



# BESTUURS- RECHTSPRAAK IN BALANS

.....  
Bejegening, beslechting en bewijs

André Verburg

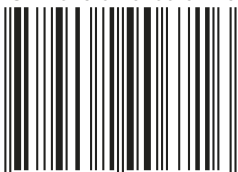
**Boom**juridisch

Hoe richt je de procedure bij de bestuursrechter in als je wilt dat mensen die procedure als eerlijk en rechtvaardig ervaren? Procedurele rechtvaardigheid vormt het kader van dit onderzoek. Dat kader krijgt meer diepgang door een bespreking van het hedendaagse rechterlijk gezag en een deugdenethische benadering van goed rechterschap. Kernbegrippen zijn: respect, *voice*, transparantie, vertrouwen, responsiviteit, horizontale communicatie en de rechter als '*civic friend*'.

Drie thema's komen aan bod: (1) de zitting, (2) de finale geschilbeslechting en (3) het bewijsrecht. Hoe kan de procedure bij de bestuursrechter dan beter worden vormgegeven als je die doordenkt vanuit procedurele rechtvaardigheid? Centraal staat dat de burger kan ervaren dat hij een waardevol lid van de 'Vereniging Nederland' is en niet een dossiertje. Naast aandacht voor finaliteit van het besluit moet de bestuursrechter daarom aandacht hebben voor de finaliteit van het beroep: hoe komen argumentatie en bewijs van dat beroep het beste tot bloei? Aandacht voor bewijsrecht is daarbij een goed middel om balans te houden tussen aandacht voor het algemeen belang en aandacht voor het individuele belang.

André Verburg is staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarnaast is hij verbonden aan de Universiteit Utrecht/het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging. Hij werkt ruim vijftientig jaar in de bestuursrechtspraak.

ISBN 978-94-6290-671-6



9 789462 906716 >

## Bestuursrechtspraak in balans



# BESTUURSRECHTSPRAAK IN BALANS

*Bejegening, beslechting en bewijs*

André Verburg

Boom juridisch  
Den Haag  
2019

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag  
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2019 D.A. Verburg | Boom juridisch

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

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

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

ISBN 978-94-6290-671-6  
ISBN 978-94-6274-532-2 (e-book)  
NUR 823

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

## VOORWOORD EN DANKWOORD

Al vele jaren broed ik op een proefschrift, maar pas sinds 2014 ben ik bezig aan het project dat nu is gestold in het boek dat voor u ligt. Een boek dat in de kern gaat over de vraag wanneer een burger een procedure bij de bestuursrechter als eerlijk en rechtvaardig kan ervaren. En wat daarvoor nodig is op de zitting, bij finale geschilbeslechting en bij bewijsrechtelijke kwesties. De uitdaging die ik aan de bestuursrechtspraak stel is het vinden van een balans. Omdat het probleem waarmee de bestuursrechter zich geconfronteerd ziet (finale geschilbeslechting) en het probleem waarmee het bestuursorgaan zich geconfronteerd ziet (het verdedigen van een besluit) in wezen op hetzelfde neerkomen, namelijk het tot de eindstreep brengen van een besluit, zie ik een bestuursrechter die in onbalans is geraakt: hoewel niet als helpen bedoeld, ‘helpt’ hij het bestuursorgaan wel om diens besluit in argumentatie en bewijs te versterken, maar ‘helpt’ hij niet de burger in gelijke mate om zijn beroep in argumentatie en bewijs te versterken. Als je denkt vanuit een horizontale procedure bij de rechter, waarbij bestuursorgaan en burger zo veel mogelijk gelijkwaardige posities innemen, klopt dat nog niet. Als je denkt vanuit procedurele rechtvaardigheid, kan de burger dat niet als eerlijk en rechtvaardig ervaren. Als je denkt vanuit modern gezag van de rechter, werkt dit niet om de burger te overtuigen van de legitimiteit van de rechter. Als je denkt vanuit de vereiste deugden van de rechter, met name zijn rol als *civic friend*, kan de rechter meer doen door niet alleen de gemeenschap als geheel in het vizier te hebben, maar ook het goede voor de burger na te streven. Dit alles komt hierna uitgebreid aan de orde.

Met dit boek lever ik op relatief late leeftijd een proefschrift in, maar de vorige staatsraad Verburg deed dat pas op 75-jarige leeftijd, dus voor een Verburg bij de Raad van State ben ik er vroeg bij.<sup>1</sup>

---

1 Rien Verburg (1920-2009) promoveerde in 1996 op het proefschrift *Zeeland 1940-1990: economische ontwikkeling in het licht van de ruimtelijke economie en de economische geografie* (diss. Amsterdam UvA). Pieter Verburg (1921-2016) was ook staatsraad; hij promoveerde in 1966 op het proefschrift *De betekenis van de kosteninformatie voor de besluitvorming* (diss. Amsterdam UvA), dus vergeleken met hem ben ik weer aan de late kant.

Een Afrikaanse zegswijze luidt 'it takes a village to raise a child'.<sup>2</sup> Dat geldt ook voor het tot stand brengen van een geestelijk kind, in dit geval een proefschrift. Ik heb dit boek geschreven in de warme omhelzing van een professionele en persoonlijke gemeenschap en kon het zeker niet in mijn eentje.

Allereerst bedank ik daarom mijn promotor Rob Widdershoven. Wij kwamen vele malen samen in Utrecht om mijn project te bespreken, meestal in een café. Daarom wil ik hier dus ook Hemingway bedanken voor de gastvrijheid. Maar terug naar Rob. Ook al schrijf ik met dit proefschrift mijn vierde boek, als promovendus maak je toch alle stadia van twijfel ('iedereen weet dit al, waarom doe ik dit nog?') door. Rob was niet alleen een steunpilaar in de inhoud, maar ook in de motivatie en morele steun die nodig is om een project als dit te voltooien. Veel dank daarvoor.

Dan een dankwoord voor de leescommissie. Dick Allewijn was mijn leermeester in het rechtersvak en door zijn opleiding ben ik de rechter geworden die ik nu ben. Altijd resoneert in mij 'Jij begint op jouw stationnetje, maar eiser begint op zijn stationnetje en je moet hem eerst op zijn stationnetje ophalen, voordat je hem mag meenemen naar jouw stationnetje.' Alex Brenninkmeijer leerde ik kennen toen ik nog jurist was in de ondersteuning van de Afdeling bestuursrechtspraak, bij de totstandkoming van mijn eerste boek, *Ruimtelijk bestuursrecht extract* (1997). Hij bood mij toen een heel ander perspectief op de bestuursrechtspraak dan ik gewend was; eerst was ik in verzet, later in omarming van zijn visie. In latere jaren, toen hij Nationale ombudsman was, reikte hij mij inzichten aan over procedurele rechtvaardigheid en responsiviteit van de rechter. Raymond Schlössels was aanvankelijk een verre ster aan mijn firmament, maar toen hij in 2008 commentaar leverde op mijn boek *De bestuursrechtelijke uitspraak* leerde ik hem kennen als een precieze en scherp denkende beoefenaar van ons vak. Sindsdien is zijn blik op het veld voor mij onmisbaar. Ben Schueler, de schrijver van *Vernietigen en opnieuw voorzien* (1994), het proefschrift met de meest vooruitziende blik op het bestuursprocesrecht daarna, is voor mij steeds, in vele publicaties, een baken geweest waarop ik koers. Ik prijs mij gelukkig nu een collega van hem te zijn. Ten slotte Bert Marseille, de man die bij allerlei bedachte concepten van bestuursrechters en wetenschappers gewoon gaat turven, door zittingen te bezoeken en uitspraken te bestuderen. De empirische wending die hij bracht in de bestuursrechtspraak was voor mij steeds het kompas om op te varen. Hen allen dank ik zeer voor de aanvaarding lid te zijn van de leescommissie van mijn proefschrift en meer dank ik hen nog voor de groei die zij mij de afgelopen jaren brachten.

Ook in de ruimere kring van beroepsbeoefenaren van wetenschap, rechtspraak en rechtspraktijk heb ik vele dankwoorden uit te spreken.

Maria Schreuder-Vlasblom, degene met wie ik het vaak eens ben, maar ook degene die ik in publicaties op allerlei punten bestreed, is in de jaren van mijn professionele bestaan mijn meest robuuste ijkpunt gebleken. Altijd als ik over een procesrechtelijk

---

2 Zie [https://en.wikipedia.org/wiki/It\\_takes\\_a\\_village](https://en.wikipedia.org/wiki/It_takes_a_village).



onderwerp nadenk, wil ik eerst weten wat zij erover schrijft vanuit haar scherpe en autonome denken.

Lynn van der Velden, de persoon die gestalte geeft aan het project Prettig Contact met de Overheid. Er is niemand die mij zo gefocust heeft op het belang van procedurele rechtvaardigheid als zij. Zij reikte vele publicaties aan, introduceerde mij bij vele gezaghebbende wetenschappers op dit vlak, besprak allerlei deelonderwerpen van procedurele rechtvaardigheid met mij, bekritiseerde mij waar nodig en stimuleerde mij in mijn denken over dit onderwerp.

Allan Lind en Tom Tyler, de grote denkers op het vlak van procedurele rechtvaardigheid. Ik vind het een eer hen beiden te hebben leren kennen. Al vanaf de jaren 70 houden zij zich bezig met procedurele rechtvaardigheid en nog steeds zijn hun ideeën en denkbeelden inspirerend. Oud in kalenderleeftijd, maar ongelooflijk jong in hun denken. Zij zijn een blijvende inspiratiebron voor mij.

Bart Jan van Ettehoven, mijn beste mee- en tegendenker in het rechtersvak en bij publicaties. Kameraad en 'reisgenoot' op vele werkplekken en daarbuiten.

Vervolgens de mensen binnen de rechtspraak (in brede zin, dus inclusief de Afdeling bestuursrechtspraak) die mij de afgelopen jaren inspireerden en scherp hielden: Frans van Arem, Ton Bijloos, Maayke Bressers, Dorien Brugman, Eric Daalder, Ramona Grimbergen, Dineke de Groot, Maarten Feteris, Gerdy Jurgens, Lex Michiels, Leonie Michon, Peter Nihot, Jaap Polak, Judith van de Sande, Joyce Scheltens-Fokke, Theo Simons, Dick Slump, Ron Stam, Rosa Uylenburg, Hans Verbeek, Nico Verheij, Rick Verschoof en Marlies Wolfrat. Wie ik in dit verband nog niet noemde, is Margriet Bakker, maar zij betekent meer en past daarom niet gewoon in deze rij. Als vriendin houdt zij mij niet alleen professioneel, maar zeker ook persoonlijk scherp.

Dan de mensen die mij binnen de wetenschap inspireerden en scherp hielden: Iris van Domselaar, Nienke Doornbos, Marc Hertogh, Liesbeth Hulst en Klaske de Jong. En in het bijzonder ook Kees van den Bos. Vooral door de vele samenwerkingen tussen universiteit en rechtbank spraken Kees en ik elkaar veel over procedurele rechtvaardigheid, leerde ik veel van hem en kon ik hem ook vaak iets teruggeven uit mijn praktijk. Ten slotte in deze groep, mijn 'zielemaat'. In 2015 noemde Ymre Schuurmans mij in haar oratie haar bestuursprocesrechtelijke *soulmate*. Een titel die ik met trots draag en die ik, zoals dat gaat met zielematen, ook spiegel naar haar. Alle deelonderwerpen in dit onderzoek heb ik wel eens en vaak meermalen besproken met haar, zelden in de sleutel van mijn proefschrift, altijd in de sleutel van scherper en verder denken over het onderwerp en in de combinatie van persoonlijke vriendschap en professionele verbondenheid.

Veel dank aan jullie allen.

Vervolgens een woord van dank aan mijn paranimfen, Margot Stoové en Hilke Grootelaar. Margot was ooit mijn 'opleiding', de warme term waarmee wij in de recht-

spraak die hooggekwalificeerde beroepsgenoten betitelen die in opleiding zijn. Maar zij was vanaf het begin zo veel meer: natuurtalent in de rechtspraak, vriendin, raadgever en *criticaster*. Hilke en ik begonnen ongeveer gelijk aan een promotieonderzoek en waren steeds kompanen. Zij deed in haar onderzoek ongeveer het omgekeerde van wat ik deed: zij bekeek hoe bestaande procedures uitpakten in termen van procedurele rechtvaardigheid, terwijl ik haar onderzoek en dat van anderen naar procedurele rechtvaardigheid als kader neem om te kijken hoe de procedure beter kan. In dit gezamenlijk traject kwamen zij en ik vaak samen, bespraken onze problemen en vragen en kwamen samen steeds verder. Met beiden, Margot en Hilke, koester ik een liefdevolle vriendschap.

Dan Sirius, dochterlief en halve Blauwbilgorgel (ikzelf ben de andere helft en ik vrees dat ik de achterkant ben en zij dus de gorgel). Zij was een kind en werd een vrouw, een vrouw die vanuit haar perspectief als cognitieve-neurowetenschapper maar matigjes dacht over de sociaal-psychologische basis van mijn onderzoek: te soft en te weinig hard meetbaar in haar ogen. Soms in conflict, soms in harmonie kwamen we tot een wederzijdse appreciatie van beider werkvelden. Zonder haar kon ik niet wat ik nu kan. Raban! Raban! Raban!

Ten slotte is daar Carola, mevrouw mijn echtgenote. Levensvragenconsulent en ritueelbegeleider bij afscheid. Bezigheden die zo ver af lijken te staan van de dingen waarmee ik mij bezighoud, maar ondertussen zijn er vooral dwarsverbanden. Dwarsverbanden die iets vertellen over de manier waarop mensen zich tot het leven, hún leven, willen verhouden. Dus ook de manier waarop zij hun leven gestalte willen geven, of het nou in het vreemdelingenrecht, het ruimtelijke-orderingsrecht, het sociale-zekerheidsrecht of welk ander deelgebied van het bestuursrecht ook is. Zonder jou was ik niet wie ik nu ben en met jou is het leven zo goed.

# INHOUDSOPGAVE

|  |            |
|--|------------|
| <b>Lijst van gebruikte afkortingen</b>                                   | <b>17</b>  |
| <b>Hoofdstuk 1 Onderzoeksopzet en onderzoeksvraag</b>                    | <b>19</b>  |
| 1 Aanleiding   | 19         |
| 2 Verhouding tot andere onderzoeken                                      | 20         |
| 3 Onderzoeksopzet  | 20         |
| 4 Onderzoeksvraag  | 23         |
| <b>Hoofdstuk 2 Kaders voor hedendaagse bestuursrechtspraak</b>           | <b>25</b>  |
| 1 Inleiding  | 25         |
| 2 Procedurele rechtvaardigheid   | 33         |
| 3 Gezag in de problemen  | 46         |
| 4 Een filosofisch/ethisch perspectief op rechterschap                    | 56         |
| 5 De olifant in de kamer   | 69         |
| 6 Conclusie  | 70         |
| <b>Hoofdstuk 3 Bejegening: de zitting en rondom de zitting</b>           | <b>73</b>  |
| 1 Inleiding  | 73         |
| 2 Aanleidingen voor de NZB   | 74         |
| 3 De Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter                      | 77         |
| 4 Hoe pakt de NZB uit?   | 106        |
| 5 Conclusie  | 115        |
| <b>Hoofdstuk 4 Beslechting van het geschil</b>                           | <b>117</b> |
| 1 Inleiding  | 117        |
| 2 Finale-geschilbeslechtingmogelijkheden naar de huidige stand van zaken | 118        |
| 3 Knelpunten   | 143        |
| 4 Conclusie  | 163        |
| <b>Hoofdstuk 5 Bewijsrecht</b>   | <b>165</b> |
| 1 Inleiding  | 165        |
| 2 Bestuursrechtelijk bewijsrecht naar de huidige stand van zaken         | 166        |
| 3 De knelpunten: hoe pakt het bewijsrechtelijk systeem uit?              | 179        |
| 4 Conclusie  | 191        |

|  |  |            |
|--|--|------------|
| <b>Hoofdstuk 6</b>   | <b>Analyse van de knelpunten en aanbevelingen</b>                                    | <b>193</b> |
| 1  | Inleiding  | 193        |
| 2  | Kaders voor hedendaagse bestuursrechtspraak  | 194        |
| 3  | Bejegening: de zitting en rondom de zitting  | 200        |
| 4  | Beslechting van het geschil  | 203        |
| 5  | Bewijsrecht  | 207        |
| 6  | Analyse van de bevindingen en aanbevelingen voor de<br>bestuursrechtelijke procedure | 209        |
| 7  | Conclusie  | 233        |
|  | Appendix bij hoofdstuk 6   | 234        |
| <b>Hoofdstuk 7</b>   | <b>Conclusie</b>   | <b>237</b> |
| <b>Summary</b>   |  |            |
| <b>Even-handed Proceedings before the Administrative Law Judge</b> |  | <b>241</b> |
| <b>Literatuur</b>  |  | <b>245</b> |

# UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Lijst van gebruikte afkortingen</b>   | <b>17</b> |
| <b>Hoofdstuk 1 Onderzoeksopzet en onderzoeksvraag</b>                          | <b>19</b> |
| 1 Aanleiding   | 19        |
| 2 Verhouding tot andere onderzoeken  | 20        |
| 3 Onderzoeksopzet  | 20        |
| 4 Onderzoeksvraag  | 23        |
| <b>Hoofdstuk 2 Kaders voor hedendaagse bestuursrechtspraak</b>                 | <b>25</b> |
| 1 Inleiding  | 25        |
| Juridische kaders  | 26        |
| Buiten-juridische kaders   | 31        |
| Paragraafindeling  | 33        |
| 2 Procedurele rechtvaardigheid   | 33        |
| 2.1 Inleiding  | 33        |
| 2.2 Procedurele en distributieve rechtvaardigheid                              | 34        |
| 2.3 Waarom is procedurele rechtvaardigheid belangrijk?                         | 35        |
| 2.4 Welke factoren beïnvloeden ervaren procedurele rechtvaardigheid?           | 37        |
| 2.5 Hoe geeft de rechter gestalte aan procedurele rechtvaardigheid?            | 40        |
| 2.6 Subjectief of geobjectiveerd?  | 41        |
| 2.7 Of gaat het toch om de knikkers?   | 43        |
| 2.8 Conclusie  | 45        |
| 3 Gezag in de problemen  | 46        |
| 3.1 Inleiding  | 46        |
| 3.2 Gezag is niet meer automatisch. Persoonlijk gezag is belangrijker geworden | 46        |
| 3.3 Een rechter heb je niet voor het uitkiezen                                 | 50        |
| 3.4 Gezag ‘van bovenaf’ of ‘van onderaf’?                                      | 52        |
| 3.5 De relatie met procedurele rechtvaardigheid                                | 53        |
| 3.6 Conclusie  | 55        |
| 4 Een filosofisch/ethisch perspectief op rechterschap                          | 56        |
| 4.1 Inleiding  | 56        |
| 4.2 Waarom een deugdenethische benadering?                                     | 57        |
| 4.3 Deugden  | 59        |
| 4.4 Welke deugden moet de rechter bezitten?                                    | 60        |
| 4.4.1 Rechterlijk waarnemingsvermogen  | 62        |

|  |  |           |
|--|--|-----------|
| 4.4.2  | Rechterlijke moed  | 63        |
| 4.4.3  | Rechterlijke gematigdheid  | 63        |
| 4.4.4  | Rechterlijke rechtvaardigheid  | 63        |
| 4.4.5  | Rechterlijke onpartijdigheid en rechterlijke onafhankelijkheid   | 64        |
| 4.4.6  | De deugden als onlosmakelijk geheel  | 65        |
| 4.5  | De rechter als 'burgervriend'  | 66        |
| 4.6  | De relatie met procedurele rechtvaardigheid  | 68        |
| 4.7  | Conclusie  | 69        |
| 5  | De olifant in de kamer   | 69        |
| 6  | Conclusie  | 70        |
| <b>Hoofdstuk 3 Bejegening: de zitting en rondom de zitting</b> |  | <b>73</b> |
| 1  | Inleiding  | 73        |
| 2  | Aanleidingen voor de NZB   | 74        |
| 2.1  | De context waarbinnen de NZB is ontstaan   | 74        |
| 2.2  | De Derde evaluatie van de Awb  | 75        |
| 3  | De Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter  | 77        |
| 3.1  | De NZB als programma van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg   | 77        |
| 3.2  | Kernelementen van de NZB   | 78        |
| 3.3  | Voorbij het geschil – het is het conflict van partijen   | 79        |
| 3.4  | De zitting als hart van de procedure bij de rechtbank  | 82        |
| 3.4.1  | De zitting binnen de NZB-aanpak  | 82        |
| 3.4.2  | De rol van de zitting volgens KEI en de Professionele standaarden  | 86        |
| 3.5  | De wijze waarop procedurele rechtvaardigheid een plek heeft gekregen in de NZB   | 89        |
| 3.5.1  | Partijen kunnen zeggen wat ze van belang vinden en de rechter schenkt daar gepaste aandacht aan ( <i>voice en due consideration</i> )                  | 91        |
| 3.5.2  | Uitleg en enige mate van invloed op de manier waarop de procedure verder gaat  | 93        |
| 3.5.3  | Respect en direct interpersoonlijk contact met de rechter  | 96        |
| 3.5.4  | Beïnvloedt aandacht voor procedurele rechtvaardigheid de uitkomst van de zaak?   | 98        |
| 3.6  | Trias politica, gezag en horizontalisering binnen de NZB   | 104       |
| 3.7  | Conclusie over de NZB  | 106       |
| 4  | Hoe pakt de NZB uit?   | 106       |
| 4.1  | Inleiding  | 106       |
| 4.2  | Weinig aandacht voor het conflict achter het geschil, het 'belangenrondje'   | 107       |
| 4.3  | Weinig transparantie op de zitting over de procedure   | 108       |
| 4.4  | Weinig transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak en terughoudendheid de zaak aan te houden om die tot verdere ontwikkeling te laten komen | 108       |
| 4.5  | Weinig aandacht voor procedurele rechtvaardigheid  | 109       |
| 4.6  | Gebrek aan voorspelbaarheid van de aanpak op de zitting  | 111       |
| 4.7  | Toch duidelijkheid bieden voorafgaande aan de zitting?   | 114       |
| 5  | Conclusie  | 115       |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Hoofdstuk 4 Beslechting van het geschil</b>   | <b>117</b> |
| 1 Inleiding  | 117        |
| 2 Finale-geschilbeslechtingmogelijkheden naar de huidige stand van zaken   | 118        |
| 2.1 Finale geschilbeslechting als doel van bestuursrechtspraak   | 118        |
| 2.2 Cultuuromlagen in wetenschap en rechtspraak over finale geschilbeslechting                                       | 124        |
| 2.3 Beslisschema van de bestuursrechter indien er een gebrek is aan het bestreden besluit                            | 131        |
| 3 Knelpunten   | 143        |
| 3.1 Inleiding  | 143        |
| 3.2 Te gemakkelijk passeren van een gebrek door toelichting op de zitting  | 143        |
| 3.3 Verschil tussen het passeren van een gebrek en instandlating van rechtsgevolgen                                  | 148        |
| 3.4 Onduidelijkheid wat de mogelijkheden en voorwaarden zijn bij zelf in de zaak voorzien                            | 150        |
| 3.5 Wel verbetering van de motivering van het besluit, niet van het beroep   | 153        |
| 3.6 Wel bewijsopdracht voor bestuursorgaan, niet voor de burger  | 159        |
| 4 Conclusie  | 163        |
| <b>Hoofdstuk 5 Bewijsrecht</b>   | <b>165</b> |
| 1 Inleiding  | 165        |
| 2 Bestuursrechtelijk bewijsrecht naar de huidige stand van zaken   | 166        |
| 2.1 Inleiding  | 166        |
| 2.2 Bewijsomvang   | 168        |
| 2.3 Bewijslastverdeling  | 170        |
| 2.4 Bewijsmiddelen en bewijswaardering   | 175        |
| 2.5 Bewijsvoering, inclusief timing van bewijs   | 176        |
| 2.6 Stel- en adstructieplicht  | 177        |
| 2.7 Conclusie  | 178        |
| 3 De knelpunten: hoe pakt het bewijsrechtelijk systeem uit?  | 179        |
| 3.1 Inleiding  | 179        |
| 3.2 Bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid?  | 179        |
| 3.3 Bewijsvoering ten overstaan van de rechter   | 180        |
| 3.4 Bewijsvoorlichting door de rechter met de mogelijkheid nader bewijs in te brengen                                | 182        |
| 3.5 Getuigenbewijs   | 183        |
| 3.6 Deskundigeninbreng   | 185        |
| 3.6.1 Inleiding  | 185        |
| 3.6.2 EHRM-rechtspraak over de mate waarin de burger wordt betrokken in de totstandkoming van het deskundigenrapport | 187        |
| 3.6.3 Nederlandse rechtspraak naar aanleiding van deze EHRM-rechtspraak  | 188        |
| 3.6.4 Conclusie over deskundigenbewijs   | 191        |
| 4 Conclusie  | 191        |

|                    |  |            |
|--------------------|--|------------|
| <b>Hoofdstuk 6</b> | <b>Analyse van de knelpunten en aanbevelingen</b>  | <b>193</b> |
| 1                  | Inleiding  | 193        |
| 2                  | Kaders voor hedendaagse bestuursrechtspraak  | 194        |
|                    | 2.1 Inleiding  | 194        |
|                    | 2.2 Juridische kaders  | 194        |
|                    | 2.3 Buiten-juridische kaders   | 195        |
|                    | 2.3.1 Inleiding  | 195        |
|                    | 2.3.2 Procedurele rechtvaardigheid   | 195        |
|                    | 2.3.3 Gezag van de rechter   | 197        |
|                    | 2.3.4 Een deugdenethische benadering   | 198        |
|                    | 2.3.5 Conclusie  | 200        |
| 3                  | Bejegening: de zitting en rondom de zitting  | 200        |
|                    | 3.1 Inleiding  | 200        |
|                    | 3.2 Weinig aandacht voor het conflict achter het geschil, het 'belangenrondje'   | 200        |
|                    | 3.3 Weinig transparantie op de zitting over de procedure   | 201        |
|                    | 3.4 Weinig transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak en terughoudendheid de zaak aan te houden om die tot verdere ontwikkeling te laten komen | 201        |
|                    | 3.5 Weinig aandacht voor procedurele rechtvaardigheid  | 201        |
|                    | 3.6 Gebrek aan voorspelbaarheid van de aanpak op de zitting. Toch duidelijkheid bieden voorafgaande aan de zitting?  | 202        |
| 4                  | Beslechting van het geschil  | 203        |
|                    | 4.1 Inleiding  | 203        |
|                    | 4.2 Te gemakkelijk passeren van een gebrek door toelichting op de zitting  | 203        |
|                    | 4.3 Verschil tussen het passeren van een gebrek en instandlating van rechtsgevolgen  | 204        |
|                    | 4.4 Onduidelijkheid wat de mogelijkheden en voorwaarden zijn bij zelf in de zaak voorzien  | 205        |
|                    | 4.5 Wel verbetering van de motivering van het besluit, niet van het beroep   | 206        |
|                    | 4.6 Wel bewijsopdracht voor bestuursorgaan, niet voor de burger  | 206        |
| 5                  | Bewijsrecht  | 207        |
|                    | 5.1 Inleiding  | 207        |
|                    | 5.2 Bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid?  | 207        |
|                    | 5.3 Bewijsvoering ten overstaan van de rechter   | 207        |
|                    | 5.4 Bewijsvoorlichting door de rechter met de mogelijkheid nader bewijs in te brengen  | 208        |
|                    | 5.5 Getuigenbewijs   | 208        |
|                    | 5.6 Deskundigeninbreng   | 208        |
| 6                  | Analyse van de bevindingen en aanbevelingen voor de bestuursrechtelijke procedure  | 209        |
|                    | 6.1 Inleiding  | 209        |
|                    | 6.2 Uitdagingen die het kader van procedurele rechtvaardigheid stelt aan de bestuursrechter  | 209        |



|       |   |            |
|-------|---|------------|
| 6.3   | Een volwaardige rol voor de burger door transparantie   | 211        |
| 6.3.1 | Inleiding   | 211        |
| 6.3.2 | Transparantie over de procedure en inhoud van de zaak   | 212        |
| 6.3.3 | Transparantie over bewijskwesties   | 214        |
| 6.3.4 | Aandacht voor het conflict achter het geschil   | 215        |
| 6.4   | De zitting en wat erop kan volgen   | 217        |
| 6.4.1 | Inleiding   | 217        |
| 6.4.2 | Versterken van de mogelijkheid die de burger krijgt om te reageren bij het passeren van een gebrek na toelichting op de zitting door het bestuursorgaan | 217        |
| 6.4.3 | Versterken van argumentatie van het beroep vs. versterken van argumentatie van het bestreden besluit  | 218        |
| 6.4.4 | Versterken van het bewijs van de burgerpartij vs. versterken van het bewijs van het bestuursorgaan  | 221        |
| 6.4.5 | Aandacht voor het conflict achter het geschil   | 221        |
| 6.4.6 | Aandacht voor het 'huwelijk' tussen zitting en uitspraak  | 222        |
| 6.5   | Specifieke aanbevelingen over de beslechting van het geschil  | 223        |
| 6.6   | Specifieke aanbevelingen over bewijs  | 225        |
| 6.7   | Versterken van horizontaliteit bij de bestuursrechter   | 227        |
| 6.8   | Er was nog een olifant in de kamer  | 230        |
| 7     | Conclusie   | 233        |
|       | Appendix bij hoofdstuk 6  | 234        |
|       | <b>Hoofdstuk 7 Conclusie</b>  | <b>237</b> |
|       | <b>Summary</b>  |            |
|       | <b>Even-handed Proceedings before the Administrative Law Judge</b>  | <b>241</b> |
|       | <b>Literatuur</b>   | <b>245</b> |



# LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

## WETTEN EN VERDRAGEN

|                              |  |
|------------------------------|--|
| Awb                          | Algemene wet bestuursrecht   |
| Awr                          | Algemene wet inzake rijksbelastingen   |
| Chw                          | Crisis- en herstelwet  |
| EVRM                         | (Europees) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden |
| Grondrechten-<br>handvest EU | Handvest van de grondrechten van de Europese Unie  |
| Wab                          | Wet aanpassing bestuursprocesrecht   |
| Wajong                       | Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten                                    |
| WAO                          | Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering  |
| Wet wia                      | Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen   |
| Wlz                          | Wet langdurige zorg  |
| Wob                          | Wet openbaarheid van bestuur   |
| WW                           | Werkloosheidswet   |

## OVERIGE AFKORTINGEN

|              |  |
|--------------|--|
| AA-procedure | algemene asielprocedure  |
| ABRvS        | Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State             |
| ACM          | Autoriteit Consument en Markt                                  |
| A-G          | Advocaat-Generaal  |
| BMA          | Bureau Medische Advisering                                     |
| BZK          | (het ministerie van) Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties |
| B&W          | (het college van) burgemeester en wethouders                   |
| CBb          | College van Beroep voor het bedrijfsleven                      |
| CBR          | Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen                        |
| CIZ          | Centrum Indicatiestelling Zorg                                 |
| CRvB         | Centrale Raad van Beroep                                       |
| Duo          | Dienst uitvoering onderwijs                                    |
| EHRM         | Europese Hof voor de Rechten van de Mens                       |
| GBA          | gemeentelijke basisadministratie (oud)                         |

|        |  |
|--------|--|
| HR     | Hoge Raad (der Nederlanden)  |
| HvJ EU | Hof van Justitie van de Europese Unie (en voorgangers)                       |
| IND    | Immigratie- en naturalisatiedienst   |
| m.nt.  | met noot (van)   |
| NZB    | Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter                               |
| rb.    | rechtbank  |
| StAB   | Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening |
| SVB    | Sociale verzekeringsbank   |
| SZW    | Sociale Zaken en Werkgelegenheid   |
| Uwv    | Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen                                 |
| VNG    | Vereniging Nederlandse Gemeenten   |
| vzr.   | voorzieningenrechter   |
| zp.    | zittingsplaats   |

# HOOFDSTUK 1 | ONDERZOEKSOPZET EN ONDERZOEKSVRAAG

*'[T]he greatest threat to due process principles is formal reason severed from the insights of passion.'*

William J. Brennan jr., Supreme Court Justice<sup>1</sup>

## 1 AANLEIDING

De afgelopen tien jaren is er een ontwikkeling in de bestuursrechtspraak, met name bij de rechtbanken, om anders om te gaan met zaken. Aanvankelijk heette dat de Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter, inmiddels is die werkwijze opgegaan in de Professionele standaarden van de bestuursrechter. Het 'anders' van die werkwijze zit in ieder geval in het streven naar finaliteit, snelheid en maatwerk, maar zij omvat ook het streven voorbij de juridische puzzel te komen en te kijken wat nu een echte oplossing is. De NZB bracht daarmee een nieuwe dynamiek: een rechter die begint met vragen, geen mogelijkheid te pleiten voor advocaten, een rechter die probeert partijen de zaak te laten schikken, een rechter die een voorlopig oordeel geeft, een rechter die partijen vraagt een zaak terug te brengen tot het echte probleem, etc. Maar het deed ook een beroep op vaardigheden van rechters waar de een meer voor in is dan de ander en waar de een ook gewoon beter in is dan de ander, dus je ziet in de bestuursrechtspraak van de rechtbanken een grote diversiteit aan klassiekere en modernere manieren van behandelen van een zaak. Niet alleen in de bestuursrechtspraak, maar in de hele rechtspraak zie je in die periode van tien jaren ook een groeiende aandacht voor procedurele rechtvaardigheid. Als je er door de oogharen naar kijkt, zie je een bestuursrechter die op zoek is naar een nieuwe rolvulling, eentje die past bij de huidige tijd, waarbij de kernwoorden zijn responsiviteit, modern gezag, de burger serieus nemen en volwaardig zijn rol laten spelen in zijn zaak, eerlijkheid en rechtvaardigheid. Deze ontwikkelingen zijn vaak organisch verlopen: omdat binnen de bestuursrechtspraak werd gevoeld dat een rechter in deze tijd anders moet omgaan met zaken, ontstonden nieuwe werkwijzen, werden experimenten gedaan en werd er 'gesleuteld' aan de bestuursrechtelijke machinerie. Of de hele bestuursrechtelijke machine daarmee nog een logisch geheel is, is een open kwestie.

In de volgende hoofdstukken zal ik overigens regelmatig spreken over de NZB als programma, maar zoals gezegd is die werkwijze opgegaan in de Professionele standaarden (in februari 2018 is het programma NZB officieel afgesloten).<sup>2</sup> Het ontstaan van de NZB, de aanleidingen ervoor en de ontwikkelingen en resultaten ervan zijn

1 Hammond 2007, p. 133.

2 Symposium Moderne bestuursrechtspraak 2018.

in mijn ogen onmisbaar om goed zicht op de huidige bestuursrechtspraak te krijgen. Met name in hoofdstuk 3 komt de NZB als programma ruimschoots aan de orde.

## 2 VERHOUDING TOT ANDERE ONDERZOEKEN

In dit onderzoek houd ik de procedure bij de bestuursrechter tegen het licht van procedurele rechtvaardigheid: wanneer kunnen partijen, met name de burgerpartij, de procedure bij de bestuursrechter als eerlijk en rechtvaardig ervaren? In hoofdstuk 2 wordt uitvoerig uiteengezet wat procedurele rechtvaardigheid is, hoe het werkt en waarom het belangrijk is. Ook wordt daar besproken hoe procedurele rechtvaardigheid zich verhoudt tot 'distributieve rechtvaardigheid' of preciezer tot 'uitkomstgunstigheid': gaat het niet eigenlijk toch om de knikkers? Daarom houd ik de beschrijving van procedurele rechtvaardigheid hier kort.

De afgelopen jaren zijn er behoorlijk wat onderzoeken geweest naar ervaren procedurele rechtvaardigheid in de bestuursrechtspraak. Die studies, zoals in Nederland van Grootelaar en Hulst,<sup>3</sup> namen de procedure grotendeels als gegeven en bekeken hoe rechtszaken dan uitpakten in termen van ervaren procedurele rechtvaardigheid. Ik keer dat perspectief in dit onderzoek, met behulp van de vele empirische onderzoeken, om: als je nu procedurele rechtvaardigheid als kader neemt, tot welke aanbevelingen voor wijziging van de bestuursrechtelijke procedure leidt dat dan?

Bovendien focussen die empirische onderzoeken op de zitting. Dat is ook logisch omdat het gesprek op de zitting tussen rechter en partijen de sterkste *impact* heeft op ervaren procedurele rechtvaardigheid. De behandeling van de zaak op de zitting is daarom zeker een onderwerp dat ook in dit onderzoek aan bod komt (hoofdstuk 3), maar ik zal daarnaast ook ingaan op twee meer technisch-juridische leerstukken: het streven naar definitieve geschilbeslechting (hoofdstuk 4) en bewijsrecht (hoofdstuk 5). Ik hoop daarmee het denken over procedurele rechtvaardigheid meer in te bedden in het klassieke juridische handwerk (waarover hierna meer).

## 3 ONDERZOEKSOPZET

De hoofdmoot van het kader is dus procedurele rechtvaardigheid. Dat kader geef ik twee nadere reliëfs. Het eerste reliëf is modern gezag. Het tweede reliëf is een deugdenethische benadering van goed rechterschap; welke deugden moet een bestuursrechter bezitten en wat is vanuit dit perspectief nog meer nodig? Bij dat laatste zal het beeld van de rechter als '*civic friend*' worden geïntroduceerd. Dit alles, inclusief de verbanden met procedurele rechtvaardigheid, wordt uitgewerkt in hoofdstuk 2.

---

3 Grootelaar 2018 en Hulst 2017.

Belangrijk hierbij vind ik dat procedurele rechtvaardigheid wel tot ons juristen komt via de onderzoeken van sociaal-psychologen, maar op zich helemaal niet vreemd aan het juridische is. Wat sociaal-psychologen in onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid *voice* noemen, is heel compatibel met wat juristen ‘hoor en wederhoor’ noemen. Het denken in termen van procedurele rechtvaardigheid daagt de jurist wel uit niet alleen bezig te zijn met een juridische puzzel die zo goed mogelijk moet worden opgelost (het juridisch-interne perspectief), maar ook met het partijen laten zien en laten beleven dat zij eerlijk en rechtvaardig zijn behandeld (het juridisch-externe perspectief).<sup>4</sup> [It] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be *seen* to be done.<sup>5</sup> Dat laatste perspectief is in mijn ogen wel ‘juridisch-extern’ in die zin dat het ook voor niet-juristen duidelijk moet zijn dat hun recht is gedaan in hun rechtszaak, maar het is tegelijkertijd wel eigen aan het juridische domein, met name de eisen zoals die worden gesteld aan een eerlijk proces. Daarom vind ik het belangrijk om in het hoofdstuk waarin ik het kader van dit onderzoek neerzet, hoofdstuk 2, eerst het meer gebruikelijke juridische kader, vooral vormgegeven door de rechtspraak over de artikelen 6 en 13 van het EVRM en artikel 47 van het Grondrechtenhandvest EU, neer te zetten. In mijn ogen is het streven naar procedurele rechtvaardigheid het geven van invulling aan de (redelijk open) juridisch-interne normen die gelden voor een eerlijk proces, waarbij die juridisch-interne normen uiteindelijk op hetzelfde weefsel van tradities en maatschappelijke opvattingen geënt zijn als de juridisch-externe perspectieven.

Voor dit onderzoek heb ik zelf geen empirisch onderzoek gedaan, maar zoals volgt uit wat ik hiervoor schreef is het hele kaderhoofdstuk (hoofdstuk 2) wel gebaseerd op empirisch onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid, met als nadere reliëfs het denken over modern gezag en een deugdenethische benadering van goed rechterschap. De daarop volgende hoofdstukken zijn meer klassiek juridisch onderzoek: een doordenking van de behandeling op de zitting (hoofdstuk 3), van finale geschilbeslechting (hoofdstuk 4) en van bewijsrecht (hoofdstuk 5). In elk van die drie hoofdstukken zoek ik de knelpunten: waar gaat het nog niet goed? Omdat we in het bestuursrecht een enorme voorkeur hebben voor termen met een ‘b’ als beginletter, dragen die hoofdstukken titels die beginnen met bejegening, beslechting en bewijsrecht. In hoofdstuk 6 confronteer ik die knelpunten uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 met het kader van hoofdstuk 2, de uitgangspunten van het streven naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, mede aan de hand van de beschrijving van modern gezag en de deugdenethische benadering. Daar kom ik tot aanbevelingen hoe de procedure bij de bestuursrechter beter gestalte kan worden gegeven als je die procedure doordenkt vanuit procedurele rechtvaardigheid. Daarmee is dit onderzoek als geheel een klassiek juridisch onderzoek, een normatief onderzoek, maar wel met een kader dat grotendeels een juridisch-extern perspectief heeft.

4 Vanaf het volgende hoofdstuk zal ik deze twee perspectieven aanduiden als ‘juridische’ en ‘buiten-juridische’ perspectieven.

5 Lord Chief Justice Hewart, High Court of Justice, *Rex vs. Sussex Justices ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256.

Daarbij zullen onvermijdelijk doublures optreden. Bijvoorbeeld zal zowel bij finaliteit als bij bewijskwesties aan de orde komen of de bestuurlijke lus, waarbij het bestuursorgaan in de gelegenheid wordt gesteld een gebrek in het bestreden besluit te herstellen, moet worden voorzien van een evenknie voor de burger, de 'burgerlijke lus' waarbij de burgerpartij in de gelegenheid wordt gesteld een gebrek in haar procespositie te herstellen. De aard van dit onderzoek, waarbij ik drie juridisch-externe perspectieven tot kader maak, brengt mee dat het veelal gaat om kwesties die analytisch goed te scheiden zijn, maar in hun implicatie, in hun betekenis synthetisch van aard zijn. Het is daarbij mijn taak om die verschillende lijnen samen te voegen tot een eenduidige beantwoording van de onderzoeksvraag én daarbij te kijken wat een haalbare kaart is, omdat in dit geval tussen droom en daad niet zo zeer wetten in de weg staan, maar wel praktische bezwaren om alle mogelijke verbeteringen in één keer in te voeren.

Als ik zeg 'eenduidige beantwoording' kan ik niet claimen dat er keiharde verbanden zijn tussen de bevindingen en de antwoorden. De bevindingen die voortvloeien uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid, modern gezag en de deugdenethische benadering zijn niet van een karakter dat dwingt tot procesinrichting *z*us of zo. Het zijn dus antwoorden van het type 'zo zou je het kunnen doen als je aandacht wilt geven aan de eisen van procedurele rechtvaardigheid, modern gezag en de deugdenethische benadering.'

Bij de beschrijving van de onderwerpen in de hoofdstukken 3, 4 en 5 dringt zich wellicht de vraag op waarom definitieve geschilbeslechting in het midden staat en niet aan het einde. De term 'finaliteit' alleen al doet toch onmiddellijk denken aan iets dat aan het einde optreedt? In de eerste plaats is dat niet meer waar: vanaf het instellen van het beroep, moet de bestuursrechter gefocust zijn op definitieve geschilbeslechting, het is niet meer een draadje dat aan het einde van het breiwerk nog moet worden afgehecht (ook dit wordt hierna uitgewerkt). In de tweede plaats zal ik hierna betogen dat de focus die de afgelopen jaren is gelegd op finale geschilbeslechting leidt tot suboptimale resultaten als niet ook meer aandacht wordt besteed aan bewijsrechtelijke kwesties; ook dat is een reden om bewijsrecht te behandelen na definitieve geschilbeslechting.

Omdat ik inmiddels meer dan 25 jaar werk in de bestuursrechtspraak, zijn in dit onderzoek natuurlijk ook de inzichten verwerkt die ik in die periode heb opgedaan. Ik heb er echter wel naar gestreefd dit onderzoek niet afhankelijk te maken van dat soort inzichten, om de eenvoudige reden dat wetenschappelijk onderzoek reproduceerbaar moet zijn en dus niet afhankelijk moet zijn van mijn persoonlijke ervaringen. Bij herlezing merkte ik wel dat ik in een enkel geval een bepaalde uitspraak exemplarisch noem, terwijl ik in andere gevallen een enkele uitspraak op zichzelf staand noem. Dat is dan beïnvloed door mijn ervaring. Voorop heeft echter steeds gestaan mijn inspanning om een onderzoek te presenteren dat niet afhankelijk is van die persoonlijke ervaring: ik zit er in, maar het steunt niet puur op mij.



#### 4 ONDERZOEKSVRAAG

Uit wat ik beschreef in paragraaf 3 blijkt impliciet al veel over de onderzoeksvraag. Deze luidt: Hoe kan de bestuursrechter op een manier die past bij deze tijd gestalte geven aan zijn taak bestuursrechtelijke geschillen te beslechten, met inachtneming van de bevindingen die voortkomen uit onderzoek (i) naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, mede in het licht van (ii) het gezag van de rechter en (iii) de deugden van de rechter en zijn rol als *civic friend*?

Deze onderzoeksvraag zal ik toepassen op drie deelgebieden:

- de zitting en wat erna volgt,
- definitieve geschilbeslechting,
- bewijsrechtelijke vraagstukken.

In het analysehoofdstuk (hoofdstuk 6) zal ik de samenhang tussen die deelonderwerpen bespreken en aanbevelingen geven voor de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure.



# HOOFDSTUK 2 | KADERS VOOR HEDENDAAGSE BESTUURSRECHTSPRAAK

*'Er is wel geen gebied, dat zozeer wordt beheerst door de spanning tussen de beginselen van gezag en gerechtigheid als het probleem betreffende de wijze, waarop de juiste toepassing der normen, die de werkzaamheid van het openbaar bestuur beheersen, door rechtspraak of controle kan worden gewaarborgd, probleem, dat men pleegt samen te vatten onder de benaming: rechtsbescherming tegen de overheid, – kernprobleem voor de wetenschap van het bestuursrecht [...].'*

G.J. Wiarda<sup>1</sup>

## 1 INLEIDING

Of je nu college of cursussen geeft, onderzoek doet of werkzaam bent in de rechtspraak, duidelijk is dat het bestuurs(proces)recht al jarenlang in woelig vaarwater zit: de ontwikkelingen gaan snel en niet alleen doet de Awb zijn kwalificatie 'aankomstwet' eer aan, ook de bestuursrechtspraak bevindt zich al geruime tijd in een stroomversnelling. De eerste tien jaren van de Awb waren de wijzigingen in die wet nog vooral *lawyer driven*, maar de daarop volgende periode werden juist gedreven door niet-juridische, met name politieke, wensen en eisen.

Als ik in dit hoofdstuk onderzoek wat dienstige kaders voor hedendaagse bestuursrechtspraak zijn, is dat vanwege die vele veranderingen als het proberen een foto te nemen van een bewegend object. Ik beklemtoon dat het mij te doen is om betrekkelijk losse kaders. Het zijn meer denkrichtingen of perspectieven. Dat zoeken naar dienstige kaders voor hedendaagse bestuursrechtspraak vergt verder een ruime blik, waarbij ook andere perspectieven dan puur juridische van belang zijn.

Het onderscheid in de bespreking in dit hoofdstuk tussen juridische en buiten-juridische kaders moet niet worden gezien als een tegenstelling, er zijn juist heel veel verbanden tussen die typen kaders. Het juridische vereiste van hoor en wederhoor bijvoorbeeld heeft veel gemeenschappelijk met de noodzaak *voice* te bieden aan partijen uit het denken over procedurele rechtvaardigheid. Het juridische vereiste dat partijen goede en voldoende kansen moeten hebben hun standpunten naar voren te

---

1 Wiarda 1948, p. 21.

brenge[n] heeft veel gemeenschappelijk met het beeld van de responsieve rechter, die dergelijke kansen biedt, uit het denken over modern gezag. Die verwantschappen zijn ook niet verwonderlijk, want die juridische perspectieven zijn als het goed is uiteindelijk op hetzelfde weefsel van tradities en maatschappelijke opvattingen geënt als de buiten-juridische perspectieven. De juridische perspectieven zijn geen van de buitenwereld afgewende juristenbedenksels en de buiten-juridische perspectieven staan niet los van de taak en rol die de rechter heeft binnen die juridische kaders. Sterker, de buiten-juridische kaders voor hedendaagse (bestuurs)rechtspraak kunnen de bestuursrechter helpen om gestalte te geven aan de juridische kaders.<sup>2</sup> Het is bijvoorbeeld mooi dat we binnen het juridische discours zeggen, zoals ik net hierboven deed, dat partijen goede en voldoende kansen moeten hebben hun standpunten naar voren te brengen, maar dat werpt wel de vraag op welke omstandigheden er nodig zijn, welke situatie de rechter moet scheppen om partijen in staat te stellen die kansen echt te verwezenlijken.

Omdat in dit onderzoek de termen ‘transparant’ en ‘transparantie’ vaak zullen opduiken, bespreek ik hieronder, bij de juridische kaders, onder ‘eerlijke procedure’ wat ik onder transparantie versta.

### *Juridische kaders*

Als het gaat om de vraag wat in de huidige tijd een goede bestuursrechter is, dienen zich allereerst een aantal juridische uitgangspunten aan. Dat zijn met name eisen die voortvloeien uit de artikelen 6 en 13 van het EVRM en artikel 47 van het Grondrechtenhandvest EU, zoals die in de rechtspraak van de twee hoven, het EHRM en het HvJ EU, zijn ontwikkeld.<sup>3</sup>

Kort gezegd gaat het om toegang tot de rechter, eisen aan de rechter, eisen aan de procedure en eisen aan de inhoud en de uitkomst van de procedure. Toegang tot de rechter problematiseer ik in dit onderzoek niet.

### *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*

De eisen aan de rechter zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Gebreken in onafhankelijkheid treden op als op de rechter *externe* druk wordt uitgeoefend. Ook dat problematiseer ik in dit onderzoek niet. Gebreken in de onpartijdigheid treden op als de rechter een *interne* ‘hang’ naar het standpunt van de ene of de andere partij voelt (subjectieve partijdigheid) of objectief gerechtvaardigd is te achten dat hij de schijn wekt dat te doen (objectieve partijdigheid).<sup>4</sup> Met name die geobjectiveerde (on)partijdigheid zal hierna terugkeren in die zin dat de bestuursrechter vereenzelvigd wordt met het bestuur of zich vooral lijkt te richten op het bestuur.

2 Vergelijk Barkhuysen en Van Emmerik 2017, p. 139-155.

3 Zie Widdershoven e.a. 2001, hoofdstuk 2, en Widdershoven 2015, met name p. 131-142. Uitvoerig: Barkhuysen en Van Emmerik 2017.

4 Ik volsta hier met verwijzing naar de ‘klassieker’: EHRM 24 mei 1984 (Hauschildt/Denemarken). Zie verder Barkhuysen en Van Emmerik 2017, p. 65-66 en 88-89.

*Eisen aan de procedure*

Tot de eisen aan de procedure behoren de volgende elementen: een beslissing binnen een redelijke termijn, een eerlijke procedure (*fair trial*) en openbaarheid van de procedure. De openbaarheid van de procedure problematiseer ik niet.

*Beslissing binnen een redelijke termijn*

De beslissing binnen een redelijke termijn is de afgelopen jaren meer en meer ingekaderd in EHRM- en nationale rechtspraak. Die ontwikkeling problematiseer ik niet als zodanig (ik neem de rechtspraak hierover als gegeven). Ik sluit wel aan bij een vervolgvraag. Een rechterlijke uitspraak over een geschil is één ding, maar de mate waarin die uitspraak een werkelijk einde maakt aan het geschil of het conflict is een heel ander ding. Ik behandel in dit onderzoek die koppeling tussen de rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn en finale geschilbeslechting. Is het probleem dat aan de rechter wordt voorgelegd ook werkelijk opgelost? In deze duiding hangt de eis van een beslissing binnen een redelijke termijn (een procedure-eis) samen met de eis van een effectieve remedie (een inhouds- en uitkomst-eis).

