

Kroniek Bestuursprocesrecht II

J.C. Binnerts en M.F.A. Dankbaar*
advocaten te Haarlem

In dit nummer het tweede deel van de Kroniek bestuursrecht. De auteurs behandelen in deze kroniek de bestuursprocesrechtelijke ontwikkelingen in 2004 en 2005. Ze hebben zich wederom beperkt tot de uitspraken in Administratiefrechtelijke Beslissingen (AB) en de Jurisprudentie Bestuursrecht (JB).

DEEL I

ALGEMENE THEMA'S

- Belanghebbende
- Statutaire doelomschrijvingen
- Procesbelang
- Termijnen en de risico's die men erbij loopt
- E-mail

VOORBEREIDINGS- PROCEDURES

BEZWAARSCHRIFTPROCEDURE

- Inhoud
- Commissie
- Hoorzitting en hoorplicht
- Afdoening bezwaar
- Kosten bezwaarfase
- Rechtstreeks beroep

DEEL II

BEROEP IN EERSTE OF ENIGE AANLEG

- Indieningsperikelen
- Gang van zaken
- Geheimhouding
- Argumentatieve fuik/gronden fuik
- Zelf afdoen
- Rechtsgevolgen in stand laten
- Termijn nieuwe beslissing op bezwaar
- Ambtshalve toetsing en de omvang van het geschil
- Voorlopige voorziening
- Artikelen 6:18 en 6:19

HOGER BEROEP

- Grievensfuik
- Brummen
- Voorlopige voorziening in appel

ONTWIKKELINGEN/WETGEVING

BEROEP IN EERSTE OF ENIGE AANLEG

Indieningsperikelen

Een intrekking van een ingesteld beroep kan na de beroepstermijn niet ongedaan worden gemaakt, tenzij sprake is van bijzondere, niet aan de appelland toe te rekenen omstandigheden waardoor hij gedwaald heeft of sprake is van dwang of bedrog 'van enige zijde' ten einde appelland te bewegen om het beroep in te trekken (ABRS 6 juli 2005, JB 2005, 215)

Gang van zaken

Een gemachtigde die plotseling ziek wordt en daarom uitstel van een mondelinge behandeling vraagt, dient dat – ziek of niet – wel goed te motiveren. Een om 9.24 uur in de ochtend ontvangen fax waarin wegens ziekte van de gemachtigde van appelland werd gevraagd om uitstel twee zaken die in de loop van die ochtend waren geappointeerd, kon de rechtbank niet vermurwen. De klacht dat de rechtbank daarmee te kort door de bocht was gegaan, haalde het niet bij de Afdeling: 'Uit

het verzoek blijkt niet dat en waarom het onmogelijk was op ander wijze de belangen van appelland ter zitting te doen behartigen. Evenmin blijkt uit het verzoek waarom het niet eerder had kunnen worden gedaan'. Dat het antwoord op al deze vragen een plots opkomende ziekte zou kunnen zijn, die verhinderde het dossier tijdig aan een ander over te dragen, moet dus in het uitstelverzoek wel worden vermeld. Waar blijft het verzoek om een doktersverklaring? De uitspraak (ABRS 31 augustus 2004, JB 2004, 348) betrof een vreemdelingenzaak, maar wij moeten er natuurlijk vanuit gaan dat deze lijn in andere zaken niet anders zou zijn.

Het niet-tijdig voor de zitting toezenden van stukken kan niet eventjes worden 'hersteld' door deze stukken dan maar ter zitting over te lezen, zo leert een uitspraak van de Centrale Raad van 30 maart 2004 (JB 2004, 218). Dat wil zeggen, weliswaar neemt de rechter er dan kennis van, maar als deze van mening is dat de goede procesorde zich er tegen verzet dat op de inhoud ervan nog een beroep wordt gedaan – bijvoorbeeld omdat de wederpartij daardoor in zijn verweermogelijkheden wordt geschaad – dan wordt toch aan de inhoud ervan voorbijgegaan.

In uitspraken van de Afdeling van 22 december 2004 (AB 2005, 97) en 9 februari 2005

* De auteurs zijn advocaat bij Pot Jonker Seunke Advocaten in Haarlem.

“ omdat gemachtigde echt
waar heel erg plotseling bes uel
siele is - leetse, man! - kan hij
niet op de rechtbank komen.

Erg lie?

Zijn moeder.”

~ GEEF HEM MAAR
GEEN STRAF HOOR,
ZEI ZE



(AB 2005, 98) handelde het om de aan het geding deelnemende partijen in het kader van artikel 8:26 Awb. De vraag was wanneer derden ingevolge artikel 8:26 Awb door de bestuursrechter kunnen worden uitgenodigd om als partij aan het geding deel te nemen, en wanneer derden daartoe een rechtens te honoreren verzoek kunnen doen. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen het recht dat van de belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb en het recht om op basis van genoemd artikel 8:26 Awb belangen in een procedure naar voren te brengen. In de eerste zaak ging het om een in bezwaar in stand gelaten weigering om op basis van artikel 19 van de Wet ruimtelijk ordening vrijstelling te verlenen. Omwonenden, die het met die weigering eens waren, werden door de voorzieningenrechter wel toegelaten tot de zitting, en mochten daar ook hun zegje doen, maar in de (kortsluitende) uitspraak van de voorzieningenrechter werden ze alsnog als niet belanghebbend, en dus niet als procespartij aangemerkt. Deze omwonenden kwamen tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter in beroep bij de Afdeling. De Afdeling overwoog dat het belang van

omwonenden tegengesteld was aan dat van de wederpartij en dat, nu in beroep de voorzieningenrechter het weigeringsbesluit had vernietigd, zij in een nadeliger positie waren komen te verkeren. In zo'n situatie moet de gelegenheid geboden worden de belangen bij het in stand houden van die weigering naar voren te brengen. De omwonenden waren aldus geen belanghebbenden bij het ter rechterlijke toetsing voorliggende besluit (dat immers geheel aan hun belangen tegevoetkwam), maar ze hadden wel belang bij de rechterlijke uitspraak omtrent dat besluit. Ten onrechte had de voorzieningenrechter de omwonenden niet toegelaten als partij. De lijn is voortgezet in *ABRS 17 augustus 2005 (JB 2005, 282)*.

