

Burger en bestuursorgaan hebben in het bestuursrecht te ongelijke posities. Daarom moeten het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in de Awb worden opgenomen. Bestuursorganen en burgers moeten zich tegenover elkaar redelijk en billijk gedragen. En de bestuursrechter moet wettelijk worden verplicht elk geschil definitief te beslechten.

# Een rechtvaardigheids-tranche in de Awb

## Bestuursrecht kan belangrijk worden verbeterd

Roland Mans  
advocaat te Leiden

In mei 2009 publiceerde de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur het rapport *Rechter in ketens*, over de doorwerking van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) bij provincies en gemeenten. Belangrijkste aanbeveling: vergroot de finaliteit van de uitspraken. Inderdaad is het gebrek aan definitieve geschillenbeslechting een van de meest schrijnende gebreken van ons bestuursrechtelijke stelsel. Conflicten tussen burgers en bestuursorganen smeulen na een uitspraak te vaak door, om na een nieuw besluit weer op te laaien.

Op 15 november 2009 liet het tv-programma *Zembla* zien in wat voor ongelukkige situaties burgers terecht kunnen komen als bestuursorganen en rechters simpelweg het bestuursrecht toepassen. De vicepresident

van de Raad van State, mr. H. Tjeenk Wilink, zei op de vraag of het na vijftien jaar Awb niet tijd werd kritisch naar die wet te kijken: 'Ja. Kritisch kijken, vanuit de praktijk en niet vanuit de deskundigheidshoek. Dat is óók nuttig. [...] We moeten na vijftien jaar terugkijken en ons afvragen: waar is het misschien niet helemaal goed gegaan?' Na de uitzending bleef het stil en werden er zelfs geen Kamervragen gesteld.

Dit zijn twee signalen uit het afgelopen jaar die duidelijk maken dat de Tweede Kamer zich meer aan moet trekken van wat er in het bestuursrecht gebeurt. Ze zou opnieuw moeten kijken naar de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en naar de bestuursrechtelijke praktijk die er omheen is gegroeid. De Awb bevat nauwelijks materieel recht en zegt niet wat recht is en hoe dit vaardig moet worden gedaan. Waar recht en rechtvaardigheid te veel uiteenlopen, ontstaat onvrede bij rechtzoekenden. Het formalisme leidt er bovendien toe dat de overheid per definitie op voorsprong wordt gezet, omdat de burger doorgaans niet de kennis en ervaring heeft die nodig

