

Veranderende perspectieven van de bestuursrechter

J.E.M. Polak*

Wat heeft 15 jaar Awb gebracht voor de bestuursrechter? Die vraag is natuurlijk niet in het bestek van deze bijdrage te beantwoorden. Ik probeer in deze bijdrage een aantal aspecten te belichten die volgens mij van belang zijn.

Al bijna vergeten, maar om het proces van inhoudelijke wijzigingen van het bestuursprocesrecht te begrijpen wel wezenlijk zijn de belangrijke veranderingen van de organisatie van de bestuursrechtspraak, die al gedeeltelijk anderhalf jaar voor de inwerkingtreding van de Awb in 1994 waren ingevoerd en waarop ik hierna eerst kort inga (par. 1). Daarna besteed ik aandacht aan twee wezenlijke verschuivingen in de benadering van de bestuursrechter tussen het pre-Awb-tijdperk enerzijds en het Awb-tijdperk anderzijds: de bestuursrechter werd van controleur van de rechtmatigheid van overheidsbesluiten meer een beslechter van geschillen tussen overheid en burger (par. 2) en er trad ook een verschuiving op in de wijze waarop hij de invulling van vage normen door het bestuur toetste (par. 3). Na deze vergelijking op hoofdlijnen tussen de situatie van voor 1994 en die van daarna staat verder de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht door de bestuursrechter gedurende de afgelopen 15 jaar centraal (par. 4 e.v.). Mede aan de hand van de evaluaties van de Awb¹ wordt ingegaan op de wijze waarop de bestuursrechtspraak zich gedurende de afgelopen 15 jaar heeft ontwikkeld aan de hand van een aantal hoofdthema's, zoals de trechterdiscussie (par. 5), finale geschillenbeslechting (par. 6) en het feitenonderzoek (par. 7). Daaruit blijkt dat de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht door de uniforme wettelijke regeling in de Awb niet tot stilstand is gekomen, maar juist in die 15 jaar een dynamische ontwikkeling heeft doorgemaakt. Aan het slot (par. 8) wordt kort bezien wat het voorgaande voor de periode die voor ons ligt voor de bestuursrechter betekent.

* Prof. mr. J.E.M. Polak is lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar bestuursrecht in Leiden. Deze bijdrage is vanzelfsprekend op persoonlijke titel geschreven en bouwt voort op: Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Awb, *Trema* 2009, nr. 9; zie naar aanleiding daarvan F.P. Zwart, 15 jaar Algemene wet bestuursrecht, een alternatieve evaluatie, *Trema* 2010, nr. 1, welke reactie mij bij deze bijdrage op sommige punten heeft geïnspireerd.

1 Zie daarover de bijdrage van F.C.M.A. Michiels in deze bundel.

I De invoering van één uniform bestuursprocesrecht en de instelling van de sectoren bestuursrecht bij de rechtbanken

De in de Awb vervatte invoering van een algemeen bestuursprocesrecht op 1 januari 1994 was voor de bestuursrechters een mijlpaal. Het bestuursrecht was en bleef met al zijn deelgebieden (van sociale zekerheidsrecht tot huursubsidies, van scholenplanning tot milieurecht) het meest verbrokkelde rechtsgebied, maar niettemin kreeg het vakgebied met de Awb ook een algemene, in beginsel voor het hele bestuursrecht geldende wet. Voor het hele rechtsgebied geldende normen en procedures werden vastgelegd. Organisatorisch was de instelling van de sectoren bestuursrecht bij de 19 rechtbanken daaraan in 1992 voorafgegaan. Dat betekende het einde van het functioneren van de Raden van Beroep en de Ambtenarenrechten die tot dan toe de eerstelijns rechtspraak in socialeverzekeringzaken en ambtenarenzaken voor hun rekening namen met daarna de mogelijkheid van hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep. Deze mogelijkheid bleef met de invoering van de sectoren bestuursrecht bij de rechtbanken voor deze zaken bestaan. Daarnaast kregen de sectoren bestuursrecht bij de inwerkingtreding van de Awb de taak in eerste aanleg de beroepen te behandelen tegen de zaken die tot dan toe in eerste en enige aanleg door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State werden behandeld onder de vigeur van de Wet Arob. Die wet voorzag *grosso modo* in beroep bij de Afdeling rechtspraak tegen alle overheidsbeschikkingen waartegen geen andere adequate rechtsbeschermingsmogelijkheid bestond. De Afdeling rechtspraak werd omgevormd tot de Afdeling bestuursrechtspraak. Deze werd hoger beroepsrechter in al die zaken waarbij tussen 1976 en 1994 beroep openstond bij de Afdeling rechtspraak in eerste enige aanleg. Daarnaast nam zij de taak over van de voormalige Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State die recht sprak in eerste en enige aanleg in een groot aantal zaken, waarbij tot het bekende Benthem-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens² beroep op de Kroon (met advies door de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State) had opengestaan. De Afdeling bestuursrechtspraak werd daarmee zowel hoger beroepsrechter in een groot aantal geschillen als rechter in eerste en enige aanleg (met name in bestemmingsplanzaken, milieugeschillen en een groot aantal zaken op het terrein van de onderwijs- en gezondheidswetgeving). De functie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven veranderde nauwelijks: het bleef rechter in enige en hoogste aanleg in zaken op het terrein van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Maar ook het College heeft in de afgelopen 15 jaar een belangrijke taak gekregen als hoger beroepsrechter: met de komst van de verschillende toezichthouders als de mededingingsautoriteit en de OPTA in het economisch bestuursrecht werd beroep in eerste aanleg opgesteld tegen besluiten van die toezichthouders bij de sectoren bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam, waarna hoger beroep open staat bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

De instelling van de sectoren bestuursrecht bij de 19 rechtbanken was onderdeel van de zogenaamde tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie.

2 EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1 (m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin).

Zoals de korte schets van de verschillende bestuursrechtelijke beroepsgangen hiervoor aangeeft, bleef de organisatie van het hoger beroep in het bestuursrecht verbrokkeld.³ Naast de drie genoemde hoger beroepsrechters bleef ook het belastingrecht een aparte proceduregang kennen. Stond er 15 jaar geleden na bezwaar beroep op de belastingkamers van de gerechtshoven open met daarna de mogelijkheid van cassatie bij de Hoge Raad, inmiddels zijn de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken in eerste aanleg ook belast met geschillen op het terrein van het belastingrecht (met daarna de mogelijkheid om bij de gerechtshoven te appelleren en vervolgens cassatieberoep in te stellen bij de belastingkamer van de Hoge Raad).

2 Van rechtmatigheidscontrole naar rechtsbescherming

Voor 1994 kenden deelterreinen van de bestuursrechtspraak ieder hun eigen procesrecht en ook een eigen invulling van dat procesrecht dat sterk werd beïnvloed door het materiële recht waarop het van toepassing was. Als wij de wereld van het pre-Awb-tijdperk in ons geheugen oproepen, is er op detailniveau door de komst van het Awb-bestuursprocesrecht een waslijst te maken van de veranderingen die dat teweeg heeft gebracht. Die waslijst op detailniveau ga ik niet geven. Ik geloof dat het beter is de mij toebedeelde ruimte te gebruiken om in te gaan op wat ik zie als de twee meest wezenlijke verschuivingen in de wijze waarop de bestuursrechter zijn taak vervult.