In de tweede zaak ging het om het College van Gedeputeerde Staten, die geen belanghebbende was bij een soortgelijk vrijstellingsbesluit. Het College was evenwel partij van rechtswege en kon zo toch aan het geding deelnemen.

De bekende belanghebbende bij een besluit – zoals de werkgever die in bezwaar is gehoord over een WAO-besluit ten aanzien van zijn

werknemer en dus in de stukken voorkomt – dient door de rechtbank in de gelegenheid te worden gesteld aan het geding deel te nemen op de voet van artikel 8:26 Awb. Dit is een bepaling van openbare orde, die de appelrechter ambtshalve dient toe te passen, zoals de Centrale Raad deed in een uitspraak van 13 december 2005 (*JB 2006, 45*).

Het bestuursprocesrecht kent niet de formele bewijsopdracht. Partijen moeten uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk maken en spontaan daarvoor de benodigde bewijsmaterialen aandragen. De bestuursrechter kan, als hij daar aanleiding toe ziet, gebruikmaken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden; dat hoeft hij niet te doen. In casu had betrokkene zijn stellingen niet met enig bewijsmateriaal onderbouwd. Hij had een stelling betrokken en kennelijk gehoopt later gelegenheid te zullen krijgen om die te bewijzen, maar zo werkt het dus niet. Partijen dienen eigener beweging hun standpunten aannemelijk te maken en spontaan daartoe bewijsmateriaal aan te dragen. De rechtbank hoefde geen nader onderzoek in te stellen. Dat is niet in strijd met artikel 6 EVRM, zo oordeelde de Centrale Raad in haar uitspraak van 1 juni 2005 (*ABkort 2005, 496* en *JB 2005, 237*). De Afdeling voegt daaraan toe dat de beslissing om af te zien van het (als 'bewijsaanbod' gedaan) horen van getuigen niet in de uitspraak hoeft te worden vermeld (*ABRS 26 januari 2005, AB 2005, 374*).

Geheimhouding

Een voorbeeld van een niet-gehonoreerde poging om stukken met een beroep op artikel 8:29 Awb geheim te houden, biedt een uitspraak van de Centrale Raad van 29 januari 2004 (*JB 2004, 132*) in een ambtenarenzaak. Een bestuursorgaan had verzocht om kennisneming te beperken van notulen van vergaderingen, waarin de positie van appellant aan de orde was geweest. Als motief werd aangevoerd dat degenen die aan die vergaderingen deelnemen dat zouden moeten kunnen doen 'zonder ervoor te hoeven vrezen dat hun persoonlijke opvattingen voor hen gevolgen zullen hebben als het eenmaal tot besluitvorming is gekomen'. Terecht acht de Raad

het verdedigingsbelang van de met ontslag bedreigde ambtenaar zwaarder wegen.

Als de rechtbank oordeelt dat een verzoek van het bestuursorgaan tot geheimhouding van stukken op grond van artikel 8:29 Awb moet worden gehonoreerd, staat de appellant voor de moeilijke keus tussen het al dan niet geven van toestemming aan de rechtbank om wél kennis te nemen van die stukken, die hij dus zelf niet te zien krijgt. Weigert hij die toestemming, dan loopt hij de kwade kans dat de rechter ervan uitgaat dat de 'geheime stukken' inderdaad de juistheid van het feitelijke standpunt van verweerder aantonen, zo besliste de Centrale Raad op 7 oktober 2004 (JB 2004, 380). Dat is alleen anders als appellant het tegendeel aannemelijk zou maken. Als daarentegen het bestuursorgaan weigert om de stukken ten aanzien waarvan het een WOB-verzoek afwees in een daaropvolgende procedure bij de rechtbank over te leggen – hetgeen had gekund met verzoek tot toepassing van artikel 8:29 Awb – keert de zaak zich tegen het bestuursorgaan: omdat de rechtbank zo niet kan beoordelen of zich daadwerkelijk de gestelde weigeringsgrond voordoet, wordt het beroep gegrond verklaard en dat is juist, zo leert ABRs 11 februari 2004 (JB 2004, 143). In gelijke zin oordeelde het Hof Den Bosch in een belastingzaak op 22 september 2005 (JB 2005, 315).

Argumentatieve fuik/gronden fuik

De allerscherpste kantjes lijken er af te gaan in de Afdelingsjurisprudentie, maar hoever dat gaat is niet erg duidelijk. In uitspraken van 8 september 2004 (JB 2004, 365) en 12 januari 2005 (AB 2005, 75 met noot Widdershoven) herhaalde de Afdeling dat gronden die niet expliciet in bezwaar waren aangevoerd, maar wel direct verband hielden met hetgeen daar naar voren was gebracht, in beroep alsnog aan de orde konden worden gesteld. In een uitspraak van de vreemdelingenkamer van 15 november 2004 (AB 2005, 26) ging de Afdeling zelfs nog verder en oordeelde dat geen regel er aan in de weg stond om in beroep gronden te betrekken, die in bezwaar in het geheel niet waren aangevoerd, zolang dit maar zo tijdig gebeurt, dat de goede procesorde niet in het gedrang komt.