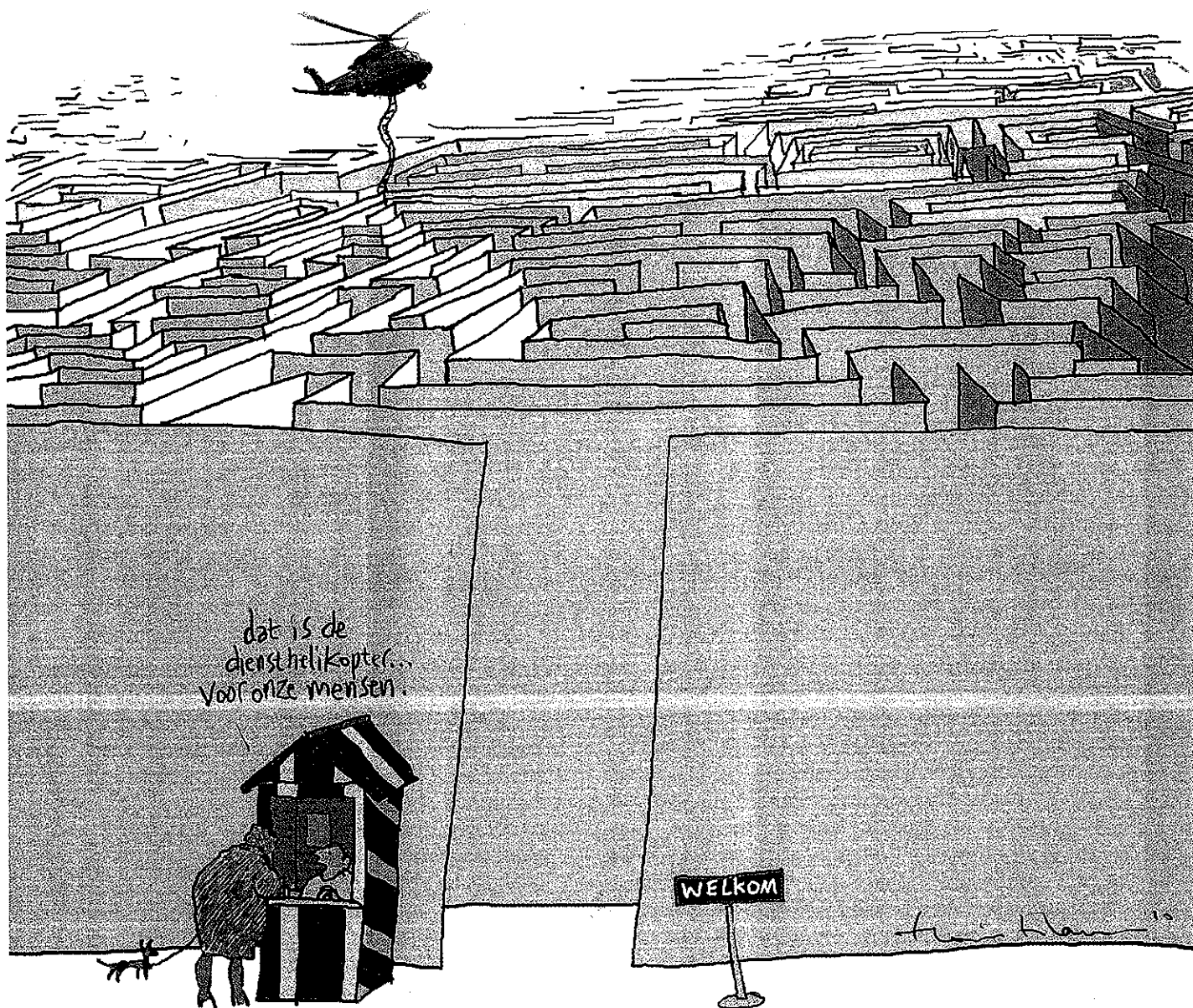
Gevallen die een overwegende mate van gelijkenis vertonen moeten gelijk worden behandeld

zijn om de weg te vinden in het juridische oerwoud van ons bestuursrecht. Als de burger niet het geld heeft om een deskundige gids in te huren, is de kans groot dat hij in deze jungle verdwaalt.

Omdat de Kamerleden alsmaar niet beginnen aan het ontwerpen van een betere wet, wil ik mij best wagen aan enkele voorzetten.

**Bestuursrechtelijke redelijkheid en billijkheid**

Rechters kunnen in het civiele recht dank-



zij de redelijkheid en billijkheid een geschil oplossen op een wijze die zij rechtvaardig achten. Het adagium *pacta sunt servanda* geldt niet als de toepassing daarvan tot een onredelijke of onbillijke uitkomst leidt. Kijkend naar de omstandigheden van het geval zijn de teksten van overeenkomsten en algemene voorwaarden, waar partijen ooit vol vertrouwen hun handtekening onder hebben gezet, niet per definitie doorslaggevend.

In het bestuursrecht ontbreekt dit vangnet. Omdat het bestuursrecht van te veel regels Wetten van Meden en Perzen maakt, ontstaan er onrechtvaardige situaties. Bestuursorganen en burgers moeten zich tegenover elkaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gedragen. De bestuursrechter zou de gevolgen moeten corrigeren als het bestuursorgaan de wet- en regelgeving te strikt toepast. Maar die moet dat dan wel kunnen. Aan de algemene

### Vijftien jaar Awb

Wat is er terechtgekomen van de bedoeling van de wetgever? Hoe heeft de Awb zich in de loop der jaren ontwikkeld? Wat zijn de te verwachten en gewenste ontwikkelingen binnen het algemeen bestuursrecht? Deze kwesties komen aan bod tijdens het congres dat de Universiteit Leiden in samenwerking met de ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties organiseert over vijftien jaar Algemene wet bestuursrecht.

*Tijd en plaats:* vrijdag 23 april 2010, Kamerlingh Onnesgebouw Universiteit Leiden. Meer informatie bij mevr. K. van Heijningen, e-mail [k.vanheijningen@law.leidenuniv.nl](mailto:k.vanheijningen@law.leidenuniv.nl) of telefoon 071-527 52 02.

beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan de meest materiële beginselen ten onrechte nooit zijn gecodificeerd, heeft hij dan niet genoeg, zeker niet nu deze bijna nooit *contra legem* worden toegepast.