De eerste verschuiving is de verschuiving van objectieve rechtmatigheidscontrole door de bestuursrechter van het hem voorgelegde besluit (*recours objectif*) naar geschilbeslechting aan de hand van wat de appellerende partij heeft aangevoerd (*recours subjectif*). Het concept van rechtmatigheidscontrole van voor 1994 bestond in de meest zuivere vorm vooral in het Centrale Raad van Beroep-bestuursrecht (sociaal verzekeringsrechtspraak en ambtenarenrechtspraak), maar was ook in veel grotere mate dan thans aanwezig bij de rechtspraak van de Raad van State (en al helemaal bij de Afdeling voor de geschillen van bestuur als adviseur in het kader van het Kroonberoep). De bestuursrechter stelde zich actief op, want zag het als zijn taak om het bestreden besluit in zijn geheel aan een rechtmatigheidstoetsing te onderwerpen, waarbij het er bijna niet toe deed wat was aangevoerd. In dat systeem past het dat besluiten werden vernietigd op basis van argumenten die de rechter zelf had gevonden en die de burger soms wel, maar vaak ook niet als bezwaar tegen het besluit had aangevoerd. De Arob-rechtspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State hanteerde ook meer dan de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van thans het concept van de rechtmatigheidscontrole van een besluit als zodanig, maar ging hierin minder ver dan de Afdeling voor de geschillen van bestuur, die eenmaal rechter geworden na de afschaffing van het Kroonberoep als gevolg van de genoemde Benthem-uitspraak van 23 oktober 1985, aanvankelijk qua benadering doorging met de volledige rechtmatigheidscontrole. Deze uitte zich er bijvoorbeeld in dat voorschriften aan een milieuvergunning die niet waren bestreden toch, derhalve ambtshalve oordelend, werden vernietigd. Ook de recht-

3 In deze bundel wordt ook in de bijdragen van Van Ettekov en van De Moor-van Vugt op de problematiek van rechtseenheid ingegaan.

spraak in sociale verzekerings- en ambtenarenzaken met de Centrale Raad van Beroep als hoogste rechter getuigde van een actievare, meer op gelijkheidscompensatie gerichte benadering dan de Arob-rechter en vertoonde daarmee trekken van het Kroonberoep (administratief beroep en geen administratieve rechtspraak) en de opvolger daarvan, de administratieve rechtspraak van de Afdeling voor de geschillen ven bestuur.

Na invoering van de Awb heeft de bestuursrechtspraak de benadering van het recours objectief verlaten en ingeruild voor een benadering waarin de bestuursrechter slechts beslist op de tegen een besluit aangevoerde bezwaren.⁴ Dat wordt gebaseerd op artikel 8:69 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht en op de wetsgeschiedenis: in het Awb-bestuursprocesrecht staat de rechtsbescherming van de burger en niet de rechtmatigheid van het besluit centraal.⁵

De paradox is evenwel dat de rechtsbescherming van de appellerende burger, zeker als hij geen deskundige rechtsbijstand heeft, natuurlijk niet gebaat is bij een bestuursrechter die niet zelf op zoek gaat naar gebreken in een besluit, doch zich beperkt tot een beoordeling van hetgeen in rechte is aangevoerd. Deze verschuiving brengt met zich dat de ongelijkheidcompensatie die de bestuursrechter voor 1994 vorm gaf, is verminderd,⁶ in de ogen van sommigen zelfs is verdwenen.

Hiermee wordt deze verschuiving echter te zwart-wit weergegeven. De bestuursrechter heeft immers, op grond van het tweede lid van artikel 8:69, ook na 1994 de taak het recht toe te passen, ongeacht hetgeen de appellant over het recht heeft aangevoerd, maar die toepassing is dan beperkt tot de geschilpunten die de appellant heeft aangedragen. Of en in hoeverre de bestuursrechter aan ongelijkheidcompensatie doet, hangt in mijn ogen er vooral van af hoe hij omgaat met die verplichting. Als hij die verplichting ruimhartig interpreteert, is het verschil met de situatie van voor 1994 beperkt tot het feit, dat hij niet op zoek gaat naar geschilpunten die niet zijn aangevoerd. Wel moet hij immers op zoek gaan naar al het relevante recht voor de geschilpunten die zijn aangevoerd. Appellant hoeft bij een ruimhartige benadering van het tweede lid van artikel 8:69 Awb alleen een feitelijk standpunt in te nemen (het bouwplan komt op een plek waar het niet hoort en is lelijk) om de bestuursrechter vervolgens het hele juridisch instrumentarium uit de kast te laten trekken (is er wel een habitattoets gedaan, is het wel in overeenstemming met het bestemmingsplan en zijn voorschriften en zit het goed met de welstandsaspecten?).

4 Zie over deze verschuiving onder meer het rapport van de werkgroep rechtsbescherming van de VAR van 2004, *De toekomst van de rechtsbescherming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004 en de oratie van R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne*, Nijmegen 2006.

5 Waarbij aantekening verdient dat de Awb in feite een tussenmodel inhoudt, vooral omdat nu het belangrijkste instrument van de bestuursrechter, de vernietiging van een besluit, past bij het *recours objectif*! Zie in die zin uitgebreid het in de vorige noot genoemde rapport van de werkgroep rechtsbescherming van de VAR uit 2004; zie in deze bundel ook de bijdrage van M. Schreuder-Vlasblom.

6 Zie naast het werk van A.Q.C. Tak bijvoorbeeld ook de annotaties van L.J.A. Damen in de AB en zijn bijdrage aan CRvB 1903-2003, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 243-260: *Helpt de CRvB Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?*, waarin hij beschrijft dat de CRvB voor de burger ook strenger is geworden dan voorheen, maar toch minder streng is dan de Afdeling. Een aantal van de daarin aan de Afdeling toegeschreven strengheden zijn echter daarna gemitigeerd, zoals hierna in par. 5 ter sprake komt.

Hoewel artikel 8:69 Awb als centrale bepaling in het bestuursprocesrecht in de afgelopen 15 jaar natuurlijk veel aandacht heeft gekregen, meen ik oprecht dat er nog te weinig aandacht is voor de vraag hoe de rechter zijn rol op basis van het tweede lid van dit artikel moet invullen en hoe hij deze rol invult. Dat is deels te verklaren door het feit dat de bestuursrechter de vertaalslag van de feitelijke stellingen van eiser naar de toepasselijke rechtsregels zelden expliciet motiveert met een verwijzing naar artikel 8:69 lid 2 Awb. Dit impliciete handwerk blijft dus veel verborgen. Vanuit de wetenschap wordt vaak gesteld dat de bestuursrechter zijn taak hier beperkt zou opvatten (ik heb die ervaring na ruim acht jaar bestuursrechtspraak in de praktijk in het algemeen niet, al komt dat wel voor), terwijl vanuit het bestuur regelmatig wordt gesteld,⁷ dat de bestuursrechter een juridische norm in de uitspraak heeft geformuleerd die appellant niet had aangevoerd en die daarom ten onrechte tot een onvoorspelbare vernietiging zou hebben geleid (welke opvatting mijns inziens dus wijst op een miskennis van het tweede lid van art. 8:69).

Schrijvend vanuit het perspectief van de rechter merk ik op dat de vraag hoe ruim of eng de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen dient te worden opgevat regelmatig een discussiepunt vormt, waarbij gezocht wordt naar een evenwichtige benadering. Als een stelling over slechte ruimtelijke inpasbaarheid niet of nauwelijks is onderbouwd, is de bestuursrechter dan niettemin op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb gehouden om het bestreden besluit te toetsen aan al hetgeen aan rechtsregels daarover bestaat, met in begrip van Europese regels over habitattoetsen? Of vergt dat toch een meer gespecificeerd en onderbouwd betoog?⁸ Mijns inziens is een uniforme benadering op dit tamelijk cruciale punt door het uniforme bestuursprocesrecht van de Awb nog niet gerealiseerd en is daarover nog onderzoek en nadere gedachtevorming nodig.⁹ Er bestaan hier tenminste accentverschillen tussen uitspraken van bestuursrechters met als uitersten enerzijds het bewerkstelligen van de volledige rechtmatigheidscontrole van het bestreden besluit van voor 1994 door een ruime toepassing van artikel 8:69 lid 2 Awb en anderzijds het met een beperkte toepassing van lid 2 wegschrijven van betogen als niet onderbouwd en reeds daarom falend zonder toe te komen aan mogelijk relevante regelgeving.