Het volgende inkomende stuk, mijne heren, is nogal curieus. Kort Samengevat: de auteur schrijft basically: 'jullie zijn allemaal klootzakken' en ondertekent met 'een van ons'...



In een zaak die voor de milieukamer van de Afdeling speelde werd in beroep geoordeeld over een punt, dat de appellant weliswaar wel in bezwaar had genoemd, maar bij gelegenheid van de hoorzitting in bezwaar uitdrukkelijk had prijsgegeven. De Afdeling rekende hem dat niet aan en overwoog op 4 januari 2005: 'Ten aanzien van de bezwaarschriftprocedure vloeit immers uit de wet, noch uit enig rechtsbeginsel voort dat de gronden die niet in de bezwaarfase zijn aangevoerd vanwege die enkele omstandigheid buiten de inhoudelijke beoordeling van het beroep zouden moeten blijven' (LJN AU 9049). Deze opvatting lijkt te sporen met die, welke de minister in het kader van de discussie met de Kamer over het nieuwe artikel 6:13 Awb in een brief van 29 oktober 2004 uiteenzette. Onduidelijk is echter nog of deze lijn – die overeenstemt blijkens een uitspraak van 7 september 2004 (JB 2004, 378) met die van de Centrale Raad – nu ook de vaste lijn van de Afdeling is, nu nadien de genoemde uitspraak van 12 januari 2005 werd gewezen, waarin nog wel werd overwogen dat de grond direct verband hield met hetgeen in bezwaar werd aangevoerd.

Zelfs in de appelfase is er volgens het College

van Beroep voor het Bedrijfsleven ruimte voor een zekere uitbreiding van de argumentatie: grieven die in eerste aanleg te laat waren aangevoerd en daarom door de eerste rechter terecht buiten beschouwing waren gebleven, werden in hoger beroep alsnog aanvaard; CBB 1 april 2004 (JB 2004, 195 en 248). Het CBB volgt hierin de lijn die al eerder door de Centrale Raad was uitgezet (CRvB 29 januari 2002, JB 2002, 100). De Afdeling ziet daarentegen in hoger beroep als regel geen ruimte voor nieuwe grieven (ABRS 9 februari 2005, JB 2005, 97 en 23 november 2005, AB 2006, 3). Dit lijkt slechts uitzondering als een beroep wordt gedaan op artikelen 8 en 14 van het EVRM of als het nieuwe standpunt redelijkerwijs niet reeds bij de rechtbank kon worden ingebracht (ABRS 28 april 2004, JB 2004, 213 en 239).

In ABRS 16 maart 2005 (JB 2005, 138) had het bestuursorgaan aan haar primaire beslissing een deskundigenrapport ten grondslag gelegd. Eerst in beroep stelde de appellant dat dit rapport c.q. het daaraan ten grondslag liggende onderzoek gebrekkig was. Het bestuursorgaan betoogde vergeefs dat dit een niet-toelaatbare beroepsgrond vormde. Vergeefs, omdat het zelf op grond van de

artikelen 3:2 en 7:11 Awb in het kader van de volledige heroverweging bij de beslissing op bezwaar had dienen na te gaan of het onderzoek deugdelijk was geweest en de klacht dat het daarin tekortgeschoten was naar de aard pas in beroep bij de rechtbank kon worden gesteld. Toch een heel ander geluid dan enkele jaren geleden!

De keerzijde van het in beroep nog enigszins mogen uitbouwen van de gronden, zou hebben kunnen zijn dat het bestuursorgaan in beroep zich nog ten verweer op nieuwe rapporten zou kunnen beroepen. Uit een bestemmingsplanuitspraak van 16 februari 2005 (*JB 2005, 111*) blijkt dat dit maar in beperkte mate opgaat. In de zienswijze en bedenkingenfase was geklaagd dat onvoldoende onderzoek was gedaan naar de gevolgen van het plan voor de luchtkwaliteit. In beroep werd dat uitgebouwd naar de stelling dat niet mede was gekeken naar de effecten ervan in het peiljaar 2008 en 2010, maar slechts naar de effecten in het jaar 2020. Gealarmeerd won het bestuursorgaan in de beroepsfase alsnog een advies daarover in en bracht het rapport in het geding. Maar dat was te laat. In een vergelijkbare zaak (13 april 2005, *JB 2005, 151*) oordeelde de Afdeling in gelijke zin, daarbij uitdrukkelijk aangevend dat onderzoeken en rapporten die na het goedkeuringsbesluit zijn uitgevoerd c.q. opgesteld, vanwege het ex tunc-karakter van de toetsing bezwaarlijk een rol kunnen spelen als onderbouwing van de beslissing op bezwaar. In een hierna onder 'Rechtsgevolgen in stand laten' te bespreken, recente uitspraak liet de Afdeling in zo'n geval de rechtsgevolgen van het goedkeuringsbesluit wel in stand.

Bij bestemmingsplannen komt het in de regel er op aan of een bepaald onderdeel daarvan al in de voorfase is bestreden. Als dat het geval is, mogen daar tot vrij grote hoogte nieuwe argumenten in beroep aan ten grondslag worden gelegd, zolang dat maar weer niet zo laat gebeurt, dat de goede procesorde wordt geschaad (bijvoorbeeld eerst tijdens de mondelinge behandeling). Onbestreden plandelen kunnen echter in beroep niet alsnog aan de orde worden gesteld (*ABRS 20*

april 2005, *JB 2005, 171*). Maar als het hele plan wordt bestreden, kan in beroep nog als nieuw argument worden aangevoerd dat het plan zich niet verdraagt met het Besluit luchtkwaliteit, ook als dat in de voorfase niet aan de orde is geweest, zo blijkt uit *ABRS 22* maart 2006 (*BR 2006, 546*).

