielrechtelijke) oplossing ter zake van een geschil over een besluit.⁶⁹⁹

Het blijktens de geanalyseerde casus gevoerde overleg, het onderhandelen en het uiteindelijk bereiken van overeenstemming over een oplossing past op het eerste gezicht goed in het gedachtegoed van wederkerige rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht. Alle betrokken partijen, zowel bestuursorganen als burgers, komen immers in een samenspel van overleg en onderhandeling tot de invulling van een bepaalde rechtsverhouding. Evenwel mag niet uit het oog worden verloren, dat gevonden oplossingen voor de geschillen niet zouden kun-

⁶⁹⁷ Tolsma 2008 (b), p. 130-133.

⁶⁹⁸ Idem, p. 133

⁶⁹⁹ Ibidem, p.133. De houder van de bouwvergunning bleek bereid, hoewel de bezwaren over o.m. verminderde lichtinval van diens buurman in bestuursrechtelijk opzicht vanwege het gebonden karakter van deze vergunning niet van invloed zouden kunnen zijn op de hem verleende bouwvergunning, zijn buurman financiële compensatie te bieden.

nen worden bereikt, indien sprake zou zijn geweest van strijd met geschreven of ongeschreven materieel bestuursrecht van dwingende aard en/of tegenstrijdige belangen van derden zouden zijn betrokken.⁷⁰⁰

4.5. Relativering van de klassieke eenzijdigheidsconceptie?

Het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen heeft zich binnen het bestuursrecht in overwegende mate⁷⁰¹ altijd door eenzijdigheid gekarakteriseerd. Kenmerkend voor deze eenzijdige rechtshandelingen is dat het bestuur zonder hun toe- of instemming de rechtspositie van andere rechtssubjecten kan vaststellen, wijzigen of tenietdoen⁷⁰². De ratio achter deze eenzijdige rechtsvorming is gelegen in het algemeen belang, dat de overheid per definitie en exclusief moet behartigen en beschermen. Voor deze eenzijdige rechtsvorming bestaat evenwel – in onze democratische rechtstaat – voor genoemde staatsorganen slechts de bevoegdheid indien is voorzien in een grondslag in de Grondwet of wet (in formele zin). De staatsorganen zijn hieraan gebonden in hun bevoegdheidsuitoefening. De bevoegdheid tot eenzijdige rechtsvorming, ook die voor het bestuur, gaat gepaard met de rechtsplicht om binnen het (grond)wettelijke kader te blijven. Deze (grond)wettelijke normering van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening verschaft de burger de waarborg dat eenzijdige rechtsvorming binnen het kader van democratische besluitvorming plaatsvindt en biedt rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De essentie van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening is dat de overheid de rechtsbevoegdheid toekomt om de rechtspositie van de burger zonder diens consent vast te stellen, terwijl het omgekeerde niet geldt. De posities van bestuur en burger zijn, zoals wel in het verbintenissenrecht, inwisselbaar noch omkeerbaar. De relatie tussen overheidsorganen, waaronder het bestuur, en de burger is om die reden ten principale ongelijkwaardig. De conceptie van eenzijdige rechtsvorming in het bestuursrecht ziet derhalve op de ongelijkwaardige positie tussen bestuur en burger ter zake van het bepalen van de (concrete) rechtspositie. Eenzijdige rechtshandelingen van bestuursorganen zijn ook onder de Awb een wezenskenmerk van het materiële bestuursrecht gebleven. Het besluit, als eenzijdige bestuursrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan, staat hierin nog steeds centraal. Hoewel de aan het besluit aanklevende eigenschap van eenzijdigheid niet in de definitiebepaling van art. 1:3 Awb is verwoord, is het onbestreden dat zij onderdeel uitmaakt van dit begrip.

In dit opzicht is nog steeds onverkort sprake van een verticale rechtsrelatie tussen bestuur en burger. In formeel-juridische zin zijn besluiten onvermin-

⁷⁰⁰ De term wederkerige rechtsbetrekking komt (waarschijnlijk om die reden) niet voor in het aangehaalde artikel noch in het betreffende hoofdstuk 4 van het proefschrift van H.D. Tolsma.

⁷⁰¹ Bevoegdhedenovereenkomsten en concessies komen ook voor binnen het bestuursrecht, maar vormen in numeriek opzicht een minderheid en zijn niet typerend voor het hedendaagse bestuursrecht.

⁷⁰² De Goede 1979, p. 91-92.

derd eenzijdig gebleven.⁷⁰³ De hiermee samenhangende principiële ongelijkwaardigheid tussen bestuur en burger is overigens reeds in de wetsgeschiedenis op de Awb⁷⁰⁴ en ook nadien van regeringszijde benadrukt. In een brief van het kabinet Balkenende II werd hierover noemenswaardig opgemerkt:

‘In het bestuursrecht gaat het om geschillen tussen per definitie ongelijkwaardige partijen: een bestuursorgaan en een burger. Deze partijen zijn ongelijkwaardig, omdat het bestuursorgaan altijd belast is met de behartiging van (een aspect van) het algemene belang. Daartoe is het bestuursorgaan door de wetgever bekleed met ‘openbaar gezag’, dat wil zeggen de bevoegdheid om eenzijdig en bindend de rechtspositie van de burger vast te stellen. Dat in de praktijk soms een grote onderneming of een machtige belangenorganisatie tegenover het bestuursorgaan staat, doet aan deze principiële ongelijkwaardigheid van partijen niet af.’⁷⁰⁵

Het vernieuwende, gewijzigde inzicht over het bestaan van wederkerige rechtsbetrekkingen, zoals afgekondigd in de totstandkomingsgeschiedenis van de eerste en tweede tranche van de Awb ziet vooral op het besluitvormingsproces dat voorafgaat aan het nemen van het besluit. Volgens de Awb-wetsgeschiedenis is ‘een onmiskenbare tendens naar een meer wederkerige wijze van rechtsvaststelling ontstaan’.⁷⁰⁶ De ‘eenzijdigheidsreductie’ die meer wederkerigheid in de rechtsrelaties tussen bestuur en burger meebrengt, en die een verminderde ongelijk(waardig)heid tussen bestuur en burger tot gevolg heeft, geldt derhalve voor de materiële besluitvorming en niet voor de uiteindelijke formeel-juridische vaststelling van besluiten. Wordt wederkerigheid opgevat in de betekenis van het ‘het hebben van rechten en plichten (over en weer)’ voor zowel bestuur als burger⁷⁰⁷ dan moet echter worden geconstateerd, dat ook de aanvaarding van (een toegenomen) wederzijdsheid in rechten en plichten tussen bestuur en burger⁷⁰⁸ aan de (klassieke) notie van eenzijdige rechtsvorming door het bestuur geen afbreuk doet. Ook met een uitbreiding van (ongeschreven) burgerplichten jegens het bestuur blijft de rechtsbevoegdheid van het bestuur om eenzijdig de

⁷⁰³ Gribnau 1998, p. 239 spreekt in dit verband van een asymmetrische rechtsbetrekking die de juridische ongelijkheid tussen bestuur en burger benadrukt. De asymmetrie stelt het bestuur in staat het algemeen belang te behartigen.

⁷⁰⁴ Kamerstukken II 1991/1992, 22495, nr. 3, p. 34.

⁷⁰⁵ Herziening rechterlijke organisatie, brief van het kabinet-Balkenende II aan de Tweede Kamer d.d. 28 april 2004, Kamerstukken II 2003/2004, 25 425, nr. 7, p. 4-5.

⁷⁰⁶ Kamerstukken II 1991/1992, 22495, nr. 3, p. 34.

⁷⁰⁷ Vgl. de Memorie van Toelichting op de derde tranche van de Awb, p. 130, waarin wederkerigheid wordt gekwalificeerd als het wederzijds bestaan van rechten en plichten. Naar deze betekenis lijkt, gelet op de literatuur nu nog de meeste aandacht uit te gaan, meer in het bijzonder waar het de plichten van de burger aangaat, vgl. Scheltema 2008, alsmede eerdergenoemde standpunten van het kabinet Balkenende II. Zie ook: Van der Linden 2008, p. 136-137 en p. 145-146.

⁷⁰⁸ Vooral op de totstandbrenging van deze burgerplichten is in de literatuur vanuit het perspectief van legaliteit en specialiteit de nodige kritiek geuit, Gribnau 1998, p. 223 en p. 242; Kloosterman 2006, p. 37-38; Ten Berge 2007, p. 25 en p. 32; Backes en Jansen 2009, p. 78 en p. 95.

rechtspositie van de burger vast te stellen onverminderd aanwezig. De ongelijkwaardigheid ter zake van het vormgeven, vaststellen en handhaven van de rechtspositie wordt door het onderkennen van meer plichten van de burger jegens het bestuur niet ongedaan gemaakt en evenmin gereduceerd. Wederkerigheid in deze betekenis opgevat heeft derhalve geen implicaties voor de notie van eenzijdige rechtsvorming- en handhaving door het bestuur, maar glijdt daar langs.

Dit ligt, althans in theorie, anders indien wederkerigheid wordt opgevat in de betekenis van (een zekere mate van) 'meerzijdigheid'. Meerzijdigheid is, ook in bestuursrechtelijke zin, een antoniem van eenzijdigheid: een grotere mate van meerzijdigheid reduceert eenzijdigheid wel. Meerzijdigheid impliceert dat partijen – gezamenlijk en over en weer – (mogen) instemmen, dat een bepaald door hen beoogd rechtsgevolg wordt gecreëerd, gewijzigd of ongedaan gemaakt. Daarbij kan het gaan om zowel rechten als plichten. De voorwaarde van instemming door partijen is derhalve een wezenskenmerk van de meerzijdige rechtshandeling. Zover gaat de notie van bestuursrechtelijke wederkerigheid echter niet en, zo bleek in 4.4., zover *kán* deze notie ook niet gaan. Van een meer gelijkwaardigheid tussen bestuur en burger in het proces van vaststelling van besluiten, in die zin opgevat dat na een zekere mate van overleg de bestuursrechtelijke rechtsverhouding tussen bestuur en burger kan worden bepaald, kan niet of nauwelijks worden gesproken.

4.6. De wederkerige rechtsbetrekking als rechtvaardiging voor het verbod van ambtshalve toetsing?

4.6.1. Weerspiegeling wederkerigheidsgedachte in art. 8:69 Awb

In de Memorie van Toelichting op de tweede tranche van de Awb wordt uitgelegd waarom het bestuursprocesrecht onder de Awb ten opzichte van het daarvoor geldende procesrecht belangrijke wijzigingen dient te ondergaan. Gerefereerd wordt aan de overwegende invloed die de conceptie van de eenzijdige vaststelling door het bestuur van de rechtspositie van de burger voor de doelstellingen en de vormgeving van het klassieke bestuursprocesrecht heeft gehad.⁷⁰⁹ Nu het er volgens de wetgever voor moet worden gehouden, dat de vaststelling van de rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger in materiële zin als meer wederkerig zijn te beschouwen, zijn deze doelstellingen gewijzigd. Het primaire doel van bestuursrechtspraak is volgens de wetsgeschiedenis niet langer het handhaven van het objectieve bestuursrecht, maar het bieden van individuele (subjectieve) rechtsbescherming aan de burger. Voorts is de gewijzigde rechtsbetrekking tussen bestuur en burger, aldus de Memorie van Toelichting, gepaard gegaan met een sterk verminderde behoefte aan het bieden van ongelijkheidscompensatie door de rechter aan de burger.⁷¹⁰

⁷⁰⁹ Kamerstukken II 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 30-31.

⁷¹⁰ Idem, p. 34.

Aan deze wijziging in doelstellingen van rechtspraak en de verminderde behoefte aan het bieden van ongelijkheidscompensatie door de bestuursrechter heeft de Memorie van Toelichting consequenties verbonden voor de omvang van het bestuursrechtelijke geding. Voortaan is de bestuursrechter in beginsel gebonden aan de omvang van het geschil, zoals deze (vooral) door de indiener van het beroepsschrift en (eventuele) derden-belanghebbenden aan hem zijn voorgelegd. De rechter mag daarom niet langer ‘ultra petita te gaan’, waarmee tegelijkertijd ook diens bevoegdheid tot een reformatio in peius in strikte zin is verdwenen.⁷¹¹ De gewijzigde opvattingen over het huidige materiële bestuursrecht, in het bijzonder de daarbinnen voorkomende uiteenzetting over wederkerige rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger, liggen derhalve ten grondslag aan de huidige hoofdregel over de omvang van het geding, die bepaalt dat de procespartijen en niet de bestuursrechter, het bestuursrechtelijke geding afbakenen. Deze hoofdregel, die uitgaat van procesrechtelijke partijautonomie, is een weerspiegeling van de ten gevolge van de wederkerigheidsgedachte verminderde materieelrechtelijke ongelijkheid tussen bestuur en burger. Het uitgangspunt van de Awb is derhalve dat het procesrecht, althans de regel met betrekking tot de afbakening van het geding, een spiegeling dient te zijn van het materiële bestuursrecht.

4.6.2. De geringe positiefrechtelijke betekenis van de wederkerige rechtsbetrekking

In dit hoofdstuk is onderzocht welke de positiefrechtelijke betekenis is van de in de totstandkomingsgeschiedenis van de eerste en tweede tranche van de Awb geïntroduceerde conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking in het bestuursrecht. De conclusie is dat zowel de idee van ‘rechtsbetrekking’ als de idee van ‘wederkerigheid’ niet of hooguit slechts in een zeer geringe mate de in de Awbwetsgeschiedenis als klassiek aangeduide visie op het materiële bestuursrecht vervangt. De oorzaak hiervan is gelegen in de reikwijdte van deze begrippen zelf. De ‘rechtsbetrekking’ heeft geen voet aan de grond kunnen krijgen, waar het de bedoeling was de betekenis van het besluitbegrip voor de vaststelling van de bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen te relativieren. Het besluit was ten tijde van de inwerkingtreding van de Awb nog steeds aan te merken als de belangrijkste oorzaak voor het ontstaan van bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen tussen bestuur en burger en dat geldt nu nog steeds in onverminderde mate.⁷¹² Het besluit als publiekrechtelijke rechtshandeling is daarmee nog steeds de belangrijkste factor voor het bepalen van de bestuursrechtelijke rechtsposities.

Voorts is de betekenis van wederkerigheid voor het materiële bestuursrecht evenzeer gering. Zo blijft wederkerigheid in de zin van rechten en daarmee corresponderende plichten, voor zowel bestuur als burger, beperkt tot de rechtsplicht van het bestuur om bij het nemen van besluiten toepassing te geven aan (bepaalde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De burger kan daarop

⁷¹¹ Idem, p. 36.

⁷¹² Gelet op de literatuur lijkt hierin ook geen verandering te zullen worden aangebracht, vgl. Ommeren en Huisman 2013, p.80-84 en p. 93.

aanspraak maken jegens het bestuur, mits hij het bestuur daartoe ook in staat stelt. In zoverre gaat de aanspraak van de burger op het nemen van juiste, dat wil zeggen met algemene beginselen van behoorlijk bestuur in overeenstemming zijnde besluiten, gepaard met een daarmee corresponderende ‘plicht’ van het verschaffen van de benodigde informatie en het verlenen van medewerking waarmee het bestuur ook in staat is zulke besluiten te nemen.

Wederkerigheid die ziet op het voeren van meer overleg en onderhandeling tussen bestuur en burger teneinde het bestuur bij het nemen van besluiten meer rekening te (kunnen) laten houden met de belangen en wensen van de burger, heeft evenzeer geringe positiefrechtelijke betekenis. Dit geldt in ieder geval in zover het nemen van besluiten dwingendrechtelijk is genormeerd. Om deze reden is voor dit aspect van wederkerigheid weinig ruimte binnen het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht en het vreemdelingenrecht, omdat deze bestuurlijke deelrechtsgebieden zich laten kenschetsen door de aanwezigheid van meer gebonden bestuursbevoegdheden. Maar ook voor de bestuursrechtelijke deelrechtsgebieden met meer discretionaire besluitbevoegdheden, geldt dat voor zover deze besluitbevoegdheden dwingendrechtelijk zijn genormeerd, dit aspect van wederkerigheid geen betekenis kan hebben.

Ook voor zover besluitbevoegdheden discretionair van aard zijn, is de mogelijkheid van meerzijdige rechtsvorming gering. Gelijkheid, rechtszekerheid en specialiteit verhinderen dat het bestuur na overleg of in onderhandeling met een individuele burger tegemoet kan komen aan diens wensen. Dit geldt zeker daar waar belangen van derden in het geding zijn en/of beleid (neergelegd in een beleidsregel) wordt gevoerd. Daar waar de Awb-wetsgeschiedenis de ontwikkeling en de gelding van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan de basis legt van de relativering van eenzijdige rechtsvorming van het overheidsbestuur⁷¹³, betreft dit een nogal eenzijdige belichting omdat het geen rekenschap geeft van het – evenzeer uit hoofde van algemene beginselen van behoorlijk bestuur – rekening moeten houden met andere, conflicterende algemene (deel)belangen en belangen van andere burgers. Juist deze conflicterende belangen vergen eenzijdigheid van rechtsvorming, wat overigens niet uitsluit dat het bestuursorgaan niet mag of moet openstaan voor wensen, voorkeuren en eisen van de burger. Dat neemt echter niet weg dat het voeren van overleg en het onderhandelen tussen bestuur en burger – als gelijken – in het hedendaagse bestuursrecht uitzondering is.⁷¹⁴

⁷¹³ Algemene beginselen van behoorlijk bestuur beperken immers de vrijheid van het bestuur om naar eigen inzicht van vrije bestuursbevoegdheden gebruik te maken en geven de burger ‘handvatten’ om het bestuur een goed besluit te laten nemen door rekening te houden met wensen en belangen van de burger.

⁷¹⁴ Gribnau 1998, p. 238.

4.6.3. De wederkerige rechtsbetrekking en de verminderde behoefte aan ongelijkheidscompensatie

Het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van de burger door het bestuur is een essentieel kenmerk van de klassieke visie op het materiële bestuursrecht. De bestuurlijke bevoegdheid tot het verrichten van eenzijdige rechtshandelingen betekent in juridische zin een ongelijke positie tussen bestuur en burger, omdat het bestuur de bevoegdheid heeft om zonder instemming van de burger, zo nodig; tegen diens wil in, rechtsgevolgen in het leven te roepen. Teneinde tegenwicht te bieden tegen deze ongelijke materieelrechtelijke rechtsverhouding, werd door de rechter – ten gunste van de burger – ongelijkheidscompensatie geboden.⁷¹⁵ De bestuursrechter nam in dat kader zelf het initiatief tot het (zelf) verrichten van onderzoek naar feiten die in het geding in niet of onvolledig werden gesteld, dan wel niet of onvoldoende zijn onderbouwd. De wederkerigheidsgedachte houdt in dat de rechtsvaststelling door het bestuur in werkelijkheid niet langer eenzijdig geschiedt, maar met inachtneming van inbreng van gegevens door de burger en na overleg en onderhandeling tot stand komt. Voorts houdt wederkerigheid een voorwaardelijke aanspraak van de burger jegens het bestuur in met betrekking tot het geven van toepassing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Meer wederkerigheid betekent volgens de Awb-wetsgeschiedenis een vermindering van de ongelijkheid tussen bestuur en burger, in materieelrechtelijke zin.⁷¹⁶ Om deze reden wordt het bieden van ongelijkheidscompensatie door de bestuursrechter, in ieder geval voor zover de bestuursrechter daardoor buiten het door de partijen begrensde geschil treedt, in de Awb-wetsgeschiedenis uitdrukkelijk niet langer aanvaardbaar geacht. Voor zover meer wederkerigheid in het materiële bestuursrecht de ongelijkheid tussen bestuur en burger al redresseert, is dit – zo is hierboven geconcludeerd – slechts in een zeer beperkte mate het geval. De procesrechtelijke gevolgtrekking die in de Awb-wetsgeschiedenis is gemaakt voor het beiden van ongelijkheidscompensatie gaat echter veel verder dan op basis van de reikwijdte van de wederkerigheidsgedachte had mogen worden verwacht. De wetgever is daarin te ver doorgeschoten, nu ongelijkheidscompensatie ook niet mag worden geboden in die gevallen waarin de wederkerigheidsgedachte vanwege dwingendrechtelijke normering van besluitbevoegdheden geen rol kan spelen.

⁷¹⁵ PG Awb II, p. 32.

⁷¹⁶ Deze in de wetgeschiedenis veronderstelde verminderde ongelijkheid is in de literatuur bestreden op de grond dat de feitelijke verhouding tussen bestuur en burger in het huidige tijdsgewricht nog steeds ongelijk is, daar de burger veelal een ondergeschikte positie inneemt tegen het bestuur, dat immers door de bank genomen over meer kennis van het bestuursrecht beschikt en meer ervaring heeft in het voeren van procedures. In de wetgeschiedenis wordt dit overigens niet miskend.

4.6.4. De wederkerige rechtsbetrekking en de handhaving van het objectieve recht

De terzijdestelling van objectieve rechtmatigheidstoetsing als het primaire doel van bestuursrechtspraak is, gelet op de Awb-totstandkomingsgeschiedenis, uitdrukkelijk verbonden met het gedachtegoed van de wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht. In de wetsgeschiedenis op de tweede tranche van de Awb is benadrukt dat objectieve rechtmatigheidstoetsing als doel van bestuursrechtspraak verband houdt met de eenzijdigheidsconceptie, die centraal stond in het 'klassieke' bestuursrecht. Nu door de (veronderstelde) toegenomen wederkerigheid tussen bestuur en burger de gelijkwaardigheid tussen bestuur en burger is toegenomen, is er volgens de Memorie van Toelichting op de tweede tranche van de Awb, niet langer reden voor het vooropstellen van de functie van objectieve rechtmatigheidstoetsing. Objectieve rechtmatigheidstoetsing, zo dient derhalve uit de Awb-wetsgeschiedenis te worden afgeleid, heeft bovenal tot doel de eenzijdigheid van het bestuursoptreden te compenseren.

Objectieve rechtmatigheidstoetsing als functie van bestuursrechtspraak had, aldus ook de wetsgeschiedenis op de tweede tranche van de Awb, zeker aanvankelijk als oogmerk 'de controle van de wijze waarop het desbetreffende bestuursorgaan zich had gekweten van de aan hem opgedragen uitvoering van door de (formele) wetgever vastgestelde regels. Die rechterlijke controle diende primair het algemeen belang, terwijl hiermee samenhang dat die rechtmatigheidstoetsing was gericht op het concrete, rechtsvaststellende handelen van het bestuur'. Het primaire oogmerk van objectieve rechtmatigheidstoetsing is derhalve het verzekeren van de rechtmatigheid van het bestuursoptreden. De bestuursrechter houdt toezicht op de naleving door het bestuursorgaan van het objectieve bestuursrecht, waarbij de bestuursrechter nagaat of het bestuur zich bij de behartiging van het algemene belang aan het geldende objectieve recht heeft gehouden. Bestuursrechtspraak geldt als waarborg voor de handhaving van het objectieve bestuursrecht.⁷¹⁷ Hieruit volgt dat de bestuursrechter tot taak heeft om te beoordelen of een door het bestuur genomen besluit in overeenstemming is met het materiële bestuursrecht, waarna de rechter de geconstateerde gebreken constateert en corrigeert.⁷¹⁸ Kenmerkend voor de functie van objectieve rechtmatigheidstoetsing is ambtshalve toetsing: de rechter beperkt zich niet tot de door een partij aangevoerde gronden; maar past dwingend recht zelf toe en vernietigt het bestreden besluit, wanneer hij tot de conclusie komt dat het rechtens zo niet mocht worden vastgesteld.⁷¹⁹ De functie van objectieve rechtmatigheidstoetsing, zo valt ook uit hoofdstuk 3 af te leiden, geldt derhalve de rechterlijke waarborging van het legaliteitsbeginsel: waren bestuursorganen bevoegd tot het nemen van de in beroep bestreden beslissing en hebben zij daarbij naar het geldende recht gehandeld? Het oogmerk van deze functie van objectieve rechtmatigheids-

⁷¹⁷ Tak 1995, p. 14.

⁷¹⁸ Schueler 2006, p. 33.

⁷¹⁹ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 1999, p. 568.

toetsing is derhalve niet (geweest) om de juridische of feitelijke ongelijkheid tussen bestuur en burger te compenseren, maar het bewaken van de juiste toepassing van het geldende, dwingende bestuursrecht. Zo beschouwd, is het in de Awb-wetsgeschiedenis gelegde oorzakelijke verband tussen de conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking en de terzijdestelling van de objectieve rechtmatigheidstoetsing ten onrechte gelegd. De veronderstelde verminderde ongelijkheid tussen bestuur en burger zou de behoefte aan het bieden van ongelijkheidscompensatie wel kunnen treffen, maar niet de rechterlijke controle op de rechtmatigheid van besluiten. Dit zou anders zijn, indien de conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking de werking en gelding van het legaliteitsbeginsel in het materiële bestuursrecht zou afzwakken. In dit hoofdstuk is evenwel geconcludeerd, en dat wordt ook in de Awb-wetsgeschiedenis onderkend, dat de conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking de gelding van het legaliteitsbeginsel niet aantast. In zoverre heeft de wederkerigheidsgedachte de noodzaak van rechterlijke waarborging van dit beginsel niet doen verminderen en kan de notie van wederkerige rechtsbetrekkingen niet afdoen aan objectieve rechtmatigheidstoetsing als doel van bestuursrechtspraak.

4.7. Conclusies

In dit hoofdstuk is geconcludeerd dat de wederkerige rechtsbetrekking voor het materiële bestuursrecht een zeer geringe positiefrechtelijke betekenis heeft. De rechtsbetrekking tussen bestuur en burger wordt in het huidige materiële bestuursrecht nog steeds vooral bepaald door het nemen van besluiten. Van deze besluiten kan nauwelijks worden gezegd, dat zij in wederkerigheid tot stand worden gebracht, zelfs daar waar een bij of krachtens de wet dwingende normering ontbreekt en sprake is van discretionaire besluitbevoegdheden kan niet worden gezegd dat een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – lees: besluit – in overleg en /of na onderhandeling tussen bestuur en burger tot stand wordt gebracht. De notie van de wederkerige rechtsbetrekking biedt onvoldoende houvast voor de gevolgtrekking dat het materiële bestuursrecht bestuur en burger ter vrije beschikking staat. Van dwingend recht dat voortvloeit uit de wet kan dit niet worden gezegd, zodat besluitbevoegdheden in zoverre niet in wederkerigheid tot stand kunnen worden gebracht. Maar ook voor zover besluitbevoegdheden niet wettelijk zijn genormeerd, kan niet worden gezegd dat zij bestuur en burger in de bestuurlijke besluitvormingsfase ter vrije beschikking staan. Dit geldt in ieder geval niet, indien het bestuur ter invulling van een discretionaire ruimte een beleidsregel heeft vastgesteld; het bestuur is daaraan gebonden. Maar ook indien geen beleidsregel is vastgesteld, wordt de beslissingsruimte – en daarmee de bestuurlijke vrijheid – om in wederkerigheid besluiten te nemen beperkt door algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan met name het specialiteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur.

De wederkerigheidsgedachte biedt onvoldoende houvast voor de gevolgtrekking dat het materiële bestuursrecht het bestuur en de burger in overwegende mate ter vrije beschikking staat. Nu ook voor het huidige bestuursprocesrecht geldt dat dit niet alleen dient ter verwezenlijking van het materiële bestuursrecht, maar ook de kenmerken daarvan volgt, biedt de conceptie van wederkerige rechtsbetrekkingen geen rechtvaardiging voor de huidige hoofdregel met betrekking tot de afbakening van het geding, die immers impliceert dat het materiële bestuursrecht (in overwegende mate) procespartijen ter vrije beschikking staat. Zo beschouwd, en dat is de slotsom van dit hoofdstuk, verschaft de conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking evenmin een rechtvaardiging voor het met de hoofdregel over de omvang van het geding verband houdende (overwegende) verbod om besluiten ambtshalve te mogen toetsen aan het materiële bestuursrecht.

In het volgende hoofdstuk wordt de betekenis van de aard van het verbintenisrecht voor de afbakening van het civiele rechtsgeding aan een ander onderzoek onderworpen. Het verrichten van dit onderzoek is ingegeven door de vergelijking die zich mogelijkwerijs voordoet tussen verbintenisrechtelijke rechtsbetrekkingen en wederkerige rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht en de gevolgtrekkingen daarvan voor de afbakening van het rechtsgeding. In hoeverre kan worden gezegd dat burgerlijke procesrecht, in het bijzonder de regel met betrekking tot de afbakening van het civiele rechtsgeding, (nog steeds) de aard van het materiële burgerlijke recht volgt wordt in hoofdstuk 5 onderzocht. In het bijzonder gaat de aandacht uit het antwoord op de vraag in hoeverre voor de burgerlijke rechter een verbod van ambtshalve toetsing aan dwingendrechtelijke rechtsnormen geldt.

Hoofdstuk 5. De legitimering van het verbod van ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter

5.1. Inleiding

De wijze van de afbakening van de rechtsstrijd zoals opgenomen in het huidige bestuursprocesrecht, is een weerspiegeling van die in het burgerlijk procesrecht. De burgerlijke rechter is, zeker waar het de afbakening van het geding betreft, altijd lijdelijk geweest. Voor het huidige burgerlijk procesrecht is dat neergelegd in art. 24 Rv. Deze bepaling kent als uitgangspunt dat de rechter geen feiten aan zijn uitspraak ten grondslag mag leggen die door partijen niet zijn gesteld of niet zijn komen vast te staan. Ook mag hij geen verweren aanvullen met juridische gronden, die in de stellingen van partijen niet besloten liggen. Hiervoor bleek, dat voor de bestuursrechter hetzelfde geldt en dat aan dit aan art. 8:69, eerste lid Awb ten grondslagliggende uitgangspunt blijktens de vigerende bestuursrechtelijke doctrine ook strak de hand moet worden gehouden.

Hoewel rechterlijke lijdelijkheid vanoudsher geldt voor de berechting van civielrechtelijke geschillen, kan niet worden gezegd dat de concrete toepassing van de betrokken procesrechtelijke regel over de afbakening van de rechtsstrijd probleemloos en zonder discussie verloopt. Dit geldt, meer algemeen, voor de mate waarin de burgerlijke rechter al dan niet actief mag of behoort te zijn tijdens de procedure. Meer in het bijzonder lopen de opvattingen in de literatuur uiteen over het antwoord op de vraag of en zo ja welke dwingendrechtelijke bepalingen de burgerlijke rechter aanleiding (zouden) moeten geven tot een ambtshalve beoordeling. Dit mag opvallend heten, nu in dit opzicht juist in het bestuursrecht de gelederen zich (lijken te) hebben gesloten.

In dit hoofdstuk wordt nader onderzocht of en zo ja in hoeverre karakteristieken van het materiële burgerlijke recht (nog steeds) van betekenis zijn voor de afbakening van het civielrechtelijke geding. Geldt procesrechtelijke partijautonomie in dit opzicht (nog steeds) als een afspiegeling van partijautonomie in materieelrechtelijke zin en behoort volgens de civielrechtelijke doctrine dit (nog steeds) zo te zijn? Het onderzoek richt zich in het bijzonder op de beantwoording van de vraag of en zo ja in hoeverre de burgerlijke rechter de aard van het bestuursrecht beschouwd als objectief dwingend.

In 5.2. worden de ontwikkelingen besproken die zich in (het denken over) partijautonomie als karakteristiek van zowel het materiële recht als het procesrecht hebben voorgedaan. De daaropvolgende paragraaf beschrijft de wijze waarop het geschil volgens art. 24 Rv moet worden afgebakend. Hierna wordt onderzocht of de burgerlijke rechter gehouden is ambtshalve toepassing te geven aan het recht. Het maakt groot verschil of dit binnen of buiten de omvang van het geding gebeurt, zo blijkt in 5.4. respectievelijk 5.5. Waar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden geldt als rechterlijke plicht, is ambtshalve toetsing in de regel juist verboden. Bij wijze van uitzondering komt ambtshalve toetsing niettemin voor, hetgeen vragen oproept naar de juridische bevoegdheidsgrondslag, het

soort rechtsregels dat zich daar voort leent en de daarbij aan te leggen maatstaven. In 5.6. wordt ten slotte de balans opgemaakt.

5.2. Partijautonomie: scharnier tussen materieel burgerlijk recht en procesrecht?

5.2.1. Het postulaat van de processuele partijautonomie voor de afbakening van de rechtsstrijd

Het burgerlijk procesrecht kan worden omschreven als het geheel van regels die primair strekken tot een geven van een (positieve of negatieve) beslissing over de verwezenlijking van een civielrechtelijk recht, dat veelal is ontleend aan het BW.⁷²⁰ Er bestaat aldus een verwevenheid tussen het burgerlijk procesrecht en het materiële burgerlijke recht. Die verwevenheid bestaat er in de eerste plaats in dat het burgerlijk procesrecht dienend is aan het materiële recht. Het procesrecht heeft immers onmiskenbaar tot doel om het al dan niet bestaan van materiële rechtsaanspraken vast te (kunnen) stellen; het vormt geen doel op zichzelf. Hierbij moet tegelijkertijd worden opgemerkt, dat toepassing van het procesrecht materiële rechtsverhoudingen ook beïnvloedt. Deze beïnvloeding kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben, dat de burgerlijke rechter juist vanwege procesrechtelijke regels het bestaan van een materieel recht moet erkennen of juist moet afwijzen, terwijl deze beslissing aan de materiële waarheid niet geheel of in het geheel geen recht doet. Er wordt om deze reden gesproken van een dynamische en wederkerige verhouding tussen het procesrecht en materiële recht.⁷²¹

Voor het burgerlijk procesrecht wordt – ook tegenwoordig nog – aangenomen, dat het procesrechtelijke beginsel van partijautonomie een afspiegeling vormt van het axioma van autonomie van partijen in het materiële burgerlijke recht. Niet in de laatste plaats kan dit worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis op het thans vigerende burgerlijk procesrecht. Hierin wordt, onder de erkenning dat dit voor nog slechts enkele fasen in het burgerlijk proces geldt, onomwonden gesteld dat de rechter lijdelijk dient te zijn ten aanzien de aanvang en de omvang van het geschil. Deze lijdelijkheid is volgens de Memorie van Toelichting geworteld in het algemene uitgangspunt van het materiële burgerlijk recht dat rechtssubjecten vrij zijn zelf hun rechtspositie te bepalen. Dientengevolge behoren partijen, aldus de wetgever, bij de verwezenlijking daarvan in een civiele procedure evenzeer autonoom te zijn.⁷²² De lijdelijkheid van de rechter waarborgt vervolgens dat deze processuele partijautonomie ook daadwerkelijk wordt gerespecteerd.⁷²³

⁷²⁰ Asser Procesrecht / Van Schaick 2011, aant.7.

⁷²¹ Van Schaick spreekt in dit verband over een wederkerige verhouding tussen procesrecht en het materiële recht. Van Schaick, t.a.p.

⁷²² Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 6.

⁷²³ Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 6; M.A. Loth 2000, p. 37; Asser Groen & Vranken 2003, p. 68.

Ook in rechtspraak is de opvatting terug te vinden dat de partijautonomie in het materiële recht wordt weerspiegeld in de afbakening van de rechtsstrijd. De Hoge Raad spreekt in dit verband over het civielrechtelijke rechtsgeding als ‘een geding dat betrekking heeft op ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen’.⁷²⁴ Behalve in wet(s)geschiedenis) en rechtspraak, behoort ook blijkens de literatuur sprake te zijn van doorwerking van de materiële partijautonomie op de omvang van de rechtsstrijd.⁷²⁵ De hieraan ten grondslagliggende gedachte is (vanoudsher geweest), dat rechtssubjecten die vrij zijn in het aangaan, het beëindigen en het bepalen van doel, inhoud en strekking van hun rechtsbetrekkingen, in procesrechtelijk opzicht over parallelle vrijheden behoren te beschikken.⁷²⁶ De autonomie van partijen over deze materieelrechtelijke aspecten verklaart dat ook in het vigerende burgerlijk procesrecht aan partijen wordt overgelaten óf zij een geschil over een rechtsbetrekking aan de burgerlijke rechter willen voorleggen, of zij een geschil voortijdig willen beëindigen én ook waarover zij precies een rechterlijke beslissing wensen. Voor het huidige procesrecht wordt het bereik van de rechterlijke beslissing in eerste aanleg, zowel voor dagvaardings- als verzoekschriftenprocedures, begrensd in het al genoemde art. 24, in combinatie gelezen met art. 23, art. 25 en 149 Rv.

5.2.2. Meer dwingend recht; tanende partijautonomie in het materiële recht

In de afgelopen eeuw is de partijautonomie in het materiële burgerlijke recht echter steeds verder teruggedrongen. Aangenomen wordt dat deze ontwikkeling allerminst is gestuit.⁷²⁷ De oorzaken hiervoor worden gezocht in een toename van de waarschijnlijkheid dat men ongewild in een rechtsbetrekking met een ander verwickeld raakt doordat een gedraging door een ander als onrechtmatig wordt aangemerkt, en doordat overeenkomsten, behalve voor betrokkenen, ook rechtsgevolgen voor anderen creëren. Naast deze, te respecteren belangen van andere rechtssubjecten, is de vrije beschikkingsruimte van rechtssubjecten in het burgerlijke recht in toenemende mate nader begrensd, en daardoor beperkt, door wetgeving. Privaatrechtelijke wetgeving kan ter bescherming van bepaalde personen, vooral de zwakkeren in de samenleving, zoals werknemers, huurders en consumenten, tot stand zijn gebracht⁷²⁸, maar ook verscheidene maatschappelijke processen kunnen tot regulering in en door het privaatrecht hebben geroepen.⁷²⁹ Behalve de toegenomen wettelijke bepalingen in het privaatrecht, is

⁷²⁴ Vgl. de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zoals deze zijn verwoord onder HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 94 (Van Schijndel/van der Veen).

⁷²⁵ Ingelse 2004, p. 4; Snijders 2003, p. 1700; Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 1712.

⁷²⁶ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 66; Ingelse 2004, p. 7.

⁷²⁷ Loth 2000, p. 51.

⁷²⁸ Vgl. Boon, Reijntjes, Rinkes & Bergamin 2003 hoofdstuk III, nr.3, alwaar de bescherming van personen, bescherming van de in economische, maatschappelijke, psychische zin zwakkere partij ten opzichte van de sterkere als redenen worden genoemd voor dwingende rechtsregels in het burgerlijke recht.

⁷²⁹ Hierbij valt te denken aan de oprichting van ondernemingen, de overdracht van registergoederen, het aangaan of beëindigen van een huwelijk, het vaststellen van een faillissement of

ook het aantal publiekrechtelijke, in het bijzonder bestuursrechtelijke, rechtsregels sterk toegenomen. Hierdoor worden rechtssubjecten in privaatrechtelijke beschikkingsvrijheid beknot, wat bijvoorbeeld is af te leiden uit art. 3:14 BW en art. 6:162 BW.⁷³⁰

De beschikkingsruimte voor rechtssubjecten binnen het materiële burgerlijke recht – anders gezegd: de materieelrechtelijke partijautonomie – verschilt overigens wel per deelrechtsgebied. Het deel van het burgerlijke recht waarin de vrije beschikkingsruimte nog het meest aanwezig wordt geacht, is het overeenkomstenrecht.⁷³¹ Hier kan, gelet op het vele regelende recht dat hierin voorkomt, vergeleken met andere privaatrechtelijke deelgebieden nog het meest worden gesproken van een klassieke contractsvrijheid. Tegelijkertijd wordt opgemerkt, dat ook voor het (algemene) overeenkomstenrecht deze contractsvrijheid wel wordt gemitigeerd door diverse dwingende rechtsnormen.⁷³² Voor benoemde overeenkomsten op de deelrechtsgebieden arbeidsrecht, huurrecht en consumentenrecht geldt dat in een aanzienlijke mate sprake is van dwingend recht, die de contactvrijheid van rechtssubjecten aan banden legt. Verder geldt voor het erfrecht, goederenrecht, het rechtspersonenrecht en het personen- en familierecht, dat dit zelfs in overwegende mate dwingendrechtelijk is genormeerd.⁷³³ Voor deze privaatrechtelijke deelgebieden kan van een overwegende contractsvrijheid of beschikkingsruimte nauwelijks nog gesproken worden.

Niettegenstaande de toegenomen dwingendrechtelijke normering van civiele rechtsbetrekkingen en de te respecteren belangen van anderen, wordt in wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur gehecht aan partijautonomie als beginsel of uitgangspunt van het materiële burgerlijke recht. Partijautonomie wordt, ondanks ontwikkelingen die in een tegengestelde richting wijzen, nog steeds als van wezenlijk belang voor het privaatrecht beschouwd. In de literatuur wordt het essentiële belang van de partijautonomie onderstreept, niet alleen voor de mogelijkheid van het individu om zich in zijn privé-leven en in het maatschappelijke verkeer te ontplooien, en om zijn vermogensrechtelijke belangen te behartigen, maar ook voor de gemeenschap als geheel.⁷³⁴ Partijautonomie heeft derhalve een fundamenteel karakter, omdat 'het gehele privaatrecht daarop is

het creëren van een eerlijke mededinging, aldus Asser Groen & Vrank 2003, p. 67. Voorts kan ook betrokkenheid van het algemeen belang in algemene zin of de openbare orde en het regelen van vormvoorschriften voor rechtshandelingen reden vormen voor de totstandbrenging van dwingend recht.

⁷³⁰ Art. 3:14 BW bepaalt dat rechtshandelingen niet in strijd mogen worden verricht met geschreven of ongeschreven publiekrechtelijke rechtsregels, terwijl voorts via art. 6:162, tweede lid BW onrechtmatig handelen er in kan bestaan dat in strijd met publiekrechtelijke rechtsregels wordt gehandeld, Pitlo en Gerver 1995, p. 12 en 61.

⁷³¹ Ingelse 2004, p. 7.

⁷³² Hetgeen verderop in dit hoofdstuk aan de hand van voorbeelden, ontleend aan rechtspraak, wordt geadstrueerd.

⁷³³ Loth 2009, p. 15.

⁷³⁴ Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 45a. Volgens Van Schaick bevordert partijautonomie zelfontplooiing, geestelijk welbevinden en economisch initiatief, waardoor welvaart en welzijn van de burgers worden verhoogd, Asser Procesrecht / Van Schaick 2011, aant. 8.

gegrond'.⁷³⁵ De toegenomen regulering van de beschikkingsvrijheid wordt – paradoxaal genoeg – juist als een waarborg gezien voor partijautonomie en contractsvrijheid, onder meer doordat regelgeving voorziet in allerhande informatie- en mededelingsplichten waardoor rechtssubjecten beter in staat zijn om keuzen te maken.⁷³⁶ Deze vrijheid door gebondenheid, kan evenwel niet aan afdoen aan de conclusie dat de partijautonomie is teruggedrongen door dwingende regelgeving. Het is daarom niet goed vol te houden, dat het materiële recht zich ook tegenwoordig nog in overwegende mate laat kenschetsen door partijautonomie.⁷³⁷ Zo bezien, valt te betwijfelen of de aan artikelen 24 en 149 Rv ten grondslagliggende procesrechtelijke partijautonomie nog steeds is te beschouwen als een representatieve afspiegeling van het materiële burgerlijke recht.⁷³⁸

5.2.3. Minder lijdelijkheid ten aanzien van de omvang van de rechtsstrijd?

Asser, Groen en Vranken hebben zich in hun interim- en eindrapport (respectievelijk verschenen in 2003 en 2006) over een fundamentele bezinning van het burgerlijk procesrecht voorstanders getoond van een actievere burgerlijke rechter, die is voorzien van ruimere rechterlijke bevoegdheden. Deze grotere vrijheid is door hen ook bepleit voor de vaststelling van de omvang van het civiele rechtsgeding. Volgens deze auteurs geldt voor de toekomst dat in het burgerlijk proces de 'partijautonomie niet meer als richtinggevend beginsel kan dienen'.⁷³⁹ De burgerlijke rechter zou de vrijheid moeten verkrijgen om partijen te wijzen op de mogelijkheid om hun vordering of verweer te wijzigen of aan te vullen. Tegen de achtergrond van het belang dat rechterlijke uitspraken dienen te berusten op een feitencomplex dat met de werkelijkheid overeenstemt, ook de juridische, stellen zij dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de uitkomst van het geding. Uit hoofde van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en rechter voor het proces, is de rechter niet gehouden om de door partijen gekozen gronden voor hun vordering (of verzoek) en verweer zonder meer te aanvaarden. Waar hij meent dat de grenzen van de rechtsstrijd niet adequaat zijn getrokken om te komen tot een verantwoorde beslechting van het geschil, bestaat voor hem vrijheid die grenzen ter discussie te stellen. Partijen hebben volgens genoemde auteurs er zelfs recht op dat de rechter op dit terrein actief is, omdat zij aanspraak mogen maken op een rechterlijke beslissing die aanvaardbaar is en recht doet wat in het geschil tussen hen werkelijk op het spel staat. Volgens de auteurs vloeit dit voort uit art. 6 EVRM en de daarin besloten

⁷³⁵ Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 45.

⁷³⁶ Asser Procesrecht / Van Schaick 2011, aant. 8.

⁷³⁷ Asser Groen & Vranken 2003, p. 69.

⁷³⁸ Snijders erkent dat geen sprake meer is van een volkomen partijautonomie, maar beschouwt niettemin partijautonomie zowel in het burgerlijk recht als in het burgerlijk procesrecht als het leidende beginsel en essentiële uitgangspunt, Snijders 2003, p. 1696-1707, i.h.b. p. 1700.

⁷³⁹ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 79. Volgens Hammerstein 2004, p. 60 heeft de partijautonomie zelfs 'afgedaan'.

liggende fundamentele rechtsbeginselen, die een behoorlijk proces en een juiste beslissing beogen te waarborgen.⁷⁴⁰ Onder de erkenning dat aan partijen weliswaar het laatste woord toekomt waar het gaat om de grondslagen van het rechtsgeding, wordt benadrukt dat de rechterlijke bemoeienis daarmee niet mag worden afgesneden, want

‘een volwassen benadering van het proces, de vooropstelling van eerlijke kansen en het bereiken van een rechterlijke beslissing die zoveel mogelijk aansluit bij wat in de rechtsverhouding tussen partijen realiteit is, ook juridische realiteit’ dient ertoe te leiden dat ‘men zal moeten aanvaarden dat de rechter zulke kwesties aan de orde mag en zonedig moet stellen en dus eventueel ‘slapende honden wakker maakt’ (dat wil zeggen de gedaagde aan een verweer helpt). Dit betekent dan ook geen aantasting van zijn onpartijdigheid.’

Dit brengt volgens Asser, Groen & Vranken mee, dat de processuele partijautonomie moet wijken, in het geval bijvoorbeeld geen beroep is gedaan op de verjaring van een rechtsvordering of een gezag van gewijsde van eerdere beslissing, maar ook

‘(...) in het geval dat de rechter in de door de partijen gepresenteerde feiten of in het ten processe aanwezige feitenmateriaal gronden voor de eis of het verzoek of verweren aantreft die zijns inziens ten onrechte niet zijn benut: een feitenconstellatie die evident overmacht oplevert of de vernietigbaarheid van een rechtshandeling, een contractuele clause die verval van het vorderingsrecht meebrengt.’⁷⁴¹

Genoemde auteurs gaan hiermee aanzienlijk verder dan de heersende juridische doctrine. Dit wordt nog eens benadrukt in hun eindrapport, waarin zij de aanbeveling doen de burgerlijke rechter de bevoegdheid te verschaffen om – als hij dat van belang vindt voor de beoordeling van de zaak – ambtshalve de vraag aan de orde te stellen waarom een feitelijke of rechtsgrond die hij in de stellingen van een partij niet heeft aangetroffen, niet is aangevoerd.⁷⁴² Het pleidooi voor een actievere burgerlijke rechter heeft op instemming⁷⁴³, maar vooral ook op tegenstand gestuit. Tot de tegenstanders van een (al) te actieve burgerlijke rechter kunnen onder anderen Ingelse, Snijders en Van Schaick worden gerekend. Ingelse is tegenstander op de principiële grond, dat de burgerlijke rechter niet tot wezenlijke taak dient te hebben de belangen van partijen (mede)

⁷⁴⁰ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 82 en 83.

⁷⁴¹ Idem.

⁷⁴² Asser, Groen & Vranken 2006, p. 59, aanbeveling 5.11 sub a. Deze ambtshalve bevoegdheid lijkt niet zover te gaan, dat de rechter ambtshalve een feitelijke en/of juridische stelling aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, indien betrokken partij(en) dat niet wil(len). Niettemin is niet goed denkbaar dat een partij, die hiermee gebaat zou zijn, de rechter hiervan zou (willen) afhouden.

⁷⁴³ Zoals Schoordijk 2004, p. 162-167. Van den Brink 2009, p. 113 e.v. en Lewin 2011, p. 15.

te behartigen. De burgerlijke rechter mag slechts dán inbreken in de partijautonomie, indien een overwegend rechterlijk belang dat vergt, maar daarin mag hij niet verder gaan dan met het oog op dat belang noodzakelijk is. Volgens Ingelse betekenen de voorstellen van Asser *cs* een aanzienlijke versterking van de greep van de overheid (in casu de rechterlijke macht) op de verhouding tussen procespartijen, terwijl zonder voldoende rechtvaardiging de overheid juist op afstand dient te blijven. Ingelse ziet geen rechtvaardiging voor een verdergaand rechterlijk ingrijpen dan door partijen gevraagd en noodzakelijk voor de beslechting van het geschil. Volgens hem bestaat bovendien het risico van vertraging van de procedure in het geval een rechter die zijn taak serieus neemt eerder tijdens de comparitie en stelling of verweer over het hoofd heeft gezien en dit alsnog partijen wil voorhouden.⁷⁴⁴ In de praktijk dient de rechter partijen dan ook – binnen de regels van het recht – vrij te laten.⁷⁴⁵

Volgens Snijders is het door het driemanschap Asser, Groen en Vranken opgetekende rechtspraakmodel te ‘autoritair-rechterlijk georiënteerd’, waarbij te weinig recht wordt gedaan aan de justitiabelen waar het primair om te doen is.⁷⁴⁶ Ook Snijders vindt dat de burgerlijke rechter actief dient te zijn, doch deze activiteit wordt begrensd daar waar partijen te kennen geven geen rechterlijk oordeel te willen. Voorts betoogt Snijders dat de burgerlijke rechter terughoudend dient te zijn met ‘meeprocederen’ door tijdens de zitting partijen ambtshalve aanvullende stellingen voor te houden, omdat later kan blijken dat de rechter daar uiteindelijk toch niets in ziet.⁷⁴⁷ Snijders hanteert als uitgangspunt dat justitiabelen er recht op hebben dat hen ‘subjectief recht’ wordt gedaan en wel indien en voor zover zij dat wensen. De primaire taak van de burgerlijke rechter is naar zijn oordeel ‘rechtsverschaffing’.⁷⁴⁸

Ook volgens Van Schaick dient de (processuele) partijautonomie – die een uitdrukking vormt van de eigen verantwoordelijkheid van partijen – het wezenlijke, richtinggevende uitgangspunt van het burgerlijk proces te blijven, vooral omdat daarvan naar zijn mening uiteindelijk de meest bevredigende uitspraken zijn te verwachten. De – wat hij noemt – ‘helpende rechter’ leidt volgens hem tot een vorm van bevoogding waarvan het burgerlijk procesrecht, althans op de langere termijn, slechter wordt. Hij voorziet dat partijen en hun advocaten daardoor straffeloos slordig zullen en mogen werken en bovendien ook straffeloos aan procedures mogen beginnen waarvan ze eigenlijk niet voldoende verstand hebben. Voorts wordt volgens Van Schaick het vermogen van de rechter overschat waar wordt aangenomen, dat hij door het toesteken van een helpende hand kan bijdragen aan de verwezenlijking van de werkelijke rechtsverhouding tussen partijen. De rechter verkrijgt volgens hem in de meeste geval-

⁷⁴⁴ Ingelse 2006, p. 9. Zijn inhoudelijke bezwaar lijkt er vooral in zijn te gelegen, dat de regel dwingt tot het bijstaan van beide partijen, terwijl zonder deze regel de rechter, die een zwakkere partij helpt, niet snel het verwijt zal worden gemaakt van onpartijdigheid.

⁷⁴⁵ Ingelse 2006, p. 7.

⁷⁴⁶ Snijders 2003, p. 1696-1707, i.h.b. p. 1700.

⁷⁴⁷ Idem.

⁷⁴⁸ Ibidem.

len in de loop van de procedure geen beter zicht op de rechtsverhouding dan partijen hem willen voorhouden, terwijl voorts de helpende hand van de rechter tot gevolg zal hebben dat de primaire procesrechtelijke vraag niet langer is of de materiële rechten en plichten die partijen pretenderen, werkelijk bestaan, maar of de rechter het redelijk vindt dat ze bestaan.⁷⁴⁹

Hoewel de burgerlijke rechter, in ieder geval onder het vanaf 2002 vigerende procesrecht, een actievere rol dan voorheen is toebedacht, dient hij gelet op art 24 Rv desondanks lijdelijk te blijven ten aanzien van de afbakening van het geding. De toename van het aantal dwingende voorschriften waardoor de beschikkingsvrijheid van rechtssubjecten om hun rechtsverhouding vorm te geven is verminderd, heeft aan het vooropstellen van partijautonomie als fundamenteel procesrechtelijk beginsel niet afgedaan.

5.3. Het verbod van het aanvullen van de feitelijke grondslag

Het onderscheid tussen feitelijke gronden en rechtsgronden als elementen voor rechtspraak, is in het civielrechtelijke geding altijd uiterst belangrijk geweest voor de verdeling van zeggenschap tussen partijen en de rechter. In het civielrechtelijke geding zijn het de partijen, die feiten en omstandigheden via hun vordering en verweer nadrukkelijk in het geding dienen te brengen. Het zijn de partijen die verantwoordelijk zijn voor de ‘feitelijke grondslag van het geding’. De rechter heeft tot taak te beoordelen of de door partijen gestelde feiten inderdaad het door hen ingeroepen of betwiste rechtsgevolg rechtvaardigen.⁷⁵⁰ Voor de burgerlijke rechter geldt voor de aldus bij te brengen feiten, lijdelijkheid.⁷⁵¹ Tot 1 januari 2002 werd dit à contrario afgeleid uit art 48 Rv; hierin werd slechts over het aanvullen van *rechtsgronden* gerept en niet over *feitelijke* gronden. Voor het huidige procesrecht volgt de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter ten aanzien van de omvang van het geding uit de artikelen 23, 24 en 149 Rv. Art. 23 bepaalt dat de burgerlijke rechter niet minder en ook niet meer mag toewijzen dan gevorderd of verzocht.⁷⁵² Op grond van art. 24 mag de burgerlijke rechter slechts die feiten en omstandigheden onderzoeken en (vervolgens) aan zijn uitspraak ten grondslag leggen, welke hem tijdens het geding ter kennis zijn gebracht door partijen.⁷⁵³ Het gaat uitsluitend om door partijen in het geding gestelde en overeenkomstig de regels van bewijsrecht⁷⁵⁴ door de rechter vastgestelde feiten en omstandigheden. Tot de ‘feiten’ behoren niet alleen die welke

⁷⁴⁹ Asser Procesrecht / Van Schaick 2011, aant. 8 en 9.

⁷⁵⁰ Vriesendorp 1981, p. 81.

⁷⁵¹ Voor wat betreft het niet mogen aanvullen van de ‘eis’ kan bijvoorbeeld worden gewezen op HR 24 mei 1991, NJ 1991, 706 en HR 11 december 1992, NJ 1993, 139 voor het ‘verweer’ op HR 29 januari 1965, NJ 1965, 175.

⁷⁵² Hoewel een soortgelijke bepaling niet bestond, werd deze regel ook onder het tot 1 januari 2002 geldende procesrecht in achtgenomen.

⁷⁵³ In die zin voorziet art. 24 in een last die is opgelegd aan zowel eiser als verweerder. Er wordt ook wel gesproken van een stelplicht.

⁷⁵⁴ Art. 149-207 Rv.

ten grondslag zijn gelegd aan de vordering (eis) of het verweer, ook het onderwerp van de vordering of het verweer worden daartoe gerekend. Het door de eiser geformuleerde rechtsgevolg, dat volgens hem uit de gestelde feiten voortvloeit, alsook het daartegen gerichte verweer van gedaagde worden eveneens tot de feitelijke grondslag van het geding gerekend.⁷⁵⁵ Alleen de uitdrukkelijk via dagvaarding, verzoek of verweer ingebrachte feiten en omstandigheden behoren derhalve tot de feitelijke grondslag van het geding. Naar vaste rechtspraak is van doorslaggevend belang dat een partij die zich op bepaalde feiten en omstandigheden wenst te beroepen, dit op zodanige wijze behoort te doen, dat het de rechter duidelijk is wat hem als grondslag voor de beoordeling van de vordering wordt voorgelegd; hetzelfde geldt voor de wederpartij zodat deze zijn reactie daarop kan afstemmen.⁷⁵⁶ Op feiten en omstandigheden die weliswaar blijken uit de door partijen in het geding gebrachte stukken of die in de loop van de procedure ‘ten processe’ zijn gebleken, maar waarop partijen zich niet uitdrukkelijk hebben beroepen, mag de burgerlijke rechter in beginsel geen acht slaan, want niet bepalend is of bepaalde rechtsgronden of verweren zouden kunnen worden afgeleid uit de in het geding gebleken feiten en omstandigheden.⁷⁵⁷

Van zowel de eisende als de verwerende partij wordt in het civiele procesrecht derhalve nauwkeurigheid gevergd bij het formuleren van de eis respectievelijk het daartegen gerichte verweer. De eisende partij die stelt dat een ander een rechtsnorm heeft geschonden en zich beroept op de inwerkingtreding van een bepaald rechtsgevolg⁷⁵⁸, maar in een geding onvoldoende feiten stelt of aannemelijk weet te maken, zal worden geconfronteerd met een rechterlijke uitspraak tot afwijzing van zijn vordering respectievelijk met een bewijsopdracht tot het aannemelijk maken van gestelde feiten. De gedaagde dient ervoor te zorgen dat zijn verweer een aannemelijke verwerping van eisers aantijgingen is. Voor het ter kennis brengen van feiten aan de rechter geldt dat gemotiveerd dient te worden gesteld, betwist en bewezen.⁷⁵⁹ Het aanvullen van de feitelijke grondslag van het geding door de rechter – door op eigen initiatief in de eis, verzoek of het verweer ontbrekende feiten toe te voegen, daar op eigen initiatief onderzoek naar te verrichten of op eigen initiatief één van de partijen daartoe de gelegenheid te verschaffen is in beginsel niet denkbaar in een burgerlijk proces, waarin

⁷⁵⁵ Vriesendorp 1970, p. 86, Smith 2004, p.25-27, Snijders 2002, nr. 48.

⁷⁵⁶ Onder anderen HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46.

⁷⁵⁷ Onder anderen in HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 waarin werd bepaald dat het de rechter niet vrijstaat zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor zou de wederpartij tekort worden gedaan in haar recht zich naar behoren te verdedigen. Zie ook Tjong Tjin Tai 2002, p. 29-37 en Snijders/Wendels 2009, nrs. 240-249.

⁷⁵⁸ Zoals verbod tot handelen, herstel van dat recht of vergoeding van de geleden schade.

⁷⁵⁹ Van Brink 2008, p. 89-100.

partijautonomie vooropstaat.⁷⁶⁰ Voorheen bestond deze bevoegdheid niet, onder het sinds 2002 geldende procesrecht evenmin.

Niettemin bestaan op het verbod van aanvulling van feitelijke gronden van het geding enkele uitzonderingen. Zo is de rechter wel bevoegd uit de overgelegde stukken uit eigen beweging conclusies te trekken.⁷⁶¹ Zijn partijen het met elkaar oneens, dan bestaat voor de burgerlijke rechter niet de verplichting om één van beide standpunten als juist te beschouwen. De burgerlijke rechter heeft de vrijheid tot het geven van een andere interpretatie dan die van de partijen. Zulks geldt evenwel uitsluitend indien partijen het met elkaar oneens zijn.⁷⁶² Bestaat tussen partijen over een bepaald feit echter geen verschil van mening, dan treedt de rechter met een andersluidend oordeel buiten de rechtsstrijd.⁷⁶³

Een andere uitzondering op het verbod van aanvulling van feitelijke gronden geldt voor feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels. Deze mogen door de rechter aan zijn uitspraak ten grondslag worden gelegd, ook als zij niet door partijen zijn aangevoerd. Feiten van algemene bekendheid behoeven voorts geen bewijs, nu het gaat om notoire feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen.⁷⁶⁴

Intussen valt in rechtspraak waar te nemen, dat de burgerlijke rechter een enigszins actievere rol wordt toebedacht ten aanzien van de afbakening van de rechtsstrijd. Er zijn door de Hoge Raad twee arresten geweest waarin deze actievere rol in terug is te vinden. Uit deze arresten volgt dat de rechter op voet van art 22 Rv, bijvoorbeeld tijdens een comparitie, kan (en mag) doorvragen. Daarmee kan en mag een verruiming van de feitelijke grondslag worden bewerkstelligd. Niettemin geldt als grens, dat het gelet op het verloop van het processuele debat ‘voor de hand moet liggen’, dat een partij een bepaald verweer heeft willen voeren.⁷⁶⁵ Volgens Vranken staat deze door de Hoge Raad toegelaten uitbreiding

⁷⁶⁰ Dit betekent derhalve de rechter de vordering van eiser niet mag toewijzen op andere feitelijke gronden dan waarop de vordering van eiser steunt (o.m. HR 23 januari 1959, NJ 1959, 291), hij mag de vordering niet afwijzen op andere gronden dan door gedaagde aan zijn verweer ten grondslag is gelegd (o.m. HR 26 september 1997, NJ 1998, 420 m.nt. PAS), en mag ook niet ambtshalve tegenweren bijbrengen (o.m. HR 12 maart 1971, NJ 1971, 300 en HR 17 februari 2006 NJ 2006, 158). Vgl. Hugenholz/Heemskerk 2005, p. 118.

⁷⁶¹ HR 8 december 1995, NJ 1996, 274. Voorts HR 5 januari 1996 NJ 1996, 449.

⁷⁶² HR 20 januari NJ 1987, 295; HR 23 juni 1995, NJ 1996, 566 (HJS) en HR 3 januari 1997, NJ 1998, 127 (HJS)

⁷⁶³ Vriesendorp 1970, nr.57. HR 6 oktober 1978, NJ 1979, 91 (Pas), HR 1 februari 2002, NJ 2002, 607 (Heerma van Voss) en HR 25 november 2005, LJN: AU2403.

⁷⁶⁴ Dit volgt uit het tweede lid van art. 149 Rv. Echter indien de rechter een feit van algemene bekendheid ambtshalve vaststelt, dient hij wel hoor en wederhoor toe te passen, teneinde een verrassingsbeslissing te voorkomen. Van Boom, Tull en Van der Zalm 2010, aant. 7.

⁷⁶⁵ HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 m.nt. JBMV. Dit is herhaald in het arrest HR 14 maart 2008, NJ 2008, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders. In dit laatste arrest werd overwogen: ‘4.3.2. (...) Het stond het hof echter, gelet op het verloop van het processuele debat, vrij de curator in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over een, zoals in dit geval voor de hand lag, op art. 2:248 lid 7 in verbinding met lid 1 en/of lid 2 en art. 2:11 BW te baseren aansprakelijkheid van X. (...)’.

van de feitelijke grondslag door de rechter vooral in het teken van ‘efficiënt procederen’. Door van partijen te eisen dat zij zich onmiddellijk uitlaten over een bepaalde kwestie, die later ongetwijfeld door (een van) hen aan de orde zou worden gesteld, wordt vertraging in de procedure voorkomen.⁷⁶⁶ De burgerlijke rechter mag derhalve uit eigen beweging een kwestie aan de orde stellen, maar deze ambtshalve bevoegdheid is niet onbegrensd⁷⁶⁷, omdat de mogelijkheid daartoe alleen openstaat indien is voldaan aan de voorwaarde dat ‘het verloop van het processuele debat’ dit rechtvaardigt.⁷⁶⁸ Deze beperking beoogt te voorkomen dat de rechter de schijn van vooringenomenheid jegens de andere partij op zich laadt.⁷⁶⁹ Voorts geldt evenzeer als beperking, dat wanneer partijen te kennen geven dat zij het processuele debat niet wensen aan te gaan, de rechter zich van een beslissing zal moeten onthouden.⁷⁷⁰ Deze beperking geldt als uitvloeisel van de processuele partijautonomie: indien partijen een bepaald geschilpunt niet wensen voor te leggen, heeft de rechter dat te respecteren.

5.4. De plicht tot aanvulling van rechtsgronden

5.4.1. De tot de feitelijke grondslag beperkte reikwijdte van art. 25 Rv

Tegenover het in de artikelen 24 en 149 Rv tot de rechter gerichte verbod tot het aanvullen van de feitelijke grondslag en de feiten, staat het gebod van het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. Deze opdracht was voorheen in art. 48 (oud)⁷⁷¹ neergelegd en is nu in art. 25 Rv opgenomen. De rechterlijke plicht⁷⁷² tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden behelst – en dat was onder art. 48 Rv (oud) niet anders – uitsluitend het zelfstandig door de rechter nagaan welke rechtsregels op de door de eiser en verweerder in het geding aangevoerde gronden van toepassing zijn en het daaraan verbinden van de uit die rechtsregels voortvloeiende rechtsgevolgen. De aanvullingsplicht van art. 25 Rv betreft derhalve uitsluitend de gronden van de vordering of verweer die op voet van art. 24 Rv behoren tot de feitelijke grondslag van het geding.⁷⁷³ De rechter

⁷⁶⁶ J.B.M. Vranken in zijn noot onder NJ 2004, 461.

⁷⁶⁷ Hierboven in par. 5.2.2. werd gewezen al gewezen op Van Schaick, die zich tegen een actievere burgerlijke rechter keert.

⁷⁶⁸ H.J. Snijders onder NJ 2008, 466.

⁷⁶⁹ Hendrikse 2005, p. 7.

⁷⁷⁰ K. Teuben in haar noot onder dit arrest in JBPr 2004, 15 onder 3 en 11.

⁷⁷¹ Dat tot de intrekking in 2002 altijd heeft geluid: ‘De regters moeten bij hunne beraadslagingen van ambtswege de regtsgronden aanvullen welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd’.

⁷⁷² Parl. Gesch. Herz Rv, p. 162 (MvT).

⁷⁷³ De Kanter 1928, p. 36 en p. 115 verwoordde de betekenis van het aanvullen van rechtsgronden als volgt: ‘(...) het door het recht gelegde verband, de door het recht gedachte samenhangigheid tussen het in de werkelijkheid gebeurde en het rechtsgevolg, dat krachtens dat verband in de werkelijkheid behoort te treden’. (...) Het aanvullen der rechtsgronden is het toepassen van het recht op vaststaande feiten. Volgens HR 16 maart 1939, 1048 geldt krachtens ‘dit voorschrift [dat] de rechter de plicht heeft zelfstandig na te gaan, of op de bij dagvaarding gestelde feiten zoodanige wettelijke bepalingen toepasselijk zijn, dat daardoor de

mag geen andere vordering toewijzen dan is ingesteld en mag ook geen vordering toewijzen die berust op andere feiten dan door eiser aangevoerd, terwijl hetzelfde geldt voor het doen slagen van een verweer. Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden kan noch mag derhalve verandering brengen in de door partijen bepaalde omvang van de rechtsstrijd.⁷⁷⁴ In relatie gezien met art. 24 Rv houdt art. 25 Rv derhalve in dat de door de partijen te bepalen feitelijke grondslag van het geding door het aanvullen van rechtsgronden geen wijziging mag ondergaan.⁷⁷⁵

5.4.2. De betekenis van ‘aanvullen’

Zoals voordien art. 48, heeft art. 25 voor de omvang van het door de rechter te beoordelen geschil een beperktere betekenis dan op het eerste oog de wettekst laat vermoeden. De primaire betekenis van ‘aanvullen’ in de zin van art. 25 – en dat is de betekenis die het meest recht doet aan het bepaalde in art. 24 Rv – is dat de rechter de door partijen aangevoerde feitelijk geformuleerde gronden voorziet van de daarop betrekkelijke rechtsgronden.⁷⁷⁶ Dit kan zich voordoen indien partijen zich in hun vordering of conclusies enkel tot het formuleren van feitelijke stellingen hebben beperkt en de relevante rechtsvoorschriften waarop zij zich beroepen niet (alle) hebben vermeld. De rechter dient de betrokken rechtsregel er dan zelf bij te zoeken – hij wordt geacht het recht te kennen (*ius curia novit*) – en deze op de hem voorgelegde, door de partijen feitelijk geformuleerde geschilpunten toe te passen en daaraan het daaruit voortvloeiende rechtsgevolg te verbinden. Art. 25 ontslaat de procespartijen derhalve van de verplichting om hun vordering, verzoek of verweer te voorzien van juridische beschouwingen; de (eind)verantwoordelijkheid daarvoor ligt bij de rechter. ‘Aanvullen’ in de zin van art. 25 Rv (en voorheen art. 48 Rv) heeft ook de betekenis van het corrigeren van de wel juridisch geformuleerde stellingen van partijen. De rechter is niet gebonden aan deze beschouwingen van juridische aard, die partijen aan hun vordering of verzoek respectievelijk verweer ten grondslag hebben gelegd.⁷⁷⁷ Er is geen sprake van aanvulling van rechtsgronden indien de rechterlijke correctie het standpunt van één der partijen betreft, terwijl de rechter de andere partij in zijn juridische beschouwingen volgt. Er is wél sprake van

vordering – ten deze tot betaling van schadevergoeding – wordt gerechtvaardigd’. Onder het huidige recht is dat niet anders, zo volgt uit de Memorie van Toelichting op art. 25 (Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht, p. 162).

⁷⁷⁴ HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 50; HR 10 februari 2006, NJ 2006, 154; HR 18 september 2009, NJ 2009, 439.

⁷⁷⁵ Over deze – beperkte - reikwijdte zijn de opvattingen altijd eensluidend geweest, hetgeen ook Vriesdorp al opmerkte, Vriesdorp 1970, nr. 91.

⁷⁷⁶ Het aanvullen *met* rechtsgronden geeft mijns inziens nauwkeuriger aan wat daarmee wordt bedoeld, namelijk het aanvullen van feitelijke gronden met rechtsgronden.