3 Van inhoudelijke toetsing van de bestuurlijke invulling van vage wettelijke normen naar een meer procedurele toetsing

De toetsing van de bestuursrechter is onderwerp van een voortdurend debat. Ook hier geldt dat er in het algemeen gesproken verschil is in perspectief: bij auteurs afkomstig vanuit de wetenschap die historisch verklaarbaar het perspectief van de

7 Zie reeds het bekende rapport van de werkgroep-Van Kemenade inzake de terugdringing van de juridisering van het bestuur, Haarlem 1996.

8 Een bekende uitspraak van ABRvS 4 juni 2008, nr. 200703206/1 is een voorbeeld van een ruimhartige interpretatie van de verplichting de rechtsgronden aan te vullen: de klacht, dat de lange duur van de procedure emotioneel zwaar is geweest, wordt met verwijzing naar art. 8:69 lid 2 expliciet opgevat als een klacht over schending van art. 6 EVRM en als een verzoek om schadevergoeding.

9 Zie over deze verplichting de bijdrage van M. Schreuder-Vlasblom in deze bundel.

rechtsbescherming van de burger veelal centraal stelt, is tamelijk vaak het geluid te horen dat de bestuursrechter (en dan vooral de Afdeling bestuursrechtspraak) na 1994 (te) terughoudend is gaan toetsen, terwijl vanuit de overheid wordt geklaagd over een (te) intensief toetsende rechter die bestuurlijke keuzevrijheid blokkeert. Als ik als lid van de Afdeling toch probeer rustig te gaan slapen, denk ik voor het slapen gaan maar dat dat niet allebei waar kan zijn en dat we kennelijk een redelijke middenweg bewandelen. Als ik verder over dit probleem nadenk, moet ik bekennen, dat deze klachten, als ik mij verplaats in de verschillende perspectieven van de burger en het bestuur, op de volgende manier wel allebei waar zijn. De burger verwacht vaak dat hij bij de rechter de juistheid van een besluit ten volle beoordeeld kan krijgen en dat levert dus nogal eens teleurstellingen op in situaties dat het bestuur beleids- en beoordelingsruimte heeft en/of gebruik maakt van adviezen van deskundigen. In de wetenschap is natuurlijk wel het besef aanwezig van de constitutionele plaats van de rechter die meebrengt dat de bestuursrechter veelal terughoudend moet toetsen,¹⁰ maar zij is naar aanleiding van concrete zaken toch vaak kritisch over een terughoudende toetsing.

Dat het bestuur daarentegen juist het perspectief van een intensief toetsende rechter heeft, is ook niet verwonderlijk. De bestuursrechter en ook de Afdeling toetst (uiteraard) serieus of ten aanzien van de geschilpunten alle wettelijke voorschriften in acht zijn genomen en neemt daarbij ook het hiervoor besproken artikel 8:69 lid 2 in acht, als het betoog daar voldoende aanleiding voor geeft. Dat levert bij complexe zaken een toetsing op aan zo veel wettelijke normen en verplichtingen voor de overheid, dat het niet verbaast dat bestuurders klagen over een intensief toetsende bestuursrechter en over een gebrek aan keuzevrijheid. Het is dan evenwel niet de bestuursrechter die de keuzevrijheid van het bestuur inperkt, maar het zijn de talloze normen die het bestuur beperken, waarbij de bestuursrechter bij de constatering dat het bestuur een van de vele normen niet in acht heeft genomen of niet voldoende heeft onderzocht of een norm in acht is genomen, tegenover het bestuur fungeert als de boodschapper van het slechte nieuws: de beperking zit hem in de, veelal ook vanuit Europa verfijnde normstelling, zelden of nooit is het de rechter die een nieuwe, niet in de regelgeving geëxpliciteerde norm formuleert, waaraan niet zou zijn voldaan.

Is er nu in de benadering van de toetsing sinds 1994 veel veranderd? In ieder geval op deelterreinen is sprake van een andere benadering ten opzichte van het pre-Awb tijdperk, als het gaat om de toetsing door de bestuursrechter van de invulling door het bestuur van vage wettelijke normen.¹¹ Als het om normatieve wettelijke normen gaat als 'in het belang van het milieu' en 'een goede ruimtelijke ordening' is de bestuursrechter niet geneigd zelf inhoudelijk invulling te geven aan die wettelijke normen, doch de vraag of het bestuur op juiste wijze invulling aan die nor-

10 Zie bijv. de recente bijdrage van een kritisch volger van de rechtspraak van de afdeling als B.K. Olivier, Nog kansen bij de rechter tegen de overheid?, in: Kansen in het omgevingsrecht, p. 343-352, bundel opstellen aangeboden aan N.S.J. Koeman, Centrum voor Milieurecht, UvA 2009, Europa Law Publishing, alsmede die van B.J. Schueler in diezelfde bundel, Een kwarteeuw na Benthem, p. 385-400.

11 Zie over toetsing van vage normen de dissertatie van A. Klap, Vage normen in het bestuursrecht, diss. Leiden 1994; zie voorts voor de wijze waarop dit vraagstuk zich in het milieurecht heeft ontwikkeld T.C. Leemans, De toetsing in milieugeschillen, diss. Leiden 2008.

men heeft gegeven, vrij procedureel te benaderen. Dat wil zeggen dat als de wijze van invulling van die norm door het bestuur maar zorgvuldig en goed gemotiveerd is gebeurd (waarbij natuurlijk, indien aanwezig, acht wordt geslagen op wettelijke grenswaarden, beleidsregels, richtlijnen en circulaire), de vraag of het resultaat inhoudelijk bevredigend is, niet ten volle wordt beoordeeld. In het milieurecht worden hier de uitspraken van de Afdeling van 21 april 1998 als moment van de ommekeer gezien.¹² Voor dat tijdstip beoordeelde de Afdeling als het ware zelf of aan de wettelijke norm van 'in het belang van het milieu' was voldaan, terwijl zij daarna de hiervoor beschreven meer procedurele wijze van toetsing is gaan volgen.¹³ In het ruimtelijke ordeningsrecht is minder een moment van ommekeer aan te wijzen, maar heeft dat proces zich ook, wellicht wat meer geleidelijk, voltrokken. Ook op andere terreinen dan het omgevingsrecht zien we mijns inziens tenminste een accentverschuiving van dezelfde aard. Was het voor 1994 nog zo dat de raden van beroep veelvuldig een deskundige benoemden om de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen, zodat de rechter aan de hand van dat advies volledig toetsend inhoudelijk kon nagaan of de wijze waarop het bestuursorgaan op basis van zijn adviseurs dat goed had gedaan, thans zien wij ook in de sociale zekerheid meer een benadering waarbij het bestuur de verantwoordelijkheid heeft zijn besluit te baseren op goed en zorgvuldig onderzoek en de rechter, vaak overigens wel behoorlijk intensief toetsend, nagaat of daarvan kan worden gesproken.¹⁴

Is die meer procedureel gerichte benadering die vaak aan de Awb wordt toegeschreven, ook daadwerkelijk een gevolg van de Awb?

Mijn antwoord op die vraag is dat die procedureel gerichte benadering die soms door zowel het bestuur als de burger negatief wordt gekwalificeerd, niet eenduidig op het conto van de Awb moet worden geschreven en ik zal dat kort toelichten.