*Eerlijke procedure*

Met het vereiste van een eerlijke procedure haal je een hele waslijst aan subvereisten binnen. Daarbij is het een kwestie van conceptualisering of je denkt vanuit proces naar product of andersom, maar je komt uiteindelijk op dezelfde vereisten.<sup>5</sup>

## Quality, quantity en equality of arms

Denkend vanuit proces naar product begint het met het vereiste van hoor en wederhoor. Partijen, alle partijen, moeten zich kunnen uitlaten over de geschilpunten waarom het hun te doen is. Dat vereist dat partijen goede en voldoende kansen moeten hebben die standpunten ter rechterlijke beoordeling voor te leggen (*quality of arms* en *quantity of arms*). Dat vereist verder dat partijen gelijke kansen moeten hebben (*equality of arms*). In het bestuursrecht speelt dan met name of de burger ten opzichte van het bestuursorgaan op achterstand komt te staan. Te denken valt daarbij aan een gronden- of bewijsfuik, waarbij in feite de burger niet, maar het bestuursorgaan wel in de beroepsprocedure met nieuwe overwegingen of onderzoeksresultaten mag komen. De discussie daarover is grotendeels beslecht in het voordeel van het wel kunnen inbrengen van nieuwe gronden en nieuw bewijs in beroep, maar speelt in een enkele zaak nog wel een rol.<sup>6</sup> Verder valt te denken aan de onmogelijkheid voor de burger om met tegenbewijs te komen door handelen van het bestuursorgaan<sup>7</sup> of door keuzes van de rechter.<sup>8</sup> Ten slotte valt op dit punt te denken aan bewijs in handen van het bestuursorgaan dat wel aan de rechter wordt voorgelegd, maar waarvan kennisneming door

5 Barkhuysen en Van Emmerik 2017, p. 69-71

6 Vergelijk Verburg 2009, p. 283-303.

7 EHRM 18 maart 1997 (NJ 1998, 278, Mantovanelli/Frankrijk), HvJ EU 10 april 2003 (C-276/01, AB 2003/10 m.nt. De Moor-Van Vugt, Steffensen).

8 EHRM 8 oktober 2015 (77212/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, Korošec/Slovenië) en EHRM 15 maart 2016 (39966/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0315JUD003996609, Gillissen/Nederland).

de burger wordt uitgesloten (bij een gehonoreerd verzoek om beperkte kennisneming op grond van artikel 8:29 van de Awb).<sup>9</sup>

#### Merits of the matter en full jurisdiction

Vervolgens gaat het om vereisten van *merits of the matter* en *full jurisdiction*. De rechter moet zich kunnen uitlaten over zowel alle kwesties over feiten als alle kwesties over het recht.

Balancerend tussen de vereisten uit het vorige subkopje en dit subkopje behoren de vereisten dat partijen zich voldoende moeten kunnen voorbereiden op de behandeling van hun zaak en dat de rechter zijn oordeel uitsluitend mag baseren op feiten en rechtsgronden die in het proces ter discussie hebben gestaan; geen overvalsbeslissing dus én geen beslissing gebaseerd op externe, niet in de zaak betrokken, *input*. De eis van *full jurisdiction* (een procedure-eis) hangt samen met de hierna te bespreken eis van indringendheid van de toetsing (een inhouds- en uitkomst-eis).

#### Transparantie

In dit onderzoek vraag ik veel aandacht voor het belang van transparant optreden door de rechter. Transparantie over het verloop van de procedure, transparantie over de zitting en hoe die verloopt, transparantie over wat er wel en niet mogelijk is in die procedure, transparantie over de ‘tussenstand’, bijvoorbeeld door het geven van voorlopige bewijsoordelen, en transparantie over de relatie tot het onderliggende geschil. Dat pleidooi voor transparant optreden van de rechter heeft relaties met (vooral) ervaren procedurele rechtvaardigheid en het gezag van de rechter, onderwerpen die hierna aan de orde komen. Ik kan niet zo maar claimen dat transparant optreden door de rechter een vereiste is dat voortvloeit uit het EVRM of het Grondrechtenhandvest EU. Toch zijn er wel verbanden met de hierboven besproken vereisten. Een wat verder weg gelegen verband is er te vinden met het recht op een openbare zitting, maar zoals gezegd problematiseer ik dat laatste niet. Een sterk verband is er met het vereiste van *equality of arms*. De vergelijking met de in dat kader ontwikkelde rechtspraak over beperkte kennisneming van stukken door een van de partijen dringt zich op.<sup>10</sup> Ook bij gebrek aan transparantie zal het in het bestuursrecht doorgaans de burger zijn die op achterstand komt te staan; de gemachtigde van het bestuursorgaan weet doorgaans wel hoe de hazen lopen en hij heeft dus minder behoefte aan die transparantie. Als de burger echter geen inzicht heeft en dat inzicht ook niet van de rechter krijgt over het verloop van de zitting en de procedure, over wat wel en niet mogelijk is binnen deze procedure en ‘hoe hij er voor staat’, kan hij niet als volwaardige partij tot bloei komen. Ik zie daarom een verband tussen het vereiste van *equality of arms* en de noodzaak voor de rechter om transparant op te treden.

Omdat in dit onderzoek de woorden ‘transparant’ en ‘transparantie’ veel voorkomen, is het goed hier al vast te zeggen waarop ik doel als ik het heb over transparantie in de bestuursrechtspraak. Transparantie in de rechtspraak kan betekenis hebben voor

---

9 HvJ EU 14 februari 2008 (C-450/06, AB 2008/341 m.nt. Widdershoven, Varec SA/België) en HvJ EU 4 juni 2013 (C-300/11, AB 2013/374 m.nt. Reneman, ZZ/Verenigd Koninkrijk).

10 Bijvoorbeeld HvJ EU 23 oktober 2014 (C-437/13, ECLI:EU:C:2014:2318, Unitrading Ltd).

de relaties tot de maatschappij, de media, de politiek, de interne organisatie en de partijen.<sup>11</sup> Ik beperk mij hier tot de procedure voor de rechter zelf en dus tot de relatie tot partijen. Van de drie aspecten van transparantie die in de WRR-Verkenning uit 2013 worden onderscheiden, te weten doorzichtigheid (open houding), begrijpelijkheid (helderheid van de communicatie) en bekritiseerbaarheid (toetsbaar functioneren),<sup>12</sup> ligt de nadruk in dit onderzoek op de eerste twee aspecten, de doorzichtigheid en begrijpelijkheid. Daar waar het gaat over het gezag van de rechter speelt ook het derde aspect, de bekritiseerbaarheid, een belangrijke rol.

Onder verwijzing naar Habermas' *Strukturwandel der Öffentlichkeit* betogen Prins e.a. in het WRR-rapport dat in de huidige tijd openbaarheid van de procedures en de uitkomsten (besluiten, uitspraken) van (rechterlijk) overheidshandelen niet meer volstaat om te claimen dat de rechtspraak voldoende transparant is, maar dat de overheid haar eigen denken inzichtelijk moet maken en moet zorgen voor een *level playing field*.<sup>13</sup> Ik wil dat niet allemaal deel laten uitmaken van een definitie van transparantie, maar het duidt wel op thema's die nauw met transparantie verweven zijn. Belangrijk is dat de rechter transparant-zijn als *attitude* heeft, dat hij transparant wil zijn om te zorgen dat partijen in een gelijke (informatie)positie verkeren en daarbij in het bijzonder wil voorkomen dat de burger op achterstand komt te staan door gebrek aan inzicht, kennis en ervaring (waarmee de hierboven al genoemde relatie met *equality of arms* weer naar voren komt). In die zin is openbaar maken alleen maar een vorm van zenden, terwijl transparantie bieden een relatie inhoudt, namelijk een relatie met de burger. Zoals hierna bij de bespreking van procedurele rechtvaardigheid en gezag nog uitvoerig aan de orde zal komen,<sup>14</sup> is de bedoeling hiervan ook dat de burger zich erkend ziet als volwaardig lid van deze maatschappij. Zoals gezegd wil ik dat niet allemaal deel laten uitmaken van de definitie.

Transparantie van de rechter in dit onderzoek is de mate van doorzichtigheid en begrijpelijkheid die de rechter via zijn communicatie bereikt bij partijen over (a) de procedure en (b) de inhoud van de zaak. Bij (a) valt te denken aan de wijze waarop de procedure verloopt en in het bijzonder hoe de zitting verloopt, wat er procedureel mogelijk is (getuigen meebrengen, het woord voeren, stukken inbrengen), hoeveel tijd er voor de zitting is uitgetrokken, de duur van de procedure als er extra procedure-stappen worden genomen. Bij (b) valt te denken aan de wijze waarop het oordeel van de rechter tot stand komt, wat er nodig is voor succes van de ene of de andere partij, wat er inhoudelijk mogelijk is, binnen welke kaders er wordt geoordeeld en welke belemmeringen er zijn om dit of dat oordeel te bereiken.<sup>15</sup>

Duidelijk zal zijn dat transparantie over de procedure geen rechterlijke begrenzing hoeft te hebben (hooguit gebrek aan tijd zal reden kunnen zijn om minder informatie te verschaffen over de procedure), terwijl transparantie over de inhoud van de zaak

11 Zie Prins, Griffioen en Broeders 2013 en Westra 2013. Vergelijk ook Grimmelikhuijsen 2018.

12 Prins, Griffioen en Broeders 2013, p. 27 e.v. en p. 53 e.v.

13 Prins, Griffioen en Broeders 2013, p. 43-45.

14 Zie paragrafen 2 en 3.

15 Zie ook voor de brede aandacht voor transparantie in de rechtspraak: Grimmelikhuijsen 2018.

wel een rechterlijke begrenzing heeft, zodat die vorm van transparantie betekent dat de rechter balans moet houden. Te hoge mate van transparantie kan hier spanning opleveren met de vereiste onpartijdigheid, de onwenselijkheid als rechter 'mee te procederen' en het vertonen van gedrag dat te zeer de rol van rechter te buiten gaat. Het lijkt mij dat dit wel reden is om op dat soort punten transparant in voorzichtige bewoordingen te zijn en geen reden is om de kiezen helemaal de kiezen op elkaar te houden, maar dat is ook een kwestie van rolopvatting, persoonlijkheid en stijl.<sup>16, 17</sup> Een tweede kanttekening bij deze omschrijving van transparantie is dat ik neutraal zeg 'partijen', maar dat ik er van uitga dat in de meeste gevallen vooral de burger behoefte heeft aan transparantie van de kant van de rechter.

#### *Eisen aan de inhoud en de uitkomst van de procedure*

Bij de eisen aan de inhoud en de uitkomst van de procedure spelen het vereiste van stelselmatigheid, de indringendheid van de toetsing en het vereiste van een effectieve remedie.

#### *Stelselmatigheid*

Rechtspraak moet in gelijke gevallen gelijk uitpakken en in ongelijke gevallen ongelijk naar mate van hun ongelijkheid; partijen en hun professionele gemachtigden moeten een goede mate van zekerheid hebben dat rechtspraak consequent en in behoorlijke mate voorspelbaar is. Hier speelt het beginsel van rechtszekerheid voor partijen.

#### *Indringendheid van de rechterlijke toetsing*

Op het punt van de inhoud van de rechterlijke beoordeling speelt de laatste jaren ook de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing. Met name in een deelgebied van het bestuursrecht waar kwetsbaarheid van de betrokkene en de risico's die hij loopt op de voorgrond staan, het vreemdelingenrecht, speelt dit een rol. In ieder geval in asielzaken is de rechter verplicht een grondige, doeltreffende toetsing te plegen, zowel op de feiten als op het recht.<sup>18</sup> Het EHRM spreekt in asielzaken over de verplichting van de rechter om '*rigorous scrutiny*' toe te passen op het besluit van het bestuursorgaan.<sup>19</sup> Maar de discussie is breder dan alleen het asielrecht. Mede onder invloed van het VAR-advies van Hirsch Ballin uit 2015<sup>20</sup> ontstaat meer en meer de tendens dat de bestuursrechter kritischer zou moeten kijken naar besluiten van bestuursorganen. De relatie met *full jurisdiction* is hiervoor al genoemd.

#### *Effectieve remedie*

De laatste categorie is die van de vereiste effectieve remedie. Partijen moeten een oordeel kunnen verkrijgen dat hen daadwerkelijk verder helpt in hun geschil. Dit ver-

16 Prins, Van der Mijl en Tiemeijer 2013.

17 In de loop van dit onderzoek zal overigens worden betoogd dat de onwenselijkheid als rechter 'mee te procederen' met een van de partijen, neutraal klinkt, maar in feite juist eenzijdig, ten nadele van de burger uitpakt. Zie met name hoofdstuk 6, subparagrafen 6.4.3 en 6.4.4.

18 HvJ EU 28 juli 2011 (C-69/10, AB 2011/304 m.nt. Widdershoven, Samba Diouf/Luxemburg).

19 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 februari 2008 (nr. 37201/06, Saadi/Italië).

20 Hirsch Ballin 2015.



eiste keert in dit onderzoek vooral terug in relatie tot finale geschilbeslechting. Zoals gezegd is er een relatie met de eis van een beslissing binnen een redelijke termijn.

### *Buiten-juridische kaders*

Naast dit juridische kader met uitgangspunten waaraan (bestuurs)rechtspraak moet voldoen, gaat het mij in dit onderzoek nog meer om enige buiten-juridische vereisten die aan hedendaagse bestuursrechtspraak te stellen zijn. De rechter staat in relatie tot de maatschappij waarin hij functioneert, moet ook gevoelig zijn voor wat er in die maatschappij leeft, maar de rechter die klakkeloos alles doet wat 'het volk' wil, is vanzelfsprekend geen goede rechter. Het kan dus hoogstens gaan om wat de maatschappij redelijkerwijs mag verlangen, om de rol en taak die de bestuursrechter in de huidige tijd moet vervullen in het 'veld' waarin hij opereert.<sup>21</sup> Zoals hierboven gezegd staan deze buiten-juridische kaders niet in tegenstelling tot die juridische kaders. In tegendeel, deze buiten-juridische kaders zijn juist op te vatten als het doordenken van de wijze waarop de rechter gestalte kan geven aan die juridische vereisten.

Termen in de voorgaande zinnen als 'wat de maatschappij *redelijkerwijs* van de rechter *mag* verlangen en 'de rol en taak die de bestuursrechter *moet* vervullen', vragen om een normatief kader. Daarbij is het goed dat men zich realiseert dat er geen harde meetlat, geen *rock-bottom*-criterium, is voor wat goede bestuursrechtspraak is. Men kan hoogstens zoeken naar denkrichtingen die het denken over wat goede bestuursrechtspraak is, kunnen systematiseren en richting geven. Daarom duid ik de hierna te bespreken onderwerpen ook vooral aan als perspectieven. Dus de kaders zijn betrekkelijk los, maar wel richtinggevend.

De laatste jaren bestaat veel aandacht voor wat we kunnen leren van de inzichten van studies naar procedurele rechtvaardigheid, met name die van sociaal-psychologen. Deze aandacht leeft zowel onder de beoefenaren van het rechtersvak<sup>22</sup> als onder wetenschapsbeoefenaren.<sup>23</sup> Ook in het kader van de Nieuwe Zaaksbehandeling (NZB) bestaat veel aandacht voor procedurele rechtvaardigheid, al moet ik gelijk toegeven dat in de officiële documenten die aan de NZB ten grondslag liggen die aandacht maar mondjesmaat te voorschijn komt.<sup>24</sup> Dat het streven naar procedurele rechtvaardigheid

21 Vergelijk Van den Berge 2016, met name hoofdstukken I en V.

22 De zoekterm 'procedurele rechtvaardigheid' duikt maar weinig op op rechtspraak.nl (zes treffers), maar procedurele rechtvaardigheid is een belangrijk onderdeel geworden van trainingen en cursussen van het opleidingsinstituut van de rechterlijke macht, SSR.

23 Ik verwijs naar de *special* van Utrecht Law Review van november 2014 met besprekingen van de doorwerking van procedurele rechtvaardigheid in het civiele recht, strafrecht en bestuursrecht ([www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/issue/view/33](http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/issue/view/33)).

24 Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), het Eindrapport Project Differentiatie van Werkstromen Bestuursrecht 2010. Op p. 65 vermeldt dit rapport onder het kopje 'Stijl en taakopvatting' iets over procedurele rechtvaardigheid, maar dan meer in het licht van ongelijkheidscompensatie. Tijdens het Landelijk symposium NZB in oktober 2012 is aandacht besteed aan procedurele rechtvaardigheid en in de uit dat symposium voortvloeiende aanbevelingen zijn veel aspecten van procedurele rechtvaardigheid terug te vinden, met name onder Communicatie en Gedrag & Emoties (zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), 'Uitkomsten NZB Symposium 2012').

deel uitmaakt van de NZB is wel duidelijk te herkennen in het onderzoek naar de praktijk van de NZB.<sup>25</sup> De NZB is in februari 2018 als programma gestopt, omdat de rol ervan is overgenomen in de Professionele standaarden van de bestuursrechter.<sup>26</sup> Ook daarin is geen expliciete verwijzing naar procedurele rechtvaardigheid te vinden.

Dat procedurele rechtvaardigheid in de mode is, is vanzelfsprekend geen rechtvaardiging om aandacht te geven aan de inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid in de bestuursrechtelijke rechtsgang. Het is echter meer dan mode. Onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid laten zien dat er een relatie is tussen ervaren procedurele rechtvaardigheid en de legitimiteit die partijen toekennen aan de rechter (waarover hierna meer in paragraaf 2). Dat maakt dat die onderzoeken relevant zijn voor de bestuursrechter die kampt met de vraag of zijn rechterlijke machtsuitoefening (want hoe je het ook wendt of keert, het is toch een machtsuitoefening) gerechtvaardigd is (ook hierover meer, namelijk in paragraaf 3 over gezag).

Als je als jurist begint je te verdiepen in procedurele rechtvaardigheid, zie je het vooral als middel. Een middel namelijk om een goede, juiste uitkomst van de zaak te verkrijgen. Pas later zie je dat procedurele rechtvaardigheid ook een doel op zich is. In de eerste plaats kan het streven naar procedurele rechtvaardigheid en het verwerken in de rechtspraak van de inzichten uit studies naar procedurele rechtvaardigheid een methode zijn om de open normen die voortvloeien uit de juridische kaders die hierboven zijn geschetst, met name die van een eerlijke procedure, in te vullen. In de tweede plaats kan het streven naar procedurele rechtvaardigheid werken als een methode om partijen werkelijk tot hun recht te laten komen, hen op hun gemak te stellen, te zorgen dat zij open in het gesprek op de zitting treden, de situatie voldoende vertrouwen om dat te doen. Ik werk dat in paragraaf 2 uit. In de derde plaats kan procedurele rechtvaardigheid ertoe leiden dat een kerntaak van de rechter wordt bereikt. We verliezen die kerntaak soms uit het oog, als we rechtspraak zien als een uitspraakmachine, maar het oorspronkelijke doel van rechtspraak is natuurlijk het bereiken van een beslissing in een conflict op een vreedzame en gereguleerde manier, zodat partijen kunnen leven met de uitkomst van de zaak, ook als zij die verliezen. Als zij de procedure als eerlijk en rechtvaardig ervaren, kunnen zij waarschijnlijk leven met de uitkomst, ook als die negatief is. En in die laatste opzichten is het streven naar procedurele rechtvaardigheid een doel op zich.

Er is een belangrijk verband tussen procedurele rechtvaardigheid en gezag van de rechter. Een bespreking van het moderne, hedendaagse gezag van de rechter vormt daarom ook onderdeel van dit onderzoek. Modern gezag vormt daarmee een belangrijke achtergrond van dit onderzoek.

Ten slotte kies ik in dit onderzoek een deugdenethische benadering van wat goede bestuursrechtspraak inhoudt. Ik werk hieronder in paragraaf 4 uit waarom ik juist

---

25 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 11-15 en p. 82-84, Marseille, De Waard en Laskewitz 2015, met name p. 2012-2013 en Allewijn 2016B, paragraaf 2-4.

26 Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

dat perspectief kies. Voor nu is belangrijk dat ook die deugdenethische benadering verband houdt met procedurele rechtvaardigheid. Ook deze benadering vormt dus een belangrijke achtergrond van dit onderzoek.

In de volgende hoofdstukken onderzoek ik, aan de hand van de onderzoeksvraag die ik formuleerde aan het einde van hoofdstuk 1, de volgende zaken: hoe kan het denken over procedurele rechtvaardigheid, tegen de achtergrond van het denken over rechterlijk gezag en de deugdenethische benadering, richtinggevend zijn voor drie elementen van het optreden van de bestuursrechter: (a) de aanpak van de rechter op de zitting, (b) de definitieve geschilbeslechting en (c) het bewijsrecht.

### *Paragraafindeling*

Hieronder volgt eerst een inleiding op wat procedurele rechtvaardigheid is (paragraaf 2). Dan volgt een bespreking van hedendaags gezag en de daarmee samenhangende uitdagingen waarvoor de rechter staat (paragraaf 3) en een bespreking van een deugdenethische opvatting over wat een goede rechter is (paragraaf 4). De paragrafen 3 en 4 monden beide uit in een korte bespreking van de verbinding tussen het hoofdonderwerp van die paragraaf en procedurele rechtvaardigheid. Als je vooral schetst wat de bestuursrechter allemaal meer kan en moet doen, haal je wel een olifant in de kamer: de vraag of de rechter dat allemaal wel kan en of hij daar wel tijd voor heeft (paragraaf 5). Ten slotte volgt de conclusie (paragraaf 6).

## 2 PROCEDURELE RECHTVAARDIGHEID<sup>27</sup>

### 2.1 *Inleiding*

Amerika is niet door Columbus ontdekt, Columbus heeft Amerika voor de Europeanen ontsloten. Op een zelfde manier is procedurele rechtvaardigheid niet door sociaal-psychologen ontdekt, maar sociaal-psychologen hebben aandacht voor procedurele rechtvaardigheid wel (weer) op de agenda gezet, zeker ook door de empirische onderbouwing.<sup>28</sup> Welbeschouwd zouden de elementen die uit studies naar procedurele rechtvaardigheid als belangrijk naar voren komen juristen bekend moeten voorkomen. We moeten dus niet denken dat aandacht schenken aan procedurele rechtvaardigheid een kwestie van psychologie is. Het is juristerij en in het bijzonder goede rechtspraak. Denk aan hoor en wederhoor; dat is een eeuwenoud uitgangspunt van rechtspraak en het lijkt er sterk op dat dat uitgangspunt niet alleen is bedoeld om te zorgen dat de rechter alle standpunten kan betrekken bij *zijn* oordeelsvorming, maar ook dat daadwerkelijk alle partijen *hun* zegje kunnen doen, zich gehoord weten en dáárom de beslissing van de rechter kunnen aanvaarden, ook als die voor hen negatief uitpakt. Dat eerste stuk is het argumentatieve gedeelte van hoor en weder-

27 Zie hoofdstuk 3 van Verburg en Schueler 2014, waaraan deze paragraaf in vertaling en bewerkt gedeeltelijk is ontleend.

28 Met voorlopers buiten de sociale psychologie zoals Luhmann 1969, Hirschman 1970 en Rawls 1971.

hoor; dat tweede stuk gaat over gezag, legitimiteit, aanvaardbaarheid. Rechtspreken is immers altijd al meer geweest dan juridische puzzels oplossen. Rechtspraak is ook en zelfs primair het op een vreedzame en gereguleerde manier tot een oplossing brengen van conflicten, dus, wat lossers gezegd, rechtspraak is bedoeld om te voorkomen dat mensen elkaar de hersens inslaan als zij een conflict hebben (eigenrichting).<sup>29</sup> Dat kan alleen maar werken als ook de verliezer van een geding aanvaardt dat hij zich bij deze beslissing moet neerleggen, dat hij weliswaar ongelijk heeft gekregen, maar dat hem wel recht is gedaan, dat hij zich nog steeds 'rechtsgenoot' van deze rechtsorde weet. Het klassieke voorwerp van rechtswetenschappelijk onderzoek is natuurlijk de wereld van rechten en plichten, maar in een rechtszaak en meer nog in een zittingszaal spelen zo veel meer processen. Dat zijn processen die weinig of niets met rechten en plichten als zodanig, maar heel veel met rechtsbedeling en rechtvaardigheidsbeleving te maken hebben.

## 2.2 Procedurele en distributieve rechtvaardigheid

Om te beginnen is het nuttig te kijken naar de juxtapositie van distributieve en procedurele rechtvaardigheid. Ik volg hier het onderscheid zoals Van den Bos dat, in navolging van Moorman, gebruikt:

- *distributieve rechtvaardigheid* heeft betrekking op de rechtvaardigheid van de uitkomsten die aan mensen worden toebedeeld of de rechtvaardigheid van de verdeling van uitkomsten over verschillende mensen;
- *procedurele rechtvaardigheid* heeft in psychologisch onderzoek betrekking op de rechtvaardigheid van de manier waarop mensen worden behandeld.<sup>30</sup>

Waar distributieve of verdelende rechtvaardigheid binnen sociaal-psychologisch onderzoek vooral de subjectieve kant onderzoekt en dus ingaat op *ervaren* distributieve rechtvaardigheid ('Vind ik deze verdeling eerlijk en rechtvaardig?'), ligt de nadruk voor juristen traditioneel op de geobjectiveerde kant ('Welke verdeling van rechten en plichten verbindt de wet aan een bepaalde feitenconstellatie?').<sup>31</sup> Het is goed hier al dit betekenisverschil aan te duiden. Als sociaal-psychologen spreken over 'distributieve rechtvaardigheid' bedoelen zij de ervaren rechtvaardigheid van de verdeling *ten opzichte van wat anderen hebben gekregen*.<sup>32</sup> Juristen – vermoedelijk omdat zij gewend zijn de verdeling tussen groepen rechtssubjecten als gegeven via de keuzen van de wetgever te beschouwen – hebben vaak niet zo zeer oog voor die verdeling ten opzichte van anderen; zij spreken vaak over 'distributieve rechtvaardigheid' als het

<sup>29</sup> Vergelijk MacIntyre 1981/1992, p. 253 over *the Supreme Court of the US*.

<sup>30</sup> Van den Bos 2009, met name p. 91-93 en noot 3 op p. 107. Naast deze twee wordt ook nog interactionele rechtvaardigheid onderscheiden: Bies en Moag 1986, p. 43-45. Gelet op de toelichting van Van den Bos is het verantwoord de bespreking te beperken tot de genoemde twee. Over dat laatste: Van den Bos 2005, p. 273-300.

<sup>31</sup> Vergelijk Boekema 2015 en Allevijn 2016A.

<sup>32</sup> Dat is logisch, omdat met name de eerste onderzoeken, zoals die van Thibaut en Walker, zich afzetten tegen tot dan toe furore makende rechtvaardigheidstheorieën die nadrukkelijk over de *verdeling* van de taart gingen (*equity theory*). Bij Rawls gaat het overigens letterlijk over een taart: Rawls 1971, p. 85. Zie Van den Bos en van der Velden 2013, p. 50, en Leventhal 1980.

hun te doen is om de uitkomst van één zaak, dus *op zichzelf beschouwd*; het is binnen het sociaal-psychologische jargon in dat geval beter te spreken over 'uitkomstrechtvaardigheid' of 'uitkomstgunstigheid'.

Bij procedurele rechtvaardigheid is binnen sociaal-psychologisch onderzoek net zo zeer het subjectieve element essentieel: het gaat om de *ervaren* procedurele rechtvaardigheid ('Vind ik dat ik op een eerlijke en rechtvaardige manier tegemoet getreden ben in mijn zaak, ben ik eerlijk en rechtvaardig behandeld?'). Ook op dat vlak kijken juristen traditioneel naar de geobjectiveerde kant van procedurele rechtvaardigheid ('Zijn alle procedurele normen, zoals die van hoor en wederhoor, in acht genomen?'). Samenhangend daarmee is dat juristen gewend zijn die geobjectiveerde procedurele rechtvaardigheid te zien als een *middel* om te komen tot die geobjectiveerde uitkomstrechtvaardigheid ('Zijn de procedures zo verlopen dat daarmee de juiste uitkomst is bereikt?').<sup>33</sup> Deze kwesties komen hierna nog aan de orde.

Dat betekent dat het gaan besteden van aandacht aan de inzichten die voortkomen uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid voor juristen, niet één perspectiefwisseling, maar twee of misschien zelfs drie perspectiefwisselingen omvat. In de eerste plaats moeten ze hun concentratie op de uitkomsten verrijken met aandacht voor de *wijze waarop* daarover gaat worden beslist.<sup>34</sup> In de tweede plaats moeten ze hun concentratie op de geobjectiveerde kant van de kwestie verruimen naar aandacht voor *de door partijen ervaren kant van de zaak*. En je zou in de derde plaats nog kunnen zeggen dat ze moeten loslaten dat de wijze waarop wordt beslist alleen een middel is om tot een rechtmatige uitkomst te komen; het is ook *een doel op zich*. Maar in zekere zin zit die derde perspectiefwisseling al besloten in de eerste twee.<sup>35</sup>

Ik omschrijf procedurele rechtvaardigheid, in navolging van Van den Bos, Van der Velden en Lind,<sup>36</sup> nader als het antwoord op de vraag of partijen de interactie met of de wijze waarop zij zijn behandeld door de rechter als eerlijk en rechtvaardig *ervaren*. Hiernaar wordt vaak ook verwezen als *treatment fairness*.<sup>37</sup> Hier zal ik de term 'procedurele rechtvaardigheid' gebruiken, omdat die inmiddels in dit debat ingeburgerd is geraakt. Van den Bos en Lind wijzen er in dit verband overigens verduidelijkend op dat die term 'rechtvaardig' moeilijk hanteerbaar is voor deelnemers aan een proces. Met name burgers kunnen vaak beter zeggen of zij de procedure *eerlijk* vinden dan dat zij kunnen zeggen of ze haar rechtvaardig vinden.<sup>38</sup>

### 2.3 *Waarom is procedurele rechtvaardigheid belangrijk?*

Wat we weten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid, is dat wanneer mensen zich onzeker en onveilig voelen, zij zeer gevoelig zijn voor al of niet 'eerlijk'

33 Zie hiervoor Daalder 2014, p. 161.

34 Brockner en Wiesenfeld 1996, p. 206, en Tyler en Lind 2001, p. 78.

35 Vergelijk Blader en Tyler 2003.

36 Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014.

37 Lind, Kray en Thompson 1998, p. 1-22, Van den Bos en Lind 2001.

38 Van den Bos 2009, p. 107, Van den Bos en Lind 2002 en Hulst 2017, hoofdstuk 2 en 3.

behandeld worden. Zeker als zij niet weten op basis waarvan wordt bepaald (juridisch gesproken) of zij wel of geen recht hebben op het besluit waar het hun om te doen is (de vergunning, de uitkering, de subsidie), zijn ze dan op zoek naar *cues*, aanwijzingen, om een antwoord te vinden op de vraag 'Kan ik deze rechter, deze autoriteit die een beslissing in mijn zaak gaat nemen, vertrouwen?'<sup>39</sup> Die onzekerheid en onveiligheid gaat over meer dan alleen die vraag. Het kan ook gaan om de vraag hoe zo'n procedure verloopt en dat is ook heel praktisch: veel mensen zijn nog nooit bij een rechter geweest en zij vragen zich af: waar mag ik gaan zitten, wanneer mag ik iets zeggen, wat is hier aan de hand, hoe verloopt zo'n zitting? Ook die onzekerheden en onveiligheden roepen die verhoogde gevoeligheid voor eerlijk behandeld worden op. Op soortgelijke wijze als bij onzekerheid en onveiligheid lijkt het te werken als iemand zich sociaal buitengesloten voelt.<sup>40</sup> De persoon die een rechtszaal betreedt en een grote afstand<sup>41</sup> voelt tussen hem of haar en de rechter kan zich buitengesloten voelen. Sterker wordt dat nog als een burger de rechtszaal betreedt en daar meemaakt dat het hele debat zich eigenlijk afspeelt tussen de professionals (rechter, advocaat en gemachtigde van het bestuursorgaan) en dan aan het einde van de zitting te horen krijgt 'Wilt u ook nog wat zeggen? Dat hoeft niet want uw advocaat heeft al heel veel gezegd.' Dit laatste komt nog regelmatig voor.<sup>42</sup> De professionals weten dit vaak nog te versterken door tijdens het professionele debat druk te bladeren in het dossier, stukken erbij te pakken, te citeren uit de stukken, om vervolgens allemaal (de rechter, de advocaat, de gemachtigde van het bestuursorgaan) het dossier dicht te slaan; pas dan stelt de rechter die vraag of degene om wie het gaat ook nog iets wil zeggen. Het lijkt voorshands niet verzocht dat betrokkene dan de indruk krijgt dat wat hij of zij zegt er echt helemaal niets meer toe doet.

Als mensen gevoelens van onzekerheid en onveiligheid of gevoelens sociaal buitengesloten te zijn ervaren, zijn zij dus extra gevoelig voor de 'eerlijkheid' van de behandeling. En juist dat soort gevoelens zijn nu net heel voorstelbaar voor iemand die voor het eerst van zijn leven de rechtszaal betreedt.

Uit onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid weten we verder dat de gedachten, de gevoelens, de houding en het gedrag van mensen sterk worden beïnvloed door de eerlijkheid en rechtvaardigheid zoals zij die bij besluitvormingsprocessen, zoals rechtszaken, hebben ervaren.<sup>43</sup> Als burgers hun interactie met een autoriteit, zoals een rechter, als procedureel eerlijk ervaren, zullen zij positiever reageren dan wanneer zij die interactie als oneerlijk of onrechtvaardig ervaren. Bij (positieve) ervaren fairness, zullen zij tevredener zijn over de interactie met de autoriteit, zullen zij die autoriteit meer vertrouwen en zullen zij meer bereid zijn haar beslissing te aan-

---

39 Van den Bos, Wilke en Lind 1998, Van den Bos 2009, vooral p. 89-100.

40 Eisenberger, Lieberman en Williams 2003, Van den Bos e.a. 2008, Hulst 2017.

41 Zie Van den Bos 2014, p. 6-7, het experiment met Marie-Claire en Priscilla, en Hulst 2017, hoofdstuk 5.

42 Marseille, De Waard, Laskewitz 2015, p. 2013.

43 Van den Bos 2005, p. 273-300, Lind en Tyler 1988.

vaarden en er naar te leven. Als gevolg daarvan zullen ze ook de legitimiteit<sup>44</sup> van die autoriteit hoger achten.<sup>45</sup> Omgekeerd, zullen mensen die vinden dat zij oneerlijk zijn behandeld door een autoriteit, minder coöperatief zijn, eerder een klacht indienen of juridische (vervolg)stappen ondernemen om hun zaak (nogmaals) te bepleiten of zelfs sociaal 'afhaken' en anti-sociaal gedrag gaan vertonen.<sup>46</sup> Aan het begin van deze subparagraaf noemde ik al als breder doel van rechtspraak het op een vreedzame en gereguleerde manier tot een oplossing brengen van conflicten. De hier genoemde gevolgen van ervaren procedurele rechtvaardigheid sluiten nauw bij die bredere doelen bij aan.

Een veelzeggend resultaat vind ik een onderzoek in Canberra, Australië, in een strafrechtelijke *setting*. Volwassenen die waren gearresteerd voor dronken rijden en wier zaken werden behandeld via verschillende juridische procedures, waaronder bij traditioneel werkende rechtbanken, werden (a) direct na de afhandeling van hun zaak, (b) twee jaar daarna en (c) weer twee jaar daarna geïnterviewd. Vooral de uitkomst van de interviews vier jaar na de afhandeling van hun zaak is hier van belang. De recidive van diegenen die de behandeling van hun zaak als *fairer*, eerlijker, ervoeren en daarom de wet als legitiemer beschouwden (dat laatste was vastgesteld in het interview direct na en twee jaar na de afhandeling van hun zaak), was maar een kwart ten opzichte van de recidive van diegenen die de wet als minder legitiem beschouwden. *'It is striking that people's experiences in a courtroom or at a conference with legal authorities, something that lasts at best a few hours, can be strongly affecting their behavior several years later.'*<sup>47</sup>

Deze resultaten/gevolgen van positieve ervaringen op dit vlak worden in de onderzoeksliteratuur onderkend als een zelfstandige fase die een partij doormaakt, het *fair process effect*.<sup>48</sup>

#### 2.4 *Welke factoren beïnvloeden ervaren procedurele rechtvaardigheid?*

We weten dat er sterke relaties zijn tussen bepaalde factoren, bijvoorbeeld met respect worden behandeld en de mogelijkheid krijgen te zeggen wat je van belang vindt ('voice'), enerzijds en ervaren procedurele rechtvaardigheid anderzijds.<sup>49</sup>

Dit is op zichzelf niet merkwaardig. Als ik het vergelijk met mijzelf in een situatie waarin de burger zich bevindt in een bestuursrechtelijke procedure, krijg je bijvoorbeeld dit. Ik vind het belangrijk

44 Eigenlijk is hier bedoeld '*legitimacy*' wat in de Engelse taal een bredere betekenis heeft. In het Nederlands duidt '*legitimiteit*' vooral op wet- en rechtmatigheid. In het Engels kan die term ook duiden op het gerechtvaardigd achten van het optreden van een autoriteit; dan gaat het dus om aanvaard gezag.

45 Van den Bos 2011, Van den Bos en Van der Velden 2013.

46 Greenberg 1993, Greenberg 1997, Greenberg en Lind 2000, Lind 2001 en Lind, Greenberg, Scott en Welchans 2000.

47 Tyler 2007A, p. 27, en Tyler 2007B.

48 Van den Bos 2005.

49 Lind en Tyler 1988, Leventhal 1980, Van den Bos 2005.

thuis over een goede computer te beschikken en ik heb daar ook een behoorlijk bedrag voor over, maar ik weet bijna niets van computertechniek, dus met een uitleg van technische details in een computerwinkel kan ik niet beoordelen of ik nu wel of niet een goede computer koop. Dat lijkt erg op de situatie van de burger in een bestuursrechtelijke procedure. Het gaat om iets wat hij belangrijk vindt (bijvoorbeeld het behoud van zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering) en daar is ook veel geld mee gemoeid (een arbeidsongeschiktheidsuitkering voor potentieel nog vele jaren in plaats van het alternatief, een bijstandsuitkering, gaat om grote bedragen), maar de techniek, in dit geval de juridische techniek, waarmee wordt beslist of hij recht heeft op die uitkering, ontgaat de burger vaak grotendeels.

Wat doe ik nu in een computerwinkel? Zoals gezegd, met puur technische uitleg (bijvoorbeeld 'PCI bussnelheid') kan ik niets. Als de winkel er netjes uitziet, als de verkoper beleefd is, werkt dat positief. Daarmee krijg ik de indruk dat de winkel zijn klanten serieus neemt. Als de verkoper zegt 'Ik zou maar snel beslissen, want morgen is die aanbieding er weer uit' loop ik vermoedelijk de winkel uit. Dat alles heeft niet echt met een goede computer te maken, maar ze beïnvloeden wel mijn gedrag. Als de verkoper vraagt 'waarvoor gebruikt u uw computer, vooral voor tekstverwerking, voor *games* of voor zware berekeningen?' komt het in de buurt van mijn poging een goede computer aan te schaffen, maar belangrijker nog, ik percipieer dat als belangstelling van de verkoper voor wat ik wil.

De gedachte over de hiervoor genoemde relatie tussen die factoren als respect en *voice* enerzijds en ervaren procedurele rechtvaardigheid anderzijds is dat ook de burger in een rechtszaak en vooral in de rechtszaal zal letten op allerlei *cues* die weliswaar op zichzelf niet direct gerelateerd zijn aan het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering, maar wel van invloed zijn op zijn antwoord op de vragen of hij eerlijk wordt behandeld en of hij serieus wordt genomen. Dat ze aanknopingspunten, *cues*, zoeken, heeft er waarschijnlijk mee te maken dat ze *sense-makers* zijn: ze proberen informatie te vergaren om de situatie te begrijpen; ze gebruiken de informatie die ze (wel) voor handen hebben.<sup>50</sup>

In het onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid zijn vele factoren gevonden. Ik noem een aantal in onderzoek of artikelen geïdentificeerde factoren:

- respect (word ik respectvol behandeld),
- voice en due consideration (mag ik mijn zegje doen én neemt de rechter die standpunten serieus in overweging),
- explanation (zowel over hoe de procedure verloopt als over mogelijke uitkomsten van de zaak; dat is informatie over de mate waarin mij serieus een kans wordt geboden),
- process control (énige mate van invloed op de wijze waarop de procedure verloopt; dit wordt vaak als onderdeel van *voice* gezien),
- begrijpelijkheid (doet de rechter zijn best mij deel te laten zijn van mijn procedure, zowel tijdens de zitting als in de uitspraak, dus geen nodeloos jargon),
- neutraliteit (de rechter heeft geen eigen belang in de uitkomst van de zaak),
- betrouwbaarheid (bekwaamheid, welwillendheid, integriteit),

50 Van den Bos 2009, p. 93-95.



- consistentie (eerdere ervaringen van betrokkene en ervaringen waarover betrokkene heeft gehoord zijn niet heel anders dan wat betrokkene in deze procedure meemaakt),
- accuraatheid (correctheid, de rechter getuigt niet van (evidente) onjuistheden in wat hij zegt op de zitting of opneemt in zijn beslissing, baseert zich correct op feiten in het dossier),
- professionaliteit (de rechter getuigt van vakkundigheid).<sup>51</sup>

Van belang is dat al deze *drivers* gaan over de manier waarop ze worden *ervaren*, dus ook bij bijvoorbeeld professionaliteit gaat het niet om de geleerdheid en vakkundigheid van de rechter, maar om de wijze waarop hij als professioneel wordt ervaren.

De eerste vijf zijn alle terug te leiden tot: word ik serieus genomen als gewaardeerde burger van deze (*ónze*) samenleving of ben ik maar een dossiertje, een ‘nummer’? Dat gaat dan om binnen- of buitengesloten voelen.<sup>52</sup>

Verder is het van belang dat een burger die een rechtszaak meemaakt wellicht niet al die factoren apart ervaart en kan evalueren. Het is meer een globale indruk, waarbij we wel weer weten dat het *begin* van de interactie een belangrijke rol speelt.<sup>53</sup> Wat precies in die *global impression* naar voren treedt kan per situatie en per persoon verschillen,<sup>54</sup> maar het is wel logisch dat vooral de eerste drie factoren een belangrijke rol spelen: die leveren betrokkene immers de *eerste* indrukken op: word ik (aan het begin van de zitting) met respect behandeld, vertelt de rechter mij hoe de zitting zal verlopen, mag ik mijn zegje doen en besteedt de rechter daar serieuze aandacht aan.<sup>55</sup> Op basis van die eerste indrukken vormt betrokkene zich een oordeel en dat eerste oordeel treedt dan als *anchor*<sup>56</sup> op; het anker legt het punt vast waar vandaan de rest van de interactie wordt geïnterpreteerd.

51 Zie met name Thibaut en Walker 1975, Leventhal 1980, Lind en Tyler 1988, Van den Bos, Vermunt en Wilke 1996, Van den Bos 1996 en Van den Bos 2011. Verder kan worden gewezen op Finkel 2001, Moorman 1991, Van den Bos 2005 en Van den Bos 2007A. Sommige van deze ‘lijstjes’ hebben een *empirische* basis, andere zijn lijstjes met *veronderstelde* factoren.

52 Vergelijk Lind 2001 en Hulst 2017, met name hoofdstuk 5.

53 Ambrose en Schminke 2009, Van den Bos, Lind, Vermunt en Wilke 1997, Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014, p. 19, Lind 2001, Proudfoot en Lind 2013, paragraaf 2, en Lind 2015.

54 Lind en Tyler 1988.

55 Lind 2015, p. 25-28.

56 Als je in een nieuwe situatie (bijvoorbeeld een rechtszaal) binnenkomt, vorm je je op basis van eerste indrukken een oordeel of de boel te vertrouwen is en of je (in deze context) eerlijk zult worden behandeld (dat gebeurt in een al snel optredende *judgment phase*); dat oordeel fungeert dan als anchor; daarop volgende ervaringen worden geïnterpreteerd als afwijking of bevestiging van dat eerste oordeel en dus met dat oordeel als vertrekpunt van de verdere beoordelingen; dat eerste oordeel blijft in beginsel overeind (in de *use phase*) en pas bij daarmee strijdige volgende ervaringen die over een zekere drempel komen, wordt dat eerste oordeel bijgesteld. Zie Lind 2001, met name p. 71-76.

## 2.5 Hoe geeft de rechter gestalte aan procedurele rechtvaardigheid?

Voor operationalisering is zo'n lange lijst van factoren op zijn minst moeilijk. Wat moet de rechter doen om gestalte te geven aan procedurele rechtvaardigheid? Hierbij spelen – van geheel verschillende aard – vier problemen.

Het eerste probleem is dat het gaat om *ervaren* procedurele rechtvaardigheid, zodat de rechter alleen zijn best kan doen om gestalte te geven aan die procedurele rechtvaardigheid, maar uiteindelijk niet even de ervaren procedurele rechtvaardigheid bij partijen kan 'aan zetten' alsof het een aangenaam muziekje is. De overdracht tussen het optreden van de rechter enerzijds en de ervaring van partijen anderzijds, is geen een-op-eenrelatie. De rechter kan zijn best doen procedurele rechtvaardigheid te bewerkstelligen, maar dat is het dan ook. In de angelsaksische literatuur spreekt men over 'behaviour that *enhances* perceived procedural justice', een woord dat zich maar moeilijk laat vertalen; 'vooruit helpen', 'versterken' of 'bevorderen' dient zich dan als beste vertaling aan.<sup>57</sup>

Het tweede probleem is dat de hierboven genoemde factoren wellicht met elkaar samenhangen. Het is onvoorstelbaar dat een rechter bijvoorbeeld partijen wel volledig hun zegje laat doen en ook blijkt geeft dat hij hun standpunten in overweging neemt, maar partijen niet met respect behandelt. Veel van deze factoren kunnen het dus niet zonder elkaar stellen. Het is een analytisch zinvol onderscheid, maar in het daadwerkelijk optreden, met name op de zitting, komt het als een *package deal*. Dat is de kant van de rechter. Aan de kant van partijen is het ook onwaarschijnlijk dat zij die elementen als het ware los evalueren; ze houden aan een behandeling van hun zaak na afloop van de zitting waarschijnlijk, zoals gezegd, een globale indruk, een *overall impression* van een groot aantal factoren tezamen, over.<sup>58</sup>

Daarmee hangt samen dat van partijen niet moet worden verwacht dat zij deze factoren al te rationeel evalueren. Zo'n evaluatie is *hot cognitive*, snel en vaak onbereflecteerd; de rechter weet wat hij bedoelt en wil uitstralen, dus die beschouwt zijn aandeel in de zitting wellicht als een geheel van signalen, maar partijen moeten maar gissen naar zijn bedoelingen; voor partijen kan één blijf van inleving van de rechter hét bepalende moment zijn, maar voor hen kan ook één foute opmerking van de rechter veel sterker doorwerken dan voor de rechter zelf; partijen zijn geen *computing systems*.<sup>59</sup>

Het derde probleem is een onderzoekskwestie. Sociaal psychologen hebben tot nu toe veel van deze factoren in relatie tot ervaren procedurele rechtvaardigheid onderzocht, maar nog nooit in een al die factoren omvattende analyse. Er is geen algemeen aanvaarde schaal, geen top vijf, van de belangrijkste factoren. Dus het valt niet gemakkelijk

57 Verburg en Schueler 2014, p. 62.

58 Ambrose en Schminke 2009, Van den Bos, Lind, Vermunt en Wilke 1997, Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014, p. 19, en Proudfoot en Lind 2013, paragraaf 2.

59 Van den Bos 2011, p. 41, Van den Bos 2007B. Rechters trouwens ook niet als zij omgekeerd de bedoelingen van partijen proberen in te schatten; ook zij zijn dan wellicht overgevoelig voor die ene opmerking waarmee (volgens hen) een partij haar werkelijke aard liet zien.

vast te stellen wat nu vooral de aandacht van rechters behoeft als zij aandacht willen schenken aan procedurele rechtvaardigheid.<sup>60</sup> Gelet op wat bij het tweede probleem werd gezegd over de globale indruk, is ook niet waarschijnlijk dat zo'n top vijf er komt.

Het vierde probleem is dat wij wel weten dat bepaalde factoren, zoals respect en *voice*, belangrijk zijn, maar dat laat nog onbeantwoord h oe je als rechter dat spel op de wagen zet. Wat moet een rechter doen, zeggen en laten zien om aan partijen duidelijk te maken dat hij respect voor hen heeft, dat hij geïnteresseerd is in wat ze inbrengen?<sup>61</sup>

Bij een gebrek aan empirisch onderzoek naar deze vier problemen, is het riskant in een normatief onderzoek als dit keuzes te maken. Het eerste probleem is principieel van aard: de rechter kan zijn best doen, maar of partijen zijn optreden als eerlijk ervaren is daarmee niet gegeven. Het tweede probleem is in ieder geval reduceerbaar. Consistentie, neutraliteit, correctheid, professionaliteit en gepastheid van gedrag zijn alle langdurig gedragen waarden in de bestuursrechtspraak; zij staan wel eens onder kritiek, maar grote problemen of een sterke behoefte aan verandering is op die punten niet direct voelbaar. Concentratie op de overige factoren, respect, *voice* (inclusief *process control*) samen met *due consideration*, informatie over de gang van zaken (procedureel en inhoudelijk) en begrijpelijkheid ligt daarom voor de hand.<sup>62</sup> Het derde probleem, het gebrek aan een 'top vijf', is daarmee niet opgelost, maar wel bestaat hiermee een focus op de verbetermogelijkheden voor de bestuursrechtelijke procedure. Het vierde probleem, het probleem van de manier waarop je gestalte geeft aan procedurele rechtvaardigheid, is mede het voorwerp van onderzoek in de volgende hoofdstukken, dus dat kan hier nog geen beantwoording krijgen. Overigens is dat laatste probleem heel casuïstisch, dus ook hierna valt hier maar beperkt iets over te zeggen.

## 2.6 *Subjectief of geobjectiveerd?*

Hiervoor zei ik al dat de onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid vooral ingaan op *ervaren* procedurele rechtvaardigheid. Als het gaat om dat type subjectieve elementen, treden er bij juristen allerlei wreveligheden op. Die vooropstelling van de subjectieve beleving is voor juristen een *Fremdkörper* in het systeem. Dat is niet vreemd, want de rechtspraak heeft tenslotte kernwaarden als gelijkheid en rechtszekerheid en het bieden van al te veel ruimte aan subjectieve elementen staat daarmee al snel op gespannen voet. Daalder vergelijkt de nadruk die in het denken over procedurele rechtvaardigheid wordt gelegd op de beleving van betrokken partijen met de criteria bij een wrakingsverzoek:

'Wat ik aan die benadering lastig [vind], is dat het subjectieve gevoel van de partij uiteindelijk leidend is of althans lijkt bij de beantwoording van de vraag of aan de eisen van procedurele rechtvaardigheid is voldaan. Dat is hetzelfde probleem als waarvoor de wrakingsrechter zich ziet gesteld als hij een oordeel moet geven over een wrakingsverzoek.

60 Verburg en Schueler 2014, p. 62.

61 Verburg en Schueler 2014, p. 62.

62 Vergelijk Verburg en Schueler 2014, p. 64. Zie ook Lind 2015 die respect, *voice* (en *due consideration*) en *explanation* als de belangrijkste factoren benoemt.

Dan is de louter subjectieve beleving van degene die [verzoekt om wraking] ook niet voldoende en zoekt de rechter naar een aanknopingspunt om dat subjectieve gevoel te objectiveren. Bij goede rechtsbedeling gaat het niet om de subjectieve beleving van partijen, maar wordt aan de hand van objectief vast te stellen feiten en omstandigheden een oordeel gegeven over het proces. Goede rechtsbedeling zou kunnen worden aangeduid als de 'behoorlijkheidskant' van de procedure bij de bestuursrechter.<sup>63</sup>

Ik denk niet dat dat 'hetzelfde probleem' is. Toewijzing van een wrakingsverzoek is vooral een *ultimum remedium* als er gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de subjectieve of objectieve onpartijdigheid. De rechter heeft dan naar gerechtvaardigde indruk bij één van de partijen het beeld opgeroepen 'naar één kant te hangen'. Dat gaat over uitzonderingen. De aandacht voor procedurele rechtvaardigheid gaat juist niet over uitzonderingen, maar over de regel: wat moet de rechter doen om er voor te zorgen dat partijen de (lees: elke) procedure als eerlijk en rechtvaardig ervaren.<sup>64</sup> Wrakingsverzoeken worden maar in enkele gevallen gedaan en in nog minder gevallen toegewezen, maar het streven naar procedurele rechtvaardigheid geldt juist voor alle zaken. Dat maakt vervolgens ook dat we de vraag wanneer een wrakingsverzoek moet worden toegewezen enerzijds en de vraag wat bevorderend is voor het bereiken van procedurele rechtvaardigheid anderzijds niet langs dezelfde meetlat kunnen leggen. Daarvoor zijn de doelen te verschillend. Bij wrakingsverzoeken loopt de boel in de soep als aan elk subjectief gevoel ruimte wordt gegeven, omdat dat instrument als een *ultimum remedium* is bedoeld. Vandaar ook dat het uitgangspunt, het vertrekpunt van de beoordeling is dat de onpartijdigheid van de dienstdoende rechter wordt aangenomen, totdat er redenen voor het aannemen van het tegendeel zijn, hetzij realiter, hetzij door gerechtvaardigde schijn. Daarom werkt daar uitsluitend een criterium dat een zekere objectivering en een zekere drempel heeft. Als je dat ook als criterium zou hanteren bij procedurele rechtvaardigheid, zou het in mijn ogen blijven steken in de procedures netjes volgen. Voor procedurele rechtvaardigheid werkt zo'n drempelcriterium niet. Als je als rechter wil dat partijen meewerken aan de procedure om deze succesvol af te ronden, dat zij uiteindelijk (goed) met de uitkomst van een zaak kunnen leven, dat zij de beslissing zullen naleven en dat zij vertrouwen in de rechter en de rechtspraak behouden, dan is het netjes volgen van de procedure een begin, maar ligt uiteindelijk de bepalende factor in het daadwerkelijk overbrengen op betrokkenen dat zij eerlijk en rechtvaardig zijn behandeld, dus in hun subjectieve beleving.