Zelf afdoen

Steeds meer ruimte lijkt te ontstaan om zaken zelf af te kunnen doen; dat past ook in het streven doelmatiger en sneller tot finale geschilbeslechting te komen (zie het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht, hierna onder 'Wetgeving').

In een geschil waarin appellant naar het oordeel van de rechtbank ten onrechte niet-ontvankelijk was verklaard in zijn bezwaar, volstond de rechtbank niet met een vernietiging. Het besliste ook hoe op dat bezwaar wel had dienen te worden beslist, te weten met een ongegrondverklaring, en stelde haar uitspraak in de plaats van het vernietigde besluit. In de omstandigheden van het geval – er was echt maar één beslissing mogelijk en op zitting was ook de materiële kant van de zaak aan de orde geweest – billijkte de Afdeling dat in een uitspraak van 30 juni 2004 (*JB 2004, 292*). Het College van Beroep voor het bedrijfsleven trok zelfs de stoute schoenen aan en stelde zelf de schadevergoeding vast die een boer toekwam, nadat zijn rund ten onrechte was afgemaakt, verdacht van BSE-besmetting (*CBB 9 augustus 2005, JB 2005, 272*). Ook de Afdeling maakte een zuiver schadebesluitprocedure af met een eigen oordeel over de hoogte van de schadevergoeding (*ABRS 14 september 2005, JB 2005, 299*).

Maar de rechtbank die in een planschadeprocedure het beroep tegen de afwijzende beslissing van de gemeenteraad vernietigde en toen dacht de zaak zelf af te kunnen doen door de planschadevergoeding zelf vast te stellen, werd door de Afdeling teruggefloten: er was rechtens meer dan één beslissing mogelijk *ABRS 26 oktober 2005 (JB 2006, 10)*. Ook uit de Afdelingsuitspraak van 6 oktober 2004 (*ABkort 2004, 697*) blijkt dat de rechtbank niet zomaar zelf in de zaak mag voorzien; ook als de duur van het geschil er toe noopt en de rechtbank de gemeente meer-

dere keren in de gelegenheid heeft gesteld een motiveringsgebrek te herstellen, moet de rechtbank zich beperken tot vernietiging, indien zich geen situatie voordoet waarin rechtens nog maar één beslissing mogelijk is.

Rechtsgevolgen in stand laten

De rechter mag de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit niet in stand laten op een grond waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten, zo oordeelde de Afdeling in haar uitspraak van 9 juni 2004 (*AB 2004, 408*). In casu baseerde de Rechtbank Groningen zich in haar uitspraak op een lijst van de Rijksdienst voor de Monumentenzorg. Deze lijst behoorde niet tot de criteria die het bestuursorgaan bij het opstellen van haar restauratie-uitvoeringsprogramma hanteerde. De lijst was niet ten grondslag gelegd aan het primaire besluit, noch aan de beslissing op bezwaar. Ook ter zitting was de lijst niet ter sprake gekomen, noch nadien had de rechtbank partijen uitgenodigd zich over genoemde lijst uit te laten. In die omstandigheden kon instandlating van de rechtsgevolgen niet op basis van deze lijst worden uitgesproken.

Ook als een beslissing van de rechtbank in strijd met een fundamenteel beginsel van bestuurprocesrecht tot stand is gekomen, wil dat nog niet zeggen dat de materiële uitkomst ervan onjuist was en een instandlating van de rechtsgevolgen niet zou kunnen plaatsvinden, zo leert een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 15 april 2005 (*JB 2005, 178*).

Het feit dat een bouwwerk reeds met gebruikmaking van de vernietigde bouwvergunning was gerealiseerd, brengt naar het oordeel van de Afdeling (28 september 2005, *JB 2005, 321*) niet met zich mee dat reeds daarom de rechtsgevolgen van de vernietigde vergunning in stand gelaten zouden moeten worden.

Terughoudend oordeelde de Afdeling over een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, waarin werd geoordeeld dat een in het bestreden besluit aangedragen grond voor afwijzing van een WOB-verzoek geen stand hield, maar een beroep op een andere wei-

geringgrond, die nog niet was aangedragen, het wél zou houden, zodat de rechtbank de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand had gelaten. Dat ging de Afdeling te ver, omdat de rechtbank daarmee buiten het geschil zou zijn getreden (19 oktober 2005, JB 2005, 329). Dat geschil werd dus kennelijk geacht zich te beperken tot de vraag of terecht een beroep werd gedaan op de wel aangedragen grond om inzage te weigeren en zich niet uit te strekken tot de vraag of inzage geboden was of niet; in gelijke zin CRvB 15 november 2005, hierna onder 'Ambtshalve toetsing en de omvang van het geschil'.

Vergelijk dat eens met de uitspraak van de Afdeling van 14 december 2005 (JB 2006, 51), waarin een vrijstellingsbesluit voor de aanleg van een weg werd vernietigd, omdat de gevolgen voor de luchtkwaliteit niet waren onderzocht. Hangende beroep was alsnog zo'n onderzoek uitgevoerd, en op grond daarvan liet de Afdeling de rechtsgevolgen in stand, en passant ook nog eens toetsend aan het hangende hoger beroep tot stand gekomen nieuwe Besluit luchtkwaliteit 2005.