De vraag hoe de bestuursrechter de door het bestuursorgaan gegeven invulling aan een wettelijke vage term moet toetsen heeft weinig met het toe te passen bestuursprocesrecht te maken, maar kan op verschillende wijze worden beantwoord. De benadering van de sociale verzekeringsrechter van voor 1994, maar ook van de Afdeling voor de geschillen van bestuur in milieuzaken kenmerkte zich door een volle toetsing van de wijze waarop het bestuursorgaan de wettelijke term had toegepast. Die benadering is vanuit het oogpunt van machtenscheiding goed verdedigbaar. De rechter ziet de vage term dan als een wettelijke norm over de invulling waarvan de rechter die het recht immers moet toepassen, het laatste woord heeft. Beoordelingsruimte, laat staat beoordelingsvrijheid is er in die benadering

12 AB 1998, 199 en 200.

13 Zie uitgebreid T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, die spreekt over de Wende-uitspraken.

14 Zie voor uitspraken van de CRvB waarbij de vraag of van passende arbeid sprake is, vooral wordt getoetst aan het zorgvuldigheidsbeginsel: CRvB 2 november 1999, USZ 1999, 337, CRvB 30 november 2004, USZ 2005, 38 en CRvB 21 mei 2008, LJN BD 3873, terwijl voor halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw door de rechter de rechter de norm steeds zelf invulde (Klap 1994, p. 153).

bij de toetsing van wettelijke vage normen niet.¹⁵ Die benadering volgt de rechter over de hele linie, voor en na 1994, bij zuiver descriptieve wettelijke normen, zoals wat een bouwvlak is.

Gaat het om meer normatieve normen, dan zien wij sinds 1994 meer de benadering waarbij de wijze van invulling van een vage wettelijke term gezien wordt als een waarbij het bestuursorgaan beoordelingsruimte toekomt. Deze benadering berust ook op argumenten, ontleend aan het concept van de machtenscheiding. Die benadering ligt meer voor de hand, als het gaat om normatieve normen, als 'een goede ruimtelijke ordening', het voldoen aan welstandsnormen en 'in het belang van het milieu'. Het onderscheid tussen normatieve normen en descriptieve normen is echter een glijdende schaal. Zonder dat de Awb er mijns inziens op zichzelf toe verplicht, is de bestuursrechter meer dan voor 1994 het geval was het bestuur bij de invulling van vage normen beoordelingsruimte gaan geven.

Men kan daarbij niet zeggen dat deze verschuiving eenzijdig negatief is voor de burger: de verantwoordelijkheid van goed en zorgvuldig bestuur wordt bij deze benadering ten volle op het bestuur gelegd, hetgeen voor de kwaliteit van de besluitvorming, ook in al die gevallen die de rechter niet bereiken, positieve effecten heeft, doch een vergroting betekenen van de bestuurslasten, waarover in verband met de Awb dan ook wordt geklaagd. Maar de behoefte aan finale geschilbeslechting brengt thans met zich dat in geval het bestuur tekort is geschoten, van de bestuursrechter weer meer regie wordt verwacht om tot een finaal oordeel te kunnen komen!

Een belangrijke oorzaak voor deze ontwikkeling op deelterreinen is natuurlijk de afschaffing van het Kroonberoep in de tweede helft van de jaren tachtig van de vorige eeuw (die op zichzelf niet noodzakelijkerwijs de invoering van de Awb heeft gebracht, daar zit nog een klein decennium tussen, waarbij de verschillende bestuursrechters ieder hun eigen procesrecht hadden). De afschaffing van het Kroonberoep impliceerde niet dat de invulling van vage normen door het bestuur voortaan afstandelijk zou moeten worden getoetst. De Afdeling voor de geschillen van bestuur bleef na de afschaffing van het Kroonberoep als bestuursrechter aanvankelijk ook indringend toetsen. De verklaring daarvoor kan zijn dat zij dat nu eenmaal gewend was als adviseur van de Kroon die als hoger bestuursorgaan haar opvatting over de invulling van zo'n vage wettelijke term volledig in de plaats kon stellen van het bestuursorgaan dat het besluit had genomen, maar het kan ook zijn dat de Afdeling de invulling van de wettelijke norm gedurende de eerste jaren als een wettelijke taak zag, welke opvatting ook verdedigbaar is. Uit rechtsvergelijkend onderzoek weten we dat de Duitse bestuursrechter zijn eigen invulling van vage normen veelal in de plaats stelt van de invulling die het bestuur daaraan geeft, doch dat de Franse bestuursrechter een afstandelijke benadering

15 Bij deze begrippen gaat het er dus om in hoeverre het bestuursorgaan ruimte wordt gelaten om een wettelijke term in te vullen. Ik spreek hier van beoordelingsruimte, als de bestuursrechter het bestuur een zekere ruimte laat en dus het oordeel enigszins afstandelijk toetst; bij beoordelingsvrijheid is die toetsing nog afstandelijker en kan gesproken worden van marginale toetsing, (die ook aan de orde is bij de toetsing door de rechter van discretionaire bestuursbevoegdheden, zoals bij zogenaamde 'kan-bepalingen' aan de orde is). De vraag of de bestuursrechter de invulling door het bestuur van vage termen vol, enigszins afstandelijk of afstandelijk moet toetsen is uiteindelijk een kwestie van interpretatie van de wetsinterpretatie.

pleegt te kiezen.¹⁶ De benadering waarbij de Nederlandse bestuursrechter die tussen die twee polen pleegt te laveren, wat meer in Franse richting is opgeschoven, is wellicht wel beïnvloed door het feit dat de Awb toetsingsgronden heeft gecodificeerd en daar het beste in is geslaagd, waar het meer procedurele normen van zorgvuldigheid en motivering betreft, maar niet aangeeft hoe de rechter met de hier besproken problematiek van rechtsvinding dient om te gaan.

4 Ontwikkeling van het bestuursprocesrecht na 1994; evaluaties van de Awb

Hoewel dat voor juristen misschien moeilijk is te aanvaarden, is het natuurlijk niet zo geweest dat vanaf de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht dat bestuursprocesrecht ook terstond uniform is toegepast. De werelden van de oud-Arob-zaken enerzijds en van de sociale verzekeringszaken en ambtenarenzaken anderzijds, die voor 1994 grote verschillen vertoonden, zijn in verband met het feit dat de eerstelijns rechtspraak vanaf 1 januari 1994 in alle gevallen bij de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken zijn ondergebracht alsmede door het uniforme procesrecht sterk naar elkaar toegegroeid. Men zou kunnen zeggen dat de ex-Arob-houding er een was om burger en bestuur als betrekkelijk gelijkwaardige partijen te zien, zeker wanneer het om driepartijenprocessen gaat en de eradenvanberoephouding er een was om ongelijkheidscompensatie voorop te stellen. Dat verschil in rechterlijke attitude is verminderd, maar door het uniforme bestuursprocesrecht nog steeds niet geheel 'weggeëunifomeerd'. Dat heeft deels te maken met het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep verschillende instanties zijn, maar heeft zeker deels ook te maken met de verschillende aard van de rechtsgebieden waarop het uniform bestuursprocesrecht moet worden toegepast. Soms krijgt men de indruk dat juist doordat op 1 januari 1994 een uniform bestuursprocesrecht is ingevoerd, de focus wel heel erg op de uniformiteit is gericht, terwijl men in het burgerlijk procesrecht en in het strafprocesrecht ook ziet dat rechters hetzelfde procesrecht op verschillende manieren toepassen als de aard van het rechtsgebied verschillend is. Dat neemt niet weg dat onnodige verschillen bij de toepassing van hetzelfde procesrecht moeten worden weggenomen en willekeur moet worden vermeden. Laat het uniform bestuursprocesrecht in de toepassing nog betrekkelijk veel ruimte, die ruimte is in belangrijke mate ingeperkt doordat zowel de rechters in eerste aanleg als de appelcolleges inmiddels uniforme rolreglementen hebben vastgesteld. Mijns inziens laat het feit dat het daarvan gekomen is een belangrijke verworvenheid van het uniforme bestuursprocesrecht zien, namelijk dat het een proces op gang heeft gebracht dat binnen de algemene en uniforme kaders van de Awb de gerechten en ap-