⁷⁷⁷ In gelijke zin Pitlo 1968, p. 8-9: ‘rechtsgronden zijn de regelen van objectief recht. De rechter moet dus, wanneer de partijen zich op een verkeerd rechtsvoorschrift beroepen of enige andere foutieve juridische beschouwing aan hun bewering ten grondslag leggen, die vergissing negeren en zelf de juiste gronden naar voren brengen’.

aanvulling van rechtsgronden, wanneer de rechter voor een gemeenschappelijke foutieve inschatting van partijen over het toepasselijke recht, over de uitleg daarvan of het daaraan verbonden (onjuiste) rechtsgevolg het wel toepasselijke recht, de juiste uitleg daarvan of de daaraan rechtsgevolgen in de plaats stelt.⁷⁷⁸ De rechter dient daarbij oplettend te zijn, omdat de zijns inziens wel toepasselijke rechtsregel een andere rechtsfeitenomschrijving ten grondslag kan liggen. In dat geval dreigt een in het licht van art. 24 Rv ongeoorloofde ambtshalve aanvulling van de feitelijke grondslag van het geding.⁷⁷⁹ Ambtshalve correctie van rechtsgronden mag volgens vaste jurisprudentie *niet* plaatsvinden, indien de partijen de rechter (eensgezind) hebben laten weten, dat zij het aan de rechter voorgelegde geschil(punt) in het licht van een bepaalde rechtsregel beoordeeld wensen te zien en niet aan een door de rechter ambtshalve bijgebrachte rechtsregel.⁷⁸⁰

5.4.3. De betekenis van ‘rechtsgronden’

Net zo min als voorheen art. 48 Rv, geeft het huidige art. 25 Rv aanknopingspunten voor het soort rechtsgrond dat voor ambtshalve aanvulling door de burgerlijke rechter in aanmerking komt. Met rechtsgronden worden rechtsnormen bedoeld die ten grondslag worden gelegd aan de vordering, het verzoek of het verweer. Het merendeel van de rechtsnormen is afkomstig van een wetgevend orgaan, dat bevoegd is tot vaststelling van een rechtsnorm. Een wettelijk voorschrift komt, ongeacht de plaats in de (staatsrechtelijke) rangorde, voor ambtshalve aanvulling in aanmerking.⁷⁸¹ Rechtsgronden in de zin van art. 25 kunnen daarom zowel aan verdragen, wetgeving in formele zin, maar ook aan wetgeving in bloot-materiële zin worden ontleend. De herkomst van het recht doet voor de toepassing van art. 25 niet ter zake. Dit geldt evenzeer voor de vorm van de rechtsnorm, want behalve geschreven komen ook ongeschreven rechtsnormen in aanmerking.⁷⁸² Voorts is het onderscheid naar de aard van het recht, procesrecht of materieel recht, voor art. 25 Rv irrelevant. Dwars door herkomst, vorm en aard van rechtsnormen loopt de indeling naar regelend en dwingend recht. Dit onderscheid is voor de toepassing van art. 25 wél van belang.

⁷⁷⁸ Vgl. HR 16 maart 1939, NJ 1939-1048, waarin schadevergoeding wordt gevorderd uit hoofde van onrechtmatige daad, doch waarbij de HR uiteindelijk oordeelde dat uit art. 48 de plicht voortvloeit om te bezien welke andere juridische grondslag de in de dagvaarding gestelde feiten rechtvaardigt. Vgl. in dit verband ook HR 7 januari 1944, NJ 1944, 390 en HR 14 januari 1966, NJ 1966, 207, noot GJS, HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173 m.nt. HJS.

⁷⁷⁹ Zoals in het eerder aangehaalde arrest HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 het geval was. Het hof had een beroep op dwaling gehonoreerd zonder dat een partij de grondslag van haar beroep op dwaling had uitgebreid met de feitelijke grond waarop het hof het beroep op dwaling had gehonoreerd. Hierdoor wordt, aldus de Hoge Raad, de wederpartij tekort gedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen.

⁷⁸⁰ HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625 en HR 15 februari 2002, NJ 2002, 228.

⁷⁸¹ Vriesendorp 1970, p. 103-104.

⁷⁸² Vriesendorp 1970, p. 118.

Kenmerkend voor regelend recht is dat rechtssubjecten dit type van rechtsnormen terzijde mogen stellen en daarvoor in de plaats een eigen regeling kunnen treffen. Inherent aan regelend recht is derhalve dat afwijking van een rechtsnorm is toegelaten. Tegelijkertijd is inherent aan regelend recht, dat zij aanvullend is waar rechtssubjecten (bewust of door verzuim) geen eigen regeling hebben getroffen. In die gevallen is regelend recht onverminderd van toepassing op de tussen hen bestaande rechtsbetrekking. Rechtssubjecten kunnen, anders gezegd, vrijelijk beschikken over (onderwerpen, die door) regelend recht (worden bestreken). Het onderscheid tussen regelend en dwingend recht laat zich overigens niet altijd even goed identificeren. De wetgever laat niet altijd even uitdrukkelijk blijken tot welke van beide categorieën een voorschrift moet worden gerekend. In zulke gevallen dient te worden achterhaald welke de bedoeling van de wetgever is geweest of wat de strekking van de bepaling is. Voor het verbintenisrecht geldt dat dit overwegend van regelend recht is. In de regel kunnen rechtssubjecten van verbintenisrechtelijke rechtsnormen afwijken, met uitzondering van de gevallen waarin de wet anders bepaalt of de positie van derden in het geding is. Door partijafspraken tot stand gebrachte rechtsnormen komen niet voor ambtshalve aanvulling in aanmerking.⁷⁸³ Indien partijen geen eigen regeling hebben getroffen, dan vormt het regelende recht voor de rechterlijke aanvullingsplicht een ‘niet opdrogende bron’.⁷⁸⁴

Voor dwingend recht, waarvan rechtssubjecten niet mogen afwijken, geldt de aanvullingsplicht van art. 25 Rv onverkort. Voor de zogeheten ‘rechtsmiddelen’ geldt evenwel een uitzondering.⁷⁸⁵ Deze dwingende rechtsregels mogen slechts dan door de rechter in zijn beoordeling worden betrokken, indien tenminste één van de partijen zich daarop uitdrukkelijk in het geding heeft beroepen. Dit betekent dat zowel de relevante feiten, als de daarop toepasselijke rechtsregel uitdrukkelijk moeten worden aangevoerd. ‘Rechtsmiddelen’ hebben in het bijzonder betrekking op de handhaving van de rechten die een eiser of een verweerder kunnen doen gelden in een procedure. Het zijn rechten waarover partijen zelf mogen beschikken, en om die reden geldt dat zij de bescherming daarvan ook uitdrukkelijk zelf behoren in te roepen. Soms valt dat rechtstreeks uit de wet af te leiden, in andere gevallen vloeit dat voort uit jurisprudentie. Het gaat onder meer om vernietigingsgronden⁷⁸⁶, verjaring van een vordering⁷⁸⁷, de relatieve

⁷⁸³ Onder het oude recht was dit ook zo, HR 21 januari 1944, NJ 1944, 176.

⁷⁸⁴ Vriesendorp 1970, p. 170 (met vermelding van rechtspraak, onder meer HR 9 mei 1941, NJ 1941, 829 m.nt. EMM, HR 21 januari 1944, NJ 1944, 176).

⁷⁸⁵ Zo worden deze rechtsgronden vanoudsher genoemd. Vgl. De Kanter 1928, p. 83-84. Rechtsmiddelen hebben de betekenis van recht dat niet ambtshalve mag worden toegepast, maar dienen wel te worden onderscheiden van rechtsmiddelen zoals verzet, beroep en hoger beroep, vgl. Winters 1992, p. 181.

⁷⁸⁶ Art. 3:51 BW. Hugenholtz/Heemskerck 2002, p. 118. Voor het oude recht, zie Vriesendorp 1981, p. 69.

⁷⁸⁷ Inmiddels is dit in een uitdrukkelijke wetsbepaling geregeld, te weten art. 3:322 lid 1 BW. Het gaat hier om de bevrijdende (extinctieve) verjaring en niet de verkrijgende (acquisitieve) verjaring, waarvoor blijkens de wetsgeschiedenis geldt dat deze, gelet op de betrokkenheid

onbevoegdheid van de rechter⁷⁸⁸, het retentierecht, het opschortingsrecht, het gezag van gewijsde van een vonnis⁷⁸⁹ of de ontbinding van een overeenkomst.⁷⁹⁰ Zijn hierop gerichte vorderingen of verweren niet ingesteld respectievelijk gevoerd, dan mag de rechter daarop geen acht slaan.⁷⁹¹

Rechtsmiddelen vormen derhalve een afzonderlijke categorie van het dwingende rechtsnormen. Daarnaast wordt onderscheid gemaakt tussen ‘gewoon’ dwingend recht en het dwingende recht dat van openbare orde is.⁷⁹² Voor beide categorieën geldt de rechterlijke aanvullingsplicht van art. 25 Rv.

Geconcludeerd wordt dat rechtsgronden in de zin van art. 25 Rv, op de rechtsmiddelen na, (moeten) worden ontleend aan het gehele objectieve recht.⁷⁹³

5.4.4. Ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden: uitzondering op lijdelijkheid?

Over de plicht tot het aanvullen van rechtsgronden is in het verleden wel opgemerkt, dat deze een uitzondering vormt op het beginsel der lijdelijkheid van de burgerlijke rechter.⁷⁹⁴ Vanuit het perspectief van een zekere taakverdeling tussen partijen en de rechter in een proces kan dit worden erkend: partijen zijn verantwoordelijk voor de feitelijke grondslag, terwijl de rechter actief zorgdraagt voor het vinden van het daarop toepasselijke recht (de juridische grondslag). Daar waar art. 24 lijdelijkheid opdraagt aan de burgerlijke rechter, eist art. 25 juist een actieve houding. Alleen voor ‘rechtsmiddelen’ en voor door partijafspraken tot stand gebrachte rechtsnormen geldt een volkomen rechterlijke lijdelijkheid ten aanzien van de omvang van het geding, niet alleen voor de feitelijke maar ook voor de juridische grondslag van het geding. Een dergelijke, tot het uiterste doorgevoerde lijdelijkheid geldt echter niet voor het civiele procesrecht, hetgeen zijn verklaring vindt in de ratio van de aanvullingsplicht van art. 25 Rv. De plicht tot het aanvullen van rechtsgronden vloeit voort uit de wettelijke taak die aan de rechter is opgedragen. Bij uitstek de rechter wordt geacht het recht te kennen. Hij wordt beschouwd als het ‘orgaan van het recht’. Als hij recht spreekt, ‘spreekt het recht (de wet) door hem’.⁷⁹⁵ Vanuit dit perspectief van de opgedragen wettelijke taak, wordt de aanvullingsplicht beschouwd los te staan

van derden, zelfs van ‘openbare orde’ is, hetgeen betekent dat de rechter daaraan ambtshalve dient te toetsen.

⁷⁸⁸ De relatieve onbevoegdheid van de rechter mag gedaagde inroepen, maar dan voor alle wesen, geen ambtshalve onbevoegdverklaring, zoals bij de absolute onbevoegdheid, die raakt de openbare orde, aldus Vriesendorp 1970, p. 60.

⁷⁸⁹ Art. 236 lid 3 Rv.

⁷⁹⁰ Zie ook het uitgebreide overzicht van Vriesendorp 1981, p. 69.

⁷⁹¹ Wesseling-Van Gent 2006, commentaar op art. 25 Rv, aantekening 3.

⁷⁹² Loth 2000, p. 37-38; Vriesendorp 1981, p. 57-60; Veegens 2005, p. 135.

⁷⁹³ Vriesendorp 1981, p. 57.

⁷⁹⁴ Stein 1968, p. 39.

⁷⁹⁵ Van Boneval Faure 1893, p. 110.

van het vraagstuk van lijdelijkheid en vormt het daarop geen inbreuk.⁷⁹⁶ Dit is ook thans de overheersende opvatting in de doctrine. De aanvullingsplicht van art. 25 Rv geldt uitsluitend binnen de omvang van het geding; de in art. 24 Rv bedoelde feitelijke grondslag van het geding mag daardoor niet worden uitgebreid. Het is de burgerlijke rechter met andere woorden verboden om ambtshalve aan rechtsregels te toetsen of daaraan toepassing te geven.⁷⁹⁷ Het verbod van ambtshalve toetsing behelst derhalve dat de burgerlijke rechter niet buiten de door de partijen bepaalde rechtsstrijd om, dat wil zeggen zonder dat de vordering, het verweer en de daaraan ten grondslag gelegde feitelijke stellingen daartoe aanleiding geven, een rechtsregel in zijn beoordeling mag betrekken. In art. 24 Rv ligt het verbod van ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter besloten.⁷⁹⁸ Ambtshalve toetsing doorbreekt de regel van art. 24 Rv, want door het uit eigen beweging door de rechter achtslaan op (de rechtsgevolgen van) een rechtsregel, wordt – in weerwil van het bepaalde in art. 24 – een niet door eiser of gedaagde in het geding gebrachte feitelijk en/of juridisch geformuleerde stelling door de rechter aan het rechtsgeding toegevoegd.

5.5. Ambtshalve toetsing: uitsluitend aan voorschriften van openbare orde

5.5.1. De bevoegdheidsgrondslag voor ambtshalve toetsing

Het verbod van ambtshalve toetsing geldt echter niet in absolute zin. Soms kent de wet de bevoegdheid (plicht) tot ambtshalve toetsing uitdrukkelijk aan de rechter toe. Dit geldt voor art. 72 Rv, op grond waarvan de rechter zich zo nodig ambtshalve onbevoegd moet verklaren, indien een zaak niet behoort tot zijn absolute bevoegdheid. Ook valt te wijzen op art. 8:12 BW, waarin de rechter wordt opgedragen ambtshalve de nietigheid vast te stellen in geval van strijd met een in Boek 8 opgenomen dwingende wetsbepaling. Voor art. 3:322 BW geldt juist het omgekeerde, want blijkens deze bepaling is het de rechter verboden aan deze bepaling ambtshalve toepassing te geven. Niet alleen ambtshalve toetsing is verboden, ook mag de rechter deze bepaling niet ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden, want het gaat hier om een ‘rechtsmiddel’, zo bleek in 5.4.3.

Ook buiten de weinig voorkomende wettelijke bepalingen die de rechter uitdrukkelijk verplichten tot ambtshalve toetsing, kan de burgerlijke rechter gehouden zijn om ambtshalve te toetsen. Dit geldt voor voorschriften van openbare orde. Zowel in de literatuur⁷⁹⁹ als in de rechtspraak wordt de bevoegdheid

⁷⁹⁶ Aldus Van Boneval Faure 1900, p. 205: ‘(A)rt. 48 houdt alzoo ook verband met de verplichting aan den rechter opgelegd om volgens de wet recht te spreken en maakt volstrekt geen inbreuk op het beginsel van ’s rechters lijdelijkheid’.

⁷⁹⁷ Soms ook wel genoemd: ambtshalve achtslaan op of ambtshalve optreden.

⁷⁹⁸ Voor de inwerkingtreding van deze bepaling werd het verbod van ambtshalve toetsing a contrario afgeleid uit art. 48 Rv, er werd gesproken van een negatieve opdracht aan de rechter.

⁷⁹⁹ Asser 1995, aant. 9 bij art. 48 (oud) Rv; Smith 2004, p. 59-64; Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 123-125; Snijders, Klaassen en Meijer 2007, nr. 47; Van Mierlo 2008, commentaar op art. 25 Rv, aant. 2; Hartkamp 2010, p. 136; Asser Procesrecht / Van Schaick 2011, nr. 100. Onder het oude recht werd de bevoegdheid gegrond op art. 48 Rv, Vriesendorp 1970.

tot het ambtshalve toetsen⁸⁰⁰ aan deze voorschriften gebaseerd op art. 25 Rv. Art. 25 Rv is derhalve, behalve voor het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden binnen de omvang van het geding, ook de bevoegdheidsgrondslag het voor ambtshalve aanvulling van rechtsgronden buiten de omvang van het geding, doch uitsluitend in het geval van voorschriften van openbare orde.⁸⁰¹

5.5.2. De betekenis van voorschriften van openbare orde

5.5.2.1. Voorschriften van openbare orde zetten art. 24 Rv opzij

In zowel de civielrechtelijke literatuur als de rechtspraak overheerst de opvatting dat ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter zich beperkt tot voorschriften van openbare orde.⁸⁰² Een zodanige kwalificatie van een rechtsnorm betekent dat de rechter deze rechtsnorm heeft toe te passen, ook indien partijen overeenkomstig het bepaalde in art. 24 Rv daarop geen beroep hebben gedaan. Een voorschrift van openbare orde derogeeert derhalve aan bedoelde, in art. 24 Rv neergelegde hoofdregel. Voor voorschriften van openbare orde geldt geen procesrechtelijke partijautonomie. In processueel opzicht is een voorschrift van openbare orde, in vergelijking met andere voorschriften, dan ook van een ‘bijzonder gewicht’.⁸⁰³ Voorschriften van openbare orde staan partijen in een geding niet ter vrije beschikking. Dit niet ter vrije beschikking geldt niet voor al het dwingende, om die reden partijen niet ter vrije beschikking staande, recht.⁸⁰⁴ Het alleen aanleggen van de maatstaf of de rechtsgevolgen al dan niet ter vrije beschikking staan van partijen ‘glijdt langs het probleem heen’.⁸⁰⁵ Het gaat er om of het dwingende karakter van een rechtsnorm zodanig is dat dit het de in

⁸⁰⁰ O.a. HR 10 oktober 2008, C07/011HR, LJN: BD5988.

⁸⁰¹ De vraag dringt zich dan op, welke betekenis de in art. 24 Rv voorkomende zinsnede ‘*tenzij uit de wet anders voortvloeit*’ dan heeft. Hierin valt immers heel wel een bevoegdheidsgrondslag voor ambtshalve toetsing in te lezen, doordat in afwijking van de hoofdregel dat de rechter op basis van de door de partijen te bepalen feitelijke grondslag van het geding dient te beslissen, de ‘wet’ niettemin kan meebrengen dat de rechter de feitelijke grondslag van het geding dient aan te vullen. Zo beschouwd, wordt in art. 24 Rv de rechter de bevoegdheid toegekend tot ambtshalve toetsing, indien dat uit (bijzondere) wet volgt. Dit is echter, zo bleek al, niet de benadering die in de literatuur en rechtspraak wordt gevolgd; de parlementaire geschiedenis op art. 24 en 25 Rv hult zich in stilzwijgen over de bedoeling van de genoemde zinsnede. Overigens, indien de betreffende zinsnede de bevoegdheidsgrondslag voor ambtshalve toetsing voor de burgerlijke rechter zou betreffen, dan zouden de ongeschreven voorschriften van openbare orde daarbuiten vallen, nu deze niet uit de wet voortvloeien.

⁸⁰² Hartkamp stelt dat deze voorwaarde in het bijzonder in de civielprocesrechtelijke literatuur wordt gesteld, doch acht de noodzaak daartoe afwezig ingeval sprake is van absolute nietigheid, Hartkamp 2007, p. 20-21. Hieronder wordt nader ingegaan op de kwestie of voorschriften die bedreigd zijn met absolute nietigheid juist om deze reden als van openbare orde zijn te beschouwen.

⁸⁰³ Asser-Scholten 1974, p. 24.

⁸⁰⁴ Dit is *communis opinio*. Zie bijvoorbeeld Houwing in zijn noot onder HR 12-12-1947, NJ 1948/608, waarin hij stelt dat lang niet alle bepalingen van dwingend recht van openbare orde zijn. Zie voorts Smith 2004, p. 61 en Loth 2009, p. 50.

⁸⁰⁵ Aldus A-G Vranken onder 27 in zijn conclusie voor HR 21 maart 1997, NJ 1998/207.

art. 24 Rv besloten liggende partijautonomie doorbreekt.⁸⁰⁶ Deze potentie is het wezenskenmerk van een voorschrift van openbare orde, zo volgt ook uit rechtspraak. Volgens de Hoge Raad is een voorschrift van openbare orde:

‘dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd’.⁸⁰⁷

5.5.2.2. Materiële criteria voor voorschriften van openbare orde

In procesrechtelijk opzicht brengt een voorschrift van openbare orde mee dat de in art. 24 Rv neergelegde hoofdregel opzij wordt gezet. Welke regels hebben dit ‘bijzondere gewicht’? Het gaat in ieder geval om dwingend recht. Bovendien dient de dwingende rechtsregel een ‘fundamenteel karakter’ te hebben en, ten derde, wel ‘zo’, dat zij zwaarwegender is dan de hoofdregel van art. 24 Rv. Voor het bepalen van het fundamentele karakter van een rechtsregel verschaft de Hoge Raad in laatstgenoemde beschikking geen aanknopingspunten. In een eerder arrest gebeurde dat wel, te weten in het op 1 juni 1996, gewezen arrest inzake Van Schijndel/Van der Veen.⁸⁰⁸ In dit arrest werd door de Hoge Raad, naar aanleiding van de beantwoording van prejudiciële vragen door het Hof van Justitie EU⁸⁰⁹, beslist dat het huidige art. 101 WEU⁸¹⁰ zich naar Nederlands recht niet leent voor ambtshalve toepassing.⁸¹¹ Behalve voor de doorwerking van commu-

⁸⁰⁶ A-G Koopmans in zijn conclusie voor HR 1 november 1996, RvdW 1996, 211 sub nr. 8: ‘De kern is of het dwingendrechtelijke karakter van de mededingingsregels van het EU-recht de in het civiele procesrecht geëerbiedigde partijautonomie doorbreekt’. Evenzo: Snijders 2002, nr. 47.

⁸⁰⁷ HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207 m.nt. HJS (Eco Suisse/Benetton).

⁸⁰⁸ Het arrest is opgenomen in NJ 1997, 117. Het latere arrest van het Hof van Justitie EU in Eco Swiss/Benetton en de vervolgbeschikking van de HR d.d. 25 februari 2000 hebben in deze rechtspraak echter geen wijziging gebracht, aldus H.J. Snijders (in zijn noot onder NJ 2000, 340 onder 2c) en Mok 2003, p. 306-312. In gelijke zin A-G Keus in zijn conclusie voor het arrest HR 3 december 2004, NJ 2005, 118. De uiteenlopende opvattingen over het ‘fundamentele karakter’ van art. 81 EG-verdrag in een arbitraal beding en een rechterlijk geding wordt wel toegeschreven aan het ontbreken van de bevoegdheid tot het kunnen stellen van prejudiciële vragen over gemeenschapsrecht door arbiters. De procesrechtelijke context kan derhalve (mede)bepalend zijn voor het fundamentele – en daarmee openbare orde - karakter van een rechtsregel.

⁸⁰⁹ Door de Hoge Raad gesteld in HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 94 m.nt. HJS en beantwoord in: HvJ EU 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, NJ 1997, 116. Het HvJ EU stelde, na een ontkennende beantwoording van de vraag of art. 81 EG (oud) verplicht tot een ambtshalve onderzoek door de nationale rechter, voorop dat art. 81 een regel van dwingend recht is die ambtshalve moet worden toegepast, indien dat nationaal recht zou moeten of mogen.

⁸¹⁰ Indertijd art. 85 en later art. 81 EG-Verdrag.

⁸¹¹ De discussie over het communautaire openbare orde-karakter is overigens nog niet beslecht. In het arrest van het HvJ EU 13 juli 2006, nrs. 295-298/04, Jur 2006, p. I-6619, NJ 2007, 34, punt 31, m.nt. M.R. Mok (Manfredi) ging het om met art. 81 EG-Verdrag strijdige overeenkomsten. In punt 31 werd overwogen, dat art. 81 en 82 EG-Verdrag (thans art. 101 en 102 WEU) bepalingen van openbare orde zijn, die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast. Deze overweging wordt door verschillende auteurs niet overtuigend

nautair recht in de Nederlandse rechtsorde, is dit arrest ook van belang voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing, omdat door de Hoge Raad expliciet⁸¹² materiële maatstaven aanlegt voor ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter. In het arrest stond onder meer de vraag centraal of de burgerlijke rechter ‘in een geding dat betrekking heeft op ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen’ ambtshalve dient te toetsen aan de artikelen 3 sub f, 85, 86 en 90 EEG-verdrag (oud). De Hoge Raad beantwoordde deze vraag uiteindelijk ontkennend, omdat bij de vraag of eiser in cassatie op grond genoemde bepalingen vrijgesteld zou dienen te worden van de verplichting tot deelname aan een pensioenregeling, naar het oordeel van de Hoge Raad

‘het algemeen belang noch fundamentele rechtsbeginselen zijn betrokken, maar, integendeel, enkel dan wel in zo overwegende mate het eigen belang van eiser dat het uitsluitend aan hem staat om te bepalen op welke gronden hij de door hem verdedigde bevestigende beantwoording van deze vraag in rechte wenst te baseren, ook voor zover het daarbij gaat om een mogelijk beroep op bepalingen van gemeenschapsrecht die van dwingende aard zijn.’⁸¹³

Omgekeerd kan hieruit worden afgeleid, dat indien het algemeen belang of fundamentele rechtsbeginselen wél betrokken zouden zijn, het niet langer aan eiser zou zijn geweest om te bepalen op welke gronden hij de door hem gestelde vraag in rechte wenst te baseren. Het zou dan aan de burgerlijke rechter zijn om dat ambtshalve te bepalen. Betrokkenheid van het ‘algemeen belang’ of ‘fundamentele rechtsbeginselen’ zijn maatstaven aan de hand waarvan, gelet op dit arrest, moet worden bepaald of de burgerlijke rechter ambtshalve aan een rechtsregel moet toetsen. Gelet op de redactie van de geciteerde rechtsoverweging lijkt van cumulatie geen sprake te zijn, waardoor zowel betrokkenheid van het alge-

geacht, nu zij is opgenomen in een inleidende passage van het arrest, die betrekking heeft op de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag. Snijders betitelt de overweging daarom als een ‘slip of the pen’ (H.J. Snijders 2008, p. 541-552. Anderen, zoals Van Aerde 2009, p. 137 en Ottervanger 2009, p. 133-136 zijn de mening toegedaan, dat de onder punt 29 opgenomen overweging in het arrest T-Mobile van het Hof van Justitie HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08, NJ 2009, 432 m.nt. M.R. Mok (T-Mobile Netherlands e.a./ NMA.) aan duidelijkheid niets te wensen overlaat: ‘Om te beginnen zij eraan herinnerd dat art. 81 EG rechtstreekse gevolgen teweegbrengt in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doet ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. Voorts is het een voor de vervulling van de taken van de Europese Gemeenschap onontbeerlijke bepaling van openbare orde, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast (zie in die zin de arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 36 en 39, en 13 juli 2006, Manfredi e.a., C-295/04-C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punten 31 en 39).’ Volgens annotator Mok onder dit arrest in NJ 2009, 432 is deze overweging raadselachtig in het licht van het Van der Weedarrest. In gelijke zin: Snijders 2009, 6823.

⁸¹² Volgens mij is dit voor het eerst dat de Hoge Raad hiervoor zo expliciet de criteria noemt. Veelal bleef het bij de niet nader gemotiveerde constatering dat een voorschrift *niet* van openbare orde is.

⁸¹³ HR 1 november 1996, NJ 1997, 117.

meen belang als betrokkenheid van fundamentele rechtsbeginselen ieder afzonderlijk voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing van betekenis zijn.

Zou het algemeen belang als een zelfstandige maatstaf voor ambtshalve toetsing voor de burgerlijke rechter worden aanvaard, dan is zij te ruim. Het algemeen belang geldt als een onbestemd begrip, waarvan de invulling afhankelijk is van tijd en plaats en van zich steeds wijzigende politieke en maatschappelijke omstandigheden en opvattingen. Zodra de overheid zich door een gezaghebbende uitspraak – bijvoorbeeld door middel van de totstandbrenging van een wettelijke regeling – een belang naar zich heeft toegetrokken, kan worden gezegd dat een dergelijk belang tot het algemeen belang wordt gerekend.⁸¹⁴ Dit vloeit voort uit de gedachte van de ‘dienstbare overheid’, die uitsluitend bevoegd is tot het behartigen van het algemeen belang.⁸¹⁵ Behartiging van het algemeen belang is derhalve voor al het overheidshandelen, zowel voor wetgever als bestuur, steeds het motief, doch wat daartoe behoort, wordt steeds van geval tot geval, na politieke prioritering, door middel van gezaghebbende overheidsuitspraken bepaald. In geval deze gezaghebbende uitspraak tot uitdrukking wordt gebracht door wetgeving gaat het om belangen ‘van dusdanig bovenpersoonlijk en beschermenswaardig karakter dat de wetgever zich de behartiging ervan aantrekt’.⁸¹⁶ Dit neemt niet weg, dat in de loop van de vorige eeuw de wetgever steeds vaker is overgegaan tot de totstandbrenging van wettelijke regelingen die betrekking hebben op de behartiging van bijzondere belangen, zoals groepsbelangen en individuele belangen. In vooral sociale wetgeving is de overheid de bestaanszekerheid van burgers gaan waarborgen door het ondervangen van ‘onzekerheden en wisselvalligheden van het leven’. Daarmee zijn loutere groepsbelangen, maar ook individuele belangen in de sfeer getrokken van het algemeen belang en zelfs tot een algemeen belang gemaakt.⁸¹⁷ Hierdoor is geen scherp onderscheid aan te brengen tussen algemene belangen die als ‘bovenpersoonlijk’ of ‘fundamenteel’ zijn aan te merken en die meer in de sfeer liggen van de behartiging of bescherming van bijzondere belangen. Ook een belang van een bepaalde categorie van personen kan behoren tot het ‘algemeen belang’, doordat de overheid het als een zaak van algemeen belang beschouwt dat bepaalde door grote bevolkingsgroepen gevoelde bijzondere belangen, behoorlijk worden behartigd en het daarom in toenemende mate als haar plicht heeft geacht daarvoor zelf zorg te dragen.⁸¹⁸

Het publiekrecht bevat – zo niet uitsluitend, dan toch in ieder geval in hoofdzaak – voorschriften die strekken tot bescherming of behartiging van een

⁸¹⁴ Heldeweg 2010, p. 28. Dommering 1982, p. 3 acht behartiging van algemene belangen ook mogelijk door groepen van individuen of particuliere organisaties.

⁸¹⁵ Polak 1950, p. 43; Scheltema 1989, p. 21.

⁸¹⁶ Van Wijmen 1981, p. 281.

⁸¹⁷ Polak 1950, p. 45; Dommering 1982, p. 6.

⁸¹⁸ Polak 1950, p. 47.

gevarieerd spectrum van algemene belangen.⁸¹⁹ Maar ook het privaatrecht is in de loop der decennia in toenemende mate aangewend ter verwezenlijking van bepaalde doelstellingen van het algemeen belang.⁸²⁰ In par 5.2. werd al gememoreerd dat het aantal dwingende voorschriften in het personen- en familie-recht, het arbeidsrecht, het ondernemingsrecht, het vervoersrecht en het huurrecht is toegenomen, waarvan de motieven onder meer zijn gelegen in het bieden van bescherming aan de in (sociaal-)economisch, maatschappelijk of psychisch opzicht zwakkere tegenover de sterkere partij, dan wel de bescherming van de deskundige tegen de ondeskundige partij. Daarnaast kunnen ook algemene belangen, opgenomen in publiekrechtelijke rechtsregels, hun uitwerking hebben op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen via civielrechtelijke nietigheid. Zou het algemeen belang als zelfstandige maatstaf gelden voor de vaststelling of een rechtsregel al dan niet van openbare orde is, dan zou dat ertoe leiden dat alle publiekrechtelijke en ook vele privaatrechtelijke rechtsregels als van openbare orde moeten worden aangemerkt. Uit zowel (recente) rechtspraak als uit literatuur volgt dat het algemeenbelang-begrip voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing aanmerkelijk enger dient te worden uitgelegd. In 2011 overwoog de Hoge Raad:

‘3.8 Het onderdeel mist in zoverre feitelijke grondslag dat de onderhavige bepaling, hoewel van dwingend recht (art. 2:25 BW), niet tevens van openbare orde is omdat zij niet strekt tot bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval) altijd door de rechter moet worden toegepast.’⁸²¹

Voor het openbare ordekarakter van een rechtsregel is derhalve niet alleen relevant of dwingendrechtelijke rechtsregels strekken tot de bescherming of de behartiging van algemene belangen, zij dienen een fundamenteel karakter te hebben, en wel van dien aard dat zij altijd (door de burgerlijke rechter) toegepast dienen te worden. Het gaat derhalve niet alleen maar om algemene belangen, die partijbelangen overstijgend zijn.⁸²² Deze aanzienlijk ‘engere’ benadering van het algemeen belangbegrip sluit ook aan bij opvattingen in de literatuur. In oudere literatuur werd reeds de nadruk gelegd op het fundamentele karakter van het bij een rechtsregel betrokken algemeen belang. Volgens Pijnappel moest het (in geval van ambtshalve nietigverklaringen) gaan om de ‘volstreckte onbestaanbaarheid in rechte’.⁸²³ A-G Langemeijer achtte het openbare ordekarakter van

⁸¹⁹ Polak 1950, p. 41. Er kan dan worden gesproken van publiekrechtelijke belangen, waarvoor geldt dat hun gelding en reikwijdte tevens is onderworpen aan de (on)geschreven regels van het publiekrecht, Heldeweg 2010, p. 26.

⁸²⁰ Dommering 1982, p. 9; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 67; Boon, Reijntjes, Rinkes & Bergamin 2003, hoofdstuk III, nr. 3.

⁸²¹ HR 28 januari 2011, RvdW 2011, 171 (Staalbankiers/Elco), r.o. 3.8.

⁸²² Vgl. in deze zin wel Loth 2000, p. 37 (‘algemene belangen waarvan met name de overheid de hoedster is’). Voorts Mostermans 1996, p. 14 die het openbare ordekarakter toedicht aan regels die ‘een algemeen belang dienen dat het pure partijbelang overstijgt’.

⁸²³ Pijnappel 1891, p. 151. In dit verband wijst hij op nietigverklaring van een verbintenis op de in art 1391 BW (oud) onderscheiden. Deze gronden, zoals geweld en bedrog, zwakheid en

een rechtsregel (pas) aanwezig, indien daarmee strijdig handelen ‘onverdragelijk’ is voor de eigen rechtsorde.⁸²⁴ Volgens Mok zien voorschriften van openbare orde op ‘fundamentele beginselen van de samenleving’.⁸²⁵ Door Vriesendorp is de relatie gelegd tussen beide criteria, het algemeen belang en fundamentele rechtsbeginselen van rechtsnormen van openbare orde⁸²⁶ is volgens hem alleen sprake wanneer fundamentele rechtsbeginselen in het algemeen belang zijn betrokken.⁸²⁷ Ook in recente literatuur wordt de voor het openbare ordekarakter van een voorschrift noodzakelijk geachte fundamentele karakter van het algemeen belang gestipuleerd. Volgens Sniijders gaat het bij voorschriften van openbare orde om de vraag of ‘het algemeen belang bij de handhaving van een rechtsregel is gemoeid en zo ja of dit van zo fundamenteel gewicht is, dat de partijautonomie daarvoor moet wijken’.⁸²⁸ Ook Van Schaick merkt regels pas dan aan als van openbare orde, indien zij in het Nederlandse recht van een fundamenteel belang zijn en een zó dwingend karakter hebben dat de partijautonomie ervoor moet wijken.⁸²⁹

Gezien het voorgaande is zoveel duidelijk geworden, dat niet het dwingende karakter alleen doch de strekking van een rechtsregel het openbare ordekarakter van een rechtsregel bepaalt. Een rechtsregel van openbare orde dient te strekken ter bescherming of behartiging van een algemeen belang, dat van een bijzondere fundamentele aard is. Fundamentele rechtsbeginselen lijken daartoe, gelet op rechtspraak⁸³⁰ en literatuur⁸³¹, in ieder geval te moeten worden gerekend. Onder deze fundamentele rechtsbeginselen worden ‘de grondbeginselen van de

onkunde van minderjarigen raakten alle de publieke orde, terwijl de rechter geen ambtshalve toepassing aan de wet geeft.

⁸²⁴ A-G Langemeijer in diens conclusie voor het arrest HR 26 maart 1971.

⁸²⁵ Het Europese mededingingsrecht is naar zijn oordeel te jong om daaraan de kwalificatie ‘fundamenteel beginsel’ te verlenen, aldus M.R. Mok, in zijn annotatie onder HR 3 december 2004, NJ 2005/118. Mok wijst het algemeen belang als criterium voor het bepalen van het openbare orde karakter van een voorschrift af.

⁸²⁶ Alleen deze bepalingen mogen zich volgens hem voor ambtshalve toetsing lenen.

⁸²⁷ Vriesendorp 1970, p.172 en Vriesendorp 1981, p. 60.

⁸²⁸ Sniijders 2002, nr. 47, maar welke algemene belangen dan dit fundamentele gewicht hebben, wordt niet duidelijk.

⁸²⁹ Asser Procesrecht / Van Schaick 2011, nr. 100. In gelijke zin Asser Procesrecht / Bakels, Hammerstein & Wesseling –Van Gent 2009, nr. 177. Deze omschrijving roept met name door het gebruik van ‘zó dwingend’ de vraag op of een rechtsregel dwingender dan dwingend kan zijn; waarschijnlijk is vooral bedoeld de nadruk te leggen op de fundamentele strekking van die rechtsregel, waardoor deze (zelfs) door de burgerlijke rechter ambtshalve dient te worden toegepast.

⁸³⁰ Zie het al eerder genoemde arrest HR 1 november 1996, NJ 1997, 117 waarin fundamentele rechtsbeginselen uitdrukkelijk met het vraagstuk van ambtshalve toetsing in verband werd gebracht.

⁸³¹ Ook volgens Smith 2004 zijn fundamentele rechtsbeginselen bepalend voor het openbare orde karakter, zie de volgende voetnoot. Mok, zo bleek hierboven, acht ‘fundamentele beginselen van de samenleving’ van beslissende betekenis voor het openbare ordekarakter; daartoe lijken in ieder geval fundamentele rechtsbeginselen te behoren.

rechtsstaat' geschaard.⁸³² Daartoe behoren in ieder geval mensenrechtenbepalingen uit internationale verdragen, want deze zijn door de burgerlijke rechter al eens als van openbare orde aangemerkt.⁸³³ Hoewel rechtspraak daarover ontbreekt, ligt, in het verlengde van deze rechtspraak, de gevolgtrekking voor de hand dat ook andere mensenrechtenbepalingen uit het EVRM én uit andere internationale verdragen als van openbare orde zijn aan te merken. Voorts valt niet in te zien waarom dan niet ook nationale (klassieke) grondrechten, die in de Grondwet zijn opgenomen, van openbare orde zijn.⁸³⁴ Daar waar grondbeginselen van de rechtsstaat gerekend worden tot de fundamentele rechtsbeginselen, blijven zij, gelet op de staats- en bestuursrechtelijke literatuur niet tot mensenrechten grondrechten. Ook het legaliteitsbeginsel, het beginsel der machtenscheiding, alsmede het beginsel van onpartijdige en onafhankelijke rechtspraak worden tot de grondbeginselen van de rechtsstaat gerekend.⁸³⁵ Voorts worden ook vrijheidsbeginsel, het democratiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de verdelende rechtvaardigheid tot fundamentele rechtsbeginselen gerekend.⁸³⁶ Zij constitueren de democratische rechtsstaat.

De vraag is derhalve welke algemene belangen of rechtsbeginselen nu een zodanig fundamenteel karakter hebben dat zij als van openbare orde dienen te worden aangemerkt. In de navolgende paragrafen wordt getracht hierover meer helderheid te verschaffen.

5.5.3. Procesrechtelijke voorschriften van openbare orde

Voor een aantal procesrechtelijke rechtsregels geldt dat zij als van openbare orde worden aangemerkt. Het openbare ordekarakter van deze rechtsregels wordt toegeschreven aan het betrokken algemeen belang, dat aan de invloed van partijen is onttrokken.⁸³⁷ Hiertoe behoren in ieder geval de rechtsregels met betrekking tot de absolute competentie van de burgerlijke rechter⁸³⁸ Zij staan in een onmiddellijk verband met de inrichting en de samenstelling van de gerecht-

⁸³² A-G Vranken in zijn conclusie voor HR 11 december 1992, NJ 1993/139; Smit 2004, p. 61.

⁸³³ Vgl. HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5 (WHH) met betrekking tot art. 8 EVRM en voorts art. 5 EVRM HR 12 februari 1993, NJ 1993, 524 (HER).

⁸³⁴ Hierop wordt hieronder nog nader ingegaan.

⁸³⁵ O.a. Heringa, Van der Velde e.a. 2012, p. 13.

⁸³⁶ Schlössels 2004, p. 28; Scheltema 1989, p. 11 e.v.

⁸³⁷ AG Vranken spreekt in zijn conclusie voor HR 11 december 1992 (NJ 1993/139) in dit verband over een fundamenteel rechtsbeginsel.

⁸³⁸ Zie art. 72 Rv. Ook art. 70 Rv zal ambtshalve worden gehandhaafd, nu het gaat om het fundamentele onderscheid tussen soorten van rechtspraak. vgl. Pres. Rb 's-Hertogenbosch 4 februari 1997, KG 1997, 105; Hof 's Gravenhage 18 september 2003, NJF 2004, 113. Ook in zaken over faillissement, surséance van betaling alsmede bepaalde familierechtelijke zaken is geen 'forumkeuze' mogelijk. Dit zijn zaken van openbare orde, aldus Ynzonides en Koedoot 2010, commentaar op art. 110, aant. 1.

ten, de aan deze gerechten gegeven opdracht en de wijze van berechting.⁸³⁹ Deze procesrechtelijke rechtsregels zijn derhalve van fundamenteel belang voor de inrichting van de civiele rechtsbescherming, mede ter afscheiding van bestuurs- en strafrechtspraak. Ook de rechtsregels met betrekking tot termijnen voor het aanwenden van rechtsmiddelen⁸⁴⁰, sommige vormvoorschriften⁸⁴¹, de bevoegdheid van partijen in rechte, de gebondenheid van de rechter aan eigen eindbeslissingen en bewijs in strijd met de goede trouw zijn van openbare orde.⁸⁴² De regeling over de relatieve bevoegdheid van de burgerlijke rechter, die is neergelegd in de artikelen 99 tot en met 110 Rv worden niet als van openbare orde aangemerkt.

5.5.4. Materieelrechtelijke voorschriften van openbare orde

5.5.4.1. Inleiding

Het vraagstuk van ambtshalve toetsing aan (materieelrechtelijke) rechtsregels kan zich in verscheidene situaties voordoen⁸⁴³, maar laat zich vooral gevoelen in geschillen over de niet-nakoming van een verbintenis, waarin het de rechter blijkt – zonder dat partijen hem op dat spoor hebben gezet – dat de rechtshandeling waaruit de litigieuze verbintenis voortvloeit, niet rechtsgeldig is, althans dat deze kan worden aangetast. Is de burgerlijke rechter in die situaties dan gehouden om de onvolmaaktheid van de betreffende rechtshandelingen ambtshalve te beoordelen? Een bevestigend antwoord op deze vraag kan meebrengen, dat de ingestelde vordering dient te worden ontzegd. Het zijn deze situaties die in de literatuur de nodige aandacht hebben (gehad). Hieronder wordt (alleen) voor deze situaties nader onderzocht of en zo ja waarom de burgerlijke rechter al dan niet gehouden is om aan rechtsregels ambtshalve te toetsen.

De wijze waarop dwingende rechtsnormen in het civiele recht kunnen worden gehandhaafd verschilt. Een met een dwingende rechtsregel strijdige rechtshandeling kan nietig of vernietigbaar zijn, maar het komt ook voor dat de wijze van handhaving niet is geregeld, wat niet (steeds) wil zeggen dat op de afwijking van de rechtsnorm in het geheel geen reactie mogelijk is. Uit de in de wet voorgeschreven wijze van handhaving kan de ernst van de rechtsschending worden afgelezen.⁸⁴⁴ Voor voorschriften waarvan de niet-naleving met nietigheid is

⁸³⁹ Vlas 2012, commentaar op art. 72 Rv, aant 2.

⁸⁴⁰ In welke rechtsregels vooral fundamentele rechtsbeginselen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid doorklinken.

⁸⁴¹ Art. 65 en 66 Rv waarin de nietigheid is geregeld van niet-naleving van de voorschriften (uit de zesde afdeling van de eerste titel) over exploitatie zijn hiervan een voorbeeld, vgl. Parl. Geschied. Herz. Rv. p. 217 (MvT). Ook deze bepalingen getuigen van het willen bieden van rechtszekerheid aan een van de partijen.

⁸⁴² Vriesendorp 1970, nr. 110-122 en Vriesendorp 1981, p. 61-66.

⁸⁴³ In navolging van Hartkamp valt onderscheid te maken in verschillende toepassingsgevallen van art. 25 Rv, Hartkamp 2007, p. 14-15.

⁸⁴⁴ Asser Scholten 1974, par 7.

bedreigd, geldt dat de wetgever daaraan een groter belang van handhaving heeft toegedicht dan aan niet-naleving van voorschriften waarop vernietigbaarheid als sanctie is gesteld. Het resultaat – ongeldigheid van de rechtshandeling – is weliswaar gelijk, maar de voorwaarden waaronder dit resultaat intreedt zijn verschillend. In het geval van vernietigbaarheid is immers een rechtshandeling niet al van rechtswege ongeldig, maar eerst nadat een beroep is gedaan op een vernietigingsgrond en daarmee de nietigheid door een rechtssubject is ingeroepen.⁸⁴⁵ Sommige voorschriften stellen daaraan nog de nadere voorwaarde, dat alleen het rechtssubject voor wie de (beschermende) rechtsnorm in het leven is geroepen, de bevoegdheid toekomt om zich te beroepen op de betreffende vernietigingsgrond te beroepen. Het toezicht op – en daarmee de verantwoordelijkheid voor – de naleving van de rechtsnorm is in handen van de bij de betreffende rechtsbetrekking betrokken rechtssubjecten. Voor met ‘nietigheid’ bedreigde schending van rechtsnormen geldt dat normschending, behalve door de betrokken rechtssubjecten, ook door anderen kan worden ingeroepen. Daaruit volgt dat het toezicht op de niet-naleving van deze rechtsnormen in handen is gesteld van een ruimere kring van rechtssubjecten.

Naast rechtsnormen waarvan overtreding uitdrukkelijk met nietigheid of vernietigbaarheid is bedreigd, zijn er ook vele voorschriften waarvoor dat niet is gebeurd. Dat wil niet zeggen dat hiervan straffeloos kan en mag worden afgeweken. Is bijvoorbeeld niet voldaan aan elementaire bestanddelen of voorwaarden, die structurerend zijn voor een rechtsgebied, dan kan zelfs heel rechtsgebied niet van toepassing zijn.⁸⁴⁶ Rechtssubjecten, in voorkomende gevallen ook derden, kunnen zich dan beroepen op het ontbreken van die voorwaarden of bestanddelen, waardoor het litigieuze rechtsgevolg niet intreedt.

5.5.4.2. Vernietigbaarheid: geen ambtshalve toetsing

De hier voorliggende de vraag is of de keuze van de wetgever voor nietigheid of vernietigbaarheid als sanctie op overtreding van een rechtsregel al dan niet meebrengt dat de burgerlijke rechter aan die rechtsregel ambtshalve dient te toetsen. Voor de sanctie van vernietigbaarheid lijkt dit niet het geval, hetgeen kan worden afgeleid uit art. 3:51 BW: ‘De rechterlijke uitspraak vernietigt een rechtshandeling doordat zij een beroep in rechte op een vernietigingsgrond aanvaardt’. Op (de sanctieregel van) vernietigbaarheid in het materiële recht dient derhalve door (één van) de partijen in rechte een beroep te worden gedaan. Wil de burgerlijke rechter een oordeel mogen geven over een rechtsschending die met vernietigbaarheid is bedreigd, dan zal in ieder geval één van de partijen zich daarop in

⁸⁴⁵ Asser-Hartkamp & Sieburgh 2012, nr. 608.

⁸⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht, sector kanton WR 2007/7, waarin in een huurgeschil de kantonrechter ambtshalve vaststelde of sprake was van een overeenkomst in de zin van art. 7:290 BW. Deze ambtshalve toetsing vloeit volgens Duijnstee-Van Imhoff 2003, onder 2.2. voort uit het dwingendrechtelijke karakter van het huurrecht.

het rechtsgeding uitdrukkelijk moeten hebben beroepen.⁸⁴⁷ Dat met vernietigbaarheid bedreigde voorschriften zich niet voor ambtshalve toetsing lenen, is ook af te leiden uit een door de Hoge Raad gewezen arrest. Hierin werd als volgt overwogen:

‘3.3. De onderdelen 5 en 6 van het hiertegen gerichte middel, die de Hoge Raad als eerste zal behandelen, zijn gegrond. Met het onderhavige beding heeft [verweerder] tegenover de eigenaar van de boomgaard, thans [eiser], afstand gedaan van zijn wettelijk recht op schadeloosstelling in geval van onteigening. Gelet op art. 1 van het Eerste protocol bij het EVRM in samenhang met de art. 7:377 en 7:399 BW en art. 42a (oud) Ow., volgt uit art. 3:40 lid 2 BW dat dit beding niet nietig is, maar vernietigbaar. Deze bepalingen strekken immers uitsluitend ter bescherming van de pachter, in verband met diens afhankelijkheid van de pacht-overeenkomst voor zijn bedrijfsvoering en, veelal ook, zijn huisvesting. Zij zijn dus niet van openbare orde.’⁸⁴⁸

De met name genoemde geschonden voorschriften zijn ‘*dus*’ niet van openbare orde, omdat hun ratio uitsluitend strekt ter bescherming van de belangen van één van de partijen. Mede tegen het licht van art. 3:40 lid 2 BW is een beding dat met voorschriften van een deze strekking in strijd is, vernietigbaar. Op voet van art. 3:51 BW dient derhalve op de beschermende werking van rechtsregel van deze strekking een beroep te worden gedaan door degene die daardoor wordt beschermd. De rechter mag deze rechtsregels dan ook niet ambtshalve toetsen. De relatie met het openbare ordebegrip is derhalve snel gelegd: de hier in het geding zijnde rechtsregels strekken niet tot de behartiging of de bescherming van ene algemeen belang van fundamentele aard, maar ‘slechts’ ter bescherming van de belangen van één van de partijen. Geconcludeerd kan worden, dat met vernietigbaarheid bedreigde voorschriften strekken ter bescherming van belangen van een van de partijen. Om die reden zijn zij niet als van openbare orde aan te merken en wordt daaraan niet ambtshalve door de burgerlijke rechter getoetst.

Niettemin bestaat hierop een uitzondering doordat het Hof van Justitie EU in verscheidene arresten heeft bepaald, dat de positie van de consument ambtshalve toetsing vereist van op basis van Europese Richtlijnen vastgestelde nationale wetgeving.⁸⁴⁹ Volgens het hof kan een doeltreffende bescherming van consu-

⁸⁴⁷ Zoals bijvoorbeeld die met betrekking tot de wilsgebreken. De artt. 3:44 en 6:228 BW maken een rechtshandeling immers vernietigbaar. Voor het rechtspersonenrecht vloeit uit art. 2:15 BW, in het bijzonder de leden 1 en 3, uitdrukkelijk voort dat slechts een bijzonder aangewezen rechtssubject zich mag beroepen op een vernietigingsgrond.

⁸⁴⁸ HR 9 december 2011, LJN: BR2045, 10/01443.

⁸⁴⁹ HvJ EU 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero, gevoegde zaken C 240 t/C 244/98, Jurispr.2000, p. I-4941, NJ 2000, 730; HvJ EU 21 november 2002, Codifis/Fredout, C-473/00, Jurispr. 2002, p. I-10875, NJ 2003, 703, m.nt. M.R. Mok; HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, jurispr. blz. I-10421 (Mostaza Claro). HvJ EU 4 oktober 2007, C 429/05 (Rampion). HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon), NJ 2009, 395 met noot Mok, LJN BI7786.

menten alleen worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om oneerlijke bedingen ambtshalve te toetsen. Naar Nederlands recht dient een consument zich op (oneerlijke) bedingen te beroepen, want schending van consumentenbeschermende voorschriften is met vernietigbaarheid bedreigd.⁸⁵⁰ De rechtspraak van het Hof van Justitie EU is om die reden lastig inpasbaar in het Nederlandse recht, omdat immers uit (art. 3:51 van) het BW volgt dat op een vernietigingsgrond in rechte een beroep moet worden gedaan en ambtshalve toetsing reeds om die reden lijkt uitgesloten. In dit verband is het bepaalde in art. 3:40, tweede lid BW wel als oplossing aangedragen.⁸⁵¹ In deze bepaling wordt vooropgesteld dat het verrichten van een rechtshandeling in strijd met een uitsluitend tot bescherming van een van de partijen strekkende wetsbepaling vernietigbaar is, tenzij 'uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit'. Blijkens de parlementaire geschiedenis is '(d)eze zinsnede is juist opgenomen om de rechter hier een zekere vrijheid te laten, ondermeer om bedingen ambtshalve op strijd met de betreffende dwingende wetsbepaling te toetsen. Dit kan nodig zijn om de partij ter bescherming van wie de bepaling is geschreven, ook tegen bijvoorbeeld eigen onwetendheid of gebrek aan middelen te kunnen beschermen.'⁸⁵² De rechtspraak van het Hof van Justitie EU stipuleert deze in de zinsnede van art. 3:40, tweede lid bedoelde andere strekking. Hartkamp leidt uit art. 3:40, tweede lid af dat onder omstandigheden vernietigbaarheid tot ambtshalve toetsing moet leiden en volgens hem sluit de rechtspraak van het hof daarop aan.⁸⁵³

De uitzondering met betrekking tot consumentenbeschermende bedingen daargelaten, is de conclusie gerechtvaardigd, dat de op de schending van een rechtsregel gestelde sanctie van vernietigbaarheid meebrengt, dat voor die rechtsregel een verbod van ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter geldt. Vernietigbaarheid ziet op (de bescherming van) partijbelangen. Dergelijke (specifieke) belangen zijn niet aan te merken als algemene belangen van een fundamentele aard. De vraag is nu of met het verbinden van de nietigheidssanctie aan de schending van een dwingende rechtsregel wel is beoogd uitdrukking te geven aan het bijzondere fundamentele rechtskarakter daarvan, zodat met deze nietigheid bedreigde voorschriften, als zijnde van openbare orde, wél ambtshalve door de burgerlijke rechter dienen te worden getoetst.

⁸⁵⁰ Dit volgt uit art. 6:233 en 7:6 BW.

⁸⁵¹ Cauffman, Faure, Hartlief 2009, p. 156 wijzen de redenering dat het beroep op een onredelijk bezwarend beding - ook als op de vernietigbaarheid daarvan geen beroep is gedaan - naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is af en stellen voor om de term 'vernietigbaar' in artikel 6:233 BW te vervangen door de door het richtlijnvoorstel gehanteerde uitdrukking 'niet-bindend ten voordele van de consument'.

⁸⁵² TK 2000-2001, 27809 nr. 3, p. 12.

⁸⁵³ Asser/Hartkamp & Sieburg 2010, nr. 320-321. Het is de vraag of dan wel sprake is van vernietigbaarheid, omdat nietigheid dan meer voor de hand lijkt te liggen, vgl. Cauffman, Faure en Hartlief 2009, p. 155-156.

5.5.4.3. Nietigheid: wel ambtshalve toetsing?

5.5.4.3.1 Inleiding

Nietigheid van rechtshandelingen als sanctie op schending van dwingende voorschriften is op verscheidene plaatsen in het materiële burgerlijke recht aan te treffen.⁸⁵⁴ Welke is de betekenis van ‘nietigheid’, als sanctie op rechtsschending? Nietigheid brengt mee, dat met de (nietige) rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen niet in werking treden. Deze rechtsgevolgen worden strijdig geacht met ‘de voor de desbetreffende samenleving aanvaarde uitgangspunten die in het objectieve recht worden weerspiegeld’ en om welke reden zij maatschappelijk onaanvaardbaar worden geacht.⁸⁵⁵ Over de rol van een rechterlijke uitspraak over nietigheid bestaan in de literatuur uiteenlopende opvattingen. De eerste is die waarin het objectieve recht zijn werking nog niet heeft gedaan, maar eerst door rechterlijke interventie wordt geëffectueerd. De rechterlijke uitspraak is constitutief. De heersende opvatting is evenwel, dat de rechterlijke uitspraak een declaratoir is: de rechter constateert enkel de nietigheid van de rechtshandeling en bepaalt dat de normaliter met die rechtshandeling verbonden gevolgen, ontbreken.⁸⁵⁶ De rechter stelt zo beschouwd slechts vast wat tussen partijen al rechtens is;⁸⁵⁷ het is het objectieve recht zelf dat beslist of een bepaald rechtsge-

⁸⁵⁴ Voor het rechtspersonenrecht: art. 2:14 lid 1 BW; voor het erfrecht geldt art. 4:4 BW. Ook het arbeidsrecht kent verschillende nietigheden, meestal betreft dat bedingen in een arbeidsovereenkomst (zoals art. 7:648 lid 2, 7:649 lid 3, art. 7:650 lid 6 eerste zin, 7:652 lid 7, 7:655 lid 8, 7:668, lid 7 en lid 8, 7:681 lid 4 BW). Nietigheden in het huurrecht komen voor in artt. 7:248 lid 2 en art. 7:264 BW. In het vervoerrecht: artt. 8:84 en art 8:112 BW. Voorts artt. 30 lid 6 en art. 33 Wet op het Consumentenkrediet. In het vermogensrecht geldt op grond van art. 3:32 lid 2 dat een eenzijdige rechtshandeling verricht door handelingsonbekwame, die niet tot een of meer bepaalde personen gericht was, nietig is. Is het ontbreken van de wil veroorzaakt door een geestelijke stoornis, als beschreven in art. 3:34, lid 1, dan is een eenzijdige rechtshandeling, niet tot een of meer bepaalde personen gericht, eveneens nietig (art. 3:34 lid 2). Nietigheid geldt in beginsel ook voor het niet inachtnemen van vormvoorschriften bij het verrichten van een rechtshandeling (art. 3:39), terwijl art. 3:40 nietigheid verbindt aan rechtshandeling die wegens hun inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden en de openbare orde dan wel strijdig zijn met een dwingende wetsbepaling. Art. 3:43 bepaalt dat rechtshandelingen nietig zijn voor zover zij strekken tot verkrijging van goederen door bepaalde met name genoemde autoriteiten. In Boek 5 en 6 van het BW komen geen specifieke nietigheidsvoorschriften voor.

⁸⁵⁵ In dit verband spreekt Hartkamp over het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid, waaruit volgt dat ieder rechtsstelsel zich het recht voorbehoudt om een overeenkomst geldig of ongeldig te achten, Asser-Hartkamp 2005, nr. 34.

⁸⁵⁶ Hijma 1989, p. 55-61.

⁸⁵⁷ Volgens Hijma dienen alle problemen van strijd met de wet, goede zeden of openbare orde aldus aan de hand van een zelfde ratio-onderzoek te worden opgelost. Het nietigheidsbegrip vindt eerst bij toetsing zijn precieze inhoud. Volgens Hijma doet de nieuwe – dat is de huidige – regeling weinig recht aan zijn rubriekindeling. In het BW wordt volgens Hijma 1989 van een rigide nietigheidsbegrip uitgegaan; een nietige overeenkomst doet geen verbintenissen ontstaan, zodat nakoming, schadevergoeding en ontbinding logischerwijze zijn uitgesloten en reeds verrichte prestaties als onverschuldigd kunnen worden teruggevorderd. De nietige rechtshandeling is voor het recht waardeloos.

volg al dan niet intreedt. Niettemin geldt dat een met nietigheid bedreigde rechtsschending wel dient te worden geconstateerd. Daar waar de wet zwijgt, en dat is veelal het geval, moet worden aangenomen dat het recht tot het inroepen van nietigheid niet beperkt blijft tot slechts één van de betrokkenen, maar dat meer betrokkenen – en zelfs derden – zich op de ongeldigheid van een rechtshandeling mogen beroepen.⁸⁵⁸ Overigens bestaan hierop uitzonderingen: sommige regelingen kennen het inroepen van de nietigheid slechts toe aan bepaalde betrokkenen.⁸⁵⁹

De nu voorliggende vraag is of de burgerlijke rechter ook ambtshalve de nietigheid van rechtshandelingen dient vast te stellen. Slechts zelden biedt de wetgever daarover duidelijkheid. Dit is wel gebeurd in art. 8:12 BW. In deze bepaling wordt uitdrukkelijk voorgeschreven, dat strijd met een in Boek 8 voorkomende dwingende wetsbepaling leidt tot een ‘ambtshalve toe te passen nietigheid van de rechtshandeling’. Deze ambtshalve te toetsen dwingende wetbepalingen⁸⁶⁰ zijn volgens de wetgever derhalve van openbare orde. Een zodanig uitdrukkelijke opdracht van de wetgever aan de rechter komt evenwel sporadisch voor. Hieruit mag niet á contrario worden afgeleid, dat uitsluitend op basis van dergelijke in de wet gegeven opgenomen bepalingen de rechter tot ambtshalve toetsing mag overgaan. Soms is niet in de wet zelf, maar in de parlementaire geschiedenis daarop bepaald dat nietigheid ambtshalve door de rechter moet worden toegepast.⁸⁶¹ Ook komt voor dat in de wetsgeschiedenis de mogelijkheid van ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter uitdrukkelijk wordt opengelaten, of liever gezegd: de bevoegdheid daartoe wordt overgelaten aan de rechter zelf.⁸⁶²

Veelal heeft de wetgever echter niet aangegeven of de burgerlijke rechter ambtshalve de nietigheid van een rechtshandeling dient vast te stellen. In de literatuur lopen de meningen hierover uiteen. De discussie spitst zich daarbij toe op de noodzakelijkheid van het (processuele) openbare orde-karakter van de geschonden rechtsnorm. Volgens Hartkamp brengt de sanctie van nietigheid mee, dat niet alleen partijen en derden zich op het ontbreken van een rechtsgevolg van een nietige rechtshandeling mogen beroepen, maar dat de burgerlijke

⁸⁵⁸ Asser-Scholten 1974, p. 24.

⁸⁵⁹ Art. 31 Faillissementswet (de curator of de schuldeiser) en art. 3 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, dat elk beding tussen de werkgever en de werknemer strijdig met verbindend verklaarde bepalingen nietig verklaart (lid 1). In het tweede lid wordt bepaald dat de nietigheid steeds kan worden ingeroepen door bepaalde verenigingen van werkgever en werknemers. Dit roept wel de vraag op waarom vernietigbaarheid niet als sanctie op rechtsschending is gesteld.

⁸⁶⁰ O.a. de aansprakelijkheidsregels van de vervoerder die zijn neergelegd in art. 8:105 en 8:106 BW.

⁸⁶¹ Dat de rechter ambtshalve dient na te gaan of een exploit nietig is, volgt uit Parl. Geschied. Herz. Rv. p. 217 (MvT).

⁸⁶² Memorie van Toelichting bij de aanpassingswet Richtlijn consumentenkoop, TK 2000-2001, 27809 nr. 3 p. 12.

rechter ambtshalve de rechtsgronden moet aanvullen en het tot nietigheid leidende voorschrift in beginsel ambtshalve moet toepassen, ook als dat voorschrift niet van openbare orde is.⁸⁶³ Dit geldt volgens hem niet alleen voor bijzondere nietigheden in het huurrecht⁸⁶⁴ en het arbeidsrecht. Ook de nietigheden waarop de artikelen 3:39 en 3:40 BW zien dienen ambtshalve door de burgerlijke rechter te worden vastgesteld.⁸⁶⁵ Anderen, zoals Van Kooten⁸⁶⁶ en Van den Brink⁸⁶⁷, stellen zich op het standpunt, dat de burgerlijke rechter rechtshandelingen ambtshalve dient te toetsen aan de goede zeden en openbare orde in de zin van art. 3:40 BW.⁸⁶⁸ De eis dat het moet gaan om voorschriften van openbare orde is door hen (althans) niet expliciet gesteld.

Hiertegenover staan de auteurs die deze eis wel uitdrukkelijk stellen, ook waar het gaat om nietigheid. Reeds vroegtijdig in die richting, te weten in 1891, ging Pijnappel. Hij stelde dat niet alles wat op straffe van nietigheid is voorgeschreven – hij doelde onder meer op de artikelen 1371 tot en met 1373 en art. 1391 BW (oud), de voorlopers van art. 3:40 BW, en op nietigheden in het burgerlijk procesrecht – valt onder hetgeen de rechter ambtshalve moet handhaven. Volgens hem zou daarvan enkel sprake moeten zijn in het geval van ‘volstrekte onbestaanbaarheid in rechte’. Daarbij was het volgens Pijnappel onjuist om in alle gevallen van nietigheid ‘de publieke orde’ bij de zaak te betrekken én om die reden ambtshalve toepassing verplicht te achten.⁸⁶⁹ Vriesendorp stelde expliciet, dat er alleen plaats is voor ‘ex officio’-toetsing door de burgerlijke rechter in het geval van voorschriften van openbare orde.⁸⁷⁰ Deze opvatting is ook in de hedendaagse literatuur terug te vinden. Volgens Snijders, Van Schaick en Van Mierlo is ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter onlosmakelijk verbonden met voorschriften van openbare orde.⁸⁷¹ Twijfels bestaan bij Loth.

⁸⁶³ Hartkamp 2007, p. 20-21. Hij heeft hier het oog op het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden buiten de omvang van de rechtsstrijd; ambtshalve toetsing derhalve. Vgl. ook: Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 459 en Hartkamp 1999, nr. 18; langer daarvoor in gelijke zin: Asser-Rutten II 1982, p. 353

⁸⁶⁴ In gelijke zin: Jacobs 2011, commentaar op art. 7:265.

⁸⁶⁵ Hartkamp 2007, p.21.

⁸⁶⁶ Van Kooten 2010, aant. 7, onder 7.4.

⁸⁶⁷ Van den Brink 2002, p. 34-36 en p. 223-224.

⁸⁶⁸ Vgl. ook A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 23 december 2005, RvdW 2006/29, dat het opmerking verdient ‘dat de rechter ingevolge art. 25 Rv een overeenkomst die hij in strijd acht met de openbare orde of goede zeden ambtshalve nietig moet verklaren’.

⁸⁶⁹ Pijnappel 1891, p. 151. In dit verband wijst hij op nietigverklaring van een verbintenis op de in art. 1391 BW (oud) onderscheiden. Deze gronden, zoals geweld en bedrog, zwakheid en onkunde van minderjarigen raakten alle de publieke orde, terwijl de rechter geen ambtshalve toepassing aan de wet geeft. Tegenwoordig is hierop de vernietigbaarheidssanctie gesteld.

⁸⁷⁰ Vriesendorp 1970, p.171; 1981, p. 59. Deze voorschriften lenen zich, zoals het overige dwingende recht, voor ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, ook – en daarom had Vriesendorp ambtshalve toetsing op het oog – indien de processtukken (reeds) een voldoende feitelijke basis bieden.

⁸⁷¹ Asser Procesrecht / Van Schaick 2011, aant. 100; Van Mierlo 2008, commentaar op art. 25 Rv, aant. 2b. In gelijke zin: Snijders 2002, nr. 47 en Snijders 2008, p. 541-552, in het bijzonder p. 545.

Hij stelt dat, ook na het door de Hoge Raad gewezen arrest d.d. 19 januari 2009, waarin uitdrukkelijk werd beslist dat art. 6 Mw geen recht van openbare orde bevat⁸⁷², onduidelijk is of – in geval van beoordeling van de rechtsgeldigheid van een rechtshandeling – niet ook ‘gewoon’ dwingend recht buiten de grenzen van de rechtsstrijd dient te worden toegepast.⁸⁷³

5.5.4.3.2. Privaatrechtelijke voorschriften: geen ambtshalve toetsing

In een aantal arresten heeft de Hoge Raad beslist, dat de burgerlijke rechter niet ambtshalve aan tot nietigheid leidende voorschriften mag toetsen. Deze voorschriften zijn niet van openbare orde. Hiervoor werd al gewezen op het arrest waarin dit werd bepaald voor in het rechtspersonenrecht voorkomende nietigheden.⁸⁷⁴ Het dwingende rechtspersonenrecht is volgens de Hoge Raad niet van openbare orde.⁸⁷⁵ Besluiten van rechtspersonen die in strijd zijn met de wet of de statuten mogen derhalve niet ambtshalve worden getoetst, ook al bedreigt art. 2:14 BW die strijdigheid met rechtsregels uit Boek 2 met nietigheid. Volgens de Hoge Raad zijn de bij dwingend rechtspersonenrecht betrokken algemene belangen – het gaat vooral om bescherming van de belangen van crediteuren en aandeelhouders⁸⁷⁶ – niet van een zó fundamentele aard dat daaraan door de burgerlijke rechter ambtshalve dient te worden getoetst.

Dit geldt ook voor arbeidsrechtelijke voorschriften. Door de Hoge Raad is beslist, dat een in het arbeidsrecht voorkomende nietigheidsbepaling niet ambtshalve door de rechter wordt toegepast. Een beding dat de werkgever de bevoegdheid verschaft bij wege van partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen is gelet op de artt. 7: 613, 7: 678 lid 3, 7: 681 lid 4 en 7:686 laatste zin BW nietig. Hoewel het hier om dwingende rechtsregels gaat, zijn zij niet van openbare orde aldus de Hoge Raad.⁸⁷⁷ Ter motivering wijst de Hoge Raad uitdrukkelijk op de beschermingsgedachte die aan deze rechtsregels ten grondslag

⁸⁷² LJN: BG3583, NJ 2009, 54 (Heerlen/Croissanterie Wizz). Hierna wordt dit arrest nog nader geduid.

⁸⁷³ Loth 2009, p. 53. Uitdrukkelijk anders: Van Mierlo 2008, commentaar op art. 25 Rv., aant. 2b.

⁸⁷⁴ HR 28 januari 2011, RvdW 2011, 171 (Staalbankiers/Elco), r.o. 3.8.

⁸⁷⁵ Dat sprake is van dwingend recht vloeit voort uit art. 2:25 en de artikelen 2:14 en 2:15 BW. Vgl. Boon, Reijntjes, Rinkes & Bergamin 2003, Hoofdstuk VII, nr. 53.

⁸⁷⁶ Vooral van de bepalingen ter bescherming van crediteuren staat de wet geen afwijking toe; verbodsbepalingen komen dan ook veelal voor in het kapitaalbeschermingsrecht. Daarnaast komen gebodsbepalingen voor ten aanzien van onder meer de vorm en inhoud van de statuten en de besluitvorming van de algemene vergadering. Ook de normen voor de bij de vennootschap betrokkenen zijn als gebod geformuleerd: de plicht tot redelijk en billijk gedrag, of tot een behoorlijke taakvervulling. Naast verbods- en gebodsbepalingen kent boek 2 ook dwingendrechtelijke bevoegdheden toe aan organen en rechten aan aandeelhouders, waaronder het stemrecht, recht op deelname aan de algemene vergadering, recht om vernietiging van een besluit van een orgaan te vorderen, het recht om een enquête te verzoeken en het recht om de algemene vergadering bijeen te roepen, Meinema 2003, p. 26.

⁸⁷⁷ HR 14 november 2003, NJ 2004, 138 m.nt. GHvV.

ligt.⁸⁷⁸ De arbeidsrechtelijke regels dienen ter bescherming van één van de partijen,⁸⁷⁹ te weten de werknemer. Diens belang is weliswaar aan te merken als een algemeen belang, doch niet van een (zó) fundamentele aard,⁸⁸⁰ dat gesproken kan worden van een voorschrift van openbare orde.