Termijn nieuwe beslissing op bezwaar
Opmerkelijk rekkelijk toonde de Afdeling (26 mei 2004, JB 2004, 259) zich in een zaak waar met het oog op een nieuw te nemen beslissing op bezwaar nader bodemonderzoek nodig was en dus de termijn van artikel 7:10 Awb niet gehaald kon worden. Het bestuursorgaan had de bezwaarde daarvan op de hoogte gesteld en de termijn opgeschort tot het resultaat van die onderzoeken bekend was. Daarop had bezwaarde niet gereageerd. De Afdeling overwoog dat – waar artikel 7:10 lid 4 instemming van de bezwaarde verlangt met een opschorting – die instemming ook stilzwijgend kan worden gegeven en in dit geval kon worden afgeleid uit het niet-reageren op de opschorting. Het beroep tegen het uitblijven van een nieuwe beslissing werd dus ongegrond verklaard. Voor een goed perspectief: tussen de eerste uitspraak van de Afdeling en het instellen van beroep tegen het uitblijven van een nieuw besluit lagen elfenhalve maand en ten tijde van de onderhavige uitspraak was reeds anderhalf jaar verstreken zonder nieuwe beslissing op bezwaar!

Wordt een ambtshalve genomen primair besluit vernietigd, dan kan een nieuw besluit in het geheel achterwege blijven: dan geldt dus ook geen nieuwe termijn aldus de ABRS 27 januari 2005 (JB 2005, 82).

Ambtshalve toetsing en de omvang van het geschil

Het arrest van de Hoge Raad van 28 november 2003 (AB 2004, 339) en de uitspraak van de Afdeling van 2 juni 2004 (AB 2004, 340) maken duidelijk dat de algemene regels omtrent de omvang van het geschil (om grenzen van de rechtsstrijd) van artikel 8:69 Awb ook gelden bij de rechterlijke toetsing van een punitieve sanctie (i.c. een bestuurlijke boete). De omvang van het geschil is beperkt tot de door de appellante aangevoerde gronden. Binnen het aldus beperkte geschil is de bestuursrechter verplicht ambtshalve de rechtsgronden en bevoegd ambtshalve de feiten aan te vullen. Daarbuiten mag slechts ambtshalve getoetst worden aan voorschrijf-

ten van openbare orde. In beide zaken hadden de lagere rechters ambtshalve getoetst aan aspecten die hun basis hadden in artikel 6 EVRM; de Hoge Raad en de Afdeling waren evenwel van mening dat de rechtbanken daarmee buiten de omvang van het geschil waren getreden. Volgens de nootschrijver is dit uitgangspunt in overeenstemming met de rechtspraak van het EVRM. Zie ook: CRvB 18 maart 2004 (AB 2004, 373 en JB 2004, 192).

Ook indien de door de rechter ambtshalve getoetste gronden hun grondslag vinden in artikel 6 EVRM is er aldus volgens de hoogste rechtscolleges geen reden om af te wijken van de hoofdregels inzake de omvang van het geschil en ambtshalve toetsing wel toe te staan. Anders de Hoge Raad in een belastingarrest van 22 april 2005 (JB 2005, 166), waarin wel een ambtshalve toetsing wordt voorgeschreven op de lengte van de procedure in het licht van artikel 6 EVRM.

De rechter is niet verplicht ambtshalve te toetsen aan rechtstreeks werkende EG-bepa-

Het geschil betref de
vraag of gemeente X
een weg mocht aanleggen
over een hoekje
van een natuurgebied!



als eerste stap in de realisatie
van een enorme vuilstort-
plaats tussen natuurgebied
woonwijk en
recreatiegebied!



lingen; doet hij dit toch, dan gaat hij 'ultra petita', aldus de Afdeling op 2 maart 2004 (JB 2004, 152). Maar dat betekent niet dat als een partij een aantal feitelijke stellingen betreft die een beroep op zo'n bepaling zouden kunnen dragen, zonder dat hij zich uitdrukkelijk daarop beroept, de rechter dat zou mogen passeren; integendeel, dan is hij ambtshalve gehouden tot aanvulling van de rechtsgronden, aldus de Afdeling op 26 juli 2004 (JB 2004, 337).

In een geschil omtrent een boete naar aanleiding van een arbeidsongeval verweerde de werkgever zich door te stellen dat de werknemer zelf ook schuld had aan het ongeval, hetgeen tot vermindering van de boete had moeten leiden. Door te oordelen dat het bestuursorgaan niet aannemelijk had gemaakt dat de werkgever ter zake van het ongeval een verwijt trof, was de rechtbank naar het oordeel van de Afdeling buiten het geschil getreden (ABRS 2 juni 2004, JB 2004, 276).

Ook de rechtbank die zo behulpzaam was zelfstandig te toetsen of wellicht een beroep op een hardheidsclausule appellanten kon baten, trad daarmee buiten het geschil, aldus de Afdeling op 7 juli 2004 (JB 2004, 295). Eenzelfde 'misstap' beging de rechtbank die ambtshalve vaststelde dat naar aanleiding van dezelfde gedraging in strijd met artikel 5:36 Awb gelijktijdig een last onder dwangsom en bestuursdwangaanzegging in de lucht waren (Vz. ABRS 10 februari 2005, JB 2005, 89) en de rechtbank die vaststelde dat een aan het besluit ten grondslag gelegde weigeringsgrond niet, maar een andere weigeringsgrond wel aan de orde was (CRvB 15 november 2005, JB 2006, 35).

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven moest beslissen in een zaak, waarin het stuitte op de vraag of een EG-richtlijn juist was geïmplementeerd. Het probleem was echter, dat appellant niet over een onjuiste implementatie had geklaagd, zodat de vraag rees of het College dat ambtshalve diende te toetsen. Het College kwam onder verwijzing naar het arrest-Eco Swiss/Benetton tot de conclusie dat dit ervan afhing of de betref-

fende richtlijnbevestigingen van openbare orde waren, hetgeen het Hof van Justitie diende vast te stellen. Prejudiciële vragen volgden (CBB 17 mei 2005, JB 2005, 241).