Aan de hand van wat Lind op 7 november 2013 zei tijdens een studiemiddag van de VAR en het Ministerie van BZK in Tilburg<sup>65</sup>, probeer ik nog scherper in beeld te krijgen dat de geobjectiveerde wereld van het recht én de subjectieve beleving van de 'ontvangende partijen' beide van eminent belang zijn en dat dat laatste belang niet kan worden gereduceerd tot een geobjectiveerde variant van procedurele rechtvaardig-

63 Daalder 2014, p. 161.

64 Overigens is neutraliteit in dat kader juist één van de bepalende elementen van procedurele rechtvaardigheid. Zie onder veel meer Tyler 2007A, p. 30.

65 Dankzij L. van der Velden (Ministerie van BZK) beschik ik over de uitgewerkte tekst van de tijdens die middag meelopende band.

heid, wat Daalder noemt de ‘behoorlijkheidskant’ van de procedure bij de bestuursrechter. Wat Lind zei is dit:

*‘Let’s think about both doing justice and being seen to do justice. [...]’*

*The law is about rationally analyzing situations. What is the correct thing to do? How can you design rules and procedures in such a way as to try and ensure accurate, evenhanded, results? [...] I would argue, in all cultures, certainly in western culture, the Rule of Law is extremely important and it is what we want to accomplish. The problem for me as a psychologist is: the legal analysis goes to the point of deciding ‘What is the right thing to do? What is the right decision to make?’ and then it assumes that people will comply. It stops at the point at which my science picks up and says ‘Well, let’s talk about behavior.’*

*[...] [O]bviously you don’t want a State where you don’t have objective justice, where you have the perception of justice without the objective justice. [...] But the argument I want to make to you is that, if we have the reality of justice without the perception of justice, we get into a different sort of problem. [...] There is an erosion in the legitimacy of the State<sup>66</sup>.’*

Teruggebracht tot zijn kern: naast (vanzelfsprekend) aandacht voor de toepassing van het objectieve recht op de feiten, is aandacht voor subjectief ervaren procedurele rechtvaardigheid nodig, zodat degenen over wie recht wordt gesproken, zich deelgenoot kunnen voelen van de beslissing. En het antwoord op de vraag of dat gelukt is, kan niet zonder die subjectieve component.

## 2.7 *Of gaat het toch om de knikkers?*

Tot nu toe heb ik gesproken over procedurele rechtvaardigheid en daarbinnen over de *ervaren* procedurele rechtvaardigheid als criterium voor partijen om de uitkomst, ook als die negatief is, te kunnen aanvaarden. Een mogelijke kritiek is natuurlijk dat het niet om het spel, maar om de knikkers gaat.<sup>67</sup> Als de ACM aan een natuurlijke persoon een boete oplegt wegens overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet van € 450.000,- (wat regelmatig gebeurt), lijkt het vrij waarschijnlijk dat betrokkene niet zonder slag of stoot dat bedrag gaat betalen, alleen maar omdat de procedure bevredigend is geweest. Dat idee pleit voor: het gaat om de knikkers.

Helemaal aan de andere kant het volgende. Tijdens een symposium op 7 maart 2012 vertelde Tyler dat bij een onderzoek naar de tevredenheid van partijen over Belgische rechterlijke procedures de uitkomst was dat vijftig procent van de partijen tevreden waren over de procedure. Hij vertelde verder dat de Belgische rechters dolblij waren met die uitkomst, omdat nu eenmaal ongeveer de helft van de partijen in rechterlijke procedures ongelijk krijgt, zodat die vijftig procent tevreden respondenten wel de maximaal bereikbare uitkomst zou zijn. Ik vermoed dat elke lezer voelt dat zo’n relatie tussen uitkomst en tevredenheid niet zo één op één is als hier wordt verondersteld.

<sup>66</sup> Hier is ‘the State’ bedoeld in ruime zin, inclusief de rechtspraak.

<sup>67</sup> Vergelijk Van Velthoven 2011 en 2012.

Er is dan, zoals hiervoor al gezegd, ook veel empirisch onderzoek dat er op wijst dat de manier waarop de procedure wordt ervaren, juist ook voor de ‘verliezer’ telt voor de aanvaardbaarheid van de uitkomst, de mate waarin hij zich aan de beslissing gaat houden en het gezag dat hij toeschrijft aan de autoriteit die de beslissing heeft genomen.<sup>68</sup> Dat idee pleit voor: het gaat (ook) om het spel.

In dat verband speelt er in de bestuursrechtspraak nog een extra element en dat gaat niet over de ervaren procedurele rechtvaardigheid bij de bestuursrechter zelf, maar om de procedurele rechtvaardigheid zoals de burger die al of niet heeft ervaren in de bestuurlijke voorfase, doorgaans de bezwaarfase. In zo’n zaak over een mededingingsboete van € 450.000,- zal het vaak vooral over de werkelijke uitkomst in harde euro’s gaan, maar in de bestuursrechtspraak kom je ook veel zaken tegen van mensen die alleen al of hoofdzakelijk naar de rechter stappen, omdat zij de procedure bij het bestuursorgaan als oneerlijk en onrechtvaardig hebben ervaren: ze zijn niet gehoord in bezwaar, ze zijn in hun ogen onheus bejegend door de verzekeringsarts, ze zijn afgekapt terwijl ze net wilden vertellen over hun situatie en ga zo maar door. In zo’n geval zoekt de burger vaak compensatie bij de rechter voor zijn frustrerende ervaring bij het bestuursorgaan. De bestuursrechter schaakt op die manier op twee borden van procedurele rechtvaardigheid.<sup>69</sup>

De laatste jaren bestaat binnen de sociale psychologie waarbinnen onderzoek wordt gedaan naar procedurele rechtvaardigheid meer aandacht voor het interactie-effect tussen (ervaren) uitkomst en ervaren procedurele rechtvaardigheid.<sup>70</sup> Dit houdt in dat het ‘*fair process effect*’, dus de positieve reactie die iemand ervaart als hij zich eerlijk behandeld voelt, niet geïsoleerd is van de uitkomst van de procedure.<sup>71</sup> Dit *fair process effect* zal sterker optreden (belangrijker zijn) als de uitkomst ongunstig is dan wanneer de uitkomst gunstig is.<sup>72</sup> Ook dit is weer vrij logisch: de ‘winnaar’ van een procedure zal zich minder bekommeren om de wijze waarop hij is behandeld en de redenering in de uitspraak dan de verliezer.<sup>73</sup>

Dat laatste heeft een belangrijke implicatie voor de rechtspraak. Het gaat om de ‘knoppen’ waaraan wel en waaraan niet kan worden gedraaid. Hoe sympathiek het standpunt van een partij ook mag zijn, dat kan niet de beslissing in de zaak bepalen. Uiteindelijk draait het om de argumenten die men aanvoert. Dus het antwoord op de vraag of de ene dan wel de andere partij gelijk krijgt, blijft een kwestie van goed argumenteren en het passen van de feiten in de juridische puzzel. De uitkomst van de zaak is daarmee uiteindelijk geen ‘knop’ waaraan de rechter kan draaien. Maar de rechter kan wel partijen in de beste gelegenheid stellen hun ‘gelijk’ te behalen.

68 Zie Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014, paragrafen 2.3 en 2.4, p. 7-9, voor verwijzingen naar onderzoeken in het buitenland, paragrafen 3.1 en 3.2, p. 9-11, voor de data uit onderzoek in Nederland naar de informele aanpak, o.a. in bezwaar, en p. 18, subparagraaf 4.1.

69 Allewijn 2011, paragraaf 4.3, 4.4 en 5.1.

70 Grootelaar 2018.

71 Tyler en Lind 2001, p. 78.

72 Brockner en Wiesenfeld 1996, Brockner 2010, Grootelaar 2018.

73 Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014, subparagraaf 3.3, p. 12-13.

Dat laatste doet hij via het bevorderen van procedurele rechtvaardigheid (met name respect, *voice* en *due consideration* en *explanation*). Hij plaatst partijen daarmee, zo is de bedoeling, in hun optimale positie om hun gelijk te behalen én hij maakt partijen, zo is eveneens de bedoeling, daarmee duidelijk dat zij een eerlijke kans krijgen, dat hun recht wordt gedaan. Zijn best doen de door partijen ervaren procedurele rechtvaardigheid te bevorderen, is de 'knop' waaraan de rechter kan draaien.

In plaats van de óf-óf-discussie,<sup>74</sup> ga ik daarom in dit onderzoek uit van een én-én-gedachte. Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid niet als een alternatief voor de tot voor kort gebruikelijke manier van rechtspreken met een nadruk op de rechtmatige uitkomst, maar als een 'gewoon' en ook noodzakelijk onderdeel van goede rechtspleging, naast de zorg voor een rechtmatige uitkomst. In de direct hiervoor genoemde sociaal-psychologische literatuur wordt overigens, zoals al gezegd, gefocust op de *ervaren* gunstigheid of ongunstigheid van de uitkomst en niet op de *geobjectiveerde* rechtmatigheid van de uitkomst. In dit onderzoek problematiseer ik dat (op zichzelf belangrijke) onderscheid niet, omdat de uitkomstkant hier als gegeven wordt genomen. Waar het mij in dit onderzoek wel om te doen is, is zoals gezegd de ervaren procedurele rechtvaardigheid. Het problematische van het rechterlijk optreden waarop sociaal-psychologen rechters wijzen, is in zijn kortste samenvatting dat een mooi en menselijk beginsel, zoals dat van hoor en wederhoor, in de organisatie van de rechtspraak is verworden tot een regel(tje). Hebben alle partijen op de zitting het woord kunnen voeren? Vinkje (✓). Dan is voldaan aan het vereiste van hoor en wederhoor.<sup>75</sup> Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid daarentegen is, eveneens in de kortste samenvatting, 'to make it all more human', zoals Lind dat uitdrukte in een interview.<sup>76</sup> Waar het mij dus om gaat is dat ook de uiteindelijke verliezer de beste mogelijkheid heeft gekregen zijn standpunt naar voren te brengen om daarmee gelijk te krijgen en dat ook die verliezer kan ervaren dat hem recht is gedaan.

## 2.8 *Conclusie*

In deze paragraaf is besproken dat naast aandacht voor een rechtmatige uitkomst (ook wel distributieve rechtvaardigheid genoemd) ook aandacht voor procedurele rechtvaardigheid nodig is. Daarbij gaat het om de door partijen *ervaren* procedurele rechtvaardigheid. Ervaren procedurele rechtvaardigheid komt er op neer dat een partij zich eerlijk en rechtvaardig behandeld voelt. Onderzoek laat zien dat een hoge mate van ervaren procedurele rechtvaardigheid ertoe leidt dat iemand beter meewerkt aan het succesvol afronden van de procedure, de uitkomst beter kan aanvaarden, ook als die negatief is, de beslissing vaker zal naleven en vaker vertouwen in de rechter en de rechtspraak zal behouden. Verder is besproken dat er vele factoren zijn die van invloed zijn op ervaren procedurele rechtvaardigheid, maar dat in dit onderzoek de focus zal liggen op:

74 Daalder 2014, p. 161. Zie ook Van Velthoven 2011 en 2012 en Grootelaar 2018.

75 Zie hoe problematisch NZB kan uitpakken op dit punt: ABRvS 4 maart 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:648), overwegingen 2 en 2.1.

76 Van den Bos en Van der Velden 2013, p. 42.

- respect,
- *voice* en daarmee samenhangend *due consideration* en
- de informatie over de gang van zaken en de mogelijke uitkomsten (*explanation*).

Ten slotte is gekozen voor een én-én-gedachte: aandacht voor de uitkomst en aandacht voor de ervaren procedurele rechtvaardigheid en hun onderlinge samenhang, maar met de focus op procedurele rechtvaardigheid in dit onderzoek.

### 3 GEZAG IN DE PROBLEMEN<sup>77</sup>

#### 3.1 *Inleiding*

Procedurele rechtvaardigheid, het onderwerp van de vorige paragraaf, en gezag, het onderwerp van deze paragraaf, zijn sterk met elkaar verbonden. Hieronder bespreek ik hoe het staat met het gezag, in het bijzonder het rechterlijk gezag, in het huidige tijdperk. Het oriëntatiepunt in deze bespreking is ‘hoe moet de rechter omgaan met de huidige gezagsbeleving?’. Daarbij komen de volgende onderwerpen aan bod: gezag dat niet meer automatisch is, de verschoven verhouding tussen institutioneel en persoonlijk gezag, de gedachte dat rechtspraak ook machtsuitoefening is waarbij partijen geen optie hebben en de ingrediënten van moderne gezagsuitoefening.

#### 3.2 *Gezag is niet meer automatisch. Persoonlijk gezag is belangrijker geworden*

In de jaren 80 zei de kraakbeweging tegen overheid en rechter ‘Uw rechtsstaat is de mijne niet’. Wat de kraakbeweging duidelijk maakte, is dat gezag niet meer automatisch aanvaard was. Zij waren voorlopers, maar de brede indaling dat gezag niet automatisch is, vindt pas aan het einde van de 20<sup>e</sup>/het begin van de 21<sup>e</sup> eeuw plaats, mede onder invloed van sociale media, de politiek die openlijker de rechtspraak bekritiseert, omroepen als *PowNed* en internetfora als *geenstijl.nl* waar alles bekritisbaar en reageerbaar is.

Dat het gezag van de rechter niet meer automatisch is, is inmiddels een algemeen aanvaarde notie: voorheen breed gedragen waarden worden tot keuzes die iedere mens voor zich maakt.<sup>78</sup> Mak, Brinkgreve en Van der Kraats bevestigen dit en beklemtonen het belang van de tijdigheid en correctheid van het *individuele* rechterlijke optreden, de kwaliteit van de beslissing, de (door de motivering, mondeling of schriftelijk,

---

<sup>77</sup> Deze paragraaf is een bewerking van paragrafen 3.2 en 3.3 van Verburg 2015.

<sup>78</sup> Zie ook vroegtijdig hierover Hol 1999, p. 72-75.



verwezenlijkte) overtuigingskracht, de transparantie van de wijze waarop tot de rechterlijke beslissing wordt gekomen en de communicatie.<sup>79, 80, 81</sup>

De gezagskloof is ernstiger. Niet alleen is gezag niet meer automatisch, de verhouding tussen institutioneel gezag en persoonlijk gezag is de afgelopen jaren ook nog eens bijna omgekeerd of op zijn minst tweerichtingsverkeer geworden. Gezag was tot ongeveer de jaren 70 nog primair institutioneel en daarvan afgeleid persoonlijk. Dat houdt in dat de rechtspraak nog steunde op een grote mate van institutioneel gezag; de individuele rechter leidde via de toga, het gerechtsgebouw, het podium, het portret van de Majesteit, via kortom de hele *setting* van de rechtspraak, zijn gezag af van dat institutionele gezag. En daarom kon de rechter eigenlijk zeggen wat hem goed dunkte, want het werd geaccepteerd als het in concreto gestalte krijgen van het institutionele gezag van de rechtspraak. Persoonlijk gezag staat nu veel meer op de voorgrond. Iets preciezer: er is nog steeds wel een institutioneel gezag op voorhand aanwezig, maar als bij een concrete confrontatie<sup>82</sup> met een gezagsdrager, de vertegenwoordiger van die institutie, iets 'niet lekker loopt', staat dat (gebrek aan) persoonlijk gezag snel op de voorgrond. In elke zaak kan de rechter door hard te werken persoonlijk gezag verwerven<sup>83</sup> en als hij dat goed doet, straalt dat positief af op het gezag van de rechtspraak.<sup>84</sup> Dat is de situatie waarin de rechter (net als andere gezagsdragers) verkeert.<sup>85</sup> Voor dat persoonlijk gezag zijn communicatie en transparantie essentieel. Hirsch Ballin noemt in dit verband transparantie een constitutioneel beginsel dat, zij het onder andere benamingen, is terug te vinden in de ideële ondergrond en de praktische werking van de democratische rechtsstaat.<sup>86</sup>

De gedachte dat institutioneel gezag geen rol meer speelt zou onjuist zijn: Nederland is nog steeds een *high-trust* samenleving.<sup>87</sup> Meer dan in bijvoorbeeld de Verenigde Staten, maar ook meer dan in veel andere Europese landen, genieten de overheids-

---

79 Zie drie bijdragen in de special over gezag en rechtspraak van Recht der Werkelijkheid Mak 2014, Brinkgreve 2014 en Van der Kraats 2014. Verder: Soeharno 2013. In die bijdragen komen ook onafhankelijkheid, onpartijdigheid, integriteit en professionaliteit aan de orde als elementen die van belang zijn bij het behouden en versterken van gezag, maar ik concentreer mij hier op communicatie en transparantie.

80 Vergelijk voor de soortgelijke situatie in de overheid, buiten de rechterlijke macht Meuwese 2014, p. 10-12, en binnen de bestuursrechtspraak Marseille 2012, met name p. 15-32.

81 Bokhorst en Witteveen 2013; Witteveen 2001, p. 387-392.

82 Als betrokken partij of indirect via de media. In deze subparagraaf concentreer ik mij op de partijen.

83 Nog een keer iets preciezer: het institutionele gezag dat op voorhand aanwezig is in de concrete confrontatie waar maken.

84 Van den Brink 2012.

85 Vergelijk het onderscheid tussen *confidence* (vertrouwen op), waarbij de aandacht uitgaat naar de institutie, het systeem, en *trust* (vertrouwen in), waarbij de aandacht uitgaat naar de persoonlijke interactie met een gezagsdrager in een concrete situatie, zoals besproken in Van den Bos en Brenninkmeijer 2012, met name p. 1453-1456.

86 Hirsch Ballin 2013; Jonkers is daarentegen kritisch over de aangenomen positieve relatie tussen transparantie en vertrouwen: Jonkers 2013.

87 Zie bijvoorbeeld het jaarverslag over 2013 van de Raad voor het openbaar bestuur, p. 8 ([www.rob-rfv.nl](http://www.rob-rfv.nl)), Dekker 2012 en Van den Bos en Brenninkmeijer 2012, p. 1452-1453, onderzoek van het CBS, 15 mei 2017 ([www.statline.cbs.nl](http://www.statline.cbs.nl)): mensen met vertrouwen in rechters (2016): 71 procent (waarbij moet

representanten en in het bijzonder de rechters een hoge mate van vertrouwen.<sup>88</sup> Toch is er een probleem en dat is dat gezag, ook van de rechter, niet meer automatisch is en steeds meer vanuit persoonlijk optreden ‘gebouwd’ moet worden.<sup>89</sup> Het relatief hoge gezag is dus niet het einde van het verhaal, maar is wel een ‘reservoir van goede wil’.<sup>90</sup>

Van den Brink zegt over dit accent op persoonlijk gezag: ‘Er ontwikkelt zich [...] een nieuwe vorm van gezag, waarbij enerzijds de *interactie* tussen machthebber en onderdaan wordt benadrukt terwijl er anderzijds meer aandacht naar de *professionele* en *persoonlijke* kwaliteiten van leidinggevend[en] [waaronder ook rechters begrepen worden, DAV] gaat.’<sup>91</sup> En over de risico’s daarvan: ‘Het persoonlijk gezag moet een gebrek aan institutioneel en positioneel gezag goedmaken. Dat zal sommigen wel lukken, maar veel anderen niet.’<sup>92</sup>

Dat laatste is op het niveau van persoonlijke vaardigheden om communicatief en transparant te zijn, een relatie met de burger aan te gaan, maar het is algemener. Het karakter van het werk van de rechter – zo beleven rechters dat in ieder geval – maakt dat een eenzijdig pleidooi voor meer transparantie niet op zijn plaats is. Rechters aan wie wordt gevraagd ‘Transparantie is belangrijk...’, kruisen bij ‘omdat rechters daardoor op meer vertrouwen van het publiek kunnen rekenen’ vaak ‘(geheel) mee eens’ aan (47 procent van de ondervraagde rechters). Rechters aan wie wordt gevraagd ‘Beslotenheid is belangrijk...’, kruisen bij ‘omdat gepaste afstand tot de samenleving voor de rechtspraak noodzakelijk is’ ook vaak ‘(geheel) mee eens’ aan (38 procent).<sup>93</sup> Het is ook vrij logisch dat afhankelijk van de context en het type rechterlijke activiteit dat aan de orde is, soms transparantie en soms beslotenheid geboden is.<sup>94</sup>

In ieder geval in de continentale traditie gaat het niet om transparantie in de zin van *dissenting opinions*, laat staan transparantie over het overleg in raadkamer. In mijn analyse zie je in de twee bovenstaande antwoorden van rechters precies het spanningsveld tussen de gewenste nabijheid en de gewenste afstand. Directer gezegd: de rechter zit er wel als mens, maar niet als privépersoon.

Hieronder, in subparagraaf 3.5, bespreek ik de relatie tussen modern gezag en procedurele rechtvaardigheid. Daarop vooruitlopend zeg ik vast hier dat het in mijn ogen

---

worden aangetekend dat de rechters dan wel de hoogste vertrouwensscore van alle organisaties halen).

88 Brinkgreve 2014, p. 87 en p. 89.

89 Bokhorst en Witteveen 2013; Witteveen 2001, p. 387-392.

90 Grimmelhuijsen 2018, p. 26 met verwijzing naar Easton 1975, p. 444.

91 Van den Brink 2012, p. 33. De gemiddelde rechter zal zich ongemakkelijk voelen bij termen die hier worden gebruikt, zoals ‘machthebber’, ‘onderdaan’ en ‘leidinggevend[en]’, maar hij moet dat maar even voor lief nemen, omdat het hier nu eenmaal gaat om gezagsdragers in brede zin, van leraren, tot politieagenten, tot rechters.

92 Jansen, Van den Brink en Kneyber 2012, p. 315.

93 Zie voor deze en meer cijfers over wat rechters zelf van transparantie vinden: Prins, Van der Mijl en Tiemeijer 2013, in het bijzonder p. 214.

94 Vergelijk Lasser 2009A, hoofdstuk 6 en 10, met name p. 323-330, die beschrijft hoe beslotenheid in de Franse rechtspraak mogelijkterwijs juist bijdraagt aan de kwaliteit van het interne debat.

in de eerste plaats gaat om transparantie op de zitting: (a) hoe verloopt de procedure als geheel en op de zitting in het bijzonder, (b) wat is wel en niet mogelijk te behalen in deze procedure en (c) wat moeten partijen nog doen om hun doel in deze procedure te behalen? De rechter toont daarbij begrip voor de situatie waarin partijen verkeren. Na het tonen van dat begrip vraagt hij betrokkene of hij hem mag meenemen in de reis langs de juridische hobbels die de rechter moet nemen alvorens betrokkene te kunnen geven wat hij wil. Of vertelt hij betrokkene dat dat in deze procedure niet te behalen valt. Of vertelt hij betrokkene dat die daarvoor nog wel het een en ander moet doen, bijvoorbeeld door het inbrengen van bewijs. Als het niet om een juridische beslissing in de vorm van een uitspraak gaat, vertelt hij betrokkene wellicht welke weg te bewandelen valt om een schikking te bereiken (met *checks* bij de tegenpartij) en wat zijn rol als rechter daarin wel en niet kan zijn. Het gaat om al dit soort vormen van transparantie. Te verwachten resultaat bij de burger is dat deze zich serieus genomen zal voelen als gerespecteerd lid van deze samenleving en niet als een nummer, een dossier. Te verwachten resultaat bij de gemachtigde van het bestuursorgaan is dat deze zich verzekerd weet van een 'eerlijk spel' waarin ook het overheidsbelang voldoende aandacht krijgt.

Daarnaast gaat het om de uitspraak. Daar treedt een nieuw fenomeen op dat een merkwaardig gevolg is van de NZB-benadering van veel bestuursrechters. Voorafgaande aan de NZB kon het goed zijn dat rechters alles wat op de zitting te berde kwam dat niet paste in de juridische puzzel bruto afkapt met de mededeling dat het daarom nu niet ging. Dat kon emoties van de burger betreffen of belangen, terwijl er geen ruimte voor belangenafweging was of dat kon belangen betreffen die vanwege het specialiteitsbeginsel geen rol konden spelen in de belangenafweging of aspecten van het onderliggende conflict die buiten de grenzen van de omvang van het geding gingen. Veel rechters zijn er met de NZB-aanpak toe overgegaan om op de zitting veel ruimte te bieden voor emoties, belangen en het onderliggende conflict. Dat is in het licht van wat is gezegd in paragraaf 2 en deze subparagraaf allemaal heel mooi, maar als na die ruimhartige zitting die van veel begrip getuigt een uitspraak volgt die geen 'huwelijk' aangaat met sfeer en inhoud van de zitting en de attitude van de rechter, gaat het alsnog mis. Boekema laat in haar proefschrift overtuigend zien dat als de uitspraak een *mismatch* vormt met de zitting, dat een belangrijke reden is om hoger beroep tegen de uitspraak van de eerstelijnsrechter in te stellen.<sup>95</sup> Over taalgebruik (woordkeuze, jargon, zinsconstructies, de opbouw van de gedachtegang en het al of niet geven van uitleg) in uitspraken valt veel te zeggen.<sup>96</sup> Op al die punten zou de rechter meer kunnen doen. Maar belangrijker is dat op de zitting allerlei aspecten zijn besproken die geheel niet terugkeren in de uitspraak. De jurist in dienst van een rechterlijk college in de continentale rechterlijke traditie is juist getraind om alles wat niet bijdraagt aan de redenering in het syllogisme niet op te schrijven. Een van de meest gehoorde vragen in raadkameroverleggen is 'Hebben we het nodig?' en het gewenste antwoord is dan 'nee'. Het lijkt er gelet op het proefschrift van Boekema sterk op dat de verrijkte zitting geen huwelijk is aangegaan met een verrijkte uitspraak waarin de

95 Boekema 2015, p. 146-147.

96 Van der Bruggen 2016, Grimmelikhuijsen 2018, p. 23-24, Verburg 2018C.

rechter inzicht biedt in zijn gedachtegang, waarbij hij laat zien dat hij alle besproken aspecten heeft betrokken in zijn beslissing.<sup>97</sup>

Als de nadruk ligt op persoonlijk gezag en als gezag niet meer automatisch is, is het hard werken voor de gezagsdrager, in dit geval de rechter, om via communicatief en transparant gedrag gezag te verwerven en te behouden.

### 3.3 Een rechter heb je niet voor het uitkiezen

Vaak wordt het hiervoor besproken tanende gezag van rechters, althans het tanende *automatische* gezag, vergeleken met het eveneens tanende gezag van artsen. Sociologen zagen beide beroepsgroepen lange tijd als professies bij uitstek: 'een hoge status, gedegen opleiding, een grote mate van autonomie, van eigen controle over kwaliteitseisen en toelating; kwaliteitsbewaking binnen eigen gelederen, zonder inmenging van buiten', zegt Brinkgreve. Maar er is een belangrijk verschil: als je ontevreden bent met je arts kun je naar een andere arts,<sup>98</sup> maar je rechter kun je niet kiezen.<sup>99</sup> En juist op dat punt – het punt dat de rechter een exclusieve en onvrije staatsmacht uitoefent – moeten we nog wat nader het vergrootglas richten in de huidige maatschappij.

Van den Brink neemt in zijn bijdrage aan de bundel *Gezagsdragers*<sup>100</sup> als vertrekpunt Hirschmans briljante studie uit 1970: *Exit, Voice, and Loyalty*.<sup>101</sup> Als een persoon ontevreden is met een bepaalde situatie, kan hij in de regel twee dingen doen: hij kan vertrekken (*exit*) of hij kan zijn onvrede uiten (*voice*). De organisatie waarop de ontevredenheid betrekking heeft, kan zo'n vertrek of zo'n uiting van ontevredenheid al of niet accepteren en zo ontstaat een figuur met vier vakken: (1) wel *exit* mogelijk, geen *voice* (als je favoriete koekjesmerk de receptuur verandert, kan je daar geen invloed op uitoefenen, maar je kunt wel overstappen naar een ander merk), (2) geen *exit* mogelijk, wel *voice* (tot je familie, stam, kerk, behoort je nu eenmaal en als je ontevreden bent, moet je je stem verheffen), (3) zowel *exit* als *voice* niet mogelijk (bij een bende, maffia, terreurgroep, sekte of totalitaire partij is het doorgaans onverstandig weg te gaan én onverstandig je stem te verheffen) en (4) zowel *exit* als *voice* mogelijk (bij de vereniging waarvan je lid bent, kun je bij ontevredenheid opstappen en je kunt je stem verheffen).

In werkelijkheid, zo constateert Hirschman, is die verhouding tussen *exit* en *voice* complexer, bijvoorbeeld: als je weggaat, heeft het afgeven van protest geen zin meer. En daar voegt hij een derde factor in: loyaliteit, je zult gemakkelijker afscheid nemen van je voorheen favoriete koekjesfabriek dan van je vereniging.

97 Ruim voor deze ontwikkeling pleitten De Poorter en Van Roosmalen al voor meer discursieve motivering van uitspraken, waarbij de rechter ook laat zien welke aspecten van de zaak pleiten voor de tegenovergestelde uitkomst van die waarop de rechter uiteindelijk uitkomt. Dat gaat vooral over argumenten, terwijl bovenstaande hoofdstekst ook gaat over belangen en emoties. Zie De Poorter en Van Roosmalen 2009.

98 En dat schreef Brinkgreve voordat ook dat onder druk kwam met de discussie aan het einde van 2014 over de vrije artsenkeuze.

99 Brinkgreve 2014, p. 85. Zo ook Soeharno 2013, p. 268.

100 Van den Brink 2012.

101 Hirschman 1970.

De kern van wat Van den Brink beschrijft, is dat in de tijd waarin Hirschman zijn studie schreef, 1970, de meeste burgers nog volstrekt gebonden waren aan heel veel verbanden: de familie, het huwelijk, de woonplaats, het werk. Sindsdien is de mobiliteit sterk toegenomen: je neemt afstand van je familie als die niet meer past in je leven, je gaat scheiden als je huwelijk niet meer voldoet aan je individuele verwachtingen, je verhuist als je stad je niet meer bevalt, je neemt een andere baan als die je niet meer bevalt. Bijna alles van onze relaties met organisaties en entiteiten is fluïde<sup>102</sup> geworden, mede in relatie tot de toegenomen automobilititeit, de toegenomen welvaart, het gestegen opleidingspeil en het toegenomen gebruik van communicatiemiddelen.<sup>103</sup> Die toenemende mobiliteit maakt dat we steeds vaker kiezen voor *exit* en minder voor *voice*: we stemmen met onze voeten, we gaan gewoon weg, we wijzen elke ontwikkeling die ons onwelgevallig is af en we schelden daarover op internetfora.

En dan raken we verwickeld in een rechtszaak... Hé, dat is geen type situatie waar we zo maar kunnen zeggen 'dit bevalt ons niet, we willen een andere rechter.' Deelname aan een rechtszaak betekent dat je bent overgeleverd aan deze rechter die over jouw situatie bindend beslist.<sup>104</sup> Juist die situatie van overgeleverd-zijn aan deze ene rechter is bijna onacceptabel als je leeft in een wereld waarin bijna alles een optie is.<sup>105</sup> Bovendien wordt de samenleving steeds heterogener, zodat de gedeelde waarden die de rechtspraak probeert te verwezenlijken, steeds minder gedeeld zijn, wat tot meer wantrouwen leidt.<sup>106</sup> Aan de andere kant valt het de rechter maar zwaar om stappen naar de samenleving te zetten. De rechter is van nature geneigd, zegt De Poorter, om bij de oplossing van het geschil op zoek te gaan naar een gegeven rechtsregel die inpasbaar is in het bestaande juridische systeem en dat maakt dat hij de toekomst als het ware telkens met de rug tegemoet treedt. Aandacht voor de consequenties van zijn beslissing zijn daar maar moeilijk in te passen.<sup>107</sup>

102 Bauman 2000, Sennet 2000.

103 Van den Brink 2012, p. 25-26: 'Er wordt in de sociologie wel eens beweerd dat we op weg zijn naar een 'vloeibare samenleving'. Dat is een maatschappij waarin alle oude relaties flexibel worden en ons leven in de ban komt van een om zich heen grijpende mobiliteit. Bij wijze van samenvatting kan men zeggen dat het leven in Nederland inderdaad 'vloeibaarder' aan het worden is. Onze samenleving staat zowel ruimtelijk als economisch, zowel sociaal als mentaal in het teken van een toenemende mobiliteit.'

104 Het enige middel om daaraan te ontsnappen is een verzoek om wraking en vanzelfsprekend nemen de aantallen wrakingsverzoeken in de laatste jaren, waarin burgers hun gebruikelijke manier van omgaan met ontevredenheid, de *exit*-optie, uitproberen, dan ook toe, maar dat is verder geen onderwerp van deze subparagraaf.

105 Van den Brink 2012, p. 26-28; in gelijke zin Brinkgreve 2014, p. 86-87 en Soeharno 2013, p. 268-270; hij beklemtoont dat de rechtspraak een *staatsmacht* is.

106 Brinkgreve 2014, p. 86.

107 De Poorter 2013, p. 25-29. Zie hierover ook Lasser 2009A, vooral hoofdstukken 10 en 11, met een genuanceerde bespreking van de gedachte dat de continentale rechter slechts een syllogistische *motivering* geeft voor de uitspraak, terwijl de *common law* rechter ook de (meer individuele, maar ook meer politieke) *motivatie* daarvoor weergeeft en hoe zich dat verhoudt tot vertrouwen in de (hoogste) rechters in de verschillende rechtsculturen.

### 3.4 Gezag 'van bovenaf' of 'van onderaf'?

In een samenleving met een voortschrijdende democratisering, waarin de burger zich niet meer de wet laat voorschrijven, maar meer zelf bepaalt of hij of zij overtuigd is door bepaalde normen, komt de klassieke Weberiaanse opvatting over gezag (de sociaal-cultureel bepaalde kans dat de bevelen die iemand aan anderen binnen een sociaal verband geeft, worden opgevolgd<sup>108</sup>) onder druk te staan.<sup>109</sup>

Ook al zien we het zwaard van justitie niet meer als van God gegeven, ook tegenwoordig heeft de rechterlijke macht nog veel kenmerken van een geheim genootschap (toga, podium, de 'heilige grond' die tot uiting komt in het gebruik dat als partijen naar de rechterstafel komen om een kaart of foto's te tonen, zij alleen vóór en nooit achter te tafel mogen komen staan, hoe veel gedrang er ook voor de tafel is) en worden in zekere zin ook toverformules ('dan sluit ik nu het onderzoek' als formele stop op enig voortgaand debat) en rituelen (de soms nog gebruikte hamerslag om de zitting te openen en te sluiten) gebruikt om het gezag te versterken.<sup>110</sup> Dat type gezag noemt Gommer 'mythisch'; dat gezag wordt uiteindelijk van bovenaf opgelegd. Gommer stelt daar tegenover het gezag 'van onderaf': partijen *vragen* een onafhankelijke derde om recht te spreken.<sup>111</sup> De rechter *krijgt* de bevoegdheid macht uit te oefenen. Partijen die een oplossing van hun conflict willen, *zoeken naar een derde partij* die zelf geen belang heeft bij de uitkomst.<sup>112</sup>

'Gezag uitoefenen in een democratie is aanzienlijk lastiger dan in een theocratie, waar het gezag door God wordt toegekend. Telkens opnieuw moet de rechter zijn gezag verwerven [...]. Waar de burger in een theocratie de rechter kritiekloos volgt, maakt kritiek een noodzakelijk onderdeel van de democratie uit. Het principe van de rechtspraak is daarmee in zekere zin strijdig. De rechter wordt immers geacht wél het laatste woord te hebben. Dat kan hij zolang hij de bevoegdheid krijgt van de burgers. Vandaar dat verantwoording de belangrijkste basis van het gezag van de rechter in een democratische samenleving moet zijn. Kritiek is dus geen ondermijning van het gezag, maar onderdeel van de legitimatie.'<sup>113</sup>

en

108 Weber 1921/1922, p. 28-29. In het Duits klinkt het toch heel anders: ‚Herrschaft soll heißen die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden. [...] Der soziologische Begriff der »Herrschaft« muß daher ein präziserer sein und kann nur die Chance bedeuten: für einen *Befehl* Fügsamkeit zu finden.'

109 Kanttekening: Weber onderscheidt naast traditionele en rationeel-legale vormen van gezag ook charismatisch gezag en dat laatste type sluit juist aan bij persoonlijk gezag; dat laatste type gezag neemt, in het licht van bovenstaande analyse, immers juist een belangrijker plek in. Zie over de rol van charismatisch gezag nader Van den Brink 2012.

110 Gommer 2008, p. 93.

111 Grimmelikhuijsen 2018, p. 13-14.

112 Gommer 2008 p. 95-96. Vergelijk ook Griffioen en Prins 2013, met name p. 225.

113 Gommer 2008, p. 100.

‘Tegenover de mythische rechter die krampachtig met kritiek omgaat, staat de responsieve rechter, die zijn belangeloosheid, onpartijdigheid en zelfvertrouwen ontleent aan zijn professionele functioneren.’<sup>114, 115</sup>

Via een andere weg, maar vergelijkbaar met die opvatting over een responsieve rechter met gezag van onderaf, pleit Tonkens voor een vorm van ‘communicatief gezag’:

‘Je moet in staat zijn de traditionele gezagsvormen, gebaseerd op je positie of deskundigheid, te combineren met moderne vormen, die gebaseerd zijn op empathie, dialoog en communicatie. [...] Je kunt geen gezag meer uitoefenen zonder te communiceren. Dit is heel essentieel in een democratische, egalitaire samenleving. Je verplaatsen in wat de ander meemaakt, duidelijk een idee van de ander hebben en nagaan wat beter voor hem is.’<sup>116</sup>

Bij de huidige tijd lijkt daarom te passen een rechter die zichzelf ziet als een instantie aan wie wordt gevraagd een beslissing te nemen, omdat hij onafhankelijk en onpartijdig is. Een dienstbare rol dus.

### 3.5 *De relatie met procedurele rechtvaardigheid*

Wat betekent het voorgaande over hedendaags gezag nu voor het concreet gestalte geven aan de rechterlijke gezagsuitoefening? Kernwoorden zijn communicatie en transparantie, zowel op de zitting als in de uitspraak.<sup>117</sup> In paragraaf 2, over procedurele rechtvaardigheid, ben ik ingegaan op het aandacht geven aan procedurele rechtvaardigheid. Daarbij concentreerde ik mij op *treatment fairness: ervoort* een partij de interactie met de rechter als eerlijk en rechtvaardig?<sup>118</sup> Ik meen dat aandacht geven aan procedurele rechtvaardigheid een manier is waarop de bestuursrechter kan omgaan met de hierboven besproken maatschappelijke opvattingen over hedendaags gezag.

Het gaat dan om een gezagsuitoefening van de rechter die tot stand wordt gebracht door een dialoog tussen de rechter en partijen. Zo’n dialoog maakt duidelijk dat de rechter partijen serieus neemt en zijn best doet partijen een volwassen en volwaardige rol te laten spelen in *hun* zaak. ‘Serieus nemen’ is hier zowel juridisch (de partij als drager van rechten en plichten) als menselijk (de partij als iemand met behoeften en belangen). Partijen hebben vaak geen directe informatie om te bepalen of zij de rechter

114 Gommer 2008, p. 104; zie ook p. 239.

115 In dit onderzoek zal ik komen tot een (positieve) bespreking van procedurele rechtvaardigheid in dit licht. Eerlijkheidshalve zeg ik daarbij dat Gommer daar negatiever over lijkt te zijn: Gommer 2008, p. 95, met verwijzing naar Luhmann 1969, p. 28-29.

116 Jansen en Gabrielli 2012, p. 280.

117 Van der Kraats drukt dit mooi uit in: eerst zegt zij dat zij verbaasd is dat zij als rechter wordt tegengesproken als zij haar voorlopig oordeel uitspreekt (p. 90) en dan erkent zij volmondig dat haar voorlopig oordeel wint aan zeggingskracht als zij daarover in discussie kan gaan met partijen (p. 92). Zij ziet dan ook communicatie als oplossing (p. 93-95); Van der Kraats 2014.

118 Verburg en Schueler 2014, p. 63. Zie voor de relatie tussen persoonlijk en institutioneel gezag en de werking van procedurele rechtvaardigheid in deze zin ook Van den Bos en Brenninkmeijer 2012, p. 1451-1457.

kunnen vertrouwen, maar zij proberen wel te begrijpen of dat zo is; daarom zullen zij als *sense-maker*<sup>119</sup> zich baseren op andere informatie; de beschikbare informatie<sup>120</sup> is dan vooral de manier waarop de interactie met de rechter verloopt.<sup>121</sup> In een dergelijke dialoog tussen rechter en partijen krijgen veel elementen die behoren tot de inzichten uit studies naar ervaren procedurele rechtvaardigheid een plek. Dat is een manier van gezagsuitoefening die niet meer mythisch, *topdown* is, maar een manier die transparant<sup>122</sup> en communicatief is. Ik denk dat ik haar woorden niet uit hun verband trek als ik dit type van gedrag van de rechter schaar onder wat Meuwese treffend 'dagelijkse rechtsstatelijkheid' noemt.<sup>123</sup>

Hierboven, aan het einde van subparagraaf 3.2, werkte ik dit al uit voor de zitting en de uitspraak.

Op dit punt, ook als vooruitwijzing naar de rest van dit onderzoek, wil ik de aandacht vestigen op het belang van het vraagstuk van de verticaliteit versus horizontaliteit. Direct hierboven vestigde ik de aandacht op gezagsuitoefening door de rechter. Die is de afgelopen jaren horizontaler, minder 'van bovenaf' geworden. In het bestuursrecht speelt altijd ook een andere gezagsrelatie, namelijk die tussen burger en overheidsorgaan, die ook hetzij meer verticaal, hetzij meer horizontaal kan zijn.

Traditioneel is een bestuurlijke verhouding verticaal ('de overheid die over ons gesteld is'). Zeker in het nemen van een besluit komt tot uitdrukking dat het bestuursorgaan eenzijdig de rechten en plichten van burgers creëert, wijzigt en teniet doet; er wordt overheidsmacht uitgeoefend. Bestuursrechtspraak moet horizontaler zijn, de verticale bestuurlijke relatie mag niet zo maar worden gereproduceerd in de rechterlijke fase. Het gaat om twee (of meer) partijen die zo veel mogelijk als gelijkwaardige partijen tegenover elkaar staan. Dit hangt samen met de keuze van de Awb-wetgever voor een vooropstelling van subjectieve rechtsbescherming.<sup>124</sup> Toch zie je dat veel van de verticale trekjes uit de bestuurlijke fase doorwerken in of worden meegenomen naar de rechterlijke fase. In het karakter van een vernietigingsberoep zit natuurlijk al besloten dat een besluit rechtmatig is, tenzij er redenen zijn het onrechtmatig te achten. De rechtmatigheid van het besluit (en daarmee van het standpunt van het bestuursorgaan) staat voorop. Ook bijvoorbeeld medewerkingsverplichtingen in het bestuur-

119 Van den Bos 2009, p. 93-95.

120 Kahneman 2012, onder meer p. 89-98 en 129-136 ('What you see is all there is').

121 Lind spreekt in dit verband over het fundamentele sociale dilemma: Lind 1995. Vergelijk ook, hoewel de daar gepresenteerde relatie tussen gezag en informatie (verantwoording en bekritisbaarheid) wat rationalistischer lijkt te zijn, Gadamer 1989, p. 279. In dit verband wordt ook wel gesproken over interactionele rechtvaardigheid (vergelijk Bies en Moag 1986, p. 43-47 en Colquitt e.a. 2014, p. 30-31), maar zoals gezegd zit in de in dit onderzoek gepresenteerde definitie van procedurele rechtvaardigheid die interactionele rechtvaardigheid besloten. Zie hierover Van den Bos 2009, p. 107, noot 3.

122 Dolan e.a. 2007 beschouwen transparantie als zelfstandig element (zij het een niet heel belangrijk element) van ervaren procedurele rechtvaardigheid.

123 Meuwese bespreekt hoe moeilijk het voor ambtenaren en bestuurders is om in de concrete beslissing de abstracte rechtsstatelijke intenties te verwezenlijken; datzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de rechter, Meuwese 2014, p. 6-7, 14-15, 20-21. De term 'dagelijkse rechtsstatelijkheid' duikt op op p. 20.

124 PG Awb II, p. 172-177.



lijke domein, werken door in de rechterlijke fase. Ten slotte noem ik dat ook in de manier waarop de rechter omgaat met termijnen, de partijen in een bestuursrechtelijke procedure niet zo maar gelijk zijn: voor het bestuursorgaan zijn termijnen bijna steeds termijnen van orde,<sup>125</sup> voor de burger zijn ze vaak fataal. En binnen het bestuurlijke domein zie je dat ook bestuursorganen steeds meer 'horizontaliseren'. De tijd dat zij gemoedelijk konden uitgaan van gezag is ook voor hen voorbij. Het BZK-initiatief Prettig Contact met de Overheid is de duidelijkste uiting van een overheid die zoekt naar meer horizontale dialoog met de burger. Het verkeer tussen overheid en burger horizontaliseert.<sup>126</sup> We zien dus een gemengd beeld: de bestuurlijke fase is in de basis verticaal, maar krijgt meer horizontale trekken; de rechterlijke fase is zo veel mogelijk een geding tussen gelijkwaardige partijen, maar kent nog enige verticale trekken.<sup>127</sup>

Als blik vooruit op de rest van dit onderzoek: in het licht van de bespreking in deze subparagraaf van gezag in relatie tot procedurele rechtvaardigheid, ben ik op zoek naar elementen in de procedure bij de bestuursrechter die meer de verticale bestuurlijke verhouding laat zien dan de horizontale partijverhouding. En als dat zo is, ben ik telkens benieuwd of daar een rechtvaardiging voor is.<sup>128</sup>

### 3.6 *Conclusie*

Op zichzelf genomen is het gezag van 'de' rechter, ook het institutionele gezag, nog steeds hoog, maar gezag is niet meer automatisch en veel meer afhankelijk van het individuele optreden van de rechter. Dat de rechter een niet te miskennen macht heeft, maakt dat hij die in de huidige maatschappij moet legitimeren. Daarvoor is communicatief en transparant optreden essentieel.<sup>129</sup> Ook is nodig dat de rechter aandacht heeft voor een horizontaal proces tussen twee (of meer) in beginsel gelijkwaardig partijen. De verticale verhouding tussen burger en overheid verdient een kritische beschouwing, ook al speelt die verticale verhouding hier en daar nog wel een rol in de rechterlijke fase. Om dat alles gestalte te geven bieden de uitgangspunten van procedurele rechtvaardigheid onmisbare aanknopingspunten.

---

125 Vanwege het overheidsmonopolie is dat ook niet zo raar: als een termijn voor een bestuursorgaan fataal is, wie moet dan bijvoorbeeld het vervangende besluit nemen?

126 Zie PG Awb I, p. 39-46.

127 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2017, p. 50-79.

128 Zie hoofdstuk 3, subparagraaf 3.6, hoofdstuk 4, subparagrafen 3.5 en 3.6, en hoofdstuk 6, subparagrafen 6.2, 6.4.3, 6.4.4, 6.7.

129 Ik beklemtoon nog eens dat voor die legitimering ook andere elementen essentieel zijn: onafhankelijkheid, onpartijdigheid, integriteit en professionaliteit; daarover gaat deze paragraaf echter niet in de eerste plaats.

## 4 EEN FILOSOFISCH/ETHISCH PERSPECTIEF OP RECHTERSCHAP

### 4.1 Inleiding

Ook het onderwerp van deze paragraaf, het filosofisch-ethische perspectief, houdt verband, maar wel wat lossier, met het onderwerp van paragraaf 2, procedurele rechtvaardigheid. Aan de orde komen de keuze voor een deugdenethische benadering, wat deugden in dit verband zijn, welke deugden de rechter moet bezitten (met zes deelonderwerpen), de rechter als 'burgervriend' en de relatie van deze benadering met procedurele rechtvaardigheid.

De vraag die zich wellicht aandient is waarom in dit onderzoek, naast de perspectieven op procedurele rechtvaardigheid en modern gezag, nog een nieuw perspectief nodig is. Drijfveer voor dit onderzoek is om te bezien wat er voor de hedendaagse bestuursrechter méér nodig is dan het oplossen van de juridische puzzel naar het optreden van de hedendaagse bestuursrechter méér betekent dan alleen het schrijven van een *appeal proof* uitspraak. Zoals meermalen gezegd: de implicaties en de betekenis van het rechterlijk optreden zijn zoveel meer dan het oplossen van de juridische puzzel in een uitspraak. Daarom meen ik dat er behoefte is aan een perspectief op 'goed rechterschap' dat vertrekt vanuit ethische perspectieven. Daarmee kan gestalte worden gegeven aan de minimumnormen die het EVRM en het Grondrechtenhandvest EU stellen aan 'correct rechterschap'.<sup>130</sup> Het gaat mij hier dus niet om (een negatief gemotiveerde duiding van) het handelen van de bestuursrechter waarbij tekortkomingen daarin leiden tot vernietigbaarheid in hoger beroep of veroordeling bij het EHRM, maar om (een positief gemotiveerde duiding van) wat de bestuursrechter kan en vanuit ethisch perspectief ook moet doen om zijn rol in het staatsbestel waar te maken.

Daarnaast moet ik erkennen dat ik hierna de vereiste deugden zal behandelen, maar in de volgende hoofdstukken vooral zal teruggrijpen op de rol van de rechter als 'burgervriend', een begrip dat hierna in subparagraaf 4.5 uitvoerig zal worden toegelicht. Dat ik het toch nodig heb al die deugden die hierna in subparagraaf 4.4 aan de orde komen, te bespreken, is gelegen in het feit dat ik meen dat die rol van de rechter als 'burgervriend' niet over het voetlicht komt als ik niet eerst inga op die deugden. Met het skelet van die deugden, krijgt de rol van 'burgervriend' vlees op de botten.

Ondertussen zijn, zoals gezegd, die deugden ook weer een vorm van gestalte geven aan de juridische vereisten uit paragraaf 1. De hierna te bespreken deugden van rechterlijke moed, rechterlijke gematigdheid, rechterlijke onpartijdigheid en rechterlijke onafhankelijkheid hangen alle samen met de juridische vereisten aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid, het doen wat goed is voor de zaak, zonder andere invloeden. Prudentie of praktische wijsheid (rechterlijk waarnemingsvermogen) en rechterlijke rechtvaardigheid hangen samen met de juridische vereisten van een eerlijk proces, de inhoud en de uitkomst van de procedure.

<sup>130</sup> Vergelijk Barkhuysen en Van Emmerik 2017, p. 139-155.