Uit deze arresten volgt dat het opnemen van de nietigheidssanctie in wetgeving niet hoeft te betekenen, dat de wetgever daarbij de bescherming of behartiging van algemene belangen die de partijbelangen ontstijgen, op het oog heeft gehad. Integendeel nietigheid kan, zo moet uit de hierboven besproken arresten worden afgeleid, evenals vernietigbaarheid, ook duiden op de bescherming van (uitsluitend) specifieke belangen. Vanuit dit perspectief bezien valt te verklaren dat óók op tot nietigheid leidende voorschriften, zoals dit voor vernietigbaarheid uit art. 3:51 BW volgt, (in rechte) uitdrukkelijk een beroep moet worden gedaan. In de genoemde arresten stond de nietigheid centraal van schending van privaatrechtelijke rechtsregels. Uit de genoemde arresten lijkt de gevolgtrekking te moeten worden gemaakt dat privaatrechtelijke rechtsregels niet als van openbare orde zijn aan te merken, ook niet waar de wetgever schending daarvan met nietigheid heeft bedreigd. Aldus kan ook het al eerder aangehaalde arrest van 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (Gemeente Heerlen/Whizz) worden begrepen. In dit arrest stond het openbare ordekarakter van de verbodsbepaling van art. 6, eerste lid Mw centraal. Deze bepaling verbiedt het aangaan van overeenkomsten of het nemen van besluiten waarmee het kartelverbod wordt overtreden. Dergelijke rechtshandelingen zijn nietig, aldus het tweede lid. Deze nietigheid mag echter niet ambtshalve worden vastgesteld, omdat volgens de Hoge Raad de in het eerste lid van art. 6 neergelegde verbodsbepaling niet van openbare orde is. Buiten twijfel staat dat het verbod van art. 6 Mw bijdraagt aan de verwezenlijking van een algemeen belang, dat de louter, particuliere belangen overstijgt,⁸⁸¹ maar dit algemeen belang is volgens de Hoge Raad niet van een zó fundamentele aard, dat deze bepaling noodzaakt tot ambtshalve toetsing. Een motivering wordt door de Hoge Raad echter niet gegeven. Keus en Mok achten de betekenis die art. 6 Mw voor de Nederlandse markt heeft niet van dezelfde orde als die art. 101 WEU (voorheen art. 81 EG-verdrag) wel heeft voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap, in het bijzonder voor de werking van de interne

⁸⁷⁸ Vgl. voorts Loth 2009, p. 17.

⁸⁷⁹ In welk geval, naar het mij voorkomt, de wetgever had kunnen volstaan met de sanctie van vernietigbaarheid.

⁸⁸⁰ Er is wel sprake van betrokkenheid van het algemeen belang, vanwege de bescherming van de zwakkere, hetgeen tot het algemeen belang wordt gerekend. Dit geldt ook voor het huurrecht, in het bijzonder waar het huurbescherming betreft. Zie Dommering 1982, nr. 4.

⁸⁸¹ De Mw bevat immers bestuursrechtelijke rechtsregels die het marktmechanisme reguleren en ook doorwerken in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het mededingingsrecht beoogt niet louter subjectieve partijbelangen te beschermen, maar is gericht op de totstandbrenging en de instandhouding van een gemeenschappelijke markt met voldoende concurrentie teneinde een optimaal functionerende (concurrerende) markt te verkrijgen, waarin consumenten de hoogste kwaliteit producten en diensten krijgen voor de laagste prijs, met als hoger liggend doel: welvaartverhoging, vgl. Kamerstukken II 24707, nr. 3 (MvT), p. 1-4.

markt. Daarom is art. 6 volgens hen niet van een fundamentele betekenis voor onze rechtsorde.⁸⁸² De uitkomst van het arrest dient echter mijns ziens te worden verklaard uit de ratio van art. 6 lid 2 Mw. Deze bepaling strekt ter bescherming van particuliere belangen en niet (zozeer) van algemene belangen (van een fundamentele aard). Dit valt uitdrukkelijk op te maken uit de onderstaande passage uit de Memorie van Toelichting op de Mw:

‘Het wetsvoorstel gaat uit van een verbodssysteem. Als derden door overtreding van bepaalde voorschriften in hun belang worden getroffen, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen. Het ligt dan ook op hun weg in dergelijke gevallen actie te ondernemen en zij behoren dat niet aan de verantwoordelijkheid van de overheid over te laten. Doorgaans zullen de mogelijkheden tot civielrechtelijke handhaving ook een snellere oplossing bieden dan de publiekrechtelijke vormen van handhaving. Dat neemt natuurlijk niet weg dat, zoals in paragraaf 11.2 wordt uiteengezet, er aanleiding kan zijn publiekrechtelijke handhavinginstrumenten in te zetten. Bij de beslissing daaromtrent kan de mate waarin de belangen van derden worden getroffen, een rol spelen.’⁸⁸³

Het verbod (van art. 6) beoogt vanuit een privaatrechtelijk perspectief vooral derden, die worden benadeeld door met het kartelverbod strijdige overeenkomsten of besluiten, bescherming te bieden. Zij kunnen, indien zij dat wensen, zélf de burgerlijke rechter inschakelen teneinde hun vermogensbelangen te beschermen. Aan hen is derhalve de mogelijkheid geboden de nietigheid van deze overeenkomsten of besluiten zelf in te roepen. De burgerlijke rechter is in een zaak die speelt tussen partijen die het kartelverbod van art. 6 hebben overtreden, derhalve niet geroepen uit eigen beweging derden bescherming te bieden dan wel een partijoverstijgend algemeen belang te dienen. In dat laatste voorziet nu juist de mogelijkheid van bestuursrechtelijke handhaving die in hoofdstuk 7 Mw is opengesteld, aldus voornoemde Memorie van Toelichting:

Naast de mogelijkheid tot civielrechtelijke handhaving voor de gevallen waarin de individuele belangen van justitiabelen in het geding zijn, vereist het algemeen belang de mogelijkheid van publiekrechtelijke handhaving.⁸⁸⁴

Art. 6, eerste lid kan derhalve langs tweeërlei wijze worden gehandhaafd. De privaatrechtelijke rechtshandhaving op grond van art. 6 dient ter bescherming van particuliere, specifieke belangen. Gelet op deze ratio valt, in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad over het rechtspersonenrecht en het arbeidsrecht, te verklaren dat in een civielrechtelijk geding tussen partijen die een overeenkomst zijn aangegaan die mogelijk strijdig is met art. 6, de burgerlijke rechter

⁸⁸² Keus 2010, p. 68-69; voorts A-G Keus voor dit arrest en Mok 2003, p.306-312. Volgens Mok is ook de jonge leeftijd van 6 Mw relevant. Korsten en Van Wanroij 2008, p. 341 betwijfelen of art. 6 Mw van openbare orde kan worden beschouwd.

⁸⁸³ Kamerstukken II 24707, nr. 3 (MvT), p. 41.

⁸⁸⁴ Kamerstukken II 24707, nr. 3 (MvT), p. 42.

niet ambtshalve mag vaststellen of de overeenkomst vanuit het oogpunt van het hierin neergelegde verbod rechtsgeldig is. Het algemeen belang, waaronder belangen van derden begrepen, wordt primair beschermd in het bestuursrechtelijke handhavingstraject. Het mededingingsrecht is weliswaar publiekrechtelijk van aard, maar de daarin opgenomen nietigheidssanctie beoogt particuliere belangen van vermogensrechtelijke aard te beschermen. Het is om deze reden dat niet uit het arrest kan worden geconcludeerd dat de rechter niet aan (andere met nietigheid bedreigde) publiekrechtelijke voorschriften ambtshalve mag toetsen.

Uit het voorgaande volgt dat het met nietigheid bedreigd zijn van een schending van een voorschrift, voor het openbare ordekarakter van die rechtsregel niet beslissend is. De ratio van dat voorschrift is dat echter wel. Strekt een bepaling ter bescherming van de belangen van één der partijen dan ontbeert deze bepaling het openbare ordekarakter en wordt daaraan door de burgerlijke rechter niet ambtshalve getoetst.⁸⁸⁵

5.5.4.3.3. Publiekrechtelijke voorschriften: ambtshalve toetsing?

5.5.4.3.3.1. Voorwaarden voor nietigheid in de zin van art. 3:40 BW

Naast nietigheidssancties die in verschillende privaatrechtelijke deelrechtsgebieden, zoals het rechtspersonen-, arbeids-, huur- en erfrecht, voorkomen, voorziet het BW in art. 3:40 in een algemene nietigheidsbepaling. Art. 3:40 BW vormt de meest algemene beperking van de contractsvrijheid in het algemene vermogensrecht. De essentie van art. 3:40 is dat strijdig handelen met geschreven en ongeschreven dwingend recht nietig is. Art. 3:40 geldt voor alle rechtshandelingen en is buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing.⁸⁸⁶ Volgt echter nietigheid uit een specifiek in het (burgerlijk) recht geregelde nietigheidssanctie, dan blijft art. 3:40 BW buiten toepassing. Van nietigheid in de zin van art. 3:40 BW kan zowel sprake zijn in het geval van strijd met privaatrechtelijke alsook met publiekrechtelijke voorschriften. Het civielrechtelijke gevolg is in beide gevallen gelijk.

In art. 3:40 worden drie categorieën van rechtsregels onderscheiden die tot nietigheid kunnen leiden, te weten dwingende wetsbepalingen, de goede zeden en de openbare orde.⁸⁸⁷ Raadpleging van de wetsgeschiedenis leert echter

⁸⁸⁵ In lijn met de jurisprudentie over het niet openbare ordekarakter van het rechtspersonenrecht en het arbeidsrecht ligt dan ook dat ook het huurrecht niet van openbare orde is, ook niet waar de schending daarvan met nietigheid is bedreigd (anders, zoals hierboven bleek, Jacobs 2011, p. 141).

⁸⁸⁶ Dit volgt uit art. 3:59 BW.

⁸⁸⁷ Dit heeft kritiek ontmoet. Hijma, zowel in zijn dissertatie als ook nadien, heeft betoogd dat de rechtshandelingen in beginsel geldig dienen te zijn, tenzij de ratio van de geschonden rechtsregel meebrengt dat bepaalde rechtsgevolgen met het oog op het algemeen belang niet behoren in te treden. Zie Hijma 1989, p. 74 e.v., Hijma 1991, p. 886 en Scheltema 1997, p. 235. Volgens Van den Brink 2002, p. 25 dienen alle vormen van strijd met de wet dienen te

dat art. 3:40 meer omvat dan deze bepaling op het eerste gezicht doet vermoeden. Onderscheid moet namelijk worden gemaakt tussen enerzijds het aangaan van en anderzijds de inhoud en strekking van de overeenkomst.⁸⁸⁸ Het tweede lid ziet uitsluitend op het uit dwingende wetsbepalingen voortvloeiende verbod tot het aangaan (het verrichten) van een rechtshandeling. Met dwingende wetsbepalingen in de zin van het tweede lid wordt bedoeld op wetgeving in formele zin alsmede daarop gebaseerde gedelegeerde wetgeving van de lagere wetgevers. Autonome verordeningen van lagere wetgevers vallen er niet onder.⁸⁸⁹ Aan art. 3:40 lid 2 ligt de ratio ten grondslag dat de rechtsorde het aangaan van door de wet verboden rechtshandelingen niet aanvaardbaar acht.⁸⁹⁰ Beoogt een wetsbepaling evenwel uitsluitend de belangen van één van de partijen te beschermen, dan is een daarmee strijdige meerzijdige rechtshandeling niet nietig, maar vernietigbaar, aldus het tweede lid.⁸⁹¹ Hiermee is beoogd te voorkomen, dat ook een niet door een bepaling beschermde partij of een derde zich op de ongeldigheid van de rechtshandeling kan beroepen. Voorts is, gelet op het derde lid, evenmin sprake van nietigheid, indien een wetsbepaling niet strekt tot aantasting van de geldigheid van de rechtshandeling.⁸⁹² Civielrechtelijke rechtshandelingen, die afhankelijk zijn van toestemming door overheidsinstanties, dienen in

worden beoordeeld op grond van de leden 2 en 3, terwijl alleen rechtshandelingen die rechtstreeks strijdig zijn met de goede zeden en de openbare orde onder het eerste lid vallen.

⁸⁸⁸ Deze drie groepen werden reeds in de rechtspraak onder het oude recht gehanteerd, in belangrijke mate geïnspireerd door Houwing 1949, p. 1 e.v. en de arresten HR 11 mei 1951 NJ 1952, 127 (Flora/Van der Kamp) en NJ 1952/128 (Burgman/Avirolanda). Er is aldus sprake van twee over elkaar schuivende driedelingen, die negen ‘velden’ of ‘laden’ opleveren: het verrichten van een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling (1), met de goede zeden (2), met de openbare orde (3); de inhoud van de rechtshandeling is in strijd met een dwingende wetsbepaling (4), met de goede zeden (5), met de openbare orde (6); de strekking van een rechtshandeling is in strijd met een dwingende wetsbepaling (7), met de goede zeden (8) met de openbare orde (9). Vgl. Nieuwenhuis 2000, p. 26 e.v. en Hijma 1991, p. 883. Van den Brink 2002, p. 29 komt tot de slotsom dat er in feite twee categorieën zijn te onderscheiden: rechtshandelingen waarvan het verrichten in strijd is met een wettelijk verbod en rechtshandelingen waarvan de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden en/of openbare orde, daaronder begrepen de omstandigheid dat een prestatie bij wet is verboden, althans niet zonder overtreding daarvan kan worden verricht.

⁸⁸⁹ Parl. Geschied. Boek 3, p.192 (MvA). Het onderscheid is door de wetgever gerechtvaardigd met de veronderstelling dat lagere wetgever zich niet snel rekenschap zullen geven van civielrechtelijke gevolgen.

⁸⁹⁰ Vgl. HR 17 juni 2011, LJN: BQ1677, waarin het ging om een overeenkomst die in strijd met art. 122 Woningwet was aangegaan.

⁸⁹¹ In het BW wordt de sanctie van vernietigbaarheid, waaruit de strekking van de bescherming van een van de partijen blijkt, op enkele plaatsen uitdrukkelijk aangegeven, zo bleek hierboven al. Daar waar geen sanctie is vermeld, valt de sanctie van vernietigbaarheid worden ingelezen in de terminologie ‘niet ten nadele van (een der) partijen kan worden afgeweken’, zoals onder meer in art. 7:6 lid 1 en 7:513 BW voorkomt.

⁸⁹² Onder het oude recht gold dit al op basis van jurisprudentie, zie onder meer HR 13 januari 1938, NJ 1938, 600 en HR 11 mei 1951, NJ 1952, 127 m.nt PhAN. Voor het huidige recht kan worden gewezen op het arrest Uneto/De Vliert, waarin de HR een in strijd met EG-richtlijn 93/37 van 14 juni 1993 gesloten aanbestedingsovereenkomst niet nietig achtte op grond van art. 3:40 lid 2, aangezien de richtlijn noch andere wettelijke regelingen zulks bepaalde.

het licht van art. 3:40 lid 2 en 3 te worden beoordeeld.⁸⁹³ Het in strijd met een wettelijk verbod aangaan van een rechtshandeling, afhankelijk van de strekking van de betrokken wetsbepaling, leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van die rechtshandeling. Opgemerkt moet worden, dat ook het aangaan van een rechtshandeling strijdig kan zijn met de openbare orde of goede zeden, omdat dergelijke normen ook aan vele wettelijke regelingen ten grondslag ligt.

De enigszins verfijnde systematiek die geldt ten aanzien van het aangaan van met dwingende wetsbepalingen strijdige rechtshandelingen, geldt niet voor rechtshandelingen die naar inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, zoals bedoeld in het eerste lid van art. 3:40 BW. Met de inhoud van een rechtshandeling worden de prestaties bedoeld waartoe een rechtshandeling verplicht. Hieronder vallen ook prestaties die op zichzelf niet ongeoorloofd zijn, maar die in onderling verband beschouwd wel onzedelijk zijn. De strekking van een rechtshandeling ziet op de mede voor anderen kenbare motieven en/of te voorziene gevolgen van een rechtshandeling.⁸⁹⁴ Is van kenbaarheid bij de wederpartij geen sprake, dan is er geen sprake van nietigheid. Een als zodanig niet ongeoorloofde prestatie, maar één die zonder overtreding van een wettelijke bepaling, de goede zeden of de openbare orde niet kan worden verricht levert een ongeoorloofde strekking van een rechtshandeling op.⁸⁹⁵

Rechtshandelingen die naar hun inhoud of strekking in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling worden op grond van het eerste lid beoordeeld op strijdigheid met de openbare orde en/of de goede zeden.⁸⁹⁶ Met andere woorden: verplicht een rechtshandeling tot een prestatie die volgens de wet is verboden, dan is deze rechtshandeling nietig, indien het als strijdig met de openbare orde en/of de goede zeden wordt beschouwd om prestaties te verrichten die de wet verbiedt. Voor rechtshandelingen die in strijd zijn met ‘normaal-dwingend recht’, en die niet tegelijkertijd strijdig zijn met de openbare orde en/of de goede zeden, geldt derhalve de sanctie van nietigheid niet.⁸⁹⁷ De wetgever heeft overigens aan de rechter ruimte gelaten of een bij wet verboden inhoud of strekking moet leiden tot strijd met de openbare orde of de goede zeden.⁸⁹⁸ Rechtshandelingen die

⁸⁹³ Asser-Hartkamp 2005, p. 246.

⁸⁹⁴ T-M, PG Boek 3, p. 190 waarbij verwezen is naar HR 16 januari 1927, NJ 1927, p. 279 en HR 8 juni 1923, NJ 1923, p. 1031. Voorts HR 16 januari 1987, NJ 1987, 459.

⁸⁹⁵ HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128 (PhANH) en HR 28 juni 1991, NJ 1992, 787 (CJHB); Voorts HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 46 (MS), waarbij sprake was van een overeenkomst die in strijd was met een gemeentelijke belastingsverordening en waarbij voorts sprake was van strijdigheid met art. 104 Gw en art. 132 lid 6 Gw.

⁸⁹⁶ Parl. Geschied. Boek 3, p. 191 en 192. Verrichten partijen welbewust een rechtshandeling die verplicht tot een door de wet verboden prestatie, dan kunnen evenwel ook de goede zeden een rol spelen.

⁸⁹⁷ Loth 2009, p. 45.

⁸⁹⁸ Lijst van Antwoorden aan de Tweede Kamer d.d. 10 juni 1987, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1140. Regeringscommissaris Meijers stond aanvankelijk voor ogen om de rechter geen enkele beoordelingsruimte toe te kennen: het was in zijn ogen ‘altijd in strijd met de openbare

zijn aangegaan in strijd met of naar hun inhoud of strekking strijdig zijn met (niet gedelegeerde) autonome regelgeving van lagere wetgevers worden rechtstreeks beoordeeld op strijd met de openbare orde of goede zeden, zoals bedoeld in art. 3:40, eerste lid.⁸⁹⁹

5.5.4.3.3.2. Openbare orde en goede zeden; fundamentele beginselen

Met de in het eerste lid van art. 3:40 BW genoemde ongeschreven rechtsnormen – de goede zeden en de openbare orde – strijdige rechtshandelingen zijn nietig, omdat het gaat om open normen die in de Nederlandse samenleving als ‘fundamenteel’ worden ervaren.⁹⁰⁰ Volgens de parlementaire geschiedenis op het BW zijn de goede zeden ‘(...) fundamentele beginselen (...) van maatschappelijk behoren’.⁹⁰¹ Wat daartoe moet worden gerekend, heeft de wetgever ter beoordeling aan de rechter overgelaten. De inhoud van de goede zeden moet worden gevonden in algemeen aanvaarde opvattingen over wat behoort.⁹⁰² Dergelijke opvattingen hebben veelal hun weerslag gevonden in positieve rechtsregels, waardoor door bestudering van het positieve recht en de daaraan ten grondslag liggende morele waarderingen en belangenafwegingen kan worden achterhaald wat de inhoud is van die maatschappelijke opvattingen.⁹⁰³ Daarnaast kunnen maatschappelijke opvattingen over de goede zeden ook worden achterhaald, wanneer over een bepaalde kwestie een eenduidig, algemeen gedragen maatschappelijk oordeel bestaat. Wat tot de goede zeden behoort, is veranderlijk naar tijd en plaats, omdat maatschappelijke opvattingen zowel naar tijd als naar plaats uiteen kunnen lopen.⁹⁰⁴ In de literatuur zijn de goede zeden verdeeld in vier soorten van beschermde belangen: (1) bescherming van de vrijheid van het individu, zijn menselijke waardigheid en zijn zelfbeschikkingsrecht; (2) bescherming van de gemeenschap, haar ordening en de onderlinge gelijkheid van haar leden; (3) bescherming van derden tegen grove veronachtzaming van hun rechtmatige belangen en ten slotte (4) bescherming van de wederpartij tegen grove veronachtzaming van haar rechtmatige belangen.⁹⁰⁵

orde te achten om zich om zich tot prestaties te verplichten, die de wet verbiedt, Parl. Geschied. Boek 3, p. 190 en 191 (T-M).

⁸⁹⁹ In Parl. Gesch. Boek 3, p. 192 (MvA II) wordt opgemerkt dat in het geval ‘een rechtshandeling verplicht tot een bij de wet of een verordening verboden prestatie (...) zal de rechtshandeling inderdaad in beginsel met de openbare orde in strijd zijn’. In de parlementaire geschiedenis is bepaald dat de rechter niet de beoordelingsruimte toekomt, die hij wel heeft rechtshandelingen die naar inhoud of strekking strijdig zijn met dwingende wetsbepalingen, Parl. Geschied. Inv. Boek 3, p. 1148.

⁹⁰⁰ Van Kooten 2010, aant 7.

⁹⁰¹ Lijst van Antw. II Inv. PG. Inv. P. 1141.

⁹⁰² Asser/Hartkamp Sieburgh 2010, nr. 330; Van den Brink 2002, p. 191 e.v.

⁹⁰³ Asser/Hartkamp Sieburgh 2010, nr 300-333; Van den Brink 2002, p. 126.

⁹⁰⁴ Hetgeen bijvoorbeeld is af te leiden uit de arresten HR 2 februari 1990, NJ 1991, 265 (CJHB onder NJ 1991, 266); HR 7 september 1990, NJ 1991, 266. Vgl. Van Kooten 2010, aant. 7.2 bij art. 3:40.

⁹⁰⁵ Asser/Hartkamp Sieburgh 2010, nr. 337; Van den Brink 2002, p. 213 e.v.

Hoewel in art. 3:40, eerste lid onderscheid wordt gemaakt tussen de goede zeden en de openbare orde is het verschil slechts gradueel en wordt in de literatuur en rechtspraak veelal niet gemaakt.⁹⁰⁶ In de wetsgeschiedenis op art. 3:40 BW wordt opgemerkt dat onder openbare orde ‘fundamentele beginselen van de rechtsorde’ moeten worden begrepen.⁹⁰⁷ Een nadere toelichting op de betekenis geeft de wetsgeschiedenis niet. Blijkens de literatuur gaat het bij openbare orde om ‘het geheel van normen en beginselen waarvan de inachtneming noodzakelijk is voor de instandhouding en het functioneren van de Nederlandse samenleving.’⁹⁰⁸ Deze normen en beginselen hebben betrekking op ‘de Nederlandse maatschappelijke organisatie dan wel algemeen aanvaarde grondvesten van het Nederlandse rechtsstelsel’.⁹⁰⁹ Ook voor de openbare orde geldt, dat zij ten grondslag ligt aan vele wettelijke regelingen.⁹¹⁰

In verscheidene rechterlijke uitspraken is bepaald dat rechtshandelingen nietig zijn wegens strijd met de openbare orde. Van een met art. 132 lid 6 Gw strijdige overeenkomst was sprake in de zaak die centraal stond in het arrest HR 6 januari 2006.⁹¹¹ Daarin bepaalde de Hoge Raad dat een beding in een overeenkomst waarmee een gemeente ‘in feite verhaal poogt te zoeken voor kosten die zij maakt in het algemeen belang op een wijze die grote verwantschap vertoont met een heffing, maar die rechtens geen heffing is en derhalve ook niet met op de rechtszekerheid van burgers omgeven waarborgen is omgeven’, op grond van art. 132 lid 6 Gw een wettelijke grondslag vereist. Het belang daarvan is zodanig, dat een dergelijk beding nietig is wegens strijd met de openbare orde. Door de Hoge Raad zijn verscheidene andere arresten geweest, waarin evenzeer een overeenkomst tussen de overheid en een particulier nietig werd geoordeeld, mede vanwege de strijdigheid met het in art. 132 lid 6 Gw neergelegde (fiscaal-rechtelijke) legaliteitsbeginsel.⁹¹²

In Hof Amsterdam 8 december 2005, NJF 2006, 268 stond eveneens strijdigheid met de Grondwet centraal. In dit arrest werd geoordeeld, dat een exploitatieovereenkomst tussen de gemeente Wageningen en UPC, op grond waarvan beperkingen mogelijk waren in het aanbod van radio- en televisieprogramma’s door UPC in strijd was met het bepaalde in art. 7, tweede lid Gw. Het

⁹⁰⁶ Asser/Hartkamp Sieburgh 2010, nrs. 346-347. De opvatting dat de begrippen ‘dwingend recht’ en ‘openbare orde en goede zeden’ samenvallen, is reeds te vinden bij Petit 1920, p. 59 e.v. en Suijling 1934, nr.70. In gelijke zin Star Busmann-Rutten 1972, nr. 18 en Loth 2009, p. 43.

⁹⁰⁷ Lijst. v. Antw. II Inv., PG Inv., p. 1141. Zie ook HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364, r.o. 4.4 waarin naar deze passage in de wetsgeschiedenis wordt verwezen.

⁹⁰⁸ Van Kooten 2010, aant. 7 onder 7.2; Volgens Loth 2009, p. 43 heeft de openbare orde betrekking op de ‘wijze waarop de samenleving is ingericht’.

⁹⁰⁹ Asser-Hartkamp Sieburgh 2010, nr. 346.

⁹¹⁰ Asser/Hartkamp Sieburgh 2010, nr. 346.

⁹¹¹ AB 2006, 218 (Gemeente Beuningen/Blankenburg)

⁹¹² HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 46 m.nt. MS (Verordening Marken); HR 2 mei 2003, NJ 2003, 485 m nt. PCEvW (Gemeente Nunspeet/Mulder).

hof was van oordeel dat het de gemeente niet is toegestaan om zonder delegatie op grond van een wet in formele zin beperkende regelingen of bedingen op te leggen. Door desondanks bedoelde beperkingen in een overeenkomst te bedingen, heeft de gemeente in strijd met het bepaalde in art. 7 lid 2 Gw gehandeld. Het betreffende beding was derhalve nietig. Het in dit en het eerdergenoemde arrest centraal staande legaliteitsbeginsel kan worden aangemerkt als een fundamenteel beginsel van onze rechtsorde en raakt daarmee de openbare orde.⁹¹³ Dat strijdig handelen met de dwingende wetsbepalingen van de Grondwet tegelijkertijd ook als strijdig moet worden geoordeeld met de openbare orde, en om die reden nietig, is gelet op het fundamentele karakter van de Grondwet in de Nederlandse rechtsorde alleszins denkbaar.⁹¹⁴

In een ander arrest oordeelde de Hoge Raad dat schending van het verbod van *detournement de pouvoir* leidde tot nietigheid wegens strijd met de openbare orde.⁹¹⁵ In deze zaak had de gemeente haar eigen prestatie – het verlenen van de planologische vrijstelling op grond van de WRO (oud) – afhankelijk gesteld van de aan Hornkamp opgelegde verplichtingen. Het verbod van *detournement de pouvoir* is een (inmiddels)⁹¹⁶ dwingende wetsbepaling, die gelet op dit arrest, van een fundamentele aard is.⁹¹⁷ Daarom was niet alleen sprake van strijd met een dwingende wetsbepaling, maar tegelijkertijd vormde de voorwaarde in de overeenkomst ook een inbreuk op de openbare orde. Het verbod van *detournement de pouvoir* behoort, gelet op dit arrest, tot de fundamentele beginselen van onze rechtsorde.

Voorts werd door de Hoge Raad een overeenkomst tot verhuur van een parkeerterrein, deelsluitmakend van de openbare weg nietig geacht, omdat de door de gemeente te verrichten prestatie van het ter beschikking stellen van het terrein, als afgesloten en bewaakt terrein waar tegen betaling geparkeerd kan worden, dwong tot een met de (artikelen 6 en 14) Wegenwet strijdige beperking in het gebruik van de weg.⁹¹⁸ Gelet op de aard en de strekking van deze dwingende wetsbepalingen, die het doel hebben de onbeperkte toegankelijkheid van openbare wegen zoveel mogelijk te waarborgen, is deze overeenkomst tussen een gemeente en een particulier door de Hoge Raad als strijdig met de openbare orde aangemerkt en was derhalve sprake van een nietige overeenkomst. Volgens annotator Hijma, in zijn noot onder het arrest, is ‘de sprong naar de openbare

⁹¹³ Hoewel dat niet uitdrukkelijk door het hof werd overwogen, moet het ervoor worden gehouden dat het beding in de overeenkomst naar inhoud niet alleen strijdig is met genoemde grondwettelijke bepalingen, maar tegelijkertijd ook een inbreuk vormt op de openbare orde.

⁹¹⁴ Zie ook Rb Assen 7 maart 2008, NJ 2008, 33, waarin een overeenkomst tussen de gemeente en GGZ waarbij de bewegingsvrijheid buiten het ziekenhuisterrein is strijd werd geacht met art. 15 Gw en art. 5 EVRM en om die reden wegens ondermeer strijd met de openbare orde nietig werd beschouwd.

⁹¹⁵ HR 3 april 1998, NJ 1998, 588 m.nt. ARB, AB 1998/2141 m.nt. ThGD (Gemeente Alkemade/Hornkamp).

⁹¹⁶ Want dit algemene beginselen van behoorlijk bestuur is immers gecodificeerd in art. 3:3 Awb.

⁹¹⁷ Aldus ook: Rb Amsterdam 5 december 2007, NJF 2008, 137.

⁹¹⁸ HR 7 april 2000 NJ 2000, 652 m.nt. JH.

orde' gedicht door de 'publieke inslag' van deze zaak, waarin de toegankelijkheid van de openbare weg centraal staat. A-G Langemeijer achtte in zijn conclusie voor het arrest de motivering voor de strijdigheid met de openbare orde gelegen in de strafbepalingen van de artikelen 162 en 427, aanhef en onder 6 Sr.

Ten slotte wordt hier nog gewezen op het arrest, waarin de Hoge Raad een met dwingende, in sociale zekerheidsregelgeving voorkomende bepalingen strijdige (vaststellings)overeenkomst als nietig aanmerkt wegens een inbreuk op de openbare orde.⁹¹⁹

Uit de hierboven besproken jurisprudentie is af te leiden, dat rechtshandelingen die naar hun inhoud of strekking strijdig zijn met dwingende wettelijke voorschriften van staats- en bestuursrechtelijke aard, tegelijkertijd ook strijdig zijn met de openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1. Hoewel deze arresten slechts zien op een beperkt aantal staats- en bestuursrechtelijke voorschriften, lijkt het ervoor te moeten worden gehouden dat dit regel is. Met andere woorden: met staats- en bestuursrechtelijke voorschriften strijdige rechtshandelingen zijn tegelijkertijd in de regel ook in strijd te achten met de openbare orde. Hierop zijn wel uitzonderingen denkbaar, zo valt af te leiden uit een arrest van de Hoge Raad uit 2001.⁹²⁰ Het ging in dit arrest om het in rekening brengen van een tarief door een ziekenhuis, welk tarief in strijd was met art. 2 lid 1 Wet op de tarieven gezondheidszorg. Dat de strijdigheid met dit bestuursrechtelijke voorschrift niet als nietig werd geoordeeld, was evenwel gelegen in de bijzondere omstandigheden van het geval, welke door Hoge Raad van doorslaggevend belang werden geacht.⁹²¹ Deze uitkomst van een afweging van belangen leidde de Hoge Raad tot het oordeel dat in dit geval geen sprake was van een inbreuk op de openbare orde, in de zin van art. 3:40, eerste lid.

5.5.4.3.3.3. Publiekrechtelijk: van openbare orde?

De voorliggende vraag is nog niet beantwoord, namelijk of nietigheid op voet van art. 3:40 BW ambtshalve door de burgerlijke rechter dient te worden vastgesteld en wel zó dat de rechter in een hem voorgelegd geschil ambtshalve dient te beoordelen of een rechtshandeling waaruit het opgeworpen geschilpunt voortvloeit, niet strijdig is met dwingende wetsbepalingen en/of de openbare orde (en

⁹¹⁹ HR 21 april 1995, NJ 1997, 570 m.nt. C.J.H. Brunner (Schmitz/Caspers): een (beding in een) vaststellingsovereenkomst werd niet alleen strijdig geoordeeld met dwingendrechtelijke bepalingen uit de Ziektewet, Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en de Werkloosheidswet, doch ook met de openbare orde. Het ging hier overigens niet om de openbare orde in de zin van art. 3:40 BW, maar om de openbare orde in de zin van art. 7:902 BW.

⁹²⁰ HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364 m.nt. J. Hijma.

⁹²¹ R.o. 4.4 van het arrest. Het ging om een bijzondere behandeling waarvoor onder meer gold dat het betreffende ziekenhuis deze aanvankelijk niet van plan was om deze uit te voeren, onder meer vanwege overschrijding van haar budget, maar daartoe uiteindelijk toch overging. De verzekeraar van de patient had het initiatief genomen met betrekking tot deze behandeling en had ook vantevoren ingestemd met de betaling, terwijl bovendien in de lijn der verwachting lag dat deze behandeling onder de WTG zou worden gebracht.

de goede zeden). In de vorige subparagraaf besproken arresten diende deze procesrechtelijke vraag zich niet aan. Slechts een paar rechterlijke uitspraken wijzen op een bevestigende beantwoording. In HR 18 november 1988, NJ 1990/564, AB 1989, 185 m.nt. FHvdB (Verkiezingafpraak Aruba), het betreft een Antilliaanse zaak, stond een overeenkomst centraal, die was gesloten tussen een politieke partij (de PDA op Aruba) en haar kandidaten voor de verkiezingen van de Eilandsraad Aruba.⁹²² Volgens de politieke partij bracht deze overeenkomst met zich dat enkele kandidaten, die hadden bedankt als lid van de PDA, hun zetel in de Staten ter beschikking van de partij dienden te stellen. Behalve de ontkenning van deze overeenkomst en bestrijding van de wanprestatie en/of het onrechtmatig handelen, voerden de betrokken kandidaten als verweer dat zij niet verplicht konden worden tot niet-aanvaarding van een Statenzetel, indien de mogelijkheid tot het innemen daarvan zich zou voordoen. Volgens het door de Hoge Raad in stand gelaten ambtshalve oordeel van het Hof van Justitie dat de betreffende overeenkomst nietig was, betroffen de betreffende tot nietigheid leidende bepalingen van de Staatsregeling en het daarin neergelegde beginsel van het vrije mandaat van het Statenlid, 'de publieke orde'. De afspraak tussen de kandidaten en de partij moest derhalve voor nietig worden gehouden wegens strijdigheid met de ingevolge additioneel art. XI Staatsregeling van Aruba geldende bepalingen van het Nederland-Antilliaanse kiesreglement. Ook werd het oordeel van het hof in standgelaten, dat de bepalingen van het indertijd geldende Kiesreglement van *publieke orde* zijn, zodat daar niet bij overeenkomst de kracht aan kon worden ontnomen, zodat ook een tussen de politieke partij en een van de kandidaten gemaakte afspraak eveneens als nietig moet worden beschouwd.⁹²³ Overeenkomsten met betrekking tot het passieve kiesrecht zijn nietig, terwijl deze nietigheid zo nodig ambtshalve moet worden vastgesteld, zo volgt uit het arrest.⁹²⁴

⁹²² Deze overeenkomst zou volgens de politieke partij inhouden, dat een te bezetten zetel in de Eilandsraad als een zetel behorende aan de PDA wordt aangemerkt, met dien verstande dat het lid dat een substantieel gedeelte van het totale aantal stemmen op eigen naam zou verkrijgen, automatisch de aan de PDA toekomende zetel zou worden toegewezen, terwijl het lid dat hieraan niet voldeed door de partijraad van de PDA als zodanig zou worden aangewezen. Het opvallend dat de burgerlijke rechter in deze zaak tot een inhoudelijk oordeel is gekomen. Reeds in 1971 oordeelde de Hoge Raad in HR 26 maart 1971, AB 71, 135 (Verkiezingsafpraak Elsloo) immers over verkiezingsovereenkomsten, dat 'uit zodanige afspraak echter niet voortvloeit eigendom of enig daaruit voortvloeiend recht, een schuldvordering of een burgerlijk recht, alles als bedoeld in art. 2 Wet R.O'.

⁹²³ Het Hof van Justitie had ambtshalve vastgesteld dat de artt. III.1, III.4, III.5 en III.16 derde lid van de Staatsregeling van Aruba in samenhang gelezen het vrije mandaat van het Statenlid, hetgeen onder meer betekent dat fractiebinding noch partijlidmaatschap invloed kan hebben op het al dan niet aanblijven van een eenmaal gekozen en benoemd Statenlid en dat zulks uiteindelijk alleen te zijner eigen vrije beslissing is, voor zover de Staatsregeling niet tot aftreden dwingt. In zijn conclusie voor HR 26 maart 1971 nam P-G Langemeijer een gelijk standpunt in; aan de beoordeling daarvan kwam de Hoge Raad echter niet toe.

⁹²⁴ In gelijke zin reeds P-G Langemeijer voor het arrest van de HR 26 maart 1971. Volgens Langemeijer vloeiende zulks reeds voort uit art. 14 Wet AB: (...) dat de aanwijzing van leden der vertegenwoordigende lichamen betrekking heeft op de publieke orde kan moeilijk wor-

In een ander, niet door de Hoge Raad, maar door het Gerechtshof 's-Gravenhage in 2007 gewezen arrest werd de nietigheid eveneens door de rechter ambtshalve vastgesteld. Het hof overwoog dat, dat de:

‘derde verrekening onder de delictsomschrijving van art. 417 bis lid 2 valt en dat deze verrekening naar strekking in strijd is met de openbare orde en de goede zeden. Van deze verboden strekking moeten beide bij die verrekening betrokken partijen zich bewust zijn geweest (...). De derde verrekening is mitsdien nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW. Weliswaar heeft Landman zich hierop niet beroepen, doch het hof heeft deze bepaling ambtshalve toe te passen, waarbij is meegewogen dat de bank zich heeft kunnen verweren tegen de in de stellingname van landman onmiskenbaar besloten liggende aantijging dat de bank niet te goede trouw heeft geprofiteerd van het door Landtrans gepleegde misdrijf van art. 348 Sr.’⁹²⁵

In dit arrest stond derhalve een rechtshandeling centraal, die tevens een strafbaar feit oplevert. Wegens strijd met de openbare orde en goede zeden is een dergelijke rechtshandeling nietig. Deze nietigheid dient, zo volgt uit dit arrest, ambtshalve door de rechter te worden onderzocht en vastgesteld.

Hoewel mij geen rechtspraak bekend is, waaruit het tegendeel valt af te leiden, geven de hierboven genoemde uitspraken toch wel wat weinig houvast – het eerste arrest betrof een Antiliaanse zaak, de tweede een uitspraak van een gerechtshof – om met stelligheid te beweren, dat nietigheid van rechtshandelingen door de burgerlijke rechter ambtshalve dient te worden onderzocht en vastgesteld. Blijkens de literatuur bestaat hierover evenmin overeenstemming. Er zijn auteurs die de mening toegedaan zijn dat strijdigheid met de openbare orde en goede zeden ambtshalve dient te worden vastgesteld⁹²⁶, terwijl anderen zich hiertegenover op het standpunt stellen dat het materieelrechtelijke openbare ordebegrip een andere betekenis kent dan het openbare ordebegrip in processuele zin.⁹²⁷ Toch meen ik dat hiervoor nu juist veel voor valt te zeggen. Daarvoor pleit vooral de identieke materiële betekenis die beide openbare ordebegrippen

den ontkend’. Voorts achtte Langemeijer ‘artt. 1356 en 1373 BW (oud) geschonden nu de gemaakte afspraak als overeenkomst krachteloos zou zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden, nu partijen – wanneer men haar als overeenkomst zou willen beschouwen – jegens elkanders verbintenissen op zich zouden hebben genomen omtrent de uitoefening van bevoegdheden die uitsluitend in het algemeen belang zouden toekomen, namelijk als het al dan niet aannemen van een benoeming als lid van de gemeenteraad’.

⁹²⁵ Gerechtshof 's Gravenhage 25 september 2007, JOR 2008/79.

⁹²⁶ Onder meer de hierna genoemde auteurs stellen zich op dit standpunt. dat strijd met de openbare orde en goede zeden ambtshalve dient te worden geconstateerd. Smith 2004, p. 59; Van Kooten 2010, aant. 7, onder 7.4; Voorts Van Kooten Groene 2010, commentaar op art. 40 Boek 3 BW, aant. 4; Van den Brink 2002, p. 34-36 en p. 223-224; Broekema-Engelen 2011, commentaar op art. 902 Boek 7 BW, aant. 3; Hartkamp 2007, p. 20.

⁹²⁷ Loth 2009, p. 50. In gelijke zin: A-G Jacobs in zijn conclusie voor HR 1 november 1996 NJ 1997, 117 onder 9.

hebben. Beide zien immers, zo bleek hierboven, op fundamentele beginselen van de rechtsorde; het gaat om voorschriften die de grondvesten van de rechtsstaat betreffen. Daar komt bij dat nietigheid wegens strijd met de openbare orde en/of de goede zeden een belangrijke beperking impliceert van de contractsvrijheid niet alleen tussen particulieren onderling, maar – zo blijkt uit de hierboven vermelde arresten – vooral ook in de rechtsverhoudingen tussen overheid en particulieren. Gelet op de algemene belangen die met staats- en bestuursrechtelijke regelgeving worden behartigd dan wel beschermd en het, in beginsel blijkens art. 3:40, eerste lid, fundamentele karakter dat aan deze voorschriften toekomt, kan van deze voorschriften niet worden gezegd, dat zij – zoals dat wel geldt voor veel voorschriften van privaatrechtelijke aard – de strekking hebben uitsluitend de belangen van de bij de nietige rechtshandeling betrokken rechtssubjecten te dienen of te beschermen. Zeker voor (de) overheids(organen) geldt dat staats- en bestuursrechtelijke voorschriften hen niet ter vrije beschikking staan. Het is om deze reden dan ook niet voor de hand liggend, dat dergelijke publiekrechtelijke rechtsnormen in het rechtsgeding procespartijen wél ter vrije beschikking staan.

5.6. Ambtshalve toetsing: de ratio van de rechtsnorm is doorslaggevend

De door Van Boneval Faure aan het eind van de 19^e eeuw als een van de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht geïntroduceerde lijdelijkheid van de burgerlijke rechter⁹²⁸ is nadien als typering van het *gehele* civiele geding in de literatuur gerelativeerd.⁹²⁹ Er bestaat een algemene overeenstemming, dat de partijautonomie is teruggedrongen ten gunste van rechterlijke taakverruiming.⁹³⁰ Dit betekent niet dat de burgerlijke rechter in het geheel niet lijdelijk is, maar dat de lijdelijkheid varieert per onderwerp of fase van het burgerlijk proces.⁹³¹ Voor bepaalde fasen in het burgerlijk proces geldt dat, zeker sinds de inwerkingtreding van het huidige sinds 1 januari 2002 geldende procesrecht, nauwelijks nog gezegd worden dat de burgerlijke rechter lijdelijk is. Dit geldt bijvoorbeeld voor het verloop of de instructie van de zaak, waarvoor meer dan voorheen geldt dat de rechter onder het huidige procesrecht zich juist ook met de procesvoering mag inlaten en daartoe ook is geëquipeerd door de wetgever. Voor de andere fasen in het burgerlijk proces geldt daarentegen ook nu nog een onverminderd strikt-lijdelijke rechterlijke houding. Over deze fasen merkte Van Boneval Faure al in 1893 op: ‘Het voeren van een rechtsgeding is én wat het aanleggen daarvan

⁹²⁸ Van Boneval Faure 1871, p. 71; Van Boneval Faure 1893, p. 113 e.v.. Volgens Chorus 1987, p. 4 kwam het beginsel van lijdelijkheid daarvoor in literatuur noch wetgeving voor: volgens hem heeft Van Boneval Faure het overgenomen uit Duitsland, terwijl in Nederland de noodzaak veel minder gevoeld werd. Zie ook Bosch Boesjes 1991, nr. 2.3.

⁹²⁹ Van Rossem/Cleveringa 1972, commentaar op art. 3, aant. 2 noot 7, Star Busmann, Rutten & Ariëns 1972, nr. 248; Chorus 1987, p. 1. e.v.; Bosch Boesjes 1991, Hoofdstuk 2 en met name 2.7.4. alsmede Hoofdstuk 10; Snijders, Yznoides en Meijer 2002, nrs. 42-51.

⁹³⁰ Ingelse 2004, p. 2.

⁹³¹ Bosch Boesjes 1991, nr. 1.4., Snijders, Yznoides en Meijer, nrs. 42-51, Asser, Groen & Vranken 2003, p. 66.

betreft, én wat de omvang betreft afhankelijk van partijen.⁹³² Deze uitgangspunten zijn in het huidige burgerlijke procesrecht ongewijzigd: niet alleen geldt voor het voeren van een procedure en het beëindigen daarvan dat het initiatief daartoe (nog) steeds uitgaat van de partijen, ook voor de afbakening van het geding geldt dat dit aan hen wordt overgelaten. Gelet op de wetsgeschiedenis, die aan het huidige art. 24 Rv ten grondslag ligt, de rechtspraak en de literatuur (zij het ten dele) dient de beschikkingsvrijheid (voor het overeenkomstenrecht ook wel de genoemd: de contractsvrijheid) van rechtssubjecten met betrekking tot het aangaan, beëindigen en het bepalen van de inhoud van civiele rechtsbetrekkingen nog steeds van doorslaggevende betekenis te zijn voor het onverkort handhaven van de regel van processuele partijautonomie. Deze beschikkingsvrijheid van rechtssubjecten binnen het privaatrecht dat ‘de belangen van enkelingen regelt’ en ‘waarbinnen de wil van die enkelingen heerst’⁹³³, is evenwel in de loop van de vorige eeuw in een toenemende mate verminderd ten gevolge van de totstandbrenging van een aanzienlijk aantal dwingende wetsbepalingen in het burgerlijke recht zelf, maar ook ten gevolge van de doorwerking van het sterk uitgedijde publiekrecht in private rechtsverhoudingen. Niettemin heeft deze beperking van de partijautonomie door meer dwingend recht geen invloed gehad op de regeling van de omvang van het geding. De verklaring hiervoor is, gelet op rechtspraak en literatuur, dat voor de afbakening van het civiele geding niet het dwingende rechtskarakter van rechtsregels, maar de met die regels te behartigen of te beschermen belangen de doorslag geven. Voor vele civielrechtelijke rechtsregels van dwingendrechtelijke aard geldt dat deze in het leven zijn geroepen om personen tegen zichzelf of tegen anderen die deskundiger of (in sociaal-economisch opzicht) machtiger zijn, te beschermen. Voor deze materiële rechtsregels geldt, ondanks hun dwingendrechtelijke aard, dat rechtssubjecten zelf mogen beslissen of zij bij het aangaan van rechtsbetrekkingen en het bepalen van de inhoud daarvan al dan niet aanspraak wensen te maken op de bescherming die dat dwingende recht hun biedt. Dit kan volgen uit de sanctie van vernietigbaarheid die op de schending van deze dwingende rechtsregels is gesteld. De vernietigbaarheidssanctie brengt immers mee, dat zolang de nietigheid in of buiten rechte niet uitdrukkelijk is ingeroepen, een met een dwingende rechtsnorm strijdige rechtshandeling rechtsgeldig is. Hieruit volgt dat aan het rechtssubject, dat valt onder het toepassingsbereik van de bescherming biedende rechtsregel, is overgelaten om zich op de beschermende werking van een dwingende rechtsnorm te beroepen. In die zin kan, ondanks de dwingendrechtelijke rechtsregel, worden gesproken van beschikkingsvrijheid. Deze materieelrechtelijke beschikkingsvrijheid werkt door in de afbakening van het geding; partijen dienen zich ook in rechte op deze rechtsregels te beroepen. Dat geldt veelal ook indien een nietigheidssanctie is gesteld op schending van dwingende rechtsregels van privaatrechtelijke aard. In een enkel geval is dat anders, omdat de wetgever uitdrukkelijk heeft bepaald dat de rechter de betreffende nietigheid ambts-

⁹³² Van Boneval Faure 1893, p. 110 e.v.

⁹³³ Pitlo en Gerver 1995, p. 10.

halve dient te onderzoeken. Uit rechtspraak volgt dat op de sanctie van nietigheid die is gesteld op schending van rechtsregels die als ratio hebben de belangen van bepaalde rechtssubjecten te beschermen, door partijen een beroep moet worden gedaan. Dit is door de Hoge Raad uitdrukkelijk bepaald voor nietigheden die voorkomen in het arbeidsrecht, rechtspersonenrecht en (art. 6 van) het mededingingsrecht. In de literatuur is voor het dwingende privaatrecht ter onderscheid van het publiekrecht wel opgemerkt dat belanghebbenden bevoegd zijn daarvan van af te wijken.⁹³⁴ De bevoegdheid tot en daarmee de (eind)verantwoordelijkheid voor de naleving van dwingende privaatrechtelijke rechtsnormen wordt overgelaten aan rechtssubjecten zelf, ook als rechtsschending is bedreigd met nietigheid.⁹³⁵ De uitoefening en handhaving van de uit dwingende, met nietigheid bedreigde rechtsregels voortvloeiende rechten en plichten worden derhalve overgelaten aan de eigen wil en initiatief van betrokkenen.⁹³⁶ Vanuit dit perspectief kan worden verklaard waarom de burgerlijke rechter geen ambtshalve toepassing mag geven aan tot nietigheid leidende schending van dwingende rechtsregels. Indien het rechtssubjecten immers in hun onderlinge (materieelrechtelijke) rechtsverhouding al is toegestaan om zich niet op de beschermende werking van een dwingende rechtsregel te beroepen, dan is vanuit dat oogpunt ook begrijpelijk, dat de rechter niet (ambtshalve) aan die rechtsregel mag toetsen, indien partijen zich daarop niet in rechte hebben beroepen.⁹³⁷

Uit verscheidene arresten, zo bleek eerder in dit hoofdstuk, is op te maken dat rechtshandelingen die naar hun inhoud of strekking in strijd zijn met staats-, bestuurs – en strafrechtelijke rechtsregels nietig zijn. Publiekrechtelijke voorschriften hebben als ratio de bescherming of de behartiging van het algemene belangen.⁹³⁸ Schending van dergelijke publiekrechtelijke rechtsregels wordt strijdig geacht met de openbare orde en/of de goede zeden in de zin van art. 3:40, eerste lid BW. Gelet op het verschil in ratio tussen dwingende privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsregels⁹³⁹ en de omstandigheid dat schending van publiekrechtelijke rechtsregels met nietigheid is bedreigd wegens de strijd met openbare orde en/of goede zeden, terwijl aan deze begrippen dezelfde zwaarwichtige betekenis toekomt als het procesrechtelijke openbare ordebegrip, ligt het zeer voor de hand dat de civiele rechter ambtshalve toetst aan dergelijke tot nietigheid aanleiding gevende publiekrechtelijke rechtsregels. Rechtspraak die dit ondersteunt is evenwel nauwelijks te vinden en in de literatuur zijn de meningen over ambtshalve toetsing van tot nietigheid leidende schending van dwingende rechtsregels in het algemeen verdeeld.

⁹³⁴ Boon, Reijntjes, Rinkes & Bergamin 2003, Hoofdstuk III, nr. 14; Loth 2009, p. 13.

⁹³⁵ Asser-Scholten, par. 7. Hij noemt dit een eigenaardigheid van het privaatrecht.

⁹³⁶ Boon, Reijntjes, Rinkes & Bergamin 2003, Hoofdstuk III, nr. 14; Loth 2009, p. 13.

⁹³⁷ Gelet op art. 3:51 en 3:40, tweede lid BW zou op de schending van deze voorschriften vernietigbaarheid meer voor de hand hebben gelegen dan nietigheid.

⁹³⁸ Pitlo en Gerver 1995, p. 12.

⁹³⁹ Ibidem.

5.7. Conclusies

Als conclusie wordt getrokken dat in het materiële burgerlijke recht sprake is van partijautonomie en dat dwingende privaatrechtelijke rechtsregels hier niet aan afdoen. Ook voor deze voorschriften geldt dat aan partijen is overgelaten of zij de daaruit voortvloeiende rechten willen inroepen in onderlinge privaatrechtelijke verhoudingen. De rechter toetst om die reden niet ambtshalve aan deze voorschriften. In zoverre kan nog steeds worden gezegd dat de procesrechtelijke partijautonomie met betrekking tot de afbakening van het geding een afspiegeling vormt van de partijautonomie in het materiële privaatrecht. Voor dwingende publiekrechtelijke rechtsregels geldt geen partijautonomie, maar onduidelijk is of de burgerlijke rechter daaraan ambtshalve heeft te toetsen.

Hoofdstuk 6. Rechtszekerheid als legitimering voor het verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter

6.1. Inleiding

In de wetsgeschiedenis van de Awb is opgemerkt, dat de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding, het bieden van rechtsbescherming, meebrengt dat er geen reden is voor de rechter om buiten de vordering te treden'.⁹⁴⁰ Het zijn de partijen, en niet ook de rechter, die de omvang van het geding en daarmee de omvang van de rechterlijke toetsing van een in beroep bestreden besluit bepalen. Blijkens de wetsgeschiedenis sluit deze procesrechtelijke regel aan bij de aard van het hedendaagse materiële bestuursrecht, waarbinnen de rechtsverhoudingen tussen bestuursorganen en burgers zich laten kenschetsen als wederkerige rechtsbetrekkingen. In hoofdstuk 4 is echter vastgesteld, dat van wederkerige rechtsbetrekkingen in het positieve bestuursrecht geen sprake is. Wederkerigheid veronderstelt een zekere mate van vrijheid ter zake van het aangaan, de inhoud en het beëindigen van rechtsbetrekkingen, welke vrijheid gegeven het legaliteitsbeginsel en gegeven het overwegend dwingende karakter van rechtsnormen in het bestuursrecht nauwelijks aanwezig is. De karakterisering van rechtsbetrekkingen tussen bestuursorganen en burgers als wederkerig kan daarin geen verandering brengen. Om die reden is geconcludeerd, dat de aard van het materiële bestuursrecht niet wordt weerspiegeld in de huidige procesrechtelijke regel die de wijze van afbakening van de rechtsstrijd reguleert. Volgens het ook voor de Awb gehanteerde principe dat het procesrecht een afspiegeling behoort te zijn van het materiële recht, valt niet te verklaren waarom dwingend materieel bestuursrecht partijen in het rechtsgeding ter vrije beschikking mag staan. Om deze reden valt ook het huidige verbod van ambtshalve toetsing niet te verklaren uit het materiële bestuursrecht.

Naast het vermeende gewijzigde karakter van het materiële bestuursrecht is in de Awb-wetsgeschiedenis nog op een ander argument gewezen, waarmee het huidige verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter wordt gerechtvaardigd. Dit argument is te vinden in de navolgende passage in de Memorie van Toelichting:

‘Daarnaast zou het uit het oogpunt van rechtszekerheid van de bij het besluit betrokkenen bepaald ongelukkig zijn, als de rechter buiten de grenzen van het aan hem gepresenteerde geschil zou kunnen treden.’⁹⁴¹

De beoordeling van een besluit door de bestuursrechter buiten de daartegen aangevoerde gronden om, kan leiden tot een aantasting van de rechtszekerheid van degene die bij het bestreden besluit zijn betrokken, aldus de wetgever. De wetgever staat in deze opvatting niet alleen, want ook volgens het Hof van Justi-

⁹⁴⁰ PG Awb II, p. 463 (MvT).

⁹⁴¹ PG Awb II, p. 463 (MvT).

tie EU ziet het rechtszekerheidsbeginsel als een argument dat in nationale stelsels van (bestuurs)rechtspraak in de weg kan staan aan de rechterlijke bevoegdheid om ambtshalve te toetsen.⁹⁴² In hoofdstuk 3 kwam al naar voren, dat in de literatuur van vóór de inwerkingtreding van de Awb ‘ultra petita gaan’ door de bestuursrechter als bezwaarlijk werd beschouwd, omdat dat kon leiden tot een inbreuk op een reeds door een bestuursorgaan vastgestelde rechtspositie.⁹⁴³ Het ligt voor de hand dat de wetgever en het Hof van Justitie ook deze betekenis van rechtszekerheid – het bieden van bescherming tegen een inbreuk op een reeds vastgestelde materiële rechtspositie – op het oog moeten hebben gehad. Zeker is dat echter niet, omdat de wetgever noch het Hof van Justitie zich hierover nader hebben uitgelaten; rechtszekerheid kent ook andere betekenissen die voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing relevant kunnen zijn. In dit hoofdstuk wordt preciezer onderzocht in welk(e) opzicht(en), voor wie en in hoeverre rechtszekerheid het huidige verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter kan rechtvaardigen. Daarbij wordt in dit hoofdstuk de nadruk gelegd op de materiële rechtszekerheid.

6.2. Rechtszekerheid: een verscheidenheid aan aspecten

Rechtszekerheid is een uit de rechtstaatgedachte voortvloeiend rechtsbeginsel⁹⁴⁴ en wordt wel beschouwd als de meest wezenlijke functie van het recht.⁹⁴⁵ Het is één van de fundamentele rechtsbeginselen.⁹⁴⁶ Rechtszekerheid heeft tot doel de rechtspositie van de burger te vrijwaren tegen onverwacht en onberekenbaar overheidshandelen.⁹⁴⁷ De burger moet weten waar hij aan toe is. Hij moet bij het nemen van beslissingen, bij al zijn handelen, kunnen vertrouwen op de degelijkheid, de zekerheid van zijn rechtstoestand.⁹⁴⁸

Rechtszekerheid kent verschillende aspecten – ook wel dimensies⁹⁴⁹ of elementen⁹⁵⁰ genoemd – die onderling sterk verweven zijn. Deze aspecten zijn achtereenvolgens: de bestendigheid van het recht, het verbod van terugwerkende kracht, het honoreren van opgewekt vertrouwen, de juiste toepassing en duidelijke

⁹⁴² Met als steeds weer terugkerende overweging: ‘In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met beginselen die het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een goed verloop van de procedure. Vgl. HvJ EU 14 december 1995 (Van Schijndel en Van Veen), zaken C-430-93 en C-431/93, Jur.1995, p. I-4705, en TVVS 1996-I, p. 26, m.nt. M.R.M.; HvJ EU 7 juni 2007 (Van der Weerd) zaken nrs. C-222/05-225/05, AB 2007, 228 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en HvJ EU 25 november 2008 (Schaap/Heemskerk) zaak nr. C455/06, AB 2009, 14 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

⁹⁴³ Scheltema 1978, p. 267; Punt 1974, p. 300-302.

⁹⁴⁴ Populier 1997, p. 175.

⁹⁴⁵ Schlössels 2012, onder 2.5.

⁹⁴⁶ Schlössels 2004, p. 28; Scheltema 1989 p. 11 e.v.

⁹⁴⁷ Scheltema 1989, p. 16; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 304.

⁹⁴⁸ Konijnenbelt 1975, p. 61-62.

⁹⁴⁹ Oldenziel 2000, p. 14-24 onderscheidt er negen.

⁹⁵⁰ Van Meegeen 2001, p.19.

lijkheid van de wet, het bieden van rechtsbescherming, voorspelbaarheid van overheidshandelen en het tijdig beslissen.⁹⁵¹ Met een zekere mate van bestendigheid van het recht dient te worden voorkomen dat rechtsverhoudingen, die door rechtsregels worden geregeld, aan voortdurende wijzigingen komen bloot te staan.⁹⁵² Hiermee hangt de voorspelbaarheid van de rechtspositie als aspect van rechtszekerheid samen. Een grote mate van veranderlijkheid van het recht verzwakt immers de mogelijkheid van de burger om de rechtsgevolgen van zijn handelen of nalaten te kunnen beoordelen.⁹⁵³ Dat rechtszekerheid een bepaalde mate van bestendigheid vereist, heeft ook gevolgen voor het (mogen) wijzigen van een rechtspositie. Wijzigingen ten nadele van een rechtspositie voor de toekomst betekenen een aantasting van de rechtszekerheid. In een versterkte mate geldt dit voor nadelige wijzigingen van de rechtspositie met terugwerkende kracht.⁹⁵⁴ Het moeten honoreren door de overheid van bij burger opgewekt verwachtingen is evenzeer een aspect van rechtszekerheid.⁹⁵⁵ Is door een overheidsorgaan bij een burger de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat het op een bepaalde wijze zal handelen, dan mag het aldus gewekte vertrouwen niet worden beschaamd en dient de verwachting gestand te worden gedaan.⁹⁵⁶ Ook het verschaffen van duidelijkheid over de rechtspositie is een aspect van rechtszekerheid. Wetgeving kan aan die duidelijkheid een belangwekkende bijdrage leveren; door raadpleging van wetgeving wordt de rechtspositie kenbaar.⁹⁵⁷ Duidelijkheid hangt met kenbaarheid samen. Naarmate wetgeving meer heldere, duidelijke en gedetailleerde regels over de rechtspositie bevat, neemt de zekerheid daarover toe. Het legaliteitsvereiste kan derhalve worden beschouwd als een waarborg voor het verschaffen van deze duidelijkheid en een grotere kenbaarheid van de rechtspositie. Het legaliteitsvereiste is dienstbaar aan rechtszekerheid en wordt om die reden ook wel gezien als een middel om (het doel van) rechtszekerheid te bereiken.⁹⁵⁸ Tegelijkertijd moet hierbij worden opgemerkt, dat bestuursrechtelijke wetgeving in de loop van de afgelopen decennia in toenemende mate aan deze duidelijkheid is komen te ontbreken. Wetgeving in formele zin scheidt vaak min of meer vrije bestuursbevoegdheden, waardoor raad-

⁹⁵¹ Oldenziel 2000, p. 14-24; Addink 1999, p. 119-124 onderscheidt er drie: de eis van wetmatigheid, het verbod van terugwerkende kracht en de eis van duidelijkheid.

⁹⁵² Oldenziel 2000, p. 15.

⁹⁵³ Drion 1981, p. 3.

⁹⁵⁴ Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 305-311. Het verbod van terugwerkende kracht kan ook worden beschouwd als een verbod van inbreuk op gerechtvaardigde verwachtingen, I.C. van der Vlies 1984, p. 208.

⁹⁵⁵ Van Kreveld 1990, p. 194-195 stelt dat uit het rechtszekerheidsbeginsel twee eisen kunnen worden afgeleid, te weten de eis dat de wet de betrokkenen voldoende duidelijkheid verschaft omtrent hun rechtspositie en de eis dat de wetgever gerechtvaardigd vertrouwen zo enigszins mogelijk beschermt.

⁹⁵⁶ Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 311.

⁹⁵⁷ Oldenziel 2000, p. 27. Volgens Oldenziel gaat het om, vanuit het perspectief van de wet bezien, de mate van duidelijkheid die de wet een rechtssubject op een bepaald moment over de rechten en plichten van een burger biedt; Zie ook Van Kreveld 1990, p. 194-195.

⁹⁵⁸ Oldenziel 2000, p. 43.

pleging van wetgeving geen duidelijkheid biedt over rechtsposities. In het bestuursrecht wordt abstracte, algemene normstelling nu juist vaak gebruikt om te kunnen inspelen op veranderende omstandigheden. Wetgeving dient volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in ieder geval zodanig te zijn, dat zij een redelijke mate van duidelijkheid over de reikwijdte en de wijze van toepassing van de desbetreffende discretionaire bevoegdheid geeft.⁹⁵⁹

In het verlengde van de eisen voor de wetgever geldt ook voor bestuursorganen dat zij actief dienen te zijn in het bevorderen van rechtszekerheid. Op bestuursorganen rust een zorgplicht met betrekking tot een aantal formele eisen die aan het nemen van besluiten zijn verbonden. Deze komen er op neer dat 'de formulering en kennisgeving van een besluit zodanig is dat degenen, wier rechtspositie in het geding is, redelijkerwijze kunnen vaststellen door welk bestuursorgaan, welke bevoegdheid is uitgeoefend, en op welke rechtsgevolgen het besluit is gericht'.⁹⁶⁰ In dit verband wordt van het formele rechtszekerheidsbeginsel als algemene beginsel van behoorlijk bestuur gesproken.⁹⁶¹ Een besluit dient derhalve duidelijk te zijn, zodat de rechtspositie van degene die een besluit aangaat, daaruit duidelijk is af te leiden. Voorts dienen besluiten te worden bekendgemaakt, niet alleen als voorwaarde voor de inwerkingtreding, maar ook opdat de (kring van) belanghebbenden van de in het besluit vastgestelde rechtspositie(s) op de hoogte zijn en voor hen derhalve deze rechtspositie(s) kenbaar is (zijn).

Voorspelbaarheid van overheidshandelen als aspect van rechtszekerheid houdt in dat de rechtspositie van de burger niet door de overheid op een onverwachte en een onvoorspelbare wijze mag worden aangetast. Het overheidsoptreden dient voor de burger berekenbaar te zijn.⁹⁶² De burger moet in staat zijn om de rechtsgevolgen van zijn handelen of nalaten te beoordelen.⁹⁶³ Voorspelbaarheid van en duidelijkheid over de rechtspositie die regelgeving en besluiten dienen te verschaffen, hangen sterk met elkaar samen. Duidelijkheid voor de burger over zijn rechtspositie draagt bij aan de voorspelbaarheid van het overheidshandelen. Regelgeving kan bijdragen aan voorspelbaarheid van overheidsoptreden.

Zeker de laatste jaren en ook in toenemende mate, wordt het tijdig nemen van beslissingen door overheidsorganen van belang geacht.⁹⁶⁴ Het tijdig nemen van beslissingen bevordert de rechtszekerheid: rechtszekerheid eist dat beslissingen door de overheid tijdig moeten worden genomen, zodat de burger in zijn onderlinge verhouding met de overheid niet pas op de hoogte wordt gebracht over zijn rechtspositie ten opzichte van de overheid en anderen op een tijdstip waarop hij niet meer adequaat kan handelen.⁹⁶⁵ Binnen het bestuursrecht

⁹⁵⁹ Hillegers 2004, p. 179.

⁹⁶⁰ Nicolai 2009, p. 46.

⁹⁶¹ Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2011, p. 300.

⁹⁶² Oldenzel 1998, p. 19.

⁹⁶³ Drion 1981, p. 13.

⁹⁶⁴ Evaluatie Awb I 1996, p. 62-64; TK 2000-2001, nr. 1, p. 12-13.

⁹⁶⁵ Oldenzel 1998, p. 17; Scheltema 1996, p. 241.

is tijdigheid niet alleen van belang voor het beslechten van bestuursorganen⁹⁶⁶, maar ook voor het uitspreken van de bestuursrechter betreft.⁹⁶⁷

Niet in de laatste plaats eist rechtszekerheid dat toepassing wordt gegeven aan het geldende objectieve recht. Het niet of het onjuist toepassen van objectief recht betekent een aantasting van de zekerheid over rechtsposities, die met regelgeving wordt verschaft.⁹⁶⁸ Nog afgezien van de rechtsplicht van bestuursorganen om in overeenstemming met regelgeving te handelen, is rechtszekerheid in de bestuurlijke besluitvormingsfase ermee gediend wanneer bestuursorgaan besluiten nemen die in overeenstemming zijn met het geldende recht. Hierboven is reeds op verscheidene plaatsen gememoreerd, dat het hier gaat om een uit het legaliteitsbeginsel af te leiden rechtsplicht van het bestuur om besluiten te nemen conform het objectieve recht, in het bijzonder wettelijke voorschriften. Het is deze dimensie van rechtszekerheid – de correcte naleving van het objectieve recht – die geldt als waarborg dat een belanghebbende inderdaad krijgt waarop hij ook aanspraak mag maken dan wel hij gedwongen wordt waartoe hij ook gehouden is. Niet alleen de rechtszekerheid van directbelanghebbenden wordt aldus verzekerd, maar ook die van derden. In aanvulling op rechtszekerheid die samenhangt met de juiste naleving van het objectieve recht, wordt het bieden van rechtsbescherming door een onafhankelijke en onpartijdige rechter ook wel beschouwd als een aspect van rechtszekerheid. Rechtsbescherming geldt dan als waarborg dat de overheid zich ook daadwerkelijk aan het geldende recht houdt.⁹⁶⁹

Het geven van toepassing aan het geldende objectieve recht kan onder omstandigheden strijden met andere aspecten van rechtszekerheid.⁹⁷⁰ Dit geldt in het bijzonder voor het materiële rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel beoogt de burger in de bestuurlijke besluitvormingsfase bescherming te bieden tegen een verslechtering van een reeds (bij besluit) toegekende rechtspositie, terwijl het vertrouwensbeginsel tot doel heeft een burger (onder voorwaarden) in aanmerking te brengen voor een toegezegde rechtspositie, soms zelfs indien dat strijdig is met geschreven objectief recht. De vraag is dan onder welke omstandigheden een besluit nog mag worden gewijzigd, teneinde dat besluit in overeenstemming te laten zijn met het geldende objectieve recht respectievelijk onder welke omstandigheden opgewekt vertrouwen geen gestand behoort te worden gedaan wegens strijdigheid met het geldende objectieve recht. Deze vraagstukken zijn zinvol voor een goed

⁹⁶⁶ Hetgeen ook blijkt uit de dwangsomregeling die is opgenomen in afdeling 4.1.3. Awb Met deze dwangsomregeling is beoogd trage besluitvorming door bestuursorganen te voorkomen door het bestuur te sanctioneren bij het niet naleven van wettelijke beslistermijnen, Kamerstukken II 2004/2005, 29934, nr. 3, p. 1.

⁹⁶⁷ Jansen 2000; Schreuder-Vlasblom 2009.

⁹⁶⁸ Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 305 scharen deze dimensie onder het materiële rechtszekerheidsbeginsel.

⁹⁶⁹ Scheltema 1989, p. 17; Oldenziel 1998, p. 20.

⁹⁷⁰ De Graaf en Marseille 2005, p. 313; De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 137.

begrip van rechtszekerheid in relatie tot het vraagstuk van ambtshalve toetsing. Immers, ambtshalve toetsing draagt enerzijds bij aan de juiste toepassing van het geldende objectieve materiële bestuursrecht en bevordert aldus de rechtszekerheid die gepaard gaat met de juiste naleving van het recht. Anderzijds, en dat is de benadering die al in de literatuur van voor de inwerkingtreding van de Awb is terug te vinden, kan ambtshalve toetsing leiden tot een inbreuk op de materiële rechtszekerheid, indien een besluit waarin een materiële rechtspositie is vastgesteld door de rechter op een ambtshalve bijgebrachte grond wordt vernietigd.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of en zo ja in hoeverre rechtszekerheid, die terug is te voeren op het materiële rechtszekerheidsbeginsel en/of vertrouwensbeginsel, het huidige verbod van ambtshalve toetsing rechtvaardigt. In hoofdstuk 7 zal dit, voor zover relevant voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing, voor een aantal andere aspecten van rechtszekerheid worden onderzocht.