16 Zie hierover naast de genoemde dissertatie van Klap recent P.A. Willemsen, Een meer definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief, preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, nr. 68, waarin ook uitgebreid aandacht wordt besteed aan de wijze van toetsing in de genoemde landen. A.J. Bok, Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland, Deventer: Kluwer 1986, meent dat zowel de Franse als de Duitse rechter zichzelf een grotere beoordelingsmarge toekennen (i.h.b. p. 157).

pèlinstanties heeft gebracht tot het maken van afspraken om de Awb zo uniform mogelijk toe te passen en onnodige verschillen te vermijden.

In het verslag van de eerste evaluatiecommissie die de periode 1994 tot en met 1996 besloeg, werd op basis van het door de Universiteit Utrecht en de Katholieke Universiteit Brabant gezamenlijk uitgebrachte onderzoeksrapport Bestuursprocesrecht geconcludeerd¹⁷ dat de bestuursrechter goed uit de voeten blijkt te kunnen met het uniform bestuursprocesrecht, maar dat de eenheidsdoelstellingen vooraansnog het minste uit de verf zijn gekomen. Bemoedigend is – zo stellen de onderzoekers – zeker dat blijkens het onderzoek de rechterlijke macht zelf veel tijd en aandacht besteedt aan de onderlinge afstemming van de toepassing van hoofdstuk 8 van de Awb. Deze cultuuromslag verdient – zo wordt gesteld – alle waardering. Toch constateren de onderzoekers ook dat, met name op het punt van het hanteren van procesbevoegdheden, de gerechten meer dan wenselijk is een verschillende koers varen.¹⁸

Deze conclusie heeft er uiteindelijk mede toe geleid dat vele jaren later de reeds aangestipte uniforme reglementen van de eerstelijns rechtspraak en die van hoger beroep tot stand zijn gekomen.¹⁹

5 De trechterdiscussie; convergentie van benaderingen

Dat was evenwel niet het enige. Juist vanwege het feit dat de uniformiteit nog ontbrak, hetgeen natuurlijk ook werd toegeschreven aan de op dat moment nog korte tijd dat de Awb in werking was, werd aanbevolen om ook in de volgende evaluatie aandacht te besteden aan het bestuursprocesrecht. En zo geschiedde. In 2001 kwam in het kader van de tweede evaluatie het belangrijke rapport Hoger Beroep tot stand, een gezamenlijk onderzoek van de universiteiten van Utrecht, Maastricht en de Katholieke Universiteit Brabant.²⁰ Daarin werden de verschillende benaderingen in de appèlrechtspraak in die eerste jaren van het functioneren van de Awb blootgelegd en aanbevelingen gedaan voor de toekomst. De (tweede) Evaluatiecommissie nam deze gedeeltelijk over, hoewel zij deze ook enigszins nuanceerde.²¹ De aanbevelingen van deze Evaluatiecommissie (naar haar voorzitter de commissie-Boukema genoemd) hebben er ongetwijfeld mede toe geleid dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar trechterbenadering voor wat betreft de verhouding bezwaar-eerste aanleg heeft losgelaten en hebben wellicht mede ook ertoe geleid dat de Centrale Raad van Beroep meer dan voorheen de aangevallen uitspraak als het object van het geding is gaan beschouwen. Aantekening verdient daarbij overigens wel, dat niet gezegd kan worden dat de rechtspraak de aanbeveling heeft overgenomen om onderscheid te maken tussen driepartijgedingen (waarin de herkansingsfunctie in hoger beroep niet aan de orde zou moeten zijn)

17 Toepassing en effecten van de Awb 1994-1996, 's-Gravenhage, 18 december 1996, p. 24.

18 J.B.J. ten Berge e.a., Het bestuursprocesrecht, Deventer: Tjeenk Willink 1996.

19 Procesregeling bestuursrecht 2008 van 16 april 2008, *Stcrt.* 114, vastgesteld door het Landelijk overleg van de voorzitters van de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken; Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 van 19 december 2005, *Stcrt.* 250, vastgesteld door de ABRvS, de CRvB en het CBb.

20 R.J.G.M. Widdershoven e.a., Hoger beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

21 Toepassing en effecten van de Awb 1997-2001, commissie Evaluatie Awb II, Den Haag 2001.

en tweepartijen-gedingen (waarin naar het model van de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep die herkansingsfunctie ten volle aan de orde zou moeten zijn). Met de benadering van de commissie-Boukema kwam overigens goeddeels die van de VAR-commissie rechtsbescherming, waarvan in het voorjaar van 2004²² het rapport verscheen, overeen. Dat bevestigt dat er gaandeweg overeenstemming is gegroeid over punten waarover in de eerste jaren van het functioneren van het zogenaamde uniform bestuursprocesrecht onoverbrugbare tegenstellingen aanwezig leken te zijn.

Al is het praktische belang van de trechterdiscussies mijns inziens wat overschat,²³ zij kan desalniettemin wel dienen als illustratie voor zowel het feit dat de invoering van het uniform bestuursprocesrecht niet met zich bracht, dat het ook vanaf 1 januari 1994 uniform is toegepast, als van bedoelde convergentie in de loop van de afgelopen 15 jaar. In de eerste jaren na invoering van het uniform bestuursprocesrecht had de Afdeling bestuursrechtspraak de lijn dat argumenten die niet in de bezwaarfase naar voren waren gebracht geen onderwerp van het debat bij de rechtbank en helemaal niet van het hoger beroep konden uitmaken.²⁴ De lijn van de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep bevond zich aan de andere kant van het spectrum: ongeacht van wat in bezwaar en in beroep bij de rechtbank was aangevoerd, konden in hoger beroep nog nieuwe beroepsgronden naar voren worden gebracht. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft vanaf ongeveer 2004 deze trechter tussen bezwaar en beroep verlaten.²⁵ Dat betekent dat men bij de rechtbank nieuwe beroepsgronden kan aanvoeren, ook al heeft men die gronden in bezwaar niet aangevoerd, zij het dat geen gronden kunnen worden aangevoerd tegen hetgeen als een apart onderdeel van een besluit kan worden gezien en dat onderdeel in de voorprocedure in het geheel niet is aangevochten (zie in dit verband thans art. 6:13 van de Awb). De trechter tussen bezwaar en beroep is dus goeddeels verleden tijd. Wel bestaat er nog een trechter tussen de beroepsprocedure bij de rechtbank en het hoger beroep bij de Afdeling in die zin dat nieuwe beroepsgronden die niet bij de rechtbank zijn aangevoerd, bij de Afdeling in beginsel niet meer kunnen worden aangevoerd. De Afdeling wijst daarbij op het belang van een zorgvuldig en doelmatig gebruik van rechtsmiddelen. Centraal staat in die optiek haar controlefunctie ten opzichte van de rechtbanken: de uitspraak van de rechtbank is er niet voor niets en het primaire object van het geschil in hoger beroep.²⁶ Zonder dat de Afdeling dit uitgangspunt heeft verlaten is ook hier evenwel in de afgelopen jaren een verruiming te onderkennen in die zin, dat in hoger beroep in ruimere mate dan voorheen nieuw bewijs wordt toegelaten van reeds

22 VAR-commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Den Haag 2004.

23 Vgl. in dit verband het artikel van A.T. Marseille, De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de afdeling bestuursrechtspraak, *NJB* 2003, 21: 'Een van de opvallendste zaken bij het in ogenschouw nemen van de alledaagse hoger beroepsuitspraken van de afdeling bestuursrechtspraak, is dat daaruit zelden blijkt dat burgers worden afgerekend op een gebrek aan procedurele alertheid tijdens de procedure van hoger beroep, of in eerdere fasen van de besluitvorming en rechtsbescherming.'