#### 4.2 *Waarom een deugdenethische benadering?*

Als je wilt bezien hoe een praktijk van een bepaalde groep professionals, zoals rechters, goed werkt en wat ervoor nodig is om die praktijk goed te laten werken, kan je kijken naar de regels, standaarden en uitgangspunten die in dat veld actief zijn. Van Domselaar, bij wier proefschrift ik mij in deze subparagraaf nauw aansluit, noemt dat, geïnspireerd door McDowell, een *outside-in*-benadering. Daarnaast kun je focussen op de kwaliteiten die de professional, in dit geval dus de rechter, moet bezitten; een *inside-out*-benadering.<sup>131</sup> Die laatste benadering staat, teruggaand op Aristoteles,<sup>132</sup> in de filosofische traditie van de zogeheten deugdenethiek en focust op de persoon van de professional en op het concrete geval dat zich aandient. In de (ook door Van Domselaar geciteerde) woorden van McDowell: *'Occasion by occasion, one knows what to do, if one does, not by applying universal principles, but by being a certain kind of person: one who sees situations in a certain distinctive way.'*<sup>133</sup> Vergelijk in dit verband ook het proefschrift van Hartendorp met de veelzeggende titel *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming*.<sup>134</sup> Met verwijzing naar Vranken<sup>135</sup> zegt Hartendorp: 'De rechter heeft geen archimedisch punt waaraan hij zijn oordeel kan staven. Wat recht is, wordt niet door het recht bepaald.'<sup>136</sup> De rechter die in een voor hem liggende zaak wil beslissen, *selecteert* het recht dat hij op de feiten toepast en *selecteert* de feiten die hij relevant acht voor zijn oordeel. Dat is geen vrij spel, vanzelfsprekend, en ook in de *inside-out*-benadering spelen het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel een zeer belangrijke rol, maar uiteindelijk kan, kort gezegd, het recht het recht niet verklaren.<sup>137</sup>

De moraaltheorieën die proberen door dwingend redeneren gulden regels van ethiek af te leiden (Kant, Mill, Rawls, Nozick) komen uit op (algemene, altijd geldende) *handelingsregels* (hoe juist te handelen), waarvan in het kort bekende versies zijn: handel altijd zo dat je redelijkerwijs kunt willen dat de regel van dat handelen tot algemene wet wordt verheven (Kant) en handel altijd zo dat het maximale nut voor allen wordt bereikt (Mill). MacIntyre laat zien dat deze verlichtingsprojecten uiteindelijk niet slagen in hun opzet een rationele rechtvaardiging te vinden voor een (context-onafhankelijke) ethiek.<sup>138</sup> De verschillende theorieën zijn incompatibel (de waarde van de ene theorie past niet binnen de andere theorie) en incommensurabel (er is geen dwingende redenering mogelijk om te kiezen tussen de verschillende theorieën). Er is geen archimedisch punt. De problemen met deze deontologische (Kantiaanse) en consequentialistische of utilistische theorieën liggen vooral hierin dat zij algemene, altijd en overal geldende, regels proberen te geven los van concrete context. De decon-

131 Van Domselaar 2015, p. 24, en McDowell 1998, p. 50. Vergelijk Ten Berge 2015.

132 Aristoteles, *De Nicomacheïsche Ethiek* of *Ethica Nicomachea*.

133 McDowell 1998, p. 73, geciteerd in Van Domselaar 2015, p. 24.

134 Hartendorp 2008.

135 Vranken 1995, p. 69.

136 Hartendorp 2008, p. 20.

137 Van Domselaar 2015, p. 25.

138 MacIntyre 1981/1992, hoofdstuk 5, met de veelzeggende titel: *'Why the Enlightenment Project of Justifying Morality Had to Fail'*.

textualiseringen die deze theorieën plegen zijn tweeledig: (a) ze decontextualiseren de concrete situatie (met een wat dramatisch voorbeeld: de rechter is gebonden aan de wet, maar dat richtsnoer, die regel, voor rechterlijk optreden valt nogal verschillend te waarderen of dat in vreedstijd wordt gezegd of over de periode van bezetting in 1940-1945)<sup>139, 140</sup> en (b) ze decontextualiseren het individu op wie en door wie de handelingsregel wordt toegepast, terwijl die individuele rechter niet in isolement, maar in een praktijk werkt waarin hij door zijn collega-rechters en verdere professionele habitat wordt beïnvloed in de manier waarop rechters behoren op te treden, wat ze als hun taak zien; die rechter brengt zijn persoon mee. Dat laatste wil niet zeggen dat het allemaal subjectief is, maar bijvoorbeeld een rechter die zelf eerst advocaat is geweest, heeft wellicht op de zitting veel sneller door wat er echt speelt en wat voor partijen echt belangrijk is; dat maakt dat die rechter sneller en misschien ook beter ziet wat hem te doen staat om deze zaak tot een goede uitkomst te brengen.

Om die context wel in beeld te brengen is volgens klassieke deugdtheorieën een teleologisch perspectief nodig: we moeten kijken hoe iemand tot zijn of haar 'bloei' komt. Het gaat bij goed rechterschap om de juiste gerichtheid van de persoon om morele doelen te verwezenlijken en zo bij te dragen aan 'het goede leven' van de samenleving waarin hij functioneert.<sup>141</sup> In hedendaagse theorieën zie je meer nadruk op een gerichtheid op wat goed is binnen een bepaalde praktijk (zie hierna). Voor die bloei om een goede rechter en niet een goede arts of goede architect te worden, zijn *specifieke* deugden nodig; dat gaat om het ontwikkelen van of beschikken over de juiste kwaliteiten en is niet (te reduceren tot) het volgen van de juiste regels. MacIntyre definieert deugd als volgt: *'an acquired human quality the possession and exercise of which tends to enable us to achieve those goods which are internal to practices and the lack of which effectively prevents us from achieving any such goods.'*<sup>142</sup> Dat hij hier spreekt over 'intern' heeft er mee te maken dat het moet gaan om noties die van belang zijn binnen de praktijk en niet, zoals het verkrijgen van geld of roem, buiten de praktijk. Wat van belang is buiten de praktijk kan vanzelfsprekend niet constitueren wat het is om een goede rechter te zijn.

De decontextualisering die inherent zijn aan benaderingen vanuit deontologische of consequentialistische theorieën zijn in mijn ogen ernstige beperkingen, waardoor ik het bezwaarlijk vind ze te gebruiken in dit onderzoek. In dit onderzoek wil ik ook juist op zoek gaan naar wat de bestuursrechter in het hier en nu zou moeten doen; dat gaat om de huidige tijd, dat gaat om de padafhankelijke wijze waarop de bestuursrechtspraak is gekomen waar ze nu is: allemaal juist concentratie op de context. Dat die deontologische en consequentialistische theorieën regelgebonden en algemeen zijn,

139 Vergelijk dit dilemma uitgebreid in Jansen 2011.

140 Nu kun je natuurlijk zeggen: maar moet er dan geen andere regel gelden voor de rechter in vreedstijd dan voor de rechter tijdens een bezetting? Zeker, maar het kenmerk van regels is dat ze toepasbaar moeten zijn op groepen van gevallen; als je zou zeggen dat elke concrete situatie zijn eigen 'regel' vergt, zijn het geen regels meer. Zodra je werkt met regels voor *groepen* van gevallen, decontextualiseer je, abstraheer je van concrete omstandigheden.

141 Zie hierover breder Ten Berge 2015.

142 MacIntyre 1981/1992, p. 191.

brengt mee dat ze niet of maar moeilijk ruimte bieden om te kijken naar de specifieke kwaliteiten van de rechter én de specifieke toestanden van de voorliggende zaak,<sup>143</sup> terwijl ik dat juist in dit onderzoek wil opzoeken. Zoals gezegd aan het begin van paragraaf 2: rechtspraak is altijd meer dan alleen het toepassen van een regel op de feiten; het is het op een vreedzame en gereguleerde manier tot een oplossing brengen van conflicten. Die overstijgende betekenis van rechtspraak is dan wel gereguleerd, maar dat wil niet zeggen dat deze te vangen is in een set tevoren te bepalen regels. Het gaat om het concrete individu, de rechter, die in de concrete situatie, in samenspraak met partijen, recht moet doen aan de zaak. In het verlengde hiervan houden de deontologische en consequentialistische theorieën doorgaans ook geen rekening met verdienste, omdat deze theorieën betrekkelijk strikt uitgaan van het individu, de rechter, en wat deze moet doen, niet van het handelen binnen een gemeenschap.<sup>144</sup> Als de wetgever bijvoorbeeld een boetesysteem ontwikkelt waarin degene die bewust fraude pleegt met zijn uitkering identiek wordt beboet als degene die een paar dagen te laat zijn inkomsten opgeeft, omdat hij nog niet over het loonstrookje beschikte,<sup>145</sup> zie je dat rechters daar vanuit hun professie moeite mee hebben, daarover met elkaar spreken, omdat (a) zo'n systeem geen rekening houdt met verdienste van de betrokken burger en (b) zo'n systeem abstraheert van de gemeenschap die die rechter en burger samen vormen. In dit onderzoek wil ik ook juist op zoek gaan naar wat een partij verdient in het licht van haar concrete situatie in een zaak. Dat zijn voor mij redenen om hier te kiezen voor een deugdenethische benadering (over welke kwaliteiten moet iemand beschikken om een goede rechter te zijn) en van daaruit te bezien welke gevolgen dat kan hebben voor de wijze waarop de bestuursrechter om moet gaan met een zaak.

### 4.3 *Deugden*

Tot nu toe heb ik 'deugd' gebezigd, zonder veel duiding van het begrip. De term 'deugd' klinkt in een buiten-filosofische context al snel zwaar op de hand. We denken aan het braafste en vlijtigste jongetje van de klas; die is deugdzaam. In de filosofische benadering die ik hier bespreek is 'deugd' een veel meer sobere term. Het gaat om de kwaliteiten die een professional moet bezitten. Een 'kwaliteit' is zelf ook weer een lastig begrip. Het gaat om 'eigenschappen' van de rechter, maar dat zet je weer snel op het spoor van 'eigenschappen waarmee je bent geboren'. Dat zou te robuust zijn.<sup>146</sup> Een andere uitleg zou kunnen zijn 'vaardigheden', maar dat is te veel aan de buitenkant. Vaardigheden hebben betrekking op het handelen zelf. Dus voor beschrijving van 'deugd' past het niet helemaal. We moeten op zoek naar wat achter die vaardigheid ligt; daarom dus toch maar die term 'kwaliteit'. Een deugd is dan een dispositie, een stabiele en betrouwbare eigenschap die verankerd is in iemands persoon.<sup>147</sup> Dat een

143 MacIntyre 1981/1992, hoofdstukken 2 en 16.

144 MacIntyre 1981/1992, p. 249-251.

145 Vergelijk het rapport van de Nationale ombudsman 'Geen fraudeur, toch boete' van december 2014 ([www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2014/ombudsman-fraudewet-pakt-goedwillende-burgers-aan-als-criminelen](http://www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2014/ombudsman-fraudewet-pakt-goedwillende-burgers-aan-als-criminelen)).

146 Van Domselaar 2015, p. 25-26.

147 Van Domselaar 2014B, p. 65.

deugd stabiel en verankerd is, wil niet zeggen dat er gedurende iemands professionele leven geen beweging in kan zitten. Sommige deugden treden bijvoorbeeld pas later aan het licht of worden in de omgang met collega's versterkt. Om te benadrukken dat er wel dynamiek in zit, een korte schets hoe zo'n praktijk<sup>148</sup> werkt. Rechters leiden rechters in opleiding op, rechters spreken met elkaar, in raadkamer, bij de koffieautomaat, tijdens de lunch. Oudere rechters doordringen jongere rechters van de grondslagen van het vak als die te gemakkelijk meegaan met een bepaalde waan van de dag. Jongere rechters schudden oudere rechters wakker als zij te automatisch denken vanuit hun routine. In de bed-bad-brood-discussie<sup>149</sup> spraken rechters met elkaar over de vraag of je een fundamenteel recht voorwaardelijk mag maken door medewerking aan de uitzetting te eisen; in de discussie over misbruik van recht in Wob-zaken<sup>150</sup> spraken rechters met elkaar over de vragen of het gedrag van een gemachtigde mag worden toegerekend aan diens cliënt en of de partijautonomie maakt dat als iemand kiest voor een bepaalde strategie, hij daarvoor verantwoordelijk moet worden gehouden. Ze doen, met andere woorden, een moreel appel op elkaar; dat houdt hen scherp en dat maakt dat zij vandaag beschikken over een kwaliteit die zij gisteren nog niet hadden of die ze enige tijd uit het oog waren verloren. Het gaat bij deugden in deze zin dus om kwaliteiten die per individu en door de tijd in beweging kunnen zijn, die de betrokken professionals bij elkaar activeren en versterken. Verdere activering en versterking gaat uit van het bredere debat: gesprekken die rechters voeren met advocaten, met gemachtigden van bestuursorganen, artikelen en boeken van wetenschappers die rechters lezen, symposia en professionele ontmoetingen die rechters bijwonen, etc. Dat alles is de wereld van denken die we binnen halen als we spreken over deugden. Als je de d door een t vervangt, werkt het soepeler in het alledaagse taalgebruik: wat is nu een rechter die deugt?

Beklemtoonde ik de alinea hiervoor dat er bij deugden wel degelijk 'beweging in zit', hierna wil ik juist de robuustheid bespreken. Al kan een individuele rechter bepaalde beroepsdeugden in meer of mindere mate hebben, al kan hij ze ontwikkelen of juist uit het oog verliezen, de beroepsgroep als geheel heeft wel een set van deugden die redelijk robuust is. En ik zeg 'redelijk robuust', want tussen landen en culturen bestaan vanzelfsprekend ook verschillen en gedurende de tijd treden ook ontwikkelingen op.

#### 4.4 *Welke deugden moet de rechter bezitten?*

Kenmerkend voor een deugdenethische benadering, is dat niet via een vooropgesteld axioma kan worden bepaald welke deugden een rechter moet hebben. Aristoteles zou adviseren je oor te luisteren te leggen bij 'de velen en de wijzen' en je te richten naar

148 Ook de term 'praktijk' is een filosofisch begrip. Het gaat om de samengestelde groep van elkaar beïnvloedende beroepsbeoefenaren, de beroepsbeoefenaren die ook met de professionele en maatschappelijke buitenwereld communiceren. Zie MacIntyre 1981/1992.

149 Zie CRvB 17 december 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:4178, ECLI:NL:CRVB:2014:4179 en ECLI:NL:CRVB:2014:4259) en rb. Den Haag, zittingsplaats Utrecht, 23 december 2014 (ECLI:NL:RBDHA:2014:15958 en ECLI:NL:RBDHA:2014:16447).

150 ABRvS 19 november 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:4129, ECLI:NL:RVS:2014:4135 en ECLI:NL:RVS:2014:4185).

de opvattingen die in een bepaalde (sub)cultuur worden aanvaard (endoxa, ἔνδοξα), in hedendaagse termen dus meer fenomenologisch te werk te gaan. Je zou dan kunnen kijken naar welke deugden geïmpliceerd worden in nationale en internationale codes voor rechters.<sup>151</sup> Je zou verder kunnen luisteren naar wat rechters en rechtswetenschappers zeggen. In het preadvies van De Bock voor de NJV, kwam bijvoorbeeld een aantal opvattingen naar voren, niet direct over wat een goede rechter is, maar wat een goede rechterlijke beslissing is. Daaruit valt te destilleren wat dan bijbehorende deugden voor de rechter zijn. De Groot vindt dat een goede rechterlijke beslissing begrijpelijk met het hoofd, invoelbaar met het hart en uitvoerbaar met de benen moet zijn.<sup>152</sup> Ten Berge stelt drie eisen aan de kwaliteit van een rechterlijke beslissing: het moreel gehalte, het professioneel gehalte en het praktisch gehalte.<sup>153</sup> De Bock, die beide voorgaande bronnen en veel andere, vergelijkbare beelden bespreekt, hanteert eisen van ambachtelijkheid, eisen van rechtvaardigheid en eisen van effectiviteit.<sup>154</sup> De Bock operationaliseert die eisen van ambachtelijkheid in eisen van deugdelijk feitenonderzoek, een volwaardige mondelinge behandeling van de zaak, deskundige toepassing van de rechtsregels en een begrijpelijke en overtuigende motivering; de eisen van rechtvaardigheid operationaliseert zij in een evenredige belangenbehartiging en bescherming van de zwakkere, met oog voor de morele beginselen onder de regels, morele waardering van de beslissing, coherentie, bekritisbaarheid en humaniteit; de eisen van effectiviteit operationaliseert zij in eisen van tijdigheid, probleemoplossend vermogen (zo mogelijk ook het conflict oplossen, niet alleen het juridische strijdpunt) en finaliteit (nodeloos hoger beroep of terugsturen naar het bestuur voorkomen).<sup>155</sup>

In de lange traditie<sup>156</sup> van de deugdenethiek geldt dat er voor professies, dus niet alleen het rechterschap, vier kardinale deugden te benoemen zijn waarover de beoefenaar moet beschikken: (a) prudentie of praktische wijsheid, (b) moed, (c) gematigdheid en (d) rechtvaardigheid. Van Domselaar werkt deze uit voor de rechter en voegt er nog twee specifieke rechtersdeugden aan toe. Haar *six-pack of judicial virtues* is: (a) rechterlijk waarnemingsvermogen, (b) rechterlijke moed, (c) rechterlijke gematigdheid, (d) rechterlijke rechtvaardigheid, (e) rechterlijke onpartijdigheid en (f) rechterlijke onafhankelijkheid.<sup>157</sup> Zoals gezegd heb ik deze deugden vooral nodig als opmaat naar de rol van de rechter als *civic friend*, als burgervriend, maar om dat laatste concept goed te introduceren, moet ik het een en ander vertellen over de zes deugden.

151 Van Domselaar 2015, p. 26-27, en Van Domselaar 2014B, p. 67, met verwijzing naar onder meer *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, de *Magna Carta for Judges*, de NVvR Rechterscode en de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties van de rechter.

152 De Groot 2008, p. 2.

153 Ten Berge 1998.

154 De Bock 2015, p. 57.

155 Deze samenvatting ontleen ik aan Wattel 2015, p. 1467; zie volledig De Bock 2015, p. 56-108.

156 Al in Aristoteles' *Ethica Nicomachea* uitgewerkt, namelijk, ook al is de term 'kardinaal' (scharnierpunt) van veel latere datum.

157 Van Domselaar 2014A, hoofdstuk 10, Van Domselaar 2015, p. 27-31.

#### 4.4.1 Rechterlijk waarnemingsvermogen

Van Domselaar besteedt in mijn ogen terecht de meeste aandacht aan de deugd rechterlijk waarnemingsvermogen, al moet daar wel bij worden gezegd dat zij het totaal niet voor niets een *six-pack* noemt: ze zijn niet los verkrijgbaar. Maar waarnemingsvermogen is wel de sleutel.

Niet direct inzichtelijk zal zijn hoe deze deugd, rechterlijk waarnemingsvermogen, nu terug te voeren is op de kardinale deugd praktische wijsheid. Bij 'wijsheid' denkt men al snel aan een dieper inzicht in hoe de wereld is; dat is de hedendaagse betekenis van 'wijsheid'; in de Aristotelische traditie gaat het hier juist niet om die wijsheid (*sapientia*), maar om *prudentia*, het vermogen om inzicht in de praktische wereld toe te passen.<sup>158</sup> In de Duitse taal spreekt men bij deze kardinale deugd over *Klugheit*, niet over *Weisheit*. Die praktische wijsheid hangt sterk af van het 'droog' kijken naar wat zich aandient in een zaak. Dat is het waarnemingsvermogen dat Van Domselaar bedoelt. De rechter moet aandacht hebben voor de specifieke omstandigheden waarmee partijen te maken hebben. Kenmerk voor het rechterlijke werk is dat je beslist over deze uitkering, deze vergunning, deze subsidie, etc. en daarbij aandacht hebt voor de specifieke omstandigheden van het geval. En ook al heeft hij zelf een behoorlijk salaris, toch moet de rechter zich er een levendige voorstelling van kunnen maken hoe het leven van deze ene bijstandsontvanger is geworden tot wat het is. In essentie hangt het bij alle deugden steeds af van de persoonlijke kwaliteiten van de rechter die op de zaak zit, maar zeker ook bij deze vorm van waarnemingsvermogen, hangt veel af van de persoon van de rechter. Het is niet dat het bruutweg subjectief is, want leden van een praktijk beïnvloeden en stimuleren elkaar op een bepaalde manier naar zaken te kijken, maar het is wel persoonlijk. Dat persoonlijke element van het optreden van de rechter voelt in veel opzichten als contrair aan wat we van de (vooral continentale) rechter verwachten; de gedachte is toch dat het niet moet uitmaken of deze of een andere rechter de zaak beoordeelt. Dat zou echter een miskening zijn van wat hier is bedoeld met 'persoonlijk'. Niet zozeer is dus bedoeld 'subjectief', maar veel meer 'in persoon', als in de zaak betrokken professional die is aangenomen om de zaak te beslissen. Tot de eisen aan goede rechtspraak behoort dat de rechter die partijen in de ogen heeft gekeken, hun standpunten en wensen tegen het licht heeft gehouden en daarover met hen heeft gepraat, ook degene is die dan vervolgens de uitspraak doet.<sup>159</sup> Omdat de rechter met partijen een professioneel-persoonlijk gesprek aangaat, omdat hij zich probeert voor te stellen in wat voor omstandigheden een partij verkeert, omdat hij de specifieke omstandigheden van het geval evalueert, dáárom is hij in staat om uiteindelijk een beslissing te nemen en dáárom wordt hij – dat moet hier

158 Den Tonkelaar 2014, p. 61.

159 En dat is ook gewoon de lijn in de rechtspraak: ABRvS 16 november 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AU6242) en ABRvS 18 april 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ8394). Uit die laatste uitspraak: 'Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen [...] dient de uitspraak van een enkelvoudige kamer, gelet op de artikelen 8:69, eerste lid, 8:77, eerste lid, aanhef en onder d, artikel 8:77, derde lid, en 8:11, tweede lid, van de Awb, in onderlinge samenhang gezien, te worden gedaan en ondertekend door de rechter die de behandeling op de zitting heeft geleid, tenzij partijen tevoren met toepassing van artikel 8:57, eerste lid, van die wet toestemming hebben gegeven deze rechter te vervangen door een andere rechter zonder dat een nieuwe behandeling op de zitting plaatsvindt.'



wel de premisse zijn – door maatschappij en partijen gelegitimeerd geacht om een beslissing te nemen. Dat stuk van het rechterlijke werk is meer dan het toepassen van de rechtsregel op de feiten.

#### 4.4.2 *Rechterlijke moed*

Rechterlijke moed en (in de volgende subparagraaf te bespreken) rechterlijke gematigdheid hangen beide samen met een vorm van afstand: als rechter moet je een beslissing kunnen nemen waarvan je op voorhand weet dat die je op kritiek komt te staan en als rechter moet je in je beslissing niet op de voorgrond willen staan.

De rechter moet stoïcijns zijn ten opzichte van de reactie die op zijn uitspraak zal volgen, ook als hij die reactie ziet aankomen. Van Domselaar koppelt rechterlijke moed aan de uitdrukking ‘*Sapere aude*’ (durf te weten).<sup>160</sup> De boodschap aan de rechter is: kijk gewoon naar de feiten en koppel daar de juridische conclusie aan, wat die ook is; voor die conclusie zijn de maatschappelijke consequenties van hoe die zaak uitpakt wel van belang, maar de consequenties voor de rechter (onbegrip, gure reacties op internetfora, boze koppen in de krant) niet.

#### 4.4.3 *Rechterlijke gematigdheid*

Rechterlijke gematigdheid kent vele vormen. Het gaat om *temperantia*, je moet als rechter niet te veel op de voorgrond staan en dus zakelijk op de kwestie betrokken zijn. Natuurlijk kan het in een zaak gaan om een bedrijf waarin de rechter zelf aandelen heeft en ook dan dreigt de rechter te veel zelf op de voorgrond te komen,<sup>161</sup> maar dat speelt meer op het vlak van rechterlijke onpartijdigheid (hierna te bespreken). Met rechtelijke gematigdheid wordt bedoeld dat de rechter niet kleurloos is, maar wel onkreukbaar: ongepaste boosheid,<sup>162</sup> ongepaste grapjes, etc. moet hij achterwege laten. De rechter die op de zitting over een bepaalde beroepsgrond zegt dat hij al heel veel zaken over dit onderwerp heeft gedaan en deze grond nog nooit heeft gevolgd dan wel zegt dat hij over dit onderwerp een boek of artikel heeft geschreven met een standpunt dat contrair is aan wat eiser wil bereiken, is wel zeer transparant, maar kan in een discussie verzeild raken waar zijn eigen eer of eigen Grote Gelijk het middelpunt wordt. Dat is een dilemma, maar het uitgangspunt is duidelijk: de rechter moet niet zelf het middelpunt worden; zie paragraaf 3 over rechterlijk gezag: het gaat om de *neutrale* derde die om een beslissing wordt gevraagd. De rechter moet los kunnen komen van zijn eigen eer, vooroordelen, standpunten en eventuele publicaties.

#### 4.4.4 *Rechterlijke rechtvaardigheid*

De deugd die Van Domselaar rechterlijke rechtvaardigheid noemt, is in zekere zin de moeilijkste. Die deugd komt het dichtst in de buurt van het perspectief op rechtspraak als het toepassen van regels op feiten. Want bij deze deugd heeft de rechter

160 Van Domselaar 2015, p. 32.

161 Van Domselaar 2015, p. 33.

162 Zie over functionele en disfunctionele boosheid twee artikelen en vier commentaren daarop in het Digital Paul Scholten Project van Terry Maroney en Christof Rapp ([www.paulscholten.eu/theoretical-relevance/r/law-and-emotion/](http://www.paulscholten.eu/theoretical-relevance/r/law-and-emotion/)).

vanzelfsprekend oog voor de geldende regels en rechtspraak, de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel. Maar toch speelt hier: *welke* rechtsregel *kiest* die rechter om toe te passen op *welke* feiten? Een mooie illustratie is de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 24 november 2014<sup>163</sup> over een boete in de WW op grond van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. Tot 1 januari 2013 kon op grond van de WW een maximale boete van € 2.269,- worden opgelegd. Vanaf die datum kan met de wijzigingen in onder andere de WW van de Wet aanscherping een boete worden opgelegd van maximaal het benadelingsbedrag, hoeveel duizenden euro's dat ook is; in het geval waarover de Centrale Raad in dit geval had te oordelen ging het om een bedrag van € 14.658,01 en zo'n boete wordt dus, naast de terugverdering ter hoogte van hetzelfde bedrag, opgelegd aan iemand in een uitkeringssituatie. Kernoverweging van de Centrale Raad in het licht van wat ik hier bespreek is deze: 'Het vanaf 1 januari 2013 in het sociale zekerheidsrecht gecreëerde boeteregime *vraagt om een indringender toets aan het evenredigheidsbeginsel*, omdat de voor de hoogte van de boete aan het benadelingsbedrag te relateren percentages sterk zijn verhoogd<sup>164</sup> en per die datum het tot dan geldende maximumboetebedrag van € 2.269,- is verval- len. [cursivering DAV]' In het Nederlandse bestuursrecht ligt een evenredigheidstoets altijd gevoelig in de verhouding tussen rechter en bestuursorgaan; als het om boetes gaat, is de indringendheid van de rechterlijke toets hoger dan bij andere zaken, maar toch blijft het ook dan een gevoelige kwestie.<sup>165</sup> Waar het mij nu om gaat is dat puur systematisch gesproken, vanuit de gedachte dat rechtspraak niet meer zou zijn dan toepassing van regels op feiten, er geen aanleiding is om een hoge boete indringender te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel dan een lagere boete; je zou kunnen zeg- gen evenredigheidstoets = evenredigheidstoets. Pas als je als rechter in je gedachte- gang betreft hoe dit soort boetes uitwerkt voor iemand in een uitkeringssituatie, als je bedenkt wat de maatschappelijke implicaties van dit soort boetes zijn, kom je tot deze rechtvaardigheidskeuze. Gelet op het begin van de vorige zin: het hangt ook weer af van dat eerder besproken rechterlijke waarnemingsvermogen.

#### 4.4.5 *Rechterlijke onpartijdigheid en rechterlijke onafhankelijkheid*

De deugden rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid behoeven hier op zichzelf bezien weinig aparte aandacht. In de eerste plaats is er een link tussen deze deugden en de eerder besproken deugden van rechterlijk waarnemingsvermogen, rechterlijke moed en rechterlijke gematigdheid. Eerst de link met rechterlijke moed en rechterlijke gematigdheid. De kern bij onpartijdigheid en onafhankelijkheid is dat de rechter als *neutrale derde*<sup>166</sup> door partijen wordt gevraagd een beslissing in een conflict te nemen. Zijn legitimering is primair daarin gelegen. Waarom zou een partij verkie- zen dat een rechter in zijn zaak beslist in plaats van zelf het recht ter hand te nemen? Dat is sterk gelegen in het besef dat het die rechter zelf, kort gezegd, niets uitmaakt

163 CRvB 24 november 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:3754).

164 Rb. Midden-Nederland zegt het nog wat opener: 'enorm zware boetes': rb. Midden-Nederland 30 juli 2014 (ECLI:NL:RBMNE:2014:3270), overweging 6.3.

165 EHRM in de zaak Malige/Frankrijk, 23 september 1998 (nr. 27812/95, NJCM-bulletin 2000, 4, p. 873-893). Zie verder Barkhuysen e.a. 2014.

166 Vergelijk weer wat in paragraaf 3 (rechterlijk gezag) is gezegd over de rechter als neutrale derde.

wat er uitkomt.<sup>167</sup> Dan de link met rechterlijk waarnemingsvermogen. Natuurlijk, de rechter kan zijn juridische bril maar moeilijk afzetten, maar een rechter die zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid bewaakt, is ook goed in staat om ‘de feiten voor zich te laten spreken’, betrekkelijk sober te kijken naar de feiten die zich aandienen. Daar komt de deugd van het rechterlijk waarnemingsvermogen weer om de hoek kijken. Als hij die feiten eenmaal heeft verzameld,<sup>168</sup> kan hij daaraan de juridische conclusies verbinden die nodig zijn. De rol die die soberheid speelt voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid is subtieler, maar als onderliggende basis minstens zo belangrijk als het waken voor de wat plompere mogelijke inbreuken op onafhankelijkheid en onpartijdigheid (het uitspreken of te zeer laten doorschemeren van een voorkeur voor één partijstandpunt, het behandelen van de zaak waarin één van de gemachtigden werkt voor het advocatenkantoor van je partner, etc.). De krachttoer die ligt in het bewaken van onpartijdigheid en onafhankelijkheid is dat je als rechter enerzijds je menselijke inlevingsvermogen moet gebruiken om te begrijpen waarom in deze zaak bijvoorbeeld discriminatie, bedreiging, misbruik een rol speelt, maar anderzijds je eventuele daarmee samenhangende persoonlijke ervaringen en de druk van de buitenwereld op jou zelf, bij de drempel van de rechtszaal achter je moet laten.<sup>169</sup>

#### 4.4.6 *De deugden als onlosmakelijk geheel*

Zoals met name uit de beschrijving van deze laatste twee deugden volgt en wat ik al eerder noemde, benadruk ik nog eens: deze deugden bestaan niet los van elkaar, zijn niet los verkrijgbaar; het wegvallen van de ene, brengt alle andere in gevaar.<sup>170</sup>

Wat al deze deugden tezamen over het voetlicht moeten brengen is dat de kwaliteiten van de rechter constitutief zijn voor de juistheid van het oordeel.<sup>171</sup> Dat geldt niet alleen voor bijzondere gevallen zoals de hierboven besproken boetes op grond van de Wet aanscherping, maar voor alle zaken, ook standaardzaken. Altijd geldt dat de feiten die de rechter kiest om bepalend te laten zijn en de regels die hij daarbij zoekt, samenhangen met zijn persoon. De beslissing in de uitspraak waartoe de rechter uiteindelijk komt, is maar één aspect van de rechtspleging dat relevant is voor enige evaluatie van de morele kwaliteit van het rechterlijke werk.

*‘Beside these decisions all kinds of voluntary and involuntary, spontaneous and emotional responses of judges both in and out of court are part of the morally relevant landscape. [...] But also all kinds of considerations in sentences that are not directly related to the actual decision may be indicative for (a lack of) moral quality. Think of the sensitivity that a judge expresses by particular ‘obiter dicta’ – a phenomenon that is often deemed legally irrelevant –: these can be an indication of him possessing certain virtues.’<sup>172</sup>*

167 Daarnaast spelen zeker ook een rol de (juridische) deskundigheid en integriteit die betrokkene aan de rechter toedicht én de nare consequenties als hij zelf het recht ter hand neemt.

168 Mijn etymologische interesse geeft mij in hier op te merken dat ‘lezen’ en ‘verzamenen’ verwant zijn (denk aan ‘korenaren lezen’), beide terug te voeren op het Latijnse ‘legere’.

169 Van Domselaar 2015, p. 33-34.

170 Van Domselaar 2015, p. 34, met verwijzing naar McDowell.

171 Van Domselaar 2015, p. 36.

172 Van Domselaar 2015, p. 36.

Wat ik, met Van Domselaar,<sup>173</sup> denk is dat zo'n deugdenbenadering van rechterschap in staat is om rechters meer bewust te maken van de zorgen en belangen die *onderliggend* zijn aan de toepassing van regels op gevallen (*rule of law* in enge zin). Sterker nog, dat is wellicht precies wat recht moet doen (*rule of law* in ruime zin): weten *welk* recht je op *welke* feiten moet toepassen; juist in het bestuursrecht, waar het overheidsoptreden inherent het gevaar van machtsuitoefening in zich draagt, is dat van het grootste belang. Juist door heel specifiek in te gaan op de concrete feiten van het geval, kan de bestuursrechter proberen te bereiken dat de burger die in beroep komt zich kan herkennen in het oordeel (*sense-making*).<sup>174</sup> Als de burger zich kan herkennen in de manier waarop in zijn zaak wordt beslist, compenseert die procedure de ontoegankelijkheid van en onbekendheid met het juridische systeem.<sup>175</sup> Misschien nog wel belangrijker, een benadering als deze is beter in staat om gewicht toe te kennen aan alle aspecten van het rechterlijke optreden, zonder een uitsluitende nadruk op (de dragende overwegingen van) de uitspraak. Die uitspraak is vanzelfsprekend heel belangrijk, maar niet bij uitsluiting. Het verschijnsel bestuursrechtspraak is veel rijker dan de uitspraak.

#### 4.5 De rechter als 'burgervriend'

Beschikken over al deze deugden is al heel wat. Telkens veronderstelt dit denken over rechterlijke deugden ook dat de rechter het kompas heeft om te weten en aan te voelen op welke wijze hij die deugden gestalte geeft in concreet handelen in een zaak. Toch betoogt Van Domselaar dat van een rechter nog meer moet worden gevergd. Ik heb, zoals gezegd, de bespreking van de zes deugden hierboven vooral nodig om een goede inbedding te geven aan de hierna volgende bespreking van de rechter als '*civic friend*'. In dit onderzoek keert vooral dit onderdeel, de '*civic friend*', hierna terug.

De rechter moet ook een '*civic friend*', een burgervriend, zijn.<sup>176</sup> De term 'burgervriend' is beperkter dan '*civic friend*'; '*civic*' omvat alle deelgenoten van de (rechts)gemeenschap en juist voor het bestuursrecht is van belang dat één van de spelers steeds (een gemachtigde van) een bestuursorgaan is. Het is dus met enige reserve dat ik haar term 'burgervriend'<sup>177</sup> hier overneem. Om dat concept 'vriend' te vatten, moet je je realiseren dat als een hedendaags mens naar het oude Griekenland zou gaan<sup>178</sup> en daar aan Aristoteles zou vertellen wat wij in de 20e en 21e eeuw verstaan onder 'vriendschap', een homerisch gelach zijn deel zou zijn. Aristoteles zou dat vermoedelijk een nogal slappe, overemotionele visie op vriendschap vinden, zo hij het niet gewoonweg een karakterzwakte zou vinden. Bij Aristoteles is vriendschap dé basisvorm van enige relatie van mensen die hetzelfde goede, in het bijzonder het goede voor de *polis*, nastreven. '*The type of friendship which Aristotle has in mind is that which embodies a shared recognition of and pursuit of a good. It is this sharing which is essential and primary to the constitution of*

173 Van Domselaar 2015, p. 39.

174 Vergelijk voor *sense-making* ook Van den Bos 2009.

175 Van Domselaar 2015, p. 40.

176 Van Domselaar 2014A, hoofdstuk 11.

177 Zoals zij zelf kiest in Van Domselaar 2014B, p. 62.

178 Vanzelfsprekend dan met professor Barabas' teletijdmachine.

*any form of community, whether that of a household or that of a city.*<sup>179</sup> De bestuursrechter is daarmee dus niet alleen de vriend van de procederende burgerpartij, maar ook van de overheid, als belichaming van het belang van alle burgers.

Het gaat dus om vriendschap in de zin van gedeelde welwillendheid, een betrokkenheid op een gezamenlijk streven. De gedachte is dat de rechter zich realiseert als hij partijen tegemoet treedt: u bent dan wel rechtssubject en ik rechter, dus ik mag beslissen over de zaak die vooral u aangaat, maar dat betekent ook dat u en ik een rechtsorde delen en ik wil graag dat u ook deel blijft uitmaken van deze rechtsorde, niet afhaakt. Het gezamenlijke goede van de maatschappij wordt het beste gediend als rechter en burger beiden erkennen dat gezamenlijke goede te delen. Aan de kant van de rechter begint dat met de erkenning dat de burger, als deel van die gemeenschap, de gelegenheid moet krijgen zich te ontwikkelen, tot bloei te komen op een manier die hij voorstaat. En dat hij zijn standpunt voor de rechter optimaal moet kunnen bepleiten en ontvouwen.

Omdat Van Domselaar met het concept burgervriend juist het oog heeft op de burger, houd ik mij daar in de rest van deze subparagraaf ook aan, maar dat is meer tekstueel dan inhoudelijk. Dat wil immers niet zeggen dat de rechter zich geen moeite hoeft te getroosten ook met (de gemachtigde van) het bestuursorgaan een relatie van welwillendheid, een betrokkenheid op een gezamenlijk streven aan te gaan. Het gezamenlijke goede van de maatschappij wordt het beste gediend als rechter en bestuursorgaan ook beide erkennen het gezamenlijke goede te delen. Aan de kant van de rechter begint dat met de erkenning dat het bestuursorgaan, als belichaming van het belang van alle burgers, ook de gelegenheid moet krijgen zich te ontwikkelen, tot bloei te komen op een manier die het voorstaat. En dat het zijn standpunt voor de rechter optimaal moet kunnen bepleiten en ontvouwen.

Stel dat de Nederlandse bestuursrechters allen uitstekend de genoemde zes deugden in huis hebben. Dat is mooi en dan zullen zij dus ook uitstekend optreden en uitstekende beslissingen nemen. Maar de vraag is dan: hoe is dat gerelateerd aan de burger die de rechtszaal verlaat en zojuist te horen heeft gekregen dat hij ongelijk krijgt? Moet die burger maar uitgaan van de deugdzaamheid van de rechter en daarom de uitkomst accepteren? Van Domselaar zegt terecht dat zo'n opvatting elitair (de rechter als juridische expert) of esoterisch (de rechter als juridische priester) zou zijn.<sup>180</sup> De huidige tijd (vergelijk weer paragraaf 3 over gezag) vraagt dat de rechter in de concrete interactie zo optreedt dat ook de verliezer de uitkomst kan accepteren. Wil de verliezer zich deelgenoot blijven voelen van deze rechtsorde (ik heb wel verloren, maar mij is wel recht gedaan), is nodig dat de rechter hem met welwillendheid tegemoet treedt, zijn best doet diens opvatting over de zaak te volgen en zo mogelijk over te nemen. Dat is een vorm van respect voor de burger. Van de andere zijde wordt van de burger

179 MacIntyre 1981/1992, p. 229. Zie ook MacIntyre 1981/1992, p. 135, 155 (op die pagina staat het citaat hierboven), 158 en 180.

180 Van Domselaar 2015, p. 40-41.

gevraagd dat hij eveneens die welwillendheid en betrokkenheid op een gezamenlijk streven laat zien en dus ook met respect de rechter tegemoet treedt.<sup>181</sup>

Het hierboven besproken deugdenethische kader voor wat een goede rechter is, heeft een buiten-juridisch vertrekpunt van denken. Ook binnen het bestuursrechtelijk denken zijn tendensen te vinden die hiermee goed parallel lopen. Met name treffen mij de parallellen die ik lees in het preadvies van Hirsch Ballin voor de VAR, waar hij spreekt over de emancipatie van de burger, de rol van bestuur en rechter in een polycentrische samenleving, de betekenis van levensperspectieven van burgers versus een meer en meer interveniërende overheid, de constitutionele verhoudingen tussen democratisch besloten wetgeving en beleid (*voice*), bestuurlijke professionaliteit (*expertise*) en de erkenning van rechten van mensen (*rights*) en de ontwikkeling van toepassingsjurisdictie (het invullen van het syllogisme) naar belangenjurisdictie.<sup>182</sup>

#### 4.6 De relatie met procedurele rechtvaardigheid

Van Domselaar noemt haar benadering *inside-out* en binnen haar project is dat ook echt het geval. Maar voor mijn project, waar ik de deugdenethische benadering niet als onderzoeksobject neem, maar juist als één van de kaders, is het me nog niet 'out' genoeg. Voor mijn project is de rechter nu op de drempel, maar heeft hij die nog niet overschreden. Ik ben benieuwd naar de receptie aan de kant van partijen: wat moet de rechter doen om te bevorderen dat partijen *ervaren* dat hun recht wordt gedaan, dat zij eerlijk en rechtvaardig zijn behandeld, dat de rechter hen als burgervriend tegemoet treedt?

Daar komt de link met procedurele rechtvaardigheid binnen. Direct hiervoor kwamen bij de bespreking van de rechter als *civic friend* al aspecten naar voren die direct aan de uitkomsten van onderzoeken naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, zoals besproken in paragraaf 2, doen denken: (a) partijen met respect benaderen, (b) partijen *voice* geven en hun dus de optimale kans geven hun visie op de zaak te bepleiten en te ontvouwen en daarmee samenhangend (c) *due consideration*, als rechter in overweging nemen of je met die visie op de zaak iets kunt en daarover in gesprek gaan. Maar het is breder. Zoals besproken in paragraaf 2 is ook het geven van informatie over de manier waarop de procedure verder gaat (*explanation*) en over de mogelijke uitkomsten van de zaak (transparantie, voorlopige oordelen) een belangrijke factor die van invloed is op ervaren procedurele rechtvaardigheid. En ook die procedurele en inhoudelijke informatie kan goed een manier zijn waarop de rechter gestalte geeft aan zijn rol als *civic friend*. Door dat te doen brengt hij wellicht partijen in de optimale toestand, brengt hij hen tot hun 'bloei', om hun visie op de zaak te presenteren. Respect, het bieden van de mogelijkheid aan partijen om hun verhaal te doen (*voice*) en het in overweging nemen van dat verhaal (*due consideration*), kunnen bevorderen dat partijen ervaren dat zij eerlijk en rechtvaardig worden behandeld. Het aandacht schenken aan de inzichten uit

181 Van Domselaar 2015, p. 42.

182 Hirsch Ballin 2015, met name p. 18-19, 29-36, 42-44, 46 en 55-58 (maar eigenlijk leent dit type tekst zich helemaal niet voor partiële lezing, dus lees dit preadvies vooral helemaal).

onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid is dus een manier voor de rechter om niet alleen (intern) van goede wil te zijn, maar ook (extern) partijen duidelijk te maken dat dat het geval is, dat hij er op uit is hun recht te doen en dat hij hen erkent als deelgenoot van een gezamenlijk streven naar het goede.

#### 4.7 *Conclusie*

De bestuursrechter moet beschikken over vele deugden en die deugden treden op in samenhang. De bestuursrechter moet beschikken over praktische wijsheid in de zin van rechterlijk waarnemingsvermogen (in concreto), rechterlijke moed, rechterlijke gematigdheid, rechterlijke rechtvaardigheid, rechterlijke onpartijdigheid en rechterlijke onafhankelijkheid en die zes in samenhang. Daarnaast moet de rechter een burgervriend zijn. Om dit te bereiken is het streven naar procedurele rechtvaardigheid onmisbaar.

### 5 DE OLIFANT IN DE KAMER

Inmiddels heb ik wel een olifant in de kamer gehaald: hoe is het mogelijk al die idealen van procedurele rechtvaardigheid, modern gezag en een goede rechter als burgervriend te verwezenlijken als de werkdruk binnen de bestuursrechtspraak nu al hoog is? Ik heb de onderwerpen van paragrafen 2, 3 en 4 gepresenteerd als ‘een plusje’ bovenop de minimumeisen van artikel 6 en 13 van het EVRM en artikel 47 van het Grondrechtenhandvest EU, maar is daar wel ruimte voor? Kan de bestuursrechter wel meer doen dan hij al doet?

De vooronderstelling daarbij is dat die ‘extra’s’ ook meer tijd kosten. Sommige van die extra’s zullen veel meer tijd kosten (denk aan extra bewijsmogelijkheden voor de burger, zeker als die leiden tot aanhoudingen na zitting), andere zullen een klein beetje meer tijd kosten (denk aan het op de zitting of in de uitspraak aandacht besteden aan bepaalde zaken die voor een partij belangrijk zijn, ook al zijn ze niet nodig voor de oplossing van de juridische puzzel) en weer andere gaan niet om extra tijd, maar om attitude. Toch zal *grosso modo* gelden dat de bestuursrechter die te voorschijn komt uit de paragrafen 2, 3 en 4 meer tijd en aandacht besteedt aan (in ieder geval sommige aspecten van) de zaak.

Een eerste begrenzing van wat er aan extra inspanning in een zaak wordt gestoken, is het effect op de andere zaken. De extra aandacht die aan bepaalde zaken wordt besteed, mag natuurlijk niet de afdoening van andere zaken binnen een redelijke termijn, zoals ook beschermd door artikel 6 van het EVRM, in het gedrang brengen. Dat is nog een behoorlijk globale begrenzing, want zo snel komt het oordeel van de nationale rechter of van het EHRM dat die redelijke termijn is overschreden niet in beeld. Toch vormt ook dit een ‘echte’ begrenzing in die zin dat op de lange termijn deze begrenzing alleen kan worden gehaald als er per jaar evenveel zaken een gerecht ‘in’ als ‘uit’ gaan, want anders loopt de afdoeningstermijn elk jaar verder op.

Een tweede begrenzing wordt gevormd door de relatieve aandacht: hoe verdeelt de rechter zijn aandacht tussen de ene categorie zaken en de andere categorie zaken? Ook daar moet een zekere *fairness* in zitten, ook al zullen partijen in de ene zaak doorgaans niet in de gaten hebben hoe veel of hoe weinig tijd en energie in een andere zaak wordt gestoken. Dit vergt dus slimme keuzes, waarbij voor bepaalde categorieën zaken snelle *tracks* en voor andere categorieën zaken uitgebreidere *tracks* worden ontworpen. En dat vergt een selectie en regie al voordat de zitting begint.<sup>183</sup> Op zichzelf is het vinden van dergelijke *tracks* geen focuspunt van dit onderzoek, maar het maakt wel dat ik zeg dat er gerichte keuzes mogelijk en nodig zijn om een 'extra' in sommige gevallen toe te voegen.

Aan het einde van hoofdstuk 6 kom ik hierop terug.

## 6 CONCLUSIE

Vanuit de hierboven gepresenteerde juridische en buiten-juridische kaders, met hun onderlinge samenhang, kom ik tot de volgende conclusie.

Hiervoor heb ik een set van juridische perspectieven en drie buiten-juridische perspectieven (waarbij het tweede – modern gezag van de rechter – en derde – de deugdenethische benadering en de rechter als burgervriend – perspectief in verband zijn gebracht met het eerste perspectief, procedurele rechtvaardigheid) gepresenteerd die alle invloed uitoefenen op de wijze waarop de bestuursrechter optreedt of moet optreden. Het eerste buiten-juridische perspectief, het in de bestuursrechtspraak gestalte geven aan de uitkomsten van onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, is voor zover die komt uit sociaal-psychologische hoek zoals gezegd een buiten-juridisch perspectief, maar eigenlijk is dit het wakkerschudden van de jurist; het wakkerschudden op het punt van elementen die altijd al behoorden tot de doelen van de rechtspraak (het op een vreedzame en gereguleerde manier tot een oplossing brengen van conflicten), maar die in een op output gerichte maatschappij (lees: op uitspraken, dus de reductie tot het toepassen van 'het' recht op 'de' feiten gerichte maatschappij) op de achtergrond raakten. Het tweede buiten-juridische perspectief, het gezag van de rechter in de huidige maatschappij, roept nieuwe vragen op over de manier waarop de bestuursrechter moet omgaan met zijn bevoegdheden en taken. En dat perspectief vormt een verbreding van het hoofdthema waarom de bestuursrechter aandacht moet geven aan de uitkomsten van onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid. Het derde buiten-juridische perspectief, de deugdenethische benadering van wat een goede (bestuurs)rechter is en vooral de rol van de rechter als burgervriend, roept ook nieuwe vragen op over de manier waarop de bestuursrechter moet omgaan met zijn bevoegdheden en taken. En ook dat perspectief sluit aan bij het hoofdthema waarom de bestuursrechter aandacht moet geven aan de uitkomsten van onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid.

---

183 Zie uitgebreid Van Ettehoven en Marseille 2017, met name paragraaf 7.



Mijn hypothese hierbij is dat de bestuursrechtspraak zich door maatschappelijke en budgettaire druk om steeds efficiënter te werken, heeft laten meeslepen in een reductie van haar taak tot het toepassen van ‘het’ recht op ‘de’ feiten, waarbij de selectie welk recht wordt toegepast op welke geselecteerde feiten op de achtergrond is geraakt, waarbij partijen te weinig worden meegenomen in de reis van het begin naar het einde van de procedure en waarbij de bredere taken van de bestuursrechter op de achtergrond zijn geraakt.<sup>184</sup> Daarbij zijn de gevolgen voor het gezag van de bestuursrechter en de ‘deugdzaamheid’ van de bestuursrechter als degene die zijn best doet om die burger als deelgenoot van de rechtsorde te behouden op de achtergrond geraakt.

Met de hierboven genoemde drie buiten-juridische perspectieven op wat bestuursrechtspraak kan zijn, ga ik kijken naar de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure vanuit die perspectieven van (i) ervaren procedurele rechtvaardigheid, (ii) gezag van de bestuursrechter en (iii) de deugden van de bestuursrechter en zijn rol als *civic friend*.

---

184 Vergelijk Ten Berge 2015, p. 58: ‘Het succes wordt [...] bepaald door een op burgers toegespitste materiële waarheidsvinding, waarin bewijsposities helder worden afgebakend en de burger rechtvaardigheid kan ervaren van een zo nodig actieve rechter. Daarvoor moeten rechters tijd hebben en moet de gerechtsorganisatie zó worden ingericht, dat de aanhouding van zaken [...] en/of het deskundigenonderzoek geen lastige belemmeringen voor het bereiken van een misschien wel te snelle finaliteit zijn, maar normale onderdelen van een gefaseerde mondelinge zaaksbehandeling. Communitaristische belemmeringen als te weinig tijd voor rechters of een niet aangepaste gerechtsorganisatie mogen het succes van de NZB niet in de weg staan.’



# HOOFDSTUK 3 | BEJEGENING: DE ZITTING EN RONDON DE ZITTING

*'To know what one ought to do is certainly the hardest thing in life. 'Doing' is comparatively easy.'*

M. Mitchell<sup>1</sup>

## 1 INLEIDING

De zitting bij de bestuursrechter: in veel wetenschappelijk onderzoek en wetenschappelijke literatuur een onderwerp dat weinig aandacht krijgt, maar in dit hoofdstuk het *pièce de résistance*. Behalve bij een enkeling zoals Marseille,<sup>2</sup> bestaat maar weinig rechtswetenschappelijke aandacht voor de zitting. Voor partijen, met name de burgerpartij, is juist de zitting het moment waar het om draait.