Vandaar mijn voorstel om in de Awb een bepaling op te nemen die de bestuursrechter bevoegd maakt de redelijkheid en billijkheid desnoods *contra legem* toe te passen.

### Codificatie gewenst

Het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel zijn niet in de Awb opgenomen en worden door bestuursorganen en bestuursrechters zo toegepast dat een beroep daarop meestal zinloos is.

Een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt nagenoeg nooit, omdat bestuursorganen wegvloeden met het verweer dat

de twee gevallen niet hetzelfde zijn. Maar wanneer zijn twee gevallen nu één op één hetzelfde? Er is altijd wel een verschil te ontdekken – en wanneer een bestuursorgaan zich daarop beroept, krijgt het van de rechter gelijk.

Ambtenaren, wethouders en burgemeesters kunnen aantoonbaar toezeggingen rondstrooien – ze worden er niet aan gehouden, want die pijnlijke consistentie wordt alleen van een 'bevoegd bestuursorgaan' geëist. Ook als de burgemeester zwart op wit iets aan een burger toezegt, terwijl alleen het gehele college van B en W bevoegd is erover te beslissen, kan de burger de burgemeester niet op zijn belofte aanspreken. Foutieve inlichtingen gehad? De ambtenaar was niet bevoegd.

Het gelijkheidsbeginsel moet zodanig in de wet worden vastgelegd dat het bestuursorgaan en de rechter worden gedwongen om gevallen die niet honderd procent gelijk zijn, maar die een overwegende mate van gelijkheid of gelijksoortigheid vertonen, ook gelijk te behandelen. Een zodanig gecodificeerd gelijkheidsbeginsel zou alleen buiten toepassing moeten kunnen worden gelaten als zwaarder wegende belangen van derden zich daartegen verzetten. Ook het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel moeten op deze manier een wettelijke basis krijgen. Bestuursorganen moeten in beginsel aan aantoonbare toezeggingen van hun ambtenaren en gezagsdragers kunnen worden gehouden. Aan gerechtvaardigde verwachtingen die door hun ambtenaren zijn gewekt, dienen zij in de regel eveneens tegemoet te komen. Als zwaarder wegende belangen van derden maken dat een toezegging niet gestand kan worden gedaan of een verwachting niet kan worden gehonoreerd, moet de gedupeerde burger gemakkelijker een schadevergoeding kunnen krijgen voor eventuele schade die is ontstaan.

## Contra legem en finale geschillenbeslechting

Om het materiële bestuursrecht meer slagkracht te geven en de distributie van rechtvaardigheid tussen burger en overheid te vergroten, is het van essentieel belang dat bestuursorganen en bestuursrechters de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook contra legem toepassen.

## Ook burgers moeten fouten kunnen herstellen die ze in de procedure hebben gemaakt

Daartoe moeten bestuursorganen de bevoegdheid krijgen om een regel die bij of krachtens wet is vastgesteld, buiten toepassing te laten als zij gemotiveerd tot het oordeel komen dat rigide toepassing van de wettelijke regeling zou leiden tot strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Bestuursrechters moeten wettelijke regels zelfs onverbindend kunnen verklaren als zij in strijd zijn met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wederom moeten alleen zwaarder wegende belangen van derden – niet die van de wetgevers – deze verplichting inperken.

Na gegrondverklaring van een beroep en vernietiging van een besluit beëindigt de bestuursrechter het geschil zelden definitief door in de zaak te beslissen of de gevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten.<sup>1</sup> Zo verliezen burgers het vertrouwen in het rechtssysteem – en raken bestuursorganen en rechters hun gezag kwijt. Daarom moet een wettelijke bepaling de bestuursrechter ertoe verplichten om elk geschil definitief te beslechten. Uitspraken van bestuursrechters moeten in beginsel in de plaats komen van het vernietigde besluit. Terugverwijzen naar een bestuursorgaan moet uitzondering in plaats van regel worden, uitzondering namelijk alleen als de rechter is gebleken dat zwaarder wegende belangen van derden zich ertegen verzetten.

<sup>1</sup> In 'Tijd voor finaliteit', in: *Advocatenblad* 29 mei 2009, stelt bestuursrechter Evert-Jan Govaers dat bestuursrechters steeds vaker zelf in een zaak voorzien of de gevolgen van een bestreden besluit in stand laten. Maar uit zijn cijfers blijkt dat in 90% van de gevallen een bestuursorgaan wordt opgedragen een nieuw besluit te nemen.