6.3. Objectief rechtmatige besluiten versus materiële rechtszekerheid en vertrouwen

6.3.1. De ratio van het materiële rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel

Als een bestuursorgaan een besluit neemt, dan kan naderhand blijken dat het genomen besluit onjuist is. Het genomen besluit kan onrechtmatig blijken te zijn door onjuiste of onvolledige toepassing van regelgeving of (de daarmee samenhangende) onjuiste vaststelling van relevante feiten. Ook kan een besluit achterhaald blijken vanwege gewijzigde beleidsinzichten en/of omstandigheden. Zeker voor de twee eerstgenoemde gevallen geldt steeds dat de redenen voor de onjuistheid van het genomen besluit gelegen zijn in het mogelijk van meet af aan niet in overeenstemming zijn van een besluit met het geldende materiële bestuursrecht. In het laatstgenoemde geval is geen sprake van onrechtmatigheid, maar is de aanleiding een genomen besluit niet langer voor juist te houden beleidsmatig van aard.⁹⁷¹ Dit laatstbedoelde geval blijft hieronder verder buiten beschouwing, omdat het doel van deze paragraaf is om na te gaan of en zo ja onder welke voorwaarden het geoorloofd is besluiten, die niet in overeenstemming blijken te zijn met het objectieve materiële bestuursrecht, ongedaan te maken. Op deze situatie ziet het materiële rechtszekerheidsbeginsel. Het gaat daarbij om de bescherming van een door middel van een besluit vastgestelde rechtspositie of een aan dat besluit te ontleen eerbiediging van een bepaald belang. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel biedt specifiek bescherming tegen intrekking of wijziging van een genomen besluit, waarin een bepaalde rechts- en belangenpositie (niet) is vastgesteld en waarvoor geldt dat daaraan de verwachting wordt ontleend dat die rechts- en belangenpositie correct en in

⁹⁷¹ Intrekking of wijziging is in beginsel toegestaan, maar de beleidswijziging moet tijdig worden aangekondigd, terwijl er voorts reden kan zijn voor het treffen van overgangsmaatregelen of het aanbieden van financiële compensatie. Zie CRvB 2 april 2004, TAR 2004, 93 m.nt. Kluwer.

overeenstemming is met het objectieve materiële bestuursrecht. Het vertrouwensbeginsel geldt specifiek voor situaties waarin op de een of andere wijze – anders dan door het nemen van besluiten – door of namens een bestuursorgaan de gerechtvaardigde verwachting is gewekt dat een besluit met een bepaalde inhoud zal worden genomen.⁹⁷²

Hoewel het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel in hierbovenbedoelde zin van elkaar (kunnen) worden onderscheiden, hebben zij als gemeenschappelijke ratio dat het bestuur niet zonder een gerechtvaardigde reden inbreuk mag maken op verwachtingen die belanghebbenden ten opzichte van het bestuur redelijkerwijs over een rechts- of belangenpositie mochten koesteren.⁹⁷³ Beide beginselen behoren in die zin tot dezelfde zijde van de medaille, omdat zij zien op het nakomen van (door bestuursorganen) gewekte verwachtingen omtrent de vaststelling van een bepaalde rechts- of belangenpositie. Deze verwachtingen kunnen door een reeds genomen besluit, waarmee een bepaalde rechtspositie is vastgesteld⁹⁷⁴, maar ook anderszins, bijvoorbeeld door een schriftelijke of mondelinge mededeling dat een bepaald besluit (niet) zal worden genomen, zijn gewekt. Wanneer naderhand blijkt dat een genomen of een toegezegd besluit in strijd is respectievelijk komt met het objectieve materiële bestuursrecht, dan kunnen het materiële rechtszekerheidsbeginsel dan wel het vertrouwensbeginsel zich verzetten tegen het ongedaanmaken respectievelijk het voorkomen van deze strijdigheid met het objectieve materiële bestuursrecht.

Onder omstandigheden strijden het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel met het legaliteitsbeginsel om voorrang. Het honoreren van een beroep op het materiële rechtszekerheidsbeginsel brengt mee dat de individuele rechtszekerheid van een belanghebbende voorrang krijgt boven de uit het legaliteitsbeginsel voor bestuursorganen voortvloeiende rechtsplicht tot correcte naleving c.q. juiste toepassing van het (overige)⁹⁷⁵ objectieve materiële bestuursrecht. Ook het honoreren van een beroep op het vertrouwensbeginsel kan onder omstandigheden leiden tot strijd met het legaliteitsbeginsel. Geconstateerd moet worden, dat een botsing tussen het materiële rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel met het legaliteitsbeginsel tevens een conflict is tussen verschillende betekenissen van rechtszekerheid, namelijk enerzijds rechtszekerheid die wordt

⁹⁷² Addink 1999, p. 137; De Haan, Drupsteen, Fernhout 2001, p. 137-138.

⁹⁷³ Gerritzen-Rode en Van der Vlies 1994, p. 99.

⁹⁷⁴ Scheltema 1975, p. 20 maakt onder anderen tussen beschikkingen die voor een eenmalige situatie worden gegeven en daarna zijn uitgewerkt en duurbeschikkingen. Nicolaï maakt onderscheid tussen 7 soorten van vertrouwenwekkende handelingen, waarvan de beschikking het meeste gewicht in de schaal legt. Nicolaï 1990, p. 364-366. Zie voorts Damen 2005, p. 441-442, waarin een glijdende schaal van handelingen is opgenomen, waarmee de kracht van de gewekte verwachtingen is uitgedrukt. Aflopende en eenmalige beschikkingen en duurbeschikkingen vormen, samen met de overeenkomst die is gesloten over de aanwending van een bestuursbevoegdheid, de meest krachtige wijzen waarmee verwachtingen kunnen worden gewekt.

⁹⁷⁵ Het materiële rechtszekerheidsbeginsel behoort immers ook tot het objectieve materiële bestuursrecht, evenals het vertrouwensbeginsel.

geboden door een juiste en correcte naleving van regelgeving⁹⁷⁶ en anderzijds de rechtszekerheid die een belanghebbende mag ontleen aan in een concreet geval door het bestuur gewekte verwachting.

Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter beoogt naleving te bewerkstelligen van de juiste toepassing van het objectieve bestuursrecht door bestuursorganen. Ambtshalve toetsing levert aldus een bijdrage aan de rechtmatigheid van het bestuurlijke optreden (door middel van besluiten) en staat derhalve ten dienste van het legaliteitsbeginsel en waarborgt op die wijze de rechtszekerheid. Daar waarin volgens de Awb-wetsgeschiedenis en de aangehaalde rechtspraak rechtszekerheid van betrokkenen bij een besluit geacht wordt in de weg te staan aan ambtshalve toetsing, kan derhalve niet zijn bedoeld op deze betekenis van rechtszekerheid, maar wel op die welke ziet op de bescherming van een bij een besluit vastgestelde dan wel anderszins toegezegde materiële rechts- of belangenpositie. Hieronder wordt onderzocht in hoeverre en in welke gevallen ambtshalve toetsing inbreuk maakt op de rechtszekerheid van betrokkenen bij in een in beroep bestreden besluit, voor zover deze rechtszekerheid is te herleiden naar het materiële rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Alvorens daartoe over te gaan, wordt eerst preciezer nagegaan of en zo ja onder welke omstandigheden een beroep op deze beginselen door bestuursorganen dient te worden gehonoreerd indien dat leidt tot strijd met het (overige) objectieve materiële recht.

6.3.2. Materiële rechtszekerheid versus het vereiste van objectief rechtmatige besluiten

De vraag kan zich voordoen of een eenmaal door een bestuursorgaan genomen besluit geheel of gedeeltelijk mag worden gewijzigd, ten voordele of ten nadele van direct- en/of derdebelanghebbenden. In dit verband wordt wel onderscheid gemaakt tussen 'terugnemen' en opzeggen'.⁹⁷⁷ Van terugnemen is sprake indien een genomen besluit wordt gewijzigd naar een moment in het verleden, derhalve met terugwerkende kracht. Van opzegging wordt gesproken ingeval de wijzigingsdatum is gelegen in de toekomst. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel beoogt in het bijzonder reeds verkregen rechten te eerbiedigen.⁹⁷⁸ Vanuit het oogpunt van materiële rechtszekerheid is opzeggen minder bezwaarlijk dan terugnemen. Voor zover de (gedeeltelijke) wijziging van besluiten strekt ten voordele van een direct-belanghebbende, zoals het besluit tot intrekking of wijziging van een belastend besluit, waarin een plicht is opgelegd, wordt dit vanuit het oogpunt van materiële rechtszekerheid geacht niet op bezwaren te stuiten.⁹⁷⁹ Er is dan immers geen sprake van een verslechtering, maar een verbetering van

⁹⁷⁶ Daaruit kan immers worden afgeleid hoe men behandeld zal worden, vgl. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 353.

⁹⁷⁷ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 310-311.

⁹⁷⁸ Nicolai 2009, p. 46.

⁹⁷⁹ Donner 1987, p. 116-117.

de rechtspositie en daar is in het algemeen gesproken niemand op tegen.⁹⁸⁰ Tegelijkertijd moet hierbij worden aangetekend, dat een gehele of gedeeltelijke intrekking van een belastend besluit weliswaar de rechtspositie van de een kan verbeteren, maar juist nadelig kan uitvallen voor een ander, wiens belangen rechtstreeks bij het (ten dele) ingetrokken besluit zijn betrokken. Voor de laatstgenoemde is het intrekkingbesluit belastend, indien diens rechtspositie daardoor verslechtert. Het intrekkingbesluit kan derhalve een inbreuk meebrengen op de rechtszekerheid van de derdebelanghebbende. Zo kan de intrekking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom jegens de overtreder als gunstig ('begunstigend') worden aangemerkt, omdat een hem opgelegde plicht tot beëindiging van een (vermeende) overtreding ongedaan wordt gemaakt, maar voor een omwonende (derde), die stelt overlast te hebben (gehad) door deze overtreding, juist als niet-gunstig ('niet-begunstigend'). De (gedeeltelijke) intrekking van een begunstigend besluit, zoals het besluit tot toekenning van een uitkering, subsidie, vergunning of ontheffing aan de aanvrager, is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid problematisch, omdat een voor hem gunstige rechtspositie (gedeeltelijk) ongedaan wordt gemaakt.

De (gedeeltelijke) intrekking van een besluit kan ambtshalve of op verzoek geschieden. Is het besluit nog niet rechtens onaantastbaar, dan dient een verzoek tot intrekking te worden aangemerkt als een bezwaar- of beroepschrift tegen dat besluit.⁹⁸¹ Is een besluit wel rechtens onaantastbaar, dan geldt een verzoek tot intrekking of wijziging van een besluit als een verzoek om terug te komen van dat besluit. Behalve naar aanleiding van een verzoek daartoe is ook denkbaar, dat een bestuursorgaan er zelf is achtergekomen dat het een onjuist besluit heeft genomen en daarom (gedeeltelijke) intrekking van het besluit overweegt. Mag een bestuursorgaan tot (gedeeltelijke) intrekking van een besluit overgaan en zo ja onder welke voorwaarden?

Voor het antwoord op deze vraag is het in de eerste plaats van belang na te gaan of de wetgever zelf heeft voorzien in een regeling. Vooropgesteld kan worden dat van een algemene wettelijke regeling die de bevoegdheid tot intrekking of wijziging van genomen besluiten regelt, geen sprake is. Wel kennen enkele bijzondere wetten een regeling voor intrekking. Deze lopen uiteen wat betreft het antwoord op de vraag of het een bevoegdheid of plicht betreft en de voorwaarden waaronder daarvan gebruik moet of mag worden gemaakt. Wettelijke rege-

⁹⁸⁰ Hoewel Oldenziel 1998 op p. 24 stelt dat vanuit andere dimensies van het rechtszekerheidsbeginsel, zoals het verschaffen van duidelijkheid over de rechtspositie en het toepassen van de wet, hiertegen wel theoretische bezwaren in te brengen zijn.

⁹⁸¹ Door sommige auteurs wordt wel onderscheid gemaakt tussen het onherroepelijk zijn van een besluit en de onaantastbaarheid daarvan. Van onherroepelijkheid is sprake als geen rechtsmiddel meer kan worden ingesteld; de bezwaar- of beroepstermijnen zijn verlopen of in hoogste instantie is geoordeeld. Daarmee heeft het besluit formele rechtskracht, maar is het nog niet onaantastbaar, omdat een zodanig besluit onder omstandigheden kan worden ingetrokken. Michiels 2009, p. 59.

lingen, die een bestuurlijke rechtsplicht tot (gedeeltelijke) intrekking kennen en waarvan gebruik móet worden gemaakt, komen voor in het socialezekerheidsrecht.⁹⁸² Daarnaast zijn er ook wettelijke regelingen, waarin een bevoegdheid tot intrekking of wijziging is opgenomen, die alleen onder bepaalde, in die regeling opgenomen voorwaarden mag worden aangewend.⁹⁸³ De intrekking- of wijzigingsgronden in die wettelijke regelingen variëren. Zij kunnen zien op nieuwe feiten die zich na het nemen van besluiten hebben voorgedaan, wijziging van wettelijke voorschriften, van beleid of in (technische) omstandigheden, de (kennelijke en kenbare) onjuistheid van besluiten of het verwijtbare gedrag van de geadresseerde van het besluit.⁹⁸⁴ Behalve specifieke, in wetgeving opgenomen intrekking- of wijzigingsgronden, worden ook buitenwettelijke intrekking- of wijzigingsgronden aanvaard.⁹⁸⁵ Ten slotte wordt, gelet op de literatuur⁹⁸⁶ en de rechtspraak⁹⁸⁷, de bevoegdheid tot het intrekken van besluiten ook aangenomen, indien een wettelijke intrekking- of wijzigingsbevoegdheid geheel ontbreekt. De bevoegdheid daartoe wordt dan geacht op grond van het ongeschreven bestuursrecht, besloten liggend in de bevoegdheid tot toekenning, toch aanwezig te zijn.⁹⁸⁸

Indien een bestuursorgaan overweegt om een naderhand gebleken onrechtmatig besluit in te trekken of te wijzigen en die intrekking- of wijzigingsbevoegdheid is wettelijk geregeld, dan wordt de speelruimte om een dergelijk besluit te ne-

⁹⁸² Bijvoorbeeld art. 22a, eerste lid onder b Werkloosheidswet waarin is bepaald dat het UWV een uitkering herzielt of intrekt indien (anderszins) de uitkering ten onrechte of tot een te hoog bedrag is verleend. Art. 76 lid 1 onder c Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) is identiek. Beide bepalingen leggen het UWV een plicht op tot herziening en intrekking, ongeacht de oorzaak daarvan. Ook art. 54 Wet Werk en Bijstand kent deze bepaling, maar voor het college van burgemeester en wethouders geldt geen plicht tot herziening of intrekking; er is sprake van een bevoegdheid. Voorheen was gedurende enige tijd wel sprake van een plicht.

⁹⁸³ Ook dergelijke regelingen komen voor in de in de vorige voetnoot genoemde wettelijke regelingen. Gewezen kan worden op art. 22a, lid 1 onder a en c WW, waarin specifieke gronden zijn opgenomen voor intrekking of herziening van de uitkering. Vgl. ook art. 76 lid 1 WIA. Ook buiten het socialezekerheidsrecht komen dergelijke intrekkingbepalingen voor. Genoemd kunnen worden: art. 19 jo art. 18 Vreemdelingenwet 2000, artt. 33 en 33a Wabo, art. 80 Flora – en Faunawet, art. 12 Wet arbeid vreemdelingen (WAV) en art. 4:48 tot en met 4:51 Awb. Slechts in een enkel geval betreft het hier een plicht (art. 33 lid 1 Wabo).

⁹⁸⁴ De Graaf en & Marseille 2005, p. 309

⁹⁸⁵ Soms worden uitzonderingen aanvaard indien de wijziging of intrekking ten nadele in het algemeen belang dringend noodzakelijk is en geen sprake is van een uitdrukkelijke limitatieve opsomming van intrekkinggronden, aldus Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 397. Ook worden ten aanzien van gebonden intrekkingregelingen wel buitenwettelijke intrekkinggronden aanvaard, vgl. ABRvS 30 december 1999, AB 2000, 47 m.nt. MSV; Vz. CBb 20 juli 1989, AB 1990, 88 m.nt. Ph. Eijlander.

⁹⁸⁶ Marseille 2006, p. 163; Ten Berge en Michiels 2001, p. 53.

⁹⁸⁷ ABRvS 11 januari 2006, JB 2006, 54; ABRvS 12 december 2002, AB 2003, 323 m.nt. Marseille, JB 2002, 27 m.nt. Albers.

⁹⁸⁸ CBb 29 september 2009, AB 2009, 395. Er wordt gesproken van een geïmpliceerde bevoegdheid, Den Ouden 2010, p. 696-698.

men in de eerste plaats bepaald door die wettelijke regeling. Van enige beleidsruimte is geen sprake, indien – zoals in socialezekerheidsregelgeving het geval kan zijn – een bestuursorgaan de wettelijke plicht heeft om tot intrekking of wijziging van een besluit over te gaan. Over deze rechtsplicht tot intrekking of wijziging kan worden gezegd, dat de wetgever het streven naar rechtmatigheid (wetmatigheid) van bestuur heeft (willen) laten prevaleren boven de individuele (materiële) rechtszekerheid van betrokkenen, die naderhand met een intrekking of wijziging van een eerder bij besluit vastgestelde rechtspositie worden geconfronteerd. De wetgever heeft derhalve aan de rechtsplicht van bestuursorganen tot het nemen van juridisch correcte besluiten in absolute zin voorrang gegeven.⁹⁸⁹

Daar waar van een wettelijke plicht geen sprake is, maar van een min of meer vrije bevoegdheid van bestuursorganen om te besluiten tot intrekking of wijziging, dienen bestuursorganen een afweging te maken tussen de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende rechtsplicht tot het nemen van rechtmatige besluiten en de uit het materiële rechtszekerheidsbeginsel voortvloeiende bescherming van de (individuele) rechtspositie van een belanghebbende. In dit verband zijn de volgende rechtsoverwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak met betrekking tot de intrekking van begunstigende besluiten illustratief:

‘Er kan immers geen twijfel over bestaan dat aan een bestuursorgaan ook zonder specifieke wettelijke grondslag ambtshalve de bevoegdheid toekomt een eerder genomen besluit weer in te trekken, mits daarbij geschreven en ongeschreven algemene rechtsbeginselen en overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen, en ook overigens de wettelijke voorschriften worden nageleefd.’⁹⁹⁰

en

‘De omstandigheid dat een besluit tot een verstrekking van een subsidie in rechte onaantastbaar is, staat los van de bevoegdheid van het betrokken bestuursorgaan die beschikking weer in te trekken op nadien opgekomen of gebleken gronden (...).’

alsmede

‘(...) dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. De toelaatbaarheid

⁹⁸⁹ De Graaf en Marseille 2005, p. 312 en p. 314, alwaar zij constateren dat bestuursorganen steeds vaker een wettelijke plicht wordt opgelegd tot het intrekken van onjuiste besluiten. Deze beperkt zich niet tot duurbesluiten, zoals uitkeringen, maar hebben ook betrekking op incidentele besluiten, zoals vergunningen.

⁹⁹⁰ ABRvS 20 juli 1994, AB 1994, 637.

daarvan werd en wordt begrensd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel.⁹⁹¹

Behalve vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel⁹⁹² en het motiveringsbeginsel dient de toelaatbaarheid van de intrekking van (begunstigende) besluiten vooral vanuit een oogpunt van het (materiële) rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een evenredige belangenafweging beoordeeld te worden.⁹⁹³ Het beginsel om de wet juist toe te passen en het rechtszekerheidsbeginsel strijden daarbij om de voorrang, waarbij het laten prevaleren van het ene beginsel ten koste gaat van het andere.⁹⁹⁴ Tot welke uitkomsten leidt deze afweging in de rechtspraak?

Het materiële rechtszekerheidsbeginsel biedt bescherming tegen de (gedeeltelijke) intrekking van begunstigende besluiten. Is een besluit genomen, waarin een zekere rechtspositie is vastgesteld, dan geldt als uitgangspunt dat dit besluit niet mag worden ingetrokken, indien die intrekking of wijziging nadelig uitvalt voor een betrokkene.⁹⁹⁵ De bescherming van de individuele rechtspositie die het materiële rechtszekerheidsbeginsel biedt heeft dan in beginsel voorrang op de rechtsplicht van bestuursorganen tot het nemen van wetmatige besluiten. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel gaat echter niet altijd voor. Indien sprake is van een verwijtbare gedraging van de zijde van belanghebbende die heeft geleid tot het nemen van een begunstigend besluit, dan staat weinig aan intrekking van dat besluit in de weg.⁹⁹⁶ Voor eerbiediging van een door een – achteraf onrechtmatig gebleken – besluit vastgestelde rechtspositie behoeft geen plaats te zijn, als dat besluit tot stand is gekomen door het aanleveren van onjuiste of onvolledige gegevens door de betrokkene, zeker als dat opzettelijk is geschied. Er zijn verscheidene wettelijke regelingen waaruit volgt dat een dergelijke verwijtbaarheid – vooral ten aanzien van de verstrekking van onjuiste of onvolledige gegevens – aanleiding kan vormen voor de intrekking van (begunstigende) besluiten.⁹⁹⁷ Ook waar een wettelijke regeling niet voorziet in een zodanige intrekkinggrond, is bedoelde verwijtbaarheid van betekenis voor de toelaatbaarheid van de intrekking van een begunstigend besluit, blijkens rechtspraak en litera-

⁹⁹¹ ABRvS 11 januari 2006, JB 2006, 54.

⁹⁹² Zie bijvoorbeeld ARRS 6 november 1987, AB 1988, 573; CRvB 10 mei 1989, AB 1989, 377.

⁹⁹³ De Graaf en Marseille 2005, p. 305-324.

⁹⁹⁴ Nicolai 1990, p. 440-441; Damen 2005, p. 456.

⁹⁹⁵ In die zin reeds CRvB 15 mei 1948, AB 1948, 545 en CRvB 23 januari 1969, RSV 1969, 60.

⁹⁹⁶ Dieperink 2003, p. 57-59; Nicolai 2009, p. 46.

⁹⁹⁷ Als voorbeeld kan dienen art. 59 Woningwet (oud), waarin het opgave doen van onjuiste of onvolledige gegevens als één van de vijf intrekkinggronden was opgenomen. Voorts kan worden gewezen op art. 18, eerste lid aanhef en onder c Vw 2000 (verstrekking van onjuiste gegevens of het achterhouden van gegevens is een grond voor intrekking van de verblijfsvergunning).

tuur.⁹⁹⁸ Ook wordt het geoorloofd geacht om een rechtens onjuiste situatie te beëindigen met onmiddellijke ingang, of zelfs met terugwerkende kracht, indien de belanghebbende de fout moest kennen⁹⁹⁹ of heeft gekend. Schending van rechtszekerheid wordt dan geacht afwezig te zijn, omdat de belanghebbende aan het genomen besluit niet het vertrouwen mocht ontnemen dat de betreffende rechtspositie in stand zou blijven.¹⁰⁰⁰ De reden voor intrekking wordt in deze omstandigheden ook wel gezocht in het onrechtmatige gedrag van betrokkene.¹⁰⁰¹

Wat is rechtens, indien de oorzaak van de onrechtmatigheid van het besluit niet is gelegen in verwijtbaar, onrechtmatig handelen van een belanghebbende, maar in een (administratieve) fout van het bestuursorgaan? Hierboven bleek al dat uit een aantal sociale zekerheidswetten volgt dat een bestuursorgaan ook in die gevallen over dient te gaan tot herziening van die onjuiste besluiten. Er geldt een rechtsplicht tot herziening, ongeacht de oorzaak van de onjuistheid van het besluit. Veel wetten kennen een dergelijke rechtsplicht evenwel niet. De Hoge Raad heeft reeds in het arrest 'Parochiehuis Woerden' geoordeeld, dat een vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat een verleende vergunning overeenkomstig de desbetreffende voorschriften is verstrekt en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken, tenzij dat 'een ook voor de vergunninghouder zo onmiskenbare wetschennis oplevert, dat hij had moeten begrijpen dat het betreffende overheidsorgaan hem deze niet had mogen verlenen.'¹⁰⁰² Met andere woorden: (zeker) als een belanghebbende zich niet van de onrechtmatigheid van het besluit bewust was noch dat behoorde te zijn en hem dienaangaande ook niets te verwijten valt, verzet het materiële rechtszekerheidsbeginsel zich in beginsel tegen intrekking of wijziging van een begunstigend besluit, zeker wanneer dat met terugwerkende kracht gebeurt.¹⁰⁰³ Uit rechtspraak

⁹⁹⁸ In deze zin reeds CRvB 23 januari 1969, RSV 1960, 60, waarin de Raad overwoog, dat de ontoelaatbaarheid van het rechtens terugkomen van een besluit ten nadele van betrokkene uitzondering leidt, indien 'het uitvoeringsorgaan tot het nemen van een beslissing is gekomen als gevolg van het door een belanghebbende verstrekken van inlichtingen en of het geven van een voorstelling van zaken, waarvan die belanghebbende de onjuistheid heeft kunnen beseffen dan wel heeft kunnen inzien dat deze in de gegeven omstandigheden misleidend was'. In gelijke zin CBb 20 juli 1989, AB 1990, 88. Voorts Ten Berge en Michiels 2001, p. 355 en Michiels 2009, p. 59-60.

⁹⁹⁹ Waarvan sprake is naarmate de kloof tussen hetgeen volgens de wettelijke regeling was te verwachten en hetgeen is toegekend groter is, Verheij 1997, p. 70. Konijnenbelt 1975, p. 79 stelt dat in geval de fout ligt bij de begunstigde, een beschikking eerder terugneembaar is, tenzij de fout door het bestuursorgaan licht te onderkennen viel.

¹⁰⁰⁰ Gerritzen-Rode en Van der Vlies 1994, p. 99. Zie voor intrekking van een subsidiebesluit art. 4:48 lid 1 onder d Awb: zolang de subsidie niet is vastgesteld kan de subsidieverlening worden ingetrokken als de subsidieontvanger wist of behoorde te weten dat de subsidieverlening onjuist was.

¹⁰⁰¹ Michiels 2009, p. 59-60.

¹⁰⁰² HR 28 februari 1975, AB 1975, 128 m.nt. J.R. Stellinga.

¹⁰⁰³ Donner 1974, p. 266; Scheltema 1975, p. 20-21; Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 401.

(van de Centrale Raad van Beroep) is af te leiden, dat een nadelige wijziging van de rechtspositie onder omstandigheden (wel) mogelijk is, met ingang van een in de toekomst liggend tijdstip.¹⁰⁰⁴ Was een belanghebbende zich daarentegen wel bewust van de onjuistheid van een besluit of behoorde hij van die onjuistheid te weten, dan wordt aangenomen dat hij geen gerechtvaardigde verwachtingen mocht koesteren omtrent de rechtmatigheid van het besluit. Er is dan (eerder) aanleiding om dat besluit in te trekken.¹⁰⁰⁵

Het voorgaande betekent echter niet dat een bestuursorgaan in het geheel niet tot herstel van een onjuiste beslissing mag overgaan, indien de burger geen verwijt valt te maken. Een met de wet strijdig besluit mag worden ingetrokken, ook ten nadele van een belanghebbende, doch daarbij dienen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan met name het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in acht te worden genomen.¹⁰⁰⁶ Dit kan meebrengen dat de intrekking gepaard dient te gaan met een geleidelijke afbouw van een opgebouwde rechtspositie, een overgangsregeling dan wel het bieden van nadeelcompensatie.¹⁰⁰⁷ De bevoegdheid tot het herstel van een onjuiste beslissing kan echter ook in het geheel niet meer aanwezig zijn. De zeer lange uitkeringsperiode waarover de te hoge uitkering is toegekend kan daarbij een rol spelen (in combinatie met andere omstandigheden).¹⁰⁰⁸

6.3.3. Het vertrouwensbeginsel versus het vereiste van objectief rechtmatige besluiten

Onder omstandigheden moeten bestuursorganen gewekt vertrouwen omtrent een bepaalde bestuursrechtelijke rechtspositie gestand doen. Hierbij wordt van belang geacht door wie de verwachtingen zijn gewekt, op welke wijze dat is geschied en of er is gedisponeerd¹⁰⁰⁹, hoewel vooral over de laatstgenoemde voorwaarde in de literatuur uiteenlopende opvattingen bestaan.¹⁰¹⁰ Ook als is voldaan

¹⁰⁰⁴ CRvB 17 november 1994, TAR 1995, 14; CBB 19 mei 1994, AB 1994, 642 m.nt. J.H. van der Veen.

¹⁰⁰⁵ Dieperink 2003, p. 71; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 399; Michiels 2009, p. 59-60.

¹⁰⁰⁶ Daar waar het aankomt op een herziening van een uitkering wegens een te hoog vastgesteld dagloon, dient als uitvloeisel van de rechtszekerheid 'betrokkene, afhankelijk van zijn individuele omstandigheden, in de gelegenheid te worden gesteld zich (...) in te stellen op de inkomensachteruitgang en voorts dat de verlaging van het dagloon zo nodig gefaseerd in de tijd wordt gerealiseerd', CRvB 10 mei 1989, AB 1989, 377.

¹⁰⁰⁷ Schlössels en Zijlstra 2010, p. 441-442.

¹⁰⁰⁸ CRvB 12 oktober 1988, RSV 1989, 107. Vgl. ook Konijnenbelt 1975 die op p. 79-80 stelt dat in geval van gebonden beschikkingen, die volgens hem deze eerder terugneembaar zijn dan vrije beschikkingen, het vertrouwensbeginsel sterker staat dan het legaliteitsbeginsel naarmate de begunstigde afhankelijker is van de beschikking en de begunstigde van de beschikking gebruik heeft gemaakt.

¹⁰⁰⁹ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008 p. 326-333; De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 138-142; Annotatie L.J.A. Damen onder 5 uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak in AB 2006, nr. 5 tot en met 9.

¹⁰¹⁰ Van Meegen 2001, p. 27; Gorissen 2010, p. 52-53.

aan deze voorwaarden, kunnen er zwaarwegende belangen zijn die zich verzetten tegen de gehoudenheid van een bestuursorgaan tot het nakomen van een gerechtvaardigd opgewekte verwachting omtrent een zekere rechtspositie. Inbreuk op een wettelijk voorschrift kan zo'n zwaarwegend belang zijn. Niettemin kan er aanleiding zijn dat onverkorte toepassing van een wettelijk voorschrift dient te wijken voor de naleving van een algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel. In rechtspraak is uitgemaakt, dat het niet volgen van wettelijke regels in bepaalde – uitzonderlijke – gevallen als gerechtvaardigd of zelfs als verplicht moet worden beschouwd. Dat dit evenwel slechts uitzonderlijke gevallen mag betreffen, hangt samen met de rechtsplicht van bestuursorganen tot correcte naleving van wettelijke voorschriften¹⁰¹¹, waarmee overigens ook de rechtszekerheid in de betekenis van het verschaffen van duidelijke normen en de handhaving daarvan, gediend kan zijn.¹⁰¹²

Door de CRvB wordt sinds 1975 uitdrukkelijk erkend dat geen sprake meer is van een rechtsplicht tot strikte toepassing van een dwingende wetbepaling, indien dat 'in die mate in strijd zou komen met het ongeschreven recht'.¹⁰¹³ In een andere uitspraak van de Centrale Raad wordt vooropgesteld, dat een besluit dat overeenkomstig de wet is genomen niet voor vernietiging in aanmerking komt, 'tenzij gezegd zou moeten worden dat daarbij regels van ongeschreven recht zijn geschonden zodanig dat daarmee geschreven (dwingend) recht ter zijde wordt geschoven'.¹⁰¹⁴ Van een dergelijke situatie is alleen sprake in 'bijzondere gevallen'.¹⁰¹⁵ Het CBB is terughoudender in het toestaan van het afwijken van de wet ten faveure van een beginsel van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel.¹⁰¹⁶ Ook de Afdeling bestuursrechtspraak wijst 'contra legem'-gaan uitdrukkelijk en principieel af.¹⁰¹⁷ Zeker voor besluiten die ook belangen van derden rechtstreeks raken, is gelet op de Afdelingsjurisprudentie van het (mogen) doorbreken van de wetsgebondenheid door de rechtswerking van het vertrouwensbeginsel nauwelijks sprake.¹⁰¹⁸ Slechts in een enkel geval

¹⁰¹¹ De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 144.

¹⁰¹² Donner 1984, p. 457- 466.

¹⁰¹³ CRvB 18 februari 1975, AB 1975, 243 m.nt. Stellinga.

¹⁰¹⁴ CRvB 3 december 1986, AB 1987, 266 m.nt. Smit.

¹⁰¹⁵ CRvB 18 februari 1975, AB 1975, 243 m.nt. Stellinga; CRvB 11 september 1980, AB 1981, 233; CRvB 17 januari 1995, AB 1995, 577; CRvB 25 augustus 1998, JABW 1998, 160.

¹⁰¹⁶ Ondermeer: CBb 7 november 1980, AB 1981, 152; CBb 15 oktober 2003, AB 2004, 31 en CBb 2 maart 2004, AB 2004, 198. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 363; De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001, p. 145 en de aldaar vermelde rechtspraak. Wel komt het voor dat het CBb terzake van subsidiebesluiten contra-legem werking aanvaardt, CBb 12 september 2003, AB 2004, 25 m.nt. Van der Veen.

¹⁰¹⁷ Zoals ook diens rechtsvoorganger, de Afdeling rechtspraak. Vgl. ARRvS 31 oktober 1977, AB 1978, 92, waarin uitdrukkelijk werd overwogen dat een toezegging niet zou kunnen leiden tot vergunningverlening in strijd met de wet. Vgl. ABRvS 8 juni 1999, AB 1999, 343 en ABRvS 26 oktober 2005, JB 2006, 8, waarin is bepaald dat gewekt vertrouwen volgens vaste jurisprudentie niet kan leiden tot het verlenen van een beschikking contra-legem.

¹⁰¹⁸ ABRvS 8 mei 2001, AB 2001, 171; ABRvS 6 februari 2002, BR 2002, 83 (m.nt. J.W. Weerkamp); ABRvS 20 juni 2001, AB 2001, 238. Zie voorts ABRvS 25 juni 2003, JB 2003, 226, waarin werd overwogen dat aan het vertrouwensbeginsel slechts een beperkte betekenis

wordt een contra legembesluit wegens opgewekt vertrouwen door de Afdeling voor mogelijk gehouden.¹⁰¹⁹

Net als de Centrale Raad is de belastingrechter ruimhartiger dan de Afdeling bestuursrechtspraak en het CBB in het accepteren van de contra legemwerking van het vertrouwensbeginsel.¹⁰²⁰ Dit verschil is vooral verklaarbaar door het soort besluiten, dat ter toetsing aan de rechtscolleges wordt voorgelegd. De belastingrechter en de CRvB oordelen vooral over financiële besluiten, die slechts de geadresseerde belanghebbende raken, terwijl door de besluiten, waarover de andere twee hoogste bestuursrechters oordelen, veelal ook derden (kunnen) worden geraakt.¹⁰²¹

6.3.4. Rechtszekerheid voor bestuursorganen

Beginselen van behoorlijk bestuur zijn tot ontwikkeling gekomen als reactie op de behoefte aan een nadere normering van discretionaire bevoegdheden van bestuursorganen. Het zijn (tegenwoordig) geschreven en (ten dele nog steeds ook) ongeschreven rechtsnormen, die bestuursorganen bij het nemen van besluiten in acht dienen te nemen. De bestuursrechter toetst in beroep bestreden besluiten aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, indien de rechtzoekende daarop in rechte een beroep heeft gedaan. Het zijn derhalve behalve rechtsnormen die zich richten tot bestuursorganen, ook toetsingsnormen voor de bestuursrechter en beroepsgronden voor rechtzoekenden. Kenmerkend voor algemene beginselen van behoorlijk bestuur is derhalve dat zij door de burger zijn in te roepen jegens bestuursorganen en niet andersom.¹⁰²² Dit geldt ook voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die in dit hoofdstuk centraal staan. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel strekken ter bescherming van de rechtspositie van de (rechtzoekende) burger: jegens een bestuursorgaan kan een beroep worden gedaan op deze rechtsnormen. Het omgekeerde, namelijk dat ook een bestuursorgaan zich beschermd weet door algemene beginselen van behoorlijk bestuur, geldt niet.¹⁰²³ Voor bestuursorganen

toekomt indien belangen van derden bij een besluit zijn betrokken. Van Meegen 2001, p. 29-30 heeft er naar aanleiding van ABRvS 21 augustus 1995, JSV 1996, 5 op gewezen, dat derdenbelangen niet altijd een rol spelen in de terughoudendheid van de Afdeling.

¹⁰¹⁹ ABRvS 13 augustus 1996, AB 1996, 427. Het betrof hier een besluit waar geen derdenbelangen bij betrokken zijn, te weten een besluit tot weigering van een invalidenparkeerkaart.

¹⁰²⁰ In de zogeheten Doorbraakarresten oordeelde de Hoge Raad dat het onder omstandigheden mogelijk is dat het vertrouwensbeginsel prevaleert boven het legaliteitsbeginsel; HR 12 april 1978, BNB 1978, 135, 136 m.nt. C.P. Tuk, NJ 1979, 533 m.nt. MS, AB 1979, 262 m.nt. FHvdB.

¹⁰²¹ Schlössels en Stroink 2006, p. 212-213; Gorissen 2008, p. 35; Schlössels en Zijlstra 2010, p. 436.

¹⁰²² Dit is nog weer wat anders dan de idee van de wederkerige rechtsbetrekking, dat van de burger ook wel wat wordt verwacht eer hij aanspraken kan doen gelden uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

¹⁰²³ Tenzij het bestuursorgaan een belanghebbende is in de zin van art. 1:2, lid 2 Awb en jegens hem door een ander bestuursorgaan een besluit wordt genomen of gerechtvaardigde

geldt derhalve niet dat zij zich jegens de burger kunnen beroepen op het materiële rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel.

Hierboven bleek dat intrekking of wijziging van een besluit, bezien vanuit het materiële rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, problematisch is indien deze herziening strekt ten nadele van degene die door dat besluit werd begunstigd. Is de herziening in het voordeel van een belanghebbende, dan bestaat daartegen vanuit het perspectief van het materiële rechtszekerheidsbeginsel in beginsel geen bezwaar, tenzij daardoor de rechtspositie van anderen – derdebelanghebbenden – nadelig wordt beïnvloed. Gesteld zou kunnen worden dat vanuit een oogpunt van materiële rechtszekerheid de intrekking van een onjuist besluit derhalve weinig bezwaarlijk is, indien dat zou strekken ten voordele van een direct-belanghebbende en er geen derden zijn die door dat besluit rechtstreeks (nadelig) in hun belangen worden geraakt. Van het bestuursorgaan zou dan kunnen worden verlangd, dat het een mogelijk onherroepelijk en rechtens onaantastbaar geworden besluit intrekt. Daarbij wordt evenwel voorbijgegaan aan de positie van het bestuursorgaan, dat het betreffende besluit heeft genomen. De vraag rijst of ook bestuursorganen in de bestuurlijke besluitvormingsfase aanspraak kunnen maken op rechtszekerheid. Anders gezegd, kan een bestuursorgaan, ter afwering van het (moeten inwilligen van) een verzoek van een direct-belanghebbende of een derdebelanghebbende om een besluit in te trekken of te wijzigen, zich beroepen op rechtszekerheid? Uit rechtspraak¹⁰²⁴ en literatuur¹⁰²⁵ valt op te maken, dat dit inderdaad het geval is. Rechtszekerheid ligt ook ten grondslag aan de relatief korte bezwaar- en beroepstermijnen van het Awb-procesrecht. Het gaat dan vooral om het verkrijgen van zekerheid over de rechtmatigheid van het door een bestuursorgaan genomen besluit binnen een relatief korte termijn.¹⁰²⁶ Ook aan art. 4:6 Awb ligt rechtszekerheid voor bestuursorganen ten grondslag.¹⁰²⁷

Art. 4:6 geeft een regeling voor de bevoegdheid van bestuursorganen om terug te komen (van) eenmaal genomen en in rechte vaststaande besluiten, die strekken tot een afwijzing van een aanvraag. Art. 4:6 lid 1 Awb eist dat indien een belanghebbende van het bestuursorgaan verlangt dat het terugkomt van een

verwachtingen zijn gewekt. Het eerstgenoemde bestuursorgaan kan zich beroepen op algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar laatstgenoemde weer niet.

¹⁰²⁴ CRvB 24 december 2003, RSV 2004, 90; HvJ EU 13 januari 2004, zaak C-453/00 (Kühne & Heitz tegen Productschap voor Pluimvee en Eieren). In r.o. 24 van dit arrest wijst het hof op het rechtszekerheidsbeginsel, zijnde een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht: 'Dat een besluit van een bestuursorgaan definitief wordt na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen, draagt bij tot die zekerheid. Bijgevolg vereist het Gemeenschapsrecht niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een besluit dat aldus definitief is geworden'.

¹⁰²⁵ Jans en De Graaf 2004, p. 99; N. Verheij 2005, p. 3.

¹⁰²⁶ Scheltema 2008, p. 216. Scheltema vraagt zich overigens wel af waarom ook in het financiële bestuursrecht korte termijnen voor bezwaar en beroep zouden moeten worden gehanteerd.

¹⁰²⁷ Schreuder-Vlasblom 2008, p. 232.

eerdere voor hem ongunstige, want afwijzende, beslissing, hij verplicht is om nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden aan te voeren. Gebeurt dat niet, dan kan het bestuursorgaan op grond van het tweede lid bij de afwijzing van het verzoek volstaan met een verwijzing naar de eerder, op hetzelfde verzoek genomen beschikking. Wanneer wél nieuwe feiten en omstandigheden zijn vermeld en gebleken, kan het bestuursorgaan niet volstaan met een enkele verwijzing naar het eerdere afwijzende besluit. Het bestuursorgaan is dan gehouden om te onderzoeken of er reden is terug te komen van een besluit en zal moeten beoordelen of deze nieuwe feiten of omstandigheden nopen tot het herzien van het besluit.

Worden door de aanvrager echter geen nieuwe feiten en omstandigheden aangevoerd, dan heeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om de aanvraag af te wijzen, onder verwijzing naar de eerdere afwijzende beschikking, aldus het tweede lid van art. 4:6. Dit betekent niet, althans niet volgens rechtspraak van de CRvB en het CBB, dat bestuursorganen niet bevoegd zouden zijn om terug te komen van een in rechte onaantastbaar besluit, indien geen nieuwe feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken. De genoemde rechtscolleges zijn van oordeel dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een verplichting voor het bestuur om terug te komen op een rechtens onaantastbaar geworden besluit, namelijk als moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid van de gebruikmaking van die bevoegdheid kon afzien, dan wel, door er van af te zien, heeft gehandeld in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of met een algemeen rechtsbeginsel. De CRvB heeft aanvaard dat een bestuursorgaan die bevoegdheid heeft, overigens niet alleen met betrekking tot op aanvraag genomen besluiten maar ook met betrekking tot ambtshalve genomen besluiten.¹⁰²⁸ Ten aanzien van (financiële) duurbesluiten maakt de CRvB onderscheid tussen een heroverweging naar het verleden en naar de toekomst. Voor laatstgenoemde heroverweging van besluiten getuigt het volgens de CRvB in de regel niet van een evenwichtige en zorgvuldige afweging van belangen om een besluit, waarbij ten onrechte geen of een te lage aanspraak is verleend, voor de toekomst ongewijzigd te laten.¹⁰²⁹ Een wijziging voor de toekomst wordt geacht minder inbreuk op de rechtszekerheid van bestuursorganen te maken dan wijzigingen met terugwerkende kracht.¹⁰³⁰

Anders dan de CRvB en het CBB hanteert de Afdeling bestuursrechtsspraak de strikte lijn dat bij het bestuur nieuwe feiten en omstandigheden moeten zijn gesteld en niet pas in rechte. Volgens de Afdeling kan een belanghebbende met een beroep tegen de afwijzing van het verzoek om terug te komen op een besluit niet bereiken dat de rechter het beroep beoordeelt als ware het ge-

¹⁰²⁸ CRvB 6 november 2003, JB 2004, 29; CRvB 14 februari 2006, AB 2006, 363.

¹⁰²⁹ CRvB 19 februari 2004, JB 2004, 137 m.nt. EvdL; CRvB 6 september 2001, JB 2001, 281 m.nt. JHK; CRvB 1 februari, TAR 2001, 43 en JB 2001, 78 m.nt. E.J. de Lange – Bekker. De Sociale Verzekeringsbank voert een beleid waarin het terugkomt van onmiskenbaar onjuiste besluiten (SVB Beleidsregels, Terugkomen van een rechtens onaantastbaar besluit ten voordele van de belanghebbende (SB1076).

¹⁰³⁰ CRvB 24 december 2003, RSV 2004, 90.

richt tegen het oorspronkelijke besluit, omdat daarmee – in afwijking van de dwingende regelingen die art. 6:11 en 8:88 Awb daarvoor geven – een nieuw beroepsrecht zou kunnen worden gecreëerd.¹⁰³¹ De rechtszekerheid voor het bestuursorgaan en voor derdebelanghebbenden, die van de formele rechtskracht van het besluit en de onherroepelijkheid daarvan mochten uitgaan, zou daarmee worden aangetast.¹⁰³²

De achtergrond van de regeling die in art. 4:6 Awb is neergelegd, is dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de onherroepelijkheid van een besluit waartegen geen of niet met succes bezwaar en/of (hoger) beroep is ingesteld. De ratio van art. 4:6 is, net als de korte bezwaar- en beroepstermijnen in het bestuursprocesrecht, dat de onzekerheid over de inhoud van de rechtsbetrekkingen tussen bestuursorganen en burgers zoveel mogelijk dient te worden beperkt.¹⁰³³ Ook bestuursorganen kunnen derhalve aanspraak maken op rechtszekerheid. Echter, anders dan voor direct- en derdebelanghebbenden ziet deze zekerheid voor bestuursorganen niet op de bescherming van een verworven rechts- of belangenpositie. Voor bestuursorganen geldt dat zij beschikken over bepaalde wettelijke bestuursbevoegdheden, die voor hen slechts de rechtsplicht meebrengen om deze aan te wenden overeenkomstig het objectieve recht. Van rechten en plichten, zoals burgers en bedrijven die als direct- en derdebelanghebbenden die hebben, is geen sprake. Het begrip materiële rechts- en belangenpositie is op bestuursorganen als besluitennemers niet van toepassing, tenzij zij zijn aan te merken als een belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb. Voor bestuursorganen geldt derhalve niet, zoals dat wel het geval is voor direct- en derdebelanghebbenden, dat zij onder omstandigheden (dienen te) worden beschermd tegen een (nadelige) wijziging van een bepaalde materiële rechtspositie. In zoverre kan ook niet worden gezegd dat intrekking van besluiten voor bestuursorganen nadelig is. Wel kan worden gezegd, dat zij belang hebben bij een regelmatige voortgang van het overheidsbestuur.¹⁰³⁴ In zoverre zijn bestuursorganen gebaat bij het verkrijgen van zekerheid over het op een zeker moment al dan niet vaststaan van een besluit. Gelet op de literatuur wordt overigens betwijfeld of dat ook dient te gelden voor besluiten van financiële aard.¹⁰³⁵

¹⁰³¹ ABRvS 4 mei 2005, LJN: AT5088; Vz. ABRvS 3 mei 2001, AB 2001, 198 (m.nt. Marseille); ABRvS 4 april 2003, AB 2003, 315 (m.nt. Vermeulen); JB 2003, 139 (m.nt. Van der Linden); ABRvS 28 juli 2004, AB 2004, 352. Een enkele uitzondering daargelaten: zie AB RvS 5 maart 2002, AB 2002, 169 (m.nt. Sewandono); ABRvS 23 april 2003, JV 2003, 280 m.nt. Spijkerboer; ABRvS 19 mei 2004, JV 2004, 313 (m.nt. Spijkerboer).

¹⁰³² Schreuder-Vlasblom 2008, p. 232; Jans en Marseille 2007, p.332-333; N. Verheij 2005, p. 4.

¹⁰³³ Pront-Van Bommel 2002, p. 99.

¹⁰³⁴ Van der Hoeven 1989, p. 157.

¹⁰³⁵ Scheltema 2008, p. 216. Damen 2003, p. 133 heeft op de bescherming van 'comptabele rechtszekerheid' voor bestuursorganen kritiek geuit. Hij ziet geen goede reden waarom een bestuursorgaan een burger in aanmerking zou kunnen brengen voor een (hogere) uitkering, indien een toekennings- of afwijzingsbesluit ter zake van dezelfde aanvraag rechtens onaanastbaar is.

Rechtszekerheid voor bestuursorganen als besluitennemers ziet derhalve in het bijzonder op de aan formele rechtskracht ten grondslag liggende gedachte, dat zij zich niet nogeens over de juistheid van een genomen besluit behoeven te beraden.

6.3.5. Conclusie

Een eenmaal door middel van een besluit vastgestelde rechts- of belangenpositie kan niet snel ongedaan worden gemaakt, zeker niet indien dat voor een van de betrokkenen een verslechtering van de rechtspositie oplevert. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel verhindert in zulke gevallen in beginsel, dat het bestuur een besluit ten nadele mag wijzigen, ook al is dat besluit in strijd met het objectieve bestuursrecht. Van een absolute voorrang van materiële rechtszekerheid boven de correcte naleving van wettelijke voorschriften is echter geen sprake. In de eerste plaats moet worden gewezen op wettelijke regelingen die een intrekking of wijziging, ten voordele of ten nadele, dwingend voorschrijven. Deze regelingen komen soms voor, vooral in het socialezekerheidsrecht. Daarnaast zijn er wettelijke regelingen die op bijzondere gronden – waarin veelal een verwijt aan een aanvrager doorklinkt – een herziening van besluiten ten nadele voor mogelijk houden. Vaak gaat het om een bevoegdheid en geen rechtsplicht tot wijziging. Ook wanneer een wettelijke regeling niet in intrekking voorziet, wordt niettemin in de doctrine aangenomen dat een bestuursorgaan die beschikt over beleidsruimte, daartoe mag overgaan.

Toezeggingen over het nemen van besluiten met een bepaalde inhoud mogen, indien zij leiden tot met het objectieve materiële bestuursrecht strijdige besluiten, slechts onder uitzonderlijke omstandigheden worden gestand gedaan. Zo beschouwd, prevaleert als regel het legaliteitsbeginsel. Dit geldt zeker voor besluiten waarover uiteindelijk de Afdeling Bestuursrechtspraak en de CBB hebben te oordelen. De HR en CRvB zijn wat dat betreft ruimhartiger, maar er mag niet uit het oog worden verloren dat contra legemwerking slechts in bijzondere gevallen wordt aanvaard.

Daar waar intrekking of wijziging van een onaantastbaar besluit strekt ten gunste van een direct-belanghebbende en derdebelangen, kan art. 4:6 Awb en de daaraan ten grondslagliggende de rechtszekerheid voor bestuursorganen in de weg staan aan een herziening ten voordele van die belanghebbende. Alleen in geval van gebleken nieuwe feiten en omstandigheden zijn bestuursorganen op grond van art. 4:6 Awb verplicht die nieuwe gegevens te onderzoeken, hetgeen zou kunnen leiden tot het nemen van een besluit waarmee wordt teruggekomen van dat eerder genomen onaantastbare besluit. Daar waar geen nieuwe feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken, dient volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak een weigeringsbesluit slechts te worden beoordeeld tegen het licht van het stellen van nova in de bestuurlijke fase. De CRvB en het CBB gaan verder en beoordelen of een weigering niet in strijd komt met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan onder omstandigheden inderdaad sprake kan zijn.

6.4. Ambtshalve toetsing en de gevolgen voor de materiële rechts- en belangenpositie van procespartijen

6.4.1. De rechts- en belangenpositie van de indiener van het beroep

6.4.1.1. Verslechtering

Volgens de Awb-wetsgeschiedenis mag de indiener van het beroep niet in ‘een slechtere positie’ geraken door het instellen van beroep.¹⁰³⁶ In de wetsgeschiedenis wordt benadrukt dat het gaat om de positie van alleen de indiener van het beroep in tweepartijgedingen. Hoewel dat niet is toegelicht, moet met ‘positie’ ongetwijfeld de materiële rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep zijn bedoeld en niet diens procespositie. Met het verbod van reformatio in peius wordt beoogd te voorkomen, dat een eenmaal door een besluit toegekende dan wel daarmee gehandhaafde rechtspositie door een rechterlijke uitspraak wordt ontnomen. Het verbod van reformatio in peius geldt overigens blijkens de parlementaire geschiedenis op de Awb voor rechterlijke toetsing binnen de omvang van het geding, wat ook logisch is omdat de wetsgeschiedenis van een verbod van rechterlijke toetsing daarbuiten (ambtshalve toetsing) uitgaat. Als binnen de omvang van het geding rechterlijke toetsing al niet mag leiden tot een verslechtering van de rechts- of belangenpositie dan kan worden betoogd dat dit al helemaal niet mag gelden indien deze verslechtering het gevolg is van ambtshalve toetsing. In deze subparagraaf wordt onderzocht in welke gevallen ambtshalve toetsing kan leiden tot een verslechtering van de rechts- of belangenpositie en om die reden een argument kan zijn tegen ambtshalve toetsing.

In het verbod van reformatio in peius valt het materiële rechtszekerheidsbeginsel te herkennen. Dit beginsel beoogt immers een belanghebbende te beschermen tegen een aantasting van een bij een bestuursbesluit vastgestelde materiële rechts- of belangenpositie. Is door een besluit een rechts- of belangenpositie vastgesteld en is dit besluit, omdat daartegen geen bezwaar en/of beroep is ingesteld, onherroepelijk geworden, dan geldt – zo bleek in de voorgaande paragraaf - in beginsel dat een bestuursorgaan op dat (begunstigende) besluit niet mag terugkomen als naderhand dat dit besluit niet rechtmatig is. Hierop bestaan wel enkele uitzonderingen. Het verbod van reformatio in peius kan worden beschouwd als de uitkomst van een afweging tussen het materiële rechtszekerheidsbeginsel, dat beoogt een (eenmaal) vastgestelde rechts- of belangenpositie te beschermen, en het legaliteitsbeginsel, dat ertoe strekt gevolg te geven aan het objectieve recht. Deze uitkomst getuigt van de opvatting van de Awb-

¹⁰³⁶ PG Awb II (MvT), p. 465. Zoals in hoofdstuk 3 is gebleken, kenden tot de invoering van de Awb de Beroepswet en de Ambtenarenwet een bepaling, waarin de beroepsrechter en de ambtenarenrechter juist wel konden beslissen tot een reformatio in peius. Zoals in hoofdstuk 3 is opgemerkt, gaf de CRvB vanwege de materiële rechtszekerheid van de indiener van het beroep in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Awb nauwelijks nog toepassing aan deze bepaling.

wetgever dat het materiële rechtszekerheidsbeginsel soms dient te prevaleren. Het verbod van reformatio in peius is (blijkbaar) gestoeld op de redenering dat indien de indiener van het beroep niet in beroep zou zijn gegaan tegen een jegens hem genomen (begunstigend of belastend) besluit en dit besluit na ommekeer van de beroepstermijn onherroepelijk is (geworden), hij – gelet op het materiële rechtszekerheidsbeginsel – in beginsel door het bestuursorgaan ook niet (meer) in een slechtere rechts- of belangenpositie zou kunnen worden gebracht. Deze ‘ondergrens’ van de in het bestreden besluit vastgestelde of een bij dat besluit gehandhaafde materiële rechts- of belangenpositie is in de fase van (hoger) beroep als het ware gefixeerd. Dit betekent natuurlijk niet dat de indiener van het beroep er rekening mee dient te houden, dat hij in (hoger) beroep in het ongelijk kan worden gesteld, maar hij hoeft er – gelet op de (door)werking van het materiële rechtszekerheidsbeginsel in het verbod van reformatio in peius – geen rekening mee te houden, dat zijn rechts- of belangenpositie door de rechterlijke uitspraak (verder) verslechtert in vergelijking met die welke in het door hem bestreden besluit is vastgesteld¹⁰³⁷ of daarin is gehandhaafd.¹⁰³⁸

Een verslechtering van de rechts- of belangenpositie kan zich voor de indiener van het beroep in een tweetal situaties voordoen. De eerste is, dat de indiener van het beroep een voor hem begunstigend besluit in rechte aanvecht met als inzet in aanmerking te worden gebracht voor een grotere mate van begunstiging.¹⁰³⁹ Komt de bestuursrechter – ambtshalve toetsend – tot het oordeel dat de indiener van het beroep op deze grotere begunstiging geen aanspraak heeft, omdat blijkt dat de verleende uitkering, de subsidie of de vergunning (zelf) in strijd met het objectieve materiële recht is toegekend¹⁰⁴⁰, dan zou de materiële rechtspositie van de indiener van het beroep kunnen verslechteren, indien het toekenningsbesluit op deze (ambtshalve bijgebrachte) grond wordt vernietigd.¹⁰⁴¹

Hierbij dient wel onderscheid te worden gemaakt tussen het geval waarin de indiener van het beroep na een eerder genomen, maar inmiddels rechtens onaantastbaar geworden begunstigend besluit, pas in een later stadium om een

¹⁰³⁷ Het gaat dan om primaire besluiten waarvan rechtstreeks beroep op de rechter openstaat of om besluiten op bezwaar of in administratief beroep genomen, waarin andere of gewijzigde rechts- of belangenpositie is vastgesteld ten opzichte van het primaire besluit.

¹⁰³⁸ Het gaat dan om besluiten op bezwaar of in administratief beroep genomen, die de bij het primaire besluit vastgestelde rechts- of belangenpositie ongewijzigd hebben gelaten.

¹⁰³⁹ Zoals: een hogere uitkering, een subsidie of uitkering voor een langere duur dan wel een vergunning onder minder belastende voorschriften.

¹⁰⁴⁰ Een ander geval zou kunnen zijn dat de bestuursrechter constateert dat inderdaad recht bestaat op de gevraagde hogere uitkering, maar dat de door het bestuursorgaan vastgestelde uitkeringsduur te gunstig is vastgesteld.

¹⁰⁴¹ Van een daadwerkelijke verslechtering van de rechtspositie is overigens pas sprake, indien de bestuursrechter ook het primaire besluit, waarmee de uitkering, subsidie of vergunning is toegekend, zou herroepen of wanneer het bestuursorgaan dat zou doen met inachtneming van de rechterlijke uitspraak.

verbetering van de in dat eerdergenomen besluit vastgestelde rechtspositie¹⁰⁴² vraagt en het geval waarin hij tegen een jegens hem genomen begunstigend besluit opkomt om reden dat hij 'meer' wenst.¹⁰⁴³ Voor het eerstbedoelde geval geldt dat het eerder genomen, begunstigende besluit geen voorwerp is van het rechtsgeding, waardoor de bestuursrechter geen oordeel (meer) mag geven over dat inmiddels onaantastbare besluit. In het meest ongunstige geval zou het ambtshalve oordeel van de bestuursrechter over de onrechtmatigheid van het eerdergenomen, maar niet ter toetsing voorliggende besluit, aanleiding kunnen zijn voor het bestuursorgaan om tot een ambtshalve intrekking of wijziging van dat eerdergenomen besluit over te gaan. Daarbij dient het bestuursorgaan vanzelfsprekend de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder met name het materiële rechtszekerheidsbeginsel, in acht te nemen.

In het tweede geval is het onrechtmatig geoordeelde, begunstigende besluit wél voorwerp van het geding. Indien de rechter het besluit dan vernietigt op een ambtshalve bijgebrachte grond, die ertoe strekt dat de indiener van het beroep in het geheel niet voor een uitkering, subsidie, vergunning of ontheffing in aanmerking had mogen worden gebracht, laat staan dat hij in een nog gunstiger positie zou mogen komen te verkeren, dan kan deze uitspraak een verslechtering van de rechtspositie teweegbrengen. Dit zou het rechtstreekse gevolg kunnen zijn van de rechterlijke uitspraak, indien tegen een primair besluit van een bestuursorgaan rechtstreeks beroep openstaat of indien de bestuursrechter zelf in de zaak zou voorzien, waarbij ook het primaire besluit zou worden herroepen. Niettemin is ook denkbaar dat een verslechtering van de rechtspositie wordt voorkomen door weliswaar het besluit te vernietigen, maar de rechtsgevolgen daarvan in stand te laten. Hiermee wordt de bij het besluit toegekende rechtspositie gerespecteerd, terwijl een verbetering van de rechtspositie waarop naar het objectieve recht geen recht bestaat kan worden vermeden.

De andere situatie waarin sprake kan zijn van een *reformatio in peius* is die waarbij in (hoger) beroep een belastend besluit wordt aangevochten met als inzet een begunstiging, zoals het ongedaanmaken of 'verzachten' van de plicht tot het treffen van maatregelen om (bijvoorbeeld) een overtreding te beëindigen

¹⁰⁴² Hij is reeds eerder in aanmerking gebracht voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, hij vraagt op een later moment om een hogere uitkering.

¹⁰⁴³ Gedacht kan worden aan de situatie waarin een belanghebbende door een besluit op moment x in aanmerking is gebracht voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Op een later moment bij besluit y wordt zijn verzoek om een hogere uitkering afgewezen, waartegen hij bij de bestuursrechter opkomt. Zou de bestuursrechter vervolgens ambtshalve constateren dat geen recht op uitkering bestaat, aangezien belanghebbende niet verzekerd is, dan ziet die constatering op een in rechte onaantastbaar geworden besluit, dat bovendien niet ter toetsing voorligt. Dit besluit is niet het in beroep bestreden besluit en kan dat ook niet (meer) zijn. Het besluit ligt derhalve niet ter beoordeling voor van de bestuursrechter en kan derhalve ook niet door hem worden vernietigd. Dit is anders indien het gaat om de eerste toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering, waartegen in rechte wordt opgekomen. In dat geval is nog geen sprake van onaantastbaarheid in rechte en ligt bovendien ook het besluit ten aanzien van de verzekeringplicht (in beginsel) ter toetsing voor.

of een teruggevorderd uitkerings- of subsidiebedrag terug te betalen, en de bestuursrechter – ambtshalve toetsend – tot het oordeel komt dat de opgelegde plicht verder had moeten gaan dan in het bestreden besluit was vastgesteld. Deze situatie zou zich kunnen voordoen, indien uit een wettelijke bepaling zou voortvloeien dat een terug te vorderen (uitkerings- of subsidie)bedrag hoger had moeten zijn of het bestuursorgaan verdergaande maatregelen had moeten opleggen om de vastgestelde overtreding te kunnen beëindigen.

Op het verbod van reformatio in peius voor de indiener van het beroep geldt blijkens de Awb-wetsgeschiedenis een aantal uitzonderingen. Is, ten eerste, een bestuursorgaan op grond van nieuw gebleken feiten en omstandigheden verplicht om een begunstigend besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken, dan geldt het verbod van reformatio in peius niet.¹⁰⁴⁴ Dwingt wetgeving een bestuursorgaan tot het alsnog intrekken van het begunstigende besluit, dan is de bestuursrechter bevoegd om te doen waartoe het bestuursorgaan anders verplicht zou zijn geweest. De ratio van deze uitzondering laat zich raden: zou de rechter immers geen rekening mogen houden met deze nieuwe feiten en omstandigheden, dan zou de rechterlijke uitspraak spoedig worden ingehaald, doordat het bestuursorgaan nadien immers uit hoofde van wetgeving verplicht zou kunnen zijn tot het nemen van een andersluidend en nadeliger besluit.

Ook in geval van toetsing aan voorschriften van openbare orde geldt een uitzondering op het verbod van reformatio in peius. Niet alleen zetten deze voorschriften het algemeen geldende verbod van ambtshalve toetsing opzij, ook het verbod van reformatio in peius voor toetsing aan deze voorschriften niet van toepassing. Overigens verdient het opmerking dat toetsing aan voorschriften van openbare orde niet vaak zal leiden tot een verslechtering van de rechtspositie van de indiener van het beroep. Daar waar de bestuursrechter immers ambtshalve vaststelt dat niet is voldaan rechterlijke bevoegdheids- of ontvankelijkheidsregels, wordt de bestreden beslissing niet inhoudelijk beoordeeld. De rechterlijke uitspraak heeft dan geen gevolgen voor de in de bestreden beslissing vastgestelde rechtspositie. Wordt bijvoorbeeld te laat beroep ingesteld, dan volgt een niet-ontvankelijkverklaring, die niets afdoet aan de rechtspositie zoals die in het bestreden besluit is vastgesteld of bij dat besluit is gehandhaafd. Het bestreden besluit blijft onaangetast.

¹⁰⁴⁴ PG Awb II, p. 463 (MvT). In de rechtspraak wordt dit bevestigd, zie onder anderen: CRvB 15 juli 2005 LJN AT 9802. Het betrof hier overigens een reformatio in peius in de beslissing op bezwaar. De CRvB overwoog: ‘De Raad ziet dit betoog doel treffen. Reeds eerder - verwezen wordt naar bijvoorbeeld zijn uitspraak van 26 mei 2003, gepubliceerd in JB 2003, 195 - heeft de Raad blijk gegeven van zijn opvatting dat het onder omstandigheden toelaatbaar kan worden geacht wanneer een betrokkene in de bezwaarschriftprocedure in een nadeliger positie is komen te verkeren dan voor het instellen van bezwaar. De Raad heeft daarbij in evenvermelde uitspraak van belang geacht dat appellant gehouden was om tot wijziging van het besluit ten nadele van betrokkene over te gaan.’ Bedoelde omstandigheid was hier de uit art. 36 en 42 WAO voortvloeiende verplichting tot herziening van de WAO. In gelijke zin: CRvB 30 maart 2012, LJN: BW 1007.

Dit zou anders kunnen komen te liggen wanneer de bestuursrechter ambtshalve constateert, dat het bestuursorgaan in de bestuurlijke voorprocedure ten onrechte een bezwaarschrift tegen bijvoorbeeld een beslissing die geen besluit is in de zin van de Awb of een te laat ingediend bezwaarschrift, toch inhoudelijk heeft behandeld. In dat geval luidt het ambtshalve rechterlijke oordeel dat het bestreden besluit (op bezwaar) wordt vernietigd en dat het bestuursorgaan bezwaarmaker alsnog niet-ontvankelijk moet verklaren.¹⁰⁴⁵ De oorspronkelijke (primaire) feitelijke of privaatrechtelijke rechtshandeling wordt niet door dat ambtshalve oordeel getroffen; de daardoor vastgestelde rechtspositie blijft derhalve ongewijzigd, reden waarom van een reformatio in peius geen sprake is. Dit ligt (alleen) anders, indien in het besluit op bezwaar een ten opzichte van de primaire beslissing gunstigere rechtspositie is vastgesteld. In dat geval zou het ambtshalve oordeel dat het besluit op bezwaar moet worden vernietigd, leiden tot de herleving van de minder gunstige primaire beslissing.

Wordt ambtshalve geconstateerd dat het bestuursorgaan onbevoegd was tot het nemen van het primaire en/of het bestreden (begunstigende) besluit, dan zou dat oordeel kunnen leiden tot een reformatio in peius. Het bestreden besluit wordt vernietigd. Is een ander orgaan (binnen dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon) wel bevoegd tot het nemen van een nieuw besluit (op bezwaar), dan treedt (uiteindelijk) geen verslechtering van de rechtspositie op indien dat orgaan een besluit met dezelfde inhoud neemt. Dit ligt anders, indien het wel bevoegde orgaan, binnen of buiten de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon, een besluit met een inhoud neemt, dat nadelig(er) is voor de indiener van het beroep.

Geconcludeerd wordt dat het verbod van reformatio in peius de weerspiegeling is van het materiële rechtszekerheidsbeginsel in het bestuursprocesrecht. Omdat materiële rechtszekerheid in de regel een belanghebbende bescherming beoogt te bieden tegen de verslechtering van een reeds verworven materiële rechtspositie, valt – het principe volgend dat procesrecht kenmerken van het materiële recht volgt – ook te begrijpen dat (materiële) rechtszekerheid (ook) een gerechtvaardigd argument oplevert tegen een verslechtering van de rechts- of belangenpositie. Dit geldt niet alleen voor rechterlijke toetsing binnen de omvang van het geding, maar ook voor ambtshalve toetsing. Ambtshalve toetsing behoeft echter niet te leiden tot een verslechtering van de materiële rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep, indien een bestreden besluit weliswaar wordt vernietigd, maar tevens bepaald wordt dat de rechtsgevolgen – in casu de bij het besluit toegekende rechtspositie van de indiener van het beroep – daarvan in stand blijven.

Voor besluiten waarvoor de wetgever heeft bepaald dat zij dienen te worden ingetrokken indien zij rechtens onjuist blijken te zijn, en waarvoor derhalve kan worden gezegd dat het legaliteitsbeginsel prevaleert boven het materiële

¹⁰⁴⁵ Hetgeen ook door de rechter zelf kan geschieden door te bepalen dat het bezwaar alsnog niet-ontvankelijk wordt verklaard, waarbij de uitspraak in de plaats treden van het vernietigde besluit. Vgl. ABRvS 19 februari 2003, LJN: AF 4732.

ele rechtszekerheidsbeginsel, geldt het huidige verbod van reformatio in peius niet. Zou hier het principe worden gevolgd dat procesrecht materieel recht volgt, dan geldt – zoals ook thans voor rechterlijke toetsing binnen de omvang van het geding wordt aanvaard – dat voor deze besluiten de materiële rechtszekerheid niet in de weg staat aan ambtshalve toetsing.

6.4.1.2. Geen wijziging of verbetering

De indiener van het beroep wordt op grond van het huidige bestuursprocesrecht behoed voor een verslechtering van zijn rechts- of belangenpositie ten gevolge van het instellen van beroep bij de bestuursrechter. Ambtshalve toetsing kan echter ook tot gevolg hebben, dat de in het bestreden besluit vastgestelde of gehandhaafde rechtspositie juist verbetert of geen wijzigingen teweegbrengt voor de rechtspositie.

Ambtshalve toetsing van besluiten die een afwijzing inhouden van een aanvraag om in aanmerking te worden gebracht voor bijvoorbeeld een vergunning, ontheffing, uitkering of subsidie heeft geen gevolgen voor de bij het bestreden besluit vastgestelde of daarbij gehandhaafde rechtspositie, indien die rechterlijke toetsing een andere rechtsregel betreft op grond waarvan die aanvraag ook zou moeten worden afgewezen. Komt in beroep bijvoorbeeld vast te staan dat weliswaar de vergunning, ontheffing, uitkering of subsidie ten onrechte is geweigerd op de in het bestreden besluit aangevoerde rechtsregel, maar de bestuursrechter constateert ambtshalve dat zich wel een andere weigeringsgrond voordoet, dan ondergaat de bij het bestreden besluit vastgestelde of daarin gehandhaafde rechtspositie geen wijziging.

Tot voorbeeld kan strekken het besluit tot weigering van een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen. Het bestuursorgaan heeft de weigering gegrond op strijd met redelijke eisen van welstand, hetgeen de indiener van het beroep met succes bestrijdt, doch dit helpt hem niet, nu de bestuursrechter ambtshalve constateert dat er sprake is van strijd met het bestemmingsplan en dat om die reden de omgevingsvergunning terecht is geweigerd. Tot een verslechtering van de rechtspositie leidt dit niet.

Een ander voorbeeld is: het bestuursorgaan heeft de weigering van de WW-uitkering gebaseerd op de grond dat sprake was van onvrijwillige werkloosheid, terwijl de rechter vaststelt dat niet voldaan was aan de referentieperiode en op die grond de uitkering moet worden geweigerd.

Vastgesteld moet worden, dat in deze situaties de rechterlijke uitspraak geen wijziging teweegbrengt in de rechtspositie van de indiener van het beroep. Deze kreeg bij het bestreden besluit immers ook al niet waarop hij meende aanspraak te mogen maken. Van schending van het materiële rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel is dan geen sprake. Om die reden valt ook niet in te zien waarom materiële rechtszekerheid aan ambtshalve toetsing in de weg staat.

Dit laatste gaat zeker op voor de situatie waarin ambtshalve toetsing zou leiden tot een verbetering van de rechtspositie van de indiener van het beroep. Dat is immers nu juist ook zijn doel geweest van het instellen van het beroep. Wordt de indiener van het beroep door de rechter in het gelijk gesteld op een andere dan een door hem aangevoerde, want door de rechter ambtshalve in het geding gebrachte grond, dan kan de rechterlijke uitspraak tot gevolg hebben dat het bestuursorgaan bij het nemen van een nieuw besluit de indiener van het beroep in aanmerking dient te brengen voor (grotere) begunstiging.