In dit hoofdstuk ligt de nadruk op de Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter (NZB). Die term, de *Nieuwe Zaaksbehandeling*, moet zo snel mogelijk in de vergetelheid raken. Het Nieuwe Testament en de Nieuwe Kerk in Amsterdam houden het al eeuwen uit met een naam die begint met 'nieuwe', maar zo'n lot zal de manier waarop de bestuursrechter omgaat met zaken niet beschoren zijn. Zo snel mogelijk moet die naam dus worden vervangen door een neutralere term die erop duidt 'dit is hoe wij zaken behandelen'. Met KEL, de digitalisering van de rechtspraak en de nadruk op regie door de rechter, en de Professionele standaarden van de bestuursrechter<sup>3</sup> zal vermoedelijk die naam NZB ook vervagen. Het gaat gewoon om de manier waarop de bestuursrechter met zaken omgaat. In dit hoofdstuk, waarin ik inga op het ontstaan en de ontwikkeling van die werkwijze, spreek ik nog over de NZB, maar in het besef dat de rol van de NZB als programma van de bestuursrechters in feite is overgenomen door de Professionele standaarden. En dat is ook formeel het geval: op 13 februari 2018 is met een symposium de NZB als programma afgesloten en is het stokje overgedragen aan de Professionele standaarden.<sup>4</sup>

Met mijn nadruk op de NZB is al gelijk gegeven dat de nadruk ook ligt op de eerste aanleg van bestuursrechtspraak bij de rechtbanken, omdat daar de NZB het verst ontwikkeld is. In paragraaf 2 bespreek ik de aanleidingen voor de NZB, in paragraaf 3 de NZB als werkwijze en aanpak van de bestuursrechter; dat is dus de NZB als 'programma'. Ook in deze paragraaf beschrijf ik de manier waarop een rechter de zaken

1 *Life, Letters, and Journals*, 1896, reprint 2012.

2 Bert Marseille neemt in zijn begrotingsvoorstellen voor onderzoek steeds op dat hij student-assistenten naar de zittingen zal sturen, maar in werkelijkheid kan hij het volgens mij niet laten bijna alle zittingen in het onderzoek zelf te bezoeken.

3 Zie voor de huidige standaarden: [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Professionele-standaarden-van-de-bestuursrechter-bij-de-rechtbanken.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Professionele-standaarden-van-de-bestuursrechter-bij-de-rechtbanken.pdf).

4 Symposium Moderne bestuursrechtspraak 2018.

aanpakt in het kader van de NZB en vooral, zoals de hoofdstuktitel al zegt, op en rondom de zitting. Vervolgens komt in paragraaf 4 aan bod hoe de NZB tot nu toe in de werkelijkheid is uitgekapt. Paragraaf 5 is de conclusie van dit hoofdstuk.

## 2 AANLEIDINGEN VOOR DE NZB

### 2.1 *De context waarbinnen de NZB is ontstaan*<sup>5</sup>

De NZB staat in de sleutel van drie bredere ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak die de eerste vijftig jaren van de Awb hebben voortgebracht. Je kunt ook zeggen: de NZB is de wijze waarop de eerstelijnsrechtspraak die ontwikkelingen heeft willen verankeren in haar werkwijze.<sup>6</sup> Deze ontwikkelingen liggen in de eerste plaats op het vlak van het bewijsrecht (waarover hoofdstuk 5 gaat) en in de tweede plaats in het denken over finale geschilbeslechting (waarover hoofdstuk 4 gaat). In het denken over finale geschilbeslechting is, voor zover nodig in dit hoofdstuk, de ontwikkeling samen te vatten als een verandering van de blik gericht op het verleden (toetsing) naar een blik gericht op het verleden én de toekomst (toetsing en finale geschilbeslechting). De andere ontwikkeling, het bewijsrecht, is minder gemakkelijk in één zin samen te vatten.<sup>7</sup> In het kader van dit hoofdstuk valt in ieder geval te zien dat in het Awb-tijdperk er een samenhangend bestuursrechtelijk bewijsrechtstelsel is ontstaan of in ieder geval aan het ontstaan is. Bij de introductie van de Awb is nog nadrukkelijk gekozen geen bewijsrecht in de Awb op te nemen,<sup>8</sup> maar al vanaf het begin werd langzamerhand een bewijsrechtstelsel opgetrokken.<sup>9</sup>

De derde bredere ontwikkeling is het groeiende besef dat de bestuursrechter<sup>10</sup> aandacht moet besteden aan procedurele rechtvaardigheid (waarover met name paragraaf 2 van hoofdstuk 2 gaat). Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid is op zichzelf beschouwd een ontwikkeling die los staat van het Awb-tijdperk, want het gaat hier om bevindingen uit nationaal en internationaal onderzoek zoals dat in de sociale psychologie sinds 1975 wordt uitgevoerd. Toch zie je bij veel juristen dit besef pas de laatste jaren doordringen, zodat ik het hier in dit hoofdstuk noem als een van de ontwikkelingen in die ruime vijftig jaar Awb. Die wens om aandacht te besteden aan procedurele rechtvaardigheid loopt bovendien parallel met de behoefte aan meer maatwerk in het verloop van de procedure en meer finale geschilbeslechting bij de bestuursrechter. Het is namelijk moeilijk voorstelbaar dat een bestuursrechter streeft naar maatwerk en (échte) finale geschilbeslechting zonder dat hij ook aandacht geeft aan procedurele rechtvaardigheid. Daarmee behoort ook deze ontwikkeling tot de context waarbinnen de NZB is ontstaan.<sup>11</sup>

5 Deze subparagraaf is in vertaling gedeeltelijk ontleend aan Verburg en Schueler 2014, p. 56-58.

6 Vergelijk De Jong 2015, p. 352-354.

7 Zie voor een beschrijving van bewijsrecht gedurende de eerste vijftien jaren van de Awb: Verburg 2010A.

8 PG Awb II, p. 173-175.

9 Schuurmans en Verburg 2012, paragraaf 2, p. 119-122.

10 Ook bij rechters in andere rechtsgebieden zie je deze ontwikkeling; zie Verschoof 2013 (civiel recht) en Aarten 2014 (strafrecht).

11 Verburg 2015, p. 289; Verburg en Schueler 2014, p. 57 en 61-62.

## 2.2 De Derde evaluatie van de Awb<sup>12</sup>

Het zijn vooral het rapport van de commissie Ilsink, de Derde evaluatie van de Awb,<sup>13</sup> en de daaraan ten grondslag liggende onderzoeksrapporten over definitieve geschilbeslechting en feitenvaststelling in beroep<sup>14</sup> geweest die aanleiding vormden voor wat daarna de NZB is geworden. Bij de rechtspraak drong de Derde evaluatie door als een vertraagde schokgolf.<sup>15</sup> Zeker ook omdat de onderzoeken zijn gebaseerd op geluiden hoe partijen de bestuursrechtelijke procedure ervoeren, zowel *repeat players* (gemachtigden van bestuursorganen en rechtsbijstandverleners) als burgers, viel niet langer vast te houden aan de beleving binnen de rechtspraak tot dan toe: hetzij tevreden met het eigen systeem, hetzij gelaten ('het kan nu eenmaal niet anders, want de machtscheiding noopt hiertoe'). Uit de Derde evaluatie Awb bleek in de eerste plaats dat de bestuursrechter tekortschoot op het vlak van definitieve geschilbeslechting. Een vernietiging leidde doorgaans tot de opdracht aan het bestuursorgaan een nieuw besluit te nemen en dat kwam dan vaak terug met dezelfde beslissing, maar dan voorzien van een nieuwe motivering of nieuw onderzoek. Dat leidde vanzelfsprekend vaak tot nieuwe procedures van teleurgestelde burgers. Er was dus sprake van ge-jojo tussen rechterlijke en bestuurlijke fase.<sup>16</sup> De kritiek in de Derde evaluatie op dit punt valt te lezen als 'de bestuursrechter loste het probleem niet echt op', maar ook als 'de bestuursrechter loste het echte probleem niet op'. Dat lijkt een wat flauwe verplaatsing van woorden, maar het gaat om meer. De vraag is namelijk wat het probleem is dat de bestuursrechter heeft op te lossen of althans het probleem waarover hij in debat moet met partijen. De kritiek in de Derde evaluatie was in de tweede plaats dat partijen op bewijsrechtelijk vlak geen steun van het wettelijke bestuursrecht kregen, maar ook niet van de bestuursrechter. In de Awb is geen algemeen kader voor bewijsrecht opgenomen en ook op de zitting of anderszins in de procedure bij de bestuursrechter kregen partijen niet te horen wie wat moest bewijzen. Pas in de uitspraak stond dat 'het op de weg van X had gelegen' om bewijs aan te dragen op een bepaald punt en dan was het te laat. Partijen, met name de burgerpartij, verwachtten enige voorlichting, maar kregen die niet (tijdig) van de rechter.<sup>17</sup> In de derde plaats hield de kritiek in dat een uniforme aanpak van alle zaken niet wenselijk is en dat afhankelijk van onder meer de aard van de zaak een gedifferentieerde aanpak nodig is.<sup>18</sup>

De kritiek in de Derde evaluatie die de rechtspraak zich ter harte moest nemen, laat zich dus samenvatten in drie punten:

- De procedure bij de bestuursrechter draagt vaak te weinig bij aan het beëindigen van het geschil of conflict dat partijen hebben.

12 Vergelijk Verburg en Schueler 2014, p. 59.

13 Evaluatie Awb III 2007.

14 Barkhuysen, Damen e.a. 2007; Schueler, Drewes e.a. 2007.

15 Verburg 2013, p. 20.

16 Polak 2010, Verburg 2010C, onder andere p. 175; zie ook Van der Veer 2011.

17 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 73, 233-256, 331-332, 302-303 en 337-340. en Evaluatie Awb III 2007, aanbeveling 25 op p. 72. Zie ook Schuurmans 2016.

18 Evaluatie Awb III 2007, p. 65-66 en aanbeveling 24 op p. 72.

- De procedure is te weinig transparant, partijen wordt te weinig duidelijk gemaakt wie bewijsrechtelijk nu 'aan zet' is en wat die partij aan bewijs moet aandragen om haar zaak met succes af te ronden.
- Het zogeheten 'zittingsgericht werken' leidt tot een sobere, eenvormige procedure die regelmatig onvoldoende recht doet aan (de complexiteit van) de zaak, er is gebrek aan maatwerk.

De bestuursrechter kwam door de Derde evaluatie tot de erkenning dat hij het niet goed (genoeg) deed. De Derde evaluatie staat niet op zichzelf. Kritiek klonk al daarvoor en bleef ook daarna klinken in de rechtspraktijk, de politiek, de literatuur en de wetenschap. Wat bewijs betreft gaat dan de aandacht primair uit naar het proefschrift van Schuurmans<sup>19</sup>, het rapport van de Commissie rechtsbescherming van de VAR<sup>20</sup>, de preadviezen voor de VAR van 2009<sup>21</sup> en een hele reeks artikelen waarin telkens een positie werd ingenomen op deze en verwante kritiekpunten.<sup>22</sup> Wat finale geschilbeslechting betreft valt te denken aan het proefschrift van Schueler<sup>23</sup>, de oratie van Polak<sup>24</sup> en weer een reeks boeken en artikelen.<sup>25</sup> Dat doorgaans op dit punt wordt verwezen naar de Derde evaluatie is vooral omdat dat als een culminatiepunt van al deze kritiek en signalering van de tekortkomingen geldt.

Bij het verschijnen van de Derde evaluatie kreeg het daaraan ten grondslag liggende onderzoeksrapport over het perspectief van de burger relatief weinig aandacht.<sup>26</sup> Dat is wel begrijpelijk, omdat dat deelrapport, conform de onderzoeksopdracht, een pure literatuurstudie is en omdat het uitsluitend is opgezet als een agenda voor verder onderzoek. Toch ligt ook in dat rapport en in de bespreking ervan in het evaluatierapport zelf al de implicatie besloten dat rechters meer acht zouden moeten slaan op de inzichten afkomstig uit de sociale wetenschappen, waaronder met name onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid.<sup>27</sup>

---

19 Schuurmans 2005.

20 VAR-commissie rechtsbescherming 2004.

21 VAR-reeks 142, verder aangehaald per preadvies: Schlössels 2009A, Schuurmans 2009, Koopman 2009 en Verburg 2009.

22 Bijvoorbeeld De Bock 2000, p. 26, Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000, Damen 2000, Schuurmans 2004 en De Graaf, Schuurmans en Tollenaar 2007.

23 Schueler 1994.

24 Polak 2000.

25 Bijvoorbeeld De Poorter en De Graaf 2011, Van der Veer 2011, Van Ettehoven 2011 en Verburg 2010C.

26 Laemers e.a. 2007.

27 Evaluatie Awb III, p. 15-19.

### 3 DE NIEUWE ZAAKSBEHANDELING VAN DE BESTUURSRECHTER<sup>28</sup>

#### 3.1 *De NZB als programma van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg*

Sinds ongeveer 2010/2011<sup>29</sup> werken de rechtsgebieden<sup>30</sup> bestuursrecht van de rechtbanken met de Nieuwe Zaaksbehandeling.<sup>31</sup> Met deze nieuwe aanpak wil de bestuursrechter in eerste aanleg onder meer een antwoord bieden op de kritiek op de bestuursrechtspraak die is geuit in de Derde evaluatie Awb. Die kritiek, zoals in subparagraaf 2.2 is besproken, is met name dat (i) de bestuursrechter het geschil of probleem niet werkelijk oploste, (ii) voor partijen voorafgaande aan de uitspraak niet duidelijk was wie 'aan zet' was om nog iets te bewijzen en (iii) de uniforme aanpak, waarin alle zaken een gelijke, sobere behandeling ten deel viel, meer en meer ging knellen. Wat nodig bleek was een versterking van het verloop en de inhoud van de procedure bij de bestuursrechter. Het moest meer zijn dan het 'narekenen', vooral aan de hand van de schriftelijke stukkenwisseling, van de bestuurlijke procedure. De NZB is daarmee te typeren als een (niet dé) uiting van de volwassenwording van de bestuursrechtspraak als zelfstandige locus van argumentatie, bewijsvoering en het voeren van het gesprek over hoe het verder moet gaan met de (rechts)relatie tussen burger, overheidsinstantie en eventuele derde.

Het trekken van lessen uit de Derde evaluatie is een langzaam tot ontwikkeling komende discussie geweest. De eerste naar buiten merkbare stappen waren pilots bij vier toenmalige rechtbanken<sup>32</sup> en een onderzoek naar de uitkomsten daarvan.<sup>33</sup> Uit dat onderzoek kwamen acht verbeterpunten naar voren, te weten: 1. het verhogen van de betrokkenheid van de burger bij zijn eigen procedure, 2. een actievere rol van de bestuursrechter, 3. het bespreken van (on)mogelijkheden van de procedure, 4. het in een vroeg stadium initiëren van conflictbemiddeling/schikking, 5. het afstemmen van verwachtingen, 6. het verlagen van de doorlooptijd, 7. het differentiëren naar type zaken en 8. het bewerkstelligen van finale geschilbeslechting.<sup>34</sup> Vervolgens heeft het Landelijk Overleg van Voorzitters Bestuursrecht (LOVB), zoals dat toen nog heette<sup>35</sup> de knoop doorgemaakt om te komen tot een landelijke aanpak, de NZB, die een antwoord zou moeten zijn op die verbeterpunten. Met onder meer een klankbordgroep NZB<sup>36</sup>

28 Delen van deze paragraaf komen, vertaald en bewerkt, overeen met Verburg en Schueler 2014, p. 58-61.

29 Zie Nihot 2014, p. 150-154.

30 Sinds 1 januari 2013 kennen de rechtbanken geen sectoren meer, maar afdelingen. Daarnaast beslaan de afdelingen soms meer rechtsgebieden, bijvoorbeeld strafrecht en bestuursrecht of civiel recht en bestuursrecht.

31 Zie De Jong 2015, p. 352-354.

32 De toenmalige rechtbanken Dordrecht, Leeuwarden, Roermond en Utrecht.

33 Marseille 2010A en Marseille 2010B.

34 Zie Eindrapport Projectgroep Differentiatie van Werkstromen 2010 en de bijdrage van P. Nihot in Schlössels en Albers 2014, p. 11-12.

35 De opvolger van dit overleg heet nog steeds LOVB, maar staat nu voor Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht.

36 In de klankbordgroep participeerden onder andere advocaten, het Uvw, het CIZ, de IND, de Raad voor rechtsbijstand, de VNG, de SVB, de Duo, de Belastingdienst en de Belastingdienst/Toeslagen.

en een (eerste) symposium over de NZB<sup>37</sup> beoogden de rechtbanken er voor te zorgen dat de NZB niet slechts voortkomt uit en ontwikkelt in een rechterlijke denktank.

Vooropgesteld moet worden dat de NZB een programma, een gids is voor de bestuursrechter; het is geen dwingend keurslijf en al helemaal geen protocol dat de rechter maar hoeft af te lopen.<sup>38</sup> Al is het vanzelfsprekend – alleen al uit een oogpunt van stelselmatig optreden van de rechter, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid – wel bedoeld als een coherente aanpak, kan per zaak worden gezien welke delen van de NZB passend zijn. Bovendien is het geen toegepaste wetenschap, geen *evidence-based* protocol. Het is naar de stand van inzichten en kennis rond 2010 binnen de eerstelijnsrechtspraak haar beste poging om een moderne vorm van bestuursrechtspraak gestalte te geven, een vorm van bestuursrechtspraak die een antwoord biedt op de geconstateerde problemen en tekortkomingen in het verleden.

### 3.2 Kernelementen van de NZB

Gelet op de hiervoor genoemde problemen en knelpunten uit de Derde evaluatie waarop de NZB een antwoord wil bieden, is weinig verbazingwekkend dat dit de drie kernelementen van de NZB zijn:<sup>39</sup>

1. De zaak wordt behandeld op een vroegtijdige zitting, bij voorkeur in de vierde maand na het instellen van beroep.
2. De rechter streeft naar finale geschilbeslechting,<sup>40</sup> in ieder geval van het juridische geschil en zo mogelijk ook van het onderliggende conflict.
3. De rechter past maatwerk toe: elke zaak krijgt de behandeling die de zaak waard is.

Aan de zitting, het moment waarop de rechter in direct contact met partijen treedt, is in de NZB een essentiële rol toebedeeld. De genoemde drie kernelementen vallen uiteen in de volgende lijst van mogelijke activiteiten op en rondom de zitting:<sup>41</sup>

- De rechter bespreekt op de zitting het eventuele onderliggende conflict en beperkt zich niet tot het juridische geschil. Hij past daarbij de methode van conflict diagnose toe (van standpunten naar belangen). Hierin ligt een streven naar dejuridisering besloten.<sup>42</sup>
- De rechter is actief in zijn regierol, maar laat ruimte voor partijen om mee te regisseren. Hij begint met het stellen van vragen en hij streeft naar een concreet gesprek met partijen om zo goed mogelijk door te dringen tot de zaak. Omdat het

37 Zie Marseille en Nihot 2013, p. 45-46. Deelnemers kwamen uit allerlei organisaties (verschillende rechterlijke colleges, advocatuur, bestuursorganen, mediators, etc.). Zie voor een verslag Haan 2013. Op 13 februari 2018 is er een tweede, afsluitend, symposium geweest.

38 Dat laatste zou ook per definitie strijdig zijn met de gedachte dat de rechter maatwerk moet leveren. Zie de bijdrage van Nihot in Schlössels en Albers 2014, p. 17.

39 Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), het Eindrapport Project Differentiatie van Werkstromen Bestuursrecht 2010 en [www.prettigcontactmetdeoverheid.nl](http://www.prettigcontactmetdeoverheid.nl), Van Ettehoven en Verburg 2011.

40 Een onderwerp dat in hoofdstuk 4 uitgebreider aan de orde komt.

41 Vergelijk, met iets andere accenten, Nihot in Schlössels en Albers 2014, p. 12.

42 Allewijn 2011, p. 128-146.



uitgebreid pleiten en voordragen van pleitnota's vaak vooral neerkwam op het herhalen van standpunten die al uit het dossier bleken, is daarvoor in beginsel geen ruimte.

- De rechter bespreekt met partijen de mogelijke wijzen van aanpak en uitkomsten van de zaak (schikking, mediation, mondelinge uitspraak direct na zitting, schriftelijke uitspraak). Daarbij streeft hij er naar door te dringen tot de kern van de zaak en het te beslissen geschil zo mogelijk ook daartoe te beperken.
- De rechter biedt, als de gekozen aanpak daar aanleiding toe geeft, transparantie over vooral bewijskwesties (in het bijzonder een voorlopige waardering van de bewijsvoering tot dan toe en te verwachten uitkomsten van de verdere mogelijke bewijsvoering); hij verkent en regisseert samen met partijen hoe een eventueel bewijsaanbod concreet te krijgen is. Afhankelijk van de uitkomst van dat debat, stelt hij zo nodig één van de partijen in de gelegenheid nader bewijs in te brengen (via een formele of informele bestuurlijke lus als het gaat om het verwerende orgaan of via een 'bewijsopdracht' aan de eisende partij).
- De rechter streeft naar finale geschilbeslechting, bespreekt op de zitting mogelijke uitkomsten in dat licht en zoekt naar aanvullende feiten die hij daarvoor nodig heeft en zo nodig ook naar een nadere standpuntbepaling bij partijen.

De uitwerking van twee onderwerpen rondom de zitting volgt in de subparagrafen hierna: de focus op het onderliggende conflict op de zitting (3.3) en de (vroegtijdige) zitting als hart van de procedure en het vervolg na de zitting (3.4). Daarna besteed ik een subparagraaf aan de manier waarop procedurele rechtvaardigheid een plek heeft gekregen in de NZB-aanpak (3.5). Vervolgens sla ik een haakje naar het onderwerp gezag, in combinatie met de positie van de bestuursrechter in de Trias en horizontalisering (3.6). In al deze subparagrafen speelt zaaksdifferentiatie (maatwerk) een rol.

### 3.3 *Voorbij het geschil – het is het conflict van partijen*

Ik benadruk nog maar eens dat ik hier spreek over de NZB als programma.

Binnen de bestuursrechtspraak spreekt men over 'het belangenrondje'. Dat houdt in dat de rechter aan het begin van de zitting niet direct focust op de juridische merites van de zaak, maar vraagt met welke belangen partijen nu eigenlijk binnenkomen.<sup>43</sup> Dat gaat met vragen van het huisartsentype: 'Waar zit de pijn?' Soortgelijke openingsvragen zijn: 'Waar is het u nu in de kern om te doen?', 'Wat staat er vandaag voor u op het spel?'<sup>44</sup> Die vragen stelt hij aan beide partijen.<sup>45</sup>

Dat is binnen de NZB van belang, omdat als eenmaal op het juridische geschil wordt ingegaan, bij partijen een natuurlijke neiging kan bestaan vast te houden aan het eigen gelijk, het eigen standpunt, en dat brengt het risico mee dat elke oplossingsgerichtheid dood slaat. De Waard wijst er terecht op dat als de bestuursrechter binnen het aan hem voorgelegde juridische geschil streeft naar finale geschilbeslechting, het risico bestaat

43 Zie echter ook De Jong 2018, p. 69.

44 Allewijn 2011, p. 136-146.

45 Of bij een meerpartijengeding: aan alle partijen.

dat het bestuursorgaan alleen nog maar binnen de tunnel van het verdedigen van het oorspronkelijke besluit redeneert.<sup>46</sup> Daarom is het van belang dat de bestuursrechter vóór hij aan zo'n juridische afdoening toekomt, eerst de ruimte verkent: misschien is dit bestreden besluit wel rechtmatig, maar is het ook de beste oplossing voor deze situatie?

Het is binnen de NZB nodig om steeds dat belangenrondje te doen om twee redenen. (a) De rechter kan ontdekken dat er meer achter de zaak zit dan uit het dossier blijkt. Nu wil ik best geloven dat een ervaren rechter wel aan het dossier kan 'ruiken' wat er werkelijk aan de hand is. Toch zijn natuurlijk ook rechters gevoelig voor eenvoudige psychische processen zoals *priming*: als het gesprek een puur juridische focus heeft, zie je als gesprekspartner, dus ook als rechter, alleen de juridische kanten van de zaak. Bovendien bleek het in een van de eerder genoemde pilots uit 2009, te weten die in Utrecht, nog helemaal niet zo gemakkelijk om aan de hand van het dossier al te bepalen of een zaak zich leende voor een andere aanpak dan de traditionele.<sup>47</sup> Daarvoor was een gesprek op de zitting nodig. (b) De partijen kunnen, als zij hebben kunnen vertellen waar het hun werkelijk om te doen is, doorgaans beter luisteren naar en open staan voor een andere kijk op de kwestie. Het gaat er zeker niet alleen om wat partijen *zeggen* in het belangenrondje, maar het gaat er ook om dat zij daarmee weer in een stand van *luisteren* en *denken* komen, in plaats van alleen maar *zenden*. Dat laatste deel gaat niet om de behoefte die de rechter heeft met de zitting, maar juist wat partijen nodig hebben om weer naar elkaar te kunnen luisteren in plaats van elkaar argumentatief te bestrijden, elkaar vliegen af te vangen.<sup>48</sup>

De rechter zoekt in die openingsronde, in dat belangenrondje, aanknopingspunten om te begrijpen wat partijen van hem willen, waar het hen werkelijk om te doen is.<sup>49</sup> De zitting begint met het echte conflict in het belangenrondje, maar de rechter luistert daarnaar met oog op de horizon: als u mij dit vertelt, waar koersen we dan op af met deze zaak? Met om en nabij de volgende staalkaart van horizonnen en koersen in zijn hoofd, beluistert de rechter in deze fase van de zitting wat partijen naar voren brengen:

- willen partijen 'gewoon' een rechterlijk oordeel, en zo ja, dan nu meteen mondeling of later schriftelijk,
- 'hangt' het geschil in de kern van de zaak eigenlijk maar op één of een paar kwesties en zijn partijen tevreden met het rechterlijk oordeel uitsluitend over die kwestie(s),
- is de zaak nog onvoldragen en moeten partijen nog iets onderzoeken of bewijzen,
- ligt het echte probleem net buiten het juridische geschil zoals dat tot nu toe is gevoerd en kan dat op elegante wijze binnen boord worden gehaald,
- ligt het echte probleem eigenlijk in een andere procedure en is het mogelijk die procedure af te wachten of te koppelen aan de nu voorliggende procedure,

46 ABRvS 12 augustus 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ5099 en AB 2009/368 m.nt. B.W.N. de Waard).

47 Nihot 2014, p. 149.

48 Vergelijk Van Arem en Verburg 2013, onder andere p. 54.

49 Schuurmans en Verburg 2012, p. 123-124.

- kunnen partijen er samen uitkomen, met behulp van de rechter of een mediator, of
- ligt het echte probleem (te ver) buiten de grenzen van het geding dan wel buiten de bevoegdheid van de rechter en moet dát besproken worden?

Zoals dit rijtje laat zien, betekent de NZB niet dat de bestuursrechter altijd inzet op een schikking of mediation; dat naar de alternatieve afdoeningen veel aandacht uitgaat in cursussen, symposia en artikelen is vermoedelijk alleen maar omdat dat de vernieuwingen zijn. De ‘klassieke’ uitspraak blijft een ‘kernproduct’ van de bestuursrechter.<sup>50</sup> Met wat ik hierboven beschreef over het belangenrondje wil ik dan ook vooral benadrukken dat binnen het NZB als programma de rechter wel steeds *eerst* moet kijken wat er achter het juridische geschil steekt en aan de hand van de antwoorden van partijen en in overleg met hen moet bepalen wat de beste manier van afdoen van de zaak is. Het kan dus goed zijn dat er *daarna* uiteindelijk een uitspraak komt over het (juridische) geschil.

Dit rijtje laat verder, met name als het gaat om verbreding van het geschil, al zien dat met de aanpak in de NZB soms tegen de grens van artikel 8:69 van de Awb wordt aangedrukt. Opvallend is dat partijen, ook verweerder, op de zitting er regelmatig mee instemmen dat het geding wordt verbreed, juist omdat het gesprek over de zaak ertoe leidt dat partijen inzien dat dit het reële, werkelijke geschil is en zij ermee instemmen dat daarover een oordeel wordt geveld zonder dat verweerder ‘op zijn strepen gaat staan’.<sup>51</sup> Ook waar het bestuur beschikt over een (ruime) beoordelings- en beleidsvrijheid, laat de praktijk van de NZB met enige regelmaat zien dat het bestuur, nadat de werkelijke belangen in het conflict op de zitting duidelijk zijn verwoord, zegt: ‘Volgens ons is ons besluit op zichzelf rechtmatig, maar we hadden het ook anders kunnen doen en dan zijn de problemen wellicht uit de wereld.’ Dit gaat om kleine aantallen zaken, maar in het conflicthanteringspalet van de bestuursrechter is het een belangrijke meerwaarde als dit gebeurt. Soms leidt dat tot een gewijzigd besluit, soms tot een aanvullend besluit of afspraken over aanvullende maatregelen, bijvoorbeeld over de exploitatiewijze van een terras, terwijl de terrasvergunning als zodanig ongewijzigd blijft.

50 In een meting bij rechtbank Utrecht/Midden-Nederland tussen juli 2012 en februari 2013 ging het bijvoorbeeld om 75 % van de zaken die tot een uitspraak kwamen (63 % schriftelijk en 12 % mondeling). Uit deze gegevens is niet af te leiden of hetzij die uitspraak ging over een op de zitting ‘verkleind’ geschil (beperkt tot de kern van de zaak), een ‘verruimd’ geschil (uitgebreid met elementen uit het achterliggende conflict) of een geschil dat identiek was aan het geschil zoals dat werd gepresenteerd in het dossier voorafgaande aan de zitting.

51 Mij zijn geen gevallen bekend waarin het bestuur, na er bij de rechtbank mee te hebben ingestemd, dan alsnog in hoger beroep op zijn strepen ging staan. In de buurt komt de zaak die speelde in de uitspraak van de ABRvS van 11 april 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BW1574 en «JB» 2012/140 m.nt. A.J. Bok onder «JB» 2012/149). In die zaak komt echter de tegenpartij (de vergunninghouder) en niet het bestuur in hoger beroep. Als enige mij bekende uitspraak van een hogerberechtsrechter waarin deze vindt dat de eerstelijnsrechter te ver gaat in deze pogingen het reële geschil binnen boord te halen, is de uitspraak van de ABRvS van 2 maart 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:544). De rechtbank heeft in die zaak nadat zij tot het oordeel kwam dat het bezwaar ten onrechte niet ontvankelijk was verklaard op verzoek van partijen een inhoudelijk oordeel gegeven (in feite) op de aanvraag, want het bezwaar was gericht tegen niet-tijdig beslissen. De Afdeling vindt dat de rechtbank daarmee buiten de omvang van het geding heeft geoordeeld.

De antwoorden van partijen in het belangenrondje over welke wensen zij hebben hoe de zaak verder zou moeten gaan, laten een heel scala aan mogelijkheden zien. Het kan zijn, helemaal aan het ene uiterste van het spectrum, dat partijen een uitspraak willen op het juridische geding, precies zoals dat aan de rechter is gepresenteerd in de stukken. Het kan zijn, helemaal aan de andere kant van het spectrum dat partijen wensen hebben die de rechter niet waar kan maken. Dat speelt bijvoorbeeld als de eisende partij zou willen dat de rechter beslist op een wijze die de wet eenvoudigweg niet toelaat. Maar dat speelt ook als het werkelijke conflict te ver verwijderd raakt van het juridische geschil. Bij veel van die laatste wensen zijn er mijns inziens toch wel degelijk raakvlakken met de taak die de rechter in zo'n geval te spelen heeft, bijvoorbeeld als het duidelijk gaat om geluiden die wijzen op verlies van vertrouwen in de rechter of de rechtspraak of verlies van vertrouwen in het bestuur. Ook veel bejegeningproblemen, zoals een als slecht of denigrerend ervaren optreden van (de vertegenwoordiger van) het bestuur, liggen mijns inziens dicht aan tegen de taak van de rechter, zodat de rechter daar 'iets mee zou moeten'. Het is verbazingwekkend hoe vaak een eenvoudig 'sorry, dat hadden we niet zo mogen doen' van de zijde van de gemachtigde van het bestuursorgaan (meestal wel vergezeld van de mededeling dat het bestuur nog steeds van mening is dat het besluit als zodanig rechtmatig is) een hele zaak kan laten verdampen. Maar daar zijn vanzelfsprekend ook grenzen aan. Om kort te gaan: dat de rechter aandacht en als het goed is zelfs veel aandacht heeft voor de menselijke, sociale, psychische kanten van de zaak, betekent zeker niet dat bestuursrechtspraak een vorm van therapie is geworden.

Maar juist in het midden van het spectrum, waar de wensen van partijen hoe de zaak verder gaat in grotere of kleinere mate verband houden met de pure rechtmatigheidstoets van het besluit en de mogelijkheden van de rechter, zijn er vele mogelijkheden voor 'verrijking' van de zaak, om meer recht te doen aan wat partijen werkelijk bezig houdt.

### 3.4 *De zitting als hart van de procedure bij de rechtbank*

#### 3.4.1 *De zitting binnen de NZB-aanpak*

Zoals gezegd heeft in het kader van de NZB als programma de zitting aan belang gewonnen. Een daarmee verband houdend element is dat die zitting ook eerder in de procedure plaatsvindt. Die zitting is bovendien 'rijker' geworden: er komt meer aan de orde dan voorheen gebruikelijk.

Bij de NZB hoort dat snel na het instellen van beroep een zitting komt.<sup>52</sup> In de eerste plaats zie je op de hele rechtspraak een druk om sneller tot een vonnis of uitspraak te komen.<sup>53</sup> Dat wordt, los van de NZB, bepaald door de omgeving: mensen krijgen in een tijd van toenemende digitalisering van allerlei instanties steeds sneller een reactie

52 Zie de Innovatieagenda rechtsbestel van de Minister van Veiligheid en Justitie van 31 oktober 2011, p. 5.

53 Zie bijvoorbeeld NRC Handelsblad 4 maart 2014: 'Rechters beloven zaken sneller af te handelen. Vanaf 2018 worden 'doorlooptijden' 40 procent korter'.

(van het type ‘Vandaag bestellen – morgen in huis’) en dus vallen de instanties die niet snel een antwoord bieden steeds meer op, in negatieve zin dan wel. De andere kant is dat mensen het prima begrijpen als je uitlegt waarom het nog even duurt voordat ze een beslissing krijgen als daar een reden voor wordt gegeven, bijvoorbeeld ‘In deze zaak kan ik alleen maar goed beslissen als we eerst X en Y goed uitzoeken en daarvoor is nodig dat Z.’ Juist daarom is een vroeg zittingsmoment nodig: uitleg op de zitting welke stappen zullen volgen en waarom dat een bepaalde tijd zal kosten.<sup>54</sup>

Er is nog meer belang bij een snelle zitting. Zaaksdifferentiatie houdt in dat elke zaak die aanpak krijgt die deze verdient en er moet dus ergens aan het begin van het traject een ‘hooggekwalificeerde schakelaar’<sup>55</sup> zitten: iemand die de zaak in de juiste koker gooit. Ik zei hiervoor dat partijen het prima begrijpen dat hun zaak wat langer duurt *als* je dat kunt uitleggen. Dat is hier essentieel: als er uiteindelijk weinig aan interventies in een zaak is gaan zitten, is eigenlijk niet uit te leggen dat een zaak lang duurt; als een zaak complex is, met veel proceshandelingen van partijen en interventies van de rechter, is dat wel begrijpelijk.<sup>56</sup> Belangen van hoogwaardige zaaksdifferentiatie en de aanvaardbaarheid van de procesduur spelen dus een rol bij de keuze voor een vroegtijdig contactmoment. Een belangrijk punt is in dit verband dat door de zitting vroegtijdig te agenderen niet alleen *de rechter* de tijd heeft om een zaak die behandeling te geven die de zaak verdient, maar zeker ook dat hij dat *in samenspraak met partijen* kan doen.

Over dit laatste punt, co-regie van partijen, bestaat nogal wat misverstand. Omdat de feitelijke gang op de zitting niet meer begint met een gelegenheid voor de advocaten en gemachtigden van het bestuursorgaan om uitgebreid te pleiten, maar in plaats daarvan de rechter direct begint met vragen, juist ook aan partijen zelf en juist ook achter het juridische geschil, hebben sommige advocaten de indruk dat zij geen regie meer hebben over de zaak, dat de rechter de regie ‘pakt’ en dat partijen daarop geen invloed hebben.<sup>57</sup> Dat mag zo zijn voor de feitelijke gang van zaken op de zitting aan de hand van vragen van de rechter, maar essentieel voor de NZB is nu juist dat partijen kunnen *meeregisseren* hoe hun zaak verder gaat. Zeker ook hun input en zo nodig de input van hun gemachtigden in de initiële ronde, het ‘belangenrondje’, bepaalt in hoge mate de afdoeningswijze waarop de rechter zal aansturen.

Vervolgens in dit rijtje van redenen waarom een vroegtijdige zitting een goed idee is, noem ik de ‘gevoelstemperatuur’ van de procedure. Voor veel mensen die geen juridische procedures gewend zijn, is juist de zitting het ‘echte werk’. Al die schriftelijke stukkenwisselingen zijn maar inleidende beschietingen. Op de zitting ‘gaat het

54 Uit onderzoek van een studente, Louise Klinkhamer, van de UvA in rechtbank Midden-Nederland in 2014/2015 blijkt dat partijen heel gevoelig zijn voor een (veel) langere duur dan zij verwachtten. Dat heeft onmiddellijk gevolgen in termen van ‘Ik word hier niet serieus genomen’.

55 Vergelijk Van Ettehoven 2008.

56 Zie Bressers en Verburg 2011, p. 268-270, en Aalbers 2011.

57 Daalder 2014, p. 164.

echt beginnen'. Dat is vaak niet hoe juristen het beleven, maar wel hoe een burger het beleeft.<sup>58</sup>

Met het agenderen van een zitting kort na het instellen van beroep verandert alles wat nog in de Awb staat als 'vooronderzoek', eigenlijk in 'naonderzoek'.<sup>59</sup> In lijn hiermee werd in de internetconsultatie voor wat later de wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht<sup>60</sup> is geworden, het voorstel gedaan om afdeling 8.2.2 niet langer 'Vooronderzoek', maar 'Onderzoek' te noemen. Om onduidelijke redenen is dat niet in de wet terecht gekomen.

Nog maar een paar jaar geleden was de zitting vaak zo'n acht tot twaalf maanden na het instellen van beroep. Dan is er een zekere druk op de rechter om de zaak af te doen en niet nog eens aan te houden voor nader onderzoek: 'De zaak moet nu toch echt de deur uit'.<sup>61</sup> De gedachte van de eerstelijnsbestuursrechtspraak is dat als je die zitting sterk vervroegt die druk weg is en zaaksdifferentiatie optimaal kan worden toegepast. In de zaak waarin dat past, kan direct mondeling uitspraak worden gedaan; in zaken waarin dat past kan met een bestuurlijke lus of een bewijsopdracht de zaak verder tot wasdom komen, zodat de rechter zo reëel mogelijk en zo finaal mogelijk kan beslissen, in zaken waar dat dan weer past, kan de rechter een stap achteruit doen als partijen tot een schikking komen of tot mediation besluiten; ten slotte kan de rechter in die zaken waarin dat past een 'klassieke' schriftelijke uitspraak doen; ook dat laatste is nog steeds veel sneller dan voorheen.<sup>62</sup>

Ten slotte pleit vóór het vroege contactmoment het belang van het voorkómen van verdere escalatie van het conflict. Iedere rechter die – vooral in de omgevingsrechtfeer, maar niet alleen daar – voorlopige-voorzieningzaken 'hangende bezwaar' heeft gedaan, heeft kunnen ervaren dat daarin vaak de 'vloeibaarheid' van de standpunten, gevoelens, oplossingsbereidheid, etc. heel anders is dan bij een beroepszaak waarin het primaire besluit inmiddels anderhalf tot twee jaar oud is. Die 'vloeibaarheid' is óók hoger als je in de beroepszaak de zaak vroeg op zitting brengt en als je je zitting begint met vragen welke belangen er werkelijk spelen en je jezelf als rechter en partijen de vraag stelt wat dat vervolgens moet betekenen voor de aanpak van de zaak. Een van de redenen om bij de vormgeving van de NZB als programma te kiezen voor

58 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 233-256 en 302-303.

59 Verburg 2009, p. 318. Daar stel ik voor afdeling 8.2.2 te herdopen in 'De bestuursrechter ten dienste staande onderzoeksinstrumenten'. Zie ook de interventie van D. Allewijn tijdens de VAR-jaarvergadering 2009: VAR-reeks 143, p. 46-47. Verder: Schuurmans en Verburg 2012, p. 122-128, Marseille en Nihot 2013, p. 38 e.v. en Marseille 2012, p. 15-32.

60 De internetconsultatieversie is te vinden op [www.internetconsultatie.nl/kei/details](http://www.internetconsultatie.nl/kei/details). De wet is gepubliceerd in Stb. 2016, 288.

61 Verburg 2009, p. 237.

62 Uit cijfers, verzameld in rechtbank Utrecht/Midden-Nederland in ruim 2000 zaken in de periode van juli 2012 tot februari 2013, blijkt dat de gemiddelde doorlooptijd van een zaak 7 maanden is; in 63 procent van de zaken vindt een schriftelijke uitspraak plaats en in 12 procent een mondelinge uitspraak. Het percentage intrekkingen op of na zitting (onder andere door schikking) bedraagt 9 procent. Zie uitgebreider Verburg 2013, p. 21.

een vroeg contactmoment is daarom de gedachte dat er een gunstig effect van uitgaat op de oplossingsbereidheid.

Vanuit bewijsrechtelijk perspectief betekent het voorgaande dat in een vroeg stadium van de beroepsprocedure de rechter in samenspraak met partijen kan verkennen welke bewijsrechtelijke punten nog open liggen (transparantie en voorlopige oordelen) en dat er tijd en gelegenheid is om het daaruit voortvloeiende bewijstraject af te leggen, bijvoorbeeld door middel van een afspraak op de zitting wat partijen nog zullen inbrengen, een (informele of formele) bestuurlijke lus, een 'bewijsopdracht' aan de eisende partij, de afspraak getuigen te gaan horen of de belofte van de rechtbank een deskundige te benoemen (die laatste twee: zeer zelden). Dit komt verder in hoofdstuk 5 aan de orde.

Vervolgens is het bij dit onderwerp over de zitting als het hart van de procedure binnen de NZB-aanpak goed kort in te gaan op wat ik maar noem 'zekerheidsverlegging'. Veel professionele spelers die optreden in een zaak die volgens de NZB wordt behandeld, hebben er last van dat te voren zo onduidelijk is wat zij van de zitting kunnen verwachten.<sup>63</sup> De reden daarvoor is deels gelegen in het feit dat sommige rechters wat meer van de NZB zijn dan andere, maar voor een deel ook door een eigenschap van de NZB die nu net essentieel is. Zoals gezegd valt het rechters maar moeilijk om voorafgaand aan de zitting te bepalen of bijvoorbeeld een zaak zich leent voor een alternatieve oplossing. Dat maakt dat de rechter die zitting nodig heeft om, in samenspraak met partijen, te kiezen in welk traject deze zaak nu het beste kan worden afgehandeld. Dat betekent dat partijen zich er inderdaad op moeten instellen dat zij voorafgaand aan de zitting geen zekerheid hebben welke kant het op zal gaan. De rechter zal dat gebrek aan zekerheid moeten compenseren op en na de zitting. Daarmee wordt dus het moment dat partijen zekerheid hebben over de kant die het op gaat verlegd van een moment vóór de zitting, naar het moment van de zitting en het eventuele traject daarna. Dat vereist een rechter die de wensen van partijen, zoals zij die op de zitting uiten, serieus in overweging neemt en een rechter die transparantie biedt, partijen vertelt wat zij bijvoorbeeld nog moeten bewijzen en hun daartoe de gelegenheid biedt.

De zitting is dan in de NZB wel het hart van de procedure, maar dat is wel in enkelvoud bedoeld: de zitting en niet de zittingen. Ook als na de zitting nog een natraject volgt (bewijsopdracht, schikkingspoging, bestuurlijke lus, etc.) mikt de bestuursrechter erop dat er geen tweede zitting komt. In het begin van de NZB vermeldde de uitnodiging voor de zitting bij veel rechtbanken de term 'regiezitting'. Dat zette partijen op het verkeerde been. Ze dachten begrijpelijkerwijs dat er eerst een zitting kwam waar alleen maar afspraken werden gemaakt over het vervolg<sup>64</sup> en dat daarna pas de

63 Heinrich en Den Herder 2013, paragraaf 3, met name p. 216, Daalder 2014, p. 163-164.

64 In Verburg 2009, p. 237, beschreef ik – met de opmerking dat die tekst niet in het kader van de NZB is geschreven – al eens dat de rechter vaak naar de zittingszaal loopt met de gedachte 'vandaag gaan we de zaak afdoen', terwijl vooral de eisende partij, zeker als zij zonder gemachtigde optreedt, naar die zittingszaal loopt met de gedachte 'nu gaat het beginnen'. Het is een soortgelijk perspectiefverschil. Zie ook Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 233-256 en 302-303.

inhoudelijke zitting zou volgen. Dat is niet hoe de NZB is bedoeld.<sup>65</sup> In beginsel is er, ook binnen de NZB, maar één zitting. Tijdens die zitting komt in beginsel zowel de wijze waarop de zaak moet worden aangepakt als de inhoud van de zaak aan de orde. Alleen in complexe zaken is mogelijk dat de zitting alleen wordt benut voor het maken van afspraken, waarna een traject wordt uitgezet en daarna pas een tweede zitting volgt waar de inhoud wordt besproken. Als een partij naar zitting gaat, moet zij er dus op rekenen dat de hele zaak aan de orde komt. Als het gaat om die complexe zaken, mag mijns inziens van de rechter worden verwacht dat hij voorafgaande aan de zitting een brief stuurt met als inhoud dat op de zitting alleen afspraken zullen worden gemaakt over de verdere procedure, zodat partijen weten waarop zij zich moeten voorbereiden. Als zo'n brief niet wordt gestuurd, moeten partijen dus rekenen op een zitting die zowel over de procedure als over de inhoud gaat.

Dit alles roept de vraag op welke functie bestuursrechters in het kader van de NZB toekennen aan de zitting. Traditioneel zijn, zoals gezegd, de stukken in beginsel bepalend voor het eindoordeel. In die visie dient de zitting vooral voor het geven van accenten aan de uit de stukken blijkende standpunten en voor het geven van informatie over kwesties die onhelder zijn gebleven in de stukken. De zitting heeft dus traditioneel een accessoir karakter ten opzichte van de (primaire en bepalende) dossierstukken. Het is de vraag of die traditionele visie nog een adequate beschrijving van de procedure is. Zoals gezegd, bevindt de bestuursrechtspraak zich met de NZB in een emancipatiefase van de zitting als zelfstandige locus van argumentatie, bewijsvoering en het voeren van het gesprek over hoe het verder moet gaan met de (rechts)relatie tussen burger, overheidsinstantie en eventuele derde. In het kader van de NZB komt er in ieder geval nadrukkelijk bij dat de zitting dient voor het uiten van belangen, gevoelens en reacties waarvan een partij vindt dat de rechter die moet kennen voor een goed begrip van de zaak en voor het voeren van een reëel gesprek tussen rechter en partijen over de (on)mogelijkheden in de zaak en het zoeken van een oplossingsrichting.

### 3.4.2 *De rol van de zitting volgens KEI en de Professionele standaarden*

Dit alles gezegd zijnde over de NZB als programma en de rol van de zitting als hart van de procedure, daarna lijkt het KEI-project een andere koers uit te stippelen. KEI staat voor Kwaliteit en Innovatie en vooral de digitalisering van de procedure trekt hierbij de aandacht. De K-kant echter gaat vooral over de inrichting van de procedure, met als doel die te vereenvoudigen en de regiefunctie van de rechter te versterken. Dat programma lijkt ook tot doel te hebben dat de zitting het *slotstuk* van de behandeling is; voorafgaande aan de zitting zou de rechter partijen bijvoorbeeld aanwijzingen moeten geven over wat op de zitting aan de orde zal komen. Daarmee zou het natraject na de zitting, zoals dat binnen de NZB is bedoeld, komen te vervallen, zou de zitting als 'schakelkast' van de behandeling onnodig moeten worden. Deze gedachte van de zitting als slotstuk van de behandeling blijkt echter vooral te gelden voor de civiele procedure. In het wetsvoorstel (inmiddels wet) Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht blijkt het in het civiele recht

---

65 Verburg 2013, p. 20.



te gaan om *vereenvoudiging en digitalisering* en in het bestuursrecht om *digitalisering*.<sup>66</sup> De memorie van toelichting begint voor het bestuursrecht dan ook met de opmerking: 'Omdat het bestuursprocesrecht nog zeer recent is gewijzigd met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, kan in dit wetsvoorstel met minder wijzigingen worden volstaan dan in het burgerlijk procesrecht.'<sup>67</sup> In de zelfde lijn is de erkenning voor de regierol die de bestuursrechter in de NZB al naar zich toe heeft getrokken.<sup>68</sup> Ook erkent de memorie van toelichting de meerwaarde van de zitting als 'schakelkast' in de NZB:

'Er waren – onder meer uit klantwaarderingsonderzoeken van de rechtspraak zelf en uit wetenschappelijk onderzoek – signalen dat de bestuursrechtspraak traag was, weinig transparant over het verloop van de procedure en niet effectief genoeg voor de dagelijkse praktijk. Teneinde hierin verbetering te brengen zijn er diverse projecten en pilots opgezet. Hieruit bleek dat de procedure bij de bestuursrechter erbij gebaat is als de bestuursrechter op een zo vroeg mogelijk moment in de behandeling van het beroep, de tijd neemt om met partijen op de zitting te bespreken hoe de zaak het beste kan worden aangepakt.'<sup>69</sup> De ervaringen die zijn opgedaan met de projecten en pilots hebben uiteindelijk omstreeks 2010 geleid tot een nieuwe werkwijze die bekend is geworden onder de term: nieuwe zaaksbehandeling. De nieuwe zaaksbehandeling staat voor het behandelen van bestuursrechtelijke zaken op zitting waarbij het juridische geschil vanuit meer dan alleen de strikt juridische invalshoek kan worden belicht. De bestuursrechter dient actief te zorgen voor procedurele rechtvaardigheid en bespreekt – met oog voor de tussen partijen spelende belangen – met partijen wat de meest adequate behandeling van de zaak zou kunnen zijn. *De zitting is ervoor om zo veel mogelijk in één keer tot een praktische, maatschappelijke relevante en juridisch verantwoorde oplossing van het geschil te komen.*<sup>70</sup> De wetgever heeft de nieuwe zaaksbehandeling verder bevorderd door in de Awb een artikel op te nemen waarin is bepaald dat de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zo veel mogelijk definitief beslecht (artikel 8:41a). Dit artikel werd ingevoegd bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, die per 1 januari 2013 in werking trad. De verplichting geeft de rechter een leidraad voor het handelen vanaf het moment dat hij de zaak in behandeling neemt. Een van de instrumenten die hem daarbij ten dienste staan is het houden van een «regiezitting» in een vroeg stadium van de procedure. In de toelichting op het artikel is verwezen naar de pilots die in de sectoren bestuursrecht van enkele rechtbanken en bij de Centrale Raad van Beroep zijn gehouden, waaruit duidelijk naar voren is gekomen dat het op een zo vroeg mogelijk moment in de procedure introduceren van een «contactmoment» tussen de rechter en partijen (regiezitting, comparitie) de sleutel is tot succes. Verder is gebleken dat in een substantieel aantal zaken op of kort na de regiezitting of comparitie de rechter de zaak definitief kan afdoen. Daardoor worden in die zaken de doorlooptijden belangrijk verkort (Kamerstukken II, 32 450, nr. 8, p. 58). [cursivering DAV]<sup>71</sup>

66 Kamerstukken II 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 4.

67 Kamerstukken II 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 11.

68 Kamerstukken II 2014/15, 35 059, nr. 3, p. 4: 'In het bestuursrecht is de rechtsgang verbeterd met de invoering van de «Nieuwe zaaksbehandeling» door bestuursrechters. De bestuursrechter neemt meer regie in de procedure, spreekt partijen eerder en probeert partijen te begeleiden naar een oplossing van hun geschil, zo mogelijk met inbegrip van het onderliggende conflict.'

69 [noot uit de mvt] Zie voor een uitvoerige beschrijving van dit proces: B. Marseille en P. Nihot, Hoe de bestuursrechter regisseur is geworden en hoe dat bevalt, in: *Rechtstreeks* 2013/1.

70 [noot uit de mvt] Zie Marseille en Nihot, p. 44.