## Wetsvoorstel

De auteur heeft een compleet wetsvoorstel ter verbetering van de Awb. Hier een voorbeeld uit zijn voorstel.\*

### De bestuursrechtelijke redelijkheid en billijkheid

Artikel 3:2

- 1 Op de publiekrechtelijke rechtsverhouding tussen een bestuursorgaan en een belanghebbende zijn zowel in als buiten rechte de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing.
- 2 Een bestuursorgaan neemt jegens een belanghebbende geen besluit voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het complete wetsvoorstel is te vinden op [www.declercq.com](http://www.declercq.com).

Afhankelijk van de reacties op dit artikel en het wetsvoorstel overweegt de auteur een burgerinitiatief bij de Tweede Kamer.

\* Een ander element van dit voorstel is de in dit artikel verder onbesproken minnelijke schikking. Een bestuursorgaan wijst te vaak handreikingen van burgers af omdat de regels daarvoor geen ruimte zouden bieden. Daarom moeten het bestuursorgaan en de bestuursrechter wettelijk worden verplicht om te onderzoeken of het geschil minnelijk kan worden opgelost, en om de bezwaarmaker respectievelijk beide partijen uit te nodigen voor een vorm van minnelijke geschillenbeslechting – een uitnodiging die niet mag worden afgeslagen.

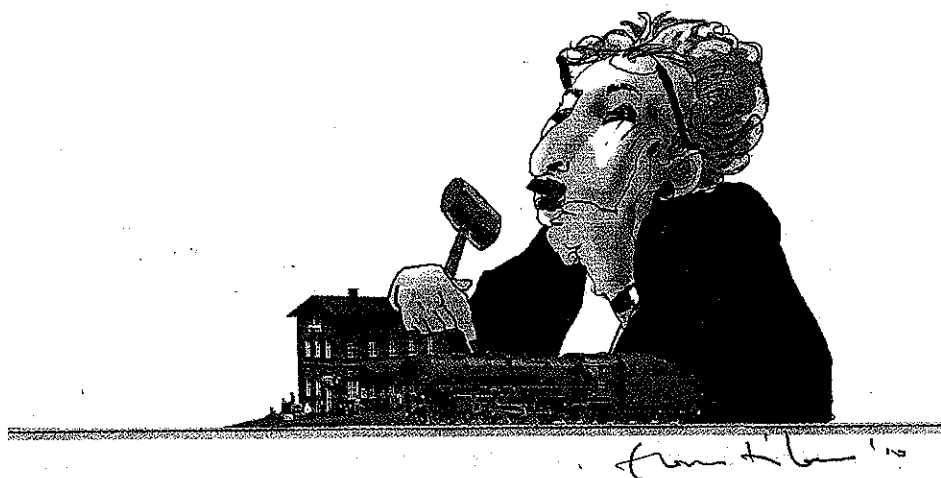
## Burgerlijke lus gevraagd

Met de bestuurlijke lus lijkt de wetgever de finale geschillenbeslechting al voldoende te hebben bevorderd.<sup>2</sup> Een bestuursorgaan kan een gebrek herstellen en partijen kunnen daarop reageren. Ik vind dit niettemin een lapmiddel: het gaat niet ver genoeg en is daarom niet effectief. Finale geschillenbeslechting wordt pas voldoende bevorderd als de bestuursrechter zelf in de zaak moet voorzien of de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand moet laten. De 'bestuurlijke lus' is bovendien onevenwichtig.

<sup>2</sup> Afdeling 8.2.2a, artt. 8:51a e.v. Awb.

Dit rondje was inderdaad niet  
reglementair – doet u het nog maar  
eens over.

.....  
De bestuursrechter  
moet actief en  
openlijk onderzoek  
doen naar feiten en  
omstandigheden die  
na het bestreden  
besluit zijn ontstaan  
.....



tig: het bestuursorgaan mag motiverings- en zorgvuldigheidsgebreken herstellen, de belanghebbende daarentegen mag wel op de herstelacties reageren, maar niet de fouten herstellen die hij in de procedure heeft gemaakt.