Uit de Afdelingsuitspraak van 14 januari 2004 (AB 2004, 239) blijkt weer eens dat ambtshalve toetsing van een bouwplan aan het bestemmingsplan niet aan de orde is. De Afdeling is gebonden aan de grenzen van het geschil zoals die door appellant in zijn beroepschrift zijn bepaald (zie eerder: AB 2003, 324 en AB 2004, 50; in de Kroniek bestuursprocesrecht uit 2004 behandeld).

De Afdelingsuitspraken van 21 april 2004 (AB 2004, 379) en 11 augustus 2004 (AB 2004, 380) illustreren echter dat het bestemmingsplan natuurlijk nog wel ambtshalve aan de orde kan komen in het kader van de verplichte ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Waar dan de grenzen van de rechtstrijd liggen, is lastig. In AB 2004, 379 oordeelde de Afdeling dat slechts aan het met zoveel woorden door appellant genoemde bestemmingsplanvoorschrift mocht worden getoetst. De rechtbank begaf zich buiten de grenzen van het geschil door aan een ander voorschrift te toetsen. In de tweede uitspraak moest worden beoordeeld of een bouwvergunning van rechtswege was verleend. Om dat te kunnen beoordelen is van belang te weten of het bouwplan in strijd is met het bestemmingsplan. De rechtbank toetste dat dan ook als voorvraag en trad daarmee volgens de Afdeling niet buiten de grenzen van het geschil.

Zie ook: ABRS 28 oktober 2004 (JB 2004, 397 en *Abkort* 2004, 759). Annotator Stroink legt uit wat de lijn is: het komt er op neer dat als strijd met het bestemmingsplan in het geheel niet aan de orde was gesteld deze dus geen deel uitmaakte van de omvang van het geschil. Is eenmaal strijd met het bestemmingsplan als beroepsgrond gesteld, dan moet de rechter ambtshalve de rechtsgronden van zo'n beroep aanvullen, maar als appellant zich min of meer uitdrukkelijk tot een bepaald bestemmingsplanvoorschrift beperkt, mag dat weer niet.

Als de Afdeling de zaak na vernietiging terugverwijst naar de rechtbank, zijn geen

nieuwe beroepsgronden toegelaten: de rechtbank behoort te beslissen met inachtneming van de in voorliggende instanties reeds vastgestelde omvang van het geding (ABRS 23 maart 2005, JB 2005, 143).

Voorlopige voorziening

Sinds een rechtbank bij uitspraak in eerste aanleg middels een voorlopige voorziening op grond van artikel 8:72, lid 5 Awb 'over haar graf heen kan regeren', speelt de vraag welke rechter zo'n voorziening kan wijzigen. De Voorzitter van de Afdeling oordeelde dat zij als beroepsrechter de aangewezen instantie was, ook in het geval het hoger beroep zelf ongegrond was (19 februari 2004, JB 2004, 148). Annotator Stroink toont aan dat dit niet voor de hand ligt.

De rechtbank kan overigens zonder enig verzoek van partijen tot het treffen van zo'n voorziening overgaan en hoeft partijen ook niet ter zitting te wijzen op de mogelijkheid daartoe, zo bevestigde de Voorzitter van de Afdeling in een uitspraak van 13 oktober 2003 (JB 2005, 330). Aanleiding was een vergeefs verzoek tot het wijzigen van zo'n – voor partijen althans – verrassingsbeslissing. Het lijkt verstandig dat een procespartij zich tevoren het bestaan van deze mogelijkheid realiseert en zelfstandig eventuele bezwaren tegen toepassing ervan ter zitting naar voren brengt.

Een bijzondere voorziening trof de Rechtbank Rotterdam, die een beslissing op bezwaar van de OPTA vernietigde, maar in dezelfde uitspraak de termijn voor het nemen van een nieuwe beslissing opschortte tot drie maanden nadat haar uitspraak onherroepelijk zou zijn geworden. In beroep betwijfelde de Voorzitter van het CBB of dit wel kon, maar ook weer niet zo sterk, dat hij het aangewezen achtte bij voorlopige voorziening een kortere beslistermijn te stellen (Voorzieningenrechter CBB 8 maart 2005, JB 2005, 161).

Van een voorlopige voorziening is geen appel mogelijk. Onder omstandigheden kan dit appelverbod echter worden doorbroken. Met name als in de behandeling iets zodanig fout

gegaan is, dat geen sprake meer was van een *eerlijk proces*. Pikant is de uitspraak van de Afdeling in een vreemdelingenzaak, waar de minister degene was die in hoger beroep zich met succes beriep op schending van dat beginsel tijdens de zitting bij de Voorzieningenrechter in eerste aanleg, het appelverbod doorbroken kreeg en de vernietiging van de voorlopige voorzieningsuitspraak wegens ernstige schending van de goede procesorde en fundamentele rechtsbeginselen bewerkstelligde. De annotator wijst er op dat de woorden *een eerlijk proces* refereren aan artikel 6 EVRM, waarvan tot dusver werd aangenomen dat het niet door overheidsorganen kon worden ingeroepen (ABRS 11 februari 2005, AB 2005, 181).

Artikelen 6:18 en 6:19

Hoe lastig is het leerstuk van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb (onder andere onderwerp van de reeds gememoreerde voorgestelde wijzigingen in het bestuursprocesrecht). Indien hangende beroep het bestreden besluit wordt gewijzigd zijn – zo zou je snel denken – de artikelen 6:18 en 6:19 Awb aan de orde. In ABRS 30 juni 2004, (AB 2004, 407) meende de Afdeling dat, nu de grondslag van het nieuwe besluit, een vermindering van de aanvankelijk toegekende vergoeding voor schade door zware regenval, een andere was dan die van het oorspronkelijke besluit, de rechtbank ten onrechte zich bevoegd achtte om in het kader van artikel 6:19 Awb over het nieuwe besluit te oordelen. Daarmee schoot de aanvrager natuurlijk niets op. Annotator Verheij is kritisch.