24 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 januari 2001, *AB* 2001, 171.

25 Zie bijv. ABRvS 15 november 2004, *AB* 2005, 26 en ABRvS 7 december 2005, *AB* 2006, 114.

26 Zie bijv. ABRvS 12 juli 2006, *AB* 2006, 338.

ingenomen stellingen, hetgeen aangeeft dat zodra van voortgezet debat sprake is, in hoger beroep uitwerking van standpunten en uiteraard verdieping van de argumentatie daarbij, zulks geadstrueerd met nieuwe onderzoeksrapporten, zeer wel mogelijk is.²⁷ Daarbij verdient voor de goede orde wel aantekening dat daarbij weer een beperking van de goede procesorde kan gelden: hoe vroeger tijdens de hoger beroepsfase nieuwe argumenten dan wel nieuw bewijsmateriaal in de procedure wordt betrokken, hoe beter het is omdat dan de andere partij(en) beter in staat zijn om daarop in te spelen.

De Centrale Raad van Beroep heeft van zijn kant weliswaar de ruimere herkansingsmogelijkheid van het hoger beroep in zijn rechtspraak behouden, maar stelt niettemin meer dan voorheen de aangevallen rechtbankuitspraak centraal als voorwerp van het geding in hoger beroep en accepteert in mindere mate dat in hoger beroep nog een algehele frontverandering ten opzichte van hetgeen in de procedure bij de rechtbanken naar voren is gebracht, mag plaatsvinden.²⁸ Aldus kan mijns inziens van een zekere convergentie worden gesproken: geen trechter meer tussen de voorprocedures bij het bestuur en de procedure bij de bestuursrechter in eerste aanleg, wel een zekere trechtervorming tussen de procedure bij de rechtbank en de hoger beroepsinstanties in die zin dat de rechtbankuitspraak het object van het geding is, waarbij wel plaats is voor een inhoudelijke verdieping van het debat in hoger beroep en ook – mits tijdig – nieuw bewijsmateriaal aan het dossier kan worden toegevoegd.

Dat het hoger beroep in het bestuursrecht, ondanks de verbrokkelde organisatie, in toenemende mate uniform wordt toegepast blijkt ook uit wat in het jargon wel de Brummen-lijn is gaan heten en die de Centrale Raad van Beroep, het College van beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling bestuursrechtspraak alle drie hantieren.²⁹ Die lijn houdt in dat een oordeel van de rechtbank, waarbij zij een beroepsgrond uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verwerpt, gezag van gewijsde krijgt, ook al is het aangevallen besluit naar aanleiding van een andere beroepsgrond vernietigt. De betekenis daarvan is dat een appellant die beroepsgrond niet met succes tegen de hernieuwde beslissing op bezwaar kan aanvoeren.

Bij dit alles heeft de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht ongetwijfeld de verdienste gehad, dat deze het aldus tot stand gekomen model dat nog volop in beweging en ontwikkeling is, niet heeft voorgeschreven, maar de ontwikkeling ervan wel heeft gestimuleerd.³⁰ Daarbij heeft het voortdurende debat over de wijze

27 Illustratief is ABRvS 6 mei 2009, AB 2009, 196 waaruit de mogelijkheid blijkt om in hoger beroep nog van een contra-expertise over de welstandsaspecten van een bouwplan over te leggen.

28 Al is het beeld bij de CRvB wisselend. Zie hierover gedocumenteerd M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, derde druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 542 e.v.

29 Van elk van die colleges een voorbeeld: CRvB 12 november 2003, AB 2004, 206, CBb 28 februari 2008, AB 2008, 139 en ABRvS 6 augustus 2003, AB 2003, 355 (de zaak Brummen!).

30 Voor een helder en gedocumenteerd overzicht van de in deze paragraaf slechts kort aangeduide lijnen in de rechtspraak over trechters, inclusief Brummen, zij verwezen naar de instructieve noot (nr. 41) van R.J.G.M. Widdershoven in de zesde druk van AB-klassiek, onder redactie van Barkhuysen, Polak, Schueler en Widdershoven, Deventer: Kluwer 2009, bij ABRvS 18 april 2007, AB 2007, 173, Tubbergen, Onderdelentrichter en andere processuele trechters. Maar wie echt tijd heeft, kan natuurlijk ook de dissertatie van B.J. van der Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007 lezen.

waarop het uniform bestuursprocesrecht in de jurisprudentie in deze betrekkelijk korte periode van 15 jaar vorm heeft gekregen een grote rol gespeeld, niet in het minst in de vorm van de door de wetgever voorgeschreven evaluaties van de Awb.

6 Finale geschillenbeslechting³¹

De invloed van evaluaties en het wetenschappelijk debat op de wijze waarop de bestuursrechter met de Awb-bevoegdheden omspringt, laten zich ook illustreren aan de hand van het thema finale geschillenbeslechting.³² In de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Awb is vooral in de jurisprudentie van de Afdeling benadrukt, dat de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien op grond van artikel 8:72 lid 4 Awb, slechts door de rechter kan worden gebruikt wanneer er na vernietiging van het bestreden besluit inhoudelijk nog maar één besluit mogelijk is.³³ In evaluaties, wetenschap en praktijk is niettemin met enige nadruk al spoedig op een ruimere toepassing van de bevoegdheid aangedrongen. Reeds in het eerste evaluatieverslag over de periode 1994 t/m 1996 wordt de aanbeveling gedaan om *'De mogelijkheden tot zelf voorzien nader te verkennen, bijvoorbeeld voor de gevallen dat de beleidsvrijheid van het bestuur is beperkt door beleidsregels of richtlijnen, dan wel partijen van deze beleidsvrijheid afstand hebben gedaan'*, zulks ook op basis van het Utrechts-Tilburgse onderzoek dat hiervoor al ter sprake kwam.³⁴ In 1994 was ook verschenen de dissertatie van Schueler *Vernietigen en opnieuw voorzien*.³⁵ Hoewel de belastingrechter en ook wel de sociale verzekeringsrechter een ruimere toepassing gaven aan de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien, bleef de praktijk tot enkele jaren geleden terughoudend. Dat laat zich ook wel verklaren. Het is zeker in meerpartijengeschillen vaak praktisch lastig om tot finale geschillenbeslechting te komen. Daarbij blijft nog steeds het uitgangspunt dat de rechter de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur, als het gaat om bevoegdheden waarbij deze aan de orde is, moet respecteren. Toch is er in de afgelopen jaren sprake van een duidelijke kentering en heeft de gedachte terrein gewonnen dat met respectering van de beleids- en beoordelingsruimte van het bestuur, veel vaker dan in de beginfase van de Awb werd onderkend, er mogelijkheden bestaan om tot finale geschillenbeslechting te komen.³⁶ Buiten de gevallen die de eerste Evaluatiecommissie reeds noemde en waarbij de beleids- en beslissingsruimte van het bestuur derhalve door het bestuur zelf is ingekaderd door middel van beleidsregels en richtlijnen, kan die inkadering ook hebben plaatsgevonden door hetgeen het bestuur voor of

31 Zie hierover ook de bijdrage van L.M. Koenraad in deze bundel met vele verdere verwijzingen.

32 Algemeen bestuursrecht 2001, hoger beroep, Den Haag 2001: een onderzoek waaraan vele onderzoekers van de universiteit van Utrecht, Maastricht en Tilburg onder leiding van R.J.G.M. Widdershoven en F.A.M. Stroink hebben samengewerkt.