71 Kamerstukken II 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 28-29.

De conclusie is dus dat de wetgevingskant van KEI ('KEI-wetgeving') geen verandering hoeft te brengen in de rol van de zitting als 'schakelkast' binnen de NZB. Dat geldt in ieder geval voor de wetgevingskant van KEI. Daarnaast bestaat ook binnen de Rechtspraak een KEI-programma ('KEI-rechtspraak'). Daarbinnen is veel te vinden over regie voorafgaand aan de zitting. In de onderzoeksagenda 2015-2016 van de Raad voor de rechtspraak is bijvoorbeeld vermeld:

### '3. Rechterlijke regie voorafgaand aan de zitting

De-escalatie en maatwerk zijn de afgelopen jaren belangrijke thema's geworden. Daarbij heeft de rechter een versterkte regierol gekregen, denk in dit verband bijvoorbeeld aan de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht en de aandacht voor conflictoplossing op maat in het civiele en het familierecht. Daarbij gaat het doorgaans om regie tijdens de zitting. Met versterking van de regiefunctie in de fase voorafgaand aan de zitting zou aanvullend winst te boeken zijn, zeker als daarbij wordt geïnvesteerd in samenwerking met ketenpartners.<sup>72</sup>

De gedachte is dat de digitale *intake* van zaken de rechter kan helpen om al (ruim) voor de zitting zaken te screenen op bijvoorbeeld mogelijke alternatieve afdoeningswijzen. Toch blijkt ook op diezelfde pagina dat hier in eerste instantie wordt gedacht aan het civiele, familie- en strafrecht.

De oorspronkelijke Professionele standaarden van de bestuursrechter bij de rechtbanken gingen alleen over regie. Sinds september 2017 zijn Professionele standaarden met een breder perspectief beschikbaar.<sup>73</sup> In de Professionele standaarden wordt aangesloten bij de ontwikkelingen van de NZB en die van het KEI-project. De Professionele standaarden kennen drie niveaus, waarvan hier de eerste twee van belang zijn: 'het eerste niveau behelst de normen die in het land breed worden herkend en erkend. Dit niveau kan worden omschreven als de top van de piramide, met harde kernwaarden. Deze kernwaarden zullen doorgaans een hoog open-deur-gehalte hebben, maar zij bieden een kapstok voor niveau twee, waar de algemene norm nader geconcretiseerd wordt.'<sup>74</sup> Op dat tweede niveau wordt er in de standaarden wel van uitgegaan dat de bestuursrechter die een zaak behandelt partijen *tevooren* op de hoogte stelt van de wijze van behandeling (bijvoorbeeld of eerst partijen hun standpunt mogen toelichten of juist de rechter begint met vragen, zie 2.5, onder 1) en zo nodig over de onderwerpen die hij op de zitting aan de orde wil stellen. Als voorbeelden van dat laatste worden in de standaarden genoemd: ontvankelijkheidskwesties, nieuwe rechtspraak en bewijskwesties. Uit de rest van de Professionele standaarden volgt dat juist ook de zitting binnen deze standaarden wordt gezien als een belangrijk regie-instrument. Genoemd worden het onderzoeken van een eventueel onderliggend con-

72 Onderzoeksagenda 2015-2016 van de Raad voor de rechtspraak, p. 4.

73 Deze Professionele standaarden zijn ontwikkeld binnen de eersteaanlegrechters van de rechtbanken; na consultatie zijn deze vastgesteld op 14 september 2017. De Professionele standaarden van de bestuursrechter staan op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl), te weten op [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Professionele-standaarden-van-de-bestuursrechter-bij-de-rechtbanken.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Professionele-standaarden-van-de-bestuursrechter-bij-de-rechtbanken.pdf).

74 Toelichting bij de Professionele standaarden van de bestuursrechter.

flict, het onderzoeken van mogelijkheden van schikking of mediation, het geven van voorlichting over het juridische beoordelingskader en bewijsposities van partijen en het plegen van verwachtingenmanagement (zie 2.5, onder 2 tot en met 6).

De conclusie is dat de zitting als hart van de procedure, zoals die binnen de NZB ontwikkeld is, ook met de huidige ontwikkelingen binnen de rechtspraak, KEI en Professionele standaarden, overeind blijft. Wel is het nodig dat wordt gezocht of aanvullend communicatie van de rechter met partijen voorafgaand aan de zitting kan bijdragen aan de kwaliteit van de procedure, maar dat geldt in mijn ogen vooral voor de complexe zaken (zie hierna subparagraaf 4.7).

### 3.5 *De wijze waarop procedurele rechtvaardigheid een plek heeft gekregen in de NZB*<sup>75</sup>

Bij het aandacht geven aan procedurele rechtvaardigheid gaat het in hoge mate om interpersoonlijk contact tussen rechter en partijen. Juist in dit hoofdstuk over de zitting behoeft dit onderwerp daarom aandacht. De relatie tussen NZB als programma en de aandacht voor procedurele rechtvaardigheid is minder 'hard' dan de relatie tussen NZB en de factoren snelheid, maatwerk en finale geschilbeslechting. Die laatste factoren vormen zoals hiervoor gezegd de kern van de NZB als programma. In de officiële documenten<sup>76</sup> die aan de NZB ten grondslag liggen, zie je procedurele rechtvaardigheid nauwelijks terug. Zoals in subparagraaf 2.1 al gezegd, is het moeilijk voorstelbaar dat een bestuursrechter streeft naar maatwerk en (échte) finale geschilbeslechting zonder dat hij ook aandacht geeft aan procedurele rechtvaardigheid. In vele officiële publicaties<sup>77</sup> en artikelen<sup>78</sup> vind je dan ook wel een direct verband tussen NZB en procedurele rechtvaardigheid. Ook in het NZB-symposium dat de bestuursrechtpraak heeft gehouden in 2012 was procedurele rechtvaardigheid opgenomen in het programma als onderdeel van NZB<sup>79</sup> en uit de evaluatie van de NZB blijkt eveneens dat het aandacht geven aan procedurele rechtvaardigheid deel is gaan uitmaken van de NZB-aanpak.<sup>80</sup>

Ik kan niet een definitief 'rijtje' geven van procedurele-rechtvaardigheidsfactoren waaraan de NZB-rechter aandacht geeft. In de eerste plaats kent het vele onderzoek

75 Delen van deze subparagraaf zijn vertaald en intensief bewerkt ontleend aan Verburg en Schueler 2014, *chapter* 3.

76 Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), het Eindrapport Project Differentiatie van Werkstromen Bestuursrecht 2010. Op p. 65 vermeldt dit rapport onder het kopje 'Stijl en taakopvatting' iets over procedurele rechtvaardigheid, maar dan meer in het licht van ongelijkheidscompensatie.

77 Bijvoorbeeld de al genoemde memorie van toelichting bij de KEI-wetgeving; Kamerstukken II 2014/15, 34 059, p. 28-29.

78 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015; Marseille, De Waard en Laskewitz 2015; Haan 2014; Van Soest-Bosch 2016; Verburg 2013; Verburg 2015; Verburg en Schueler 2014.

79 Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), 'Uitkomsten NZB Symposium 2012', met name onder Communicatie en Gedrag & Emoties. Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 1.

80 Marseille, De Waard en Laskewitz 2015 en Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015. In paragraaf 4 hierna volgt meer over dit onderzoek.

naar ervaren procedurele rechtvaardigheid geen ‘top 5’ van de factoren die hierbij een rol spelen.<sup>81</sup> In de tweede plaats, omdat in de documenten die ten grondslag liggen aan de NZB weinig aandacht wordt geschonken aan procedurele rechtvaardigheid, staat niet vast hóe die NZB-rechter dan te werk moet gaan als hij aandacht wil schenken aan procedurele rechtvaardigheid.

Om zo’n rijtje van elementen in een kader te plaatsen, is het wellicht goed om eerst te zeggen dat sommige elementen die op grond van onderzoek verbonden zijn met procedurele rechtvaardigheid al ruim voor de NZB tot het repertoire van de rechter behoorden. In de eerste plaats is dat onpartijdigheid (*‘neutrality’*), wat men zeker van een rechter mag verwachten. In de tweede plaats is dat professionele competentie. Hieronder focus ik op de factoren die specifiek zijn voor de NZB.

Zoals gezegd: de ‘rijtjes’ factoren die je in verschillende publicaties over de NZB tegenkomt lopen uiteen, maar als grote gemene deler zijn de volgende procedurele-rechtvaardigheidsfactoren in beeld.<sup>82</sup> Na afloop van de zitting of de procedure kunnen partijen zeggen:

- ik ben met respect behandeld door de rechter (respect),
- ik kon zeggen wat ik van belang vond en de rechter schonk daar gepaste aandacht aan (*voice en due consideration*),
- ik had enige mate van invloed op de wijze waarop de procedure verder ging,<sup>83</sup>
- mij was duidelijk hoe de procedure zou verlopen en wat er in het kader van deze procedure mogelijk was (*explanation*),
- ik had direct (interpersoonlijk) contact met de rechter (*interpersonal contact*).

De gedachte binnen de NZB is dat als hieraan wordt voldaan, partijen kunnen leven met de uitkomst, ook als die voor hen negatief is.<sup>84</sup> Daarnaast moet een procedureel rechtvaardige procedure ervoor zorgen dat de communicatie met partijen, dus binnen het perspectief van de NZB inclusief het verwerende bestuursorgaan,<sup>85</sup> sterk verbetert, zodat zij daadwerkelijk bereid zijn na te denken over een eventuele schikking, alternatieve oplossing of efficiënte manier om zo snel mogelijk een uitspraak te kunnen krijgen.<sup>86</sup> Wat verder weg gelegen verwachtingen zijn dat partijen, vooral de eisende partijen, de rechter en zo mogelijk de Rechtspraak als geheel als gezaghebbend en

81 Zie hoofdstuk 2, subparagraaf 2.5.

82 Met name Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 107 en Verburg 2015, p. 289.

83 Zie hierover ook Schuurmans en Verburg 2012, p. 129-130. Ook de klassieke studie naar procedurele rechtvaardigheid, Thibaut en Walker 1975, gaat over *process control*; zie vooral p. 67.

84 Vergelijk hoofdstuk 2, subparagraaf 2.3. Verder zijn hiervoor aanwijzingen te vinden in Giebels en Euwema 2006, p. 157-162, Giebels en Euwema 2007, p. 21 e.v., Lind en Tyler 1988, met name hoofdstukken 4 en 5 i.h.b. p. 64-66 en 81-83, Van den Bos, Lind, Vermunt en Wilke 1997.

85 Hier verdient opmerking dat alle bestuursrechtelijk georiënteerde settings van onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid focussen op de burger, zodat de veronderstelde en gehoopte effecten van de procedurele-rechtvaardigheidselementen van de NZB op (gemachtigden van) bestuursorganen niet kunnen worden gevondst op die onderzoeken.

86 Uit een meting van rechtbank Utrecht/Midden-Nederland in ruim 2000 zaken van juli 2012 tot februari 2013 kwam een resultaat van 9 procent intrekkingen van het beroep op of kort na de zitting, met name door een schikking. Zie Verburg 2013, p. 21, en Nihot 2014, p. 156.

legitiem ervaren<sup>87</sup> en daarmee hun aansluiting met de maatschappij kunnen behouden of herstellen.<sup>88</sup>

In de hieronder opgenomen subparagrafen zal ik telkens eerst de op dat punt relevante inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid vermelden en dan de specifieke betekenis binnen de NZB bespreken, zo veel mogelijk gerelateerd aan die inzichten. Zoals zal volgen uit die bespreking hierna zijn deze factoren niet los verkrijgbaar, maar vertonen zij sterke onderlinge verbanden.<sup>89</sup> Daarbij komt dat mensen (partijen) geen *computing systems* zijn bij het evalueren van wat zij op de zitting ervaren. De evaluatie van de zittingservaring in termen van ‘ben ik hier eerlijk en rechtvaardig behandeld?’ is een *hot cognition*.<sup>90</sup>

### 3.5.1 Partijen kunnen zeggen wat ze van belang vinden en de rechter schenkt daar gepaste aandacht aan (*voice en due consideration*)

Het beginsel van hoor en wederhoor (*audi et alteram partem*) is één van de meest fundamentele en bekendste beginselen van een behoorlijke procedure. Maar als je er naar kijkt met een procedurele-rechtvaardigheidsbril is er meer. Het is dan niet slechts een procedureel middel om te komen tot een rechtmatige uitkomst, maar het is een doel op zichzelf. Mensen die niet zeker weten of zij nu wel of niet recht hebben op de omstreden vergunning, subsidie, uitkering, etc. zijn extra gevoelig voor een eerlijke behandeling en daarmee ook voor het wérkelijk horen van beide zijden.<sup>91</sup> Hampshire noemt dit beginsel over hoor en wederhoor een fundament van *procedural fairness*.<sup>92</sup> Het ligt in dat licht voor de hand dat hier de factor *voice* en onpartijdigheid (*neutrality*) samenlopen. Maar belangrijker is: ‘horen’ is hier een actie. De rechter moet actief laten zien dat hij luistert. In een citaat van Allan Lind is het dit: ‘[Y]ou don’t just give voice, you have to attend to the voice’. De rechter moet dus, door bijvoorbeeld samen te vatten wat hij heeft begrepen van wat een partij zojuist heeft gezegd, iets teruggeven aan partijen. ‘It is not just that you are worth having a right to speak, you are worth being listened to and that is a key element of voice.’<sup>93</sup> Dat betekent voor de rechter hard werken.

Binnen de NZB zal de rechter, zoals gezegd, de vragen beginnen met een soort huisartsenvraag: ‘waar zit de pijn?’. Met iets minder beeldspraak is zo’n vraag: ‘Waar gaat deze zaak voor u in de kern om?’ en ‘Wat baart u zorgen?’<sup>94</sup> Bewust stelt de rechter deze vragen in niet-juridische termen. Als de eisende partij een advocaat mee naar

87 Vergelijk Van den Bos 2011, Van den Bos en Van der Velden 2013.

88 Zie Allewijn 2011, met name hoofdstuk 5.

89 Tyler 1988, p. 131.

90 Van den Bos 2011, p. 41; Van den Bos 2007B.

91 Vergelijk Van den Bos 2011 en Van den Bos 2009.

92 Hampshire 2000.

93 Beide citaten: Lind, *keynote* speech, tijdens een studiemiddag van de VAR en het Ministerie van BZK in Tilburg op 7 november 2013; dankzij L. van der Velden (Ministerie van BZK) beschik ik over de uitgewerkte tekst van de tijdens die middag meelopende band.

94 Zie ook subparagraaf 3.3 van dit hoofdstuk.

zitting brengt,<sup>95</sup> zal de rechter deze vraag aan eiser zelf stellen. Binnen de methode van conflicthantering schort de rechter zijn ge-ja-maar op en stelt hij eerst nog een vraag, nog een vraag en misschien zelfs een vierde vraag; elke vraag *zoomt* verder in op het antwoord op de vorige vraag. En pas dan, indien hij daarvoor de ruimte ziet, zal hij reageren met een reflectie, enige transparantie over wat hij er mee kan. Nog mooier is het als hij dat nog even laat, dan eerst de andere partij(en) aan eenzelfde vragenronde onderwerpt en pas dan begint met zijn reflecties op wat hij van alle partijen heeft gekregen. Als hij dan toekomt aan die reflecties, kan dat zijn met zinnen als: 'Ik begrijp van u dat u graag zou willen dat ik beslis dat [...]. Voordat ik dat kan doen zijn er nogal wat hindernissen op de weg. Die hindernissen gaan over juridische kwesties en die zou ik graag met u bespreken.' of 'Ik begrijp van u dat u graag zou willen dat ik zou beslissen dat [...]. Ik moet zeggen dat, zoals ik nu tegen uw zaak aankijk de wet mij eenvoudigweg niet toestaat zo te beslissen als u zou willen. En u begrijpt wel dat ik als rechter mij ook aan de wet moet houden.' Dit zijn twee typen reflecties van juridische aard, maar afhankelijk van wat partijen tot dan toe hebben gezegd, kan zo'n reflectie ook van meer praktische aard zijn, zoals 'Wat u van mij vraagt gaat zo ver de zaak die nu voor mij ligt te buiten, dat ik u moet zeggen dat ik daar geen oplossing kan bieden. Daarvoor moet u eerst [...].' Bij de introductie van de NZB zijn rechters getraind om dit soort, soms harde, boodschappen te brengen op een respectvolle en niet al te haastige manier. Als je dit als rechter zegt nog voordat iemand goed en wel is uitgesproken, gaat dit mis.<sup>96</sup> Het is een kwestie van goede timing wanneer je als rechter komt met je interventies. Rechters worden daarom getraind om met hun ge-ja-maar te wachten totdat partijen alles hebben gezegd wat ze willen zeggen. Ten slotte kan zo'n reflectie ook zijn 'Als ik u beiden zo beluister, zit er eigenlijk wel een mogelijkheid in dat u er samen uitkomt en geen beslissing van mij nodig heeft. Mag ik daar met u verder over in gesprek gaan?'

Behulpzame vragen zijn deze twee (ook als de rechter aanstuurt op een schikking):

- Als ik u nu gelijk geef, wat betekent dat voor u/hoe ziet uw wereld er dan uit?
- Als ik u nu ongelijk geef, wat betekent dat voor u/hoe ziet uw wereld er dan uit?

In veel gevallen zal na de zitting de volgende stap zijn de uitspraak. Er is een delicate verhouding tussen de zitting en de uitspraak. Dat is een belangrijk aspect van de NZB als programma. Het beeld binnen de NZB is dat de ervaren kwaliteit van de uitspraak in grote mate afhangt van de zitting en van de verhouding tussen die uitspraak en de zitting. Partijen moeten in de uitspraak kunnen herkennen dat dit een beslissing is op de discussie zoals die op de zitting is gevoerd.<sup>97</sup> Dit betekent niet alleen dat de uitspraak op alle relevante besproken punten moet ingaan, maar ook dat de rechter tijdens de zitting actief aan verwachtingenmanagement moet doen. De zitting is een belangrijk element voor partijen waarop zij hun verwachtingen baseren waarover

95 Anders dan veel advocaten ben ik van mening dat eiser zijn advocaat meeneemt en niet dat de advocaat zijn cliënt meeneemt.

96 Vergelijk rb. Arnhem 15 maart 2012 (ECLI:NL:RBARN:2012:BV9115 en AB 2012/273 m.nt. Y.E. Schuurmans).

97 Haan 2013, p. 24.

de uitspraak zal gaan. Daar ligt een lastig probleem. Als de rechter, getraind in de NZB, op de zitting vooral ingaat op het werkelijke probleem, terwijl zijn uitspraak uiteindelijk alleen maar blijkt te gaan over de ontvankelijkheid van het beroep, dan valt dat moeilijk uit te leggen als hij niet herhaaldelijk op de zitting heeft gezegd 'U moet zich goed realiseren dat als ik eenmaal tot een uitspraak kom, het wel eens zo kan zijn dat ik het alleen maar over de ontvankelijkheid van uw beroep heb en helemaal niet toekom aan de inhoud van de zaak.' Maar ja, als hij dat te vroeg of te vaak tijdens de zitting aan de orde stelt, kan het ook weer zo zijn dat het bestuursorgaan achteroverleunt en denkt 'Het zal mijn tijd wel duren'. Het is al weer een delicaat evenwicht als de rechter wil dat partijen, en dus ook verweerder, ingaat op de inhoud, terwijl hij toch geen irreële verwachtingen moet wekken. Hij moet tegelijkertijd niet de indruk wekken dat de uitspraak gaat over de inhoud én hij moet verweerder betrokken houden op de onderliggende kwestie.<sup>98</sup> Als na een inhoudelijk gesprek op de zitting de uitspraak alleen gaat over de ontvankelijkheid van het beroep is dat een extreme situatie, maar de dreigende discrepantie tussen de zitting (open, vriendelijk, begripvol) en de uitspraak (dwingende redenering, gesloten, soms in ouderwetse taal vol jargon) is er steeds.<sup>99</sup>

3.5.2 *Uitleg en enige mate van invloed op de manier waarop de procedure verder gaat*  
Zoals meermalen gezegd,<sup>100</sup> zijn mensen die in een voor hen vreemde situatie terechtkomen, zoals een rechtszaak, zeer gevoelig voor *fairness information*. Ze ervaren onzekerheid en zoeken informatie om zich ervan te vergewissen of ze in een situatie terecht zijn gekomen die ze kunnen vertrouwen, meer in het bijzonder of ze de autoriteit die in hun zaak gaat beslissen, zoals een rechter, kunnen vertrouwen.<sup>101</sup> Die onzekerheid kan inhoudelijk zijn (niet weten op grond van welke criteria wordt bepaald of iemand in aanmerking komt voor de vergunning, de subsidie, de uitkering) en die onzekerheid kan procedureel zijn (niet weten op wat voor manier gebruikelijkerwijs dit soort procedures verloopt). Het klinkt snel ironisch, maar er valt sinds de introductie van de NZB te constateren dat niet alleen de *one-shotters*, maar ook de professionals, de advocaten en gemachtigden van bestuursorganen, die voorheen precies wisten hoe de hazen lopen, zich nu in een situatie van onzekerheid bevinden, omdat zij niet weten hoe de zitting zal uitpakken.<sup>102</sup>

Uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid weten we dat uitleg door de autoriteit, de rechter, kan helpen om mensen te laten voelen dat ze op een eerlijke en rechtvaardige manier worden behandeld. Dat kan gaan om uitleg over hoe de procedure verloopt, welke stappen daarin worden genomen, wat partijen kunnen bijdragen, maar ook kan het inhouden uitleg over de inhoudelijke kwestie, over de criteria, over de procespositie van partijen en over de 'tussenstand' (in de zin van voorlopige

98 Schuurmans en Verburg 2012, p. 117-138.

99 Boekema 2015, p. 146-147 en 180 over de mate waarin de uitspraak als een verrassing komt ten opzichte van wat op de zitting is besproken. Wat taalgebruik betreft, zie Verburg 2018C.

100 Zie hoofdstuk 2, subparagraaf 2.3.

101 Van den Bos, Wilke en Lind 1998, Van den Bos en Lind 2002, Van den Bos 2009, vooral p. 89-100.

102 Vergelijk subparagraaf 3.4.1 over 'zekerheidsverlegging'.

bewijsoordelen: 'De minister heeft in dit geval de bewijslast, maar hij heeft ook al een aanzienlijke hoeveelheid bewijs ingebracht en naar voorlopig oordeel zie ik aan uw kant daar nog niet voldoende tegenovergesteld.'). Ten slotte kan het gaan om uitleg over het uiteindelijke oordeel, waarin de rechter niet alleen de strikt noodzakelijke juridische argumentatie geeft, maar uitleg toevoegt die ingaat op de bijzondere positie van de verliezer en ingaat op wat hij op de zitting naar voren bracht.<sup>103</sup> Tyler zegt het als volgt: *'To emphasize this aspect of the court experience, judges should be transparent and open about how the rules are being applied and how decisions are being made. Explanations emphasizing how the relevant rules are being applied are helpful.'*<sup>104</sup>

Zoals gezegd in subparagraaf 2.2 was één van de gesignaleerde tekortkomingen van de procedure bij de bestuursrechter in de Derde evaluatie van de Awb dat de procedure te weinig transparant is en partijen te weinig duidelijk wordt gemaakt wat zij aan bewijs moeten aandragen om hun zaak met succes af te ronden. Het is dus niet verbazingwekkend dat in het NZB-programma het bieden van transparantie, met name over bewijskwesities, een speerpunt is geworden. En daar ligt een relatie met het nu besproken onderwerp, het geven van uitleg als factor in het bewerkstelligen van procedurele rechtvaardigheid. In de oude werkwijze hadden partijen, en vooral de eisende partij, geen goed beeld van hun positie binnen het proces en moesten zij vaak pas in de uitspraak lezen dat ze iets hadden moeten bewijzen.<sup>105</sup> In het kader van de NZB geeft de rechter partijen niet alleen informatie over hoe de procedure verloopt, maar ook over mogelijke materiële uitkomsten, transparantie over bewijskwesities en (dus) voorlopige oordelen.

In hoofdstuk 2, subparagraaf 2.6, kwam al even het fenomeen wraking ter sprake. Op dat onderwerp nu een ander perspectief. In het kader van procedurele rechtvaardigheid is zoals aan de orde is in deze subparagraaf één van de erkende factoren het bieden van duidelijkheid over de procedure, inclusief duidelijkheid over wat (inhoudelijk) wel en niet mogelijk is in het kader van deze procedure (*'explanation'*). Dat kan dus ook zijn dat de rechter iemand duidelijk maakt dat wat hij of zij wil écht niet kan binnen de grenzen van de wet. Dus die factor *explanation* kan botsen of lijken te botsen met het vereiste van onpartijdigheid, wat dan ook regelmatig bij wrakingsbeslissingen een rol speelt.<sup>106</sup> Maar als retorische vraag poneer ik hier: is het nu een goede gedachte dat rechters, om een wrakingsverzoek in één zaak te voorkomen, dan maar in 99 andere zaken het bieden van duidelijkheid over de procedure en wat daarin wel en niet mogelijk is achterwege laten?<sup>107</sup> Dat is ook niet wat Daalder, die in zijn bij-

103 Interview met E.A. Lind door L. van der Velden, Van den Bos en Van der Velden 2013, p. 40-45, meer specifiek p. 44-45.

104 Tyler 2007A, p. 30; uit een andere context (ontslagenronde in bedrijfsleven) Brockner, De Witt, Grover en Reed 1990.

105 Knapen 2012, p. 28, en Schuurmans 2016.

106 Bijvoorbeeld de uitspraken van de rb. Breda 13 oktober 2011 (ECLI:NL:RBBRE:2011:BT8993 en AB 2012/274 m.nt. Y.E. Schuurmans), rb. Arnhem 15 maart 2012 (ECLI:NL:RBARN:2012:BV9115 en AB 2012/273 m.nt. Y.E. Schuurmans), rb. Utrecht 20 November 2012 (ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3933) en rb. Noord-Holland van 21 juni 2013 (ECLI:NL:RBNHO:2013:5913).

107 De verhouding 1:99 is niet gebaseerd op cijfermateriaal, maar louter als voorbeeld bedoeld.



drage aan de bundel 'Vertrouwen verdient. Verdient vertrouwen' de vergelijking met wrakingsverzoeken maakt, bepleit. Ik deel wel wat Daalder zegt: de rechter moet aan verwachtingsmanagement doen (en dus bijvoorbeeld als hij bepaalde alternatieven ten behoeve van een schikkingsmogelijkheid bespreekt, duidelijk maken dat het spel wel eens strakker kan worden gespeeld als hij tot een uitspraak moet komen)<sup>108</sup> én dat hij in het bieden van duidelijkheid zijn woorden (zeer) zorgvuldig moet kiezen.<sup>109</sup>

Op dit punt is het wellicht goed dat ik zeg dat ik nogal aanhik tegen die term 'uitleg' die heel gebruikelijk is in het onderzoeksveld van de procedurele rechtvaardigheid (*explanation*). Die term 'uitleg' neigt nogal naar een *top-down*-benadering ('Oké, ik zal het u nog één keer uitleggen'). Overigens lijken de onderzoekers in het veld van procedurele rechtvaardigheid ook te bedoelen dat '*explanation*' communicatie inhoudt die partijen juist serieus neemt. Ik denk dat in de huidige tijd een veel horizontalere communicatie nodig is. De zitting hoeft niet gezellig te zijn, partijen hoeven de rechter ook niet aardig te vinden. Daar gaat het allemaal niet om, maar het is wel meer tweerichtingsverkeer en horizontaler geworden; een gespreksituatie waarin duidelijk wordt dat de rechter en partijen elkaar nodig hebben om te bepalen hoe deze zaak moet eindigen.<sup>110</sup>

Zoals besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 3, heeft gezag in Nederland de afgelopen 40 à 50 jaar een forse omslag gemaakt. In ieder geval tot ongeveer halverwege de jaren 60 van de vorige eeuw hadden instituties zoals de Rechtspraak, de politie, de overheid een soort automatisch gezag. En de individuele representant van die institutie ontleende zijn persoonlijk gezag aan dat institutionele gezag. Nederland behoort nog steeds tot de *high-trust countries*, maar automatisch gezag voor instituties is niet meer van deze tijd. Dus we kunnen er in de Rechtspraak niet meer van uitgaan dat mensen de rechtszaal binnenkomen in de verwachting dat daar het recht neerregent zoals manna uit de hemel. Niet de Rechtspraak als geheel, maar deze ene rechter die 'mijn' zaak doet, gaat misschien wel en misschien niet zo optreden dat ik de interactie kan ervaren als eerlijk en rechtvaardig. En als die rechter het goed doet, kan het zijn dat partijen de Rechtspraak als geheel als gezaghebbend gaan ervaren. Dus we zien hier een omkering (of in ieder geval: tweerichtingsverkeer): juist het persoonlijke gezag staat voorop en het institutionele gezag is meer een afgeleide. Nogmaals: Nederland behoort tot de *high-trust countries*, dus er bestaat nog steeds veel institutioneel gezag. Toch lijkt het persoonlijke gezag meer op de voorgrond te zijn gekomen en het institutionele gezag meer naar de achtergrond te zijn gegaan.<sup>111</sup> Vanuit dat perspectief lijkt mij de term 'uitleg' helemaal verkeerd. Dat klinkt veel te veel naar een *top-down*-communicatie. Als je redeneert vanuit een horizontaler verband, kom je niet op 'uitleg', maar op 'informatie', 'duidelijkheid bieden' en 'het uitwisselen van perspectieven'. Over dat laatste: dat is misschien wel waar het werkelijk om gaat: een

108 Daalder 2014, p. 165.

109 Daalder 2014, p. 171.

110 Zie hoofdstuk 2, subparagrafen 3.4 (over gezag 'van bovenaf' en 'van onderaf') en 4.4.3 (over rechterlijke terughoudendheid).

111 Jansen, Van den Brink en Kneyber 2012; Van den Brink 2012.

partij zegt wat haar drijft en de rechter antwoordt dat hij het heeft te stellen met een bepaald wettelijk kader, dus ‘dat is uw perspectief, dat begrijp ik, en dit is mijn perspectief en daar heb ik het mee te doen.’

Transparantie en informatie is binnen de NZB vooral belangrijk als het gaat om bewijskwesities. Aan partijen vertellen wie de bewijslast heeft en een voorlopig oordeel geven over de ‘bewijstussenstand’ geeft hun inzicht in de procedure, enige invloed op het verloop van die procedure en hopelijk het vertrouwen dat zij een eerlijke kans krijgen om hun zaak met succes af te ronden, om de zaak in eigen hand te nemen.<sup>112</sup> Gedurende de zitting zal de rechter bijvoorbeeld één van de partijen vertellen dat zij met nieuw bewijs zal moeten komen om de zaak met succes af te ronden. En daarop aansluitend zal hij haar ook de kans bieden dat nieuwe bewijs in te brengen. In de benadering voorafgaande aan de NZB werd die boodschap pas in de uitspraak gebracht en dan was het te laat.<sup>113</sup> Dit zijn allemaal manieren waarop de bestuursrechter (ook) probeert procedurele rechtvaardigheid te bewerkstelligen.

Zoals wellicht voelbaar, is dit element van transparantie aan de zijde van de rechter, niet alleen verbonden met de factor ‘uitleg’, maar ook met de factoren ‘respect’ en ‘voice’. Het gaat er om een partij tot haar recht te laten komen, zowel ‘tot haar recht komen’ in de strikt juridische zin, als in de algemeen gangbare zin van het Nederlands. Pas als de rechter weet wat partijen willen – een puur juridische uitspraak of ook het ingaan op het onderliggende conflict – weet de rechter wat zijn bijdrage aan het conflict kan zijn.

### 3.5.3 *Respect en direct interpersoonlijk contact met de rechter*

Dat behandeld worden met respect voor partijen een belangrijke factor voor ervaren procedurele rechtvaardigheid is, is bekend,<sup>114</sup> maar h<sup>o</sup>e die rechter zich dan moet gedragen, wordt daarmee niet beantwoord. Wat respect inhoudt, is in de eerste plaats een culturele kwestie. De Nederlandse bestuursrechter ziet naast autochtone Nederlanders in zijn dagelijkse praktijk ook veel mensen met een (eerste, tweede of derde generatie) Marokkaanse of Turkse achtergrond en daarnaast nog vele andere achtergronden. Dat vraagt om verschillende vormen van respect. In de tweede plaats draait het om de beleving van betrokkene, dus de rechter kan nog zo zijn best doen om respect te betonen, maar of het wordt ontvangen is onzeker. In vrij korte tijd, bijvoorbeeld een half uur per zaak, moet de rechter aftasten wat bij deze meneer of mevrouw de gepaste toon is. Het lijkt in ieder geval vrij universeel dat een autoriteit zoals een rechter die iemand onderbreekt, al snel niet als respectvol wordt ervaren.<sup>115</sup> Zoals hiervoor besproken bij *voice*, geldt ook voor respect dat het een actie is, het gaat om respect actief laten zien. Binnen de rechtspraak bestaat de neiging om respect als vanzelfsprekend te zien, maar als de rechter wil bereiken dat zijn optreden als respectvol wordt ervaren, is het hard werken.

112 Schuurmans en Verburg 2012.

113 Schuurmans en Verburg 2012, p. 125.

114 Tyler 1988, p. 129, Tyler 2010, p. 130.

115 Van der Linden, Klijn en Van Tulder 2009.

Het totstandbrengen van interpersoonlijk contact is nog meer hard werken voor de rechter, zeker, als je bedenkt dat een zitting in een zaak vaak een half uur of drie kwartier duurt. We weten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid dat het een belangrijke factor is.<sup>116</sup> Kort gezegd komt het er op neer dat de rechter moet laten zien dat hij, net zo zeer als partijen, een mens is. Maar dat moet dan wel gebeuren terwijl hij tegelijkertijd zijn onpartijdigheid hoog houdt. Dat laatste lijkt problematischer dan het is. Iedereen in een rechtszaal weet dat het een professionele *setting* is, zodat de relatie waaraan wordt gewerkt een menselijke, maar vooral professionele relatie is. Het hoeft immers niet gezellig te zijn en partijen hoeven de rechter ook niet aardig te vinden. Een rechter die zegt en laat zien dat hij begrijpt dat iets als een rotsituatie voor iemand heeft uitgepakt<sup>117</sup> of die zegt dat hij het een moeilijke beslissing vindt, omdat hij beide zijden van het verhaal goed begrijpt, blijft binnen zijn rol, verwordt niet tot een (halve) therapeut, maar toont zich wel als mens. Het gaat dus om een combinatie van betrokkenheid én professionaliteit. Dit gaat in mijn ogen om een rechterlijke en niet om een therapeutische vaardigheid.

Zoals uit het voorgaande blijkt,<sup>118</sup> is met de NZB veel meer de nadruk komen te liggen op de zitting. Dat is het scharnierpunt waarin de keuze wordt gemaakt hoe de procedure verder gaat. Die zitting is ook van een rijkere aard dan voorheen. Dit alles vergt daarom andere vaardigheden van rechters. Hij moet een open, actieve en nieuwsgierige attitude laten zien.<sup>119</sup> De NZB vergt kortom meer dat partijen en rechter 'het gesprek aangaan', een gesprek dat meer horizontaal van aard, praktisch gericht en zoekend naar een oplossing is. Omdat de rechter meer openheid toont over bijvoorbeeld voorlopige bewijsoordelen, betekent zo'n meer horizontaal gesprek ook dat partijen daarop reageren en soms ook, vaak voorzichtig, de rechter corrigeren als hij het bij het verkeerde eind zou hebben. De rechter wordt niet alleen transparanter in zijn communicatie, maar ook toegankelijker. Een belangrijk aspect van NZB is dat de rechter niet in zijn eentje beslist hoe het met de zaak verder gaat, maar in overleg met partijen. Partijen mogen, binnen grenzen, meeregisseren welk vervolg de zaak krijgt.<sup>120</sup> Dat vergt van de rechter communicatieve vaardigheden om zowel open met partijen te discussiëren als de grenzen te stellen bij irreële wensen van partijen.<sup>121</sup> Uitleg aan partijen over wat nodig is om hun zaak met succes af te ronden en over de mogelijkheden binnen de procedure, moet daarbij de partij met een informatieachterstand,

116 Bies en Shapiro 1987, Tyler en Bies 1990, p. 77-78, Tyler 2006, p. 276, Van den Bos 2013.

117 Als ik uit de eigen praktijk mag citeren: voorzieningenrechter rb. Midden-Nederland 18 mei 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:2691) over de nachtsluiting van vooral de horeca op een stuk van de Amsterdamssestraatweg in Utrecht: 'Dat betekent inderdaad dat de goeden onder de kwaden moeten lijden. Dat is een roteffect van het besluit om te komen tot een nachtsluiting van alle bedrijven in dit stuk van de Amsterdamssestraatweg. Toch heeft verweerder voldoende laten zien dat hij geen alternatieven heeft om het woon- en leefklimaat op dit stuk van de Amsterdamssestraatweg in het gareel te krijgen.'

118 Subparagraaf 3.4 van dit hoofdstuk.

119 Knapen 2012, p. 29.

120 Interview met Schaap en Verburg door L. van der Velden, Van den Bos en Van der Velden 2013, p. 120-131.

121 Zie Marseille en Nihot 2013, p. 38.

vaak dus de eisende partij, in staat stellen ook werkelijk speler in dat debat te zijn. Zoals hiervoor gezegd is uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bekend dat mensen die onzeker zijn over de situatie waarin zij zich bevinden, extra gevoelig zijn voor *fairness information* en uitleg kan voor betrokkene dan een positief aanknopingspunt zijn dat hij is beland in een situatie waarin hij eerlijk wordt behandeld en waarin hij ook werkelijk een *faire* kans krijgt.<sup>122</sup> Ook de ervaring dat hij enige mate van invloed heeft op het verloop van de procedure, kan zo werken als positief aanknopingspunt.<sup>123</sup>

Respect is dus, al bij al, een factor die maar moeilijk op zichzelf kan worden gezien en vele haakjes naar andere factoren van procedurele rechtvaardigheid heeft.

*3.5.4 Beïnvloedt aandacht voor procedurele rechtvaardigheid de uitkomst van de zaak?*  
Traditioneel is de jurist, of hij nu wetgevingsjurist, rechter of rechtsbijstandverlener is, gefocust op 'distributieve rechtvaardigheid' (heeft iemand onder bepaalde condities recht op een uitkering, een vergunning, een subsidie, moet iemand onder bepaalde condities een bestuurlijke boete opgelegd krijgen, moet iemand onder bepaalde condities dulden dat een bepaald project wordt verwezenlijkt, etc.).<sup>124</sup> Ook de scholing en professionele training van de jurist zijn daarop gericht.<sup>125</sup> Zoals hiervoor in hoofdstuk 2, subparagraaf 2.2, beschreven is, spoort die geobjectiveerde en op zichzelf beschouwde variant van verdelende rechtvaardigheid, niet helemaal met de manier waarop met dit begrip wordt omgegaan in de sociaal-psychologische literatuur. Binnen het kader waarin we nu spreken, wordt ook distributieve rechtvaardigheid doorgaans benaderd als *ervaren* distributieve rechtvaardigheid (verdeling ten opzichte van anderen). Om verdere verwarring te voorkomen, spreek ik hierna in deze subparagraaf niet over 'distributieve rechtvaardigheid', maar over de 'rechtmatige uitkomst' (van de zaak).<sup>126</sup>

Bij bestuursrechters en bestuursrechtjuristen bestaat nog wel eens de vrees dat als je de nadruk legt op procedurele rechtvaardigheid, de rechtmatige uitkomst van de zaak in het gedrag zou komen.

Deze gedachte is op zichzelf niet onrealistisch. Voorstelbaar is dat de rechter in zijn werkkamer de zaak aan het voorbereiden is en op basis van het dossier ziet dat de eisende partij gewoon recht heeft op de vergunning, subsidie of uitkering die haar is geweigerd door het bestuursorgaan. Gedurende de zitting besteedt de rechter veel aandacht aan procedurele rechtvaardigheid. Hij benadert partijen met respect, hij geeft hun veel gelegenheid hun visie op de zaak te geven, hij laat zien dat hij het probleem van de eisende partij begrijpt en – alleen al vanwege zijn onpartijdigheid – hij laat ook zien dat hij de visie van het bestuursorgaan begrijpt. Dit resulteert in een werkelijk goed en realistisch gesprek over alle relevante details van de zaak. En aan het einde van de zitting zegt de eisende partij: 'Ik begrijp nu hoe de kaarten liggen. Ik ben blij dat de gemachtigde van het

122 Van den Bos 2011, p. 17.

123 Van den Bos 2009, p. 96.

124 Schuurmans en Verburg 2012, p. 128, Verburg 2013, p. 19-20.

125 Tyler 2007A, p. 26.

126 Vergelijk Grootelaar 2018, met name *chapter 2*.

bestuursorgaan zijn excuses heeft aangeboden over hoe ze me behandeld hebben. Dus ik trek mijn beroep in. Dank u wel.' De gedachte is dan ongeveer: we hebben er zó goed over gepraat dat de burger het besluit kon accepteren zoals het er lag, maar daarmee hebben we uit het oog verloren dat het besluit gewoon in strijd met de wet is.<sup>127</sup> Ook het omgekeerde kan gebeuren. De rechter is de zaak in zijn werkkamer aan het voorbereiden en ziet dat de eisende partij geen recht heeft op de vergunning, de subsidie of de uitkering, zodat dus het bestuursorgaan mocht weigeren. Ook hier ontstaat op de zitting een werkelijk goed en realistisch gesprek over alle relevante details van de zaak, met inachtneming van de vereiste aandacht voor procedurele rechtvaardigheid. En dan vertoont de gemachtigde van het bestuursorgaan gebrek aan sterke knieën en geeft toe.

Dus de vraag is of het besteden van aandacht aan procedurele rechtvaardigheid gedurende de zitting bij de bestuursrechter het risico meebrengt dat rechtmatige uitkomsten worden genegeerd. Voor juristen, voor wie 'rechtvaardigheid' tot voor kort vooral betekende: het bereiken van de uitkomst waarop iemand recht heeft door een juiste toepassing van het recht op de voorliggende feiten en voor wie het hele concept van procedurele rechtvaardigheid nieuw is, is dit een bedreigend perspectief. Een perspectief bovendien dat raakt aan de kernwaarden van de rechtspraak.

Als ik dit probleem probeer te analyseren, is de eerste vraag wel – het probleem benaderend vanaf de andere kant – of een zitting zonder aandacht voor procedurele rechtvaardigheid<sup>128</sup> nu zo'n goede *setting* is om te komen tot de materiële waarheid en om de zaak goed te doorgronden. De rechter mag misschien denken dat de communicatie over de zaak begint op de zitting, maar zoals Tyler zegt, de interactie met alle functionarissen van de rechtspraak speelt een rol.<sup>129</sup> Vooral voor de burger geldt dat hij een doorgaans statig gebouw binnenkomt, vaak voor het eerst van zijn leven. Vervolgens ondergaat hij allerlei 'kleinmakende' en onpersoonlijke procedures. In een spiegelbijeenkomst die de (toenmalige) rechtbank Utrecht hield in april 2011 konden eisers wier zaak geheel was afgerond, onder leiding van een gespreksleider van buiten de rechtspraak vertellen over hun ervaringen met de rechtspraak. Opvallend veel van de feedback ging over wat er gebeurt vóórdat de deuren van de zittingszaal opengaan en de zaak wordt uitgeroepen. Centraal daarin staat de anonieme en onpersoonlijke sfeer, het wantrouwen jegens de burger die door een detectiepoortje moet gaan, zijn ceintuur moet afdoen, zijn tas, sleutels, horloge en telefoon door een ander detectieapparaat moet laten gaan, zijn zakmes, nagelvijl of -schaar moet afgeven tot bij het verlaten van het gebouw, moet wachten in een wachtruimte zonder duidelijkheid wanneer de zaak nu gaat beginnen, waarbij allerlei functionarissen rondlopen zonder dat hem duidelijk is wat hun rol is.

Mag je van een burger die deze entree in het gerechtsgebouw meemaakt, verwachten dat hij open en coöperatief de communicatie begint? Dat lijkt nogal optimistisch. Terwijl toch volledige medewerking van alle partijen vaak nodig is om tot de bodem van de zaak te komen, om alle feiten goed te kunnen checken, om alle standpunten en

127 Verburg 2013, p. 21.

128 Waarbij ik aanneem dat de elementen neutraliteit en respect op zichzelf al wel behoren tot de standaardwerkwijze van de rechter op de zitting, ook als hij geen bijzondere aandacht aan procedurele rechtvaardigheid schenkt.

129 Tyler 2007A, p. 30.

belangen boven tafel te krijgen. Zonder zo'n volledige medewerking is het bereiken van een rechtmatige uitkomst op zijn minst dubieus.

Je hoeft geen communicatie-expert te zijn om te zien dat daarna (op zijn minst het begin van) de zitting stroef en weinig open zal verlopen. Deze burger in mijn schets hierboven heeft zonder twijfel enige geruststelling nodig voordat hij werkelijk kan deelnemen aan een goed gesprek over zijn zaak.

Bedenk daarbij dat de burger, wanneer hij een *one-shotter* is, als hij de zittingszaal binnengaat, nieuwe verrassingen te wachten staan. Hij gaat die doorgaans statige zaal binnen, een portret van Zijne Majesteit hangt aan de muur, achter een tafel zitten mensen in zestiende eeuwse kledij. Er staan wel stoelen, maar mag hij daarop gaan zitten en zo ja waar?

Studies naar procedurele rechtvaardigheid maken, zoals meermalen gezegd, duidelijk dat mensen, wanneer ze worden geconfronteerd met een onzekere situatie zoals hierboven geschetst, heel gevoelig zijn voor *fairness information*. Ze zullen op zoek zijn naar *cues*, aanwijzingen, op basis waarvan ze kunnen beslissen dat dit een situatie is die ze kunnen vertrouwen of niet, of dit een situatie is waarin ze eerlijk en rechtvaardig zullen worden behandeld. En pas als zij zich daarin veilig voelen, zullen ze besluiten mee te werken en openheid van zaken te geven.

Het is daarom in mijn ogen niet meer dan logisch dat de rechter een bepaalde relatie met partijen tot stand moet brengen voordat partijen die – in de hierboven geschetste gang van zaken: enorme – stap kunnen nemen om deel te nemen in een goed en realistisch gesprek over de zaak. Dat is de belangrijkste reden waarom een rechter aan het begin van de zitting werkelijk moet investeren in het totstandbrengen van een zekere relatie met de partijen.<sup>130</sup> Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid is in mijn ogen zo'n investering in de communicatie. De rechter toont niet alleen respect en onpartijdigheid, maar geeft ook duidelijkheid over de procedure, inhoudelijk en procedureel, biedt ruimte aan betrokkenen om hun verhaal te doen (*voice*) en geeft daar gepaste *feedback* op, neemt dat in overweging (*due consideration*), geeft zo mogelijk enige invloed aan partijen op de wijze waarop in hun zaak gaat worden beslist en, zeer belangrijk, 'gaat het gesprek aan' in een direct contact: wat zijn de problemen die we in deze zaak hebben?

Binnen de NZB zal een rechter normaal gesproken elke betrokken persoon verwelkomen, bij naam, zal hij hen vertellen waar ze kunnen gaan zitten, zal hij de zaak kort inleiden in neutrale termen (de zin 'de zaak gaat over de vraag of u uw uitkering kunt behouden' is in dit verband werkelijk anders dan de zin 'in uw beroep keert u zich tegen het besluit van B&W waarbij uw uitkering is ingetrokken', non-argumentatieve taal werkt namelijk beter dan de voor een jurist gebruikelijke argumentatieve taal) en zal hij vertellen hoe hij, de rechter, denkt dat de zitting zal verlopen (bijvoorbeeld: 'Ik zal beginnen met vragen, daarna krijgt u beiden de gelegenheid om te zeggen wat u van belang vindt en wat tot dan toe nog niet voldoende aandacht heeft gekregen,

130 Allewijn geeft hiervoor waardevolle aanwijzingen, Allewijn 2011, p. 158-160.

daarna zullen u beiden en ik proberen te ontdekken hoe uw zaak verder moet verlopen; deze zaak kan namelijk eindigen in een schikking, of in het besluit dat u beiden met mediation verder gaat, of we kunnen tot de conclusie komen dat eerst nog de ene of de andere partij nader bewijs moet inbrengen, of we kunnen tot de conclusie komen dat de zaak klaar is en dat ik als rechter tot een uitspraak kan komen; en als we er op uitkomen dat ik tot een uitspraak kom, kunnen we het er ook nog over hebben of dat een mondelinge uitspraak zal zijn direct na de zitting of een schriftelijke uitspraak enige weken na de zitting’).

Dit is allemaal bedoeld om te zorgen dat partijen in die vrij unieke situatie terecht komen dat zij zeggen wat zij werkelijk menen, weten en willen. En dat is nu juist nodig om tot de bodem van de zaak te komen. De gedachte is dus binnen de NZB dat de rechter die emoties, relaties en procedures negeert, niet tot de werkelijke inhoud van de zaak zal komen.<sup>131</sup> Dat betekent omgekeerd dat de rechter die aandacht besteedt aan procedurele rechtvaardigheid tegelijkertijd investeert in het bereiken van de rechtmatige uitkomst van de zaak.

Als de rechter er in slaagt om al deze elementen van de NZB te dekken, is er een goede kans dat er geen verschil bestaat tussen aandacht geven aan procedurele rechtvaardigheid enerzijds en het bereiken van rechtmatige uitkomsten anderzijds. Omdat de rechter vertelt wat hij in deze zaak wel of niet kan doen (bijvoorbeeld vanwege wettelijke begrenzingsen), omdat partijen te weten krijgen wat de grenzen zijn van wat zij kunnen verwachten als de rechter tot een uitspraak komt en omdat de rechter, door zorgvuldig te luisteren naar wat partijen belangrijk vinden, weet en vertelt wat hij voornemens is te doen bij de huidige stand van het ingebrachte bewijs of indien een partij bepaald bewijs alsnog weet in te brengen (scenario's doorlopen), weten partijen wat ze te verwachten hebben. Als partijen dat helder gepresenteerd krijgen, is er dus sprake van transparantie over de zaak. En als het goed is, weerhoudt dat hen van domme beslissingen, zoals ik die schetste aan het begin van deze subparagraaf. De hiervoor gepresenteerde vrees van juristen dat een eisende partij zijn beroep intrekt, terwijl hij gelijk heeft of dat het bestuursorgaan toegeeft, terwijl het gelijk heeft (beide in de geobjectiveerde rechtmatigheidstoets), valt dan niet te verwachten, juist omdat de rechter open communiceert over de te verwachten uitkomst.

De NZB als programma (lees daarvoor op deze plek: onder ideale omstandigheden) kan daarom claimen dat (a) partijen, als zij ervaren dat hun verklaringen werkelijk worden gehoord en in overweging worden genomen, coöperatiever zullen zijn om de rechter de informatie te geven die hij nodig heeft om tot de kern van de zaak door te dringen<sup>132</sup> en (b) als de rechter voorlopige oordelen geeft en transparantie biedt over wat partijen te verwachten hebben als hij tot een uitspraak komt, dit partijen zal weerhouden van het maken van foute beslissingen vanuit een juridisch perspectief. Onderzoek zal moeten uitwijzen of deze claims hard te maken zijn, maar het onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid lijkt in ieder geval steun te bieden voor

131 Van Arem en Verburg 2013, p. 58.

132 Brenninkmeijer 2009.

claim (a).<sup>133</sup> Al bij al betekent het voorgaande dat als deze claims van NZB hard te maken zijn, aandacht voor procedurele rechtvaardigheid en het bereiken van rechtmatige uitkomsten niet op gespannen voet met elkaar staan, maar juist positief verbonden zijn.