Een begunstigend besluit wordt door de belanghebbende aangevochten, op de grond dat de indiener van het beroep van mening is dat hij recht heeft op een hoger uitkeringsbedrag en de bestuursrechter ontdekt ambtshalve dat (ook) recht bestaat op een langere uitkeringsduur.

Een belanghebbende komt op tegen een belastend besluit en voert aan dat het aantal te nemen maatregelen onevenredig groot is, de hoogte van de opgelegde dwangsom te hoog is of de lengte van de begunstigingstermijn te krap, terwijl de bestuursrechter ambtshalve constateert dat van een overtreding in het geheel geen sprake is en het bestuursorgaan derhalve niet bevoegd was om ambtshalve op te treden.

In de hierboven beschreven situaties ondergaat de materiële rechtspositie van de indiener van het beroep een gunstige wijziging ten opzichte van die welke in het bestreden besluit was vastgesteld of die bij het bestreden besluit is gehandhaafd. De indiener van het beroep krijgt, als gevolg van ambtshalve toetsing, waarop hij volgens het objectieve materiële recht ook aanspraak heeft.¹⁰⁴⁶ Van schending van het materiële rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel is dan geen sprake. Materiële rechtszekerheid staat in deze situatie dan ook niet in de weg aan ambtshalve toetsing en levert daartegen, althans bezien vanuit het perspectief van de indiener van het beroep, dan ook geen argument op.

6.4.2. De rechts- en belangenpositie van andere procespartijen

6.4.2.1. Bestuursorganen

Hierboven bleek, dat vanuit het perspectief van de indiener van het beroep ambtshalve toetsing niet mag leiden tot een verslechtering van diens materiële rechtspositie. De mogelijkheid van een dergelijke verslechtering behoeft echter

¹⁰⁴⁶ Opgemerkt dient te worden dat ambtshalve toetsing kan leiden tot gegrondverklaring en vernietiging van het bestreden besluit, maar dat, zeker naarmate het betreffende besluit minder is aan te merken als een gebonden besluit, na de rechterlijke vernietiging onzekerheid kan bestaan of de materiële rechtspositie ook inderdaad in gunstige zin zal worden gewijzigd door het nieuw te nemen besluit. Dit geldt zeker indien het bestreden besluit zou worden vernietigd wegens schending van een rechtsnorm van procedurele aard.

geen reden te zijn voor een verbod van ambtshalve toetsing, mits de bij het besluit toegekende of gehandhaafde rechtspositie maar in stand blijft. Blijft de rechtspositie van de indiener van het beroep ongewijzigd of wordt deze door ambtshalve toetsing juist verbeterd, dan komt de materiële rechtszekerheid niet in het gedrang en vormt zij ook geen argument tegen ambtshalve toetsing. Deze laatste gevolgtrekking gaat echter voorbij aan de (rechts)positie van andere procespartijen. In ieder geding is het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen ook procespartij, terwijl in rechtsgedingen over besluiten, waarbij ook belangen van derden zijn betrokken, ook derden procespartij kunnen zijn.

Door middel van besluiten wordt voor de indiener van het beroep en voor eventuele derden een materiële rechts- of belangenpositie vastgesteld. Bestuursorganen zijn wat dat betreft een andersoortige procespartij, omdat voor bestuursorganen moeilijk is vol te houden dat zij beschikken over een materiële rechts- of belangenpositie die vergelijkbaar is met die van de andere procespartijen. Het zijn immers nu juist bestuursorganen die de besluiten nemen waarmee de rechts- en belangenposities van de andere procespartijen worden vastgesteld. Voor zover voor bestuursorganen geldt dat zij een bepaalde rechtspositie hebben, bestaat deze primair uit de rechtsplicht tot het nemen van een besluit, wat zij in overeenstemming met het geschreven en ongeschreven recht dienen te doen. Daar waar zou moeten worden aangenomen, dat – zoals in de Awb-wetsgeschiedenis niet lijkt te worden uitgesloten – ook bestuursorganen aanspraak maken op rechtszekerheid, is deze niet, zoals wel het geval is bij de andere procespartijen, gerelateerd aan een bepaalde materiële rechts- of belangenpositie. De rechtszekerheid die blijkens de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur ook voor bestuursorganen in de fase van beroep wordt onderkend, stoelt klaarblijkelijk op de gedachte dat ook bestuursorganen ervan moeten kunnen uitgaan dat besluiten of onderdelen daarvan waartegen geen beroep is ingesteld, in rechte vaststaan.¹⁰⁴⁷ Deze opvatting lijkt de regeling van art 4:6 Awb te weerspiegelen, die er op neerkomt dat bestuursorganen in beginsel niet behoeven terug te komen op onherroepelijk geworden besluiten, tenzij sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden. Omdat bestuursorganen in beginsel ook niet behoeven terug te komen van rechtens onaantastbare besluiten in de bestuurlijke besluitvormingsfase, ligt ambtshalve toetsing van besluiten door de bestuursrechter, met vernietiging van die besluiten als gevolg, ook niet voor de hand, zo lijkt de argumentatie dan te moeten zijn.

Deze argumentatie is echter niet plausibel. Bestuursorganen kunnen geen (gerechtvaardigd) vertrouwen ontlenen aan de omstandigheid dat een door hen genomen besluit waardoor de daarmee beoogde rechtsgevolgen inwerking zijn getreden, in al zijn aspecten rechtmatig is. Besluiten worden immers juist ter vernietiging aan de bestuursrechter voorgelegd, hetgeen betekent dat alle door het bestuursorgaan genomen deelbeslissingen die relevant waren voor het nemen van het besluit kunnen worden aangevochten. Dit betekent dat, zolang de beroepstermijn niet is verstreken en gedurende de periode van het aanhangig zijn

¹⁰⁴⁷ Pront-Van Bommel 2002, p. 98.

van het beroep, bij het bestuursorgaan geen enkele zekerheid kan bestaan over het antwoord op de vraag of het bestreden besluit – en de daarin vastgestelde of gehandhaafde rechts- of belangenpositie – in rechte zal kunnen standhouden. Zo beschouwd, valt niet in te zien hoe ambtshalve toetsing van besluiten inbreuk kan maken op rechtszekerheid van bestuursorganen.

6.4.2.2. Derden

Behalve de indiener van het beroep en het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, kunnen ook anderen, die een rechtstreeks bij het besluit betrokken belang hebben, procespartij zijn. Staat de rechtszekerheid die strekt ter bescherming van de materiële rechts- of belangenpositie van deze procespartijen aan ambtshalve toetsing in de weg?

Er zijn besluiten te onderscheiden waarbij verschillende belanghebbenden zijn betrokken, met aan elkaar tegengestelde belangen. Leidt een rechterlijke beoordeling van dergelijke besluiten tot een gegrondverklaring en een vernietiging, dan kan dat gunstig zijn voor de één, maar juist nadelig voor een ander. Dit is overigens niet alleen het geval indien de vernietiging is gestoeld op een ambtshalve overweging, maar ook indien die vernietiging is gebaseerd op een wel in beroep aangevoerde grond. Voor besluiten waarbij verschillende belanghebbenden met aan elkaar tegengestelde belangen zijn betrokken geldt, zolang de beroepstermijn nog niet is verstreken, dat deze belanghebbenden steeds in onzekerheid verkeren over de juistheid van de in die besluiten vastgestelde rechts- of belangenpositie. Dat is inherent aan het rechtsgeding waarin deze besluiten ter beoordeling van de bestuursrechter voorliggen.

Terecht wordt dan ook in de Awb-wetsgeschiedenis gesteld, dat het verbod van *reformatio in peius* uitsluitend geldt voor de indiener van het beroep in een tweepartijengeding, dat wil zeggen die gedingen waarin slechts de indiener van het beroep en het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen de procespartijen zijn.¹⁰⁴⁸ Het verbod van *reformatio in peius* is in de regel derhalve vooral van toepassing in die gedingen, waarin de beoordeling centraal staat van besluiten die voortvloeien uit het belastingrecht, het socialezekerheidsrecht en het vreemdelingenrecht. Voor rechtsgedingen waarin besluiten ter beoordeling aan de bestuursrechter zijn voorgelegd en waarbij verschillende belanghebbenden met uiteenlopende, aan elkaar tegengestelde belangen centraal staan, kan het verbod van *reformatio in peius* niet gelden. Zijn er immers twee of meer procespartijen met tegengestelde belangen in het rechtsgeding betrokken, dan zal de uitkomst van de gerechtelijke procedure steeds zijn dat één van beide in het gelijk wordt gesteld en de ander (daarom) niet. De belanghebbende die in het ongelijk wordt gesteld, kan bij (of ten gevolge van) de uitspraak worden ontnomen wat hem bij het voor hem begunstigende besluit aanvankelijk was

¹⁰⁴⁸ PG Awb II, p. 464 (MvA). In de Memorie van Antwoord wordt gesproken van een ‘enkelvoudige relatie bestuursorgaan – burger’.

toegekend.¹⁰⁴⁹ De oorzaak van deze verslechtering van de rechts- of belangenpositie is gelegen in het beroep dat een ander heeft ingesteld en is niet het gevolg zijn eigen beroep tegen dit besluit. Van een reformatio in peius (in eigenlijke zin) is dan ook geen sprake. In een meerpartijengeding kan een belanghebbende, zolang het jegens hem genomen begunstigende besluit niet onherroepelijk is en derhalve ook door andere belanghebbenden ter beoordeling aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, aan dat besluit geenszins de (gerechtvaardigde) verwachting ontnemen, dat de in dat besluit vastgestelde of gehandhaafde rechts- of belangenpositie niet een voor hem nadelige wijziging zal ondergaan. Was dat anders, dan zou het openstellen van rechtsbescherming tegen besluiten, die zich laten kenmerken door betrokkenheid van verschillende belanghebbenden met aan elkaar tegengestelde belangen, ook zinloos zijn.

Biedt (materiële) rechtszekerheid een rechtvaardiging voor het huidige verbod van ambtshalve toetsing in meerpartijengedingen? Het is waar, dat door ambtshalve toetsing de materiële rechts- of belangenpositie van de ene procespartij kan verbeteren, terwijl die van een ander (uiteindelijk) kan verslechteren. Maar ook hier geldt dat procespartijen er steeds rekening mee hebben te houden dat een jegens hen genomen besluit c.q. een besluit waardoor zij rechtstreeks in hun belangen worden geraakt, in beroep door een rechterlijke uitspraak in voor hen in negatieve zin zal worden gewijzigd. Het gaat immers, juist omdat tegen die besluiten beroep is ingesteld, niet om rechtens onaantastbare besluiten. Voor procespartijen in meerpartijengedingen is het ook niet zo, dat (het toestaan van) ambtshalve toetsing onzekerheid bij belanghebbende teweegbrengt over het al dan niet standhouden van de bij het bestreden besluit vastgestelde of daarin gehandhaafde materiële rechts- of belangenpositie. Deze rechtsonzekerheid vloeit reeds voort uit het openstellen van rechtsbescherming tegen besluiten en duurt voort zolang op het beroep nog niet is beslist.

Geconcludeerd wordt dat in een meerpartijengeding rechtszekerheid van procespartijen met betrekking tot hun rechts- of belangenpositie geen argument is tegen ambtshalve toetsing. In een dergelijk geding verkeren procespartijen immers per definitie in onzekerheid over hun rechts- of belangenpositie die bij het bestreden besluit is vastgesteld of daarin is gehandhaafd.

6.5. Conclusies

In dit hoofdstuk is onderzocht of en zo ja in hoeverre rechtszekerheid van procespartijen een argument oplevert tegen ambtshalve toetsing. De aandacht is hierbij primair uitgegaan naar de betekenis van rechtszekerheid, die ziet op de bescherming of het behoud van een verworven of toegezegde materiële rechts-

¹⁰⁴⁹ De indiener van het beroep komt op tegen een voor hem 'belastend' voorschrift bij een vergunning, terwijl een derde opkomt tegen de vergunning zelf. Indien deze derde in het gelijk wordt gesteld, raakt de indiener van het beroep mogelijk uiteindelijk zijn vergunning kwijt. Dit is niet de inzet van zijn beroep is geweest.

of belangenpositie. Het huidige verbod van reformatio in peius is geworteld in het materiële rechtszekerheidsbeginsel c.q. het vertrouwensbeginsel en geldt alleen voor de indiener van het beroep in een tweepartijengeding en niet in een meerpartijengeding. In meerpartijengedingen hebben procespartijen veelal aan elkaar tegengestelde belangen. Zolang de beroepstermijn loopt, geldt voor allen die een belang hebben dat rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken, dat zij geen (rechts)zekerheid kunnen ontlenen aan de in dat besluit vastgestelde of gehandhaafde rechts- of belangenpositie. Deze kan, mocht daartegen een rechtsmiddel worden ingesteld, steeds worden gewijzigd door of ten gevolge van de rechterlijke uitspraak. Dit kan ten voordele van de ene en ten nadele van de andere belanghebbende zijn. Niet door ambtshalve toetsing, maar door het openstellen van rechtsbescherming tegen besluiten die meerdere belanghebbenden raken ontstaat onzekerheid bij de betrokken belanghebbenden over de bij die vastgestelde of daarin gehandhaafde rechts- of belangenposities. Indien ambtshalve toetsing geen gevolgen heeft voor de bij een besluit vastgestelde of gehandhaafde rechts- belangenpositie – deze blijft ongewijzigd – dan is de materiële rechtszekerheid voor geen van de procespartijen in het geding en werpt zij ook geen belemmering op tegen ambtshalve toetsing.

Vanuit het perspectief van het materiële rechtszekerheidsbeginsel c.q. het vertrouwensbeginsel is te verklaren waarom de indiener van het beroep in een tweepartijengeding niet ten gevolge van het door hem ingestelde beroep in een verslechterde rechtspositie mag geraken. Zou hij geen beroep hebben ingesteld, dan zou het bestuursorgaan in de regel ook niet mogen overgaan tot een geheel of gedeeltelijke intrekking van een reeds genomen en rechtens onaantastbaar geworden (begunstigend) besluit. Hoewel ook zou kunnen worden betoogd, dat de indiener van het beroep door het instellen van het beroep het risico neemt dat de in het bestreden besluit vastgestelde rechts- of belangenpositie ook ten nadele wordt gewijzigd – wat onder de procesregelingen van de voor de Awb, althans de Beroepswet en de Ambtenarenwet uitdrukkelijk zo was geregeld – beoogt het verbod van reformatio in peius deze ‘verworven’ rechts- en belangenpositie te beschermen. Dit ligt anders, indien de wetgever zelf heeft bepaald dat besluiten – ook al zijn deze rechtens onaantastbaar geworden – mogen worden herzien wegens strijd met het recht; voor die gevallen geldt het verbod van reformatio in peius niet.

De gevallen waarin zich ten gevolge van ambtshalve toetsing een verslechtering van de rechtspositie voor de indiener van het beroep zou kunnen voordoen, beperken zich tot een tweetal situaties: de een is die waarin de indiener van het beroep opkomt tegen een voor hem begunstigend besluit en hij verzoekt om verbetering van de in dat besluit vastgestelde rechts- of belangenpositie, de ander is dat een belastend besluit wordt aangevochten en het verzoek strekt tot een minder belastend besluit. Voor deze situaties is het denkbaar dat de bestuursrechter tot de conclusie komt, dat het in beroep bestreden begunstigende besluit überhaupt niet had mogen worden genomen respectievelijk dat het belastende karakter van het bestreden besluit juist verder had moeten strekken. In

beide gevallen zou een daartoe strekkende uitspraak een verslechtering van de rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep tot gevolg hebben. Materiële rechtszekerheid vormt dan een argument tegen ambtshalve toetsing. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt, dat dit ook in deze situaties niet zou behoeven te leiden tot een verbod van ambtshalve toetsing, omdat de uitspraak ook zou kunnen strekken tot een vernietiging van het bestreden besluit met instandhouding van de rechtsgevolgen.

Brengt ambtshalve toetsing geen wijzigingen mee in de rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep of verbetert deze juist daardoor, dan is van een inbreuk op de (materiële) rechtszekerheid van de indiener van het beroep geen sprake en vormt zij geen argument tegen ambtshalve toetsing.

Voor bestuursorganen geldt ook rechtszekerheid, deze ziet op de bescherming van een rechts- of belangenpositie, maar beoogt te voorkomen dat zij terug moeten komen op onaantastbare geworden besluiten. Zodra echter beroep wordt ingesteld, geldt voor bestuursorganen dat voor hen onzekerheid bestaat de in een bestreden besluit vastgestelde rechts- en belangenpositie; deze kan zich wijzigen, want is nu eenmaal de inzet van het tegen het besluit ingestelde beroep. Rechtszekerheid is dan ook vanuit het perspectief van bestuursorganen geen argument tegen ambtshalve toetsing, omdat onzekerheid over de rechtmatigheid van het bestreden besluit niet wordt gecreëerd door ambtshalve toetsing, doch reeds door (de mogelijkheid van) het instellen van beroep.

Op grond van het voorgaande wordt geconcludeerd dat materiële rechtszekerheid geen rechtvaardiging vormt voor een verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter aan materiële rechtsnormen.

Uit het voorgaande mag evenwel nog niet worden afgeleid, dat 'de rechtszekerheid' geen argument oplevert tegen ambtshalve toetsing. In 6.2. bleek immers dat rechtszekerheid andere betekenissen kent, waaronder die van kenbaarheid, voorspelbaarheid en tijdigheid, die voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing ook relevant kunnen zijn. Zo kan ambtshalve toetsing door de bestuursrechter onzekerheid voor de procespartijen teweegbrengen over de rechtsregels waarop het bestreden besluit door de bestuursrechter zal worden beoordeeld. Ook is voorstelbaar dat de rechtszekerheid door ambtshalve toetsing in het gedrang komt, indien de ambtshalve door de rechter bij te brengen beroepsgrond in het geheel niet of in een (laat) stadium bij procespartijen bekend wordt.¹⁰⁵⁰ Onderzocht dient derhalve te worden of en zo ja in welke mate deze andere aspecten van rechtszekerheid, in het bijzonder kenbaarheid en voorspelbaarheid met betrekking tot het verloop respectievelijk de uitkomst van de procedure, het huidige verbod van ambtshalve toetsing (kunnen) rechtvaardigen. Het gaat daarbij niet om materiële rechtszekerheid, maar om processuele rechtszekerheid, die betrekking heeft op de procespositie van partijen in de gerechtelijke procedure. Deze procespositie van partijen wordt gewaarborgd door een aantal beginselen

¹⁰⁵⁰ Zodat partijen worden overrompeld door de rechterlijke beslissing. vgl. Punt 1974, p. 299.

van (behoorlijke) rechtspraak. Zo worden de verdedigingsrechten van procespartijen door het verdedigingsbeginsel. Het beginsel van een redelijke termijn strekt tot waarborging van een tijdige afdoening van gerechtelijke procedures. Aan beide beginselen liggen rechtszekerheidsaspecten ten grondslag. In het volgende hoofdstuk zal worden onderzocht of en zo ja in hoeverre deze beginselen, de rechtszekerheidsaspecten daaronder begrepen, relevant zijn voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing en of zij het huidige verbod van ambtshalve toetsing rechtvaardigen. Daarnaast worden ook enkele andere beginselen die met dit verbod in verband zijn gebracht – waaronder het beginsel van rechterlijke onpartijdigheid – aan de orde gesteld. De zoektocht naar rechtvaardiging(en) voor het huidige verbod van ambtshalve toetsing verschuift daarmee van het materiële bestuursrecht naar het bestuursprocesrecht zelf.

Hoofdstuk 7. Procesrechtelijke beginselen als rechtvaardiging voor het verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter

7.1. Beginselen van behoorlijke rechtspraak en de goede procesorde

In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord of en zo ja in hoeverre het huidige verbod van ambtshalve toetsing valt te verklaren uit het procesrecht zelf. Het onderzoek richt zich daarbij in het bijzonder op beginselen die aan (ieder bestuurs)procesrecht ten grondslag (behoren te) liggen. Met het oog op het waarborgen van de behoorlijkheid van de rechtspraak zijn in de loop der decennia¹⁰⁵¹ beginselen tot stand gekomen, waaraan gerechtelijke procedures tenminste dienen te voldoen.¹⁰⁵² De in het Nederlandse bestuursrecht algemeen aanvaarde beginselen van behoorlijke rechtspraak zijn het decisiebeginsel (waaronder het recht op toegang tot de rechter en het beginsel van de redelijke termijn), het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, het onpartijdigheidsbeginsel, het verdedigingsbeginsel en het motiveringsbeginsel.¹⁰⁵³ Naast deze beginselen met betrekking tot de behoorlijkheid van de procedure wordt (het beginsel van¹⁰⁵⁴) de goede procesorde onderscheiden¹⁰⁵⁵, dat ziet op een ordelijk, overzichtelijk, doelmatig en voortvarend verloop van de gerechtelijke procedure.

De beginselen van behoorlijke rechtspraak zijn rechtsbeginselen, die zich manifesteren als rechtsnormen waaraan een behoorlijke procedure tenminste dient te

¹⁰⁵¹ Het is De Waard 1987 die op uitvoerige en baanbrekende wijze de beginselen van behoorlijke rechtspleging heeft beschreven. Naar zijn werk wordt in de literatuur ook nu nog – gezezen kan worden op Van Hoogen 2007 en Wenders 2010 - nog altijd veelvuldig verwezen. De indeling van De Waard wordt ook in dit onderzoek gevolgd.

¹⁰⁵² De benamingen voor deze beginselen zijn, gelet op de literatuur, overigens uiteenlopend. Ook wordt wel gesproken van ‘beginselen van behoorlijk procesrecht’, Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 560 e.v. en Evaluatie hoger beroep 2001, p. 38. Anders dan De Waard 1987 en Evaluatie in hoger beroep 2001 maken Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011 geen onderscheid tussen de *behoorlijkheid* van procesorde en het *ordelijke en doelmatige* verloop ervan (zie over dat onderscheid hieronder). Van de Griend 2007, p. 40 en De Waard 2001, p. 148 e.v spreken van beginselen van een behoorlijke of goede procesorde.

¹⁰⁵³ Dit zijn de beginselen die door De Waard 1987 zijn onderscheiden en die ook thans nog als zodanig worden erkend. Vgl. Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 560 e.v.; Schreuder-Vlasblom, 2008, p. 58-66.

¹⁰⁵⁴ De Waard 1987, p. 112-119 alsmede De Waard 2001, p.149-151. De Waard spreekt overigens van *de term* de goede procesorde en niet van een *beginsel* van goede procesorde. In Evaluatie hoger beroep 2001 wordt naast het verdedigingsbeginsel, het beginsel van de redelijke termijn en finaliteit, wel over een beginsel van goede procesorde gesproken. Het HvJ EU spreekt in dit verband over het ‘beginsel van een goed verloop van de procedure’.

¹⁰⁵⁵ De Waard erkent overigens dat het onderscheid tussen behoorlijkebeginselen en die welke zien op de goede procesorde lang niet altijd goed is te maken, doch dat het onderscheid vooral zinvol is waar beide strijden om voorrang. Met de goede procesorde kan een evenwicht worden betracht tussen vooral het verdedigingsbeginsel en de effectiviteitsoverwegingen aldus Evaluatie hoger beroep 2001 dan wel tussen de doelmatigheid en de behoorlijkheid (De Waard 1987, p. 114). Op de goede procesorde zal hieronder in dit hoofdstuk nog nader worden ingegaan.

voldoen. Beginselen van behoorlijke rechtspraak dienen als rechtsbeginselen te worden onderscheiden van beginselen die bepaalde grondtrekken, karakteristieken of wenselijkheden voor bepaalde vormgeving van een procesrecht inhouden.¹⁰⁵⁶ Daarnaast wordt onderscheid gemaakt tussen beginselen van behoorlijke rechtspleging en ‘inrichtingseisen’, die eveneens zijn gericht op het bereiken van een in kwalitatief opzicht goede procedure, maar die het karakter van rechtsbeginsel ontberen en (derhalve) slechts na ingrijpen van een wetgever als rechtsnorm laten kenmerken.¹⁰⁵⁷

De beginselen van behoorlijke rechtspraak zijn vooral tot ontwikkeling gekomen onder invloed van art. 6 EVRM.¹⁰⁵⁸ Art. 6 EVRM bevat minimumnormen voor rechtspraak¹⁰⁵⁹ en is een belangrijke inspiratiebron (geweest) voor deze beginselen. De ontwikkeling van beginselen van behoorlijke rechtspraak en hun betekenis is echter niet uitsluitend afhankelijk van art. 6 EVRM. Ook buiten de werkingsfeer van art. 6 EVRM zijn deze beginselen echter terug te vinden.¹⁰⁶⁰ Dit is in de eerste plaats van belang voor bestuursrechtelijke geschillen, waarop art. 6 EVRM (nog steeds) niet van toepassing is.¹⁰⁶¹ De beginselen van behoorlijke rechtspraak zijn dat wel. In de tweede plaats is art. 6 EVRM een grondrecht dat strekt ter bescherming van een individu tegen de overheid. Om die reden komt de overheid in beginsel – tenzij het gaat om een bestuursorgaan die een met een burger vergelijkbare positie heeft – geen bescherming toe op grond van art. 6 EVRM.¹⁰⁶² De beginselen van behoorlijke rechtspraak beogen evenwel geen grondrechtelijke bescherming, maar een behoorlijk proces te reguleren voor de procespartijen. Zij gelden om die reden ook voor bestuursorganen en zij kunnen derhalve ook voor hen ten voordele strekken in een geschil met een burger.¹⁰⁶³

De beginselen van behoorlijke rechtspraak richten zich tot zowel de wetgever als de rechter. De wetgever dient bij het ontwerpen van een procesregeling ervoor te zorgen dat deze aan de beginselen van behoorlijke rechtspraak voldoet;

¹⁰⁵⁶ De Waard 1987, p. 103-104.

¹⁰⁵⁷ De Waard 1987, p. 108-109. De Waard noemt het voorbeeld van rechtspraak in twee instanties, dat niet als rechtsbeginsel geldt, maar slechts na vaststelling door een wetgever verwordt tot rechtsregel. Ook het openbaarheidsvereiste wordt door hem niet als beginsel, maar als inrichtingsvereiste aangemerkt (p. 110).

¹⁰⁵⁸ De Waard 1987, p. 7 en 124.

¹⁰⁵⁹ Lawson 2009, p. 307.

¹⁰⁶⁰ De Waard 1987, p. 124. Volgens de Waard zijn de beginselen van behoorlijke rechtspleging ook te herleiden tot wetgeving en (nationale) rechtspraak.

¹⁰⁶¹ Art. 6 EVRM is niet van toepassing op procedures met betrekking tot belastingen (EHRM 21 juli 2001, Ferrazzini t. Italië, EHRC 2001/57 m.nt. Heringa, AB 2004 m.nt. Barkhuysen, NJ 2004/435 m.nt. Alkema) en de toelating, verblijf en uitzetting van vreemdelingen (EHRM 5 oktober 2000, Maaouia t. Frankrijk, EHRC 2000/84 m.nt. Heringa AB 200, 80 m.nt. Battjes. Onder voorwaarden is art. 6 inmiddels wel toepassing op ambtenarengeschillen (EHRM 19 april 2007, Vilho Eskelinen e.a. t. Finland, EHRC 2007/82 m.nt. Geurink).

¹⁰⁶² Barkhuysen 2004, p. 35.

¹⁰⁶³ Wenders 2010, p. 66.

procesregelingen mogen daarmee niet in strijd zijn.¹⁰⁶⁴ De rechter dient in een hem voorgelegd geval te beoordelen of een of meer beginselen van behoorlijke rechtspraak zijn geschonden. Het kan zijn dat de procesregeling zelf daarmee strijdig is, maar vaker komt voor dat het een (vermeende) schending betreft van die beginselen bij het geven van toepassing van die regeling in een concreet geval.¹⁰⁶⁵ Omdat de beginselen van behoorlijke rechtspraak zich opdringen als rechtsnormen waaraan ook het bestuursprocesrecht van de Awb zelf dient te voldoen, wordt hieronder in het bijzonder onderzocht of en zo ja in hoeverre (één van) deze beginselen nopen tot het instellen van een verbod van ambtshalve toetsing. Het is echter niet noodzakelijk omdat voor alle beginselen te doen: de beginselen die zien op onafhankelijkheid van de rechter en de motiveringsplicht van uitspraken zijn voor het vraagstuk van ambtshalve toetsing niet relevant. Welke wel van belang kunnen worden geacht is in rechtspraak van het CBB en het Hof van Justitie EU terug te vinden. Op aangeven van het CBB, die stelde dat ter zake van ambtshalve onderzoek van gronden die niet door verzoekers in de hoofdgedingen zijn aangevoerd in de civielrechtelijke procedure die in de zaken van Schijndel en Van Veen¹⁰⁶⁶ centraal stond niet verschilt van de bestuursrechtelijke procedure¹⁰⁶⁷, is door het HvJ EU (ook) wat betreft de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing in het bestuursprocesrecht als volgt overwogen:

‘Het Hof heeft vastgesteld dat deze beperking van de bevoegdheid van de nationale rechter haar rechtvaardiging vindt in het beginsel dat het initiatief voor een procedure bij de partijen ligt en dat de rechter bijgevolg alleen in uitzonderingsgevallen, in het openbaar belang, ambtshalve kan optreden. Dit beginsel beschermt de rechten van de verdediging en verzekert een goed verloop van de procedure, met name doordat de vertraging waartoe de beoordeling van nieuwe rechtsgronden leidt, wordt voorkomen (zie in die zin arrest Van Schijndel en Van Veen, reeds aangehaald, punt 21).’¹⁰⁶⁸

Opmerkelijk is dat het hof in deze overweging de rechten van de verdediging en het goede verloop van de procedure zelf niet aanmerkt als beginselen, maar de bescherming respectievelijk de verzekering daarvan afleidt uit – wat wel in deze rechtsoverweging door het hof wel als beginsel wordt aangemerkt – het initiatief van partijen om een procedure te beginnen. In rechtsoverweging 33 spreekt het Hof echter wel uitdrukkelijk over het beginsel van de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van het goede verloop van de procedure. Deze beginselen zijn niet louter van een nationaalrechtelijke aard, maar betreffen ook algemene, door het Hof van Justitie

¹⁰⁶⁴ De Waard 1987, p. 395.

¹⁰⁶⁵ De Waard 1987, p. 405.

¹⁰⁶⁶ HvJ EU 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (Van Schijndel en Van Veen)

¹⁰⁶⁷ CBB 17 mei 2005, AWB 02/1962, AB 2005, 282.

¹⁰⁶⁸ Arrest 7 juni 2007, C-222/05 t/m C-225/05 (Van der Weerd e.a), r.o. 35.

erkende rechtsbeginselen.¹⁰⁶⁹ Voorts is het bijzonder dat het Hof van Justitie het initiatief van partijen ook voor het bestuursrecht als een beginsel aanmerkt waaruit de beperking van ambtshalve toetsing tot uitzonderingsgevallen voortvloeit. Weliswaar heeft voor het bestuursrecht altijd als uitgangspunt gegolden dat het initiatief tot het aanvechten van een bestuursbesluit in handen ligt van een belanghebbende¹⁰⁷⁰, maar op de omvang van het geding (en het daarmee samenhangende verbod van ambtshalve toetsing) is dit uitgangspunt niet van invloed geweest. Hier en daar is in de bestuurs(proces)rechtelijke literatuur wel een zodanig verband gelegd¹⁰⁷¹, doch daarmee wordt het dwingendrechtelijke juridische kader waarbinnen besluiten als object van bestuursrechterlijke beoordeling tot stand worden gebracht, miskend. Of de aanlegger van het geding kan bepalen dat de rechter alleen de door hem aangevoerde gronden beoordeelt, hangt samen met de aard van het materiële recht dat de rechter tot gelding heeft te brengen, niet van het uitgangspunt dat een belanghebbende bepaalt of hij over een jgens hem genomen besluit een rechterlijk oordeel wenst.

Volgens het Hof van Justitie EU kunnen het verdedigingsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een goed verloop van de procedure¹⁰⁷² aan een procesrechtelijke regel ten grondslag liggen. Het hof ziet deze beginselen als 'rechtvaardigingen' voor een nationaal verbod op ambtshalve toetsing en accepteert daarmee dat deze 'rechtvaardigingen' indirect ten grondslag liggen aan het niet-ambtshalve toetsen van besluiten aan communautair recht door nationale rechters.¹⁰⁷³

In de literatuur, niet in de wetsgeschiedenis of rechtspraak, is het onpartijdigheidsbeginsel wel genoemd als argument tegen ambtshalve toetsing. Of in de eis van rechterlijke onpartijdig een rechtvaardiging gelegen voor het huidige verbod van ambtshalve toetsing wordt aan het slot van dit hoofdstuk onderzocht.

¹⁰⁶⁹ R.J.G.M. Widdershoven in zijn noot (punt 4) onder Hof van Justitie EU 25 november 2008, nr. C-455/06

¹⁰⁷⁰ Zelfs de ontwerpregeling van de Staatscommissie – Kappeyne van de Copello en die welke afkomstig was van Loeff, welke voorstellen getuigen van een zeer principiële keuze van objectieve rechtmatigheidstoetsing en die voorzagen in ruime bevoegdheden, zoals ambtshalve toetsing, de mogelijkheid van reformatio in peius en de onmogelijkheid van het intrekken van een aanhangig beroep, kenden als uitgangspunt dat een belanghebbende een beroepszaak aanhangig diende te maken bij de rechter.

¹⁰⁷¹ Schreuder-Vlasblom 2011, p. 45.

¹⁰⁷² Dat hieronder onder de benaming 'de goede procesorde' aan de orde zal worden gesteld.

¹⁰⁷³ Hoewel het rechtszekerheidsbeginsel niet expliciet wordt genoemd in de geciteerde rechtsoverweging met betrekking tot ambtshalve toetsing, wordt dit beginsel wel genoemd als beginsel dat aan een nationaal stelsel van rechtspleging ten grondslag kan liggen. Bovendien heeft het hof bepaald dat het rechtszekerheidsbeginsel (dat aan het nationale verbod van reformatio in peius ten grondslag ligt) in de weg kan staan aan ambtshalve toetsing, vgl. HvJ EU 25 november 2008, C-455/06 (Schaap / Heemskerk).

7.2. Het verdedigingsbeginsel en ambtshalve toetsing

7.2.1. Het verdedigingsbeginsel: deelaspecten

Het verdedigingsbeginsel strekt ter bescherming van de rechten van de verdediging. Dit beginsel wordt ook wel het beginsel van ‘hoor en wederhoor’ genoemd. Een aantal deelaspecten van dit beginsel wordt ook wel gerekend tot (het beginsel van) de goede procesorde. Het verdedigingsbeginsel moet worden beschouwd als ‘hoor en wederhoor’ in de ruime zin. Het verdedigingsbeginsel beoogt te voorkomen dat ‘recht wordt gedaan op onbekende stukken, en dat een partij met relevante informatie ‘overvallen’ wordt op een moment dat een adequate reactie in redelijkheid niet meer verlangd kan worden.’¹⁰⁷⁴ De verdedigingsrechten die gerespecteerd dienen te worden in een bestuursrechterlijke procedure zijn de volgende: het recht op informatie over de aanvang en het onderwerp van het geding, de kenbaarheid van de stukken en de argumenten, de gelegenheid om daarop te kunnen reageren en de gelegenheid (daarover) door de rechter te worden gehoord.¹⁰⁷⁵ Daarnaast stelt het verdedigingsbeginsel eisen aan de wijze waarop partijen hun standpunten (moeten) inbrengen en aan de wijze waarop zij in staat moeten worden gesteld om over en weer op elkaars standpunten te reageren.¹⁰⁷⁶ De te onderscheiden verdedigingsrechten impliceren een gelijke behandeling van de procespartijen, zij dienen te beschikken over gelijke proceskansen. De rechter dient er derhalve in een gedingvoering voor te waken, dat procespartijen in gelijke mate gelegenheid krijgen om hun standpunten over het voetlicht te brengen in de procedure.¹⁰⁷⁷ Behalve dit ‘evenwicht’ in de procesvoering, dienen deze proceskansen ook ‘goed en voldoende’ te zijn hetgeen meebrengt dat partijen voldoende gelegenheid behoren te krijgen voor een goede voorbereiding van het eigen standpunt; ook daarin dienen zij gelijk te worden behandeld.¹⁰⁷⁸

Het verdedigingsbeginsel betreft derhalve niet alleen hoor en wederhoor in enge zin, dat wil zeggen het recht van procespartijen om informatie te verschaffen en te ontvangen tijdens het rechtsgeding, maar evenzeer het daarmee verbonden recht om – met inachtneming van een redelijke termijn – te mogen reageren op standpunten van de wederpartij. Het is vooral dit laatstgenoemde aspect, het recht op het mogen voeren van een goede verdediging binnen een redelijke termijn, dat door sommige auteurs wel wordt geduid als de ‘goede’ of ‘behoorlijke’ procesorde¹⁰⁷⁹, terwijl anderen hiervoor juist de term ‘verdedigingsbeginsel’

¹⁰⁷⁴ De Waard 1987, p. 246.

¹⁰⁷⁵ Die door De Waard voor het eerst in zijn dissertatie zijn uitgewerkt, vgl. De Waard 1987, p. 246-247 en in de literatuur navolging heeft gekregen Ten Berge 1999, p. 49.

¹⁰⁷⁶ De Waard 1987, p. 302 e.v.; Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 577.

¹⁰⁷⁷ ‘Equality of arms’, vgl. De Waard 1987, p. 247.

¹⁰⁷⁸ ‘Equantity of arms’, vgl. De Waard, p. 247.

¹⁰⁷⁹ Zoals Crommelin die het begrip verdedigingsbeginsel in het geheel niet hanteert, doch uitsluitend spreekt over het beginsel van hoor en wederhoor en het beginsel van behoorlijke procesorde, vgl. Crommelin 2007, p. 240-245.

reserveren, waarbij zij het verschaffen en ontvangen van informatie scharen onder het beginsel van 'hoor en wederhoor in enge zin'.¹⁰⁸⁰ Wat er ook zij van deze verschillende benamingen, de genoemde deelaspecten worden algemeen geaccepteerd als verdedigingsrechten.

Hoewel het verdedigingsbeginsel als zodanig in Nederlandse wetgeving niet is gecodificeerd¹⁰⁸¹, zijn de eisen daarvan her en der in de Awb wel geconcretiseerd.¹⁰⁸² Ook in communautair verband wordt over het verdedigingsbeginsel gesproken. Voor het communautaire bestuurs(proces)recht geldt dat het verdedigingsbeginsel door het HvJ EU wordt beschouwd als een grondrecht, dat de hierboven vermelde deelaspecten omvat, maar het heeft daarnaast ook betrekking de relatie tussen bestuur en burgers.¹⁰⁸³ Voor het niet-communautaire bestuurs(proces)recht wordt het verdedigingsbeginsel geacht besloten te liggen in art. 6 EVRM, meer in het bijzonder in het daarin verwoorde recht op een *eerlijk* proces ('fair hearing'). Deze verdragsrechtelijke bepaling is op vrijwel alle bestuursrechtelijke gerechtelijke procedures van toepassing. Voor de enkele deelrechtsgebieden, waarvoor art. 6 EVRM (nog) niet geldt, volgt uit ongeschreven (rechters)recht, dat de rechten van de verdediging bescherming verdienen. Opmerking verdient dat de hierbovengenoemde deelaspecten van het verdedigingsbeginsel ook in de rechtspraak van het EHRM worden erkend.¹⁰⁸⁴

7.2.2. Het verdedigingsbeginsel: rechtvaardiging voor een verbod?

De bestuursrechter heeft toe te zien op de juiste naleving van de verdedigingsrechten die de procespartijen hebben. De rechter is adressaat van het verdedigingsbeginsel.¹⁰⁸⁵ Niet alleen proceshandelingen van procespartijen worden door de rechter in het licht van dit beginsel beoordeeld, de uit het verdedigingsbeginsel voortvloeiende verdedigingsrechten dienen ook in acht te worden genomen voor situaties waarin de rechter al dan niet ambtshalve een processuele bevoegdheid aanwendt.¹⁰⁸⁶ De verdedigingsrechten dienen derhalve evenzeer door de bestuursrechter te worden geëerbiedigd, wanneer deze ambtshalve van een bevoegdheid gebruik maakt. De bestuursrechter die beslist tot het inschakelen

¹⁰⁸⁰ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 577.

¹⁰⁸¹ In de Grondwet is geen bepaling te vinden. Schreuder-Vlasblom ziet het verdedigingsbeginsel gecodificeerd in art. 8:69 Awb, omdat 'de rechter zijn oordeel [moet] baseren op wat voor partijen tijdens het proces kenbaar en betwistbaar en met in achtneming van de goede procesorde is aangevoerd, verzocht en overgelegd', Schreuder-Vlasblom 2008, p. 287-288.

¹⁰⁸² Zoals art. 8:42 (insturen van een verweerschrift en de op de zaak betrekking hebbende stukken door het verwerende bestuursorgaan) en 8:43 (gelegenheid tot re- en dupliek, waarbij de rechtbank de termijnen vaststelt), art. 8:45 (het verschaffen van inlichtingen door partijen aan de rechtbank) maar ook het recht om op een zitting aanwezig te zijn en daar het woord te voeren (art. 8:57).

¹⁰⁸³ Evaluatie Awb III 2007, p. 52-54.

¹⁰⁸⁴ Van der Velde 2004.

¹⁰⁸⁵ Wenders 2010, p. 94.

¹⁰⁸⁶ Crommelin 2007, p. 240.

van een deskundige, dient beide procespartijen de gelegenheid te geven om op een door de deskundige uitgebracht verslag een mondelinge of schriftelijke reactie te geven. Dit geldt ook voor ambtshalve door de rechter in het geding gebrachte feiten of rechtsgronden.¹⁰⁸⁷ Niet alleen dient de rechter deze aanvulling van feiten of rechtsgronden aan procespartijen kenbaar te maken, ook dient aan procespartijen gelegenheid te worden geboden over die ambtshalve aangevulde feiten of rechtsgronden hun standpunt kenbaar te maken. Hetzelfde geldt voor ambtshalve toetsing: het verdedigingsbeginsel verzet zich er tegen wanneer in het geval van ambtshalve toetsing (aan voorschriften van openbare orde) procespartijen niet door de bestuursrechter in de gelegenheid worden gesteld om hun licht te laten schijnen over de ambtshalve te toetsen kwestie.¹⁰⁸⁸ Uit het verdedigingsbeginsel vloeit derhalve voort dat de bestuursrechter zijn uitspraak slechts mag baseren op rechtsgronden en feiten, die tijdens de procedure (door hem) aan de orde zijn gesteld. Gebeurt dat niet, dan kan sprake zijn van ‘verrassingsbeslissingen’ voor procespartijen. Dergelijke beslissingen zijn niet alleen in strijd met het deelaspect van ‘hoor en wederhoor’ in enge zin, maar ook met de (processuele) rechtszekerheid. Het verdedigingsbeginsel stelt derhalve aan het ambtshalve uitoefenen van bevoegdheden door de bestuursrechter – ambtshalve toetsing daaronder begrepen – in zoverre een grens, dat procespartijen daardoor niet mogen worden overvallen. Al staan de te toetsen voorschriften procespartijen niet ter vrije beschikking en al heeft de rechter over de juiste toepassing daarvan de eindverantwoordelijkheid, de verdedigingsrechten van hoor en wederhoor in enge zin nopen de bestuursrechter tot het, ten eerste, aan procespartijen kenbaar maken van de ambtshalve te toetsen grond én, ten tweede, het bieden van voldoende gelegenheid aan procespartijen om zich over de voorgenomen ambtshalve toetsing en het daardoor teweeg te brengen rechtsgevolg uit te laten.

Geconcludeerd wordt dat het verdedigingsbeginsel ook in acht dient te worden genomen in geval van ambtshalve toetsing. De bevoegdheid tot ambtshalve toetsing wordt derhalve genormeerd door het verdedigingsbeginsel. Het toepassing geven aan de uit dit beginsel voortvloeiende rechten kan meebrengen dat een zitting later moet worden gepland of dat een reeds geappointeerde zitting zal moeten worden uitgesteld, omdat partijen – uit hoofde van het verdedigingsbeginsel (en de daarmee samenhangende processuele rechtszekerheid voor partijen) – gelegenheid moet worden geboden zich op de ambtshalve ingebrachte grond voor te bereiden. In het geval de bestuursrechter de ambtshalve te toetsen grond ter zitting opwerpt, zal de zitting moeten worden geschorst in verband met de noodzaak van het bieden van voldoende gelegenheid aan partijen om daarop te reageren. Zo mogelijk is nader onderzoek noodzakelijk. Stuit de rechter tijdens de beraadslaging of tijdens het concipiëren van de uitspraak – derhalve na

¹⁰⁸⁷ ABRvS 21 februari 2007, JB 2007,74.

¹⁰⁸⁸ CbB 29 juni 2012 LJN: BW9888, CRvB 17 november 2006, AB 2007, 288 m.nt. Bolt; CRvB 16 december 1999, AB 2000, 133 m.nt. HH; CRvB 2 december 1999, TAR 2000, 23 en ABRvS 9 juni 2004, AB 2004, 408. Brugman 2005, p. 266, onder verwijzing naar HR 19 november 2004, JB 2005, 3 m.nt. R.M.P.G. N-C.; Willemsen 2005, p. 17.

sluiting van de zitting – op een niet eerder ontdekt gebrek in het besluit, dan zal de zaak moeten worden heropend, teneinde partijen de mogelijkheid te geven te reageren. In al deze mogelijkheden van uitstel wordt (ook) door het huidige bestuursprocesrecht voorzien. Het antwoord op de vraag of de uit het verdedigingsbeginsel voortvloeiende verdedigingsrechten van hoor en wederhoor (‘in enge zin’) alsmede ‘het bieden van voldoende en goede kansen om een standpunt in te nemen’ in de weg staan aan de bevoegdheid om een besluit ambtshalve aan het recht te toetsen en voor het huidige (overwegend) verbod daarop een rechtvaardiging vormen, dient derhalve ontkennend te worden beantwoord.¹⁰⁸⁹ Wel kan ambtshalve toetsing, juist door de verplichting om aan voornoemde verdedigingsrechten toepassing te moeten geven, leiden tot een vertraging van de procedure, zeker in het geval de bestuursrechter de ambtshalve te toetsen grond in een laat stadium van het proces aan de partijen voorhoudt. De vraag is in dat geval in hoeverre vertraging in de procedure rechtens ontoelaatbaar is. Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden, dient eerst te worden onderzocht of de afdoening van zaken door de bestuursrechter rechtens is genormeerd en vervolgens, indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, of en zo ja in welke gevallen ambtshalve toetsing door de bestuursrechter al dan niet leidt tot overschrijding van deze afdoeningstermijn en daardoor vertraging oplevert van de gerechtelijke procedure.

De termijn(en) voor afdoening van bestuursrechterlijke zaken worden genormeerd door het beginsel van een redelijke termijn en (het beginsel van de) goede procesorde. Hieronder wordt nagegaan of en zo ja in hoeverre zij het huidige verbod van ambtshalve toetsing rechtvaardigen.

7.3. Afdoeningstermijnen en ambtshalve toetsing

7.3.1. Vertraging in de procedure door ambtshalve toetsing

Door ambtshalve toetsing wordt het tussen partijen (schriftelijk) gevoerde debat over een of meer gebreken in een bestreden besluit uitgebreid. Deze uitbreiding van het geschil over het bestreden besluit maakt dat het vooronderzoek in de regel langer zal duren. Er zullen zich gevallen voordoen, waarin de rechter tijdens de bestudering van het dossier vrij eenvoudig een min of meer evident gebrek in het bestreden besluit op het spoor komt, maar het kan ook lastiger zijn. Soms zal daartoe een nadere studie van regelgeving, rechtspraak of literatuur

¹⁰⁸⁹Dit is ook de opvatting van Schreuder-Vlasblom. Volgens Schreuder-Vlasblom kan het verdedigingsbeginsel de rechter er niet van weerhouden, dat hij buiten de aangevoerde stellingen en argumenten om het bestreden besluit beoordeelt. Zij houdt het erop, dat het verbod daartoe niet uit het verdedigingsbeginsel moet worden afgeleid doch uit de ‘herhaalde, consistente en onbestreden uitlatingen in de wetsgeschiedenis’. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 287-288. Ook uit De Waard 1987 is niet af te leiden dat het verdedigingsbeginsel in de weg staat aan ambtshalve toetsing. Dat De Waard niet tot een deze gevolgtrekking is gekomen, verbaast overigens niet. Zijn onderzoek heeft betrekking op de procesregelingen van vóór de Awb; onder deze regelingen gold geen verbod van ambtshalve toetsing.

moeten worden verricht. Ook is denkbaar, dat partijen nadere opheldering over de feiten zal moeten worden gevraagd, wat ook weer aanleiding kan geven tot het instellen van nader onderzoek naar die feiten. Ambtshalve toetsing neemt derhalve enige tijd in beslag, maar hoeveel dat is, is op voorhand niet te bepalen. Al zou een gebrek in een besluit zeer evident zijn en geen nader onderzoek of vragen aan partijen vergen, steeds zal partijen uit hoofde van het verdedigingsbeginsel natuurlijk gelegenheid moeten worden geboden om met in achtneming van een redelijke voorbereidingstermijn zich uit te laten over een door de bestuursrechter ambtshalve opgeworpen gebrek in het bestreden besluit. Gemiddeld genomen zal deze termijn toch tenminste een aantal weken moeten beslaan. Behalve deze extra tijd die is gemoeid met ambtshalve toetsing, zal de bestuursrechter in zijn uitspraak ook één of meer rechtsoverwegingen dienen te wijden aan de rechtsgevolgen van de ambtshalve door hem in het geding gebrachte grond(en). De oordeelvorming hierover en de schriftelijke verslaglegging daarvan in de uitspraak nemen eveneens enige tijd in beslag.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het vooronderzoek door ambtshalve toetsing langer duurt en dat, in vergelijking met de situatie waarin niet ambtshalve wordt getoetst, de zitting enige tijd later zal kunnen worden gepland. Ambtshalve toetsing leidt derhalve tot een zekere vertraging in de afdoening van een beroepszaak, althans vergeleken met de situatie waarin in die beroepszaak niet ambtshalve getoetst zou mogen worden. Volgens het HvJ EU kan deze vertraging een rechtvaardiging zijn voor een verbod van ambtshalve toetsing door (bestuurs)rechters van de afzonderlijke lidstaten.¹⁰⁹⁰ Vertraging die met ambtshalve toetsing gepaard kan gaan, is blijkens de Awb-wetsgeschiedenis geen reden geweest voor een verbod daarop. Het zou ook een nogal 'gezocht' en uitsluitend op het verbieden van ambtshalve toetsing gericht argument zijn, omdat de procedure immers niet alleen daardoor kan worden vertraagd, maar ook door (een van de) partijen. Ook als zij in de loop van de procedure het geschil uitbreiden door het aanvoeren van nieuwe gronden, zal de wederpartij gelegenheid moet worden geboden daarop te reageren en zal ook dan de rechter hieraan een extra overweging in zijn uitspraak moeten wijden. Hetzelfde geldt voor het in het geding brengen van een nieuw argument ter onderbouwing van een reeds aangevoerd standpunt of een toelichtend stuk. Wanneer vertraging als doorslaggevend argument tegen ambtshalve toetsing wordt gehanteerd, dan zou dat ook moeten gelden voor het toestaan van uitbreiding van het geschil door (een der) partijen. Dit is als regel echter niet het geval, hetgeen ook wordt onderkend in bestuursrechtspraak. Volgens vaste rechtspraak staat er immers 'geen rechtsregel' aan in de weg dat in de loop van de procedure nog nieuwe gronden worden aangevoerd, tenzij dat strijd met de goede procesorde oplevert. Slechts in enkele bijzondere wettelijke regelingen heeft de wetgever op grond van bijzondere motieven een uitzondering gemaakt op deze algemene regel. Het in de loop van een procedure uitbreiden van het geschil is derhalve in beginsel steeds toegela-

¹⁰⁹⁰ En daarmee wordt ook het verbod gerechtvaardigd van het niet ambtshalve behoeven te toetsen door de bestuursrechter van besluiten aan communautaire voorschriften.

ten; het enkele feit dat dit de afdoening van een beroepszaak vertraagt vormt nog geen beslissend argument tegen een dergelijke uitbreiding van het geschil door partijen of de bestuursrechter. Dit ligt anders indien deze vertraging leidt tot schending van andere juridische normen. Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan de gemaximeerde afdoeningstermijn die is neergelegd in art. 6 EVRM. Is de kans op overschrijding van de ‘redelijke termijn’ ten gevolge van ambts-halve toetsing aanzienlijk, dan kan daarin een rechtvaardiging zijn gelegen voor een verbod daarop. Hieronder wordt dit nader onderzocht.

7.3.2. De maximale behandelingsduur volgens art. 6 EVRM

Art. 6 EVRM behelst (onder meer) de norm dat de berechting van een geschil binnen een redelijke termijn dient plaats te vinden. Omdat het hier gaat om een rechtsnorm, zijn aan de schending van die norm ook rechtsgevolgen verbonden.¹⁰⁹¹ Art. 6 EVRM, en derhalve ook de daarin bepaalde redelijke termijn, is op vrijwel het gehele bestuursrecht van toepassing, zo bleek al eerder. Voor besluiten inhoudende het opleggen van een punitieve sanctie volgt dat uit het derde lid en voor overige bestuursrechtelijke besluiten vloeit dat voort uit het eerste lid van art. 6 EVRM. In 2008 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overigens bepaald, dat het redelijke termijnvereiste ook geldt voor bestuursrechtelijke beroepszaken, waarop art. 6 EVRM niet van toepassing is.¹⁰⁹² Voor deze zaken vloeit de rechtsnorm van de redelijke termijn voort uit het algemeen aanvaarde rechtszekerheidsbeginsel, dat (volgens de Afdeling) mede aan art. 6 EVRM ten grondslag ligt.¹⁰⁹³

Voor bestuursrechtelijke geschillen, waarin ‘civil rights and obligations’ worden vastgesteld, ligt de aanvang van het geschil, vanwege de omstandigheid dat in de regel een voorprocedure dient te worden gevolgd, meestal al voor de aanvang van de procedure bij de rechter. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM geldt

¹⁰⁹¹ Er moet dan een schadevergoeding worden toegekend. Dit is vaste rechtspraak sinds EHRM 6 april 2000, EHRC 2000, 47 par. 29 (Comingersoll/Potugal) m.nt. J. Van der Velde. Ook de Nederlandse bestuursrechter kent vergoedingen toe, zie o.m. ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en CRvB 11 juli 2008, AB 2008, 241 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

¹⁰⁹² Zoals dat het geval is voor de toelating- en uitzetting van vreemdelingen, Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat het vreemdelingenrecht (procedures over de binnenkomst, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen) niet valt binnen het bereik van art. 6 EVRM (EHRM Maaouia, NJ 2002, 424; NJCM-Bulletin 2001, p. 762 e.v. m.nt. Kuijer, EHRC 2000, 84 m.nt. Heringa). Voor fiscale geschillen geldt dit ook (EHRM Ferrazzini, AB 2004, 400. EHRM 12 juli 2001, AB 2004, 400 m.nt. Barkhuysen en NJ 2004, 435 m.nt. Alkema, NJCM-Bulletin 2002, p. 400 e.v. m.nt. Bender & Douma). Sinds het arrest Eskelinen, AB 2007, 317 van het EHRM vallen de meeste ambtenarenzaken wel onder het bereik van art. 6 EVRM, namelijk geschillen over aanstelling, bevordering, salariëring, ontslag e.d. EHRM 19 april 2007, EHRC 2007, 82 m.nt. Geurink, NJ 2007, 375 m.nt. Alkema en AB 2007, 317 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

¹⁰⁹³ ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 70; ABRvS 4 maart 2009, AB 2009, 236. Zie ook Jansen 2000, p. 23-24.

als aanvangsmoment van een geschil tussen overheid en burger het tijdstip waarop het bezwaarschrift is ingediend.¹⁰⁹⁴ Ook in de (Nederlandse) bestuursrechtspraak wordt doorgaans het indienen van het bezwaarschrift genomen als vertrekpunt waarvandaan de redelijke termijn wordt berekend.¹⁰⁹⁵ Het criterium is daarbij, dat er een geschil dient te zijn. Daarvan is in ieder geval sprake, in het geval van een kenbaar bestuurlijk standpunt, waarvan duidelijk is of mag worden aangenomen dat de wederpartij zich daartegen in rechte wil verzetten.¹⁰⁹⁶ In bijzondere gevallen hanteert het EHRM de aanvraag van het primaire besluit als de aanvangstijdstip voor het bepalen van de redelijke termijn.¹⁰⁹⁷ Voor geschillen met een punitief karakter begint deze termijn te lopen vanaf het tijdstip dat een daad van vervolging wordt gepleegd jegens de klager.¹⁰⁹⁸

In de rechtspraak van het EHRM is wat betreft het vaststellen van het einde van de redelijke termijn over een periode van jaren niets of nauwelijks iets gewijzigd. Het hof hanteert sinds geruime tijd een vast eindpunt. Voor geschillen waarin 'civil rights and obligations' worden vastgesteld, eindigt de relevante periode indien het geschil definitief is beëindigd en de rechtspositie van de burger definitief is vastgesteld.¹⁰⁹⁹ Voor bestuursrechtelijke geschillen eindigt de termijn door een beslissing van een bestuursorgaan, als daartegen geen rechtsmiddelen worden aangewend, of door een uitspraak van de bestuursrechter, in eerste aanleg of in hoger beroep, die de rechtspositie van betrokkene definitief heeft vastgesteld. Het kan ook zijn, en dat komt veelvuldig in het bestuursrecht voor, dat een na de uitspraak van de rechter genomen beslissing van het bestuursorgaan, het einde van de in acht te nemen redelijke termijn bepaalt.¹¹⁰⁰

Sinds jaar en dag worden door het EHRM vaste factoren gehanteerd waarmee wordt vastgesteld of de redelijke termijn in een concreet geval is geschonden.¹¹⁰¹ Deze criteria zijn: de ingewikkeldheid van de zaak, de wijze waarop de zaak door het bestuursorgaan en de rechter is behandeld, het processuele gedrag van de betrokkene gedurende de gehele procesgang en de aard van de maatregel en

¹⁰⁹⁴ Jansen 2000, p. 27-28.

¹⁰⁹⁵ CRvB 24 januari 2002, AB 2002, 140 m.nt. AMLJ; ABRvS 29 juni 2005, AB 2006, 43 m.nt. AMLJ.

¹⁰⁹⁶ Aldus oa. CRvB 16 december 2003, JB 2004,90.

¹⁰⁹⁷ Zoals in EHRM 26 april 1994 Vallée tegen Frankrijk, Series A, vol. 289-A; EHRM 29 juli 2003, Beumer t. Nederland, NJCM-Bulletin 2003 m.nt. A.M.L. Jansen. p. 1003, par. 44.

¹⁰⁹⁸ EHRM 23 juli 2002, Västberga taxi Aktibolag en Vulic t. Zweden BNB 2003, 2 m.nt. M.W.C. Feteris, par. 103 en 104, waarin het hof bepaalde dat het aanvangstijdstip begint bij de kennisgeving van het voornemen van het opleggen van een fiscale boete.

¹⁰⁹⁹ Jansen en Wenders 2006, p. 1098.

¹¹⁰⁰ Zoals in EHRM 29 juli 2003, Beumer t. Nederland, NJCM-Bulletin 2003 m.nt. A.M.L. Jansen. p. 1003, par. 44.

¹¹⁰¹ Jansen en Wenders 2006, p. 1104.

het daardoor getroffen belang van betrokkene.¹¹⁰² Hierbij wordt door het EHRM geen onderscheid gemaakt tussen punitieve geschillen en geschillen die betrekking hebben op de vaststelling van burgerlijke rechten.¹¹⁰³ De op deze criteria gewezen arresten vormen een uitgebreide en bovenal casuïstische verzameling van jurisprudentie, waaruit blijkt dat het EHRM zijn oordeel over de duur van de procedure vooral laat afhangen van de omstandigheden van het geval. Daardoor kan niet goed in algemene zin opmerkingen worden gemaakt over de in acht te nemen duur van de redelijke termijn, waardoor deze ook niet goed te voorspellen is. Het EHRM heeft vooral veel aandacht voor de totale duur van de procesgang, met inbegrip van alle doorlopen deelprocessen van alle instanties.¹¹⁰⁴ Ook door de Nederlandse bestuursrechters worden de door het EHRM aangelegde criteria gebruikt voor de vaststelling van de (overschrijding van de) redelijke termijn.¹¹⁰⁵

Sinds enkele jaren zijn door de hoogste Nederlandse bestuursrechters de redelijke behandelingstermijnen geconcretiseerd. Daardoor is meer duidelijkheid ontstaan over de maximale behandelingstermijnen van bestuursrechtelijke beroepszaken. Inmiddels hebben alle hoogste bestuursrechters zich uitgesproken over de maximale totale duur van de rechtsbescherming én de daarbinnen te onderscheiden rechtsbeschermingsstadia van bezwaar, beroep en hoger beroep. Daarbij is door alle rechtscolleges aansluiting gezocht bij de zoëvengenoemde vaste criteria, die het EHRM en zijzelf hanteren.¹¹⁰⁶ Omdat het gaat om gefixeerde, maximale standaardtermijnen is het, gelet op de casuïstische benadering van het EHRM, niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen van de door de voornoemde rechtscolleges vastgestelde termijnen moet worden afgeweken.¹¹⁰⁷ Welke maximale afdoeningstermijnen hanteren de hoogste bestuursrechters?

Voor geschillen die de vaststelling van ‘civil rights and obligations’ betreffen, lopen de door de hoogste bestuursrechters gehanteerde termijnen enigszins uiteen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bepaald dat de redelijke termijn wordt geacht te zijn overschreden indien de behandeling van bezwaar en beroep in totaal langer dan 3 jaar heeft geduurd. De bezwaarprocedure mag niet langer dan één jaar in beslag hebben genomen, terwijl de fase van beroep in eerste aanleg niet langer mag hebben geduurd dan twee jaren. Vertraging in de ene procedure mag volgens de Afdeling wel worden gecompenseerd met een snellere afhandeling in de andere, maar dat geldt alleen voor de bezwaarfase en de

¹¹⁰² EHRM 27 juni 2000, AB 2001, 86, (Frydlender t. Frankrijk; m.nt. L.F.M. Verhey); EHRM 29 maart 2006, AB 2006, 294, (Scordino t. Italië; m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik), EHRC 2006, 61 (m.nt. Van der Velde); EHRM 29 maart 2006, JB 2006, 134, (Pizzati t. Italië II), m.nt. Jansen.

¹¹⁰³ Jansen en Wenders 2006, p. 1099.

¹¹⁰⁴ O.a. EHRM 29 juni 2006, Bozic t. Kroatie, appl. no. 22457/02.

¹¹⁰⁵ Jansen en Wenders 2006, p. 1104.

¹¹⁰⁶ Barkhuysen en Van Ettekhoven 2009.

¹¹⁰⁷ T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun annotatie onder ABRvS 26 januari 2009, JB 2009, 60.

fase van het beroep in eerste aanleg. De compensatie geldt niet ten aanzien van de ten tijde van de uitspraak van de rechtbank bestaande overschrijding van de redelijke termijn door een voortvarende behandeling van een eventueel ingesteld hoger beroep door de Afdeling, aldus de Afdeling.¹¹⁰⁸ Deze fase van hoger beroep mag volgens de Afdeling maximaal twee jaren beslaan. Voor de gehele rechtsbeschermingsperiode rekent de Afdeling bestuursrechtspraak een maximale duur van 5 jaren.¹¹⁰⁹

Volgens de Centrale Raad van Beroep is de redelijke termijn niet overschreden indien een procedure in drie instanties niet langer dan vier jaren heeft geduurd. De Raad hanteert daarbij een termijn van een half jaar voor de bezwarenfase, anderhalf jaar voor beroep en twee jaren voor het hoger beroep. Heeft de totale procedure meer dan vier jaren geduurd, dan moet per rechtsbeschermingsstadium worden bezien of er gerechtvaardigde redenen aanwezig zijn (geweest) voor afwijking van de standaardtermijnen.¹¹¹⁰

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven hanteert een maximale behandelingstermijn van 4 jaar, waarvan 1 jaar voor het besluit in primo, 1 jaar voor de bezwarenfase en twee jaren voor de fase van beroep bij het CbB zelf.¹¹¹¹

In boetezaken hanteren de bestuursrechters, evenals de Hoge Raad in belastingzaken, alle een (maximale) termijn van vier jaar. Daarbij geldt dat het beroep in eerste aanleg, inclusief bezwaar, twee jaar mag duren, en het hoger beroep ook twee jaar.¹¹¹²

7.3.3. De maximale behandelingsduur volgens de Awb

De voortvarendheid en voortgang van de procedure kan worden bevorderd door het stellen van termijnen waarbinnen gerechtelijke procedures dienen te zijn afgerond. Deze termijn begint dan te lopen vanaf het tijdstip van de aanvang van de beroepstermijn of vanaf het aanhangig maken van het beroep en loopt door tot aan het moment van het doen van een (eind)uitspraak door de rechter. De uitspraak is dan het sluitstuk van de behandeling van de gerechtelijke procedure. Hierboven bleek al dat op grond van art. 6 EVRM de bestuursrechters de maximale afdoeningstermijnen hebben vastgesteld.

Een maximale behandelingsduur van het (hoger) beroep (in Nederland) wordt slechts in een gering aantal bestuursrechtelijke wetten voorgeschreven.¹¹¹³

¹¹⁰⁸ ABRvS 4 maart 2009, AB 2009, 236 m.nt. Barkhuysen en Den Ouden.

¹¹⁰⁹ ABRvS 24 december 2008, JB 2009, 42 m.nt. C.L.G.F.H.A.; AB 2009, 213 m.nt. Van Ravels & Jansen.

¹¹¹⁰ CRvB 26 januari 2009, JB 2009, 66 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

¹¹¹¹ CbB 3 maart 2009, JB 2009, 139.

¹¹¹² Hoge Raad 19 december 2008, V-N 2008/62.7; ABRvS 24 december 2008, LJN BG8313; CRvB 28 augustus 2008, LJN: BE9745. Een uitzondering wat betreft de besluitvormingsfase (3,5 jaar) geeft CbB 3 juli 2008, LJN: BD6629. Voor het hoger beroep stelt het CbB wel een termijn van twee jaar.

¹¹¹³ Art. 1.6 Crisis- en Herstelwet bepaalt deze termijn op 6 maanden na afloop van indiening van het beroepsschrift. Art. 6 lid 5 Deltawet grote 6 rivieren (ingetrokken in 2005); art. 89 lid 2 Vreemdelingenwet 2000 bepaalt dat uiterlijk 23 weken na indiening van het hoger beroep-

Voor het merendeel van de (hogere) beroepszaken geldt de algemene regeling van de Awb, die niet voorziet een bepaling die een maximale behandelingsduur van (hogere) beroepszaken. Wel kent de Awb termijnen voor bepaalde aspecten van het vooronderzoek. Zo stelt art. 8:42 de termijn voor het inzenden van de op de zaak betrekking hebbende stukken en een verweerschrift van het bestuursorgaan op 4 weken, welke termijn kan worden verlengd met nogeens vier weken. Veelal echter ontbreken in de Awb termijnen, zoals in het geval de rechtbank gelegenheid geeft voor repliek en dupliek (8:43). Ook voor de in art. 6:5 jo 6:6 besloten liggende mogelijkheid voor het aanvullen van de gronden van beroep ten aanzien van een eerder ingediend pro forma beroepschrift, kent de Awb geen termijnen. Dit geldt ook voor de rechterlijke bevoegdheden met betrekking tot het houden van een comparitie¹¹¹⁴ of het partijen of anderen verzoeken tot het verschaffen van nadere inlichtingen.¹¹¹⁵ Met betrekking tot het inschakelen van deskundigen en getuigen worden in de Awb wel enkele termijnen genoemd, te weten die met betrekking tot kenbaar maken door procespartijen van wensen omtrent het deskundigenonderzoek¹¹¹⁶, de termijn waarbinnen de deskundige verslag uitbrengt¹¹¹⁷ alsmede het op grond van art. 8:47 lid 5 naar voren brengen van zienswijzen door partijen naar aanleiding van dat verslag.

Ook na optelling van alle wel in de Awb genoemde maximale termijnen voor handelingen van procespartijen en de bestuursrechter, volgt geen duidelijkheid over de (maximale) duur van het vooronderzoek, zodat moet worden geconstateerd dat de Awb de maximale behandelingsduur van het vooronderzoek in de Awb niet regelt. Alleen in het geval een zitting is gehouden, geeft de Awb een afdoeningstermijn. Op grond van art. 8:66 dient de bestuursrechter na het sluiten van het onderzoek ter zitting binnen 6 weken uitspraak te doen. Dit is echter, zoals ook de eerderevermelde termijnen voor het vooronderzoek, een termijn van orde¹¹¹⁸, die bovendien in uitzonderingsgevallen nogeens met ten hoogste 6 weken kan worden verlengd. Indien de rechter na sluiting van de zaak ter zitting het vooronderzoek heropent (art. 8:68), ontbreken termijnen voor de afdoening van het beroep.

Daar waar de wetgever zelf geen termijnen stelt voor afzonderlijke aspecten van het vooronderzoek noch voor de afdoening van beroepszaken, moet worden geconcludeerd dat de wetgever deze termijnstellingen heeft willen overlaten aan de rechter. Sinds een aantal jaren worden deze termijnen in zogeheten procesregelingen door de verschillende bestuursrechters vastgesteld. De bestuursrechter is in daarin niet geheel vrij, omdat de vaststelling van deze termijnen wel dient

schrift uitspraak moet worden gedaan. Onder het procesrecht van voor de Awb kwamen dergelijke afdoeningstermijnen niet voor, De Waard 1987, p. 228.

¹¹¹⁴ Art. 8:44 Awb.

¹¹¹⁵ Art. 8:55 Awb.

¹¹¹⁶ Twee weken, aldus art. 8:47 lid 2.

¹¹¹⁷ Een door de rechtbank te bepalen termijn, aldus het vierde lid van art. 8:47. De Procesregeling 2010 stelt deze termijn op 13 weken.

¹¹¹⁸ CBb 13 april 2006, AB 2006, 395; CRvB 19 april 2005, LJN: AT5278.

te geschieden met inachtneming van de redelijke termijn, zoals bedoeld in art. 6 EVRM.

7.3.4. De maximale behandelingsduur volgens de rechtscolleges

In zogeheten procesregelingen – de rechtbanken waren het eerst¹¹¹⁹, maar al snel volgden de Afdeling bestuursrechtspraak, Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven¹¹²⁰ – worden vele proceshandelingen van partijen en de rechter aan termijnen gebonden. Doel van deze procesregelingen is bekorting van de duur van de beroepsprocedures bij de rechtscolleges. Hoewel voor verscheidene handelingen van procespartijen en de bestuursrechter zelf termijnen zijn bepaald, geldt dat niet voor een maximale afdoeningstermijn voor (hogere) beroepszaken. Deze maximale ‘doorlooptijd’ voor de bestuursrechtelijke procedures volgt ook niet uit de optelling van wel in de Awb en de procesregelingen opgenomen termijnen. Wel zijn door de verschillende rechtscolleges doelen geformuleerd ter zake van het afdoen van het (hoger) beroep. In hun toelichting op de procesregelingen van het eerste uur stellen de CRvB en het CBb een behandelingsduur van het hoger beroep na te streven van één jaar.¹¹²¹ Blijkens het jaarverslag 2004 streeft de Centrale Raad een gemiddelde doorlooptijd na van één tot anderhalf jaar, zij het dat daarbij onmiddellijk werd aangetekend dat dit gemiddelde nog niet werd behaald.¹¹²² In het jaarverslag 2008 stelt de Raad dat op korte termijn naar een doorlooptijd van maximaal 1 tot 1,5 jaar en op lange termijn naar een doorlooptijd van 1 jaar wordt gestreefd.¹¹²³

Voor zaken waarvoor de wet geen maximale behandelingsduur heeft voorgeschreven, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich maximale doorlooptijden ten doel gesteld. In zijn jaarverslag 2009 constateert de Afdeling:

¹¹¹⁹ Thans is dat de Procesregeling 2010, de laatste gewijzigd op 15 december 2011, waarna ieder gerechtsbestuur van de afzonderlijke rechtbanken deze regeling heeft vastgesteld.