33 ABRvS 8 juli 1996, AB 1996, 344, m.nt. P.J.J. van Buuren. Dat die benadering is verlaten blijkt onder meer uit bijvoorbeeld ABRvS 11 februari 2009, AB 2009, 224, m.nt. R. Ortlep met verdere verwijzingen.

34 Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996, verslag van de Commissie Algemene wet bestuursrecht, Den Haag 18 december 1996, p. 101, aanbeveling 73.

35 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien*, dissertatie Utrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1994.

36 Zie het overzicht in het jaarverslag van de Raad van State over 2007, p. 80/81 en het Jaarverslag van de Raad van State over 2008, p. 141-142.

tijdens de procedure naar voren heeft gebracht. Zowel burger als bestuur blijken in veel gevallen aan finale geschillenbeslechting behoefte te hebben. Thans is het uitgangspunt dat in alle gevallen dat van vernietiging sprake is de bestuursrechter nagaat (of in ieder geval: moet nagaan) of er geen mogelijkheden tot finale geschillenbeslechting bestaan.³⁷ Dat betekent overigens niet dat er nog steeds geen goede redenen kunnen zijn om daarvan af te zien. Het denken over de finale geschillenbeslechting heeft ertoe geleid dat de wetgever met ingang van 1 januari 2010 heeft voorzien in de bestuurlijke lus. Daarbij zal het in de komende jaren ongetwijfeld vooral ook gaan om een juiste taakverdeling tussen bestuur en rechter in de gaten te houden, ook omdat de roep vanuit het bestuur en van parlementariërs om het bestuur ter wille te zijn, soms wel erg grote vormen aanneemt. Aan de orde zal komen in hoeverre het bestuur gebreken mag blijven herstellen via een bestuurlijke lus. Ook hier zien wij dat in een relatief korte periode vanaf de inwerking-treding van de Awb het perspectief, in dit geval met betrekking tot finale geschillenbeslechting, verschuift en de gedachtevorming zich collectief op zich daarbij nieuw aandoende vragen richt.³⁸ Daarbij kan de rechtspraak thans beschikken over het in het kader van de derde evaluatie recent uitgebrachte Amsterdamse onderzoek onder leiding van Schueler.³⁹

7 Feitenvaststelling

Hiervoor kwam de eerste evaluatie van de Awb aan de orde die met betrekking tot het bestuursprocesrecht betrekkelijk positief van toon was. De tweede evaluatie die zich vooral richt op de appèlrechtspraak, was al kritischer van toon en kwam hiervoor eveneens ter sprake: geconstateerd werd dat de conclusies en aanbevelingen die daarbij door de Commissie-Boukema zijn gedaan, er mede richting aan hebben gegeven, dat met name de rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak en de Centrale Raad van Beroep naar elkaar zijn toegegroeid. Het meest kritische rapport dat met betrekking tot het bestuursprocesrecht in het kader van de verschillende evaluaties is uitgebracht, is het in het kader van de derde evaluatie uitgebrachte Gronings-Leidse onderzoek over de feitenvaststelling in beroep. De onderzoekers concluderen daarin: *'Al met al biedt de Awb de bestuursrechter een grote mate van vrijheid bij de uitvoering van zijn taak om de feitenvaststelling door het bestuur te beoordelen. De rechter blijkt in het proces van feitenvaststelling een nogal terughoudende opstelling te kiezen. Zo ziet hij voor zichzelf geen taak weggelegd in het zelfstandig vaststellen van de feiten. Bovendien compenseert hij zijn lijdelijke opstelling niet door actieve informatieverschaffing aan partijen over een verantwoordelijkheid voor de gegevensverzameling. Partijen verkeren daardoor regelmatig in rechtsonzekerheid. Daarnaast is tot op zekere hoogte sprake van inconsistentie: tussen verschillende rechter-*

37 ABRvS 10 december 2008, JB 2009, 39.

38 Zie bijvoorbeeld recentelijk de preadviezen voor de vereniging voor Bouwrecht voor 2009 van B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven en J. Hoekstra, Rechtsbescherming in het omgevingsrecht, publicatie voor de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 37.

39 B.J. Schueler, J.K. Drewes en anderen, Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

*lijke instanties bestaan verschillen die niet geheel en al zijn te verklaren door de verschillen tussen de geschillen die de betreffende instanties moeten beoordelen.*⁴⁰

Hier doet zich een merkwaardigheid voor die eruit bestaat, dat ik er enerzijds niet aan twijfel dat de onderzoekers deze stelling op verantwoorde wijze baseren op het door hen gedane empirisch onderzoek, maar dat ik er niet van overtuigd ben dat bestuursrechters zich geheel en al in het beeld herkennen dat zij slechts zeer beperkt aan feitenonderzoek doen. Zo is het mijn eigen ervaring dat in bijvoorbeeld bouwzaken, als er maar enige onduidelijkheid over de feiten is, deze steevast wordt opgehelderd en in de meeste gevallen ook tot overeenstemming van partijen leidt over de feiten die in dat soort geschillen aan de orde zijn, namelijk op welke afstand men woont, waar de parkeergelegenheid is gesitueerd etc. Ook is mijn ervaring dat partijen alsdan in de gelegenheid zijn hun standpunten daaromtrent naar voren te brengen. In mijn beleving leidt dat er in mindere mate toe dan in bedoeld rapport geschetst, dat er onduidelijkheid over de feiten blijft bestaan. Dat is anders waar het betreft de vaststelling van meer gecompliceerde feiten en waarbij meer normatieve elementen een rol spelen. Voldoet een gebouw aan de welstandsnormen? En hoe is het met de luchtkwaliteit? Of met de mate van mededinging? Partijen die zonder gemachtigde procederen (en dat kan nog steeds in het bestuursrecht) hebben niet zelden de indruk dat de rechter daarnaar eigen onderzoek doet, terwijl de rechter ten aanzien van dit type vragen (bijvoorbeeld of iets mooi of lelijk is, hinderlijk of niet, etc.) niet over specifieke deskundigheid beschikt en derhalve moet afgaan op hetgeen deskundigen daaromtrent naar voren brengen. Ten aanzien van dergelijke meer normatieve feitencomplexen hebben de onderzoekers ongetwijfeld gelijk, dat er nog een wereld te winnen valt met betrekking tot de ontwikkeling van het bewijsrecht. Maar aan de andere kant zal niemand er om heen kunnen dat zich in de rechtspraak onder de vigeur van de Awb in 15 jaar tijd toch een heel stuk bewijsrecht heeft ontwikkeld, vooral op basis van de artikelen 4:2 en 3:2 Awb. Ook hier zien wij dat op basis van het in het kader van de derde evaluatie verrichte onderzoek, de daarop gebaseerde aanbevelingen van de commissie-Ilsink (de evaluatiecommissie Awb III) in de praktijk krachtig wordt gewerkt aan verbeteringen.⁴¹ Dat leidt tot intensievere rechterlijke aandacht in het vooronderzoek en dus tot spanning met wat in de afgelopen jaren is bereikt aan winst met betrekking tot de snellere doorlooptijden. Differentiatie is dus geboden om het proces zo te organiseren, dat die intensievere aandacht niet standaard bij iedere zaak gebeurt, maar bij de zaken die een dergelijke aanpak behoeven. Een te verwachten gevolg van de invoering van de bestuurlijke lus is dat die invoering leidt tot in ieder geval verkapte bewijsopdrachten aan het bestuur. Een tussen-

40 T. Barkhuysen, L.J.A. Damen en anderen, Feitenvaststelling in beroep, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. XIX van de in het begin van het boek opgenomen Samenvatting.