Van de Sande, seniorrechter in de rechtbank Gelderland, ziet een soortgelijke harmonie tussen het schenken van aandacht aan procedurele rechtvaardigheid en het bereiken van rechtmatige uitkomsten. Zij schrijft:

‘Het bewerkstelligen van procedurele rechtvaardigheid is in mijn ogen overigens geen doel op zichzelf van de nieuwe aanpak omdat procedurele en materiële rechtvaardigheid onverbrekkelijk met elkaar zijn verbonden. Door werkelijk te luisteren naar partijen, hun inspraak te geven in de procedure en voor te lichten over hun procespositie zal een eventuele uitspraak van de rechter – als dat het gewenste eindproduct is – inhoudelijk beter zijn en meer kans maken om in overeenstemming te zijn met het materiële recht. Anders gezegd: partijen die zich gehoord weten en voorgelicht zijn over hun procespositie zullen coöperatiever zijn en kwalitatief betere informatie verstrekken, waardoor de rechter zich een beter oordeel kan vormen over de materiële aanspraken van alle betrokken (derde-)partijen.<sup>134</sup> Dit is uiteraard van minstens zoveel waarde als het gegeven dat de uitspraak beter geaccepteerd zal worden bij een procedureel rechtvaardige bejegening ongeacht de inhoud van die uitspraak. De Nieuwe Zaaksbehandeling brengt dan ook een nieuwe attitude van de rechter mee, die erop is gericht dat eenieder krijgt waar hij of zij recht op heeft.’<sup>135</sup>

Ik denk, zoals gezegd, met Van de Sande, dat het bereiken van rechtmatige uitkomsten van de procedure enerzijds en aandacht hebben voor procedurele rechtvaardigheid anderzijds positief met elkaar verbonden zijn, zij het dat ik niet met haar deel dat dat eerste belangrijker is dan het tweede. Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid is in mijn ogen een doel op zichzelf, met daarin vervat ook doelen die verder reiken dan het concrete resultaat van deze ene procedure. Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid kent achterliggende doelen als vertrouwen in de Rechtspraak, vertrouwen in het bestuur, het kunnen aanvaarden van de uitkomsten van een bestuursrechtelijk geding en het daarnaar leven. Het gaat dus om de coherentie, het cement, van het systeem wat hier op het spel staat.

Dat gaat om een gestage cultuurverandering. Ongeveer tegelijkertijd voltrekt deze cultuurverandering zich ook elders, namelijk bij bestuursorganen. Ook daar leeft de overtuiging dat procedurele rechtvaardigheid een zelfstandig na te streven doel is. Dit blijkt onder meer uit de gestage groei van de informele aanpak en andere manieren van aanpak van ‘Prettig contact met de overheid’ (recent – mijns inziens ten onrechte – omgedoopt tot Passend contact met de overheid).<sup>136</sup>

133 Van den Bos 2005, Lind en Tyler 1988.

134 [noot uit citaat] Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Een eerlijk proces’, NJB 2009, 1603, p. 2050-2056.

135 Van de Sande 2013, p. 83. Zie ook Verburg 2013, p. 21.

136 Van den Bos en Van der Velden 2013; Marseille, Tolsma en De Graaf 2011, hoofdstuk 7, met name p. 131-132.



Wat er dan overblijft van de vraag of het bereiken van rechtmatige uitkomsten van de procedure ondergesneeuwd raakt als meer aandacht wordt besteed aan procedurele rechtvaardigheid, is welbeschouwd het risico dat de rechter of één der partijen zich in de luren laat leggen door het goede gesprek op de zitting. Dat zou dus betekenen dat de burger iets krijgt waarop hij geen recht heeft of iets niet krijgt waarop hij wel recht heeft (in de geobjectiverde rechtmatigheidstoets). Als ik het vergelijk met de fase in bezwaar, kan ik wijzen op de oratie van Marseille uit 2012 die hierover voorzichtig positief is: de informele aanpak in bezwaar leidt volgens hem niet tot overschrijding van de speelruimte die het bestuur werkelijk heeft en als dat al gebeurt, dan is die overschrijding bijna altijd te rechtvaardigen. Over de vraag of de burger soms door de informele aanpak niet krijgt waarop hij wel recht heeft, laat hij zich in zijn oratie niet uit.<sup>137</sup> Een jaar later, in 2013, laat hij zich over deze onderwerpen, samen met Tolsma en De Graaf, in hun onderzoek voor het BZK-project Prettig contact met de overheid, robuuster uit. Nog steeds is het instandblijven van een onrechtmatig besluit een zeker risico, maar over het geheel zien deze onderzoekers niet dat de informele aanpak in bezwaar leidt tot, kort gezegd, een uitkomst die fundamenteel verschilt van de uitkomst die zou zijn bereikt in de formele benadering.<sup>138</sup> Het komt mij verantwoord voor om aan te nemen dat dat in de bestuursrechtspraak niet anders is. Als een partij, met name de eisende partij, haar beroep dreigt in te trekken, terwijl de rechter ziet dat dat beroep op meer dan een formeel punt, dus werkelijk, kans van slagen heeft, is het juist in het kader van procedurele rechtvaardigheid de taak van de rechter om transparantie te bieden en dus die partij te weerhouden van intrekking van het beroep. Sowieso worden rechters in het kader van de NZB getraind om in geval een burger uitspreekt dat hij 'zijn beroep dan maar intrekt' dóór te vragen: 'Weet u dat wel zeker? Ik vertel u even wat daar het gevolg van is. U krijgt dan geen uitspraak van mij en u kunt dus ook, als u het er later toch mee oneens bent, geen hoger beroep instellen.' Dus als het goed is, waakt de rechter er voor dat de burger zich in de luren laat leggen. Het risico dat de rechter zich in de luren laat leggen, is moeilijker te vatten. Maar ook dan is het zijn taak, juist in het kader van procedurele rechtvaardigheid, transparantie en dus zo mogelijk voorlopige oordelen, te bieden aan de hand waarvan partijen hun verwachtingen kunnen sturen. Een rechter die in ruime mate transparantie biedt op de te verwachten uitspraak, kan partijen dwingen zich ook nadrukkelijker en duidelijker uit te spreken. Als dit juist is, betekent dat dat aandacht voor procedurele rechtvaardigheid juist het risico reduceert dat de rechter zich in de luren laat leggen. Een en wat zwartgalliger antwoord op dit risico is dat een rechter die zich met aandacht voor procedurele rechtvaardigheid in de luren laat leggen, waarschijnlijk ook zonder die aandacht voor procedurele rechtvaardigheid in de luren had laten leggen.

Waar het in de basis in deze subparagraaf op neerkomt, is dat de rechter die in zijn behandeling van de zaak niet alleen aandacht heeft voor de rechtmatigheid van de uitkomst, maar daarnaast zich ook concentreert op procedurele rechtvaardigheid, meer een relatie aangaat met partijen die voorbij zijn uitspraak strekt. Dat gaat om deze kwesties: vertrouwen partijen de rechter, vertrouwt de burger het bestuur, vertrouwt

---

137 Marseille 2012, p. 39-40.

138 Marseille, Tolsma en De Graaf 2013, p. 70-75.

het bestuur de burger, aanvaarden partijen de uitkomst van het geding, voelen zij zich eerlijk en rechtvaardig behandeld en kunnen en willen zij hun toekomstig gedrag daarop afstemmen? Dit gaat over een maatschappelijk effect van bestuursrechtspraak dat nog niet voldoende gemeten is.<sup>139</sup>

### 3.6 *Trias politica, gezag en horizontalisering binnen de NZB*<sup>140</sup>

Al langere tijd wordt de trias politica opgevat als een systeem van *checks and balances*, geen scheiding, maar een evenwicht der machten.<sup>141</sup> Dat speelt vooral in de relatie rechter – bestuur,<sup>142</sup> maar heeft ook gevolgen voor het type gesprek dat de rechter aangaat met partijen, ook de eisende partij. Het thema is hier horizontalisering. De driehoek burger – bestuursorgaan – rechter wordt vlakker. Het bestuursorgaan dat of de bestuursrechter die van bovenaf communiceert, treft hoogstwaarschijnlijk een burger die afhaakt.<sup>143</sup> Mét het besef dat het uiteindelijk het bestuursorgaan is dat bindend beslist in zijn besluiten en mét het besef dat het uiteindelijk de bestuursrechter is die bindend beslist in zijn uitspraak, kan nog steeds de communicatie met de burger zo veel mogelijk horizontaal zijn.<sup>144</sup> In termen van de Transactionele analyse gaat het dus mis als de rechter of het bestuursorgaan meent in de communicatie te moeten optreden als kritische, bestraffende of eisende ouder naar de burger. De burger dreigt dan in de bijpassende rol van kwetsbaar, boos of impulsief kind te gaan.<sup>145</sup> In een tijd waarin organisaties, dus ook de rechtspraak en overheden, geen automatisch gezag meer hebben, maar personen, ook functionarissen van instituties, persoonlijk gezag kunnen bouwen in hun directe interpersoonlijke interacties met burgers, is het essentieel dat de rechter of de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan kan *vertellen* binnen welk kader hij opereert. Daar gaat het om: het verhaal draait om 'Dit is waar ik het mee te doen heb.', 'Dit is het kader waarbinnen ik kan werken.' en 'Dit is wat ik wel en niet voor u kan doen.' Zo'n horizontaal verhaal heeft kans van slagen.<sup>146</sup> Het gaat dan eigenlijk niet om *uitleggen* door de rechter aan partijen, maar om het *uitwisselen van perspectieven* tussen rechter, eiser, bestuursorgaan en een eventuele derde-partij. Elk van hen kan vertellen: wat is de wereld waarbinnen ik opereer; wat is de context waarbinnen ik opereer. Dat horizontale gesprek kan tot een vergelijk komen. Hoewel er vaak geen eenvoudige uitweg zal zijn, maakt die manier van bespreken het realistisch.

139 Verburg 2013, p. 21; Nihot 2014, p. 156; Schuurmans en Verburg 2012, p. 131. Vooralsnog is te zien dat in de meergenoemde meting in ruim 2000 zaken die de rechtbank Utrecht/Midden-Nederland heeft uitgevoerd tussen juli 2012 en februari 2013 het appelpercentage daalde naar 17 procent bij schriftelijke uitspraken en (geschat) 8-9 procent bij mondelinge uitspraken. In verhouding tot de tot 2007 (dus zonder invloed van de NZB) gebruikelijke appelpercentages van 35-40 procent lijkt dat sterk te wijzen op een hogere graad van acceptatie van de uitkomst van het geding.

140 Zie Verburg 2013, p. 22.

141 WRR 2002, hoofdstuk 7.

142 Het denken in termen van *checks and balances* brengt niet mee dat de rechter het bestuur een vrije ruimte laat, maar dat rechter en bestuur *elk vanuit het eigen perspectief* zich intensief bezighouden met *dezelfde* ruimte. Zie ook Verburg 2012, p. 280.

143 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.

144 Zie ook PG Awb I, p. 39, Crommelin 2007, p. 228 en Van den Berge 2016, p. 10.

145 Zie uitgebreider Van Arem en Verburg 2013, paragraaf 3.1.

146 Jansen, Van den Brink en Kneyber 2012; Van den Brink 2012.

Van den Bos en Brenninkmeijer gaan in dit verband in op de relatie tussen *trust* en *confidence*:

‘Bij dit verschil kan ook een verbinding gelegd worden met het onderscheid dat in het Engels gemaakt wordt tussen *trust* en *confidence*.<sup>147</sup> Bij *confidence* – ‘vertrouwen op’ – gaat de aandacht uit naar de instituties, het systeem, zoals de rechtspraak als zodanig. Bij *trust* – ‘vertrouwen in’ – gaat het om de relatie, bijvoorbeeld als het gaat om het optreden van een politieagent of een rechter in een concrete situatie waarin iemand betrokken is. In *trust*-relaties kan de persoonlijke interactie ervaren worden als horizontaal en zo bijdragen aan horizontaal vertrouwen. Maar daardoor kan ook het verticale vertrouwen – *confidence* – gevestigd of versterkt worden. ‘*Have your day in court*’, zoals de Engelsen zeggen, vormt een ervaring die het vertrouwen in ‘de rechtspraak’ kan versterken.’<sup>148</sup>

De rechter die geduldig, maar *top-down*, aan eiser uitlegt hoe de procedure in elkaar steekt, gaat eigenlijk nog uit van een tijd dat ‘de rechtbank’ een automatisch institutioneel gezag had, maar de relatie is bijna omgekeerd. Het is niet langer zo dat de rechter zijn persoonlijk gezag kan afleiden van het institutionele gezag van de rechtbank of de rechtspraak, maar hij moet een relatie aangaan met betrokkenen en daarin persoonlijk gezag ‘bouwen’. Als hij dat goed doet en daarmee persoonlijk gezag opbouwt, kan betrokkene van daaruit juist (weer) respect opbrengen voor de institutie.

Maar de rol voor de bestuursrechter ligt moeilijker dan dit als het om de trias gaat. Eerst wees Brenninkmeijer op het ineenschuiven van wetgever en bestuur via gedeelde regelgeving en op de afwijzing door die twee-eenheid van kritisch onderzoek door de bestuursrechter, waarbij de rechter in zijn visie redelijk weerloos is.<sup>149</sup> In zijn toespraak bij de presentatie van het Jaarverslag van de Raad van State over 2015 sluit vicepresident Donner zich bij het eerste gedeelte van die analyse aan: hij sprak over ‘delegatie die uitloopt op ‘abdication van de formele wetgever’ en hij zei ook ‘[r]echtsbescherming stelt grenzen aan het verschijnsel van besluitvorming bij akkoord’. Hij zegt hierbij ten slotte: ‘Een ontwikkeling waarbij in wet- en regelgeving en besluitvorming rechtswaARBorgen en rechtseenheid ondergeschikt worden gemaakt aan het streven naar resultaat en overeenstemming, leidt onvermijdelijk tot een toenemende confrontatie van recht en maatschappelijke ontwikkelingen voor de rechter. Dat is geen goede ontwikkeling.’<sup>150</sup>

Deze schets van de toestand van de trias stelt hoge eisen aan wat de NZB-rechter daadwerkelijk doet in zijn uitspraak, maar ook aan de manier waarop hij daarover spreekt met partijen. Partijen moeten kunnen zien en horen dat de rechter los staat van de politieke verknoping van regelgever en bestuur.

147 [noot uit citaat] Zie ook het verslag over 2011 van de Nationale ombudsman: *Een vertrouwde overheid*, Den Haag 2012: [www.jaarverslag.nationaleombudsman.nl](http://www.jaarverslag.nationaleombudsman.nl).

148 Van den Bos en Brenninkmeijer 2012, p. 1454.

149 Brenninkmeijer 2012.

150 Toespraak vicepresident Donner van de Raad van State bij de presentatie van het jaarverslag van de Raad van State over 2015 op 5 april 2016, ‘Rechtsstaat moet geen sluitpost zijn van besluitvorming’.

### 3.7 Conclusie over de NZB

In deze paragraaf heb ik de NZB als programma beschreven in haar kernelementen en die kernelementen verder uitgewerkt. De kernelementen zijn dat de zaak snel op zitting staat, dat gestreefd wordt naar finale geschilbeslechting<sup>151</sup> en dat maatwerk wordt toegepast. Verder heb ik een aantal van de elementen van de NZB op en rondom de zitting besproken, te weten het onderliggende conflict versus het juridische geschil, de vroegtijdige zitting als hart van de procedure bij de bestuursrechter en het uitgangspunt dat er maar één zitting komt. Vervolgens ben ik hier ingegaan op de wijze waarop procedurele rechtvaardigheid een plek heeft gekregen in de NZB. Daarna kwam aan de orde dat aandacht voor procedurele rechtvaardigheid geen gevaar vormt voor het bereiken van een geobjectiveerd rechtmatige uitkomst van de zaak, maar daar juist een betere kans voor schept. Ten slotte is de moeilijke rol van de NZB-rechter in verhouding tot de ontwikkelingen in de trias politica besproken.

## 4 HOE PAKT DE NZB UIT?

### 4.1 Inleiding

Zoals gezegd is in paragraaf 3 de NZB besproken als programma, hoe het is bedoeld, niet per se hoe de NZB is uitgepakt in de praktijk. Niet iedere rechter en niet iedere rechtbank is even overtuigd van de noodzaak zaken te behandelen volgens de NZB-aanpak. Rechters die bezig zijn zich de NZB-aanpak eigen te maken, doen daar soms langer over. Anderen ligt het gewoonweg niet. En ook als een rechter of een rechtbank enthousiast is begonnen met de NZB, dreigt die aanpak te verwateren. Er is ook een diversiteit aan opvattingen wat de NZB-aanpak nu precies is.<sup>152</sup>

Over het geheel genomen bestaat er bij de NZB-rechter veel aandacht voor het initiatief op de zitting; de rechter begint met vragen. Ook heeft hij veel aandacht voor finaliteit.<sup>153</sup>

In de praktijk treden daarnaast de volgende knelpunten op:

- weinig aandacht voor het conflict achter het geschil, het ‘belangenrondje’,
- weinig transparantie op de zitting over de procedure met name over bewijskwesties,
- weinig transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak en terughoudendheid de zaak aan te houden om die tot verdere ontwikkeling te laten komen,
- weinig aandacht voor procedurele rechtvaardigheid,
- gebrek aan voorspelbaarheid van de aanpak op de zitting,
- wel of geen correspondentie voor de zitting.

---

151 Zie hierover ook hoofdstuk 4.

152 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, hoofdstuk 2, zie onder andere p. 34-35 en paragraaf 2.4.

153 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, hoofdstuk 2.

Ik concentreer mij in dit hoofdstuk op die knelpunten. In hoofdstuk 4 komt de aandacht voor finale geschilbeslechting verder aan de orde.

#### 4.2 *Weinig aandacht voor het conflict achter het geschil, het 'belangenrondje'*

In subparagraaf 3.3 is beschreven waarom het zogeheten 'belangenrondje' onderdeel van de NZB-aanpak is. Als je streeft naar finale geschilbeslechting, moet je als rechter oog hebben voor het echte conflict, want als je dat laat liggen, geeft dat wellicht weer aanleiding tot vervolgzaken. Dat is gericht op partijen. Als je gelijk in de juridische puzzel duikt, verengt je blik als rechter en verengt dat de blik van partijen. Dat betreft dus zowel de rechter als partijen.<sup>154</sup>

In de praktijk zie je soms dat rechters aanvankelijk wel altijd vroegen naar het achterliggende conflict, maar in de loop van de tijd dat hebben laten verwateren omdat ze er te weinig mee uit de voeten konden en zie je dat rechters menen dat zo'n zoektocht naar het achterliggende conflict niet nodig is, omdat het 'in het echt' toch 'gewoon' gaat om het juridische geschil.<sup>155</sup> Al bij al zijn er maar weinig rechters die zoeken naar het achterliggende conflict en in lijn daarmee maar weinig rechters die de methode van conflictdiagnose toepassen op de zitting.<sup>156</sup>

Voor die rechters die zo'n belangenrondje overslaan, omdat zij menen dat het juridische geschil doorgaans samenvalt met het onderliggende conflict, geldt dat die twee punten tezamen kloppen: als je dat belangenrondje overslaat en het debat op de zitting dus alleen over de juridische kanten van de zaak gaat, zie je ook als rechter alleen het juridische geschil en wordt het heel moeilijk méér in de zaak te ontdekken, terwijl dat wat er nog meer is heel wel de motor kan zijn om later weer een nieuwe procedure te beginnen.

Met het realistische besef dat je als rechter regelmatig aan een zitting begint met het gevoel dat het in deze zaak echt over niets anders kan gaan dan stomweg winnen of verliezen, zodat je een zekere gêne voelt om nog eens te vragen wat partijen nu eigenlijk drijft, betekent het overslaan van het belangenrondje, het niet zoeken naar het achterliggende conflict, dat de zaak gelijk de juridische koker in gaat.<sup>157</sup> Marseille c.s. concluderen uit hun empirisch onderzoek op basis van twee bevindingen, namelijk dat (a) enerzijds weinig op de zitting naar achterliggende belangen wordt gevraagd en (b) anderzijds de partijen de behandeling op de zitting relatief vaak positief waarderen, dat partijen het kennelijk als weinig problematisch zien dat zo'n zoektocht naar het achterliggende conflict achterwege blijft.<sup>158</sup> Dat lijkt mij een miskennis.

154 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 146.

155 Vergelijk Jue 2013.

156 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, hoofdstuk 2, met name p. 70, en hoofdstuk 3, met name paragraaf 3.6; verder p. 110.

157 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 146: 4 procent van de zaken leidt tot intrekking, mede door een schikking.

158 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 161.

In de eerste plaats hebben de meeste burgers één rechtszaak in hun leven en dus ontberen ze vergelijkingsmateriaal. Uit mijn praktijk als rechter komt mij een ruimtelijke-ordeningszaak voor de geest over de vestiging van een stervenshospice in een woonwijk. De omwonenden kwamen in beroep met allerlei technische argumenten (strijd met bestemmingsplan, het Bouwbesluit, etc.). Op enig moment bracht ik naar voren 'Nou ja, het lijkt mij ook wel zwaar, zeker als je kleine kinderen hebt, om telkens maar naast je huis een ambulance voorbij te zien komen die mensen brengt en een zwarte auto die de mensen weer ophaalt.' Eisers reageerden letterlijk met 'O, mag het daar ook over gaan?' Ik vertelde hen dat ik nog niet zeker wist hoe ik hun gevoelens en belangen kon inpassen in mijn juridische puzzel, maar dat ik toch niet graag een beslissing over hun woonomgeving zou nemen zonder die gevoelens en belangen te hebben gehoord. En toen kwamen de echte verhalen los. En toen konden ook de gemachtigden van de gemeente en de exploitant van het hospice daarop ingaan en kwam er een 'echt' gesprek.

In de tweede plaats gaat het om de attitude van de rechter. Als je niet gelijk in de juridische puzzel duikt, maar aandacht schenkt aan het achterliggende conflict, heb je een rijkere zitting, zie je meer, heb je meer handelingsalternatieven én kun je partijen waarschuwen tegen irreële verwachtingen van wat de zaak hun brengen kan.

#### 4.3 *Weinig transparantie op de zitting over de procedure*

Uit het onderzoek van Marseille c.s. blijkt dat op de zitting maar weinig duidelijkheid wordt geboden over de wijze waarop de procedure verloopt, wat de gang van zaken precies is, wat het doel van de zitting is, hoe veel tijd de rechter voor de behandeling op de zitting heeft uitgetrokken of hoe de zitting is ingedeeld. De moderne rechter checkt vanzelfsprekend wie hij voor zich heeft, stelt de griffier en (in een meervoudige kamer zijn collega-rechters en) zichzelf voor, maar daar blijft het eigenlijk wel bij.<sup>159</sup>

Dit onderwerp hangt samen met de geringe voorspelbaarheid van de zitting die in subparagraaf 4.6 aan de orde komt.

#### 4.4 *Weinig transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak en terughoudendheid de zaak aan te houden om die tot verdere ontwikkeling te laten komen*

Zoals besproken in subparagraaf 3.3 was een doel van de NZB-aanpak om partijen inhoudelijk duidelijkheid te verschaffen waar zij stonden. Dat kan gaan om bewijslastverdeling, een 'bewijstussenstand' of een noodzakelijke verduidelijking van standpunten. Daar komt maar weinig van terecht.

Marseille c.s. trekken op dit vlak twee belangwekkende conclusies: 'We kunnen concluderen [...] dat als partijen van mening verschillen over de feiten, dat bijna steeds

<sup>159</sup> Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, hoofdstuk 3, met name p. 83-84.

onderwerp van gesprek is tijdens de zitting. Het komt echter weinig voor dat de rechter expliciet zegt of aan de orde stelt hoe de bewijslastverdeling is, en nog minder vaak wiens visie op de feiten hij – gezien de onderbouwing van de standpunten van beide partijen – naar zijn voorlopig oordeel zal volgen. Uitzonderingen daargelaten, ontstaat alleen discussie over de vraag of een of beide partijen de kans moeten krijgen hun standpunt over de feiten nader te onderbouwen, als de rechter de bewijslastverdeling aan de orde heeft gesteld. Wordt die discussie gevoerd, dan leidt dat nogal eens tot de heropening van het vooronderzoek.<sup>160</sup> en ‘Op ongeveer een kwart van de door ons bijgewoonde zittingen was de vraag aan de orde naar een ander vervolg van de zitting dan een uitspraak. Meestal betreft die discussie de vraag of partijen aanleiding zien hun aanvankelijk ingenomen standpunt bij te stellen. Discussie over de mogelijkheid de procedure voort te zetten om standpunten te verduidelijken, beter te onderbouwen of om nog een keer op elkaars standpunten te reageren, komt maar weinig voor.’<sup>161</sup>

Partijen worden dus op de zitting in het ongewisse gelaten over hun mogelijke kans op succes en over hun mogelijkheden om die kans te verbeteren. En dat terwijl gebrek aan transparantie hierover nu juist één van de belangrijke kritiekpunten was die volgden uit de Derde evaluatie van de Awb (subparagraaf 2.2). De opzet van de NZB-aanpak is dus nog niet gelukt.<sup>162</sup>

Daarmee hangt samen de terughoudendheid van rechters om een zaak na de zitting aan te houden om die verder tot ontwikkeling te laten komen.<sup>163</sup> Overigens moet ik zeggen dat in 19 procent van de zaken in dit onderzoek van Marseille c.s. het onderzoek na de zitting wordt hervat, dus dat is al in bijna een-vijfde van de zaken.<sup>164</sup> Geluiden van interviews met rechters als ‘In de brief die partijen krijgen staat dat [als] ze nog met bewijs willen komen, ze dat zo snel mogelijk moeten doen. Die kans heb je voor de zitting, dus als je er pas op de zitting mee komt, is dat te laat.’<sup>165</sup> geven niet direct blijk van een bestuursrechter die de zitting ziet als de locus van bewijsvoering.

#### 4.5 *Weinig aandacht voor procedurele rechtvaardigheid*

Uit het onderzoek van Marseille c.s. blijkt dat de bestuursrechter op de zitting behoorlijk gestalte probeert te geven aan procedurele rechtvaardigheid, maar met name op het punt van duidelijkheid over de procedure tekort schiet (zie ook subparagraaf 4.3 hiervoor). De onderzoekers vinden geen significante correlatie tussen ervaren procedurele rechtvaardigheid en bijvoorbeeld aanvaarding van de beslissing (afzien van hoger beroep),<sup>166</sup> maar dat kan ook liggen aan de relatieve geringe aantallen zaken,

160 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, subparagraaf 3.7, conclusie p. 98.

161 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, subparagraaf 3.8, conclusie p. 107.

162 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 110. Zie ook Allevijn 2016A, p. 108.

163 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, hoofdstuk 2, met name p. 70-71, hoofdstuk 3, met name p. 110, en hoofdstuk 5, met name p. 146.

164 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 127. Dit loopt parallel met eerder onderzoek, Verburg 2013, p. 21, waar 17 procent aanhoudingen na zitting werd gemeten.

165 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 49. Zie ook p. 71.

166 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 140-141.

met name wanneer zij de resultaten per rechtbank bezien. Bovendien is in dit onderzoek maar moeilijk te zien hoe de onderzoekers procedurele rechtvaardigheid hebben gemeten, in het bijzonder of alles wat hier staat geregistreerd als (ervaren) procedurele rechtvaardigheid, de input in het onderzoek van de burgers zelf is geweest.<sup>167</sup> Met die kanttekeningen, vinden zij in ieder geval een ander opmerkelijk verband: 'Wel bestaat een duidelijk samenhang tussen enerzijds het enthousiasme van de rechter voor de Nieuwe zaaksbehandeling en anderzijds diens score op de vijf door ons gemeten procedurele rechtvaardigheidsaspecten in het algemeen en op *explanations* in het bijzonder.'<sup>168</sup> Op dat punt geldt: hoe enthousiaster, hoe hoger de score (en hoe lager het appelpercentage).<sup>169</sup>

Omdat Marseille c.s. op dit punt zowel de uitkomsten bij partijen bekijken na de zitting als na de uitspraak,<sup>170</sup> vermoed ik dat hier nog een ander element speelt en dat komt naar voren uit het (eerder in dit verband genoemde) proefschrift van Boekema over de keuze hoger beroep in te stellen in het bestuursrecht. Dat gaat over het 'slechte huwelijk' tussen de zitting (open, responsief, alles mag aan de orde komen) en de uitspraak (als een syllogisme, alle argumenten leiden tot één conclusie, weinig aandacht voor aspecten die wel besproken zijn op de zitting, maar niet leiden tot de conclusie in de uitspraak).<sup>171</sup> De uitkomsten van Marseille c.s. kunnen dus inhouden dat de zitting wel heel vriendelijk verliep en daarmee schijnbaar procedureel rechtvaardig, maar dat er te weinig werd gedaan aan verwachtingenmanagement,<sup>172</sup> zodat de uiteindelijke uitkomst tegenvalt. De vraag is dan of het wel 'echte' procedurele rechtvaardigheid was of dat de zitting is blijven steken in vriendelijkheid. Zoals gezegd in hoofdstuk 2 is de kern van procedurele rechtvaardigheid dat de burger zich (ook uiteindelijk) serieus genomen voelt als waardevol lid van deze samenleving. Een vriendelijke zitting met daarna een keihard negatief oordeel, waarin geen begrip wordt getoond die in verhouding is met de sfeer op de zitting, strookt daarmee niet. Ook roep ik in herinnering dat uit de evaluatie van de pilots in 2009 als een van de aanbevelingen naar voren kwam dat de rechter goed aan verwachtingenmanagement op de zitting moet doen (zie subparagraaf 3.1). Dit door mij veronderstelde gebrek aan verwachtingenmanagement hangt samen met de vorige subparagraaf over het gebrek aan transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak (subparagraaf 4.4).

Omdat de rechter uiteindelijk vaak terugvalt op het juridische geschil, zoals hierboven besproken, komt een andere reden waarom aandacht voor procedurele rechtvaar-

167 Zie bijvoorbeeld bij de vragenlijst na afloop van de procedure, Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 153: kennelijk zijn sommige interviews gehouden met eisers zelf en andere met hun gemachtigde. Bovendien is in het onderzoek moeilijk precies te achterhalen welke resultaten terug te voeren zijn op wat ervaren procedurele rechtvaardigheid van de betrokken partijen is en wat indrukken van de onderzoekers van de zitting zijn (zie p. 82-84, p. 90-92).

168 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 110 en 125.

169 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, subparagraaf 3.9, p. 109.

170 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 147.

171 Boekema 2015, p. 146-147.

172 In hoofdstuk 6, subparagraaf 6.4.6, wordt hierop teruggekomen met een klein onderzoek dat in rechtbank Den Haag plaatsvond.



digheid belangrijk is, in de knel. Zoals besproken in subparagraaf 3.5 is een belangrijk doel namelijk ook om te komen tot betere communicatie met partijen, zodat zij daadwerkelijk bereid zijn na te denken over een eventuele schikking, alternatieve oplossing of efficiënte manier om zo snel mogelijk tot een eind van het conflict te komen.<sup>173</sup>

Zoals gezegd in subparagraaf 3.5.4 is aandacht voor procedurele rechtvaardigheid in mijn ogen een doel op zichzelf, met daarin vervat ook doelen die verder reiken dan het concrete resultaat van deze ene procedure. Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid kent achterliggende doelen als vertrouwen in de Rechtspraak, vertrouwen in het bestuur, het kunnen aanvaarden van de uitkomsten van een bestuursrechtelijk geding en het daarnaar leven. Het gaat dus zoals gezegd om de coherentie, het cement, van het systeem dat hier op het spel staat. Met de korte-termijn-focus op het voorliggende juridische geschil gaat de rechter mogelijkerwijs voorbij aan deze bredere implicatie van zijn optreden.

Allewijn concludeert in zijn bespreking van het proefschrift van Boekema twee belangwekkende dingen op dit punt: (a) hoe hoger de ervaren procedurele rechtvaardigheid, hoe kleiner de kans op hoger beroep<sup>174</sup> en (b) de ervaren mate van eerlijkheid van de uitkomst wordt in sterkere mate beïnvloed door de ervaren procedurele rechtvaardigheid dan door de uitkomst als zodanig.<sup>175 176</sup>

#### 4.6 *Gebrek aan voorspelbaarheid van de aanpak op de zitting*

Deze en de volgende subparagraaf gaan niet over knelpunten van de praktijk ten opzichte van de NZB als programma, maar zijn juist mogelijke negatieve uitkomsten van de NZB-aanpak zelf.

Wel hangt het eerste onderwerp, gebrek aan voorspelbaarheid van de aanpak op de zitting, samen met het onderwerp van subparagrafen 4.3 en 4.4 over het gebrek aan transparantie op de zitting over de procedure en de inhoud van de zaak. Deze twee gebreken tellen op tot een grote mate van gebrek aan voorspelbaarheid en dat heeft negatieve gevolgen voor de rechtszekerheid die de rechtspraak te bieden heeft en voor de mate van consistentie en de betrouwbaarheid ervan.

Het hoeft weinig betoog dat een groot belang gemoeid is met een behoorlijke mate van voorspelbaarheid van een bestuursrechtelijke procedure; in het vorige hoofdstuk kwam bij de juridische eisen in dit verband al het vereiste van stelselmatigheid van het optreden van de rechter naar voren. Achter dat belang ligt een waaier aan andere belangen. Partijen moeten goed hun procesposities en -kansen weten in te schatten om hun zaak zo goed mogelijk 'neer te zetten' en daarvoor is voorspelbaarheid van de procedure behulpzaam. Een voorspelbare procedure vergroot de kans dat partijen

173 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 71.

174 Met verwijzing naar Boekema 2015, p. 143.

175 Met verwijzing naar Boekema 2015, p. 151 en 170.

176 Allewijn 2016A, p. 107-108.

hun visie op de zaak, de door hen ingebrachte bewijsmiddelen en hun proceskeuzes zo weten te presenteren dat de zaak tot een optimale en zo mogelijk ook waarheidsgetrouwe uitkomst komt. De rechtspraak moet niet worden overbelast en bij onvoorspelbaarheid van de procedure bestaat de kans dat er een toename van zaken van het type 'je kunt maar een kansje wagen' komt. Ten slotte verdient hier vermelding dat vertrouwen in de rechtspraak gebaat is bij (een behoorlijke mate van) voorspelbaarheid.

De bestuursrechter scoort op dit punt nog niet heel goed.<sup>177</sup> Juist de verrijking van de zitting waarnaar de bestuursrechter streeft, maakt dat partijen die de zittingszaal betreden nog niet weten wat hun te wachten staat. Dat bemoeilijkt hun voorbereiding. Er zijn op dit moment drie factoren die de NZB-zitting een lage voorspelbaarheid geven.

In de eerste plaats zijn er verschillen tussen de rechtbanken wat invoeringsstadium van de NZB betreft. Sommige rechtbanken lopen voorop, andere zitten nog in een vroege fase. Bovendien is tussen rechtbanken niet eenduidig wat nu dé NZB is; daarover lopen de meningen uiteen. Ook zie je dat aspecten van de NZB die in de eerste jaren heel belangrijk werden gevonden, langzamerhand weglopen als zij te moeizaam blijken.

In de tweede plaats zijn er verschillen in persoonlijke attitude en vaardigheid tussen rechters. Omdat, zoals Jue<sup>178</sup> terecht stelt, een deel van de problemen en knelpunten in de 'oude' aanpak is gelegen in de attitude of cultuur van de bestuursrechters, is een snelle of gemakkelijke oplossing niet realistisch. Een cultuurverandering is een langzaam proces. Zeker is het dus zo dat elke rechter en elke gemachtigde deze en komende jaren nog zwoegt met wat zijn rol precies is in de NZB; natuurlijk is het bovendien zo dat elke rechter en elke gemachtigde zijn eigen accenten zal leggen.

Daar komt in de derde plaats bij dat de NZB in de kern inhoudt dat de rechter zaaksdifferentiatie ofwel maatwerk toepast. Als de rechter elke zaak de behandeling geeft die de zaak verdient, houdt dat per definitie in dat in de eerste aanleg verschillende zaken ook een verschillende behandeling krijgen. Het geven van gewicht en aandacht aan elke zaak naarmate deze dat gewicht en die aandacht verdient, is het adagium geworden. Verschil in aanpak is dus op zichzelf geen reden voor kritiek, alleen verschil in aanpak van *vergelijkbare* zaken is een reden voor kritiek. Als programma is behoorlijk duidelijk wat NZB inhoudt, maar per zaak kan de aanpak dus verschillen, juist omdat zaaksdifferentiatie één van de doelen is: het einde van de eenheidsworst.<sup>179</sup> In deze aanpak zijn nu eenmaal veel afdoeningsmodaliteiten opgenomen, meer dan vóór de NZB (toen: bijna altijd een schriftelijke uitspraak). Sinds de rechter werkt met de NZB zijn de brieven die worden gebruikt voor de uitnodiging voor de

---

177 Nihot in Schlössels en Albers 2014, p. 17. Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 109-110.

178 Jue 2013.

179 Van Ettehoven 2008.

zitting een paar keer aangepast en sinds enige jaren is er één landelijke brief voor de uitnodiging voor de zitting,<sup>180</sup> maar de inhoud daarvan is erg ‘open’ en laat nog alle afdoeningsmodaliteiten toe. Ook verder is er naar de huidige stand van zaken voorafgaande aan de zitting weinig correspondentie van de bestuursrechter in eerste aanleg te verwachten.<sup>181</sup>

Deze drie factoren maken dus dat de zittingen bij de bestuursrechter op dit moment een behoorlijk uiteenlopend beeld laten zien. Dat resulteert voor partijen erin dat het minder voorspelbaar is wat zij van de zitting kunnen verwachten. Van de drie genoemde factoren (de verschillende invoerstadia bij de rechtbanken, verschillen in attitude en vaardigheid tussen rechters, de zaaksdifferentiatie als zodanig) is de eerste reden naar verwachting tijdelijk, de tweede meer *a fact of life* (als de rechter actiever wordt, vallen verschillen tussen de ene en de andere rechter meer op) en de derde structureel en bedoeld.

Over die tweede wil ik nog dit zeggen. Het is niet bedoeld als lichtvaardig als ik zeg ‘dat is meer *a fact of life*’. Voor partijen is het begrijpelijkerwijs zwaar te verdragen als er verschillen tussen rechters blijken, voortkomend uit verschillen in attitude en vaardigheid. Het behoort vanzelfsprekend ook tot de basiswaarden van de rechtspraak dat een ieder recht heeft op gelijke rechtsbedeling. Maar ook in de civiele rechtspraak van de rechtbanken treden deze verschillen in attitude en vaardigheid tussen rechters op. Men spreekt daar wel van ‘schikkers’ en ‘schrijvers’. Daar is men echter al langer gewend dat die verschillen er zijn en daarom hoor je nooit iemand bepleiten dat de civiele rechter bijvoorbeeld tijdens een comparitie maar geen schikking zou moeten beproeven, omdat toevallig zijn collega daar minder goed in is. Dat er verschillen in vaardigheid zijn, is juist, maar het zou toch merkwaardig zijn om daaruit af te leiden dat rechters dan maar zo minimalistisch mogelijk op de zitting zouden moeten optreden en niet ‘het gesprek over de zaak moeten aangaan’, omdat alleen dan gegarandeerd zou zijn dat alle bestuursrechters uniform optreden. Dat is wat ik bedoel met ‘het is meer *a fact of life*’. Binnen de rechtbanken zelf moet wel een aandachtspunt zijn dat de rechters ‘gelijk optrekken’, bijvoorbeeld door middel van intervisie, maar dat valt buiten het perspectief van dit onderzoek.

Als dan voorafgaande aan de zitting geen zekerheid bestaat over wat er op de zitting gaat gebeuren (wel of niet pleiten,<sup>182</sup> een actieve rechter, een rechter die op zoek gaat naar het conflict achter het geschil of niet?), zou toch tenminste die zitting een dergelijke zekerheid en duidelijkheid moeten bieden. En met die zekerheid (waar staan we, wat heeft nog aanvulling in bewijs of uitleg wat de standpunten betreft?) zou ook een mogelijkheid moeten bestaan na de zitting nog de standpunten en het bewijs aan

---

180 Vorige versies van de uitnodiging voor zitting bleken soms tot verwarring te leiden, met name door het gebruik van de term ‘regiezitting’ waardoor partijen soms ten onrechte dachten dat de zitting niet over de inhoud zou gaan. Zie de uitspraak van de CRvB van 30 mei 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:CA1743 en «JB» 2013/154), waarin het gaat over die ‘oude’ uitnodigingsbrief.

181 Zie ook Koenraad en Verbeek 2014.

182 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 70 en p. 85-87.

te vullen. Dit vereist een rechter die de wensen van partijen, zoals zij die op de zitting uiten, serieus in overweging neemt en een rechter die transparantie biedt.

Het gebrek aan zekerheid over wat er op de zitting gaat gebeuren, zoals dat in de huidige tijd bij partijen optreedt, legt dus eens te meer de klemtoon op de noodzaak op de zitting transparantie te betrachten over zowel het verloop van de procedure als de inhoud van de zaak.

#### 4.7 *Toch duidelijkheid bieden voorafgaande aan de zitting?*

Bij al die onduidelijkheid over wat er op de zitting gaat gebeuren en daarbij het voortbestaan van die onzekerheid als de zitting eenmaal plaatsvindt, omdat de rechter maar weinig transparantie biedt over de procedure en de inhoud van de zaak, is het logisch dat veel van de professionele spelers pleiten voor 'een briefje vooraf'.<sup>183</sup> In de subparagrafen 3.4.1 en 3.4.2 kwam dit onderwerp al eerder ter sprake. Het gaat dan om een brief waarin de rechter voorafgaande aan de zitting zegt wat op de zitting met name aan de orde zal komen.<sup>184</sup> Zaaksdifferentiatie brengt onzekerheid met zich en een vrij inzichtelijke communicatiereguleer is dat partijen die zich onzeker voelen over wat zij kunnen verwachten, over het algemeen minder soepel, minder coöperatief en minder 'wendbaar' zullen zijn. Dat laatste staat mogelijkerwijs de oplossingsgerichtheid van de NZB-aanpak in de weg.<sup>185</sup> De betrouwbaarheid en de voorspelbaarheid van de procedure neemt dus toe als de rechtbank zo'n brief voorafgaande aan de zitting stuurt met vragen, een behandelplan of een voorlopig perspectief op de zaak. Maar er zit ook een andere kant aan het sturen van zo'n briefje vooraf. Dat briefje van de rechtbank kan op zichzelf ook weer escalerend werken; vaak zal een vraag van de rechtbank in een argumentatieve taal, in 'strijdtaal'<sup>186</sup> dus, zijn gesteld en daardoor ook partijen uitlokken zich in dat soort taal uit te drukken. Dat gaat om woorden als 'bevoegd', 'aannemelijk', 'ontvankelijk', 'overtuigend', 'onvoldoende duidelijk', 'onvoldoende zorgvuldig', etc. De vraag is dus: verhoogt dat nu niet de juridisering van een zaak? Als de rechter met zijn briefje voorafgaand aan de zitting eigenlijk olie op het vuur gooit, schiet het weer zijn doel voorbij, want déjuridisering, van standpunten naar belangen, is een belangrijk element van de NZB. Dus bepalend is wel wat je als rechter met de zitting wilt bereiken. De andere kant daar weer van is dat de rechter ook een briefje voor de zitting kan sturen met dejuridiserende signalen: 'Naar voorlopig oordeel van de rechtbank leent deze zaak zich voor een schikking.' of 'De rechtbank zal op de zitting beproeven of de belangen van partijen zich laten verenigen in een gezamenlijke oplossing.'<sup>187</sup> Een praktische component is dat eerstelijnsrechtshouders, die jaarlijks een ruime 100.000 zaken te verstouwen hebben, het niet voor elkaar krijgen om ruim op tijd voor de zitting het dossier te bestuderen, zodat zij ook feitelijk in

183 Zie ook hier Koenraad en Verbeek 2014.

184 Heinrich en Den Herder 2013, paragraaf 3, met name p. 216, Daalder 2014, p. 163-164.

185 Vergelijk Van den Bos 2011, p. 16, met veel literatuurverwijzingen.

186 Rosenberg 2003, Van Arem en Verburg 2013, p. 58.

187 Vergelijk Allewijn 2011, p. 140-143.

staat zouden zijn zich een mening te vormen welke kant het op zou moeten gaan.<sup>188</sup> Bovendien zou die rechter dan, zonder partijen daarover te hebben gehoord, mogelijksterwijs al een richting kiezen.

Dat betekent dat er een paar belemmeringen zijn om al voor de zitting partijen meer duidelijkheid te bieden wat er op de zitting zoal aan de orde zal zijn:

- schriftelijke correspondentie kan escalerend werken,
- feitelijk valt het voor de rechter moeilijk te organiseren de zaken vroegtijdig genoeg te bestuderen,
- de rechter regisseert met zo'n brief al de richting waarin het zou moeten gaan, zonder partijen daarover te hebben gehoord.

Al bij al is het dus, hoe begrijpelijk de wens van partijen ook is om meer duidelijkheid vooraf te hebben, vooralsnog de keuze van de rechtbanken<sup>189</sup> om het op de zitting te laten aankomen.<sup>190</sup> Dat betekent dat daar, op de zitting, de veiligheid en zekerheid zal moeten worden geboden. De bedoeling van KEI-rechtspraak en de Professionele standaarden voor de bestuursrechter zijn wel dat de rechter zo mogelijk een brief voorafgaande aan de zitting stuurt, zodat partijen op de zitting beter beslagen ten eise/ijds komen. Naar mijn inschatting is het alleen bij complexe zaken nuttig en mogelijk om een brief voorafgaande aan de zitting te sturen met vragen die op de zitting aan de orde zullen komen of een uitdrukkelijke mededeling dat de eerste zitting alleen bedoeld is als regiezitting om tot een behandelplan van het verdere verloop van de zaak te komen. Hoe begrijpelijk de wens ook is, een brief voorafgaande aan de zitting bij de rechtbanken is geen haalbare kaart in grote aantallen zaken. In alle zaken waarin de rechter niet in staat is een brief voorafgaande aan de zitting te sturen, moet daarom – als compensatie voor de genoemde onduidelijkheid – de rechter in beginsel positief staan tegenover aanhouding van de zaak.

## 5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik in paragraaf 2 en 3 de aanleidingen voor de NZB en de NZB als programma beschreven. De NZB als programma wil een antwoord bieden op de gesignaleerde knelpunten (a) gebrek aan finaliteit, (b) gebrek aan duidelijkheid over bewijsrechtelijke kwesties en (c) gebrek aan maatwerk. Die drie elementen zijn dan ook de kern van de NZB. Hiervoor heb ik beschreven hoe aandacht voor procedurele rechtvaardigheid daarbij onmisbaar is. In de nadere uitwerking daarvan heb ik beschreven (a) wat het belang is van aandacht geven aan het achterliggende conflict

188 Vergelijk Stam 2015, p. 47-48.

189 Dat ligt anders voor de Afdeling bestuursrechtspraak, die met haar programma Maatwerk wel regelmatig kiest om een brief met de belangrijkste vraagpunten vooraf te sturen. De Afdeling kiest echter in haar behandeling van zaken voor een strikter juridisch perspectief, onder andere vanwege haar rol in het bewaken van de rechtseenheid. Bovendien kent de Afdeling een andere voorbereidingswijze van de zaken. De belemmeringen en bezwaren die op rechtbankniveau bestaan tegen zo'n brief vooraf, bestaan daar dus veel minder.

190 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 70.

en, (b) welke rol de vroegtijdige zitting speelt als hart van de bestuursrechtelijke procedure, mede in relatie tot KEI en de Professionele standaarden van de bestuursrechter, (c) de rol van procedurele rechtvaardigheid, met name tijdens de zitting en (d) de rol van de Trias, gezag en horizontalisering binnen de NZB.

Als bevindingen heb ik daarna in paragraaf 4 besproken:

- weinig aandacht voor het conflict achter het geschil, het ‘belangenrondje’,
- weinig transparantie op de zitting over de procedure,
- weinig transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak (met name in bewijskwesties) en terughoudendheid de zaak aan te houden om die tot verdere ontwikkeling te laten komen,
- weinig aandacht voor procedurele rechtvaardigheid,
- gebrek aan voorspelbaarheid van de aanpak op de zitting,
- de problemen met correspondentie voor de zitting.

Al met al een beeld dat er nog wel wat valt te winnen bij een goede implementatie van de waarden waarvoor de NZB als programma staat. Of eigenlijk de waarden waarvoor de NZB stond, want zoals gezegd, als programma is het afgerond en de rol van de NZB als programma is overgenomen door de Professionele standaarden. Hier valt met dit lijstje al te concluderen dat definitieve geschilbeslechting (onderwerp van hoofdstuk 4) als doel van de NZB geslaagd is, terwijl voorlichting over bewijskwesties (onderwerp van hoofdstuk 5) als doel van de NZB verwaarloosd is.

# HOOFDSTUK 4 | BESLECHTING VAN HET GESCHIL

*'[De] gedachte van een "rustig bezit"  
zal geloof ik bij niemand opkomen,  
wanneer gesproken wordt  
van administratief recht [...].'*

C.W. de Vries<sup>1</sup>

## 1 INLEIDING

De wijziging in het bestuurs(proces)recht van de afgelopen jaren die de meeste aandacht heeft getrokken en die sterke invloed heeft op de vormgeving van het proces, is het streven naar finale geschilbeslechting. Dat streven is ook onderdeel van de NZB-aanpak, maar zoals in hoofdstuk 3 beschreven is dit streven breder dan dat.

In dit hoofdstuk onderzoek ik de ontwikkelingen van de afgelopen jaren op het vlak van finale geschilbeslechting, met wat extra aandacht voor die ontwikkelingen die invloed uitoefenen of zouden moeten uitoefenen op het bestuursrechtelijk bewijsrecht, ten behoeve van het volgende hoofdstuk. Dat perspectief in dit hoofdstuk brengt met zich dat ik hier opereer binnen wat mogelijk is met de huidige wetgeving. Dat perspectief maakt bovendien dat ik hier afzie van alternatieve vormen van omgaan met bestuursrechtelijke geschillen, zoals schikking, mediation of andere meer creatieve en ruime afdoeningsmodaliteiten van het bestuursrechtelijk geschil.

Binnen die context – huidige wetgeving en afdoening van een geschil via een uitspraak – sprekend, zie ik de opdracht aan de bestuursrechter in eerste aanleg als volgt. Primair moet hij rechtsbescherming bieden aan de burger. Onder die hoofdtaak vallen twee deeltaken: (a) hij moet het bestreden besluit toetsen aan rechtmatigheidsnormen en (b) hij moet het geschil zo veel mogelijk finaal beslechten.<sup>2</sup>

Vanwege dat perspectief dat ik hierboven beschrijf (de wijze waarop de ontwikkelingen op het vlak van finale geschilbeslechting invloed heeft of zou moeten hebben op het bewijsrecht), staat dit hoofdstuk over finale geschilbeslechting op deze plaats, dus vóór het hoofdstuk over bewijsrecht. Zoals ik hierna zal beschrijven is finale geschilbeslechting sowieso geen kwestie meer van 'iets aan het einde', maar is het een gedachte die de hele rechterlijke procedure doordeesemt. Het onderwerp van dit hoofdstuk gaat dus wel over finaliteit, maar niet over een klusje aan het einde van de procedure.

1 De Vries 1939, p. 11.

2 Verburg 2010C, p. 154, Verburg 2008, p. 190-191.

Eerst beschrijf ik de huidige stand van zaken in literatuur en rechtspraak (paragraaf 2) en daarna volgt de signalering van knelpunten die optreden bij het streven naar finale geschilbeslechting (paragraaf 3). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4).

## 2 FINALE-GESCHILBESLECHTINGSMOGELIJKHEDEN NAAR DE HUIDIGE STAND VAN ZAKEN

### 2.1 *Finale geschilbeslechting als doel van bestuursrechtspraak*

Terwijl lange tijd in het Awb-tijdperk bij vernietiging van het bestreden besluit finale geschilbeslechting als een (zeer) beperkte mogelijkheid werd gezien en de nadruk lag op de 'hoofdbeslissing', de kale vernietiging,<sup>3</sup> kwam in 2007 de omslag. Tekenend is dat de Raad van State in zijn jaarverslag over 2007 met een nieuw geluid op dit punt komt. De passage opent met de gedachte dat steeds meer nadruk komt te liggen op doelmatige, doeltreffende en tijdige beslechting van het geschil.<sup>4</sup> Een 'voorzichtige trend om meer dan in het verleden aan finale geschillenbeslechting te doen is in de jurisprudentie van de Afdeling ook zichtbaar', vervolgt het jaarverslag. De uitspraken laten, aldus de Raad van State, 'zien dat de benadering dat zelf voorzien alleen kan als er rechtens maar één beslissing mogelijk is, rekbaar is. Zelfs wanneer het bestuursorgaan nog enige beoordelings- of beleidsvrijheid toekomt, hoeft van finale afdoening door de rechter niet in alle gevallen te worden afgezien.' De Raad van State wijst daarbij op de eerste uitspraken waarin die nieuwe trend te zien is.<sup>5</sup>

De regering ging bij de introductie van de Awb uit van een rechter die een besluit toetst op zijn rechtmatigheid, maar hield de mogelijkheid open dat dat in de toekomst anders zou worden, dat meer zou worden gekeken naar de ex-nuncrechtsrelatie.<sup>6</sup> Als die toekomst inmiddels aangebroken zou zijn, zou dat ook de finale geschilbeslechting in een ander daglicht stellen. De vraag dient zich dus aan of nu, na zo'n vijftienvijftig jaar, nog steeds die ex-tunrechtmatigheidstoetsing van het besluit zo centraal moet staan. Allewijn stelt in zijn proefschrift dat het tijd is die focus op toetsing te verlaten en het conflict tussen partijen tot voorwerp van bestuursrechtelijke rechts-

3 Marseille en Sietses 2013, paragraaf 1, p. 606.

4 Raad van State, jaarverslag 2007, Den Haag 2008, p. 80-81. Vergelijk ook jaarverslag 2008, p. 141-142, jaarverslag 2009, p. 142, jaarverslag 2010, p. 152, jaarverslag 2011 (algemene delen), p. 70-72, jaarverslag 2012 (algemene delen), p. 51-52. Overigens bevatte ook jaarverslag 2006 al een relevante passage, p. 91-93, maar die is nog van een heel andere toon (alle te vinden op: [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)).