De appelrechters nemen nieuwe, ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank genomen, beslissingen op bezwaar in hoger beroep graag mee op de voet van artikel 6:18 Awb. Dat lijkt echter niet mogelijk te zijn, als het besluit moet worden aangemerkt als een veroordeling voor een strafbaar feit in de zin van artikel 14, lid 5 IVBPR, omdat in dat artikel een recht op hoger beroep ligt besloten. Als het nieuwe besluit in eerste en enige instantie door de appelrechter zou worden beoordeeld, zou dit niet tot gelding gebracht kunnen worden. In zo'n geval zou de appelrechter de beoordeling van het nieuwe besluit dus toch naar de rechtbank moeten

verwijzen, zo waarschuwt de Centrale Raad in een uitspraak van 9 juni 2005 (JB 2005, 261).

HOGER BEROEP

Grievensfuik

Hiervoor is onder het kopje 'Argumentatieve fuik' al aan de orde geweest dat de Afdeling, anders dan beide andere administratieve appelrechters, in beginsel geen ruimte ziet voor nieuwe beroepsgronden in hoger beroep. Centraal staat de uitspraak waarvan appel en de grieven in beginsel dáárop betrekking moeten hebben. Slechts bepaalde aan het EVRM ontleende beroepsgronden of standpunten ten aanzien van het besluit waarvan beroep, die appellants redelijkerwijs niet eerder bij de rechtbank naar voren had kunnen brengen, komen er bij de Afdeling nog door.

Brummen

Zoals bekend is de Afdeling in de uitspraak van 6 augustus 2003 (AB 2003, 355) inzake Brummen omgegaan op het punt van de binding van de latere rechter aan uitdrukkelijk door eerdere rechter verworpen beroepsgronden. Voorheen werd die binding niet aangenomen, hetgeen bijvoorbeeld betekende dat een partij die in eerste aanleg enkele argumenten verloor, maar de slag wel won, geen hoger beroep hoefde in te stellen om die verloren argumenten later opnieuw aan de rechter voor te leggen. Dat is nu anders. Uitdrukkelijk door de rechter verworpen gronden kunnen – als tegen de uitspraak waarbij dat is gebeurd geen beroep is ingesteld – nadien niet meer aan de rechter worden voorgelegd.

De Afdeling heeft overigens overgangsrecht gecreëerd voor zaken, waarin op basis van de oude jurisprudentielijn besloten mocht worden te berusten. Een voorbeeld van de toepassing daarvan vormt de – hierboven al in het kader van de verruiming van het belanghebbendenbegrip besproken – uitspraak van 14 september 2005 (JB 2005, 319).

Hoe subtiel moet worden gekeken of ook na een gewonnen procedure in eerste aanleg

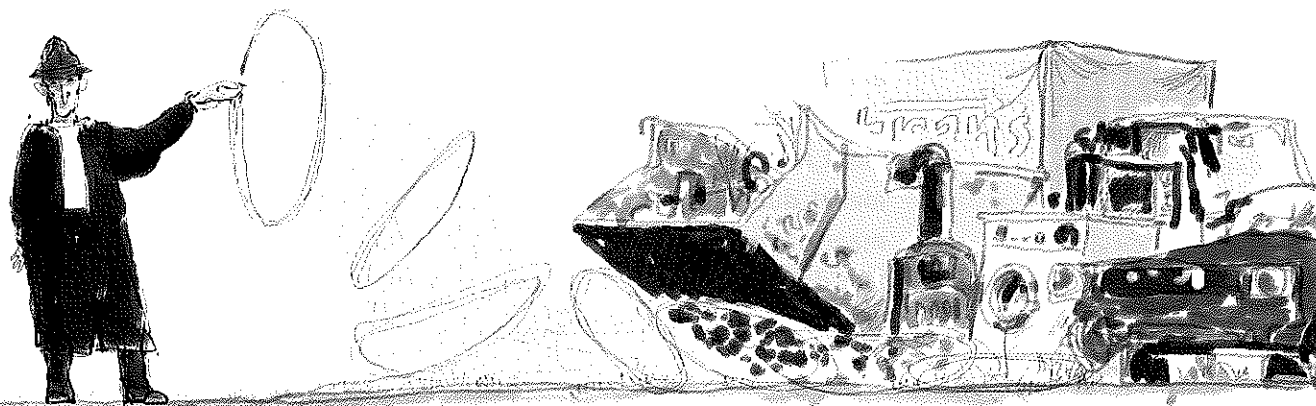
hoger beroep nodig is, leert een beslissing van de Centrale Raad inzake een aansprakelijkstelling van een bestuurder van een vennootschap wegens onbehoorlijk bestuur. In eerste aanleg kwam hij daartegen op met onder meer het argument dat hij niet de gehele periode waarop de aansprakelijkstelling sloeg, bestuurder was geweest. Dat werd verworpen, andere argumenten niet en de aansprakelijkstelling werd vernietigd. Er kwam een nieuw besluit, waartegen hij opnieuw opkwam met onder meer genoemd argument. Dat mocht niet meer. Maar hij mocht nog wel betogen dat niet de gehele periode waarop de aansprakelijkstelling sloeg, sprake was geweest van onbehoorlijk bestuur. *Taste the difference*, in CRvB 27 mei 2004 (JB 2004, 270).

Indien de rechtbank een deel van de beroepsgronden honoreert en het bestreden besluit om die reden vernietigt maar de andere beroepsgronden niet bespreekt, is het wél 'veilig' om het nieuwe besluit op bezwaar af te wachten. Wanneer het nieuwe besluit opnieuw ongunstig uitpakt, kunnen de destijds onbesproken gelaten gronden in beroep wederom worden; geen Brummen-gevaar (ABRS 19 januari 2005, AB 2005, 115 en JB 2005, 79).