41 Belangrijk pleitbezorger van het houden van regiezittingen waarin duidelijkheid wordt gegeven over wie de verantwoordelijkheid draagt voor het aannemelijk maken van welke feiten is B.J van Ettekoven, zie onder meer zijn rede als voorzitter van de VAR in 2007: Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst, VAR, nr. 139, p. 7-15. Zie ook de preadviezen van de VAR voor de jaarvergadering in dit jaar Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?, VAR-preadviezen, nr. 142 van de hand van R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman en D.A. Verburg en de bijdrage van laatstgenoemde aan deze bundel.

uitspraak biedt ook anderszins mogelijkheden om richting andere partijen aan te geven op welke punten zij met meer klaarheid dienen te komen.

8 Concluderende beschouwing

De Awb betekende ten opzichte van het bestuursprocesrecht van voor 1994 een enorme verandering, want de verschillende takken van de bestuursrechtspraak gingen vanaf 1 januari 1994 met één bestuursprocesrecht werken. De Awb bracht met hoofdstuk 8 wel uniform bestuursprocesrecht, maar dat betekende natuurlijk niet dat vanaf dat tijdstip er meteen een uniforme toepassing was. Zij heeft wel een proces in gang gezet, waarbij de verschillende werelden van de onderscheiden bijzondere delen van het bestuursrecht, omdat zij met één procesrecht zijn gaan werken, naar elkaar zijn toegegroeid. Het bestuursprocesrecht heeft een dynamische ontwikkeling ondergaan. Zowel op het terrein van de trechters als met betrekking tot de definitieve geschillenbeslechting zijn er duidelijke ontwikkelingen geweest, die zeker nog niet zijn voltooid. In de afgelopen jaren zien wij ten aanzien van de feitenvaststelling, mede onder invloed van het resultaat van de derde evaluatie van de Awb dat nieuwe ontwikkelingen in gang worden gezet. Daarbij wordt door sommigen het als een gemis ervaren dat er niet één rechtseenheidvoorziening is, die leiding geeft aan een zo uniform mogelijke ontwikkeling.⁴² Het is ongetwijfeld zo dat op langere termijn het werken met vier verschillende bestuursrechtshouders aan de top geen ideaal eindplaatje oplevert. Aan de andere kant laten de afgelopen 15 jaar ook zien, dat inspiratie kan worden geput uit de verschillende wijzen waarop het bestuursprocesrecht op de diverse deelgebieden wordt toegepast. De dynamiek van de rechtsontwikkeling heeft er in ieder geval zeker niet onder geleden. Onbesproken bleef nog de enorme winst die bij sommige rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak geboekt is met betrekking tot de doorlooptijden. Die winst is ook nodig, maar kennelijk niet voldoende, want we kunnen onze ogen er niet voor sluiten, dat het politieke klimaat waarin het bestuursrecht van de Awb functioneert, is veranderd. Kwam de Awb nog tot stand in een tijd, waarin de rechtsbescherming van de burger een centrale doelstelling ervan was, thans vormt de Awb-rechtsbescherming in de ogen van vele politici te zeer een belemmering om binnen aanvaardbare termijn zaken bestuurlijk tot stand te brengen. In het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld een relativiteitsvereiste in de Awb op te nemen (bij aanvaarding daarvan zal een appellante zich dus niet langer met succes kunnen beroepen op wettelijke voorschriften die niet in zijn belang geschreven zijn) en de mogelijkheden van artikel 6:22 Awb te verruimen (aan gebreken van een besluit zal de rechter voortaan voorbij kunnen gaan, als appellante door die gebreken niet is benadeeld). Ook de wet bestuurlijke lus die sinds 1 januari 2010 geldt en de Crisis- en herstelwet, die vermoedelijk op 1 april 2010 in werking zal treden en waarin onder meer ook het relativiteitsvereiste en de verruiming van artikel 6:22 Awb zijn opgenomen, passen in dat politieke klimaat. Hoewel er zorgelijke kanten aan deze ontwikkelingen zitten en

42 Zie de bijdragen van A.J.C. de Moor-van Vugt en B.J. van Ettehoven in deze bundel met verdere verwijzingen.

ervoor wordt gewaakt dat verhoging van de effectiviteit niet ten koste gaat van de rechtsbescherming, is een louter defensieve opstelling van de kant van de bestuursrechtspraak tegenover zulke ontwikkelingen niet juist.⁴³ Nog afgezien van het feit dat het tot de verantwoordelijkheid van de wetgever behoort om tot zulke veranderingen te besluiten, hoeft meer effectiviteit niet ten koste te gaan van de rechtsbescherming. Ook andere partijen dan het bestuursorgaan kunnen profijt hebben van een bestuursrechtspraak die meer gericht is op materiële geschillenbeslechting die ook kan worden gezien als correctie van de meer procedurele benadering die de bestuursrechter sinds 1994 is gaan volgen.

Enerzijds beoogt de nieuwe wetgeving met de bestuurlijke lus dat besluiten waaraan procedureel gebreken kleven, doch die materieel wel deugen, sneller kunnen worden uitgevoerd, doch anderzijds zal de rechter in situaties dat het bestuur er niet in is gelaagd gesignaleerde gebreken weg te nemen wellicht eerder geneigd zijn de knoop ten voordele van een appellant definitief door te hakken. Immers, in de situatie dat na een tussenuitspraak het geschil gericht is op welk besluit thans genomen moeten worden, zal de banbreedte door wat partijen daarover naar voren hebben gebracht zijn versmald en kan er vaker sprake zijn van *Ermessen Reduzierung auf Null*: de beleids- en beoordelingsruimte is door hetgeen ten processe is komen vast te staan versmald. Daarnaast zal de tussenuitspraak ook van betekenis zijn voor de verdere ontwikkeling van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. De bestuursrechter zal immers in een tussenuitspraak aangeven welke gebreken aan een besluit kleven en al dan niet expliciet wat het bestuur en mogelijk ook de andere partij(en) alsnog aannemelijk moeten maken.

Van de bestuursrechter wordt dus veel gevraagd: zijn rol is in de afgelopen 15 jaar niet in rustig vaarwater gekomen, dat zal dus de komende tijd ook niet het geval zijn. Door de roep om finale geschilbeslechting, de daarmee samenhangende invoering van de bestuurlijke lus en de aandacht voor de feitenvaststelling zien wij een proces op gang gebracht naar een meer actieve bestuursrechter. Dat kan leiden tot een synthese in de benadering van de bestuursrechter tussen de periode voor 1994 en die in de afgelopen 15 jaar!

43 Wel zie ik niet goed hoe de roep naar snellere, meer effectieve bestuursrechtspraak te rijmen is met het verlangen naar invoering van de derde fase van de rechterlijke organisatie met de HR aan de top (drie instanties na een bestuurlijke voorprocedure?), zoals onder meer bepleit door B.J van Ettekoven in het gesprek van A.W.M. Bijloos met hem, Zicht op het verleden en blik naar de toekomst van de bestuursrechtspraak, *Trema* 2009, nr. 4. Als de oplossing daarvan is, dat cassatieberoep wordt beperkt (zie de bijdrage van Van Ettekoven aan deze bundel), zullen allerlei projecten, ook maatschappelijk zeer omstreden, dus de hoogste nationale rechter veelal niet bereiken, hetgeen ook zo zijn bezwaren heeft.