¹¹²⁰ Er bestaat voor deze rechtscolleges een gezamenlijke procesregeling 2006, de laatste gewijzigde vaststelling dateert van oktober 2011, zie www.rechtspraak.nl/Sector-Bestuursrecht/Pages/Procesregeling-bestuursrechtelijke-colleges-2006.

¹¹²¹ CRvB Procesregeling 2001: 4. De Procesregeling Centrale Raad van Beroep en de daarin gehanteerde termijnen zijn uitsluitend van toepassing op zaken waarin na 31 december 2001 beroep of hoger beroep is ingesteld. Hoewel de Raad ernaar streeft overeenkomstig de doelstelling van de Procesregeling Centrale Raad van Beroep de behandelingsduur van de beroepszaken terug te brengen naar één jaar, zal zulks vooralsnog voor het merendeel van de zaken niet mogelijk zijn. De in het verleden ontstane werkvoorraden beletten dat op het moment van inwerkingtreding van de Procesregeling Centrale Raad van Beroep reeds de gewenste maximale behandelingsduur wordt bereikt. In een bericht van behandeling zullen partijen worden geïnformeerd over het moment van afdoening in de behandeling van de beroepszaak. Ook het CBb hanteert blijkens de ‘Regeling van het College van Beroep voor het bedrijfsleven’ van 19 oktober 2001 een streeftermijn van een jaar.

¹¹²² Jaarverslag 2004 CRvB <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/6805C70D-DC87-4E12-964A-87300B558A2E/0/CRVB.pdf>.

¹¹²³ Jaarverslag 2008 CRvB, <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/886D6D51-F936-4290-A292-6FF49F493921/0/Jaarverslag2008.pdf>.

‘De gemiddelde doorlooptijden van de zaken, van ontvangst van het (hoger) beroepsschrift tot de verzending van de uitspraak, ligt in alle Kamers van de Afdeling bestuursrechtspraak tot nu toe ruim binnen de wettelijke termijnen en de (kortere) streeftermijnen. In de Kamers 1 (ruimtelijke ordening) en 2 (milieu) waren die gemiddelden in het verslagjaar 35 respectievelijk 29 weken; de interne norm is 52 weken. In Kamer 3 (hoger beroep) was de gemiddelde doorlooptijd 30 weken, terwijl de interne norm in die Kamer 40 weken bedraagt. Voor Kamer 4 (hoger beroep vreemdelingenzaken) geldt een wettelijke doorlooptijd van 23 weken. In 2009 was de gemiddelde doorlooptijd in die zaken 13 weken’.

De nagestreefde doorlooptijden voor de rechtbanken variëren van 9 maanden (lokale belastingzaken, vreemdelingenzaken en bepaalde reguliere bestuurszaken) tot 1 jaar (andere reguliere bestuurszaken en rijksbealstingzaken) in 2011 en 2012. Uit het jaarverslag van de Raad voor de Rechtspraak valt af te leiden dat de procesduur van deze zaken nogal uiteenloopt: voor bepaalde reguliere bestuurszaken gold dat 74% in 2011 en 81% in 2012 binnen de norm van een jaar werd afgedaan, terwijl voor andere bestuurszaken in 2011 58% en in 2012 68% gold dat zij binnen de norm van 9 maanden werden afgedaan.¹¹²⁴

7.3.5. Afdoeningstermijnen en het verbod van ambtshalve toetsing

Zoals hierboven al bleek wordt door het HvJ EU een ‘goed en voortvarend verloop van de procedure’ aangemerkt als een beginsel, dat een rechtvaardiging kan bieden voor een (nationaal) verbod van ambtshalve toetsing.¹¹²⁵ Deze rechtvaardiging kan volgens het hof in het bijzonder gelegen zijn in de vertraging die ambtshalve toetsing in een procedure kan veroorzaken. Het stellen van afdoeningstermijnen voor (hogere) beroepszaken bevordert de voortgang en het voortvarende verloop van rechtspraak. Ambtshalve toetsing vertraagt de afdoening van beroepszaken, zoals dat ook het geval is indien partijen zelf een nieuwe grond, een argument of een stuk in het geding brengen. Zolang deze vertraging niet leidt tot een overschrijding van de redelijke termijn, bestaat vanuit dit oogpunt geen bezwaar tegen ambtshalve toetsing. Worden de door de hoogste bestuursrechter vastgestelde gefixeerde maximale afdoeningstermijnen, ter concretisering van de redelijke termijn zoals bedoeld in art. 6 EVRM, als maatstaf voor de afdoening bestuursrechtelijke beroepszaken genomen, dan voert het te ver om op voorhand de conclusie te trekken dat het toestaan van ambtshalve toetsing tot stelselmatige overschrijding deze redelijke termijn aanleiding zal geven. Wordt uitgegaan van een maximale behandelingsduur van 2 jaar (24 maanden) die de Afdelingsbestuursrechtspraak per beroepszaak (in eerste aanleg) hanteert, dan zou het vooronderzoek zich mogen uitstrekken over een periode van zo’n 20 maanden (van de 24 maanden zijn twee perioden van 6 weken afgetrokken voor het doen van een uitspraak, de mogelijkheid van verlenging is daarbij inbe-

¹¹²⁴ Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2012 (www.jaarverslagrechtspraak.nl).

¹¹²⁵ Zie 7.2.

grepen, vgl. art. 8: 66 leden 1 en 2 Awb).¹¹²⁶ Na afloop van de periode waarin procespartijen hun reguliere debat kunnen voeren¹¹²⁷, kan de bestuursrechter overgaan tot bestudering van de zaak.¹¹²⁸ Dit komt er op neer dat de bestuursrechter in eerste aanleg gedurende maximaal een periode van ruwweg 17 maanden (24 maanden minus 4 maanden minus 12 weken of enkele weken meer) gelegenheid heeft om ambtshalve een grond in het geding te brengen en partijen vervolgens gelegenheid te geven om daarop, met in achtneming van een redelijke voorbereidingstermijn, te laten reageren. Op grond van het huidige art. 8:51a Awb bestaat de mogelijkheid het bestuursorgaan gelegenheid te bieden om binnen een door de rechter te stellen termijn het ambtshalve geconstateerde gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen. In gevallen waarin geen herstel mogelijk is of een bestuursorgaan dat niet wenselijk acht, zal de bestuursrechter volstaan met vernietigen of het zelf in de zaak voorzien. Indien de rechter vernietigt, zal het bestuursorgaan in de regel een nieuw besluit dienen te nemen, wat de afdoeningstermijn die relevant is voor het bepalen van de redelijke termijn wel zal verlengen, maar ook deze omstandigheid kan niet op voorhand tot de gevolgtrekking voor het bestuursprocesrecht leiden dat ambtshalve toetsing leidt tot overschrijding van de redelijke termijn.

Zelfs voor meer complexe zaken en voor de kortere afdoeningstermijn die de CRvB hanteert, is de conclusie niet onredelijk, dat deze periode niet als krap behoeft te worden aangemerkt. Het is natuurlijk wél zo, dat naarmate de bestuursrechter meer tijd laat verstrijken alvorens tot ambtshalve toetsing over te gaan, de kans groter wordt dat de redelijke termijn wordt overschreden. De hierboven getrokken conclusie dat ‘de redelijke termijn’ niet in de weg staat aan ambtshalve toetsing op ruimere schaal dan thans het geval is, is derhalve gestoeld op de premisse dat de bestuursrechter vrij spoedig na afronding van het reguliere debat een aanvang maakt met het bestuderen van een beroepszaak en partijen het ambtshalve ontdekte gebrek voorhoudt.

Worden ter beantwoording van de vraag of afdoeningstermijnen in de weg staan aan ambtshalve toetsing, de door de (hoogste) bestuursrechters nagestreefde afdoeningstermijnen als maatstaf genomen dan valt op dat deze termijnen aanmerkelijk korter zijn dan die welke door de hoogste bestuursrechters in het kader van art. 6 EVRM zijn vastgesteld. Voorts moet worden opgemerkt, dat anders dan de laatstbedoelde termijnen aan deze door de bestuursrechters zelf

¹¹²⁶ Deze termijn is evenwel te ruim berekend, indien wordt bedacht dat na een vernietiging door de bestuursrechter ook de nieuw te nemen beslissing op bezwaar door het bestuursorgaan en het daartegen mogelijke beroep op de bestuursrechter omstandigheden zijn, die voor het berekenen van de maximale termijn van belang zijn.

¹¹²⁷ Deze periode vangt op het moment dat een beroepschrift wordt ingediend. Vervolgens heeft het bestuursorgaan gedurende 4 weken gelegenheid om in een verweerschrift te reageren, waarna de mogelijkheid van re- en dupliek bestaat. Indien voor deze laatste proceshandelingen ook nog eens 4 weken wordt gerekend, dan is na ommekomst van 12 weken het reguliere debat tussen partijen gevoerd. De mogelijkheid van aanvulling van het pro forma beroepschrift en uitstel of verlenging van termijnen is in deze berekening niet meegenomen en zou de periode waarbinnen partijen hun debat voeren nog met enige weken kunnen verlengen.

¹¹²⁸ Eerder kan ook.

vastgestelde maximale behandelingstermijnen voor beroepszaken geen rechtsgevolgen zijn verbonden, het zijn streeftermijnen.¹¹²⁹ Wordt niettemin uitgegaan van deze nagestreefde maximale behandelingsduur van beroepszaken, dan moet worden vastgesteld dat de periode die resteert na afronding van het reguliere debat door partijen, aanzienlijk geringer is dan die resteert in geval van de redelijke termijnen die tegenwoordig gelden in het kader van art. 6 EVRM. Wordt uitgegaan van een afdoeningstermijn van 1 jaar, zoals die thans door rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak (voor zaken in eerste en enige aanleg) voor het merendeel van de beroepszaken wordt aangehouden, dan resteert voor het vooronderzoek een periode van zo'n 9 maanden, gerekend vanaf het moment van indiening van het beroepschrift.¹¹³⁰ Wordt vervolgens ook nu weer een termijn van in totaal 12 weken of enkele weken meer (in verband met het verlenen van uitstel van het aanvoeren van beroepsgronden) in aanmerking genomen waarin partijen hun schriftelijke debat voeren, dan blijven (ruwweg) nog 5 tot 6 maanden over in het vooronderzoek voor het ambtshalve opsporen en aan de orde stellen van een of meer gebreken in het bestreden besluit, waarna procespartijen nog een redelijke termijn wordt gegeven om te reageren op het ambtshalve door de rechter aan de orde gestelde gebrek. Wordt de beroepszaak spoedig na afronding van het reguliere debat tussen partijen door de bestuursrechter bestudeerd, waarna partijen de ambtshalve te toetsen grond wordt voorgehouden, dan zou voor vele beroepszaken kunnen gelden dat de door de rechtscolleges zelf vastgestelde maximale behandelingsduur van beroepszaken niet aan ambtshalve toetsing in de weg hoeft te staan. Dit ligt wel anders voor de korte afdoeningstermijnen die de Afdeling bestuursrechtspraak in hoger beroep en voor vreemdelingenzaken aanhoudt. Deze termijnen zijn dusdanig kort dat ambtshalve toetsing, met eerbiediging van de verdedigingsrechten, nauwelijks voor mogelijk kan worden gehouden.

Ten slotte wordt ook hier opgemerkt, dat naarmate de bestuursrechter in een later stadium partijen een ambtshalve opgespoord gebrek in het bestreden besluit voorhoudt, de kans op overschrijding van afdoeningstermijnen toeneemt. De vraag is dan tot welk moment in de procedure het geschil nog mag worden uitgebreid in een lopende procedure. Deze vraag wordt in de navolgende paragraaf behandeld.

7.4. De goede procesorde en ambtshalve toetsing

7.4.1. De goede procesorde: evenwicht tussen het verdedigingsbeginsel en een ordelijk en doelmatig verloop

De 'goede procesorde' is geen beginsel dat in het EVRM neergelegd, wel wordt het erkend (als beginsel) door het HvJ EU, de (Nederlandse) bestuursrechtspraak

¹¹²⁹ Uit Deel II, tabel 9b van het jaar verslag van de Raad voor de Rechtspraak van 2008 blijkt ook dat de termijnen vaak niet worden gehaald.

¹¹³⁰ Deze periode resteert na aftrek van twee keer 6 weken voor het doen van een uitspraak na de zitting en de mogelijkheid van verlenging.

en de literatuur. Het HvJ EU onderscheidt een beginsel dat ziet op het voortvarende en ordelijke verloop van de procedure, zo bleek hiervoor. Dit beginsel komt overeen met de goede procesorde dat in de Nederlandse literatuur wordt onderscheiden.¹¹³¹ De goede procesorde heeft betrekking op de goede orde in het verloop van handelingen tussen het begin en einde van rechterlijke betrokkenheid bij het geschil.¹¹³² Het beginsel eist een behoorlijk, ordelijk én voortvarend verloop van de procedure.¹¹³³ Hoewel ‘de goede procesorde’ ook verwijst naar de beginselen voor een behoorlijke procesvoering, waaronder met name het verdedigingsbeginsel¹¹³⁴, wordt de toegevoegde waarde van de goede procesorde vooral geacht te zijn gelegen in de eis van een ordelijk verloop van de procedure.¹¹³⁵ De verwijzing naar de goede procesorde geeft de rechter ruimte om ‘de rechten van de ene partij, de rechten van de andere partij en de bevoegdheden van de rechter af te stemmen op de omstandigheden van het geval’.¹¹³⁶ De goede procesorde is een open, abstracte norm, waardoor de precieze omvang, de waarborgen en de begrenzing daarvan nogal onzeker zijn.¹¹³⁷

Met (het beginsel van) de goede procesorde wordt een evenwicht nagestreefd tussen enerzijds het verdedigingsbeginsel en anderzijds effectiviteitsoverwegingen, die voortvloeien uit het finaliteitsbeginsel en het beginsel van de redelijke termijn.¹¹³⁸ Aan de hand van de goede procesorde wordt dan beoordeeld of in beroep nieuwe gronden, argumenten, stellingen of bewijsstukken mogen worden ingediend.¹¹³⁹ In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen de goede procesorde in ‘ruime’ en in ‘enge’ zin. Ruim opgevat heeft de goede procesorde betrekking op de mogelijkheid tot het inbrengen van nieuwe gronden, argumenten of stukken in de onderscheidenlijke stadia van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.¹¹⁴⁰ De goede procesorde in enge zin ziet op de mogelijkheid van het aanvoeren van nieuwe gronden, argumenten of stukken in een lopende procedure bij een rechterlijke instantie.¹¹⁴¹ De goede procesorde kan in de laatstbedoelde betekenis worden beschouwd als een beoordelingsmaatstaf voor het bepalen van het laatst denkbare tijdstip waarop in een gerechtelijke procedure nog nieuwe beroepsgronden, argumenten en stukken mogen worden

¹¹³¹ Evaluatie hoger beroep 2001, p. 42.

¹¹³² Lindijer 2003, p. 114.

¹¹³³ De Waard 2001, p. 149.

¹¹³⁴ Zoals dat geschiedt in rechtspraak. Wordt door een lagere rechter geen hoor en wederhoor toegepast, dan is daarmee ‘de goede procesorde’ geschonden, aldus CRvB 17 november 1998, AB 1999, 12.

¹¹³⁵ De Waard 2001, p. 149; Crommelin 2007, p. 241.

¹¹³⁶ Lindijer 2003, p. 123

¹¹³⁷ De Waard noemde de goede procesorde ‘het meest vage begrip van onze rechtstaal’, De Bont 2010, p. 1 spreekt over een diffuus begrip dat an sich niets betekent, maar toch zo’n verstrekkende werking kan hebben’.

¹¹³⁸ Evaluatie hoger beroep 2001, p. 42; Lindijer 2003, p.122 -123.

¹¹³⁹ Bolt 1999, p. 660-661.

¹¹⁴⁰ Men spreekt van het trechtermodel, waarbij het gaat over de vraag of in beroep of hoger beroep nog een nieuwe beroepsgrond mag worden ingediend, terwijl deze in de voorgaande fase niet was ingediend. Zie ook hoofdstuk 2.

¹¹⁴¹ Evaluatie hoger beroep 2001, p. 139-141; Willems 2005, p. 94.

ingebracht. Het is vanuit deze betekenis van de goede procesorde dat zal worden nagegaan hoe deze zich verhoudt tot ambtshalve toetsing. Ambtshalve toetsing betreft immer ook in het in het geding brengen van nieuwe beroepsgronden, met dien verstande dat deze afkomstig zijn van de bestuursrechter zelf. De goede procesorde in ruime zin determineert die in enge zin. Mogen immers uit hoofde van de goede procesorde in ruime zin geen beroepsgronden worden aangevoerd, dan komt men aan de vraag of strijdig is gehandeld met de goede procesorde in enge zin niet meer toe. In hoofdstuk 2 kwam reeds het in 2005 inwerkinggetreden art. 6:13 Awb ter sprake. Uit deze bepaling volgt dat slechts een in de bestuurlijke voorprocedure aangevochten besluitonderdeel bij de bestuursrechter aan de orde kan worden gesteld. Gebleken is dat afgezien van milieubesluiten en bestemmingsplannen in de rechtspraak niet snel wordt aangenomen, dat besluiten bestaan uit onderdelen. Tegen besluiten die niet splitsbaar zijn in onderdelen en tegen wel in de voorprocedure aangevochten besluitonderdelen mogen nieuwe beroepsgronden worden aangevoerd.¹¹⁴² De goede procesorde in ruime zin werpt met andere woorden daarvoor geen belemmeringen op; de vraag is nu of de goede procesorde in enge zin dat wel doet en zo ja in welk opzicht.

Hierboven bleek dat de goede procesorde in enge zin nauw samenhangt met het verdedigingsbeginsel en de eisen van een tijdige en effectieve geschilbeslechting. De goede procesorde draagt zorg voor een zeker evenwicht tussen deze beginselen.¹¹⁴³ Voert een procespartij in een lopende procedure een nieuwe beroepsgrond aan dan vergt het verdedigingsbeginsel, zo bleek, dat de wederpartij een redelijke termijn wordt geboden om daarop te reageren. De goede procesorde kan echter meebrengen dat ná een bepaald moment in een gerechtelijke procedure geen nieuwe beroepsgronden meer mogen worden ingediend. Aldus begrenst de goede procesorde de mogelijkheid van uitbreiding van een geschil in een lopende procedure door het indienen van nieuwe beroepsgronden.¹¹⁴⁴ De goede procesorde slaat daarbij als procesrechtelijke norm de brug tussen enerzijds de behoorlijkheid van de procedure¹¹⁴⁵ en anderzijds het ordelijke en voortvarende verloop daarvan.¹¹⁴⁶

7.4.2. De goede procesorde: begrenzing aan uitbreiding van het geding

Hieronder zal worden nagegaan welke grenzen de goede procesorde stelt aan de uitbreiding van de omvang van het geding in een lopende procedure. Daartoe

¹¹⁴² Zij het dat intussen, sinds 1 januari 2013, het nieuwe art. 8:69a Awb hierop de beperking heeft aangebracht dat alleen beroepsgronden die de beroepsgerechtigde belanghebbende feitelijk in zijn belang raken tot vernietiging van het besluit mogen leiden.

¹¹⁴³ Evaluatie hoger beroep 2001 p. 42; Lindijer 2003, p.122 -123.

¹¹⁴⁴ De goede procesorde ziet ook op het inbrengen van nieuwe argumenten en stukken, waarmee de omvang van het geding overigens niet wordt uitgebreid.

¹¹⁴⁵ Waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan het geven van gelegenheid van hoor en wederhoor en een redelijke reactietermijn voor de verdediging van het eigen standpunt.

¹¹⁴⁶ Waarbij moet worden gedacht aan een effectieve geschilbeslechting en het vereiste van behandeling van het beroep binnen een redelijke termijn, vgl. Evaluatie hoger beroep 2001, p. 42.

wordt rechtsliteratuur, maar vooral rechtspraak bestudeerd. Wetgeving hierover ontbreekt. De literatuur en (vooral) rechtspraak hebben, en dat kan ook niet anders, betrekking op het huidige geldende rechtsregime, waarbinnen ambtshalve toetsing in beginsel niet mogelijk is. Uitspraken rechters en opvattingen in de literatuur gaan derhalve niet over de begrenzing die de goede procesorde vormt ambtshalve toetsing. Het doel is echter wel om te achterhalen of de goede procesorde een rechtvaardiging kan zijn voor het huidige (overwegende) verbod op ambtshalve toetsing. De goede procesorde reguleert voor het huidige rechtsregime (onder meer) het tijdstip waarop partijen ten laatste nog nieuwe gronden mogen aanvoeren in een lopende beroepszaak. De vraag is dan of dit tijdstip ook geldt in geval van ambtshalve toetsing. Die vraag kan, gelet op rechtspraak¹¹⁴⁷, bevestigend worden beantwoord, hetgeen ook in lijn is met de rechtspraak waarin is bepaald dat in geval van ambtshalve toetsing ook het verdedigingsbeginsel van toepassing is.

Tot welk tijdstip in een lopende procedure mogen procespartijen en de bestuursrechter (ambtshalve) nieuwe gronden in het geding brengen en staat dit tijdstip zodanig in de weg aan ambtshalve toetsing, dat daarin een rechtvaardiging kan worden gevonden voor de huidige regel van het (overwegende) verbod van ambtshalve toetsing? Naarmate dit tijdstip eerder in de procedure dient te liggen, is er – feitelijk beschouwd – minder gelegenheid voor uitbreiding van het geschil door onder meer ambtshalve toetsing. Deze mogelijkheid is zelfs geheel afwezig als na indiening van een beroepschrift of ommekomst van de beroepstermijn helemaal geen nieuwe beroepsgronden meer mogen worden ingediend. In dat geval kan worden geconcludeerd, dat de voortvarendheid van alsmede het ordelijke en doelmatige verloop van het procederen in absolute zin voorrang hebben op het verdedigingsbeginsel. Van dit in absolute zin prevaleren van de voortvarendheid en het ordelijke verloop van de procedure is in het Nederlandse bestuursrecht slechts zelden sprake.¹¹⁴⁸ Voor het overgrote deel van de bestuursrechtelijke beroepszaken geldt dat de omvang van het geding niet reeds binnen of uiterlijk op de datum van de ommekomst van de wettelijke beroepstermijn dient vast te staan. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak

‘verbiedt geen rechtsregel dat, binnen de door de wet en de goede procesorde begrensde mogelijkheden, na afloop van de voor het indienen van beroepsgronden gestelde termijn alsnog aanvullende gronden worden ingediend’.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁷ CBb 29 juni 2012, LJN: BW9888.

¹¹⁴⁸ Art. 1.6, tweede lid Crisis- en Herstelwet staat aanvulling van beroepsgronden na het indienen van het beroepschrift niet toe. Voorts kan worden gewezen op art. 52, tweede lid, Wet op de Registeraccountants Raad van tucht Amsterdam (Wet RA). Volgens het CBb voorziet deze bepaling niet in ‘het bieden van de gelegenheid aan de indiener van een beroepschrift een verzuim op dit punt te herstellen, noch is voorzien in de bevoegdheid een na het verstrijken van de beroepstermijn ingediend beroepschrift dat, anders dan het initiële beroepschrift, met redenen is omkleed, als tijdig ingediend te aanvaarden.’

¹¹⁴⁹ In ABRvS 28 april 2010, LJN: BM2613 wordt uitdrukkelijk overwogen dat door het bestuursorgaan ingenomen standpunt dat het beroep voor zover het de buiten de beroepster-

De CRvB volgt dezelfde lijn:

‘ (...) Voorzover appellant van mening is dat in (hoger) beroep geen nieuwe gronden kunnen worden aangevoerd, overweegt de Raad dat dit uitgangspunt niet wordt onderschreven. Indien een belanghebbende zijn beroepsgronden tijdig kenbaar maakt en de tegenpartij in de gelegenheid is geweest gemotiveerd hierop te reageren, staat geen geschreven of ongeschreven rechtsregel een beoordeling van die grond in de weg.’¹¹⁵⁰

In het algemeen mag na de indiening van een beroepschrift de omvang van het geding c.q. na ommekomst van de wettelijke beroepstermijn door middel van het indienen van nieuwe beroepsgronden het geschil worden uitgebreid. Deze uitbreiding wordt evenwel begrensd door de goede procesorde.¹¹⁵¹ Uit bestuursrechtspraak valt over deze begrenzing het navolgende af te leiden.

Goede procesorde: geen uitbreiding van het geschil ter zitting

Het pas ter zitting aanvoeren van nieuwe gegevens, waaronder nieuwe gronden van beroep, geldt als te laat. Nieuwe beroepsgronden worden dan in de regel buiten beschouwing gelaten wegens strijd met de goede procesorde.¹¹⁵² Dit geldt ook wanneer de rechter ambtshalve voor het eerst ter zitting een grond opwerpt.¹¹⁵³ Als (hoofd)regel geldt derhalve dat het eerst ter zitting opwerpen door partijen of de rechter schending oplevert van de goede procesorde. Hierop bestaan enkele uitzonderingen. In vreemdelingenzaken kan een (onderbouwd) beroep op art. 3 EVRM daarvoor aanleiding – of beter gezegd: noodzaak – zijn.¹¹⁵⁴ Ook wordt een uitzondering aanvaard in het geval de beroepsgrond al in

mijn ingediende beroepsgronden betreft niet-ontvankelijk is, onjuist is. Vgl. voorts onder meer ABRvS 3 juni 2009, AB 2010, 181 m.nt. O.J. D.M.L. Janssen, ABRvS 27 augustus 2004, 200404253/1, ABRvS 4 juli 2005, 200410322/1, AB 2006/62 m.nt. I. Sewandono; ABRvS 15 juli 2005, 200407087/1 en ABRvS 28 juni 2006, 200506635/1.

¹¹⁵⁰ CRvB 6 maart 2007, LJN: BA1463.

¹¹⁵¹ O.a. CRvB 10 januari 2007, RSV 2007, 98; ABRvS 29 februari 2012 JB 2012, 89.

¹¹⁵² Uit vele uitspraken worden hier genoemd: ABRvS 3 maart 2010, 200906588/1/M1, JOM 2010/321; ABRvS 4 maart 2009, AB 2009/172 m.nt. A.G.A. Nijmeijer; ABRvS 28 februari 2007, LJN: AZ9507; ABRvS 12 maart 2008, LJN: BC6392; ABRvS 19 maart 2008, LJN: BC7097.

¹¹⁵³ CbB 29 juni 2012, LJN: BW9888.

¹¹⁵⁴ ABRvS 15 juni 2009, LJN: BI8735, waarin de Afdeling heeft overwogen: ‘(...) Ook indien de vreemdeling stelt dat bij gedwongen terugkeer naar het land van herkomst het risico bestaat op een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling of bestraffing, volgt uit vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie onder meer de uitspraak van 8 mei in zaak nr. 200801379/1, www.raadvanstate.nl) dat moet worden voldaan aan de in het nationale recht neergelegde procedureregels. Slechts indien zich bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden, als bedoeld in overweging 45 van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 19 februari 1998 in zaak nr. 145/1996/764/965, Bahaddar tegen Nederland (JV 1998/45) voordoen, kan noodzaak bestaan om deze regels niet tegen te werpen. In dat geval kan het besluit, ondanks het eerst ter zitting, in strijd met de goede procesorde, aanvoeren van nieuwe beroepsgronden over artikel 3 van

een eerder stadium, bijvoorbeeld in de besluitvormingsfase als zienswijze, naar voren is gebracht, en de wederpartij deze gronden reeds kende.¹¹⁵⁵ Soms lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak ook de ingrijpendheid van de beroepsgrond voor de omvang van het geding mee te wegen voor het in aanmerking nemen van een ter zitting aangevoerde beroepsgrond.¹¹⁵⁶

Ook volgens de CRvB¹¹⁵⁷ en het Cbb¹¹⁵⁸ is het eerst ter zitting aanvoeren van een nieuwe beroepsgrond, terwijl dat redelijkerwijs ook eerder had gekund, in strijd met de goede procesorde. Dit geldt ook voor het na sluiting van de zitting aanvoeren van een nieuwe beroepsgrond, met het gelijktijdige verzoek tot heropening van de zaak.¹¹⁵⁹

Enige tijd voor de ommekomst van de 10-dagentermijn (art. 8:58 Awb)

In art. 8:58 Awb wordt een termijn genoemd voor het indienen van nadere stukken. Het eerste lid van dit voorschrift bepaalt dat tot 10 dagen voor de aanvang van de zitting door partijen nadere stukken mogen worden ingediend. Deze bepaling geldt, aldus de toelichting daarop, ter waarborging van een behoorlijk verloop van de procedure opdat niet alleen partijen, maar ook de rechtbank voldoende gelegenheid hebben om zich voor te bereiden op de zitting.¹¹⁶⁰ Art. 8:58 geldt niet voor het indienen van nieuwe beroepsgronden, maar voor het inbrengen van nadere stukken, die dienen ter toelichting van al eerder voorgedragen beroepsgronden.¹¹⁶¹ De tijdigheid van het aanvoeren van nieuwe beroepsgronden wordt derhalve niet beoordeeld aan de hand van de in art. 8:58 Awb neergelegde 10-dagentermijn. Niettemin kan uit deze bepaling wel worden afgeleid,

het EVRM, worden getoetst door de bestuursrechter, voor zover deze feiten en omstandigheden daartoe nopen.’

¹¹⁵⁵ Zie ABRvS 3 juni 2009, AB 2010, 181 m.nt. O J. D.M. L. Janssen; CRvB 22 april 2008, RSV 2008, 154.

¹¹⁵⁶ ABRvS 27 juni 2007, LJN: BA8157. Hieruit zou a contrario kunnen worden afgeleid dat niet ingrijpende beroepsgronden ook ter zitting mogen worden opgeworpen.

¹¹⁵⁷ Oa. CRvB 3 juli 2012, LJN: BX0192 en LJN: AR6921; CRvB 30 augustus 2006, LJN: AY7702; Cbb 15 juli 2005, AB 2005, 423 m.nt. J.H. van Veen. In CRvB van 10 januari 2007, LJN: AZ7149 lijkt de benadering van de Raad wat ruimhartiger, doordat over het pas (in eerste aanleg) ter zitting aanvoeren van een nieuwe (niet eerder in bezwaar naar voren gebrachte) beroepsgrond wordt overwogen, dat *onder omstandigheden* het in een (zeer) laat stadium, bijvoorbeeld ter zitting, in beroep of in hoger beroep aanvoeren van een nieuwe grond in strijd kan komen met de goede procesorde. Hierin lijkt nu juist de hoofdregel te zijn geformuleerd dat het in een zeer laat stadium indienen van een nieuwe beroepsgrond in beginsel toelaatbaar is, maar dat dit *onder omstandigheden* kan leiden tot strijd met de goede procesorde. Welke die omstandigheden zijn, wordt in deze noch andere uitspraken van de Centrale Raad opgemerkt.

¹¹⁵⁸ Cbb 31 mei 2012 LJN: BX0043; Cbb 29 juni 2012 LJN: BW988.

¹¹⁵⁹ Cbb 31 maart 2010, LJN: BM2747.

¹¹⁶⁰ PG Awb II, p. 455-456. Er bestaan hierop overigens wel uitzonderingen, zie Van de Griend 2007, p. 327 en de door haar besproken rechtspraak van de CRvB.

¹¹⁶¹ Uitdrukkelijk in deze zin ABRvS 4 mei 2005, 200407087/1, daarin overweegt de Afdeling in het kader van de toepasselijkheid van art. 8:58 ‘(...) zodat de brief geen nieuwe gronden bevat (...). Zie voorts onder anderen ABRvS 15 juli 2005, 2000502856/1.

dat nu het inbrengen van gegevens ter nadere onderbouwing van reeds aangevoerde beroepsgronden al niet binnen de 10-dagentermijn is toegelaten, dit eens te meer geldt voor het binnen deze termijn aanvoeren van nieuwe beroepsgronden. Het indienen van nieuwe beroepsgronden heeft immers een verdergaande strekking dan nieuwe toelichtende stukken, juist ook omdat zij (wel) een wijziging van de omvang van het geding teweegbrengen. Welke termijn, teruggerekend van de zitting, dan wel in acht moet worden genomen voor het indienen van een nieuwe beroepsgrond is lastig vast te stellen, doch uit rechtspraak volgt in ieder geval dat een termijn van drie weken veelal onvoldoende is.¹¹⁶² Wordt in rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk de bevoegdheid van appellanten erkend tot het tijdens de procedure nog mogen aanvoeren van nieuwe beroepsgronden, in milieuzaken¹¹⁶³ is daaraan door de Afdeling de voorwaarde verbonden, dat (desgevraagd) aan de rechter toestemming moet zijn verleend voor het aanvullen van het beroepschrift.¹¹⁶⁴ Het bij 'nadere memorie' aanvoeren van nieuwe beroepsgronden levert al snel een schending op van de goede procesorde, zo blijkt.¹¹⁶⁵ Op deze rechtspraak is in de literatuur kritiek geuit vanwege het ontbreken van een materieel criterium en het uitsluitend aanleggen van een formeel criterium, dat eenvoudigweg bepaalt dat (vrij spoedig) na ommekomst van de beroepstermijn geen uitbreiding van het geschil meer

¹¹⁶² In ABRvS 9 december 2009, LJN: BK5857 werden twee weken als te gering aangemerkt. In ABRvS 15 juli 2005 ging het om in een beroepschrift summier aangevoerde beroepsgronden, die echter pas twee weken voor de zitting nader werden onderbouwd. Deze nadere onderbouwing werd door de Afdeling als te laat aangemerkt, waaruit volgt dat het tegen die termijn aanvoeren van geheel nieuwe gronden hetzelfde lot zou zijn beschoren. Vgl. ook Van der Griend 2007, p. 317. In ABRvS 16 december 1996, AB 1997, 94 werd een termijn van drie weken voor het indienen van een nieuwe beroepsgrond te gering geacht.

¹¹⁶³ Van de Griend 2007, p. 322.

¹¹⁶⁴ ABRvS 23 februari 2005, LJN: AS7238. In deze zaak hadden appellanten in hun beroepschrift van 25 juni 2004 'zich het recht voorbehouden om in een later stadium nog nadere inhoudelijke (schriftelijke) opmerkingen te maken.' Zij verzochten evenwel niet om een termijn voor het indienen van een aanvullend beroepschrift, terwijl een zodanige termijn door de Afdeling evenmin ambtshalve werd verleend. Om die redenen merkte de Afdeling een brief van 16 juli 2004, die drie weken na het beroepschrift werd ingediend, niet als een aanvullend beroepschrift aan, maar als 'nadere memorie'. Dit leidde vervolgens tot het oordeel 'dat het aanvoeren van voornoemde gronden in dit stadium van de procedure in strijd [is] met de goede procesorde'

¹¹⁶⁵ Zo werd in ABRvS 15 februari 2006 AB 2006, 118 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven een, zoals de Afdeling dat kwalificeerde, 'nadere memorie' met nieuwe beroepsgronden, gedateerd op 27 september 2005 ongeveer 6 weken na de indiening van het beroepschrift (van 9 juni 2005) ingediend, terwijl de zitting zo'n vier maanden later, namelijk op 19 januari 2006, plaatsvond. Ook deze nieuwe beroepsgronden werden door de Afdeling buiten beschouwing gelaten wegens strijd met de goede procesorde. In een milieu-uitspraak van ABRvS 17 oktober 2007, AB 2008, 136 m.nt. Blomberg dateerde het bestreden besluit van 31 oktober 2006 en het daartegen gerichte beroepschrift van 15 december 2006. In deze zaak werd een nadere memorie gedateerd op 2 februari 2007 door de Afdeling buiten beschouwing gelaten wegens strijd met de goede procesorde, terwijl het verweerschrift dateerde van 7 maart 2007 en zitting volgde op 16 augustus 2007.

mag plaatsvinden.¹¹⁶⁶ Met de uitspraak van 28 april 2010¹¹⁶⁷ – het gaat hier eveneens om een milieuzak – lijkt de Afdeling weer afstand te hebben genomen van vorenbedoelde ‘bij nadere memorie’-jurisprudentie. In deze uitspraak stelt de Afdeling immers onomwonden:

‘(...) de vraag of het buiten de gestelde beroepstermijn indienen van aanvullende beroepsgronden leidt tot het in zoverre niet-ontvankelijk verklaren van het beroep, dient te worden beoordeeld in het licht van de goede procesorde.’

Het in deze beroepszaak door het bestuursorgaan ingenomen standpunt, dat het beroep niet-ontvankelijk is voor zover het de buiten de beroepstermijn ingediende beroepsgronden betreft, werd door de Afdeling als onjuist beoordeeld.

Uit het voorgaande valt af te leiden dat de periode tot enige weken voor de zitting tot na afloop van de zitting inbrengen van nieuwe beroepsgronden tardief is. Er is dan sprake van schending van de goede procesorde. Welke argumentatie ligt hieraan ten grondslag? Volgens de CRvB is het na een zeker tijdstip niet meer in aanmerking nemen van nieuwe beroepsgronden gelegen in het verdedigingsbeginsel. Hiermee zal niet uitsluitend zijn bedoeld op hoor en wederhoor in enge zin, omdat hieraan recht kan worden gedaan door het zonodig uitstellen van een geplande zitting, schorsing van de zitting of heropening van de zaak na sluiting van de zitting. Daartoe blijkt de CRvB evenwel niet bereid. De vertraging die uitstel, schorsing of heropening meebrengen voor de procedure is klaarblijkelijk doorslaggevend voor de strijdigheid met de goede procesorde, zo zou – zij het impliciet – uit de rechtspraak van de CRvB kunnen worden opgemaakt.

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert een aantal criteria voor het bepalen van strijdigheid met de goede procesorde. In de eerder vermelde uitspraak van 4 juli 2005 werd overwogen:

‘(D)e aangevoerde beroepsgronden vergden een zodanige mate van nader onderzoek dat zulks, gelet op het stadium waarin de beroepsprocedure zich ten tijde van de indiening van die gronden bevond, binnen de reguliere termijn die ingevolge de Awb nog restte voor de behandeling van het beroep niet meer mogelijk was. Voorts is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die er toe noopten bedoelde gronden alsnog in de procedure te betrekken. Daarbij is in aanmerking genomen dat appellanten niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij deze gronden niet eerder hadden kunnen aanvoeren.’

¹¹⁶⁶ A.T. Blomberg in zijn noot onder ABRvS 17 oktober 2007, AB 2008, 136. Widdershoven stelt in zijn noot onder de laatstvermelde uitspraak en onder ABRvS 16 november 2005, AB 2006, 119, dat in het belang van de goede procesorde nationale beperkingen in de toepassing van EG-rechtelijke voorschriften zijn toegestaan, maar dat het EG-recht wel de voorwaarde stelt dat die toepassing niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag worden gemaakt, terwijl door de Afdeling niet is gemotiveerd waarom hij deze lijn volgt.

¹¹⁶⁷ LJN: BM2613.

Uit de geciteerde overweging volgt dat het late tijdstip van indiening van de nieuwe beroepsgronden op zichzelf niet de doorslag geeft. Ook andere factoren leggen gewicht in de schaal, zoals de mate waarin een beroepsgrond noopt tot het instellen van een nader onderzoek en de afdoeningstermijn van het (hoger) beroep. Vergt dat nadere onderzoek zodanig veel tijd, dat dit niet binnen de reguliere termijn, die ingevolge de Awb nog resteert voor de afdoening van het beroep, kan worden afgerond, dan leidt dat tot het passeren van de betreffende beroepsgrond. ‘Nader onderzoek’ dient in ieder geval te worden verricht door de wederpartij, die zich immers ziet gesteld voor een nieuwe beroepsgrond waarop verweer dient te worden gevoerd. Het voeren verweer vergt volgens het verdedigingsbeginsel een redelijke voorbereidingstermijn. Met de formulering ‘binnen de reguliere termijn die de ingevolge de Awb nog restte’ lijkt – maar de uitspraak licht dat niet toe – de Afdeling vooral de weg te willen afsluiten voor het toelaten van een laat ingediende beroepsgrond, onder toepassing art. 8:64 (schorsing) of art. 8:68 Awb (heropening). Via schorsing en heropening kan de wederpartij alsnog gelegenheid worden geboden om met inachtneming van een redelijke voorbereidingstermijn verweer te voeren. Dergelijke mogelijkheden, waarin de Awb voorziet, vallen naar het zich laat aanzien buiten de door de Afdeling bedoelde ‘reguliere termijn’ voor de behandeling van de betreffende beroepszaak.¹¹⁶⁸ Ook in andere uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak is het bepalen van de goede procesorde, zij het meer impliciet, terug te voeren naar de maatstaven ‘indieningstijdstip’, ‘mate van nader onderzoek’ en ‘reguliere behandelingstermijn’. Zo overweegt de Afdeling in zijn uitspraak van 6 mei 2009¹¹⁶⁹:

‘De door appellant aangevoerde gronden zijn inhoudelijk van aard en vergen een nadere beoordeling van de bij de vrijstelling en bouwvergunning in dit verband betrokken belangen en de aan het besluit ten grondslag liggende belangenafweging. Appellant heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij deze gronden niet eerder had kunnen aanvoeren. Gelet hierop en gezien de aard en de omvang van de gronden, heeft de rechtbank deze niet ten onrechte wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing gelaten.’

Nu de aard en omvang van de nieuwe beroepsgronden een nadere beoordeling van betrokken belangen vergden, werd het late tijdstip van indiening als strijdig

¹¹⁶⁸ In de zaak die centraal stond in de uitspraak van 4 juli 2005 was de zitting (bij de rechtbank) overigens geïntermediair op 14 oktober, terwijl de nieuwe beroepsgrond pas op 1 oktober, enkele dagen voor de aanvang van de 10-dagetermijn, werd ingediend. Het aanvaarden van deze laat ingediende beroepsgrond zou strijdig zijn met de goede procesorde, juist omdat door het tijdsbeslag dat nader (feiten)onderzoek naar deze beroepsgrond zou vergen, met in achtneming van het verdedigingsbeginsel (in het bijzonder de redelijke termijn voor het voeren van verweer), zou nopen tot uitstel van de reeds vastgestelde datum van de zitting. Daarmee zou de reguliere afdoeningstermijn van het beroep worden overschreden.

¹¹⁶⁹ ABRvS 6 mei 2009, JB 2009, 164.

met de goede procesorde beschouwd. Weliswaar is door de Afdeling in deze uitspraak niet uitdrukkelijk verwezen naar de (on)mogelijkheid om deze ‘nadere beoordeling’ nog binnen de reguliere behandeling van het beroep te laten plaatsvinden, maar aangenomen mag worden dat dit wel doorslaggevend is geweest.

Omgekeerd geldt dat een (laat) ingediende beroepsgrond niet wegens strijd met de goede procesorde hoeft te worden gepasseerd, indien gelet op de aard en omvang van de beroepsgronden geen of weinig nader (feiten)onderzoek nodig is. In de eerderbesproken uitspraak van 28 april 2010 oordeelde de Afdeling dat geen sprake was van strijd met de goede procesorde, omdat de betreffende aanvullende beroepsgronden waren gebaseerd op een eerder uitgebracht deskundigenrapport en gelijk waren aan reeds eerder, tijdens de besluitvormingsfase ingediende zienswijzen.¹¹⁷⁰ Kennelijk bracht de *aard* van deze beroepsgronden met zich, dat het verweerrecht van de wederpartij nauwelijks tot geen tijd in beslag behoefde te nemen.¹¹⁷¹

Meer recentelijk heeft de Afdeling het volgende overwogen:

‘Voor het antwoord op de vraag of de goede procesorde zich daar niet tegen verzet, is in het algemeen bepalend een afweging van de proceseconomie, de reden waarom de desbetreffende beroepsgrond pas in een laat stadium is aangevoerd, de mogelijkheid voor de andere partijen om adequaat op die beroepsgrond te reageren en de processuele belangen van de partijen over weer.’¹¹⁷²

Proceseconomie, de reden van de late indiening, de adequate reactiemogelijkheid van partijen en de processuele belangen over en weer zijn factoren die de bestuursrechter tegen elkaar moet afwegen. In deze uitspraak wordt evenwel niet meer duidelijkheid verschaft over het concrete tijdstip dat fungeert als het, vanuit het perspectief van een goede procesorde, laatst denkbare moment waarop in een procedure nog een nieuwe beroepsgrond mag worden ingediend.¹¹⁷³

¹¹⁷⁰ ABRvS 28 april 2010 LJN: BM2613.

¹¹⁷¹ Mogelijk heeft in het oordeel omtrent de toelating van deze nieuwe beroepsgrond ook een rol gespeeld dat het beroepschrift in deze zaak was gedateerd op 19 februari 2009 en de aanvullende beroepsgronden relatief kort nadien, te weten op 4 maart 2009, waren ingediend. Of en in welke mate deze redelijk korte periode mede van betekenis is geweest voor het oordeel van de Afdeling, wordt uit de uitspraak evenwel niet duidelijk.

¹¹⁷² ABRvS 29 februari 2012, JB 2012, 89.

¹¹⁷³ Hoewel in de uitspraak de Afdeling wel heel concreet een termijn noemt die in acht moet worden genomen, in het geval een deskundige door de rechter is ingeschakeld: ‘De Afdeling voegt hieraan nog toe dat zij voortaan het indienen van nieuwe beroepsgronden later dan drie weken nadat de Afdeling de Stab heeft verzocht een deskundigenbericht uit te brengen, in strijd met de goede procesorde zal achten.’

7.4.3. De goede procesorde: rechtvaardiging voor het verbod van ambtshalve toetsing?

De goede procesorde is een abstracte en open rechtsnorm aan de hand waarvan de bestuursrechter beoordeelt of het geschil door het aanvoeren van één of meer nieuwe beroepsgronden mag worden uitgebreid. De goede procesorde ziet met name op het in een laat stadium van een lopende procedure indienen van een of meer nieuwe beroepsgronden. Naarmate zij eerder in de procedure worden ingediend, bestaat er vanuit een oogpunt van de goede procesorde minder bezwaar tot het in aanmerking nemen van deze gronden. De goede procesorde stelt met name grenzen, indien een beroepsgrond enige weken voorafgaand aan een geplande zitting worden ingediend. Vooral uit rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak kan worden opgemaakt, dat de goede procesorde aan het in aanmerking nemen van nieuwe beroepsgronden in de weg staat, indien dat zou leiden tot uitstel of schorsing van een zitting of tot heropening van de zaak na sluiting van de zitting. Het is evenwel onzeker of andere bestuursrechters deze lijn ook volgen. Daarnaast is het, gelet op meer recente rechtspraak van de Afdeling waarin expliciet algemene criteria zijn geformuleerd, onzeker of de grens die de goede procesorde stelt nog steeds wordt bepaald door de dreiging van uitstel, schorsing of heropening. Het criterium van 'proceseconomie' lijkt dit wel te impliceren.

Niettemin is de conclusie gerechtvaardigd dat, indien nieuwe beroepsgronden vroegtijdig in de procedure worden ingebracht, de goede procesorde geen belemmering opwerpt voor het in aanmerking nemen van die gronden. Tegen uitbreiding van het geschil door partijen en de bestuursrechter (ambtshalve) in een lopende procedure bestaat derhalve vanuit een oogpunt van de goede procesorde geen bezwaar. Dat bezwaar ontstaat pas indien in een laat stadium gronden worden ingediend.

7.5. Onpartijdigheid en ambtshalve toetsing

7.5.1. Ambtshalve toetsing: ongelijk(waardig)e behandeling van procespartijen?

Ambtshalve toetsing behelst een beoordeling van het bestreden besluit in het licht van een niet door (een van de) procespartijen, maar door de bestuursrechter zelf in het geding gebrachte beroepsgrond. Het resultaat daarvan kan zijn dat een besluit alsnog wordt vernietigd, terwijl dat zonder ambtshalve toetsing niet het geval zou zijn geweest. In de regel zal deze vernietiging in processuele zin ten voordele strekken van de indiener van het beroep. Hierbij valt te denken diens vergoeding van de proceskosten. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat in materieelrechtelijk opzicht ambtshalve toetsing behalve voordelig, ook nadelig voor de indiener van het beroep kan uitvallen. Ook is denkbaar, dat ambtshalve toetsing in materieelrechtelijke zin geen gevolgen meebrengt. Juist omdat ambtshalve toetsing gunstig of ongunstig kan uitpakken voor een van de partijen, wordt wel gesproken van 'meeprocederen' door de rechter. Dit meeprocedere-

ren heeft een negatieve connotatie, omdat een van de partijen de helpende hand wordt toegestoken door de rechter. Hierboven bleek bij de bespreking van het verdedigingsbeginsel, dat partijen door de (bestuurs)rechter gelijk(waardig) dienen te worden behandeld. Zij dienen te beschikken over (voldoende en goede) proceskansen en wel in gelijke mate. Een ongelijk(waardig)e behandeling van procespartijen levert strijd op met het verdedigingsbeginsel.¹¹⁷⁴ De vraag die in deze paragraaf wordt opgeworpen is of ambtshalve toetsing, die bevoor- of benadeling van de ene dan wel de andere partij kan teweegbrengen, ontoelaatbaar is wegens een ongelijk(waardig)e behandeling van procespartijen. Het antwoord op de vraag ligt besloten in het beginsel van onpartijdigheid van de rechter.

De rechter dient zowel onafhankelijk als onpartijdig te zijn. Beide worden beschouwd als de fundamentele principes van de democratische rechtsstaat en van het recht op een eerlijk proces.¹¹⁷⁵ Het grote gewicht dat aan onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak toekomt, komt tot uitdrukking in art. 6 EVRM, waarin beide vereisten zijn genoemd. Hiervoor bleek al dat deze bepaling op nagenoeg het gehele bestuursrecht van toepassing is, zodat beide vereisten ook worden gesteld aan vrijwel de gehele bestuursrechtspraak. Behalve uit art. 6 EVRM vloeien de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook voort uit het communautaire recht en ligt het tevens ten grondslag aan de grondwettelijke bepalingen over rechtspraak, waaruit volgt dat zij in ieder geval gelden voor de instanties die tot de rechterlijke macht behoren.

7.5.2. De betekenis van het beginsel van onpartijdige bestuursrechtspraak

De kern van het onpartijdigheidsbeginsel is dat de rechter onpartijdig, dat wil zeggen zonder vooringenomenheid en op een objectieve wijze tot zijn beslissing dient te komen. De rechterlijke beslissing dient derhalve zo objectief mogelijk te zijn, waarbij hij zich niet mag laten leiden door persoonlijke voorkeuren of eigen belangen of andere niet zakelijke motieven.¹¹⁷⁶ Uitsluitend rechtens relevante belangen en motieven mogen bij zijn beslissing een rol spelen.¹¹⁷⁷ De rechter dient neutraal te staan ten opzichte van zowel het (onderwerp van het) geschil als de bij dat geschil betrokken partijen.¹¹⁷⁸ Hierdoor wordt gewaarborgd dat partijen op gelijke wijze behandeld worden.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁴ Pront-Van Bommel 2002, p. 19.

¹¹⁷⁵ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 629.

¹¹⁷⁶ De Waard 1987, p. 127-128.

¹¹⁷⁷ Wenders 2010, p. 85.

¹¹⁷⁸ Volgens Schreuder-Vlasblom 2001, p. 22 gaat het om 'een afstandelijke, niet-betrokken, objectieve positie en een onbevangen opstelling van de rechter jegens de zaak en partijen'.

¹¹⁷⁹ Wenders 2010, p. 88; Smits 2008, p. 266.

In de literatuur en de rechtspraak wordt onderscheid gemaakt tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid.¹¹⁸⁰ De subjectieve zijde van onpartijdigheid ziet op de vraag of de persoonlijke overtuiging van een bepaalde rechter of een rechtscollege in een bepaalde zaak vooringenomen of bevooroordeeld is. Subjectieve onpartijdigheid vergt van de rechter dat deze niet vooringenomen mag zijn. Hij mag geen blijk geven van zijn persoonlijke opvattingen, voorkeuren, belangen of overwegingen, die op oneigenlijke wijze de uitkomst van de procedure beïnvloeden.¹¹⁸¹ Voorts mag de rechter niet meer oog hebben voor de standpunten of de belangen van een van de procespartijen.¹¹⁸² De kans daarop is aanwezig, indien sprake is van een zekere binding tussen procespartij en rechter, zoals een familieband, vriendschap of kennissenkring al dan niet binnen een professioneel netwerk. Door een binding met een van de procespartijen kan een onbevangen beoordeling van het geschil ernstig in het gedrang raken.

De persoonlijke onpartijdigheid van de rechter wordt steeds verondersteld, het tegendeel zal moeten worden bewezen¹¹⁸³ hetgeen lastig is. Veelal zijn klachten hierover bij het hof weinig succesvol.¹¹⁸⁴

Bij de objectieve zijde van onpartijdigheid staat niet de persoonlijke instelling van de rechter voorop, maar gaat het er om of er feiten en omstandigheden zijn, die een vrees voor gebrek aan onpartijdigheid kunnen rechtvaardigen.¹¹⁸⁵ Objectieve onpartijdigheid ziet op de organisatorische en structurele onpartijdigheid van de rechter en houdt in dat er geen objectieve omstandigheden of feiten mogen bestaan waardoor een klager redelijkerwijs gerechtvaardigde twijfel kan hebben over de onpartijdigheid van de rechter.¹¹⁸⁶ Van daadwerkelijke partijdigheid behoeft geen sprake te zijn, ook de schijn daarvan dient te worden vermeden. Deze schijn van partijdigheid kan van belang zijn voor het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak.¹¹⁸⁷ Bewijs van strijd met de objectieve onpartijdigheid ligt eenvoudiger, omdat slechts aangetoond behoeft te worden dat er redelijkerwijs gerechtvaardigde twijfel bestond aan de onpartijdigheid van de rechterlijke instantie.¹¹⁸⁸ Volgens het EHRM is van schending van de vereiste objectieve onpartijdigheid sprake in geval van eerdere betrokkenheid van de rechter bij rechterlijke procedures in hetzelfde geschil in een andere hoedanigheid, cumulatie van functies of behandeling van de zaak door de rechter in hoger beroep die ook in eerste aanleg een oordeel over de zaak heeft gegeven. Ook nevenfuncties kunnen problematisch zijn.

¹¹⁸⁰ Het EHRM deed dat voor het eerst in de zaak Piersack t. België, EHRM 1 oktober 1982, nr. 8692-79, par. 30.

¹¹⁸¹ Wenders 2010, p. 86; Jansen 2004, p. 76.

¹¹⁸² Tak en Ten Berge 1983, p. 93.

¹¹⁸³ EHRM 15 december 2005, Kyprianou t. Cyprus, EHRC 2006/21 m.nt. Jansen, par. 119.

¹¹⁸⁴ Smits 2008, p. 309.

¹¹⁸⁵ Smits 2008, p. 307.

¹¹⁸⁶ Kyprianou, par. 118.

¹¹⁸⁷ Piersack t. België, EHRM 1 oktober 1982, nr. 8692-79, par. 30.

¹¹⁸⁸ Wenders, 2010, p. 86.

Teneinde de kans op dan wel de schijn van onpartijdigheid te vermijden, gelden verscheidene regelingen, die betrekking hebben op wraking en verschoning, incomptabiliteiten, familiebetrekkingen alsmede op onderhands contact met procespartijen. Daarnaast vergt onpartijdigheid bovenal een onbevangen (mentale) instelling van de rechter zelf.

7.5.3. Ambtshalve toetsing: geen inbreuk op het vereiste van onpartijdige rechtspraak

Ambtshalve toetsing kan meebrengen, dat één van de procespartijen ‘bevoordeeld’ wordt ten opzichte van de andere. Deze bevoordeling is weliswaar een resultante van ambtshalve toetsing, maar voortvloeisel van vooringenomenheid van de rechter ten aanzien van het geschil of (een der) procespartijen is het niet. Integendeel, ambtshalve rechterlijke toetsing is juist is ingegeven door een los van de procespartijen en hun belangen staand – en derhalve objectief – argument van de naleving van het objectieve recht. Het doel van ambtshalve toetsing is het nastreven van rechtmatig bestuur door het teweegbrengen van besluiten die in overeenstemming zijn met het objectieve recht. Van enige vooringenomenheid ten aanzien van één van de partijen, hun opvattingen of belangen kan in geval van ambtshalve toetsing niet worden gesproken. Ook van een vermenging of een vooropstelling van eigen belangen van de rechter is geen sprake; de rechter neemt juist een objectieve positie in door zich te richten naar het objectieve recht. Deze objectieve houding ten aanzien van zowel het geschil als de procespartijen vindt zijn legitimering in de op objectieve gronden gebaseerde verplichting tot ambtshalve toetsing, dat is ingegeven door het nastreven van rechtmatig bestuursoptreden. Partijdigheid impliceert vooringenomenheid van de rechter ten aanzien van de zaak dan wel het vooropstellen van ‘eigen’ belangen. Daarvan is in geval van ambtshalve toetsing geen sprake, nu de ratio van ambtshalve toetsing de juiste toepassing van het dwingende rechtskarakter van het materiële bestuursrecht behelst. Bevoordeling of benadeling van de ene dan wel de andere partij is louter te beschouwen als ‘bijvangst’.

7.6. Conclusies

Procesrechtelijke beginselen zijn van belang voor de vormgeving en inrichting van het bestuursprocesrecht. In hoeverre determineren procesrechtelijke beginselen de vormgeving en inrichting van het huidige bestuursprocesrecht onder de Awb. Meer in het bijzonder luidt de vraag in hoeverre dat het geval is voor de regel voor de omvang van het geding. Een aantal van de inmiddels algemeen aanvaarde beginselen is voor de bespreking van deze vraag niet relevant. Dit geldt voor het motiveringsbeginsel en het beginsel van onafhankelijkheid van de rechter. Achtereenvolgens is voor binnen het verdedigingsbeginsel onderscheiden deelaspecten, het beginsel van de redelijke termijn en het onpartijdigheidsbeginsel onderzocht of deze beginselen een rechtvaardiging bieden voor het huidige verbod van ambtshalve toetsing.

Het verdedigingsbeginsel normeert de omvang van het geding. Partijen dienen over en weer de gelegenheid te hebben om over een aangevoerde beroepsgrond een debat te kunnen voeren, waarbij ook het recht wordt onderscheiden om stukken over te leggen en te ontvangen. Het verdedigingsbeginsel reguleert voorts dat partijen over en weer ook een redelijke termijn moet worden gegund om het recht van hoor en wederhoor te kunnen uitoefenen. Vastgesteld is dat het verdedigingsbeginsel, en de daarbinnen onderscheiden verdedigingsrechten, ook van toepassing is in het geval dat de rechter ambtshalve gebruik maakt van bevoegdheden, de bevoegdheid van ambtshalve toetsing daaronder begrepen. Daarmee is vastgesteld dat het verdedigingsbeginsel de omvang van het geding determineert, omdat uit dit beginsel vereisten voortvloeien die de bestuursrechter in acht heeft te nemen bij het bewaken van die behoorlijke procesgang. Is het nu ook zo dat het verdedigingsbeginsel in de weg staat aan het toelaten van ambtshalve toetsing, op een ruimere schaal dan thans het geval is? Dat is in beginsel niet het geval. Aan de voornoemde verdedigingsrechten dient toepassing te worden gegeven, ook in geval van ambtshalve toetsing. Het hiertoe gelegenheid verschaffen kan immers ook nog geschieden na sluiting van een zitting. Zo beschouwd, hoeft het verdedigingsbeginsel geen belemmering te zijn voor ambtshalve toetsing. Dit zou wel het geval kunnen zijn, indien ambtshalve toetsing zou leiden tot vertraging in de procedure en wel zodanig dat daardoor rechs gereguleerde afdoeningstermijnen worden overschreden.

De redelijke termijn van art. 6 EVRM is de termijn die de afdoening van bestuursrechtelijke beroepszaken reguleert. Hoewel naar Nederlandse bestuursrechtspraak tegenwoordig per rechtsbeschermingsstadium is bepaald hoe lang een dergelijk stadium mag duren, zijn deze afdoeningstermijnen enigszins flexibel, omdat overschrijding van de termijn uit de ene fase gecompenseerd mag worden met een kortere afdoeningstermijn in een andere. Uitgaande van de door de hoogste bestuursrechters gehanteerde termijnen van beroepszaken in eerste aanleg, moet worden vastgesteld dat deze zodanig ruim zijn dat niet valt in te zien waarom ambtshalve toetsing op grotere schaal dan thans is toegestaan, tot een onaantvaardbaar aantal overschrijdingen van deze termijn aanleiding zou geven. Daarbij moet worden opgemerkt dat ambtshalve toetsing wel in een zodanig vroegtijdig stadium van de procedure dient te worden georganiseerd, dat de uit het verdedigingsbeginsel voortvloeiende verdedigingsrechten kunnen worden geëerbiedigd. De periode die gemiddeld genomen resteert tussen het moment dat redelijkerwijs partijen hun debat hebben kunnen voeren en het plannen van een zitting, biedt daarvoor ruimschoots gelegenheid. Dit is ook het geval indien wordt uitgegaan van de enigszins korter afdoeningstermijnen die bestuursrechters zich zelf sinds een aantal jaren als na te streven ten doel hebben gesteld.

De goede procesorde is een norm die enerzijds een tijdigheidsnorm inhoudt en anderzijds een norm voor een ordelijke en doelmatige procesvoering. Daar waar het de tijdige indiening van beroepsgronden betreft, staat de goede procesorde aan ambtshalve toetsing niet in de weg. De goede procesorde (in enge zin) reguleert het tijdstip waarop in een lopend rechtsgeding het geschil

nog uitbreiding mag ondergaan, doch strijd met de goede procesorde lijkt zich eerst voor te doen indien deze uitbreiding eerst vanaf enige weken voorafgaand aan de zitting plaatsheeft. Daarvoor is uitbreiding van het geding door een procespartij of rechter steeds mogelijk, zolang afdoeningstermijnen niet bekneld raken.

Het verdedigingsbeginsel vergt een gelijkwaardige behandeling van procespartijen, beide partijen komen gelijke rechten en bevoegdheden toe waar het gaat om hoor en wederhoor. Uit het onpartijdigheidsbeginsel volgt onder meer dat de rechter de ene partij niet mag bevoordelen boven de andere. Het onpartijdigheidsbeginsel brengt mee dat de rechter zich daarbij niet mag laten leiden door persoonlijke voorkeuren, eigen belangen of andere niet zakelijke motieven. Alleen rechtens relevante belangen mogen bij zijn beslissing een rol spelen.

Gelet op het doel van ambtshalve toetsing – het bevorderen en waarborgen van bestuursbeslissingen die in overeenstemming zijn met het geschreven en ongeschreven recht – kan niet worden gezegd dat de onpartijdigheid van de bestuursrechter in het geding is.

De conclusie is dat beginselen van procesrecht weliswaar het uitoefenen van de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing reguleren en in voorkomende gevallen begrenzen, maar zij nopen tot het instellen van een huidige overwegende verbod van ambtshalve toetsing, zoals thans dat in het bestuursprocesrecht geldt.

Hoofdstuk 8. Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter, uitgeholde regel?

8.1. Het overwegende verbod van ambtshalve toetsing onder de Awb

Uit de wetsgeschiedenis op de eerste en tweede tranche van de Awb is af te leiden dat de wetgever de omvang van het geding principieel heeft willen wijzigen. Volgens de wetgever geldt voortaan als hoofdregel dat partijen bepalen over welke geschilpunten de bestuursrechter zich heeft uit te laten en niet langer de rechter zelf, uit eigen beweging. Ambtshalve optreden door de bestuursrechter – het *ultra petita* gaan – moet uitzondering worden. Deze principiële wijziging van de afbakening van het bestuursrechtelijke geding ten opzichte van het procesrecht van voor de inwerkingtreding van Awb is in de wetsgeschiedenis gerechtvaardigd door de verschuiving in doelstellingen van bestuursrechtspraak. Volgens de wetgever is het primaire doel van rechtspraak is niet meer het controleren van de objectieve rechtmatigheid van besluiten, maar het bieden van individuele rechtsbescherming.

De uit deze thans als primair beschouwde doelstelling afgeleide bepaling over de omvang van het geding is echter in de Awb zelf niet erg helder geregeld, omdat de tekst van art. 8:69 Awb zich laat lezen als een bepaling die ambtshalve toetsing op grote schaal niet uitsluit. Dat dit evenwel niet de bedoeling is, moet worden afgeleid uit haar wetsgeschiedenis. Ten eerste wordt hierin opgemerkt dat *ultra petita* gaan door de bestuursrechter alleen is toegestaan in geval van rechterlijke bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvoorschriften. Deze worden als van openbare orde beschouwd en staan partijen daarom niet ter vrije beschikking. Ook uit de opmerking in de wetsgeschiedenis dat de bestuursrechter niet aangevochten besluitonderdelen buiten beschouwing moet laten, valt een verbod van ambtshalve toetsing op te maken. Maar, omdat de term ‘besluitonderdeel’ in de Awb niet voorkomt en in de daaraan ten grondslagliggende parlementaire stukken niet is toegelicht, is onduidelijk hoever dat verbod zou moeten reiken.¹¹⁸⁹ Hierover is in de jaren na de inwerkingtreding van de Awb duidelijkheid verschaft: het zijn de aangevoerde gronden die de omvang van het geding bepalen. Is een beroepsgrond niet te herleiden tot een bepaalde rechtsregel, dan mag aan die rechtsregels niet (ambtshalve) door de rechter worden getoetst. De betekenis van besluitonderdelen blijkt intussen een beperkte, omdat voor veel besluiten intussen door de bestuursrechter is uitgemaakt dat zij niet splitsbaar zijn in besluitonderdelen. Zijn zij dat wel, dan mag de bestuursrechter slechts die beroepsgronden beoordelen die betrekking hebben op in een voorafgaand rechtsbeschermingsstadium aangevochten besluitonderdelen.

¹¹⁸⁹ Gelet op de huidige betekenis die aan dit begrip wordt gegeven, moet zelfs worden geconstateerd dat voor vele besluiten geldt dat hiermee het geding helemaal niet zou kunnen worden afgebakend, omdat zij zich volgens hedendaagse rechtspraak niet laten splitsen in besluitonderdelen.

De huidige hoofdregel voor de afbakening van de bestuursrechtelijke rechtsstrijd in beroep is dat de aangevoerde gronden daarvoor bepalend zijn. Besluiten mogen door de bestuursrechter niet ambtshalve worden getoetst aan rechtsregels die niet naar deze beroepsgronden herleidbaar zijn, tenzij voorschriften van openbare orde in het geding zijn. Na de inwerkingtreding van de Awb is deze categorie van uitzonderingsregels door de bestuursrechter enigszins uitgebreid: niet alleen rechterlijke bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels, maar ook die met betrekking tot de bestuurlijke voorprocedure zijn van openbare orde. Voorts is ook een aantal geschreven en (enkele) ongeschreven voorschriften met betrekking tot de gerechtelijke procesvoering als zodanig aangemerkt. Naast uitbreiding met procesrechtelijke voorschriften, zijn volgens vaste rechtspraak ook de rechtsregels die de juridische bevoegdheidsgrondslag voor het nemen van (voor bezwaar en beroep vatbare) besluiten behelzen van openbare orde. Over het 'openbare orde' karakter van juridische voorwaarden voor het mogen aanwenden van bestuursvoegdheden tot het nemen van besluiten bestaat onvaste rechtspraak. Vanwege de sterke samenhang met de juridische bevoegdheidsgrondslag zijn door de Afdeling bestuursrechtspraak deze toepassingsvoorwaarden wel als van openbare orde aangemerkt, maar dit gebeurt niet consequent. Zo wordt bijvoorbeeld wel ambtshalve onderzocht of sprake is van een overtreding, wat een voorwaarde is voor het mogen uitoefenen van de wettelijke bevoegdheid tot handhaven, maar bijvoorbeeld niet of sprake van strijd met een bestemmingsplan wat een wettelijke toepassingsvoorwaarde is voor het verlenen van een omgevingsvergunning. De Centrale Raad van Beroep kiest in deze een andere benadering door in het kader van de plicht tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden te beoordelen of voldaan is aan een toepassingsvoorwaarde, maar lijkt dit niet voor alle toepassingsvoorwaarden te doen. Rechtsnormen die betrekking hebben op procedurele of inhoudelijke aspecten van besluiten of op vormvereisten worden volgens vaste rechtspraak niet als van openbare orde aangemerkt, zodat bestuursrechters hieraan niet ambtshalve mogen toetsen.

Art. 8:69 Awb en het daaruitvolgende overwegende rechterlijke verbod om besluiten ambtshalve te toetsen aan materiële rechtsnormen impliceert dat in de fase van het rechtsgeding vrijwel het gehele materiële bestuursrecht ter vrije beschikking staat van procespartijen. Procespartijen – in het bijzonder de indiener van het beroep en, als die er is, een derdepartij – mogen zelf bepalen welke bezwaren zij wensen aan te voeren tegen een besluit. Is een beroepsgrond niet te herleiden naar een bepaalde rechtsregel, dan dient de bestuursrechter zich te onthouden van een oordeel over de mogelijke strijdigheid van het bestreden besluit met deze rechtsregel. Dit verbod van ambtshalve toetsing is een logisch uitvloeisel van de hoofdregel die bepaalt dat partijen de omvang van het geding vaststellen. Vanuit het perspectief van de dwingende aard van het materiële bestuursrecht is hoofdregel noch uitvloeisel daarvan vanzelfsprekend. Materiële bestuursrechtelijke normen staan immers vanwege hun overwegend dwingend-rechtelijke karakter in de bestuurlijke besluitvormingsfase bestuursorganen noch burgers ter vrije beschikking. Waarom is dit voor de fase van rechtspraak an-

ders? Het stellen van deze vraag is eens te meer relevant, omdat volgens de juridische doctrine procesrecht niet alleen dient te verwezenlijken, maar essentiële kenmerken daarvan ook volgt. In de parlementaire geschiedenis is deze doctrine voor de wijze van afbakenen van het geding onder de Awb bevestigd.¹¹⁹⁰ Het dwingende karakter van materiële bestuursrechtelijke normen zou derhalve veeleer aanleiding geven voor een hoofdregel in het procesrecht waaruit volgt dat het (materiële) bestuursrecht vanwege zijn dwingende aard procespartijen in beginsel juist niet ter vrije beschikking staat, waardoor de bestuursrechter als regel juist gehouden zou zijn om besluiten, indien nodig, wel ambtshalve te toetsen aan materiële bestuursrechtelijke rechtsnormen.¹¹⁹¹ Hiervoor is echter, als gezegd, juist niet gekozen; in beginsel geldt een verbod van ambtshlave toetsing. Door de wetgever, in de rechtspraak en in de literatuur zijn verscheidene argumenten genoemd die dit verbod van ambtshalve toetsing zou moeten (kunnen) rechtvaardigen. In dit onderzoek is nagegaan of en zo ja in hoeverre dit ook het geval is.