Lastig wordt het als naar aanleiding van een vernietiging in eerste aanleg niet alleen een nieuw besluit wordt genomen, maar tegelijk ook hoger beroep wordt ingesteld en dit doel treft, zonder dat de Afdeling zich uitlaat over het nieuwe besluit. De Rechtbank Den Haag (Zutphen) komt op 28 mei 2004 (JB 2004, 273) tot de conclusie dat in dat geval toch de grondslag aan het nieuwe besluit is komen te ontvallen en dat dit om deze reden niet kan worden beschouwd als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, zodat zij zich onbevoegd verklaart.

In een handhavingsschil had de rechtbank geoordeeld dat een bepaalde bouwwerk, een tredmolen, zich niet verdroeg met het ter plaatse geldende bestemmingsplan. Hoger beroep werd niet ingesteld. Vervolgens werd een bouwvergunning voor eveneens een tredmolen, maar wel een andere, gevraagd,

Is deze voor
de soorten
onderdelen?



die werd geweigerd. In het daaropvolgende geschil meende de rechtbank dat er op basis van de eerdere uitspraak van moest worden uitgegaan dat sprake was van strijdigheid met het bestemmingsplan. Maar dat ging de Afdeling te ver, omdat een ander besluit en een ander geschil aan de orde waren. Geen rechtskracht dus in een opvolgend geding (13 juli 2005, JB 2005, 255 en AB 2005, 320). In gelijke zin oordeelde de Afdeling in een geval waarin jaarlijks besluiten werden genomen, en na enige jaren de begunstigde zich opnieuw tegen de – al jaren gebruikelijke en ook al in voorgaande jaren al eens bestreden – voorwaarden ging verzetten: dat mocht (ABRS 31 augustus 2005, JB 2005, 286).

De Brummen-jurisprudentie neemt tot uitgangspunt dat geen incidenteel appel, dat wil zeggen appel ingesteld door de gedaagde in hoger beroep nadat de beroepstermijn verstreken is, mogelijk is. Een uitspraak van de Centrale Raad van 3 november 2005 (JB 2006, 60), illustreert dat dit uitgangspunt ook weer niet zonder uitzondering is. De rechtbank had een besluit vernietigd wegens een gebrek in de voorbereiding ervan, maar de rechtsgevolgen in stand gelaten. De oorspronkelijke appellant stelde op dit laatste punt appel in, waarop het bestuursorgaan in haar verweerschrift inging op het zijns inziens onjuiste oordeel van de rechtbank dat het besluit niet zorgvuldig was voorbereid. De Raad constateerde een sterke verwevenheid tussen de beroepsgronden van appellant en het verweer

van het bestuursorgaan, waarin hij aanleiding zag tevens in te gaan op dat verweer. Dat bracht de Raad tot het oordeel dat er in het geheel geen gebrek aan het besluit kleefde. Hoewel de rechtbank dus de zaak verkeerd had beoordeeld, werd haar uitspraak niet vernietigd, maar werd het oorspronkelijke ('principale') appel ongegrond verklaard en de rechtbankuitspraak bevestigd.

Voorlopige voorziening in appel

De toets bij een verzoek om een voorlopige voorziening in hoger beroep wijkt af van die in eerste aanleg. Als regel vindt geen voorlopig rechtmatigheidsbeoordeling plaats, maar eerst en vooral een – strenge – beoordeling van de spoedeisendheid van de gevraagde voorziening. Wel erg ver daarin ging de Voorzitter van de Centrale Raad, in een zaak waarin een WIK-lening werd teruggevorderd van een kunstenaar. De beslissing op bezwaar werd vernietigd door de rechtbank. Het bestuursorgaan was het daar niet mee eens en stelde hoger beroep in. Tegelijkertijd werd schorsing van de rechtbankuitspraak gevraagd, omdat er anders voorlopig ook in vergelijkbare gevallen overeenkomstig de rechtbankuitspraak zou moeten worden beslist. Dat verzoek werd afgewezen bij gebrek aan spoedeisend belang. Opvallend daarbij was de overweging dat de vernietiging van de beslissing op bezwaar niet aan de uitvoering van het primaire terugvorderingsbesluit in de weg zou staan. Opvallend, omdat zonder schorsing toch een nieuw

besluit zou moeten worden genomen met inachtneming van die uitspraak, waarbij een herroeping van het primaire besluit niet ondenkbaar is (CRvB 10 mei 2005, JB 2005, 224).

ONTWIKKELINGEN/WETGEVING

Per 1 juli 2005 is – zo is al gememoreerd – de regeling van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in werking getreden. Veel jurisprudentie heeft het nog niet opgeleverd, maar naar verwachting zal op niet al te lange termijn wel een kleine hausse van uitspraken de daarmee opkomende procesrechtelijke vragen gaan beantwoorden. Ook over de onderdelenfuijk die daar min of meer mee samenhangt zal naar verwachting veel jurisprudentie ontstaan. Voer voor een volgende kroniek. Van belang voor de procespraktijk is het wetsvoorstel inzake beroep tegen niet-tijdig beslissen. Bovendien wordt in 2007 de inwerkingtreding verwacht van een Wet aanpassing bestuursprocesrecht, waarvan het voorontwerp in mei jl. werd gepresenteerd. Dat ziet – naast een concentratie in de Awb van de nu nog over onder meer de Wet op de Raad van State en de Beroepswet verspreide regels voor het hoger beroep – met name op verruiming van de mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting, zoals de uitbreiding van de mogelijkheid om vormgebreken te passeren en de zogenoemde bestuurlijke lus.