De burger kent de vele valkuilen van het ingewikkelde bestuursprocesrecht niet en maakt daardoor vaak – er geldt geen verplichte rechtsbijstand – vele fouten, die de advocaat meestal niet meer kan repareren omdat hij te laat is ingeschakeld. Dit heeft te maken met de 'fuikwerking' van het bestuursrecht, waardoor in de beroepsfase niet kan worden gestreden tegen onderdelen van, of met argumenten tegen, een besluit die in de bezwaarfase niet werden genoemd.<sup>3</sup>

Waarom kunnen belanghebbenden geen fouten herstellen? Waren het bestuursrecht en de Awb dan niet vooral bedoeld om de burger bescherming te bieden tegen de overheid? De wetgever dient na de bestuurlijke lus ook een 'burgerlijke lus' of 'belanghebbende lus' in te voeren. En de fuikwerking van het bestuursrecht moet worden beëindigd.

### Ex-nunc beoordeling

De bestuursrechter toetst een besluit aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van het bestreden besluit. Nieuwe feiten, nieuw recht en veranderd beleid tellen niet.<sup>4</sup> De 'bestuurlijke lus' relativeert dit uitgangspunt, maar nog niet genoeg om een geschil finaal te kunnen beslechten. De *ex-tunc toetsing* is goed voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit, nodig voor proceskostenveroordeling en eventuele schadevergoeding. Maar een *ex-nunc beoordeling* – rekening houden met alle feiten en omstandigheden die na het bestreden besluit zijn ontstaan – is noodzakelijk om een geschil definitief te kunnen beslechten. Anders ontstaan er na zijn interventie nieuwe geschillen.

Vanuit mijn gezichtspunt als advocaat lijkt het er bovendien sterk op dat een bestuursrechter een geschil alleen finaal beslecht als partijen daarom vragen en hij door hun wordt overtuigd. Dit is slechts zeer zelden het geval, mede vanwege zijn natuurlijke weerstand om op de stoel van het bestuursorgaan te gaan zitten. Het komt overigens wel voor dat finale beslechting ook plaatsvindt – voor partijen vaak onverwacht – als een bestuursrechter tijdens het vooronderzoek is gestuit op feiten en omstandigheden die in zijn ogen nog maar één uitkomst van het geschil mogelijk maken.<sup>5</sup>

De bestuursrechter moet daarom worden verplicht actief en openlijk onderzoek te doen naar feiten en omstandigheden die na het bestreden besluit zijn ontstaan. Hij moet partijen voorafgaande aan de zitting daarnaar ook expliciet vragen. Kortom: *ex-tunc* toetsen, maar ook *ex-nunc* oordelen.

De enige reden om af te zien van een oordeel *ex-nunc* is het verbod op terugwerkende kracht: het zou onrechtvaardig zijn als een aanvrager wiens aanvraag had moeten worden gehonoreerd, door de rechter alsnog in het ongelijk wordt gesteld omdat in de tussentijd het recht in zijn nadeel is veranderd.

### Motor ombouwen

Wil het grote verschil tussen recht en rechtvaardigheid in het bestuursrecht worden verkleind, dan moeten bestuursorganen een belangrijk deel van de juridische macht afgeven aan burger en bestuursrechter. Laat de wetgever de Awb, de motor van ons bestuursrecht, ombouwen van een procedurele valkuil tot een bruikbaar en effectief instrument om rechtvaardigheid tussen bestuur en burger te bevorderen. Het zou de rechtsstaat ten goede komen. <<

3 Een appelland mag in de beroepsfase: geen nieuw bewijs voor zijn in de bezwaarfase ingenomen stellingen aandragen; geen nieuwe argumenten of gronden tegen het heroverwegingsbesluit aanvoeren; zijn beroep alleen richten tegen onderdelen van het besluit die hij in de bezwaarfase ook al had bestreden. De meeste bestuursrechters hanteren alleen nog de derde fuik, de ABRvS lijkt ook nog vast te houden aan de andere twee.

4 Ook op deze regel bestaan uitzonderingen, met name in het vreemdelingenrecht.

5 Als stafjurist mocht ik bijna vijf jaar lang een kijkje nemen in de keuken van de ABRvS. Weliswaar dateren mijn ervaringen van vóór 2000 en

zijn ze niet meer helemaal representatief, maar mij viel toen wel op dat de ABRvS een geschil heel zelden finaal beslechtte, en dat niet deed omdat partijen daarom vroegen maar omdat zij bij toeval ambtshalve stuitte op feiten en omstandigheden die finale beslechting mogelijk maakten. Het onderzoek was daarop niet gericht omdat *ex-tunc* toetsing centraal stond.