8.2. Ambtshalve toetsing voorafgaand aan de Awb

Met de regeling over de omvang van het geding onder de Awb is beoogd een principiële wijziging te bewerkstelligen zijn ten opzichte van de procesregelingen, die voor de inwerkingtreding van de Awb van kracht waren. Was ambtshalve toetsing onder die procesregelingen inderdaad mogelijk en zo ja waarom?

De doctrine over de omvang van het geding en de mogelijkheid van ambtshalve toetsing, al heette dat nog niet zo, die heersend was aan het begin van de vorige eeuw is terug te vinden in de procesregelingen van de Staatscommissie-Kappayne van de Copello en het Ontwerp van het Wetboek van administratieve rechtsvordering van de hand van Loeff. Volgens deze ontwerpen, die (overigens om andere redenen) niet tot wetgeving hebben geleid, mocht de rechter weliswaar een bestuurlijke beslissing pas beoordelen nadat daartoe door de klager een vordering was ingesteld, maar eenmaal aangebracht diende de rechter vervolgens de gehele beslissing, op rechtmatigheid te beoordelen vanwege de betrokkenheid van de 'publieke orde' en het algemeen belang. Naleving van het objectieve bestuursrecht diende te worden verzekerd, reden waarom ook uitdrukkelijk werd voorzien in de mogelijkheid van een *reformatio in peius*. Ook in de procesregelingen die aan het begin van de 20^e eeuw wel tot wetgeving hebben geleid, te weten de Beroepswet, de Ambtenarenwet en Wet op de raden van beroep voor belastingen, stond handhaving van het objectieve materiële bestuursrecht als

¹¹⁹⁰ Immers, het materiële bestuursrecht zou zich laten kenmerken door wederkerige rechtsbetrekkingen en op basis daarvan is in de wetsgeschiedenis de huidige hoofdregel voor de omvang van het geding en het verbod van *ultra petita* gaan geformuleerd.

¹¹⁹¹ Ook het gedwongen buiten beschouwing moeten laten van een eventuele schending van een rechtsnorm, wat kan leiden tot de instandlating van besluiten die strijdig zijn met dwingend materieel bestuursrecht, wat weer een inbreuk vormt op het legaliteitsbeginsel, vraagt om een rechtvaardiging van de huidige regel over de omvang van het geding.

doel van rechtspraak voorop. Niettemin wenste de wetgever vanwege een praktische reden, namelijk de vrees voor overbelasting van de rechter, de rechtmatigheidstoetsing door de beroepsrechter wel te beperken tot die onderwerpen die door de klager werden aangevoerd. De CRvB besliste evenwel spoedig na de inwerkingtreding van de Beroepswet anders, waarna de beroepsrechter voortaan bestuurlijke beslissingen volledig op rechtmatigheid toetste. In de wetsgeschiedenis op de Ambtenarenwet, die enkele decennia na de Beroepswet in werking trad, werd in een overigens gelijklopende bepaling als die van de Beroepswet deze omvang van rechterlijke toetsing zelfs uitdrukkelijk voorgeschreven. Integrale rechtmatigheidstoetsing van bestuurlijke beslissingen mocht dan de heersende leer zijn, voor belastingrechtspraak ging zij niet op. De belastingrechter heeft de afbakening van het geding van meet af aan – overigens geheel op eigen gezag, want de wetgever bepaalde daar hoegenaamd niets over – steeds laten afhangen van feitelijke gronden die tegen de beslissingen werden aangevoerd. Hoewel ook indertijd al werd onderkend dat belastingrecht behoorde tot het administratieve recht en de belastingrechter te boek stond als administratieve rechter, kende zowel het belastingrecht als ook de belastingrechtspraak sterke civielrechtelijke trekken. De vanoudsher aanwezige lijdelijke houding van de belastingrechter ten aanzien van het belastinggeschil laat zich aldus verklaren.

Ambtshalve toetsing paste in de doctrine van grofweg de eerste helft van de vorige eeuw: bestuursrechtspraak, uitgezonderd belastingrechtspraak, diende primair tot het verzekeren van rechtmatige bestuursbeslissingen. In de tweede helft van de vorige eeuw zijn vervolgens twee ontwikkelingen waarneembaar. De eerste is dat integrale rechtmatigheidstoetsing van beslissingen door de beroepsrechter en de ambtenarenrechter door de wetgever werd gerelativeerd. Uit de parlementaire geschiedenis van de in de jaren zestig gewijzigde Beroepswet valt af te leiden dat wederom de vrees voor overbelasting van de beroepsrechter als reden werd gezien om de omvang van het geding te beperken tot hetgeen in beroep door de klager tegen een bestuursbeslissing wordt aangevoerd. Vanwege principiële bezwaren vanuit het parlement is echter uiteindelijk toch besloten de bestaande regeling van volledige rechtmatigheidstoetsing te handhaven, maar wel onder de toevoeging dat de beroepsrechter zich kan beperken tot ‘het punt van het geschil’. De handhaving van het objectieve (sociale zekerheids)recht bleef derhalve vooropstaan als doel van rechtspraak en ambtshalve toetsing bleef mogelijk, maar tegelijkertijd werd een element van lijdelijkheid geïntroduceerd die de beroepsrechter in staat stelde om zich in zijn beoordeling te beperken tot de tussen partijen bestaande geschilpunten. Voor de ambtenarenrechter werd een identieke regeling vastgesteld, zij het twee decennia later. Voor de belastingrechter veranderde er in de tweede helft van de vorige eeuw niets, deze bleef onveranderd lijdelijk ten aanzien van de omvang van het geding.

Een tweede ontwikkeling die in de tweede helft van de vorige eeuw waarneembaar was, was het gebrek aan belangstelling van de wetgever voor de omvang van het geding in nieuwe procesrechtelijke regelingen. Voor de Wet Arbo, die in de jaren vijftig inwerking is getreden, en de Wet Arob, die in de

jaren zeventig volgde, gold namelijk dat in wettekst noch de daaraan ten grondslagliggende parlementaire stukken ook maar enige aandacht uitging naar de afbakening van de rechtsstrijd. Het opnemen van een regeling voor toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur respectievelijk de afgrenzingsproblematiek met andere procesregelingen vroegen en kregen daarentegen wel de volle aandacht van de wetgever. Het gebrek aan belangstelling voor de omvang van het geding is niettemin opvallend, omdat hierover immers tussen regering en parlement nog wel zeer principiële getoonzette debatten zijn gevoerd in het kader van de wijziging van de Beroepswet. In de literatuur is weliswaar opgemerkt dat het CBb en de ARRS lijdelijker waren dan de beroepsrechter en de ambtenarenrechter, maar dit neemt niet weg dat ambtshalve toetsing door deze instanties ook wel (eens) voorkwam.

Voor zover met de Awb is beoogd om een principiële wijziging te bewerkstelligen van de omvang van de rechtmatigheidstoetsing door de bestuursrechter, geldt dit in het bijzonder voor de beroepsrechter en de ambtenarenrechter. De belastingrechter is van meet af lijdelijk geweest ten aanzien van de omvang van het geding.

8.3. Wederkerige rechtsbetrekking: geen rechtvaardiging

In de Awb-totstandkomingsgeschiedenis is geconstateerd dat het hedendaagse materiële bestuursrecht wordt gekarakteriseerd door 'rechtsbetrekkingen' tussen bestuur en burger, die 'wederkerig' totstandkomen. Aan deze constatering is vervolgens een tweetal, in elkaars verlengde liggende gevolgtrekkingen voor het bestuursprocesrecht verbonden. De eerste is dat niet langer de handhaving van het objectieve bestuursrecht als doel van bestuursrechtspraak vooropstaat, maar het bieden van individuele rechtsbescherming. Deze doelwisseling heeft geleid tot een tweede gevolgtrekking voor het procesrecht, namelijk dat voortaan partijen in de regel de omvang van de rechterlijke toetsing bepalen. De rechtvaardiging voor het huidige (overwegende) verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter is derhalve gelegen in wederkerige rechtsbetrekkingen, die volgens de totstandkomingsgeschiedenis op de Awb kenmerkend zijn voor het hedendaagse materiële bestuursrecht. 'Procesrecht behoort het materiële recht te volgen' is hierbij het leidende principe geweest. Dit principe is ook het uitgangspunt geweest voor de procesregelingen die golden vóór de Awb, althans in ieder geval voor de Beroepswet en de Ambtenarenwet. Voor het procesrecht voor belastingzaken heeft dit principe evenwel van meet af aan niet gegolden, althans niet voor zover het de omvang van het geding betreft. Voor de Wet Arbo en de Wet Arob bestaat hierover op zijn minst gezegd onduidelijkheid, nu de wetgever volledig in het midden heeft gelaten op hoe de omvang van het geding moest worden vastgesteld. Voor het burgerlijk procesrecht heeft het principe echter wel steeds een belangrijke rol gespeeld, de burgerlijke rechter is traditioneel lijdelijk geweest ten aanzien van de omvang van het geding, welke lijde-

lijkheid een weerspiegeling is van de idee van contractsvrijheid van partijen in het materiële burgerlijke recht.

Het in de Awb-wetsgeschiedenis tentoongespreide gedachtegoed van wederkerige rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht rechtvaardigt echter niet de wijze waarop onder de vigeur van de Awb de rechtsstrijd voor de bestuursrechter wordt afgebakend. De oorzaak hiervan is gelegen in de uiterst geringe positief-rechtelijke betekenis die de idee van wederkerige rechtsbetrekkingen voor het (huidige) materiële bestuursrecht heeft (gehad). In de eerst plaats geldt dit voor het begrip ‘rechtsbetrekking’. Voor zover met dit begrip is bedoeld, dat ook niet wettelijk genormeerde bestuursbevoegdheden steeds juridisch zijn genormeerd, namelijk door algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dat om die reden de uitoefening van bestuursbevoegdheden nimmer ‘rechtsvrij’ is, is de betekenis van ‘rechtsbetrekking’ onomstreden. Dit kan echter niet worden gezegd van de betekenis van ‘rechtsbetrekking’, waarmee klaarblijkelijk door de wetgever is beoogd het belang van het besluitbegrip voor het bepalen van de bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen tussen bestuur en burger te relativeren. Besluiten zouden in deze visie slechts één van de omstandigheden zijn, die aan een reeds bestaande rechtsbetrekking tussen bestuur en burger nader invulling geven. Het ziet er naar uit dat met de introductie van het rechtsbetrekkingenbegrip beoogd is een toekomstvisie voor het bestuursrecht te presenteren. Deze visie heeft echter geen betekenis (gehad) voor de kern van het materiële bestuursrecht. Het besluit is daarbinnen immers nog steeds de bron voor het vaststellen van de bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen tussen bestuur en burgers. Het waarschijnlijke, met het rechtsbetrekkingenbegrip door de wetgever beoogde gevolg voor het bestuursprocesrecht – de rechterlijke bevoegdheid tot het vaststellen van de rechtsverhouding tussen bestuur en burger, zoals de burgerlijke rechter dat doet, die in de plaats komt van het traditionele vernietigingsberoep op grond waarvan de bestuursrechter besluiten op rechtmatigheid beoordeelt en indien nodig vernietigt – is in de Awb (nog steeds) niet ingevoerd. Integendeel, want in de Awb staat de traditionele rechtmatigheidsbeoordeling van besluiten en het daarmee verbonden vernietigingsberoep onverminderd centraal. Het lijkt erop dat de wetgever met het huidige art. 8:69, op basis waarvan de bestuursrechter – gelijk de burgerlijke rechter – in beginsel alleen de aangevoerde gronden mag beoordelen, al vooruit heeft willen lopen op een mogelijk (toekomstig) rechtsregime, waarin de bestuursrechter de rechtsverhouding tussen bestuur en burger kan vaststellen. Het huidige vernietigingsberoep waarin de beoordeling van besluiten centraal staat, verdraagt zich echter slecht met een dergelijke procesrechtelijke regel. Besluiten zijn immers steeds een samenstel van veelal met elkaar samenhangende – consecutief en sequentieel – deelbeslissingen van bestuursorganen over steeds dwingende rechtsnormen, die zich niet voor een geïsoleerde beoordeling lenen.

Behalve het begrip rechtsbetrekking heeft ook ‘wederkerigheid’ niet of nauwelijks betekenis voor het positieve bestuursrecht. Wederkerigheid kent gelet op de

Awb-wetsgeschiedenis en de literatuur twee verschillende betekenissen. In één daarvan is wederkerigheid de tegenpool van eenzijdigheid. De bestuurlijke rechtsvaststelling, zo luidt de gedachte, geschiedt niet langer meer in overwegende mate eenzijdig, maar is juist als (meer) wederkerig te beschouwen, omdat bestuursorganen steeds rekening dienen te houden met belangen, zienswijzen en wensen van burgers. Wederkerigheid in deze betekenis appelleert derhalve aan elementen die typerend zijn voor 'meerzijdigheid', zoals het voeren van overleg en onderhandelingen alsmede het zo mogelijk zelfs bereiken van overeenstemming over de concrete invulling van besluiten. Voor bestuursorganen geldt echter een uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende rechtsplicht om besluiten te nemen, die in overeenstemming moeten zijn met dwingend materieel bestuursrecht. Het voeren van overleg, onderhandeling of het bereiken van wederzijdse instemming over toepassing van dwingende rechtsnormen in het kader van bestuurlijke besluitvorming is dan ook niet mogelijk. Het gedachtegoed van de wederkerige rechtsbetrekking kan aan de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende rechtsplicht voor bestuursorganen niet afdoen en beoogt dat, gezien de Awb-wetsgeschiedenis, klaarblijkelijk ook niet. Voor zover de uitoefening van besluitbevoegdheden dwingendrechtelijk is genormeerd, kan dan ook geen sprake zijn van een relativering van eenzijdigheid als karakteristiek van bestuurlijke besluitvorming. Wederkerigheid die appelleert aan elementen van meerzijdige rechtsvorming is voor het materiële bestuursrecht onbestaanbaar, indien en voor zover wettelijke regelingen besluitbevoegdheden dwingendrechtelijk normeren. Besluitbevoegdheden staan bestuursorganen noch burger of bedrijven in de bestuurlijke besluitvormingsfase in zoverre dan ook niet ter vrije beschikking. Waarom dit dan wel het geval kan zijn voor de gerechtelijke fase, valt dan ook niet uit de idee van de wederkerige rechtsbetrekking te verklaren.

Uit het voorgaande volgt dat voor zover al sprake zou kunnen zijn van wederkerigheid, dit betrekking zou moeten hebben op de invulling van de discretionaire beslissingsruimte, waardoor vele besluitbevoegdheden zich laten karakteriseren. Inderdaad geldt voor de uitoefening van discretionaire besluitbevoegdheden dat bestuursorganen belangen, zienswijzen en zo mogelijk zelfs wensen van belanghebbenden niet mogen veronachtzamen, althans voorzover de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daartoe nopen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn immers te beschouwen als aanvullende rechtsnormen, die het ontbreken van (iedere) normering van (discretionaire) besluitbevoegdheden compenseren. Zij maken het dat discretionaire besluitbevoegdheden niet rechtsvrij zijn. Dit is evenwel wat anders dan dat bestuursorganen en burgers door en na overleg, onderhandeling of instemming – derhalve in wederkerigheid – zouden kunnen komen tot een concrete invulling van een besluit. Ook voor zover besluitbevoegdheden zich laten kenmerken als discretionair, kan daarvan nauwelijks sprake zijn. Dit geldt in ieder geval niet, indien bestuursorganen ter invulling van hun discretionaire beslissingsruimte een beleidsregel hebben vastgesteld. Voor zover discretionaire besluitbevoegdheden zijn genormeerd door beleidsregels, is daardoor de door de wetgever aanvankelijk toegekende (of

gelaten) (initiële) bestuurlijke vrijheid beperkt. Bestuursorganen zijn, zo volgt ook uit art. 4:84 Awb, gebonden aan een door henzelf vastgestelde beleidsregel, zodat in zoverre van wederkerigheid geen sprake (meer) kan zijn. Weliswaar behoort afwijking van een beleidsregel tot de mogelijkheden, maar ook de inherente afwijkingsbevoegdheid is strikt genormeerd. Afwijking van een beleidsregel is alleen dan mogelijk, indien zich een 'bijzondere omstandigheid' voordoet, een omstandigheid derhalve waaraan de beleidsregelgever bij het opstellen van de beleidsregel niet heeft gedacht, terwijl deze bijzondere omstandigheid bovendien dient te leiden tot onevenredige gevolgen (in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen). Vrijheid van het bestuur om te onderhandelen over of in overleg te treden met de burger over gebruikmaking van een beleidsregel dan wel een inherente afwijkingsbevoegdheid ontbreekt derhalve; van wederkerigheid kan dan ook geen sprake zijn voor zover een discretionaire besluitbevoegdheid is gereguleerd door een beleidsregel.

Maar ook indien geen beleidsregel is vastgesteld of waar deze de beslissingsruimte slechts ten dele bestrijkt, is de ruimte voor wederkerige rechtsvorming gering. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt de plicht voor bestuursorganen mee dat zij steeds alle betrokken relevante en mogelijk aan elkaar tegengestelde belangen dienen mee- en af te wegen, zodat het rekening houden met een specifiek belang van een burger in die afwegingsplicht opgaat. Voorts volgt uit het specialiteitsbeginsel dat niet ieder belang mag worden meegewogen, zodat in dat opzicht de ruimte voor bestuursorganen om belangen van burgers, zienswijzen of wensen mee te wegen begrensd is. Bovendien geldt dat de aanvankelijke door de wettelijke regeling gelaten beslissingsruimte iedere keer dat een bestuursorgaan een besluitbevoegdheid uitoefent, verdergaand wordt beperkt omdat bestuursorganen volgens een vaste gedragslijn besluiten dienen te nemen. Dit volgt in het bijzonder uit het materiële motiveringsbeginsel, het materiële rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur begrenzen de speelruimte van bestuursorganen om rekening te houden met specifieke belangen, visies of wensen van een burger.

Beginselen van behoorlijk bestuur vergen weliswaar van bestuursorganen, dat zij binnen de hun toekomende beslissingsruimte, rekening houden met belangen van burgers, van wederkerigheid waarop de Awb-wetsgeschiedenis doelt, kan evenwel nauwelijks sprake zijn, omdat diezelfde algemene beginselen van behoorlijk bestuur de vrijheid voor bestuursorganen om met een individuele burger overleg te voeren of overeenstemming te bereiken over de invulling van een besluit juist beperken.

Volgens de Awb-wetgever staan bestuur en burgers in een toegenomen mate in een meer gelijkwaardige verhouding tot elkaar bij het concretiseren van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen. De wederkerigheidstheorie beoogt immers de eenzijdige rechtsvaststelling door het bestuur als kenmerk voor het materiële bestuursrecht te relativieren. Van partijautonomie in het materiële bestuursrecht kan echter geen sprake zijn. Niet alleen ontbreekt het in het bestuursrecht aan de

mogelijkheid om over en weer in vrijheid te kiezen voor een wederpartij, ook het bepalen van de inhoud van de rechtsverhouding staat ter vrije beschikking van bestuur en burger. Hetzelfde geldt voor de procedure die daartoe dient te worden gevolgd en de vorm waarin de rechtsverhouding gestalte dient te krijgen. Voor zover de wetgever de partijautonomie voor ogen heeft gestaan, die traditioneel altijd heeft bestaan in het verbintenissenrecht, staan het legaliteitsbeginsel, de dwingendrechtelijke aard van wettelijke rechtsnormen alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daaraan ten enenmale in de weg.

Met deze conclusie valt ook de procesrechtelijke gevolgtrekking, die in de wetsgeschiedenis is gemaakt voor de omvang van het geding, weg. Dit geldt in de eerste plaats voor de verminderde behoefte aan het bieden van ongelijkheidscompensatie door de bestuursrechter, die volgens de Awb-wetsgeschiedenis het gevolg is van de (veronderstelde) toegenomen gelijkwaardigheid tussen bestuur en burger. Nu van een toegenomen gelijkwaardigheid niet kan worden gesproken, ontvalt ook de gevolgtrekking dat sprake is van een verminderde behoefte aan ongelijkheidscompensatie. Daarnaast kan de theorievorming over wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht niet verklaren waarom handhaving van het objectieve recht als doel van bestuursrechtspraak niet langer vooropstaat en plaats heeft moeten maken voor het bieden van individuele rechtsbescherming. Voor zover de vooropstelling van het doel van het bieden van individuele rechtsbescherming is afgeleid uit de idee van wederkerige rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht, kan dit gedachtegoed voor deze vooropstelling geen onderbouwing zijn. Voor zover de afbakening van het geding is afgeleid uit de vooropstelling van deze doelstelling, kan zij daarvoor geen rechtvaardiging bieden. Bovendien houdt handhaving van het objectieve recht als doel van bestuursrechtspraak verband met het dwingende rechtskarakter van het materiële bestuursrecht. Vastgesteld is dat de idee van wederkerige rechtsbetrekkingen aan dit dwingende karakter van het materiële bestuursrecht niet afdoet, zodat daaraan geen verminderde noodzaak aan rechterlijke controle op de objectieve rechtmatigheid van besluiten kan worden ontleend. Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter is bij uitstek een bevoegdheid waarmee de naleving van het objectieve recht kan worden gewaarborgd, zodat in dat licht een overwegend verbod daarop niet valt te begrijpen.

Behalve op elementen die appelleren aan meerzijdigheid, ziet wederkerigheid blijkens de Awb-totstandkomingsgeschiedenis ook op de betekenis die deze term in het verbintenissenrecht heeft en wel waar het gaat om de daarbinnen onderscheiden wederkerige overeenkomsten. Uit dit type van overeenkomsten vloeien voor partijen over en weer rechten en plichten uit voort; tegenover het recht voor de een staat een plicht voor de ander, en omgekeerd. Uit de Awb-wetsgeschiedenis en de ondersteunende literatuur is op te maken, dat de wetgever ook deze betekenis van wederkerigheid voor ogen heeft gestaan, zij het dat de reikwijdte daarvan zich volgens de wetsgeschiedenis beperkt tot slechts (enkele) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De wederkerigheidsgedachte behelst dat bestuursorganen slechts toepassing behoeven te geven aan algemene

beginselen van behoorlijk bestuur, indien de burger aan de voorwaarde (plicht) heeft voldaan om de daarvoor relevante en noodzakelijke informatie te verschaffen aan het bestuursorgaan en medewerking te verlenen. De rechtsplicht van het bestuur wordt derhalve afhankelijk gesteld van een informatie- en medewerkingsplicht van de burger. Nog daargelaten dat voor algemene beginselen van behoorlijk bestuur veelal niet kan worden volgehouden dat de rechtsplicht van het bestuur tot het daaraan toepassing geven alleen afhankelijk kan worden gesteld van informatie of medewerking van een belanghebbende burger – het algemeen belang, waaronder belangen van derden, is immers ook bij vele algemene beginselen van behoorlijk bestuur betrokken – volgt hieruit evenmin dat het materiële bestuursrecht om die reden procespartijen in het rechtsgeding procespartijen ter vrije beschikking staat. Wederkerigheid in de zin van de aanwezigheid van rechten en plichten over en weer voor bestuur en burger zegt immers niets over de mate waarin partijen vrij zijn in het aangaan van een rechtsverhouding noch over de mate waarin zij vrijheid hebben in het bepalen van de inhoud daarvan.

Blijkens de Awb-totstandkomingsgeschiedenis is het gedachtegoed van wederkerige rechtsbetrekkingen in het materiële bestuursrecht van grote betekenis geweest voor het bepalen van de wijze waarop onder de Awb de omvang van het geding dient te worden vastgesteld. Gelet op de uiterst geringe positiefrechtelijke betekenis van wederkerige rechtsbetrekkingen, valt hiermee niet de huidige procesrechtelijke regel te rechtvaardigen, die bepaalt dat de bestuursrechter zich bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit heeft te beperken tot de aangevoerde beroepsgronden en het besluit niet mag toetsen aan dwingende materiële rechtsnormen waarop geen beroep is gedaan.

8.4. Materiële rechtszekerheid: geen rechtvaardiging

Uit zowel de Awb-wetsgeschiedenis, rechtspraak als literatuur blijkt dat het verbod van ambtshalve toetsing mede is ingegeven door 'rechtszekerheid'. Rechtszekerheid geldt naast de idee van de wederkerige rechtsbetrekking als rechtvaardiging voor het huidige verbod van ambtshalve toetsing. Rechtszekerheid kent uiteenlopende betekenissen. Het bieden van bescherming tegen een inbreuk op de materiële rechtspositie is daar een van. Dat deze 'materiële rechtszekerheid' ook volgens de wetgever voor het huidige bestuursprocesrecht essentieel is, volgt uit het in de Awb-wetsgeschiedenis geformuleerde verbod van reformatio in peius. Dit tot de rechter gerichte verbod behelst voor het huidige recht dat de beoordeling van de in beroep aangevoerde gronden niet mag leiden tot een slechtere materiële rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep, dan die waarin hij verkeerde voorafgaand aan het instellen van beroep. Met andere woorden: de in dat besluit toegekende of door dat besluit gehandhaafde rechts- of belangenpositie mag door de rechterlijke uitspraak niet ten nadele van de indiener van het beroep worden gewijzigd. Vanuit het perspectief van het materiële rechtszekerheidsbeginsel c.q. het vertrouwensbeginsel valt te

begrijpen waarom de indiener van het beroep niet ten gevolge van het door hem ingestelde beroep in een verslechterde positie mag geraken. Zou hij immers geen beroep hebben ingesteld tegen een besluit, dan zou in de regel – er zijn uitzonderingen – een bestuursorgaan in beginsel ook niet mogen overgaan tot herziening van besluit, dat de eerder vastgestelde rechts- of belangenpositie doet verslechteren. Het huidige in de wetsgeschiedenis afgekondigde en in bestuursrechtspraak gehandhaafde verbod van reformatio in peius is geworteld in het materiële rechtszekerheids- c.q. vertrouwensbeginsel. Het verbod van reformatio in peius geldt alleen voor de indiener van het beroep in een tweepartijengeding en niet voor procespartijen in een meerpartijengeding. In een meerpartijengeding staat de beoordeling centraal van besluiten, die uiteenlopende en aan elkaar strijdige belangen van verschillende belanghebbenden hebben. Dit betekent dat een rechterlijke uitspraak (altijd) ten voordele van de een, maar tegelijkertijd ten nadele van de andere zal uitvallen; de bescherming van de rechts- of belangenpositie van slechts een der partijen is reeds om die reden ongewenst.

Nu voor rechterlijke uitspraken, die zijn gebaseerd op een beoordeling van in beroep aangevoerde gronden, al begrijpelijk is dat zij niet mogen leiden tot een reformatio in peius, geldt dit zeker ook voor uitspraken die tot stand zouden (mogen) komen op basis van ambtshalve toetsing. Vóór de inwerkingtreding van de Awb mochten bestuursrechters – althans in ieder geval onder de vigeur van de Beroepswet en de Ambtenarenwet – besluiten ambtshalve toetsen, terwijl deze wetten bovendien voorzagen in de uitdrukkelijke mogelijkheid van een reformatio in peius. Evenals voor ambtshalve toetsing, geldt hiervoor dat de mogelijkheid van reformatio in peius kenmerkend is voor een rechtsbeschermingsstelsel waarin het nastreven van objectieve rechtmatigheid van besluiten vooropstaat. Ambtshalve toetsing mocht derhalve juist vanwege dat vooropgestelde doel ook een verslechtering van de rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep teweegbrengen. Toen in de jaren zestig respectievelijk jaren en tachtig van de vorige eeuw de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing in de Beroepswet en de Ambtenarenwet werd genuanceerd, bleef de mogelijkheid van een reformatio in peius ongewijzigd. Niettemin bleek de CRvB echter nog maar weinig bereid om aan deze bevoegdheid toepassing te geven. Uit verscheidene uitspraken blijkt dat de CRvB voorrang gaf aan de bescherming van de individuele rechts- en belangenpositie en niet, ten koste van die positie, aan de juiste toepassing van het objectieve recht. Vanuit een oogpunt van materiële rechtszekerheid mocht ambtshalve toetsing, ondanks een uitdrukkelijke bepaling die hierin juist wel voorzag, niet (meer) leiden tot een verslechtering van een reeds verworven materiële rechts- of belangenpositie.

Een verbod van ambtshalve toetsing is vanuit het gezichtspunt van het materiële rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel voor de indiener van het beroep te rechtvaardigen, indien ambtshalve toetsing teweegbrengt dat de indiener van het beroep in een tweepartijengeding in een slechtere rechts- of belangenpositie komt te verkeren dan waarin hij verkeerde voorafgaand aan het instellen van het

beroep. Dit geldt derhalve voor zover een begunstigend of belastend besluit wordt aangevochten, met als inzet (en verwachting) in aanmerking te worden gebracht voor een grotere mate van begunstiging respectievelijk voor een geringer belastend besluit. Vanuit een oogpunt van materiële rechtszekerheid mag ambtshalve toetsing er dan niet toe leiden, dat de bij het bestreden besluit in het leven geroepen rechts- of belangenpositie ten nadele wordt gewijzigd. Aldus kan worden beargumenteerd dat (materiële) rechtszekerheid inderdaad een beletsel kan zijn voor ambtshalve toetsing. Niettemin is denkbaar dat ambtshalve toetsing in deze situaties wel wordt toegestaan. Door het besluit te vernietigen op de ambtshalve door de bestuursrechter in het geding gebrachte grond, doch omwille van de eerbiediging van de materiële rechtszekerheid van de indiener van het beroep zouden de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand kunnen worden gelaten. Vanuit het perspectief van objectieve rechtmatigheid van besluiten geniet deze oplossing de voorkeur, terwijl er bovendien geen schending plaatsvindt van de materiele rechtszekerheid.

Brengt ambtshalve toetsing geen wijziging teweeg in een rechts- of belangenpositie, dan bestaat er vanuit een oogpunt van materiële rechtszekerheid geen bezwaar tegen ambtshalve toetsing. Het gaat dan om ambtshalve toetsing van besluiten die strekken tot de (gedeeltelijke) intrekking van een eerder toegekende aanspraak of recht dan wel de afwijzing van een verzoek om in aanmerking te worden gebracht voor een aanspraak of recht. Stelt de bestuursrechter ambtshalve vast dat op grond van een andere rechtsregel evenmin een aanspraak of recht bestaat, dan leidt dat ambtshalve oordeel niet tot een verslechtering van de rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep.

Voor zover de rechts- of belangenpositie van de indiener van het beroep verbetert, bestaat er uit vanuit een oogpunt van (materiële) rechtszekerheid van de indiener het beroep vanzelfsprekend geen enkel bezwaar tegen ambtshalve toetsing. Het is dan echter de vraag of (materiële) rechtszekerheid voor de andere procespartij – (in tweepartijgedingen is dat) het bestuursorgaan – aan ambtshalve toetsing in de weg staat. Geconstateerd moet worden dat bestuursorganen zelf, althans als besluitennemer, geen materiële rechts- of belangenpositie hebben die vergelijkbaar is met die van burgers. Het zijn immers juist de bestuursorganen, die de rechts- en belangenpositie van anderen moeten bepalen. Deze rechts- of belangenpositie van de burger weerspiegelt niet, zoals dat bijvoorbeeld in het verbintenissenrecht het geval is, de rechts- en belangenpositie van het bestuursorgaan. Als al van een rechtspositie van bestuursorgaan als besluitennemer kan worden gesproken, dan bestaat deze uitsluitend uit de rechtsplicht om besluiten te nemen en wel zo, dat deze in overeenstemming zijn met het objectieve bestuursrecht. Uit het voorgaande kan reeds de gevolgtrekking worden gemaakt, dat voor bestuursorganen rechtszekerheid geen argument oplevert tegen ambtshalve toetsing voor zover die gunstige gevolgen teweegbrengt voor de wederpartij(en) van bestuursorganen.

Op grond van art. 4:6 Awb zijn bestuursorganen uitsluitend gehouden om na te gaan of tot herziening van een besluit moet worden overgegaan, indien

is gebleken van feiten of omstandigheden die nog niet bekend waren ten tijde van het nemen van het inmiddels rechtens vaststaande besluit. Deze materieel-rechtelijke regel beoogt de positie van bestuursorganen als besluitennemer te beschermen: de voortgang van het besturen is er immers niet mee gediend, dat eenmaal genomen besluiten moeten worden herzien, ook al is dat gunstig voor een belanghebbende burger. Verschafft deze materiële rechtsregel, die ten faveure strekt van consistent bestuur door bestuursorganen, een rechtvaardiging voor een verbod van ambtshalve toetsing? Dat is niet het geval. De ratio van deze materiële rechtsregel is dat de rechts- en belangenpositie, die door een besluit is vastgesteld, na ommekomst van de bezwaar- of beroepstermijn rechtens vaststaat. Is echter beroep ingesteld tegen een besluit dan staat de rechts- en belangenpositie nu juist (nog) niet rechtens vast en het is dan ook denkbaar – en daar heeft het bestuursorgaan ook steeds rekening mee te houden – dat het betreffende besluit (ten voordele van de indiener van het beroep) zal (moeten) worden gewijzigd. Niet ambtshalve toetsing, maar het openstaan van beroep tegen besluiten, doet de onzekerheid bij bestuursorganen over de rechtmatigheid van besluiten ontstaan. Om deze reden kan rechts(on)zekerheid niet als een argument worden beschouwd tegen ambtshalve toetsing.

In meerpartijengedingen staan procespartijen veelal met tegengestelde belangen tegenover elkaar. Anders dan voor een tweepartijengeding, geldt voor een meerpartijengeding niet dat een direct-belanghebbende er geen rekening mee hoeft te houden dat zijn rechts- of belangenpositie zou kunnen verslechteren door het instellen van beroep. Dit is nu juist wel het geval. Een andere (derde)belanghebbende met een tegengesteld belang zou zich immers in het beroep kunnen mengen, teneinde een rechterlijke uitspraak te verkrijgen die voor hem gunstig is, maar (daarmee) voor de ander juist ongunstig is. In een meerpartijengeding hebben de betrokken partijen er derhalve steeds rekening mee te houden, dat naar aanleiding het beroep de in het bestreden besluit vastgestelde rechts- of belangenpositie zal wijzigingen en kan verslechteren. Een verbod van reformatio in peius voor een van de partijen is daarom in een meerpartijengeding ondenkbaar. Het argument dat de indiener van het beroep, gezien het materiële rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel, geen rekening behoeft te houden met een verslechtering van zijn rechts- of belangenpositie, gaat voor een besluit dat meerdere belanghebbenden raakt niet op; niet alleen hij, maar ook anderen met tegengestelde belangen kunnen in beroep gaan tegen het besluit.

Onmiskienbaar is het zo, dat ambtshalve toetsing kan meebrengen dat ten gevolge van een door de bestuursrechter ambtshalve in het geding gebrachte grond, de rechts- of belangenpositie van een van de procespartijen in een meerpartijengeding verslechtert in vergelijking met de positie die is vastgesteld in het bestreden besluit. Met een verslechtering van hun positie dienen echter alle betrokkenen, juist nu het gaat om een meerpartijengeding, rekening te houden. Zekerheid omtrent rechts- of belangenposities is er voor geen van de procespartijen zolang de beroepstermijn nog openstaat of indien beroep is ingesteld. Het is daarom ook hier niet de mogelijkheid van ambtshalve toetsing die onzekerheid

over de materiële rechts- of belangenpositie van procespartijen teweegbrengt, maar het openstellen van beroep tegen besluiten zelf. Om deze reden levert rechtszekerheid van de betrokken procespartijen met betrekking tot hun rechts- of belangenpositie in een meerpartijengeding geen argument op tegen ambtshalve toetsing.

Nu materiële rechtszekerheid slechts in een enkele situatie een argument tegen ambtshalve toetsing oplevert, terwijl voor deze situatie een oplossing denkbaar is waardoor de materiële rechtszekerheid kan worden eerbiedigd, wordt geconcludeerd dat materiële rechtszekerheid geen rechtvaardiging oplevert voor het huidige (overwegende) verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter.

8.5. Procesrechtelijke beginselen: geen rechtvaardiging

Volgens het – ook voor de Awb leidende – principe dat het procesrecht dient ter verwezenlijking van het materiële recht en essentiële kenmerken daarvan ook volgt, is het huidige overwegende verbod van ambtshalve toetsing van besluiten aan materiële rechtsnormen niet te rechtvaardigen. De vraag is of het procesrecht, in het bijzonder procesrechtelijke beginselen die de vormgeving en inrichting van het procesrecht normeren, zelf een argument oplevert voor het huidige verbod van ambtshalve toetsing. Volgens het verdedigingsbeginsel dienen partijen tenminste in de gelegenheid te worden gesteld om over een in beroep aangevoerde beroepsgrond over en weer een standpunt in te nemen en argumenten uit te wisselen. Daarbij moet partijen een redelijke termijn worden gegund om het recht van hoor en wederhoor te kunnen uitoefenen. Deze uit het verdedigingsbeginsel voortvloeiende verdedigingsrechten zijn ook van toepassing indien de rechter ambtshalve gebruik maakt van rechterlijke bevoegdheden, ambtshalve toetsing, daaronder begrepen. Geconcludeerd moet worden dat het verdedigingsbeginsel de omvang van het geding normeert, maar een argument voor een verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter kan er niet aan worden ontleend. Zolang immers procespartijen in de gelegenheid (kunnen) worden gesteld om hun verdedigingsrechten uit te oefenen, en derhalve niet worden geconfronteerd met een rechterlijke verrassingsbeslissing, staat het verdedigingsbeginsel aan ambtshalve toetsing door de bestuursrechter niet in de weg. Zelfs indien ter zitting of na afloop daarvan de bestuursrechter een rechtmatigheidsgebrek in het bestreden besluit zou ontdekken, kan aan de verdedigingsrechten toepassing worden gegeven door de zaak te schorsen respectievelijk te heropenen.

Volgens het Hof van Justitie EU kan vertraging in de procedure reden zijn voor een (nationaal) verbod op ambtshalve toetsing. Wordt de procedure waarin alleen partijen de omvang van het geding mogen bepalen als maatstaf voor het meten van vertraging genomen, dan beslaat deze vertraging de periode die is gemoeid met het afdoen van een ambtshalve door de rechter in het geding gebrachte grond. De procedure zal langer duren, omdat de rechter in de regel na

afloop van het schriftelijke debat tussen de procespartijen tot bestudering van de beroepszaak overgaat, tot ontdekking komt dat er een ander rechtmatigheidsgebrek aan het besluit kleeft, waarna met inachtneming van het verdedigingsbeginsel partijen in de gelegenheid dienen te worden gesteld een standpunt in te nemen over de ambtshalve in het geding gebrachte grond. Hoe groot deze vertraging is, valt in zijn algemeenheid niet te zeggen, omdat die afhankelijk is van het rechtmatigheidsgebrek dat door de rechter ambtshalve aan de orde is gesteld. Indien nader onderzoek dient te worden ingesteld door (een van de) partijen naar de juistheid van de rechterlijke constatering, is de vertraging groter dan in het geval beide partijen het gebrek bevestigen. Bedacht dient evenwel te worden dat (naar huidig recht) vertraging in de procedure ook het gevolg kan zijn van het door partijen in de loop van de procedure aanvoeren van nieuwe gronden¹¹⁹², nadere argumenten ter onderbouwing van reeds aangevoerde gronden alsmede van het in het geding brengen van nieuwe toelichtende stukken. Steeds zal de wederpartij dan de gelegenheid moeten worden geboden om zich over hetgeen in het geding is gebracht uit te laten, wat vertraging in de afdoening van de beroepszaak oplevert. Geconcludeerd wordt dan ook dat het enkele gegeven dat ambtshalve toetsing leidt tot vertraging in de afdoening van beroepszaken ten opzichte van de situatie waarin ambtshalve toetsing niet is toegelaten, een benadering is die eenzijdig is gericht op het wegberedeneren van ambtshalve toetsing en op zichzelf geen zaak van beginsel is. Dit kan anders komen te liggen, indien door vertraging wel een (procesrechtelijk) beginsel wordt geschonden.

Hierbij valt als eerste te denken aan het in art. 6 EVRM neergelegde vereiste dat bestuursrechter binnen een redelijke termijn beroepszaken dienen af te doen. Tijdige afronding van beroepszaken dient de rechtszekerheid van de procespartijen. De redelijke termijn zoals bedoeld in art. 6 EVRM reguleert een termijn voor de afdoening van bestuursrechtelijke (hogere) beroepszaken. Het redelijke termijnvereiste rechtvaardigt een verbod van ambtshalve toetsing, indien ambtshalve toetsing door de bestuursrechter aanleiding zou geven tot een stelselmatige overschrijding van de redelijke termijn. Dit laat zich op voorhand lastig inschatten, omdat in het ene geval ambtshalve toetsing niet meer tijd in beslag zal nemen dan de termijn die partijen dient te worden gegeven om tot het innemen van een standpunt, terwijl een ander geval mogelijk nader onderzoek (en daarmee meer tijd) vergt. Uitgaande van de tegenwoordig door de hoogste Nederlandse bestuursrechters per rechtsbeschermingsstadium vastgestelde maximale duur voor afdoening van beroepszaken in eerste aanleg, die variëren van 1,5 tot 2 jaar, kan niet op voorhand worden gesteld dat ambtshalve toetsing zal leiden tot stelselmatige overschrijdingen van deze redelijke termijnen. Uit de geregistreerde doorlooptijden blijkt dat rechtbanken voor het merendeel binnen de door henzelf vastgestelde afdoeningstermijnen van negen maanden tot een jaar blijven en dat dit percentage in de loop de jaren is verbeterd. Het merendeel van de beroepszaken wordt derhalve ruimschoots binnen de redelijke

¹¹⁹² Volgens vaste rechtspraak staat daar geen rechtsregel aan in de weg, zij het dat een paar wettelijke regelingen, waaronder de Crisis- en Herstelwet en de Vreemdelingenwet, hiervoor wel belemmeringen kennen.

termijn afgedaan. Een grove berekening kan dit bevestigen: wordt uitgegaan van een ruime termijn voor het voeren van het reguliere debat tussen partijen alsmede van een ruime termijn voor het doen van een uitspraak na de zitting, dan resteert er voor het doen van een vooronderzoek nog een aanzienlijke periode waarbinnen de bestuursrechter (ook) een door hem ambtshalve vermoed of geconstateerd gebrek aan de orde kan stellen en met inachtneming van de eisen die het verdedigingsbeginsel daaraan stelt, kan afdoen. Geconcludeerd wordt dat op voorhand niet kan worden gezegd, dat ambtshalve toetsing leidt tot stelselmatige overschrijdingen van de redelijke termijn. Steeds zal per beroepszaak moeten worden bepaald of de redelijke termijn dreigt te worden of is overschreden.

Naast de redelijke termijn hanteren de bestuursrechters streeftermijnen, die aanzienlijk korter zijn. Deze bedragen voor beroepszaken in eerste aanleg 9 maanden of 1 jaar. Hierboven werd al gememoreerd dat voor het merendeel van de rechterlijke uitspraken geldt dat zij binnen deze streeftermijnen worden afgedaan en dat dit percentage in de afgelopen jaren is gestegen. Ambtshalve toetsing op grotere schaal dan thans het geval mag zijn, zal de afdoening van beroepszaken binnen deze termijnen natuurlijk onder druk zetten en mogelijk tot overschrijdingen aanleiding geven. Bedacht dient echter wel te worden dat het hier gaat om streeftermijnen, die bovendien zijn vastgesteld op grond van de huidige stand van het recht waarbinnen ambtshalve toetsing slechts uitzondering mag zijn.

Volgens vaste bestuursrechtspraak mogen in de loop van de procedure nog nieuwe gronden in het geding worden gebracht, tenzij daardoor de goede procesorde wordt geschonden. Hoewel deze rechtspraak betrekking heeft op de huidige wijze van het afbakenen van het geding, waarin in beginsel geen plaats is voor ambtshalve toetsing, valt – afgezien van het huidige art. 8:69, maar het is deze bepaling die in dit onderzoek nu juist tegen het licht wordt gehouden – niet in te zien waarom de bestuursrechter niet zelf, ambtshalve, het geschil zou mogen uitbreiden. De goede procesorde begrenst de mogelijkheid van het uitbreiden van het geschil. Enerzijds behelst de goede procesorde een tijdigheidsnorm, anderzijds betreft het een norm voor een ordelijke en doelmatige procesvoering. In de eerstgenoemde betekenis reguleert de goede procesorde (onder meer) het tijdstip waarop in een rechtsgeding het geschil nog mag worden uitgebreid. Strijd met de goede procesorde doet zich – gelet op rechtspraak – voor indien een nieuwe beroepsgrond enkele weken voor een reeds geplande zitting in het geding wordt gebracht. Van strijd met de goede procesorde is dan sprake, omdat de beoordeling van deze beroepsgrond mogelijk tot gevolg heeft dat de geplande zitting moet worden uitgesteld. Ook het aanvoeren van een nieuwe grond ter zitting wordt in de regel aangemerkt als strijdig met de goede procesorde. Wordt de goede procesorde derhalve als norm gehanteerd om het toetsen van ambtshalve toetsing te beoordelen, dan moet worden geconcludeerd dat de goede procesorde geen belemmering behoeft op te leveren voor het op grotere schaal toestaan van ambtshalve toetsing.

Behalve een rechtsnorm die bepaalt dat aanvullende beroepsgronden (en overigens ook nadere argumentatie en stukken) tijdig in het geding moeten worden gebracht, ziet de goede procesorde ook op een ordelijke en, vanuit een proces-economisch oogpunt, doelmatige wijze van procesvoering. Ambtshalve toetsing brengt op zichzelf nog geen verstoring mee van een ordelijke of doelmatige procesvoering.

Uit het onpartijdigheidsbeginsel volgt onder meer dat de rechter de ene partij niet mag bevoordelen boven de andere, partijen dienen gelijk(waardig) te worden behandeld. Ook volgt uit het onpartijdigheidsbeginsel dat de rechter zich niet mag laten leiden door persoonlijke voorkeuren, eigen belangen of andere niet-zakelijke motieven; alleen rechtens relevante belangen mogen bij zijn beslissing een rol spelen. Gelet op het na te streven doel van ambtshalve toetsing – het bevorderen en waarborgen van bestuursbeslissingen die in overeenstemming zijn met het geschreven en ongeschreven recht – kan niet worden gezegd, dat de onpartijdigheid van de bestuursrechter in het gedrang komt indien de bestuursrechter besluiten ambtshalve op overeenstemming met het recht controleert.

De conclusie is dat het verdedigingsbeginsel, het beginsel van de redelijke termijn, de goede procesorde noch het onpartijdigheidsbeginsel het huidige overwegende verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter van besluiten aan materiële rechtsnormen kan rechtvaardigen. Wel dienen deze beginselen steeds in acht te worden genomen in die gevallen waarin de bestuursrechter een besluit ambtshalve toetst.

8.6. Het verbod van ambtshalve toetsing door de burgerlijke rechter

De burgerlijke rechter is vanoudsher lijdelijk ten aanzien van de omvang van het geding. Bij de jongste herziening van het burgerlijke procesrecht in 2002 is deze regel gehandhaafd. In de parlementaire geschiedenis is benadrukt dat het burgerlijke materiële recht contractsvrijheid als uitgangspunt kent en het procesrecht daarvan een afspiegeling dient te zijn. Partijautonomie in het materiële burgerlijke recht wordt derhalve voorondersteld en vormt in onverminderde mate het argument voor de autonomie van partijen ten aanzien van de afbakening van het civielrechtelijke geding. Evenwel staat de partijautonomie in het materiële burgerlijke recht onder druk, niet in de laatste plaats doordat sinds het begin van de vorige eeuw civielrechtelijke verhoudingen in toenemende mate worden gereguleerd door dwingendrechtelijke voorschriften, die zowel van privaatrechtelijke als van publiekrechtelijke aard kunnen zijn. Tóch heeft deze ontwikkeling geen gevolgen gehad voor de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter ten aanzien van het bepalen van de omvang van het geding. In een onverminderde mate geldt als hoofdregel dat procespartijen de feitelijke grondslag van het geding vaststellen en de burgerlijke rechter niet bevoegd is deze uit te breiden. De rechterlijke plicht tot aanvulling van het rechtsgeding met rechtsgronden mag slechts betrekking hebben op de door de partijen bepaalde feitelijke grondslag van het

geding, zodat ook langs die weg geen uitbreiding van het geding kan worden teweeggebracht. In hoofdstuk 5 is vastgesteld, dat dwingende privaatrechtelijke rechtsnormen hierop geen uitzondering mogen vormen, zelfs niet indien met deze rechtsnormen strijdige rechtshandelingen nietig zijn. De verklaring hiervoor blijkt te moeten worden gezocht in de ratio van de geschonden privaatrechtelijke rechtsnormen. Aan de ratio van rechtsnormen wordt in het materiële burgerlijke recht de sanctie van vernietigbaarheid of nietigheid van met die rechtsnormen strijdige rechtshandelingen verbonden. Voor rechtshandelingen die met vernietigbaarheid worden bedreigd, geldt dat de rechtsgevolgen intreden en hun werking hebben, zolang in rechte op de ongeldigheid van die rechtshandeling geen beroep is gedaan. Het is met andere woorden aan een partij zelf overgelaten of de met een rechtsnorm strijdige rechtshandeling, en daarmee de mogelijk voor nadelige rechtsgevolgen, ongedaan dienen te worden gemaakt. Rechtsnormen waarvan de schending met vernietigbaarheid is bedreigd, worden derhalve geacht te strekken tot bescherming van een bijzonder belang van een partij. Zolang een partij zich in rechte niet op schending van deze rechtsnorm beroept, is er sprake van een rechtsgeldige rechtshandeling die zijn beoogde werking heeft. Ook al is een rechtsnorm geschonden, de rechtshandeling blijft in stand. Uitgaande van de stelregel dat het procesrecht het materiële recht dient te volgen, is hiermee in lijn dat de burgerlijke rechter niet ambtshalve mag toetsen aan een rechtsnorm waarvan de schending (slechts) met vernietigbaarheid is bedreigd. Dit is ook uitdrukkelijk bepaald in het BW; in art 3:51 wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat op de vernietigbaarheid van een rechtshandeling in rechte een beroep dient te worden gedaan. In het licht van deze bepaling is het daarom verrassend, dat in rechte evenzeer een beroep dient te worden gedaan op de schending van dwingende rechtsnormen, die tot nietigheid van rechtshandelingen aanleiding geven. Blijkens rechtspraak en literatuur wordt nietigheid van een rechtshandeling slechts dan ambtshalve door de burgerlijke rechter vastgesteld, indien de geschonden rechtsnorm van openbare orde is. Deze voorschriften zijn gelet op rechtspraak en literatuur van een zodanig fundamentele betekenis voor de rechtsorde, dat zij om die reden partijen in een rechtsgeding niet ter vrije beschikking mogen staan. Gelijk het bestuursprocesrecht, geldt ook in het burgerlijke procesrecht dat deze voorschriften overwegend van procesrechtelijke aard zijn. De vraag rijst evenwel waarom dwingende rechtsnormen, waarvan de schending niet met vernietigbaarheid, maar met nietigheid is bedreigd, tóch niet van openbare orde zijn. Is met de sanctie van nietigheid de fundamentele betekenis van de betrokken rechtsnorm niet al gegeven? Gelet op rechtspraak is dat niet het geval. Waar het privaatrechtelijke rechtsnormen betreft, heeft de Hoge Raad – met een uitdrukkelijke verwijzing naar de ratio van deze rechtsnormen – bepaald dat zij strekken ter bescherming van de bijzondere belangen van een van de betrokken partijen. Omwille van deze ratio dient de beschermde partij zich in rechte op schending van een rechtsnorm te beroepen en mag de burgerlijke rechter daaraan niet ambtshalve toetsen om vervolgens de nietigheid ambtshalve vast te stellen. Voor privaatrechtelijke dwingende rechtsnormen geldt dat deze veelal in het leven zijn geroepen ter bescherming van bijzondere belangen van hen die

in maatschappelijk, sociaal, economisch of financieel opzicht in een zwakkere positie staan in verhouding tot een sterkere partij. Aan vele dwingende privaatrechtelijke rechtsnormen ligt derhalve de bescherming van bijzonder belangen ten grondslag. Zelfs in het geval de wetgever ervoor heeft gekozen, de inbreuk op deze bijzondere belangen met nietigheid te bedreigen, geldt klaarblijkelijk dat aan de betrokken partij de keuze wordt gelaten om een rechtshandeling die in strijd is met een tot nietigheid leidende dwingende rechtsnorm in stand te laten en de nietigheid van die rechtshandeling niet in te roepen. Ter verklaring hiervoor is in de literatuur wel gewezen op de diepgeworteldheid van de idee van de contractsvrijheid in het burgerlijke recht. Als uitvloeisel hiervan geldt, dat ook rechtshandelingen die in strijd zijn met dwingend recht in stand blijven, zolang degene die zich beschermd weet door de geschonden rechtsnorm, op die bescherming geen beroep wenst te doen. Zo beschouwd, is het verklaarbaar dat de burgerlijke rechter niet ambtshalve toetst aan dwingende privaatrechtelijke rechtsnormen waarvan schending tot nietige rechtshandelingen kan leiden, wat overigens niet wegneemt dat in de civielrechtelijke literatuur wel tegenovergestelde standpunten worden ingenomen.

Intussen is hiermee geen antwoord gegeven op de vraag of het verbod van ambtshalve toetsing ook geldt voor publiekrechtelijke rechtsnormen. De ratio van publiekrechtelijke rechtsnormen is gelegen in de behartiging van een algemeen (deel)belang en niet in de bescherming of de behartiging van een bijzonder belang. Kan voor privaatrechtelijke dwingende rechtsnormen nog worden gezegd dat zij, ondanks hun dwingende rechtskarakter, gelet op hun ratio ter vrije beschikking staan van partijen, voor publiekrechtelijke voorschriften is dit juist vanwege de betrokkenheid van het algemeen belang zeer kwestieus. Voor rechtsregels, waarvan de schending strafrechtelijk wordt gehandhaafd, geldt dat zij partijen niet ter vrije beschikking staan. De ratio van deze rechtsnormen is gelegen in de bescherming van rechtsgoederen, steeds vanuit een oogpunt van het algemeen belang. Rechtshandelingen die strijdig zijn met deze rechtsnormen, zijn op grond van art. 3:40 BW nietig wegens strijd met de goede zeden en/of de openbare orde. Het is ondenkbaar dat de burgerlijke rechter in geval een vordering voortvloeit uit een rechtshandeling die naar inhoud of strekking in strijd is met een strafbepaling de nietigheid van de rechtshandeling niet zou vaststellen. Hoewel hierover weinig rechtspraak voorhanden is, is dit in een enkele uitspraak door de burgerlijke rechter wel bevestigd.

Het materiële bestuursrecht staat vanwege haar overwegend dwingendrechtelijke karakter niet ter vrije beschikking van burgers of de overheid. Bestuursrechtelijke rechtsnormen dienen steeds ter behartiging of ter bescherming van een algemeen (deel)belang. Rechtshandelingen die naar hun inhoud of strekking in strijd zijn met dwingende bestuursrechtelijke rechtsnormen, kunnen nietig zijn op grond van art. 3:40 BW. Dit geldt in ieder geval voor die bestuursrechtelijke normen, en dat zijn er nogal wat, waarvan de overtreding met straf is bedreigd. Zodanige rechtshandelingen zijn nietig wegens strijd met de goede zeden en/of

de openbare orde. Is dit ook het geval voor rechtshandelingen die in strijd zijn met dwingende bestuursrechtelijke rechtsnormen, maar waarvoor niet geldt dat overtreding daarvan strafbaar is gesteld? Daartoe is van belang dat wordt vastgesteld of sprake is van een inbreuk op de openbare orde, zoals bedoeld in art. 3:40, eerste lid BW. Openbare orde ziet op fundamentele beginselen van de rechtsstaat. Uit verscheidene rechterlijke uitspraken is op te maken dat indien de overheid een rechtshandeling aangaat die in strijd is met een dwingende bestuursrechtelijke rechtsnorm, deze vanwege strijdigheid met de openbare orde nietig is. Het gaat dan om strijdigheid met een grondwettelijk voorschrift, in het bijzonder met een daarin opgenomen wettelijk bevoegdheidsvoorschrift, het verbod van *detournement de pouvoir* en een materieelrechtelijke norm uit de Wegenwet. Hoewel deze rechtspraak niet het gehele bestuursrecht bestrijkt, is in hoofdstuk 5 wel geconcludeerd, dat voor rechtshandelingen waarbij de overheid als partij is betrokken en die naar inhoud of strekking strijdig zijn met bestuursrechtelijke rechtsregels geldt dat deze nietig zijn wegens strijd met de openbare orde. De doorslaggevende reden daarvoor is dat de overheid als partij bij dergelijke rechtshandelingen is betrokken en door de schending van het legaliteitsbeginsel door de overheid sprake is van een op een fundamenteel beginsel van de rechtsstaat, waarmee de inbreuk op de openbare orde en daarmee de nietigheid in de zin van het eerste lid van art. 3:40 BW is beargumenteerd.

Dient de burgerlijke rechter deze nietigheid vervolgens ambtshalve vast te stellen en, daaraan voorafgaand, ambtshalve aan de betreffende rechtsnorm te toetsen? Volgens de heersende opvattingen dient het geschonden voorschrift dan ook in processuele zin van openbare orde te zijn. Hoewel rechtspraak hierover ontbreekt en de literatuur het antwoord op de vraag niet geeft, is in hoofdstuk 5 de stelling verdedigd dat de burgerlijke rechter inderdaad toe is gehouden. Als doorslaggevend argument is hiervoor aangedragen, dat de betekenissen van 'openbare orde' in procesrechtelijke zin en die van openbare orde in de zin van art. 3:40 BW elkaar niet ontlopen. Beide zien op fundamentele beginselen van de rechtstaat, zodat om die reden moet worden aangenomen dat schending van een bestuursrechtelijke rechtsnorm die leidt tot nietigheid wegens inbreuk op de openbare orde tegelijkertijd ook een kwestie is van openbare orde in processuele zin.

Er zijn ook rechtshandelingen denkbaar die in strijd zijn met een bestuursrechtelijk voorschrift, maar waarbij de overheid niet als partij is betrokken. Zijn deze rechtshandelingen naar hun inhoud of strekking nietig wegens strijd met de goede zeden en/of de openbare orde, hoewel de overheid geen partij is en derhalve het legaliteitsbeginsel als fundamenteel beginsel van de rechtsstaat niet is betrokken? Ook hier geldt dat rechtspraak nauwelijks voorhanden is. Niettemin is er een arrest waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat een (vaststellings)overeenkomst tussen een werkgever en zijn voormalige werknemer in strijd was met dwingende bepalingen uit sociale zekerheidswetgeving en daarmee in strijd met de openbare orde. In een ander arrest leverde het strijdig handelen door een ziekenhuis met een bestuursrechtelijk voorschrift geen nietigheid

op, doch de reden daarvoor was wel gelegen in de bijzondere omstandigheden van het geval. Met enige voorzichtigheid zou derhalve kunnen worden geconcludeerd, dat ook indien particulieren rechtshandelingen verrichten die strijdig zijn met bestuursrechtelijke voorschriften deze rechtshandelingen – wegens strijd met de openbare orde – nietig zijn. Het is vervolgens verdedigbaar dat ook deze nietigheid ambtshalve zou dienen te worden vastgesteld door de burgerlijke rechter.

Zekerheid over het voorgaande bestaat er echter niet. In de literatuur is er op gewezen dat onderscheid moet worden gemaakt tussen openbare orde in de zin van art. 3:40 BW en openbare orde in processuele zin. Daarmee wordt betoogd, dat nietigheid in de zin van art. 3:40 BW wegens strijd met de openbare orde of goede zeden nog niet meebrengt, dat de burgerlijke rechter rechtshandelingen ambtshalve aan deze rechtsnormen moet toetsen en de nietigheid ambtshalve dient vast te stellen. De reden daarvan kan er niet – zoals in het geval van tot nietigheid aanleiding gevende privaatrechtelijke rechtsnormen – in gelegen zijn dat openbare orde en goede zeden rechtsnormen zijn die strekken ter bescherming van bijzondere belangen, het zijn immers rechtsnormen die strekken ter bescherming van een algemeen belang. Het is waarschijnlijk de traditionele lijdelijkheid van de burgerlijke rechter, die de doorslag geeft voor het standpunt dat aan deze rechtsnormen toch niet ambtshalve mag worden getoetst. Vanuit het dwingende rechtskarakter van deze materiële rechtsnormen valt een strikte lijdelijkheid van de burgerlijke rechter ten aanzien van de omvang van het ge- ding evenwel niet te verklaren.

8.7. Het verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter; te rechtvaardigen door de ratio van materiële rechtsnormen?

Ambtshalve controle door de bestuursrechter van de juiste toepassing van bestuursrechtelijke rechtsnormen door bestuursorganen beperkt zich naar de huidige stand van het recht tot voorschriften die van openbare orde zijn. Niet de dwingendrechtelijke aard van het recht wordt hiervoor doorslaggevend geacht, maar het bijzondere belang daarvan voor de rechtsorde. De met voorschriften van openbare orde te dienen algemene (deel)belangen worden als zodanig fundamenteel gezien voor de rechtsorde, dat daarom zonnodig ambtshalve op de juiste naleving daarvan door de bestuursrechter dient te worden toegezien. De bijzondere strekking van voorschriften van openbare orde geldt als de rechtvaardiging voor de uitzondering op de hoofdregel op grond waarvan in beginsel de aangevoerde gronden de omvang van de rechterlijke toetsing bepalen. Voor de bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels, zowel in de fase van de bestuurlijke voorprocedure als in de gerechtelijke fase, geldt dat zij de toegang tot de bestuursrechterlijke procedure reguleren. Deze regels bewerkstelligen een scherpe scheiding met de civiel- en strafrechtelijke procedure, die elk weer hun eigen procesrecht kennen dat sterk afwijkt van het bestuursprocesrecht. Het algemeen belang van een strikte scheiding van de verschillende procesrechtelijke stelsels, dat de belangen van de procespartijen geacht wordt te ontstijgen, is ermee ge-

diend dat afwijking van deze bevoegdheids- en ontvankelijkheidsregels niet kan worden aanvaard. Zij mogen om die reden procespartijen niet ter vrije beschikking staan, reden waarom de rechter op de naleving daarvan ambtshalve moet toezien. Het openbare orde karakter van voorschriften die de termijnen voor het indienen van een bezwaar- of (hoger)beroepschrift bepalen is gelegen in de keuze van de wetgever om voor het gehele procesrecht uniforme, korte termijnen te hanteren; korte termijnen dienen de rechtszekerheid van procespartijen en beogen ook de voortvarendheid van het bestuur te dienen. Vanwege het openbare orde karakter van deze termijnvoorschriften moet het ervoor worden gehouden dat zij de belangen van partijen ontstijgen. Het openbare orde karakter van andere procesrechtelijke voorschriften is gelegen in het essentiële (fundamentele) belang dat deze rechtsnormen hebben voor de procesvoering bij de bestuursrechter zélf hebben. Het gaat ondermeer om voorschriften met betrekking tot de afbakening van het geding en die welke zien op een uitwerking van het (als fundamenteel beschouwde) beginsel van hoor en wederhoor en de goede procesorde.

Voor de hierbovengenoemde procesrechtelijke voorschriften van openbare orde geldt steeds dat de bestuursrechter op de juiste toepassing en naleving daarvan moet toezien.¹¹⁹³ Hierdoor is de – al evenzeer noodzakelijk geachte – uniforme toepassing van deze voorschriften verzekerd. De met deze voorschriften te beschermen algemene (deel)belangen lopen enigermate uiteen, maar zijn alle procesrechtelijk van aard.

Kan in de ratio van materiële rechtsnormen een rechtvaardiging worden gevonden voor het niet-openbare orde karakter van het grootste deel van het materiële bestuursrecht? Reeds eerder is geconstateerd dat vrijwel het gehele materiële bestuursrecht bestaat uit dwingende rechtsnormen. Voorts geldt steeds dat materiële bestuursrechtelijke normen dienen ter behartiging of bescherming van algemene (deel)belangen. Ter onderbouwing van het openbare orde karakter van materiële rechtsnormen die de juridische bevoegdheidsgrondslag voor het nemen van besluiten, wordt het staats- en bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel aangevoerd. De aanwezigheid van een juridische bevoegdheidsgrondslag is een zodanig fundamentele kwestie, want geworteld in het legaliteitsbeginsel, dat zij steeds door de bestuursrechter dient te worden gecontroleerd. Het legaliteitsbe-

¹¹⁹³ Volgens Jansen en Van der Leek 2012, onder 4 geldt voor veel procesrechtelijke voorschriften die thans als van openbare orde zijn aan te merken, dat zij door bestuursorganen en de (hoger)beroepsrechter dienen te worden toegepast omdat deze organen normadressaat zijn; om die reden dienen zij te beoordelen of voldaan is aan deze dwingende procesrechtelijke bepalingen en niet omdat, zoals zij dat noemen een belang van hogere orde, betrokken is. Volgens hen zijn termijnvoorschriften niet van hogere orde, omdat de ratio van deze voorschriften, het rechtszekerheidsbeginsel, ook anderszins niet voor ambtshalve toetsing in aanmerking komt. Terecht hebben Schuurmans en Verburg 2012 erop gewezen dat de rechtszekerheid die korte termijnen beogen te dienen, niet de rechtszekerheid van enkel de betrokken procespartij(en) geldt, maar de zekerheid omtrent de rechtsgeldigheid van besluiten met een erga omnes werking betreft, welke rechtszekerheid ook voor anderen dan de procespartijen van groot gewicht is.

ginsel als een van de grondbeginselen van de rechtsstaat is van doorslaggevend gewicht voor het openbare ordekarakter van de materiële bevoegdheidsnormen.

Omdat de voorwaarden waaronder gebruik mag worden gemaakt van een bestuursbevoegdheid zozeer samenhangen met de aanwezigheid van een juridische bevoegdheidsgrondslag, dient volgens de Afdeling bestuursrecht-spraak ambtshalve te worden onderzocht of aan een of meer wettelijke toepassingsvoorwaarde(n) tot het nemen van een besluit is voldaan. Ook de Centrale Raad van Beroep ambtshalve controle of voldaan is aan toepassingsvoorwaarden aangewezen, doch plaatst de rechterlijke plicht hiertoe in het kader van de bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Wat er van dit verschil in benadering ook zij, klaarblijkelijk zijn de hoogste bestuursrechters van oordeel dat wettelijke toepassingscondities procespartijen in de fase van het rechtsgeding niet ter vrije beschikking mogen staan. Dit zou moeten betekenen dat door de bestuursrechter ook steeds beoordeeld zou moeten worden of voldaan is aan wettelijke toepassingscondities. Dat is terecht, want voor wettelijke toepassingscondities geldt niet alleen dat zij sterk samenhangen met het vraagstuk van de juridische bevoegdheidsgrondslag, zodat het openbare ordekarakter langs die weg is te beargumenteren, anderzijds volgt uit het legaliteitsbeginsel de rechtsplicht voor bestuursorganen om in overeenstemming te handelen met het recht. Ook zo is het openbare ordekarakter van wettelijke toepassingscondities te beargumenteren. In rechtspraak wordt onderkend dat wettelijke toepassingscondities van openbare orde zijn, maar dit gebeurt niet consequent zo is hierboven al gememoreerd. Zoals voor de juridische bevoegdheidsgrondslag, geldt ook voor wettelijke toepassingsconditie(s) steeds dat zij vanuit het perspectief van het rechtstatelijke legaliteitsbeginsel als van openbare orde (zouden) moeten worden aangemerkt.

Loopt de grens die in rechtspraak en literatuur wordt getrokken door wettelijke toepassingscondities heen, voor de overige materiële rechtsnormen geldt dat zij niet als van openbare orde worden aangemerkt. Aan rechtsnormen die betrekking hebben op een voorgeschreven procedure voor het nemen van besluiten of die zien op de inhoud of de vorm van besluiten mag de bestuursrechter niet ambtshalve toetsen. Het legaliteitsbeginsel als doorslaggevend argument voor het openbare ordekarakter van materiële rechtsnormen is voor deze voorschriften klaarblijkelijk niet meer van belang. Dat is op zichzelf merkwaardig, want ook voor dit type normen geldt de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende rechtsplicht om daaraan in overeenstemming met het recht toepassing te geven. Vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel wordt derhalve een arbitrair onderscheid gemaakt en verschaft het legaliteitsbeginsel geen aanknopingspunten voor het maken van een onderscheid tussen rechtsnormen die wel of niet van openbare orde zijn. In de literatuur wordt het ontbreken van het openbare ordekarakter van (deze) materiële rechtsnormen wel beredeneerd vanuit de hoofdregel dat de aangevoerde gronden de omvang van het geding (dienen te) bepalen en dat, als de rechter ook aan deze materiele normen ambtshalve zou

moeten toetsen, hoofdregel en de uitzondering daarop worden verwisseld.¹¹⁹⁴ Een dergelijke stellingname bevestigt echter slechts de behoefte aan het afbakenen van de rechtsstrijd in het bestuursrecht, maar verklaart niet waarom vele materiële rechtsnormen niet van openbare orde zijn.

Vanuit de behoefte aan afbakening van de rechtsstrijd tot de aangevoerde gronden moet ook de ratiobenadering, die in de literatuur¹¹⁹⁵ en (soms) in de rechtspraak is terug te vinden, worden begrepen. Volgens deze benadering dient op voorschriften, die uitsluitend strekken ter bescherming van een belang van een partij, door de betreffende partij ook in rechte een beroep te worden gedaan. Het gaat hier om een vergelijkbare benadering die ook in de burgerlijke rechtspraak werd aangetroffen. Het niet-openbare ordekarakter van deze voorschriften is derhalve gelegen in de ratio ervan. Het is de vraag welke bestuursrechtelijke rechtsnormen deze ratio kennen. Vooropgesteld dient te worden dat deze ratiobenadering uitsluitend uitgaat van het perspectief van de wederpartij – de burger – van een bestuursorgaan. Voor bestuursorganen geldt steeds een rechtsplicht om aan bindende materiële rechtsnormen toepassing te geven; de ratiobenadering gaat voor bestuursorganen derhalve niet op. Voorts moet bedacht worden dat voor alle materiële bestuursrechtelijke rechtsnormen geldt dat zij strekken ter behartiging van een algemeen belang; zij zijn veelal de uitkomst van een afweging van diverse, uiteenlopende en al dan niet met elkaar strijdige algemene deelbelangen. Deze rechtsnormen werken ‘erga omnes’ en strekken derhalve niet ter bescherming of de behartiging van het belang van één partij. Voor procedurele en inhoudelijke rechtsnormen, die ook belangen van derden raken, kan per definitie niet worden gezegd dat zij uitsluitend strekken ter behartiging van een bijzonder belang van een partij. Voor deze rechtsnormen kan het niet-openbare ordekarakter dan ook niet via deze ratiobenadering worden gerechtvaardigd.

Is dit anders voor materiële rechtsnormen, die geen belangen van derden raken? Hierbij moet in het bijzonder worden gedacht aan die rechtsnormen, die voorkomen binnen rechtsgebieden waarvoor een rechtsverhouding tussen een bestuursorgaan en (alleen) een belanghebbende kenmerkend is. Het gaat dan vooral om het belastingrecht, het sociale zekerheidsrecht, het ambtenarenrecht en vreemdelingenrecht. Maar ook voor deze rechtsnormen blijft het de vraag wanneer daarvan kan worden gezegd dat zij strekken ter bescherming van het belang van een partij. Voor vele voorschriften geldt immers niet dat zij het specifieke belang beogen te dienen of te beschermen van een (burger)partij, maar wel dat zij dienen te worden toegepast omdat dit uit (bindende) regelgeving volgt. Te denken valt aan normen die de uitkeringsduur of -hoogte bepalen. Indien een belanghebbende voldoet aan de voorwaarden voor het recht op uitkering, dan volgt uit het systeem van de wet, dat hij recht heeft op een uitkering van een bepaalde duur en van een bepaalde hoogte. Deze rechtsnormen hebben een gelding erga omnes en strekken niet tot de bescherming of behartiging van

¹¹⁹⁴ Damen 2012, p. 257.

¹¹⁹⁵ Vgl. Schuurmans en Verburg 2012, onder 2 en 4.

een belang van een partij. Het zijn geen rechtsnormen waarop een belanghebbende zich kan of moet beroepen alvorens zij dienen te worden toegepast door bestuursorganen.

Voor materiële rechtsnormen die belanghebbenden de keuze laten om daarop al dan niet een beroep te doen, kan wel worden gezegd dat zij uitsluitend dienen om het belang van een partij te beschermen of te behartigen. Voor deze rechtsnormen geldt dat zij om die reden niet als van openbare orde kunnen worden beschouwd. Hardheidsclausules, waarop een beroep dient te worden gedaan, maar ook het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel kunnen tot dergelijke rechtsnormen worden gerekend. Voor de overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt dat zij steeds een plicht inhouden voor het bestuur om daaraan gevolg te geven; het daaraan toepassing geven is niet afhankelijk van het beroep dat daarop door een belanghebbende burger dient te worden gedaan. Daar komt bij dat de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook belangen van derden kunnen raken en om die reden niet uitsluitend strekken ter bescherming van één partijbelang.

Klassieke grondrechten nemen een tweeslachtige positie in. Aan de ene kant worden zij tot de grondbeginselen de rechtstaat gerekend. Zij zijn daarom van een fundamentele betekenis voor de rechtsorde. Reeds om die reden kan worden beargumenteerd, dat grondrechten van openbare orde zijn. Aan de andere kant kan de bescherming van grondrechten worden ingeroepen ter bescherming van een individueel belang, waarvoor geldt dat op de schending daarvan dient een beroep te worden gedaan. Van grondrechten kan ook afstand worden gedaan, de beschermende werking daarvan behoeft niet te worden ingeroepen; zij staan de burger in die zin ter vrije beschikking. Dit geldt echter juist niet voor bestuursorganen. Een inbreuk op grondrechten is volgens de Grondwet in de regel slechts voorbehouden aan de wetgever in formele zin. Afhankelijk van de beperkingenclausule is door de wetgever in formele zijn vervolgens delegatie aan lagere wetgevers mogelijk. Bestuursorganen mogen derhalve alleen inbreuk maken op grondrechten, indien zij daarvoor een juridische grondslag aanwezig is en is voldaan aan de voorwaarden om die inbreuk te mogen maken. In beide gevallen gaat het derhalve om kwesties die van openbare orde zijn.

Het maken van onderscheid tussen materiële rechtsnormen die wel en die niet van openbare orde zijn, leidt vanuit een oogpunt van het legaliteitsbeginsel tot een arbitrair onderscheid; hiermee valt niet te verklaren waarom procedurele, inhoudelijke en vormvoorschriften niet van openbare orde zijn. Ook wanneer voor het maken van onderscheid de maatstaf wordt aangelegd of rechtsnormen al dan niet uitsluitend strekken ter bescherming van een partijbelang, kan hiermee geen verklaring worden gegeven waarom vrijwel alle rechtsnormen met betrekking tot procedure of inhoud niet als van openbare orde zouden moeten worden aangemerkt.

8.8. Beginselplicht tot ambtshalve toetsing

Wederkerige rechtsbetrekkingen, rechtszekerheid, procesrechtelijke beginselen noch de bijzondere strekking van bestuursrechtelijke rechtsnormen rechtvaardigen een overwegend verbod van ambtshalve toetsing door de bestuursrechter, zo luidt de conclusie van dit onderzoek.

Het procesrecht dient het materiële recht tot gelding te brengen en dient essentiële kenmerken van dat materiële recht te volgen. Een rechtspraakmodel waarmee wordt beoogd het daarmee tot gelding te brengen objectieve materiële recht zoveel mogelijk te handhaven, sluit op dit basisprincipe het meest aan. De mogelijkheid van ambtshalve toetsing door de rechter geldt dan als waarborg om zo nodig – namelijk voor zover het objectieve (dwingende) recht dreigt te worden geschonden – de juiste naleving van het objectieve recht te verzekeren. In een rechtspraakmodel dat is gericht op het bieden van individuele rechtsbescherming staat de rechterlijke beoordeling van individuele rechtsposities centraal. Hiermee hangt samen dat (in beginsel) alleen de aangevoerde gronden ter beoordeling van de rechter staan. Volgens de Awb-wetsgeschiedenis staat in het huidige model van bestuursrechtspraak het bieden van individuele rechtsbescherming voorop. Dit betrof een keuze van de wetgever, die volgens hem het gevolg was van een onmiskenbare ontwikkeling in het materiële bestuursrecht van eenzijdige naar meer wederkerige rechtsvaststelling in het bestuursrecht. Gebleken is echter dat het in de wetgeschiedenis geïntroduceerde gedachtegoed over wederkerige rechtsbetrekkingen nauwelijks enige positiefrechtelijke betekenis heeft noch kan hebben voor het materiële bestuursrecht. De kern van het huidige materiële bestuursrecht én het bestuursprocesrecht wordt niet gevormd door rechtsbetrekkingen, maar door besluiten. Voor deze besluiten geldt bovendien dat zij in een onverminderde mate nog steeds eenzijdig door bestuursorganen worden vastgesteld; het dwingende rechtskarakter van het bestuursrecht – in het bijzonder de rechtsplicht voor bestuursorganen om in overeenstemming met het recht te handelen – staat aan (meer) wederkerigheid in de weg. Individuele rechts- of belangenposities in het bestuursrecht staan bestuursorgaan noch burger ter vrije bepaling. Van de doelverschuiving waarvan in de Awb-wetsgeschiedenis gewag wordt gemaakt, kon derhalve indertijd geen sprake zijn en ook thans (nog) niet. De uit de doelverschuiving afgeleide principiële beperking van de omvang van het geding tot de rechterlijke beoordeling van de aangevoerde beroepsgronden past niet bij het (overwegende) dwingendrechtelijke juridische kader waarin rechts- en belangenposities van burgers door besluiten worden vastgesteld. Daar komt bij dat deze besluiten steeds constructies zijn van met elkaar samenhangende deelbeslissingen over toepasselijke dwingendrechtelijke materiële rechtsnormen. De sequentiële en consecutieve relaties tussen deze deelbeslissingen laten zich slecht lenen voor een geïsoleerde, tot de aangevoerde beroepsgronden beperkte rechtmatigheidsbeoordeling.

Hoewel de wetgever in de Awb-totstandkomingsgeschiedenis in een toekomstvisie heeft gezinspeeld op een bestuursrechtspraakmodel, waarbinnen de vaststelling van de rechtsbetrekking door de rechter centraal komt te staan, is het daar vooralsnog niet van gekomen. Gelet op de *communis opinio* in de literatuur, lijkt het er ook niet op dat het vernietigingsberoep, waarin de rechtmatigheidsbeoordeling van een besluit door de bestuursrechter centraal staat, zijn langste tijd heeft gehad, althans niet voor de ‘kern van het bestuursrecht’.¹¹⁹⁶ Omdat in het materiële bestuursrecht de rechts- en belangenposities van burgers door middel van besluiten worden bepaald en het juridische kader waarbinnen dat plaatsvindt, wordt beheerst door dwingende rechtsnormen die bestuur noch burger ter vrije beschikking staan, sluit de huidige regel over de omvang van het beroep daarop niet aan.¹¹⁹⁷ Een procesrechtelijke regel die behalve de beoordeling van de door een belanghebbende aangevoerde bezwaren centraal stelt¹¹⁹⁸, voorziet in een (ruimere) bevoegdheid om besluiten door de bestuursrechter op rechtmatigheid te beoordelen, sluit beter aan op het tot gelding (kunnen en moeten) brengen van dwingend materieel bestuursrecht. De bevoegdheid tot ambts-halve toetsing door de bestuursrechter vormt hierop derhalve het meest logische sluitstuk. De huidige bepaling in de Awb over de omvang van het geding biedt hiervoor ook de mogelijkheid, zo werd ook al in hoofdstuk 1 uiteengezet. De bestuursrechter zal zich primair richten op de beoordeling van de tegen een besluit aangevoerde beroepsgronden en het daartegen gerichte verweer, maar indien het dwingendrechtelijke juridische kader waarbinnen besluiten totstandkomen daartoe noopt, zal de bestuursrechter steeds moeten nagaan of er niet ook andere rechtmatigheidsgebreken kleven aan besluiten. Het dwingende rechtskarakter van het materiele bestuursrecht alsmede de causale samenhang tussen de onderscheidenlijke besluitcomponenten kunnen niet tot een andere gevolgtrekking leiden.

¹¹⁹⁶ Ook volgens Van Ommeren en Huisman 2013, p. 80-81 blijft het de kerntaak van bestuursorganen om met het nemen van besluiten nieuw objectief recht te vormen of vast te stellen (zij noemen dit de kern van het bestuursrecht), het huidige vernietigingsberoep waarmee op een eenvoudig en effectieve wijze een onrechtmatig besluit kan worden verwijderd uit de rechtsorde, dient volgens hen ook de kern van het bestuursrecht voor de toekomst behouden te blijven. Bepaald wordt een zogeheten duaal stelsel, waarin enerzijds het vernietigingsberoep (met betrekking tot besluiten) behouden blijft, doch anderzijds de bestuursrechter – via een afzonderlijke procedure – ook komt te oordelen over het zogeheten omringende bestuursrecht, waartoe feitelijke voorbereidingshandelingen, beslissingen over de vermogensrechtelijke afdoening van eerdere besluiten en feitelijke uitvoeringsbesluiten worden gerekend. In gelijke zin: De Poorter en De Graaf 2011, p. 112; Var-commissie Rechtsbescherming 2004, p. 77; De Graaf 2013, p. 230.

¹¹⁹⁷ Deze regel gaat er immers nu juist van uit dat de rechtsnormen, die via het procesrecht tot gelding moeten worden gebracht, procespartijen wel ter vrije beschikking staan.

¹¹⁹⁸ Rechtspraak is en blijft geschillenbeslechting. Dit betekent dat een belanghebbende bepaalt of hij een besluit wenst aanvechten; er kunnen ook andere dan (terechte) juridische redenen zijn om dat na te laten. Daar waar hij de beslissing neemt om het besluit wel aan te vechten, kan hij – als belanghebbende – aangeven waarom hij het besluit niet wenselijk acht of voor onjuist houdt.

Tegelijkertijd dient er wel oog te zijn voor een tijdige en een finale afdoening van beroepszaken. Zou aan rechtspraak de eis worden gesteld, dat het juridisch volmaakte besluiten moet verzekeren, dan is het maar zeer de vraag of aan deze eisen kan worden voldaan. Juridisch volmaakte besluiten zijn besluiten waarvoor geldt dat zij volledig in overeenstemming zijn met het recht. Dit impliceert niet alleen dat alle relevante rechtsnormen dienen te zijn toegepast, zij dienen ook juist te zijn uitgelegd en op de rechtens relevante feiten te zijn gebaseerd, waarbij deze rechtsfeiten zelf ook nogeens juist moeten zijn (vastgesteld). Voor de bestuursrechter zou dan gelden dat hij voor al deze onderdelen zou moeten nagaan of het bestreden besluit daaraan voldoet. Voor besluiten die tot stand worden gebracht op basis van een relatief eenvoudig juridisch kader, met een overzienbaar aantal relevante rechtsnormen en waarvoor geldt dat de relevante feiten niet ingewikkeld vast te stellen zijn, zou dit zeer hoge aspiratieniveau mogelijk nog wel haalbaar zijn. Te denken valt aan een op een gemeentelijke verordening gebaseerde bevoegdheid tot het verlenen van kap- of reclamevergunningen, waarvoor in de regel slechts een gering aantal voorschriften geldt. Naarmate het juridische kader complexer wordt, het aantal rechtens relevante rechtsnormen (vele malen) groter en (daarmee) het relevante feitencomplex aanzienlijk ingewikkelder, zal het aspiratieniveau van juridisch perfecte besluiten veel te hoog blijken. Over een dergelijke volledige rechtmatigheidscontrole kan men zich terecht afvragen of beroepszaken wel tijdig – binnen de redelijke termijn – zouden kunnen worden afgedaan.¹¹⁹⁹

Om hieruit de conclusie te trekken, dat ambtshalve toetsing in beginsel zou moeten worden verboden en dat om die reden het huidige systeem van afbakening van het geding tot de aangevoerde gronden de voorkeur verdient, is echter een ander uiterste. Wordt een minder hoog aspiratieniveau als eis gesteld¹²⁰⁰, waarbij niet wordt uitgegaan van het nastreven van een in alle opzichten rechtmatig besluit¹²⁰¹, maar waarvoor geldt dat voor zover de rechter onregelmatigheden in een besluit constateert, hij deze uiteindelijk ook aan zijn uitspraak ten grondslag dient te leggen, dan behoeft een redelijke afdoeningstermijn niet in de weg te staan aan een rechtsregime waarin de bestuursrechter in beginsel bevoegd is tot ambtshalve toetsing. De wijze waarop bestuursrechters

¹¹⁹⁹ Schreuder-Vlasblom 2011, p. 45.

¹²⁰⁰ Volgens De Poorter en de Graaf heeft de controlefunctie van de rechter niet tot doel om ‘de volledige rechtmatigheid van het openbaar bestuur in volle omvang te garanderen’. Zij achten dat gezien de toegenomen complexiteit van het recht ook nauwelijks denkbaar. Om die reden bepleiten zij aanbrengen van voorzieningen in het bestuursprocesrecht die in het bijzonder de bescherming van fundamentele mensenrechten, constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen beogen te garanderen, te weten de instelling een advocaat-generaal voor het (hoger) beroep in het belang van het recht (intussen gerealiseerd in art. 8:12a Awb), het beroepsrecht voor gecertificeerde organisaties en het instellen van periodiek toezicht op bestuursoptreden. De Poorter en De Graaf, 2011, p. 72 en p. 218-228.

¹²⁰¹ En daar zijn uit oogpunt van redelijkheid ook goede gronden voor. In de bestuurswetenschappen geldt het inzicht van ‘bounded rationality’, wat inhoudt dat rationaliteit van menselijk handelen begrensd is. Het menselijke brein wordt geacht te beperkt te zijn om met alle objectieve kennis problemen op te lossen. Vgl. Simon, 1957.

beroepszaken beoordelen brengt mee, ook nu zij zich in beginsel alleen tot aangevoerde gronden behoeven te richten, dat ook andere onregelmatigheden in het besluit tijdens de bestudering van een zaak worden geconstateerd. Nadat procespartijen hun reguliere debat over de hen verdeeldhoudende geschilpunten hebben gevoerd, zal de bestuursrechter (al dan niet op basis van een voorbereiding door een gerechtsambtenaar) het procesdossier bestuderen. Daarbij zal noch kan hij alleen oog hebben voor het bestreden besluit, de daartegen aangevoerde gronden en het daarop gevoerde verweer, hij zal ook gedegen kennis moeten hebben van het juridische kader waarbinnen het bestreden besluit is genomen. Zonder (deze specifieke) kennis van dit juridische kader, is de rechter niet in staat om de tussen partijen bestaande geschilpunten te beoordelen. Rechtmatigheidsbeoordeling, ook al behoeft deze zich (thans) slechts tot de aangevoerde beroepsgronden te beperken, vergt derhalve een gedegen inzicht in het gehele juridisch relevante kader waarbinnen het bestreden besluit wordt genomen; de rechter weet aan welke rechtsnormen het bestreden besluit dient te voldoen. Daarnaast zal de rechter de aan het bestreden besluit ten grondslagliggende (geding)stukken bestuderen, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over de (rechts)feiten die relevant zijn geweest voor het nemen van het besluit. Hij zal zich daarbij primair richten op hetgeen in beroep door partijen is aangevoerd, maar de combinatie van het hebben van kennis van het (gehele) juridische kader – en daarmee de rechtens relevante rechtsnormen – en het kennis nemen van de (feitelijke) gegevens die uit de gedingstukken blijken, maken het dat de bestuursrechter ook andere rechtmatigheidsgebreken in een bestreden besluit op het spoor kan komen.¹²⁰² Zij zijn derhalve te beschouwen als een uitvloeisel van een rechterlijke heuristiek, waarmee met een zekere expertise en voortvarendheid besluiten (al dan niet aan de hand van een checklist) op onregelmatigheden worden doorgelicht. Deze expertise en voortvarendheid zijn groter naarmate een bepaald type besluit vaker bij de rechter wordt aangevochten. Natuurlijk zullen er ook rechtmatigheidsgebreken in besluiten onopgemerkt blijven. Het enkele feit echter dat het dwingende recht niet in alle gevallen zal worden verwezenlijkt, kan er niet aan af doen dat een beginselplicht tot ambtshalve toetsing de verwezenlijking van het materiële dwingende recht wel verder helpt. Daar waar deze onregelmatigheden door de bestuursrechter worden vermoed of geconstateerd, dient hem ook de bevoegdheid toe te komen om deze te kunnen vaststellen om uiteindelijk – zo nodig – daarop zijn uitspraak te baseren.

Hierboven is gesteld dat niet op voorhand valt in te schatten welk tijdsbeslag ambtshalve toetsing zal innemen, omdat dit afhankelijk is van het soort gebrek dat wordt geconstateerd. In ieder geval zal dit gebrek partijen dienen te worden voorgehouden en in ieder geval dient hen een redelijke gelegenheid te worden gegeven om daarover een standpunt in te nemen. Binnen het kader van het huidige zittingsgerichte werken zou een ambtshalve vermoed of geconstateerd gebrek met partijen kunnen worden besproken. De inschatting is dat

¹²⁰² De in hoofdstuk 2 genoemde rechtspraak over (lagere) bestuursrechter die naar het oordeel ten onrechte ambtshalve hebben getoetst, zijn hiervan voorbeelden.

ambtshalve toetsing in ieder geval niet hoeft te leiden tot een stelselmatige overschrijding van de redelijke termijn.

Omdat een ambtshalve opgeworpen grond zich niet onderscheidt van beroepsgronden die door partijen zijn aangevoerd, valt niet in te zien waarom ambtshalve toetsing een grotere barrière zou kunnen opleveren voor finale geschillenbeslechting. Het arsenaal aan bevoegdheden dat de bestuursrechter daartoe ten dienste staat kan worden aangewend, ook waar het gaat om ambtshalve door de bestuursrechter in het geding gebrachte gronden.

Summary

The general prohibition of ex officio reviewing of administrative decisions by administrative courts

From the legal history on the General Administrative Law Act (GALA) can be concluded that the legislator has aimed to change the scope of the dispute in administrative procedural law fundamentally. According to the legislator from now on parties, and no longer the administrative court on its own initiative, determine which disputed matters the administrative court has to judge. Ex officio reviewing by administrative courts will have to be an exception. In comparison with the administrative procedural regulations before the GALA this is a principle changes, which has been justified by a shift in purposes of administrative justice. According to the legislator the main purpose of administrative justice no longer is controlling the legitimacy of administrative decisions taken by administrative organs (recours objectif), the legal protection of the right of the individual (recours subjectif) is paramount. The legislative provision in the GALA, which governs the scope of the dispute before administrative courts however is not very clear, because the text of art. 8:69 does not exclude ex officio reviewing. Yet, in the legal history of the GALA can be observed that ex officio reviewing is restricted to legal provisions related to matters of competence of administrative courts and the admissibility to these courts. According to the legal history these matters are of 'public policy'. This means that the administrative judge is obliged to examine these public policy provisions, even if parties did not ask for it. A prohibition of ex officio reviewing can also be concluded from the remark in legal history of the GALA that the administrative judge may not take into account parts of administrative decisions, which have not been challenged. Nevertheless the relevancy of this has always been rather limited, because (case-law shows that) not many administrative decisions can be split up in separated parts.

The basic rule for the scope of the dispute in administrative procedural law under the GALA implies that the assessment of administrative decisions by administrative courts is limited to the factual and legal grounds, submitted by appellants. Administrative decisions may not be examined ex officio at compatibility with rules of administrative law in case the factual grounds of appeal are not convertible to those rules, unless they govern matters of public policy. After the entering into force of the GALA in 1994 this category of provisions of public policy has been expanded to some extent because also rules of competence and admissibility in respect to administrative organs of administrative review, rules on the firm limits of the dispute and (unwritten) basic rules for proper procedures have been qualified as such by case-law. Except for this expansion with administrative procedural rules, also substantive provisions regulating the competence of administrative organs qualify for ex officio reviewing. The public policy qualifying of rules containing legal conditions to exercise administrative

authorities to take decisions (competence conditions) though is rather uncertain. According to its case-law, the Judicial Department of the Council of the State (ABRvS) does examine these competence conditions ex officio, but this seems not to happen consequently. The Central Appellate Administrative Court (CRvB) examines the competence conditions within the context of paragraph 2 of art. 8:69 GALA (ex officio addition of legal grounds). Substantive rules of administrative law concerning other aspects of administrative decisions, such as the procedure or the substance (legal effects), do not qualify for public policy provisions, so it is prohibited for administrative judges to examine those aspects of their own motion.

The general prohibition of ex officio reviewing of administrative decisions by administrative courts implies that substantive rules of administrative law in general must be considered as to be freely entered into by the parties in administrative proceedings. This is not self-evident though, because in the phase of administrative decision-making these substantive rules of law on the contrary in general are mandatory. So in the stage of administrative decision-making rules of administrative law cannot be considered as to be freely entered into by the administrative organs, civilians and companies. Because of this mandatory, binding nature of substantive rules of administrative law it would therefore be more self-evident when provisions of substantive administrative law should not be freely entered into by the parties in the proceedings before administrative courts. From this perspective ex officio reviewing by administrative courts should not be exceptional, but it should on the contrary be the main rule. Moreover, a system of judicial review in which administrative decisions still are the central objects for judicial review, is badly compatible with a rule of procedural law which only allows the judge to assess disputed aspects of administrative decisions. Since administrative decisions are to be considered as a composition of cohesive partial decisions about binding rules of administrative law concerning the competence of administrative organs, the conditions to use this competence, procedures and (substantive) legal effects, these various aspects of administrative decisions cannot be assessed isolated by administrative courts.

Considering the binding nature of almost all rules of administrative law and the specific characteristics of administrative decisions as object of judicial review, the question rises whether or not, and if so, to what extent the limitation of ex officio reviewing of administrative decisions by administrative courts can be justified. According to the legislature, especially the legal history on the GALA, administrative case-law and literature several arguments justify the present prohibition of ex officio reviewing by administrative courts. This study examines the justifiability of these arguments.

Ex officio review before the entering into force of the GALA

Prior to the GALA a patchwork of administrative courts were reviewing administrative decisions. These administrative courts were acting on different and specific administrative procedural law acts. From the early beginning of administrative justice especially the Social Security Tribunals and the Public Service Tribunals were very active, also in reviewing decisions of administrative organs *ex officio*. Later on though, in the second half of the twentieth century, *ex officio* reviewing is being relativized by the legislator, but it has not been abandoned. Until the entering into force of the GALA these administrative tribunals were testing administrative decisions *ex officio*. For the Judicial Council of the State and the Corporations Tribunal it is less clear whether or not they were testing administrative decisions *ex officio*. This is mainly due to the legislator, because he did not spend one word to this issue. Nevertheless *ex officio* reviewing was not prohibited, but these two courts mentioned were doing this on a scale far less than the earlier mentioned tribunals. The tax chambers of the Courts of Appeal did not review tax decisions at all.

Reciprocal legal relationships in substantive administrative law: no justification

In the legal history of the GALA, especially the Explanatory Memorandum, it has been noticed that the present substantive administrative law more and more should be characterized by reciprocal legal relationships between administrative organs and civilians. It was noticed that government agencies determine public administrative decisions no longer unilaterally, but administrative legal relationships were increasingly being determined as rather reciprocal. Especially because of this new vision on determining administrative relationships between governing bodies and civilians or companies, the legislator has drawn two conclusions for administrative procedural law under the GALA. The first one is that because of this more reciprocal way of establishing administrative relationships there's no longer need for compensation of inequality by administrative judges. The second conclusion implies that the same goes for administrative court's *ex officio* reviewing of administrative decisions. Because of the (more) reciprocal way of determining administrative legal relationships the main purpose of administrative justice is no longer primary controlling the legality of administrative decisions, but to provide judicial protection (*recours subjectif*). As a result of this shift in purposes of administrative justice, *ex officio* reviewing by administrative courts, which is considered to be a typical instrument in a *recours objectif*, is believed to be no longer appropriate.

In Chapter 4 the idea of 'reciprocal relationships' in administrative law is being discussed. This has led to the conclusion that this idea has a highly limited meaning in positive administrative law. Therefore it is not able to justify the scope of the dispute under the GALA. Administrative decisions are just not one of the circumstances which are relevant for establishing the relationships be-

tween administrative organs and civilians. On the contrary, under the GALA they still are the most important circumstance for the determination of relationships in administrative law. Moreover, not the relationship between administrative organs and civilians is object of the dispute, but administrative decisions are. Administrative decisions are still the focus of the GALA, because they still are the central object for judicial review. Moreover the remedy still is the (traditional) annulment of the contested decision, while after that administrative organs (mostly) are obliged to take new decisions.

As far as legal relationships between administrative organs and civilians or companies in administrative law are being determined by mandatory rules of administrative law, administrative organs are obliged to take decisions according to the law and may not deviate from it at all (principle of legality). Therefore there's no space for administrative organs to negotiate or settle agreements about procedures or outcomes of administrative decisions. So as far as a competence of taking administrative decisions is being determined by one or more binding rules of administrative law, a reciprocal way of establishing relationships between administrative organs and civilians can hardly be imagined. The principle of legality which urges administrative bodies to exercise their administrative competences lawfully, therefore derogation of mandatory rules of administrative law is not permitted.

Even in case administrative organs possess legislative discretion in exercising their authorities, the space for negotiations or agreements with civilians or companies is restricted because of the principles of proper administration. These principles are constraining the space of administrative organs to take the specific interests, visions or wishes of civilians into account. Especially the principles of equal treatment and legal certainty make that administrative organs have to take into account that earlier decisions, taken in other cases, determine (also) the outcome of the decision in question. Furthermore the principle of specificity also obstructs the possibility of settling agreements about the outcome of a decision, because this principle stipulates that only certain public interests may be weighed by the governing agencies.

The ability of negotiations or agreements is even less in cases administrative organs have adopted a (self binding) policy rule whereby its legislative discretion has been partly or fully drawn up. In such cases administrative organs are obliged to hold on to this (published) policy and may not, unless a certain exceptional circumstance occurs, deviate from it.

In chapter 4 the conclusion has been drawn, that the idea of reciprocal relationships between administrative organs and civilians or companies in administrative law hardly can occur. Administrative decisions are still being determined unilaterally by administrative organs, a (more) reciprocal way of establishing administrative relationships is being obstructed by the principle of legality, the binding nature of administrative law and principles of proper administration. This conclusion for substantive administrative law leads to the following conclusions for the procedural rule of the scope of the dispute under the GALA.

First: there's no increasing equality between administrative organs and civilians or companies, because administrative decisions are still being established unilaterally by administrative organs, so there's no reason for the conclusion drawn in the legal history of the GALA that there is a reduced need for compensation of inequality by administrative courts. Second: there's no reason for a shift in purposes of administrative justice, since this shift according to the legislator is due to the changed vision on substantive administrative law. Third: since the change in the scope of the dispute under the GALA is based on the vision of reciprocal relationships in administrative law, this vision cannot be the justification for this rule of administrative procedural law.

Legal certainty; no justification

Another justification for the present (general) prohibition of ex officio reviewing by administrative courts can be found in the legal history of the GALA, namely legal certainty. Legal certainty has several meanings. Which of them is relevant with regards to the issue of ex officio reviewing, has not been clarified in legal history of the GALA though. It is most likely, that the legislator has meant the protection of the (substantive) legal position of the proceeding parties: ex officio reviewing by administrative courts is believed to breach this legal position. Indeed, this could be the case for an appellant who's challenging an administrative decision whereby he has become a 'positive' legal position. Ex officio reviewing can lead to an annulment of this administrative decision and therefore can also lead to a worse legal position for the appellant, compared with the legal position he was in before his appeal (*reformatio in peius*). This could be the case if an administrative court finds out that the administrative decision is not in accordance with one or more rules of administrative law, so that the administrative decision isn't lawful at all. Annulment of the challenged administrative decision could lead to nullify the legal position which was determined by this decision.

If the challenged administrative decision contains a rejection of an application to be brought in a certain legal position, an appeal against this decision will not lead to a worse legal position, even when the administrative court has reviewed this decision ex officio. In such cases legal certainty does not obstruct ex officio review by administrative courts. The same goes for cases in which ex officio reviewing does not effect the legal position of the appellant.

It is also possible that ex officio reviewing leads to a better legal position of the appellant. In that case, of course, legal certainty will not be breached as far as it concerns this appellant. But what about the position of the other party, namely the administrative organ which has taken the contested decision? It should be provided that administrative organs don't possess a legal position that is comparable with that of a civilian or a company. After all, administrative organs determine those legal positions by taking decisions. So in this respect there can be no breach of legal certainty of administrative organs that is comparable with that of civilians or companies. At the same, it should be stated that article 4:6 Awb determines that an administrative organ does not have to recon-

sider an administrative decision when there are no new facts being put forward. This provision has been established to protect the progress of governing; a legal position cannot be made undone when the administrative decision in question is final. Ex officio reviewing however does not concern administrative decisions which are final. On the contrary, these decisions are being challenged within the time limits for appeal. During this period of appeal, administrative organs cannot be sure about the lawfulness of the administrative decisions being challenged. So not ex officio reviewing is causing legal uncertainty, but ability of objecting administrative decisions is.

In three (or more) party proceedings, parties often have contrasting interests. If the administrative court rules that the appeal of one of them is well founded, (one of the) other parties may as a result be confronted with a change in his legal position that is worse compared with the situation before the appeal. In such 'more party' proceedings, none of the parties can be certain about the legal position that is being determined by the contested decision. This uncertainty about the legal position of the various parties again is not being caused by ex officio reviewing, but by the possibility of objecting administrative decisions (itself).

The above leads to the conclusion that legal certainty in the meaning of protection of an obtained legal position, that is determined by an administrative decision, does not justify the present general prohibition of ex officio reviewing of administrative decisions.

Principles of administrative procedural law: no justification

Principles of procedural law are legal norms which serve as grounds for review of the actions and judgements of the courts. The question is whether or not principles of administrative procedural law justify the present general prohibition of ex officio review by administrative courts. Chapter 7 discusses the influence of the principles of respect of the rights of the defence, reasonable time, the proper course of the procedure and impartiality on the issue of ex officio reviewing.

On the base of the principle of respect of the rights of the defence each party in the proceedings at least has to be enabled to argue (new) grounds of appeal, brought forward by another party, within a reasonable time. These rights are also applicable in case of ex officio review by courts. So this principle rules the scope of the dispute in administrative procedural law, but it does not restrict the possibility of ex officio review as such, as long as the parties in the proceedings will be given the opportunity to react.

On the base of the principle of reasonable time, (administrative) courts have to finish proceedings within a reasonable time. According to recent case-law, based on the case-law of the European Court of Human Rights, the Dutch administrative (higher) courts have stated fixed periods for finishing court procedures. These periods vary from in total four (CRvB) to five (ABRvS) years. The periods for the first and final court instance vary from one and a half to two years per stage. These periods are such that beforehand for most cases there's no

reason to presume that ex officio reviewing at a larger scale than is allowed nowadays will lead to exceedings of the reasonable time.

According to the principle of impartiality courts may not favour one of the parties above another; parties have to be treated likewise. The principle of impartiality also implies that judges may not be led by personal preferences or their own interests; only interests that have relevance from a legal perspective may be weighed. Ex officio review aims to safeguard the legitimacy of administrative decisions, the impartiality of judges therefore is not at stake when the administrative judges control these decisions on accordance with (binding) rules of administrative law.

The prohibition of ex officio reviewing by civil courts

The scope of the dispute under the GALA resembles the scope of the dispute under civil procedural law. However the principle of autonomy in civil procedural law has been reduced for specific aspects of the proceedings, this principle is still leading for the scope of the dispute. In this respect civil courts have to act with restraint: the principle of judicial passivity requires courts not to go beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves nor to rely on facts or circumstances other than those on which a claim is based. Parties determine the factual basis on which the civil court has to base its judgement. The ex officio addition of legal grounds is strictly limited to this factual basis, civil courts are not allowed to apply legal provisions where the required facts have not been brought forward by the parties. The justification for this judicial passivity of civil courts has traditionally been founded on substantive civil law, which always has been characterized by civil rights or obligations freely entered into by parties. Among other reasons, this party autonomy in civil traditional law has been reduced by a increasing amount of mandatory provisions which also govern legal relationships in civil law. So relationships in civil law increasingly are being determined by mandatory rules of private and public law. The question therefore rises whether or not civil courts have to review these binding rules of civil or public law ex officio.

Civil law makes a distinction between void and voidable juridical acts. A voidable juridical act is valid and binding unless avoided or declared void by a party to the contract. It is left to this party to repudiate the juridical act by sending the other party an extrajudicial statement or by seeking legal action in court. So it is up to the party in question whether or not a juridical act has to be declared void, therefore voidable acts may not be reviewed ex officio by civil courts. In case of voidable juridical acts, the legal provisions which (possibly) have been violated are being considered to be in the specific interest of one of the parties. Because of this scope, it is left to this party whether or not he wants to rely on the protection of this specific provision. What about void juridical acts? Are civil courts obliged to examine ex officio whether or not legal provisions are being violated and are civil courts subsequently obliged to declare juridical acts, which violate those legal provisions, void? According to case-law of the (Dutch)

Supreme Court this is not the case. Only in case of rules of public policy civil courts will have to raise an issue based on a provision of its own motion. The Supreme Court has determined in labour law and company law cases that binding provisions of civil law do not qualify as rules of public policy, because the scope of these provisions is to protect the specific interests of one of the parties. This case-law is concerning mandatory provisions of civil law, established to protect specific interests of private parties. How about mandatory provisions of public law: are civil courts obliged to review these rules of public law ex officio? This is rather uncertain, because case-law concerning this question is lacking. In Chapter 5 the opinion has been defended that civil courts will have to review ex officio whether or not juridical acts violate mandatory provisions of administrative law. Paragraph one of article 3:40 of the Civil Code declares juridical acts void in case they are contrary to public policy. Case-law of the Supreme Court shows that the violation of provisions of administrative law leads to void juridical acts. Since the meaning of public policy in the sense of art 3:40 is similar to public policy in the sense of procedural law, as a consequence the violation of mandatory provisions of administrative law should be examined ex officio by civil courts.

The scope of provisions in administrative law: no justification

In a few cases the ABRvS has determined that provisions of administrative law do not qualify for rules of public policy, because the scope of these provisions is restricted to a special interest of one of the parties. Therefore this party has to rely on this provision by itself, administrative courts are not allowed to do this of their own motion. Since the scope of rules of administrative law always is concerning the general interest and their effects are to be qualified as 'erga omnes' rules of administrative law hardly can be considered as to be restricted to just a specific interest of one of the parties. This could be different for few rules of administrative law, such as the principle of good faith and legal certainty.

Duty of ex officio reviewing by administrative courts

In chapter 8 the overall conclusion has been drawn that reciprocal relationships, legal certainty, principles of administrative procedural law nor the scope of rules of administrative law can justify the present prohibition of ex officio reviewing by administrative courts. The arguments mentioned in legal history of the GALA, administrative case-law and literature cannot clarify why mandatory rules of administrative law should not be taken into account by administrative judges of their own motion.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Achterberg 1982

N. Achterberg, *Algemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg: Duncker und Humblot, 1982

Addink 1999

G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Monografieën Awb*, Deventer: Kluwer, 1999

Administratieve Rechtsgangen 1990

A.J. Bok, H. Bolt e.a., *Overdruk uit het Algemeen Deel van de losbladige uitgave Administratieve Rechtsgangen*, Deventer: Kluwer, 1990

Albers 2006

C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursprocesrecht, *JB plus*, 2006, p. 143-161

Albers en Schlössels 2005

L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, 'De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europees recht als paard van Troje?', *De Gemeentestem* 7224, 2005, p. 81-94

Allewijn 1994

D. Allewijn, 'Beschikkingsprocesrecht', in: D. Allewijn, M.P. Nicolai & M. Schreuder-Vlasblom, *Het nieuwe bestuursprocesrecht: preadviezen uitgebracht door mr. D. Allewijn, prof. mr. M.P. Nicolai, mr. M. Schreuder-Vlasblom voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 29 april 1994 (Var-reeks 112)*, Alphen a/d Rijn: Samson/Tjeenk Willink, 1994

Asser 1995

W.D.H. Asser e.a., *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer, 1995

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans*, Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003

Asser, Groen & Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006

Asser-Hartkamp 4-II 1989

A.S. Hartkamp, *mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 4*. Zwolle: Tjeenk Willink, 1989

Asser-Hartkamp 2001

A.S. Hartkamp, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Verbintenissenrecht, Algemene Leer der Overeenkomsten 4-II, Zwolle: Tjeenk Willink, 2001

Asser-Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 4*, Verbintenissenrecht. Deel II, Algemene Leer der Overeenkomsten, Deventer: Kluwer, 2005

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 6*, Verbintenissenrecht. Deel III, Algemeen Overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer, 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 6*, Verbintenissenrecht. Deel I, De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer, 2012.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2011

A.C. van Schaick, *mr. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Procesrecht. Deel 2, Eerste aanleg, Deventer: Kluwer, 2011.

Asser-Rutten 1982

L.E.H. Rutten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 4*, Verbintenissenrecht. Deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Zwolle: Tjeenk Willink, 1982

Asser-Scholten 1974

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. Algemeen deel, met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink, 1974.

Backes en Jansen 2010

Ch. W. Backes en A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb''? in: T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010

Van Ballegooij 2008

G.A.C.M. van Ballegooij, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer, 2008

Banda 1989

P.H. Banda, *Administratief procesrecht in rechtsvergelijkend perspectief: een rechtsvergelijkende studie naar de invloed van de functie van beroep op de rechter bij de regeling van het administratieve procesrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1989

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiele bestuursrecht', preadvies, *Var-Reeks* 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2004

Barkhuysen en Van Ettekhoven 2009

T. Barkhuysen en B.J. van Ettekhoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB*, 2009, p. 129-141

Barkhuysen en Claessen 2012

T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Naar een slagvaardiger bestuursrecht met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht?', *Ars Aequi*, Utrecht: UU, 2012

Ten Berge 1992

J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.) *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1992

Ten Berge 1996

J.B.J.M. ten Berge e.a. *Het bestuursprocesrecht* (Evaluatie hoofdstuk 8 Awb), Deventer: Kluwer, 1996

Ten Berge 1999

J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1999

Ten Berge en Michiels 2001

J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A Michiels, *Besturen door de overheid*, Zwolle: Tjeenk Willink, 2001

Ten Berge 2007

J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid*, Deventer: Kluwer, 2007

Berghuis 1937

W.P. Berghuis, *Het rechtskarakter der ambtenaarsverhouding*, Amsterdam: Paris, 1937

Beurskens 1995

W.J.J. Beurskens, 'De 'wederkerige rechtsbetrekking'; koekoeksei in het nest van het publiekrecht', in: *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer, 1995

Böhtlingk 1958

F.R. Böhtlingk, *De rechtsstaat Nederland*, oratie, Alphen a/d Rijn: Samsom, 1958

Böhtlingk 1966

F.R. Böhtlingk, *Het wetsbegrip in Nederland, voortgezet door J.H.A. Logemann*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1966

De Bock 2000

R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling Bestuursrechtspraak', *Jbplus*, 2000, p. 66-77

De Bock 2004

R.H. de Bock, 'De omvang van het geding. Over de betekenis en toepassing van art. 8:69 Awb', *ArsAequi*, Nijmegen: ArsAequi, 2004

Bok 2004

A.J. Bok, 'Omvang van het beroep', in: E.C.H.J. van der Linden en F.A.M. Stroink (red.) *Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, Den Haag: SDU-uitgevers, 2004

Bolt 1999

H. Bolt, 'De omvang van het geschil', in: D. Allewijn, J.B.J.M. ten Berge, H. Bolt e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht. Praktijkpakket bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1999

Van Boneval Faure 1871

R. van Boneval Faure, *Het Nederlandse burgerlijk procesrecht*, I, Leiden: Brill, 1871

Van Boneval Faure 1893

R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijke procesrecht*, 1e Deel, Leiden: Brill, 1893.

Van Boneval Faure 1900

R. van Boneval Faure, *Het Nederlandse burgerlijk procesrecht*, II, vierde druk, Leiden: Brill, 1900

De Bont 2010

G.J.M.E. de Bont, *Beginselen van een goede procesorde*, oratie, Rotterdam: Erasmus Universiteit, 2010

Van Boom, Tull en Van der Zalm 2010

W.H. van Boom, M.L. Tull en I. van der Zalm, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid', *NTBR*, 2010, p. 7.

Boon, Reijntjes, Rinkes en Bergamin

P.J. Boon, J.M. Reijntjes en J.G.J. Rinkes (red.) *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer, 2003

Bosch-Boesjes 1991

J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding*, Deventer: Kluwer, 1991

Brenninkmeijer 1995

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Appelrechtspraak in bestuursrechtelijke geschillen', in: *Met zin en verstand* (opstellen aangeboden aan A.G. van Galen), Deventer: Kluwer, 1995

Brenninkmeijer 2002

A.F.M. Brenninkmeijer, 'ADR in het bestuursrecht', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler* (Drupsteenbundel), Deventer: Kluwer, 2002

Brenninkmeijer 2004

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht', *NTB*, 2004

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002

Van den Brink 2008

V. van Brink, 'Stellen, betwisten, bewijzen - een handleiding', *Praktisch Procederen* 4, 2008, p. 89-102

Van den Brink 2009

V. van den Brink, 'Hoger Beroep', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 3, 2009

Broekema-Engelen 2011

Broekema-Engelen, *Tekst & Commentaar, commentaar op art. 902 Boek 7 BW*, Deventer: Kluwer, 2011

Brugman 2005

D. Brugman, 'Ambtshalve toetsing afgebakend. De plaats van ambtshalve toetsing in het bestuursprocesrecht in nationaal en Europeesrechtelijk perspectief', *NTB*, 2005, p. 265-277

Brugman 2010

D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht. De omvang van toetsing aan het recht door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010

Van der Burg 1981

F.H. van der Burg, 'Administratieve rechtspraak in Nederland', in: *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland (1830-1980)*, Leiden: Universitaire pers, 1981

Burkens en Crince le Roy 1984

M.C. Burkens en Crince le Roy (red.), *Burger en Overheid* (Steenbeekbundel), 's Gravenhage: Vuga, 1984

Burkens, Kummeling en Vermeulen 2006

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling en B. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer, 2006

Van Buuren, Bolt en Scheltema 1981

P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep*, Deventer: Kluwer, 1981

Van Buuren 2009

P.J.J. van Buuren, aant. 2 bij art. 5:3 in: *Tekst en Commentaar*, Kluwer, 2009

Buys 1883-1888

J.T. Buys, *De Grondwet, toelichting en kritiek*, 3 delen, Arnhem: Gouda Quint, 1883-1888

Buys 1891

J.T. Buys, 'De regeling der administratieve rechtspraak', preadvies NJV 1891 *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging*, 1891

Caufman, Fauré en Hartlief 2009

C. Cauffman, M. Fauré en T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, eindrapport in opdracht van WOCD, Den Haag: WOCD, 2009

Chorus 1987

J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer: Kluwer, 1987

Commissie A.B.A.R 1984

Algemene bepalingen van administratief recht, Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1984

Crommelin 2007

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden, De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 Rv (oud)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2007

Dieperink 2003

M.A.M. Dieperink, 'Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken', in: C.H. Bangma, M.A.M. Dieperink en C.N.J. Kortmann, *De vijfde tranche*, Jonge VAR-reeks 1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003

Dommering 1982

E.J. Dommering, 'Algemene belangen in het burgerlijk recht', *Monografieën BW A7*, Deventer: Kluwer, 1982

Donner 1955

A.M. Donner, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*. Praeadvies over enkele punten van het Nederlands ambtenarenrecht door prof. mr. A.M. Donner, Zwolle: Tjeenk Willink, 1955

Donner 1974

A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, algemeen deel I, Alphen a/d Rijn: Samsom, 1974

Donner 1984

A.M. Donner, 'Inleiding', *R.M. Themis* 1984, p. 457-466

Donner 1987

A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*; Algemeen deel, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1987

Drion 1981

H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument', in: H. Drion e.a., *De hanteerbaarheid van het recht*, een bundel opstellen aangeboden aan L.D. Pels Rijcken, Zwolle: Tjeenk Willink, 1981, p. 1-13

Evaluatie Awb I 1996

Commissie Evaluatie Awb I (Commissie Polak), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 1996

Evaluatie Awb II 2002

Commissie Evaluatie Awb II (Commissie Boukema), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002

Evaluatie Awb III 2007

Commissie Evaluatie Awb III (Commissie IJssink), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007

Evaluatie hoger beroep 2001

R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001

Damen 2006

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006

Damen 2006a

L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?' in: N.J.M. Kwakman (red.) *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006

Damen 2009

L.J.A. Damen, J.L. Boxum e.a., *Bestuursrecht (deel 1), Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009

Damen 2012

L.J.A. Damen, H.E. Bröring e.a., *Bestuursrecht (deel 2). Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2012

Duijnstee-Van Imhoff 2003

Z.H. Duijnstee-Van Imhoff, *Huurrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi, 2003

Duk 1988

W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *R.M. Themis*, 1988, p. 156-169

Ekelmans 2008

J. Ekelmans, *De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer, 2008

Van Galen en Van Maarseveen 1978

Mr. A.G. van Galen en mr. H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht*, VAR LXXXIII, Verslag van de algemene vergadering, 1978

Van Geer 1927

F.C. van Geer, 'De rechtsvordering in belastingzaken', *De Bedrijfseconoom* 30(2), 1927

Gerritzen-Rode en Van der Vlies 1994

P.W.A. Gerritzen-Rode en I.C. van der Vlies, *Beginselen van Bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink, 1994

De Goede 1979

B. de Goede, *Beeld van het Nederlands bestuursrecht*, Den Haag: Vuga, 1979

Goorden 1990

C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1990

Gorissen 2008

N.H.A. Gorissen, 'Gewekt vertrouwen in Europees perspectief', *Fiscaal wetenschappelijke reeks*, Den Haag: SDU, 2008

De Graaf 2004

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2004

De Graaf en Marseille 2005

K.J. de Graaf en A.T. Marseille, 'Het intrekken en wijzigen van onjuiste besluiten; niet alles in één keer goed', in: M. Herweijer e.a., *Alles in een keer goed*, Deventer: Kluwer, 2005

De Graaf 2011

K.J. de Graaf, 'Commentaar op art. 6:13 Awb', in: *SDU@ommentaar bestuursrecht*, Den Haag: SDU, 2011

De Graaf 2013

K.J. de Graaf, Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief, *VAR-reeks 190*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013

Gribnau 1998

J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht*, Deventer: Gouda Quint, 1998

Van de Griend 2007

B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007

Haakman 1957

A.J. Haakman, *Rechtspraak bedrijfsorganisatie*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1957

De Haan, Drupsteen en Fernhout 2001

P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat I*, Deventer: Kluwer, 2001

Hammerstein 2004

A. Hammerstein, 'Een evenwichtig rapport', *TCR*, 2004

Hartkamp 1999

A.S. Hartkamp, *Compendium Vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer, 1999

Hartkamp 2007

A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht*, oratie, Deventer: Kluwer, 2007

Hartkamp 2010

A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema*, Den Haag: SDU uitgevers, 2010

Heldeweg 1995

M.A. Heldeweg, 'Publiekrechtelijke autonomie', in: E.C.H.J. van der Linden en A.Q.C. Tak (red.) *Eenzijdig en wederkerig?*, Arnhem: Gouda Quint, 1995, p. 121-151

Heldeweg 2000

M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde bevoegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.) *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2000

Heldeweg 2010

M.A. Heldeweg, *Smart Rules & Regimes*, oratie, Enschede: Universiteit Twente, 2010

Heldeweg 2011

M.A. Heldeweg, 'Commentaar@Bestuursrecht', in: K.J. de Graaf e.a. (red.) *Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: SDU, 2011

Hendrikse 2005

M.L. Hendrikse, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht* (M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed, red.), Deventer: Kluwer, 2005

Hijma 1988

Jac.Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Kluwer: Deventer, 1988

Hijma 1991

Jac.Hijma, 'Verdwijnd recht: de ongeoorloofde oorzaak', *WPNR* 6030, 1991

Hirsch Ballin 1991

E.M.H. 'Wederkerig bestuursrecht', aflevering I, pp. 1-4, *RM Themis*, 1989 (opgenomen in E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtstaat & Beleid*, een keuze uit het werk van mr. E.M.H Hirsch Ballin, Zwolle Tjeenk Willink, 1991)

Van der Hoeven 1989

J. van der Hoeven, 'De drie dimensies van het bestuursrecht, ontstaan en vorming van het Nederlandse bestuursrecht', *Jubileumuitgave Var-reeks* 100, Alphen a/d Rijn: Samson/Tjeenk Willink, 1989

Hofman 2011

C.T. Hofman, in: K.J. de Graaf e.a. (red.) *SDU@ommentaar Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: SDU, 2011

Hofstra 1970

Hofstra, *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht*, Deventer Kluwer, 1970

Hoogenboom 1998

T. Hoogenboom, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State als appélrechter', *NTB*, 1998

Houwing 1949

Ph.A.N. Houwing, 'Verboden overeenkomsten' I-III, *WNPR* 4067-4069, 1949

Hugenholtz/Heemskerk 2006

W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's-Gravenhage: Elsevier, 2006

Ingelse 2004

P. Ingelse, 'Commentaren op herbezinning', onder redactie van P. Ingelse, *Prinsengrachtreeks* 2004/1, *Ars Aequi*, Nijmegen, 2004
(<http://ingel.home.xs4all.nl/publications/herbezinning.ingelse.pdf> geraadpleegd op 20 januari 2011)

Ingelse 2006

P. Ingelse, 'Nog niet uitgedacht', in: *Beschouwingen over het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, NVvP, 2006

Jacobs 2011

Jacobs, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Boek 7, art. 265*, Kluwer Online, 2011

Jans 2005

J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, oratie, Rijksuniversiteit Groningen, European Law Publishers, 2005

Jans en De Graaf 2005

J.H. Jans en K.J. de Graaf, 'Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 4, 2004

Jans en Marseille 2007

J.H. Jans en A.T. Marseille, 'Bevoegdheid blijft bevoegdheid, terugkomen op met het gemeenschapsrecht strijdige besluiten', *SEW* 9, 2007

Jansen 2000

A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, dissertatie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2000

Jansen en Wenders 2006

A.M.L. Jansen en D.W.M. Wenders, 'Unificerende werking via de redelijke termijn of een kroniek van de redelijke termijn', *NJCM-Bulletin*, 2006, p. 1091-1127

Jansen en Van der Leek 2012

J.E. Jansen en D.T. van der Leek, 'Ambtshalve toetsen beperken', *NTB* 33, 2012

De Jong 1984

E.P. De Jong, *Het administratieve procesrecht volgens de Beroepswet*, Lelystad: Vermande, 1984

De Jong 1988

J.P. de Jong, *Bestuursrecht van vreemde herkomst, een onderzoek naar de bronnen en grondslagen van een drietal centrale elementen van de Nederlandse bestuursrechttheorie*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1988

Jue 2010

R.J. Jue, 'Een sleutel voor ambtshalve toetsing aan de bestuursbevoegdheid', *R.M. Themis* 1, 2010

Kan 1897

J.B. Kan, 'De grenzen der administratieve rechtspraak', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* XVI, 1897, p. 319-370

De Kanter 1928

P.J. de Kanter, *Rechtsgronden en rechtsmiddelen*, dissertatie, Den Haag 1928

Keus 2010

L.A.D. Keus, 'Europees Privaatrecht', *Mon. BW* A30, Deventer: Kluwer, 2010

Kloosterman 2006

D.R. Kloosterman, 'De volle directe van Damen, Een streep door wederkerigheid, horizontalisering en ongeschreven burgerplichten?', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006

Konijnenbelt 1975

W. Konijnenbelt, 'Rechtsverwerking door het bestuur: het vertrouwensbeginsel in het administratieve recht', in: M. Scheltema en W. Konijnenbelt (red.) *VAR-reeks* LXXIV, Groningen: H.D. Tjeenk Willink, 1975

Kooper 2000

R. Kooper, 'Wie is er bang voor aanvulling van rechtsgronden?', *NTB* 6, 2000, p. 167-177.

Kooper 2002

R. Kooper, 'Ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden', *JBplus*, 2002, p. 84-89

Van Kooten 2010

H.J. van Kooten, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, 2010

Korteweg-Wiers 1992

M.J.S. Korteweg-Wiers, G.L. van der Kraan, mr. P.M.B. Schrijvers en J.P.A.F. Vriens, *Hoofdpijnen van het Ambtenarenrecht*, Den Haag: Samom/Vuga, 1992

Krabbe 1901

H. Krabbe, *Administratieve rechtspraak*, Bijdrage, Groningen: Wolters, 1901

Van Kreveld 1983

J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Kluwer: Deventer, 1983

Kruseman 1938

J. Kruseman, *Het vraagstuk der administratieve rechtspraak* (geschiedkundig overzicht) De Erven, 1938

Laemers 2007

M.T.A.B. Laemers e.a., *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger* (derde evaluatie Awb) Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007

Langereis 1986

Ch.J. Langereis, *Fiscale rechtsbescherming*, Deventer: Kluwer, 1986

Langereis en De Roos 2006

Ch.J. Langereis en I. de Roos, *Hoofdpijnen Fiscaal procesrecht*, 10^e druk, FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer, 2006

Lawson 1998

R. Lawson, 'EVRM verlangt geen ambtshalve toetsing', *NJB*, 1998, p.1074-1075

Lawson 2009

R.A. Lawson, 'Boven het maaiveld. Over de 'ruimhartige' toepassing van het EVRM door nationale rechters' in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. van Loof, *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^e verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer, 2009

De Leede en Scheltens 1973

Mr. L.J.M. de Leede, mr. J.P. Scheltens, 'Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht', *VAR LXX*, 1973

Levy 1886

Mr. J.A. Levy, 'Administratieve Rechtspraak' *Antirevolutionaire staatkunde*, 's Gravenhage: Belinfante, 1886

Lewin 2006

G.C.C. Lewin, 'Een actieve rechter brengt partijen op ideeën', *NJB* 35, 2006, p. 2002-2006.

Lewin 2011

G.C.C. Lewin, 'Mag het bandje minder strak', in: Lewin, Willemsen en Wesseling-van Gent (red.), *Hoger beroep*, Amsterdam: Ned. Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011

Van der Linden 1995

E.C.H.J. van der Linden, 'Rechtskracht en de wederkerige rechtsbetrekking', in: *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer, 1995.

Van der Linden 2008

E.C.H.J. van der Linden, 'Wederkerig bestuursrecht revisited', in: M.A. Heldegweg e.a. (red.) *Publiekrecht in de leer, Liber amicorum Twan Tak*, Oisterwijk: Wolf Legal publishers, 2008

Lindijer 2003

V.C.A. Lindijer, 'Met het oog op een goede procesorde', in: A.T. Marseille en H.E. Broring (red.) *Begrensde bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003

Loeff 1887

J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht: proeve van een theoretisch-kritisch onderzoek naar het karakter van het publieke recht*, Leiden: Van Doesburg, 1887

Loth 2000

M.A. Loth, 'Dwingend en aanvullend recht', *Monografieën BW*, Deventer: Kluwer, 2000

Loth 2009

M.A. Loth, 'Dwingend en aanvullend recht', *Monografieën BW A19*, Deventer: Kluwer, 2009

Van Male 1993

R.M. van Male, *Onvoltooid recht: over rechtsbetrekking, bestuursrecht en bestuursprocesrecht*, oratie, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993

Van Male 2010

R.M. van Male, 'Relativering van het legaliteitsbeginsel: bestuurswetgeving ten einde denken', *NTB* 4, 2010

Marseille 2003

A.T. Marseille, 'De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak', *NJB* 21, 2003

Marseille 2006

A.T. Marseille, 'Verzoeken om heroverweging van rechtens onaantastbaar geworden besluiten', *JB-plus*, 2006

Marseille en De Waard e.a. 2012

A.T. Marseille, B.W. N. de Waard, F.J. Jansen, K.J. de Graaf en N.A. de Vos, *Evaluatieonderzoek procesrechtelijke bepalingen Crisis- en herstelwet*, Vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen & Departement staats- en bestuursrecht, encyclopedie en rechtsgeschiedenis, Universiteit van Tilburg, 2012

Van Meegen 2001

H.J.H. van Meegen, 'Het vertrouwensbeginsel, Ontwikkelingen in de jurisprudentie', *JBplus*, 2001

Meyjes 1964

P. Meyjes, *Fiscaal procesrecht*, Deventer: Kluwer, 1964

Michiels 2009

F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2009

Van Mierlo 2008

A.I.M. van Mierlo, in: A.I.M. van Mierlo e.a. *Burgerlijke Rechtsvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, 2008

Mok 2003

M.R. Mok, 'Mededingingsrecht en privaatrecht', *NTBR*, 2003

Nicolaï 1990

P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, dissertatie, Deventer: Kluwer, 1990

Nicolai 2009

P. Nicolai, 'Terugwerkende kracht salarisverlaging, ontstaan en ontwikkelingen van algemene beginselen van behoorlijk bestuur', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak e.a. (red.) *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer, 2009

Nieuwenhuis 2000

J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, 2000

Oldenziel 1998

H.A. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid: een onderzoek naar de bijdrage van het legaliteitsvereiste aan de rechtszekerheid van de burger*, dissertatie, Deventer: Kluwer, 1998

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, dissertatie, Zwolle: Tjeenk Willink, 1996

Van Ommeren en Huisman 2013

F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', *VAR-reeks* 190, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013

Opdebeek en Van Damme 2006

I. Opdebeek en M.van Damme (red.) *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure, 2006

Ortlep 2004

R. Ortlep, 'De Afdeling en de dienende burger' in: *JBplus* 4, 2004, p. 259-266

Den Ouden 2010

W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen, W. Den Ouden en J.E.M. Polak (red.) *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010

Pennarts 2008

H.F.T Pennarts, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn: Maklu, 2008

PG Awb I □

E.J. Daalder & G.R.J. de Groot (samenstellers), *Parlementaire geschiedenis van de Awb; eerste tranche*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1993

PG Awb II □

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Bruegel (samenstellers), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht; tweede tranche*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1994

PG Awb III □

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Bruegel (samenstellers), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht; derde tranche*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1994

Petit 1920

C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, dissertatie, Leiden: Eduard IJdo, 1920

Pijnappel 1891

M.J. Pijnappel, *In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van den rechter in het burgerlijk geding te bepalen?*, Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereeniging, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante, 1891.

Pitlo en Gerver 1995

A.Pitlo en P.H.M Gerver, *Het systeem van het Nederlandse Privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 1995

Polak 1950

C.H.F. Polak, 'Het begrip algemeen belang in de verschillende onderdelen van het administratieve recht', *preadvies VAR XIX*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon NV, 1950

Polak 1968

J.M. Polak, 'Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak', *NJB*, 1968

De Poorter en De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, 'Doel en functie van de bestuursrechtspraak; een blik op de toekomst', *Raad van State, Studies en rapporten 3*, Den Haag: Raad van State, 2011

Populier 1997

P. Populier, 'Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving', *Inter-sentia Rechtswetenschappen*, 1997

Pront-Van Bommel 2002

S. Pront-Van Bommel, *Bestuursrechtspraak; voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002

Punt 1974

B.C. Punt, *Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen*, 's-Gravenhage, Vuga, 1974

Van Rossem/Cleveringa 1972

Van Rossem/Cleveringa, *Verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (deel 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1972

Scheltema 1975

M. Scheltema, 'Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)', in: M. Scheltema & W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratief recht, VAR-reeks LXXIV*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink, 1975

Scheltema 1978

M. Scheltema, 'Beginselen van administratieve rechtspraak', *R.M. Themis*, 1978, p. 271-272

Scheltema 1989

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels, C. Lambers e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: WEJ Tjeenk Willink, 1989

Scheltema 1996

M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrechtelijk debat', *NJB* 33, 1996, p. 1355-1361

Scheltema 1997

M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, dissertatie, Kluwer: Deventer, 1997

Scheltema 2006

M. Scheltema, 'Leve de Awb-mens!', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter (red.) *Op tegenspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006

Scheltema 2008

M. Scheltema, 'De wederkerige rechtsbetrekking', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Deventer Kluwer, 2008

Schendstok 1932

B. Schendstok, *Raden van Beroep voor de directe belastingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1932

Van Schie en Van Smeden 1991

P.M. van Schie en W.W. van Smeden, e.a., *Hoofdlijnen van het Nederlandse belastingrecht*, Kluwer Deventer, 1991

Schlössels 1995

R.J.N. Schlössels, 'Wederkerigheid en specialiteit in het bestuursrecht', in: *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer, 1995

Schlössels 1998

R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid*, dissertatie, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1998

Schlössels 2001

R.J.N. Schlössels, 'Het specialiteitsbeginsel. Een verkenning van recente rechtspraak', *JBplus*, 2001

Schlössels 2004

R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: Kluwer, 2004

Schlössels en Stroink 2006

R.J.N. Schlössels en F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006

Schlössels 2010

R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid?', *Gemeentestem*, 102, 2010, p. 510-519

Schlössels en Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer, 2010

Schlössels 2012

R.J.N. Schlössels, 'Kronieken: Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 22, 2012

Von Schmidt auf Altenstadt 2003

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Ik ben dol op het gewone volk', *NJB*, 2003, p. 1712

Schoonenberg en Vleesch Dubois 1957

J.Schoonenberg en H.D. Vleesch Dubois, *Het administratieve procesrecht volgens de beroepswet*, Amsterdam: Kring van Directeuren en Administrateurs van Bedrijfsverenigingen, 1957

Schoordijk 2004

H.C.F. Schoordijk, 'De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces', *NJB* 4, 2004

Schreuder-Vlasblom 1994

M. Schreuder-Vlasblom, 'Heroriëntatie bestuursrechtspraak' in: D. Allewijn, M.P. Nicolai & M. Schreuder-Vlasblom, *Het nieuwe bestuursprocesrecht: preadviezen uitgebracht door mr. D.Allewijn, Prof. mr. M.P. Nicolai, mr. M. Schreuder-Vlasblom* voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 29 april 1994, Var-reeks 112, Alphen a/d Rijn: Sams-on/Tjeenk Willink, 1994

Schreuder-Vlasblom 1999

M.Schreuder-Vlasblom, 'Kronieken: Bestuursprocesrecht', *NTB* 9, 1999, p. 242-251

Schreuder-Vlasblom 2001

M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001

Schreuder-Vlasblom 2003

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer, 2003

Schreuder-Vlasblom 2008

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Kluwer: Deventer, 2008

Schreuder-Vlasblom 2009

M. Schreuder-Vlasblom, 'Dertig jaar later; de redelijke termijn als nationale uitdaging', in: T. Barkhuysen, M.C. van Emmerik, P.J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht*, Deventer: Kluwer, 2009

Schreuder-Vlasblom 2011

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer, 2011

Schueler 2007

B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006. Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag Boom Juridische uitgevers, 2007

Schueler 2011

B.J. Schueler, 'Het gaat u om iets anders', in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (Van Buuren- bundel), Deventer: Kluwer, 2011

Schuurmans 2005

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, dissertatie, Deventer: Kluwer, 2005

Sectie Staats- en bestuursrecht KUB 1992

Sectie Staats- en bestuursrecht KUB, 'Beleidsregels geregeld?', *NTB* 8, 1992

Simon 1957

H.A. Simon, *Models of Man*, New York: Wiley, 1957

Simon 1995

H.J. Simon, 'Autonomie en verbintenis in het publiekrecht', in: *Eenzijdig en wederkerig?* Deventer: Kluwer, 1995

Simon 1997

H.J. Simon, *Handboek bestuurs(proces)recht volgens de Awb*, 's Gravenhage: Sdu, 1997

Sinnighe Damsté 1928

J.H.R. Sinnighe Damsté, *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1928

Smith 2004

C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi, 2004

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer, 2008

Snijders 2002

H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht 2002*, Deventer: Kluwer, 2002

Snijders 2003

H.J. Snijders, 'They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB*, 2003, p. 1696-1707

Snijders, Klaassen, Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht 2007*, Deventer: Kluwer, 2007

Snijders 2008

H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 6761, 2008

Snijders en Wendels 2009

H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel Appel*, Deventer: Kluwer, 2009

Star Busmann, Rutten & Ariëns 1972

C.W. Star Busmann, L.E.H. Rutten (m.m.v W.H. Ariëns), *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn, 1972

Stein 1968

P.A. Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 1968

Stein 1995

P.A. Stein, *Hoofdbeginselen burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 1995

Stout 1989

H.D. Stout, 'Doelmatige bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989

Stout 1994

H.D. Stout, *De betekenissen van de wet. Theoretisch-kritische beschouwingen over het principe van wetmatigheid van bestuur*, dissertatie Leiden, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994

Stroink en De Waard 1984

F.A.M. Stroink en B.W.N. de Waard, 'Het specialiteitsbeginsel', in: *Burger en overheid* (Steenbeekbundel), 's-Gravenhage: Vuga, 1984

Stroink 1985

F.A.M. Stroink, *Administratieve rechtspraak en rechterlijke macht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1985

Stroink 1993

F.A.M. Stroink, 'Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging', *Handboeken Staats- en bestuursrecht*, Deel V, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1993

Stroink 2000

F.A.M. Stroink, *Kern van de bestuursrechtspraak*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie, 2000

Stroink 2004

F.A.M. Stroink, 'Iets over rechtsbeginselen en wat daarop lijkt in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.) *In beginsel, Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2004

Struyken 1910

A.H.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint, 1910

Suijling 1934

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Deel II. Verbintenissenrecht, eerste gedeelte*, Haarlem: E.F. Bohn, 1934

Tak en Ten Berge 1983

J.B.J.M. Ten Berge en A.Q.C. Tak, *Nederlands administratief procesrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1983

Tak en Ten Berge 1987

A.Q.C. Tak en J.B.J.M. Ten Berge, *Hoofddlijnen van het Nederlands administratief procesrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1987

Tak 1995

A.Q.C. Tak, *Hoofdlijnen van het bestuursprocesrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1995

Tak 1995a

A.Q.C. Tak, 'Boekbespreking R.M. van Male, Onvoltooid recht', *RM Themis* 9, 1995

Tak 1998

A.Q.C. Tak, 'Dimensies van overheidshandelen. In het bijzonder betrokken op de rechtsbescherming', in: E.C.H.J. van der Linden c.s. (red.), *Spectraal recht?, De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit*, Den Haag: SDU uitgevers, 1998

Tak 2005

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands Bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005

Tak 2011

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands Bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011

Teunissen en Tak 1994

J.M.H.F. Teunissen en A.Q.C. Tak, 'Recht ist was der Umwelt nützt'?? Over zorgbepalingen, civiele acties en tweewegenleer. Een overdenking n.a.v. de opnemings van een zorgbepaling in de Wet milieubeheer', *NJB* 18, 1994

Teunissen 2000

J.M.H.F. Teunissen, 'Autonomie t.o.v. het privaatrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *Autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2000

Tjong Tjin Tai 2002

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2, 2002, p. 29-37

Tollenaar 2008

A.J. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels: de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008

Tolsma 2008

H. D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur*, dissertatie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008

Tonnaer 1982

F.P.C.L. Tonnaer, *Wikken en beschikken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1982

Van Urk en Donner 1929

H.J. van Urk en Th. G. Donner, *Ambtenarenwet 1929*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1931

Var-commissie Rechtsbescherming 2004

Var-commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Rapport Commissie Rechtsbescherming, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2004

Vegting 1954

W.G. Vegting, *Administratief recht*, deel 1, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1954

Van der Velde 2004

J. van der Velde, 'art. 6 Eerlijk proces. Eerlijke en openbare behandeling', in: J.H. Gerards, A.W. Heringa, H.L. Janssen en J. van der Velde (red.), *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, katern art. 6 Eerlijk proces, Den Haag: SDU, 2004

Verburg 2008

D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch, 2008

Verheij 1992

N. Verheij, 'Naar een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge e.a (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 1992

Verheij 1997

N.Verheij, 'Vertrouwen op de overheid', in: J.B.M. Vranken, N. Verheij & J. de Hullu, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997

Verheij 2004

N. Verheij, 'Weg met de actio popularis!', *Tijdschrift voor omgevingsrecht*, 2004

Verheij 2005

N. Verheij, *Relatief onaantastbaar*, oratie, Maastricht: Universiteit, 2005

Verheugt 2009

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, 15^e druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009

Vlas 2012

P.Vlas, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 72 Rv, aant 2*, Deventer: Kluwer, 2012

Van der Vlies 1984

I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip, en beginselen van behoorlijke regelgeving*, 's- Gravenhage: Vuga, 1984

Vriesendorp 1970

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1970

Vriesendorp 1981

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1981

Vroemen en Allewijn 2005

M. Vroemen en D. Allewijn, 'Tijd voor mediation in het bestuursrecht', *Tijdschrift voor Mediation 2*, 2005, p. 33

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief recht*, dissertatie, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987

De Waard 1998

B.W.N. de Waard, 'De rechter en de onderhandelende overheid', in: M.L.M. Hertogh, N.J.H. Huls en A.J.C.M. Wilthagen (red.), *Omgaan met de onderhandelende overheid: rechtsstaat, onderhandelend bestuur en controle*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1998

De Waard 2001

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

Wenders 2010

D.W.M. Wenders, *Doorwerking van beginselen van behoorlijke rechtspleging in bestuurlijke voorprocedures*, Deventer: Kluwer, 2010

Wesseling-van Gent 2006

E.M. Wesseling-van Gent, *Burgerlijke Rechtsvordering, commentaar op art. 25 Rv (losbladig)*, Deventer: Kluwer, 2006

De Werd 1998

M.F.J.M. de Werd, 'Ius curia novit: ambtshalve aanvullen van rechtsgronden door de bestuursrechter', *Nederlands Juristenblad*, 1998, p. 687-694

Widdershoven en Verhoeven 2007

R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb, Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007

Van Wijk & Konijnenbelt 1991

Van Wijk & Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht: Lemma, 1991

Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 1999

Van Wijk Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch, 1999

Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2002

Van Wijk Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch, 2002

Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2008

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch, 2008

Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2011

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Reed Business, 2011

Van Wijmen 1981

P.C.E. van Wijmen, *Recht, belang en rechtsbescherming*, dissertatie, Den Haag: VUGA, 1981

Willemsen 2005

P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijke beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer, 2005

Te Winkel 1954

A.M.E. te Winkel, *Sociaal Maandblad Arbeid*, Alphen a/d Rijn: Samsom, 1954

Winters 1992

B. Winters, *De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken*, Zwolle: Tjeenk Willink Zwolle, 1992

Ynzonides en Van de Hel-Koedoot 2010

M. Ynzonides en M. van de Hel-Koedoot, in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, en M.V. Polak (red.), *Burgerlijke rechtsvordering, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer, 2010

Zijlstra 2009

S.E. Zijlstra 2009, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1, 2009