5 ABRvS 26 september 2007 (AB 2007/401 en «JB» 2007/208), 31 januari 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:AZ7938), 11 april 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:BA2642 en AB 2008/75. m.nt. N. Verheij) en 16 mei 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:BA5219).

6 PG Awb II, p. 174. Zie ruimer paragrafen 2.2 en 2.3, p. 172-176. De discussie over de 'wederkerige rechtsbetrekking' kan ik voor dit onderzoek terzijde laten. Zie ook Verburg 2010C, p. 154-155, De Poorter en De Graaf 2011, p. 23, Van der Veer 2011, p. 13, Van Ettekovén 2011, p. 293 en Allewijn 2011, p. 1.



bescherming te nemen.<sup>7</sup> De Poorter en De Graaf stellen zich op het standpunt dat zo lang het besluit de rechtsingang van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming vormt, de toetsingsrol van de bestuursrechter niet goed los te laten valt, maar dat als die rechtsingang wel wordt losgelaten, er goede mogelijkheden zijn de rechtsbetrekking centraler te stellen en daarmee het gehele geschil te beslechten.<sup>8</sup> Het is natuurlijk een aantrekkelijke gedachte om met Allewijn mee te gaan, maar ik moet De Poorter en De Graaf gelijk geven dat zolang we aan het besluit als toegangspoort vastzitten, we ook niet om die toetsing heenkomen. Zoals gezegd in de inleiding van dit hoofdstuk blijf ik in dit onderzoek binnen wat mogelijk is met de huidige wetgeving en dan zie ik – in lijn met de memorie van toelichting bij de Awb – als de primaire taak van de bestuursrechter het bieden van rechtsbescherming aan de burger, met daaronder twee deeltaken: (a) het toetsen van het bestreden besluit aan rechtmatigheidsnormen en (b) het zo finaal mogelijk beslechten van het geschil.

De tegenstelling die ik hierboven schetste tussen de opvatting van Allewijn (laat het toetsingsmodel los en ga aan geschilbeslechting doen) en mijzelf (we komen niet los van het toetsingsmodel zolang het besluit de toegangspoort tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is) is minder scherp dan hiervoor lijkt. Allewijns pleidooi voor het loslaten van het toetsingsmodel heeft sterk te maken met het grote nadeel daarvan dat de bestuursrechter, denkend binnen dat toetsingsmodel, ‘van buiten naar binnen’ werkt.<sup>9</sup> De bestuursrechter onderzoekt een zaak namelijk eerst op de paraferalia, zoals procedurele voorschriften, ver voordat hij toekomt aan de kern van de zaak, het werkelijke conflict, als hij daar al aan toekomt. Als je als bestuursrechter dat omkeert, is Allewijns pleidooi, en eerst ingaat op de kern van dat conflict en daar ook erkenning voor geeft, ‘mag’ je daarna ook de discussie aangaan met partijen dat het moeilijk kan zijn dat conflictpunt juridisch gestalte te geven in een uitspraak waar partijen ook wat aan hebben.<sup>10</sup> En ik zeg hier ‘partijen’ in meervoud, zeker ook omdat dat voor Allewijn een belangrijk punt is: een bestuursrechter die krampachtig vasthoudt aan zijn toetsingsmodel wordt zelf probleemeigenaar en beslist op een manier waarbij noch de burger, noch het bestuursorgaan volwaardige partij in het geschil/conflict is. De bestuursrechter moet, zo vervolgt Allewijn, met partijen een (gelijkbenige) triade vormen en de boodschap van beide/alle partijen tot zich door laten dringen. Een focus op het conflict zoals partijen dat hebben.<sup>11</sup> Als ik dat vergelijk met wat ikzelf in dit onderzoek aan de orde stel, kan ik instemmen met alles wat Allewijn bepleit (stel als rechter het onderliggende conflict centraal, treed horizontaal op en behandel partijen als gelijkwaardig, ga een professionele relatie met partijen aan, trek geen verantwoordelijkheid naar je toe die bij een van de partijen ligt). Daarmee kan je ook zeggen dat ik

7 Allewijn 2011, p. 59-106 en vooral p. 150-156.

8 De Poorter en De Graaf 2011, p. 90-142. Daarbij beklemtonen zij dat de perikelen rondom de *wederkerige* rechtsbetrekking niet per se binnen boord hoeven te worden gehaald, p. 99-100.

9 Allewijn 2011, p. 150-152, onder verwijzing naar VAR-commissie rechtsbescherming 2004, p. 21.

10 Allewijn 2011, p. 152.

11 Allewijn 2011, p. 154.

vasthoud aan het toetsingsmodel als vorm,<sup>12</sup> maar naar de inhoud het achter mij laat, waar Allewijn het geheel achter zich laat.

Tot nu toe liet ik ongeproblematiseerd wat finale geschilbeslechting inhoudt. In het kader van dit onderzoek hanteer ik deze definitie: Een bestuursrechtelijk geschil is finaal beslecht indien de uitspraak van de rechter duidelijk maakt welk besluit *voor de toekomst* moet gelden.<sup>13</sup>

Dat zinsdeel ‘voor de toekomst’ cursiveer ik, omdat het duidelijk maakt dat de twee deeltaken van de bestuursrechter verschillend van perspectief zijn. Zijn toetsingsrol is terugkijkend: hij kijkt terug in de tijd naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit, beoordeeld naar zowel (a) het recht, inclusief beleid<sup>14</sup>, zoals dat ten tijde van het nemen van dat besluit gold, als (b) de feiten die zich toen voordeden. Zijn finale-geschilbeslechtingsrol is vooruitziend: wat heeft vanaf nu te gelden, beoordeeld naar zowel de feiten die zich nu voordoen als het recht dat nu geldt?<sup>15 16</sup>

Ook liet ik ongeproblematiseerd hoe nu ineens vanaf 2007 finale geschilbeslechting zo’n hoge vlucht kon nemen, terwijl in de periode daarvoor vooral de problematische kant was geaccentueerd. Zoals Schuurmans en ik in 2012 benoemden<sup>17</sup>, de principiële discussie over de vraag wanneer de bestuursrechter kan finaliseren lijkt als sneeuw voor de zon verdwenen. Sterker, waar de werkgroep Van Kemenade in 1997<sup>18</sup> de bestuursrechter nog vooral ten toon stelde als hindernis voor effectief besturen, lijkt tien jaar later de bestuursrechter dé aangewezen weg naar effectief besturen te zijn, namelijk via finale geschilbeslechting.<sup>19</sup> Overigens is die tegenstelling minder scherp dan het op het eerste gezicht lijkt, want juist ook die werkgroep promoveerde het gebruik van de ‘bestuurlijke lus’ door de bestuursrechter.<sup>20</sup> De Poorter en De Graaf vragen zich in 2013 af of het wel juist is om de oplossing voor trage en onzorgvuldige besluitvorming vooral aan de achterkant, dus in de rechterlijke procedure, te willen

12 Met name voor de uitspraak, als die er toch moet komen in het gejuridiceerde conflict van partijen.

13 Hirsch Ballin 2006, p. 276-277, finaliteit als ‘de duidelijkheid die een rechterlijke uitspraak zoveel mogelijk moet bieden voor de verdere gelding en uitwerking van de rechtsbetrekking’, Schueler 2012, p. 101.

14 Zie ABRvS 6 maart 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ3381 en AB 2013/182 m.nt. L.M. Koenraad, met enige terechte nuanceringen).

15 Schueler beklemtoont dit verschil in tijdsperspectief en de effecten daarvan al vijftientig jaar. Zie Schueler 1994, p. 175-176 en p. 135, Schueler 2008, p. 618-626, met name paragraaf 2.1, en Schueler 2012, p. 105-106.

16 Zie voor een uitzondering ABRvS 2 december 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BK5064), waarin verweerder wordt opgedragen na de vernietiging een nieuw besluit op de aanvraag om een sloopvergunning te nemen met het negeren van een nieuw ontstane juridische situatie, te weten de gemeentelijke-monumentenstatus die inmiddels aan het pand is toegekend.

17 Schuurmans en Verburg 2012, p. 133.

18 Bestuur in geding 1997.

19 Schuurmans en Verburg 2012, p. 133-134. Van gelijke strekking Schueler 2012.

20 De werkgroep schijnt overigens zelfs de naamgever van dit instrument te zijn. Het instrument als zodanig is niet bedacht door de werkgroep, maar wordt al voorgesteld in Schueler 1994, hoofdstuk 5 en paragraaf 7.2.

zoeken. Zij missen een eenduidige en coherente visie op de recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht, onder andere de finaliseringstendens.<sup>21</sup>

De opkomst van de finalisering laat zich niet eenvoudig vangen in een overzichtelijk aantal oorzaken. De oorzaken hebben namelijk ook te maken met maatschappelijke en politieke ontwikkelingen, gekleurd door de *Zeitgeist*. Ik bespreek hieronder vijf factoren die een rol speelden bij de ontwikkeling van finalisering als uitzondering naar finalisering als zelfstandig doel van bestuursrechtspraak.

Allereerst is daar de Derde evaluatie van de Awb<sup>22</sup> en de daaraan ten grondslag liggende onderzoeken over feitenonderzoek en finale geschilbeslechting<sup>23</sup>. Hoe die als een vertraagde schokgolf<sup>24</sup> de bestuursrechters trof, beschreef ik al in hoofdstuk 3, subparagraaf 2.2. Uit de Derde evaluatie Awb bleek dat de bestuursrechter tekortschoot op het vlak van definitieve geschilbeslechting. Er was sprake van ge-jojo tussen rechterlijke en bestuurlijke fase.<sup>25</sup> De bestuursrechter kwam via de Derde evaluatie Awb tot de erkenning dat hij het niet goed (genoeg) deed.

Ten tweede is er een maatschappelijke factor die niet moet worden onderschat, culminerend in de uitzending van Zembla van 15 november 2009<sup>26</sup> onder de titel 'Procederen tot je er bij neervalt'. Die uitzending in het bijzonder is binnen de rechtspraak een soort verhelderende kater geworden. Het ging over Barend Nagtegaal die op Ameland een tankstation had in het plaatsje Nes. De gemeente gaf in 1992 een concurrent een vergunning voor een tweede tankstation op 100 m afstand van Nagtegaals bedrijf. De vergunning voor dat tweede bedrijf was in strijd met het bestemmingsplan. Nagtegaal heeft procedure na procedure bij de bestuursrechter gewonnen en na zeventien jaar nog steeds geen (noemenswaardige) schadevergoeding van de gemeente. Dat is het beeld dat uit die uitzending oprijst, maar zoals gezegd die uitzending moet worden gezien als de culminatie van een breder gevoeld en geuit maatschappelijk geluid.

Ten derde, verbonden aan de factor hierboven, geldt de wil van de wetgever en de politiek als factor. Zoals Widdershoven, enigszins vrij vertaald, bij de opening van het «JBplus» -symposium, 'Geluiden van buiten' op 8 juni 2012, te kennen gaf, is de tijd voorbij dat de ontwikkeling van het bestuurs(proces)recht een speelterrein voor bestuursrechtbeoefenaren is. Het bestuurs(proces)recht wordt tegenwoordig in hoge mate bepaald door 'niet-juridische gebruikers', zoals de politiek en de wetgever.<sup>27</sup> En die

21 De Poorter en De Graaf 2013, p. 388-389, onder verwijzing naar het rapport van de Commissie Elverding uit 2008 waaruit volgt dat de traagheid van bestuurlijke besluitvormingsprocessen voor een groot deel aan factoren binnen het bestuurlijke apparaat ligt.

22 Evaluatie Awb III 2007.

23 Barkhuysen, Damen e.a. 2007; Schueler, Drewes e.a. 2007.

24 Verburg 2013, p. 20.

25 Verburg 2010C, o.a. p. 175; Polak 2000; zie ook Van der Veer 2011.

26 <http://zembla.incontxt.nl/seizoenen/2009/afleveringen/15-11-2009>. Zie vanaf ongeveer 24'00".

27 Loonen en Plambeck 2012, p. 286.

stellen definitieve geschilbeslechting meer en meer op de voorgrond.<sup>28</sup> De introductie van de Chw en op de achtergrond daarvan het rapport ‘Sneller en Beter’ van de Commissie Versnelling besluitvorming infrastructurele projecten (Commissie Elverding)<sup>29</sup> maken duidelijk dat de bestuursrechter in het ruimtelijk bestuursrecht meer aandacht moet besteden aan definitieve geschilbeslechting. De introductie van artikel 8:72a van de Awb geeft datzelfde signaal voor boetezaken bij de bestuursrechter: bij vernietiging steeds zelf voorzien. Ook de introductie van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen en meer nog van de Lex silencio positivo horen in dit rijtje.<sup>30</sup>

Meer in den brede spelen de opnemings van artikel 8:41a in de Awb en de herschikking van artikel 8:72 van die wet een rol. Strikt genomen is het niet zo dat de wetgever hiermee een initiatief neemt; deze veranderingen waren al ingezet door de rechtspraak.<sup>31</sup> Maar wel drukt de wetgever helder uit die al ingezette beweging van meer finale geschilbeslechting te willen versterken en stimuleren. In artikel 8:41a is neergelegd dat de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zo veel mogelijk definitief beslecht. De toelichting op de nota van wijziging bij de Wab zegt hierover ‘De bepaling wordt ingevoegd tussen artikel 8:41 over het griffierecht en de artikelen over het vooronderzoek, waarmee tot uitdrukking komt dat de bepaling een leidraad geeft voor het handelen van de bestuursrechter vanaf het moment dat hij de zaak in behandeling neemt.’<sup>32</sup> Met de herschikking van artikel 8:72 brengt de wetgever tot uitdrukking dat de meer finale afdoeningsmodaliteiten in een uitspraak vóórgaan boven de minder finale modaliteiten.<sup>33</sup> In het bijzonder komt dat tot uitdrukking door de beperking die is opgenomen in het vierde lid van dat artikel: de bestuursrechter mag pas volstaan met de opdracht aan het bestuursorgaan een nieuw besluit te nemen indien het niet mogelijk is de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien. Uit de toelichting hierop volgt dat in het beslisschema de bestuursrechter daarbij ook zou moeten overwegen of toepassing van een bestuurlijke lus in de rede ligt. Dit alles is dus een duidelijke bekrachtiging van de wetgever in de richting van de bestuursrechter om meer finale geschillenbeslechting te bereiken. De vraag is welke rol artikel 8:41a kan spelen. Artikel 8:69 van de Awb geldt onverkort. Niet voor niets is in artikel 8:41a gekozen voor het woord ‘geschil’ en niet voor het bredere, achterliggende ‘conflict’. In de toelichting op artikel 8:41a staat dan ook: ‘Artikel 8:41a doet uiteraard niet

28 Zie ook het standpunt van de ministers van Justitie en BZK over (onder meer) de Derde evaluatie Awb van 28 mei 2010, Kamerstukken II, 2009/10, 29 279, nr. 111 (Rechtsstaat en Rechtsorde), p. 11 (Definitieve geschilbeslechting).

29 Elverding 2008.

30 De Poorter en De Graaf 2013, p. 387-388.

31 In de nota van wijziging bij de Wab waarin artikel 8:41a wordt voorgesteld en artikel 8:72 in zijn huidige vorm wordt voorgesteld, wordt ook verwezen naar richtinggevende rechtspraak: Kamerstukken II 2010/2011, 32 450, nr. 8H, p. 57-61, te weten ABRvS 10 december 2008 («JB»2009/139), 1 februari 2011 (AB 2011/65 en «JB»2011/69), CRvB 3 november 2010 (AB 2010/341 en «JB» 2011/11) en CBB 2 maart 2011 («JB» 2011/111).

32 Nota van wijziging bij de Wab, Kamerstukken II 2010/2011, 32 450, nr. 8H, p. 58.

33 Naast dit belang, (a) finalere beslissingen vóór minder finale, gelden als belangen die de bestuursrechter moet behartigen: (b) hij moet in de verhouding bestuur – rechter niet méér ingrijpen in de bestuursbevoegdheid dan nodig is en (c) hij moet snellere geschilbeslechting voorrang geven boven tragere. Zie nota van wijziging bij de Wab, Kamerstukken II 2010/2011, 32 450, nr. 8H, p. 59.

af aan artikel 8:69; onveranderd blijft dus dat de bestuursrechter in beginsel gebonden is aan de omvang van het geschil zoals [dat] door de indiener van het beroepschrift – en mogelijke derden-belanghebbenden – aan hem [is] voorgelegd.’ Toch constateert Schueler bij dit artikel terecht dat het een omkering inhoudt van de tot dan toe gebruikelijke denkvolgorde: van uitzondering wordt de finale geschilbeslechting tot hoofdvorm.<sup>34</sup>

In de vierde plaats spelen de artikelen 6 en 13 van het EVRM een belangrijke rol. Het gaat om een (definitieve) beslissing binnen een redelijke termijn en de noodzaak rechtsbescherming tegen overschrijding daarvan te bieden.<sup>35</sup> Dit kwam al aan de orde in het citaat uit het jaarverslag 2007 van de Raad van State waarmee deze subparagraaf begon. Met het ge-jojo met vernietigingen van de bestuursrechter die niet meer inhouden dan de opdracht aan het bestuursorgaan een nieuw besluit te nemen, waarna het nieuwe besluit mogelijk weer voorwerp wordt van een nieuwe bestuursrechtelijke procedure, dreigde de redelijke termijn waarbinnen een bestuursrechtelijk geding moet zijn afgedaan regelmatig te worden overschreden. In talrijke uitspraken van bestuursrechters sinds vooral 2008<sup>36</sup> speelt dit element om een definitieve-geschilbeslechtingsvariant te kiezen een rol, vrijwel steeds als *bijkomende factor*.<sup>37</sup>

In de vijfde en laatste plaats speelt een rol dat ook in het eerste decennium van deze eeuw al een parallel, maar geheel anders gegrondvest, proces aan de gang was. Dat proces gaat niet over de vraag of de bestuursrechter effectiviteit belemmert of stimuleert, maar over de slingerbeweging tussen effectiviteit van bestuursoptreden en rechtsbescherming. Stroink heeft over het rapport van de werkgroep Van Kemenade terecht opgemerkt dat deze onderschatte dat de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden vaak gepaard gaat met ingrijpende beperkingen van de eigendoms- en contractsvrijheid van de burger; burgers die beperkingen moeten dulden omdat het bestuur het door de wetgever geconcretiseerde algemeen belang heeft te realiseren.<sup>38</sup> Die beperkingen hebben de afgelopen jaren om een steeds indringender optreden van

34 Schueler 2012, p. 102-103.

35 Ik ga hier niet in op de omstandigheid dat bij het uitblijven van noodzakelijk geachte wetgeving naar aanleiding van met name het arrest van het EHRM van 26 oktober 2000 (Kudla/Polen, AB 2001/275 m.nt. Verheij), de bestuursrechters zich deze materie hebben aangetrokken en via verdragsconforme interpretatie van de Awb tot een systeem van rechtsbescherming tegen overschrijding van de redelijke termijn zijn gekomen. Zie verder onder meer Barkhuysen en Van Ettehoven 2009, p. 129-141 en De Poorter en Pahladsingh 2010, p. 81-102.

36 De uitspraken die als keerpunt gelden, zijn CRvB 8 december 2004 (ECLI:NL:CRVB:2004:AR7273 en AB 2005/73 m.nt. HB), ABRvS 4 juni 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BD3121, AB 2008/229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en «JB» 2008/146 m.nt. AMLJ) en CRvB 11 juli 2008 (ECLI:NL:CRVB:2008:BD7033, AB 2008/241 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en «JB»2008/172 m.nt. AMLJ).

37 Zie onder meer HR 28 januari 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP2132 en AB 2011/107 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven) en ABRvS 20 februari 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BC4699, «JB»2008/76 m.nt. C.L.G.F.H. A. en AB 2009/200) en 7 april 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BM0231 en «JB»2010/126, Awacs-vliegtuigen Onderbanken). De Poorter en De Graaf 2011, p. 163, bevat een kritische passage over de gedachte dat deze factor, de overschrijding van de redelijke termijn, voor de rechter een *zelfstandige* grond is om finaal te beslissen.

38 Stroink 2006.

de rechter gevraagd.<sup>39</sup> Als om maatschappelijke redenen die beperkingen van de rechten van burgers meer opspelen, vergt dat een actievere opstelling van de bestuursrechter om knopen door te hakken en dus minder ruimte te laten aan het bestuur. Hirsch Ballin komt, denkend vanuit constitutionele waarden en (fundamentele) rechten, tot vergelijkbare conclusies.<sup>40</sup>

## 2.2 *Cultuuromslagen in wetenschap en rechtspraak over finale geschilbeslechting*

Sinds 1994, het startjaar van de Awb, is veel van kleur en toon veranderd op het vlak van finale geschilbeslechting.<sup>41</sup> Het is nuttig die veranderingen te expliciteren, want veel ervan hebben onopvallend plaatsgevonden.

In de eerste plaats valt op dat de discussie over finale geschilbeslechting in de jaren negentig van de vorige eeuw en het begin van deze eeuw vooral ging over zelf in de zaak voorzien. Dat het instandlaten van de rechtsgevolgen ook een finale geschilbeslechting inhoudt, was een nogal verwaarloosd gespreksonderwerp.<sup>42</sup> Nu zien we dat juist het instandlaten van de rechtsgevolgen de meest voorkomende variant van finale geschilbeslechting is geworden.<sup>43</sup> Het instandlaten van de rechtsgevolgen is een variant die op weinig burgersympathie kan rekenen, want het besluit blijft eigenlijk gewoon overeind. Toch is het in feite geen andere uitkomst dan voor 2007 toen nog vaak werd vernietigd met de opdracht aan het bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen, waar dan vaak weer dezelfde beslissing uitkwam, maar dan voorzien van een verbeterde motivering of een verbeterd onderzoek. Nu wordt het alleen zichtbaarder, namelijk binnen één en dezelfde rechterlijke procedure. Maar wat dus opvalt, is dat de instandlating van de rechtsgevolgen aanvankelijk nauwelijks aandacht kreeg als vorm van finale geschilbeslechting, terwijl zij feitelijk (longitudinaal gezien: over alle elkaar opvolgende procedures heen bezien) wel vaak de einduitkomst was en is.

In de tweede plaats gaat het bij de hier besproken cultuuromslagen om de vraag: wanneer begint de bestuursrechter te denken over finale geschilbeslechting? Enigszins gechargeerd gezegd, was finale geschilbeslechting in de jaren negentig van de vorige eeuw en de eerste jaren van deze eeuw iets voor de werkkamer van de rechter. Het was het losse draadje in het breiwerk dat nog even moest worden afgehecht. De procedure concentreerde zich op de toetsing van de rechtmatigheid aan de hand van de beroeps-

39 Zie als voorbeeld ABRvS 3 juli 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:111 en AB 2013/275 m.nt. R. Stijnen) waarin het gaat over een boete die is opgelegd aan een horecaondernemer, omdat in haar onderneming bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende drank zou worden verstrekt aan een persoon van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt. De uitspraak gaat in de kern over de waarborgen die de beboete onderneming heeft om zich te verweren tegen het overheids-optreden.

40 Hirsch Ballin 2015, met name hoofdstuk 5. Vergelijk ook Lasser 2009B.

41 Opmerking verdient dat veel aanzetten voor die veranderingen al sinds datzelfde jaar zijn te vinden in het proefschrift van Schueler (Schueler 1994). Zie voor de relevante passages en paginanummers uit diens proefschrift Verburg 2010C, paragraaf 3.

42 Verburg 2010C, p. 154 en p. 156-157.

43 Marseille en Sietses 2013, paragraaf 4, p. 610-611.

gronden. Daarover ging het debat op de zitting. Als dan vervolgens de rechter na afloop van de zitting tot de conclusie kwam dat het bestreden besluit moest worden vernietigd, vroeg hij zich – en dan doorgaans op dat moment voor het eerst – af of er een finale geschilbeslechting in zat. Dat is radicaal gewijzigd. Vanaf het begin van de procedure moet de bestuursrechter gefocust zijn op finale geschilbeslechting.<sup>44</sup> Hij moet dus ook op de zitting met partijen mogelijke scenario's die volgen na een vernietiging bespreken.<sup>45</sup> Dat wil zeggen dat hij de zitting daarop inricht, dat hij zijn eventuele schriftelijke vragen daarop afstemt en dat hij zijn keuze al of niet een bestuurlijke lus toe te passen daarop baseert. Uit een oogpunt van hoor en wederhoor en (overige aspecten van) een behoorlijke procesvoering is het niet verbazingwekkend dat voordat de bestuursrechter de rechtsgevolgen in stand kan laten of zelf in de zaak kan voorzien, hij gehouden is de andere partijen te horen over hun visie op het standpunt van het bestuursorgaan,<sup>46</sup> maar daarmee is wel een sluipende verandering voltrokken in het denken over finale geschilbeslechting. Het is geen los draadje in het breiwerk meer, maar het is een onderwerp van debat met partijen geworden. Met name voor het bewijsdebat op de zitting ligt hier een kans voor de rechter om te expliciteren wat de mogelijke uitkomsten zijn en wat partijen er aan kunnen doen om hun succes te behalen. Deze ontwikkeling is trouwens ook niet raar als je bedenkt dat de bestuursrechter nu zijn finaliseringsmogelijkheden breder trekt dan in het verleden. Zodra die finaliseringsmogelijkheden breder worden, is er meer debat over mogelijk. Daarover gaat het volgende punt.

In de derde plaats gaat het om de vraag (die dus met het als tweede hierboven besproken onderwerp samenhangt): wat is het voorwerp van geschil, waar gaat 'de zaak' over? Daar heb ik een wat uitgebreidere tekst voor nodig. Zoals gezegd was het geschil aanvankelijk beperkt tot de vraag naar de (on)rechtmatigheid van het bestreden besluit. Maar nu finale geschilbeslechting meer en meer op de voorgrond komt als doel van de bestuursrechtspraak, is het niet meer dat meergenoemde losse draadje van het breiwerk dat nog even moet worden afgehecht. De scenario's bij finale geschilbeslechting zijn deel van het geschil geworden.<sup>47</sup> Dat is ook een logisch gevolg van de verruiming in de rechtspraak over de gevallen waarin finaal kan worden beslist. Nu niet langer het criterium voor het instandlaten van de rechtsgevolgen en het zelfvoorzien in de zaak is dat er 'rechtens nog maar één juiste beslissing mogelijk' is, is er dus meer keuze, meer ruimte voor de rechter en dus meer aanleiding voor debat met

44 Zoals hiervoor al geciteerd over artikel 8:41a van de Awb: 'De bepaling wordt ingevoegd tussen artikel 8:41 over het griffierecht en de artikelen over het vooronderzoek, waarmee tot uitdrukking komt dat de bepaling een leidraad geeft voor het handelen van de bestuursrechter vanaf het moment dat hij de zaak in behandeling neemt.', nota van wijziging bij de Wab, Kamerstukken II 2010/2011, 32 450, nr. 8H, p. 58.

45 Schuurmans en Verburg 2012, p. 131, en de noot van Schuurmans onder CRvB 13 december 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BU8612 en AB 2012/38 m.nt. Y.E. Schuurmans).

46 Over rechtsgevolgen in stand laten bijvoorbeeld ABRvS 8 juni 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BQ7474); over zelf in de zaak voorzien bijvoorbeeld ABRvS 9 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP3670).

47 Schueler 2012, p. 103-104, Schuurmans en Verburg 2012, p. 131, en de noot van Schuurmans onder CRvB 13 december 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BU8612 en AB 2012/38 m.nt. Y.E. Schuurmans).

partijen over een eventuele finale-geschilbeslechtingvariant.<sup>48</sup> Dat is ook de materiële reden, naast de processuele eis van hoor en wederhoor, dat partijen zich moeten hebben kunnen uitlaten over de door het bestuursorgaan voorgestane variant van eventueel in stand laten van de rechtsgevolgen of zelf in de zaak voorzien. Met de omarming van finale geschilbeslechting als doel van de bestuursrechtspraak, is dus het aantal aspecten dat valt onder het voorwerp van geschil veranderd. Niet langer beperkt het geschil zich tot het verleden (de rechtmatigheid van het bestreden besluit, *ex tunc* getoetst). Het geschil is zich ook gaan uitstrekken tot heden en toekomst (welk besluit voor nu en de toekomst heeft te gelden).

In het artikel 'Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de 'aangeklede' opdracht om een nieuw besluit te nemen' concentreer ik mij op de vraag of, naast het instandlaten van de rechtsgevolgen en het zelfvoorzien, ook via de opdracht aan het bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen finale geschilbeslechting kan worden bereikt. Bij het zoeken naar een antwoord op die vraag spelen dezelfde subvragen naar wat de bestuursrechter in zo'n geval mag en daarmee welke aspecten allemaal deel uitmaken van het geschil.<sup>49</sup> Op dat punt bespreek ik ook de visie van Schreuder-Vlasblom zoals die uit verschillende publicaties van haar naar voren komen. Omdat de verandering in denken over wat het geschil is, het scherpst te zien is in vergelijking met een artikel van Schreuder-Vlasblom uit 2003, citeer ik hier een passage uit mijn artikel van 2010<sup>50</sup> over dat artikel uit 2003, ook al is dat inmiddels al wat ouder:

'In haar artikel over de overweging ten overvloede hanteert [Schreuder-Vlasblom] de aantrekkelijke beeldspraken 'binnen boord', 'buiten boord' en 'over boord'.<sup>51</sup> Van Schreuder-Vlasblom mag de bindende aanwijzing wel binnen boord<sup>52</sup>, onder omstandigheden ook buiten boord<sup>53</sup>, maar nimmer over boord<sup>54</sup> plaatsvinden. Over de variant waarin de rechter naast de beroepsgrond die leidt tot vernietiging ook de beroepsgronden bespreekt die falen, vraagt Schreuder-Vlasblom zich af: 'Betekent dit dat de rechter via de last in het dictum om opnieuw te voorzien conform zijn overwegingen met dragende en dus bindende overwegingen buiten de door hem afgebakende rechtsmacht kan treden?'<sup>55</sup> Zo gesteld, is het antwoord natuurlijk nee. Ik deel echter niet haar opvatting dat de rechter hiermee buiten zijn rechtsmacht treedt. Door te beslissen op alle beroepsgronden – ook die gronden die hij verwerpt – en daarmee het bestuursorgaan bij het nemen van het nieuwe besluit te binden, doet hij gewoon zijn werk: zo finaal mogelijk beslissen op het hem voorgelegde geschil.<sup>56</sup>

48 Schueler 1994, p. 165-167.

49 Verburg 2010C, p. 155.

50 Verburg 2010C, p. 160.

51 Schreuder-Vlasblom 2003, p. 73-87.

52 Direct aansluitend bij de vernietigingsgrondslag.

53 Aansluitend bij de vernietigingsgrondslag, maar nog met een stukje invulling van wat daarna openligt.

54 Buiten de vernietigingsgrondslag.

55 Schreuder-Vlasblom 2003, p. 77.

56 Verburg 2008, p. 226-227.



Dat was in 2010 en sindsdien is de ontwikkeling alleen maar verder in die richting gegaan. Eens te meer zeg ik nu dat gelet op de rechtsontwikkeling, met het doel van finale geschilbeslechting zó prominent aanwezig, de rechtsmacht van de bestuursrechter zich niet (meer) beperkt tot de toetsing van het bestreden besluit op rechtmatigheid, waarbij de bestuursrechter het bestuursorgaan slechts kan binden voor zover zijn oordeel een correctie van het bestuurlijke standpunt inhoudt. Het door de bestuursrechter te beslissen geschil strekt zich ook uit tot wat na de vernietiging heeft te gelden, inclusief punten van geschil die al in het lopende beroep worden verworpen, inclusief de standpunten van partijen over het in stand laten van de rechtsgevolgen en inclusief de standpunten van partijen over het na de vernietiging te nemen besluit door het bestuursorgaan, dan wel het door de bestuursrechter te bepalen besluit via de weg van het zelf voorzien. Het duidelijkst zie je dit in die gevallen waarin de bestuursrechter toepassing geeft aan een (formele of informele) bestuurlijke lus: de aanwijzingen in de tussenuitspraak<sup>57</sup> hoe het gebrek kan worden hersteld gaan dan evident over het besluit dat voor de toekomst heeft te gelden en niet alleen over het bestreden besluit zoals dat (ex tunc) is genomen.<sup>58</sup> De ruimte die de bestuursrechter betreedt als hij, voorbij de vernietiging, denkt over finale geschilbeslechting is dus ruimer en valt niet op één lijn te stellen met de ruimte die hem, de bestuursrechter, toekomt bij de toetsing van het bestreden besluit op aspecten van rechtmatigheid. Ik kan daarom niet uit de voeten met wat Schreuder-Vlasblom zegt over het opnieuw beslissen op het bezwaar na vernietiging door de bestuursrechter. In haar visie geldt (en hier volgt een vrij lange serie citaten): 'Bij de hernieuwde beslissing [op het na vernietiging weer open liggende bezwaar<sup>59</sup>] is het bestuur gebonden aan de zijn eerdere besluit corrigerende beslissingen in de uitspraak en het daaraan ten grondslag liggende geheel van uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven rechtsoordelen.'<sup>60</sup> 'Waar de rechter het bestuur niet corrigeert, blijft het bestuur verantwoordelijk voor de implementatie van het bestuursrecht.'<sup>61</sup> 'In het bestuursrecht is de tenuitvoerlegging van wettelijke voorschriften primair aan het bestuur. De rechter toetst een daartoe genomen besluit. Daarom is hem de bevoegdheid onthouden declaratoire uitspraken te doen over de betekenis in concreto van een wettelijk voorschrift als daarover geen besluit voorligt en kan hij slechts zelf in de zaak voorzien binnen het bereik van de door het bestuur aangewende bevoegdheid [...].'<sup>62</sup> Vernietiging van een besluit is het primaire middel voor de rechter om schending van toepasselijke rechtsnormen te pareren.<sup>63</sup> en 'Het thans geldende art. 8:72 lid 4 Awb stelt zeker dat de rechter bindende aanwijzingen kan geven over de wijze waarop weer in de zaak moet worden voorzien. [...] Voorts moe-

57 Of bij een informele lus de aanwijzingen in de brief of in de bespreking op de zitting.

58 Hoewel dergelijke aanwijzingen in een tussenuitspraak ook in de definitie van Schreuder-Vlasblom vrijwel steeds binnen boord of buiten boord zullen blijven.

59 Dan wel de aanvraag of het administratief beroep.

60 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 942.

61 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 945.

62 In de vijfde druk van dit boek, uit 2013, schreef Schreuder-Vlasblom op deze plek nog erbij 'Deze taakverdeling tussen bestuur en rechter prevaleert boven het streven naar finale rechterlijke afdoening van het geschil.' De verwijdering van deze zin in de zesde druk uit 2017 lijkt gelet op de rest van de tekst niet tot een echt ander inzicht bij Schreuder-Vlasblom te leiden.

63 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 991-992.

ten de aanwijzingen direct verband houden met de vernietigingsgronden.<sup>64</sup> Laat ik vooropstellen dat ik het eens ben met de meeste ingrediënten die Schreuder-Vlasblom gebruikt in haar redenering. Het verschil tussen haar opvatting en de mijne is wellicht in de *uitwerking* ook meer gradueel van aard, maar in de *benadering* principieel van aard.<sup>65</sup> Waar mijn denken tegenop botst is dat Schreuder-Vlasbloms redenering hierop lijkt neer te komen dat de finaliseringsruimte van de bestuursrechter gelijk is aan de toetsingsruimte van de bestuursrechter. Dat kan ik echter niet passen in de vooropstelling van finale geschilbeslechting in het huidige bestuursprocesrecht en de instrumenten die in dat verband aan de bestuursrechter zijn gegeven. Daarbij denk ik met name aan de bevoegdheid in artikel 8:72, vierde lid, van de Awb om ook bij de opdracht aan het bestuursorgaan om na vernietiging een nieuw besluit te nemen, bindende aanwijzingen te geven.<sup>66</sup> Maar ook de bevoegdheden van de bestuursrechter om in een tussenuitspraak in het kader van de bestuurlijke lus bindende aanwijzingen te geven hoe het gebrek kan worden hersteld,<sup>67</sup> verdient in dit licht aandacht. Ook daar gaat het om bindende aanwijzingen die voor de toekomst hebben te gelden en zich niet beperken tot de relatie met de overwegingen waarom het nu bestreden besluit onrechtmatig is (een gebrek kent). Ten slotte laten ook de bevoegdheden van de bestuursrechter om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien (artikel 8:72, derde lid, van de Awb) in mijn ogen naar de huidige opvatting een bredere ruimte (gericht op wat voor de toekomst te gelden heeft) zien dan de toetsingsruimte van de bestuursrechter (dus: als hij nog bezig is de rechtmatigheid van het bestreden besluit te toetsen).<sup>68</sup> Ik zei al dat het verschil met de opvatting van Schreuder-Vlasblom relatief is, dus niet onvermeld mag blijven dat zij óók zegt: 'Bij het opnieuw voorzien is het bestuur gebonden aan de corrigerende rechtsoordelen in de uitspraak *en de daarin vervoatte opdrachten en dwingende aanwijzingen* [...]. [cursivering DAV]<sup>69</sup> In de kern komt het hier op neer. Schreuder-Vlasblom legt sinds haar dissertatie het accent op het rechtscheppende karakter van de bestuurlijke besluitvorming en de daaruit voortvloeiende beperking die is gesteld aan de rechtsmacht van de bestuursrechter.<sup>70</sup> De rechtskracht van de rechterlijke uitspraak en de rechtsmacht van de bestuursrechter worden in haar visie beide bepaald door (a) de overwegingen en beslissingen in het bestuursbesluit die in de uitspraak worden gecorrigeerd en (b) de gronden waarop dat laatste gebeurt. Dat geldt bij Schreuder-Vlasblom niet alleen voor de ruimte die aan de bestuursrechter toekomt om het besluit *ex tunc* te toetsen op rechtmatigheid, maar ook nagenoeg geheel voor de ruimte die aan de bestuursrech-

64 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 1034-1035.

65 Ik constateer ook dat Schreuder-Vlasblom op de al genoemde p. 1034, in noot 5887, mijn artikel uit 2010 (Verburg 2010C) – als ik het goed lees – instemmend bespreekt.

66 Vergelijk in dit verband mijn centrale standpunt in Verburg 2010C dat ook vóór de Wab die bevoegdheid er was.

67 Dat de rechtbanken een bestuurlijke lus slechts kunnen toepassen als 'gelegenheid' (artikel 8:51a van de Awb) aan het bestuur en niet als 'opdracht', zoals dat voor de laatste feitenrechters (ABRvS, CRvB en CBb) geldt (artikel 8:51d van de Awb), laat onverlet dat de aanwijzingen hoe het gebrek kan worden hersteld, bindend zijn. Zo ook Schreuder-Vlasblom 2017, p. 933.

68 Zie uitgebreid Verburg 2010C.

69 Schreuder-Vlasblom 2017, p. 1024.

70 Schreuder-Vlasblom 1987, p. 397.

ter toekomst om voor het nu en de toekomst te bepalen welk besluit te gelden heeft. Ik denk echter dat de introductie van artikel 8:41a van de Awb symbool staat voor een ontwikkeling waarin de rechtsmacht van de bestuursrechter en de rechtskracht van de bestuursrechtelijke uitspraak aan het verschuiven zijn: de toetsingsruimte van de bestuursrechter is gelijk gebleven, maar de ruimte die aan de bestuursrechter toekomt om te bepalen welk besluit voor het nu en de toekomst te gelden heeft, is ruimer. Zijn rechtsmacht wordt voor een deel bepaald door het verleden en voor een ander deel door het heden en de toekomst en dat laatste deel beperkt zich niet tot de correcties van het bestreden besluit.

Dit alles gaat over een perspectiefwisseling die onopvallend heeft plaatsgevonden, maar die grote betekenis heeft. Het betekent namelijk dat het bestuursrechtelijk proces (hiermee bedoel ik het geheel vanaf de aanvraag of het ambtshalve besluit tot en met de rechterlijke uitspraak hierover) de vorm van een diablo (∞) heeft gekregen: het begint in de bestuurlijke fase met een enorme breedte waarbinnen alle bestuurlijke vrijheden (beoordelings- en beleidsvrijheid) kunnen worden benut; het versmalt zich in de toetsingsfase van de procedure bij de bestuursrechter tot de klassieke rechtmatigheidsvragen, met respect voor die bestuurlijke vrijheden, en op grondslag van wat in beroep is aangevoerd; en als dan op die basis wordt gekomen tot vernietiging, volgt weer een grote breedte waarbinnen de finale geschilbeslechting zich kan afspelen, om de eenvoudige reden dat de rechter zich daar moet afvragen wat het bestuursorgaan zou (kunnen) doen als het geroepen zou zijn een nieuw besluit te nemen<sup>71</sup> en daarbij zo veel mogelijk moet streven naar finale geschilbeslechting. Eigenlijk zit de bestuursrechter daar dus in zekere zin wél op de stoel van het bestuursorgaan. Maar hij heeft die stoel slechts te leen, dus vanzelfsprekend moet hij daar wel voorzichtig mee omgaan. Alle begrenzings- en Schreuder-Vlasblom daarbij ziet als strikte grens, zie ik niet als absoluut, maar 'slechts' als belangrijke factoren, waarmee de bestuursrechter in zijn streven naar finale geschilbeslechting rekening moet houden.

De Poorter en De Graaf bespreken dat smalle tussenstuk van de diablo als een 'obligate tussenstap'<sup>72</sup> Dat kan zo zijn, maar binnen het huidige wettelijke systeem is die obligate tussenstap volgens mij wel nodig: zo lang de bestuursrechter bezig is te toetsen of op grondslag van de aangevoerde beroepsgronden (artikel 8:69 van de Awb) het bestreden besluit rechtmatig is, zit hij vast aan dat smalle stuk, maar als hij daar voorbij is, dat wil zeggen dat hij komt tot vernietiging, pas dan openen zich weer de vele mogelijkheden, met name om de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien. De term 'obligaat' moet hier dus in mijn ogen worden opgevat als 'noodzakelijk' en niet als 'sleets'.

Welke normen precies gelden binnen die grote ruimte na de vernietiging en hoe de bestuursrechter het vervolproces moet sturen, is niet eenduidig. De klassieke normen

71 Zie ABRvS 21 maart 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BV9463 en AB 2012/233 m.nt. R. Ortlep) en 27 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ2530 en AB 2013/144 m.nt. H.E. Bröring), hoewel ik op andere gronden over die laatste uitspraak kritisch ben, tezamen met de annotator.

72 De Poorter en De Graaf 2011, p. 88 en 212.

van de ex-tunc-toetsing van de rechtmatigheid van het bestreden besluit gelden hier in ieder geval niet zo maar. Wat de rol van de rechter is om bij partijen na te zoeken wat de geschilpunten ná de vernietiging zijn, is daarmee minder duidelijk. Wat wel aangewezen is voor de bestuursrechter om te doen of te laten, is meer een kwestie van prudentie: wat past in de verhouding tussen rechter en bestuur?<sup>73</sup>

Je loopt als lezer van uitspraken altijd het risico van het neefje van Adriaan Roland Holst.<sup>74</sup> Ook met inachtneming van dat risico wijs ik op de zin die de Afdeling bestuursrechtspraak met enige regelmaat bezigt, te weten: 'Zelf in de zaak voorzien is evenwel niet mogelijk, indien dat de rechter noopt tot een oordeel over een aangelegenheid waarover partijen zich in de procedure niet of onvoldoende hebben uitgelaten *en daartoe ook geen aanleiding bestond*. [cursivering DAV]<sup>75</sup> De gedachtegang die hier achter lijkt te zitten, ondersteun ik zeer. In de fase van toetsing van het bestreden besluit aan normen van rechtmatigheid, mag en moet de bestuursrechter zich verlaten op de aangevoerde beroepsgronden (met de waarborgen van artikel 8:69 van de Awb dat de bestuursrechter de aangevoerde gronden ruim, naar hun strekking uitlegt en dat hij feitelijke gronden zo nodig vertaalt naar rechtsgronden). Maar dat gaat over de toetsingsfase. Na die toetsingsfase, als hij eenmaal tot de conclusie is gekomen dat het bestreden besluit moet worden vernietigd, gelden andere spelregels. De bestuursrechter moet zich afvragen of partijen zich over een mogelijke finale-geschilbeslechtsmodaliteit hebben uitgelaten en als dat niet het geval is moet hij zich vervolgens afvragen of in de wijze waarop de procedure is verlopen voldoende aanleiding bestond voor partijen om dat uit zichzelf te doen. De rol van de bestuursrechter is hier dus een actieve(re). Hij behoort niet af te wachten wat partijen aanvoeren (zoals hij dat wel behoort te doen in de toetsingsfase)<sup>76</sup>, maar hij moet zo nodig actief op zoek gaan naar de standpunten van partijen over mogelijke finale-geschilbeslechtsmodaliteiten. Hij moet hun dus scenario's voorhouden tenzij de loop van de procedure zo is dat hij van hen mag vergen dat zij uit zichzelf met standpunten over de afdoeningsmodaliteiten kwamen.

73 Zie wederom de noot van Schuurmans onder CRvB 13 december 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BU8612 en AB 2012/38 m.nt. Y.E. Schuurmans).

74 De neef van Adriaan Roland Holst kwam naar verluidt eens bij de dichter thuis en vertelde dat ze op school een gedicht van hem hadden geanalyseerd. De reactie van de Prins der Nederlandse dichters kwam ongeveer neer op 'Gunst, ik wist niet dat ik dat allemaal met dit gedicht had bedoeld.'

75 Deze overweging is ontleend aan ABRvS 9 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP3670). Zie ook ABRvS 20 maart 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ4937).

76 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 maart 2006 («JV» 2006/135), overweging 2.2: 'Uit de stukken, waaronder het beroepschrift en de zittingsaantekeningen, noch anderszins, kan worden afgeleid dat de vreemde deling ter zake beroepsgronden heeft aangevoerd. Dat dit punt naar aanleiding van vragen van de rechtbank ter terechtzitting wel ter sprake is geweest, maakt dat niet anders, nu de voorgedragen beroepsgronden tot het stellen van die vragen geen aanleiding gaven.'

### 2.3 *Beslisschema van de bestuursrechter indien er een gebrek is aan het bestreden besluit*

Voordat ik inga op het beslisschema van de bestuursrechter indien hij tot het oordeel komt dat er gebreken aan het bestreden besluit kleven, is het goed eens te bezien wat allemaal geldt als finaliseringsinstrument. Als je met ogen gericht op finalisering in met name de hoofdstukken 6 en 8 van de Awb gaat kijken, zijn er veel finaliseringsinstrumenten die de bestuursrechter ten dienste staan. Ik noem:

1. de meesleepregelingen waarbij bijkomende of latere besluiten in de lopende procedure worden betrokken: de artikelen 4:19, 4:125, 5:31c, 5:39, 6:19 en 6:20 van de Awb,
2. de bevoegdheid tot het passeren van gebreken: artikel 6:22 van de Awb,
3. de vooronderzoeksbevoegdheden: de artikelen 8:43 (replik en dupliek), 8:44 (comparitie), 8:45 en 8:45a (verzoek om inlichtingen en stukken, gelegenheid voor de Europese Commissie haar standpunt te geven over mededingingskwesties), 8:46 (horen van getuigen), 8:47 en 8:48 (onderzoek door een (medisch) deskundige) en 8:50 en 8:51 (onderzoek ter plaatse) van de Awb,
4. de bevoegdheid tot toepassing van een formele bestuurlijke lus: de artikelen 8:51a tot en met 8:81d en de artikelen 8:80a en 8:80b van de Awb,
5. de bevoegdheid tot toepassing van een informele bestuurlijke lus, onder meer via afspraken op de zitting,
6. de bevoegdheid een andere partij dan het (verwerende) bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen nadere stukken, nadere bewijsmiddelen of nadere standpunten in te brengen,
7. de zittingsbevoegdheden: artikel 8:60 (oproepen getuigen en benoemen deskundigen) en artikel 8:63 (horen van meegebrachte/opgeroepen getuigen en deskundigen) van de Awb,
8. de uitspraakbevoegdheden: de artikelen 8:70 tot en met 8:72a van de Awb,
9. (in hoger beroep) de judiciële lus: artikel 8:113, tweede lid, van de Awb.

Ik begrijp heel goed dat als je je concentreert op de finaliteitseffecten, een behandeling van deze instrumenten als gelijkwaardig in de rede ligt.<sup>77</sup> Toch hecht ik er aan in het kader van dit onderzoek te wijzen op het verschil in karakter. Als je het vergelijkt met een productieproces zijn er grondstoffen, hulpgoederen en eindproducten.<sup>78</sup> Nummer 1 bepaalt de grondstoffen: welke objecten gaan er in de rechterlijke beoordeling. Nummers 2 en 8 zijn de eindproducten: de beslissing in de einduitspraak. Alle andere nummers, 3 tot en met 7 en 9, zijn hulpgoederen die worden ingezet bij het productieproces, maar niet als zodanig terugkeren in het eindproduct, de einduitspraak. Ik realiseer mij terdege dat het 'echte' eindproduct niet een uitspraak van een rechter is, dat is in zoverre een stuk papier, maar in het kader van dit hoofdstuk is dat

<sup>77</sup> Vergelijk Marseille en Sietses 2013 waarin de auteurs in hoofdzaak kijken naar twee finaliseringsinstrumenten van artikel 8:72 (instandlating van de rechtsgevolgen en zelfvoorzien in de zaak) en naar de bestuurlijke lus (artikel 8:51a e.v.) als derde instrument.

<sup>78</sup> Om het aanschouwelijk te maken, valt te denken aan: aardappels als grondstoffen, bakolie en gas als hulpgoederen en patat als eindproduct.

wel het eindproduct waarin de finalisering wordt neergelegd. Een uitspraak waarin de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand worden gelaten, *is een vorm van finale geschilbeslechting*, terwijl een tussenuitspraak waarin een bestuurlijke lus wordt toegepast *slechts een middel is om uiteindelijk finale geschilbeslechting te bereiken*.<sup>79</sup> Dit onderscheid is in het kader van dit onderzoek van belang, omdat hierna wordt ingegaan op de gevolgen van finale geschilbeslechting voor het bewijsrecht dat daarbij past. De ‘hulpgoederen’ als de bestuurlijke lus<sup>80</sup> laten zich in dat licht bijvoorbeeld vergelijken met een bewijsopdracht zoals we die kennen in het civiele recht, dus daadwerkelijk een middel om het bewijstraject te regisseren. Je zou kunnen zeggen dat het hele bewijsrecht een van de hulpgoederen is die de rechter kan inzetten om finale geschilbeslechting te bereiken.<sup>81</sup> Dat geldt niet (in dezelfde zin) voor een einduitspraak van een bestuursrechter. Die is veeleer de ‘stolling’ van het proces.

In het kader van dit onderzoek zal ik nummer 1 hierboven, de objecten van geschil, niet als zodanig problematiseren. Ook de vooronderzoeks- en zittingsbevoegdheden in nummers 3 en 7 en de judiciële lus in nummer 9 staan niet op de voorgrond. Ik richt mij dus op de ‘eindproducten’ (nummers 2 en 8) en de specifiek voor finalisering bedoelde ‘hulpgoederen’ (nummers 4 tot en met 6).

Met inachtneming daarvan wil ik dieper ingaan op een aantal bepalende uitspraken over de (on)mogelijkheden van finale geschilbeslechting. Ik doe dat aan de hand van het beslisschema zoals dat is opgenomen in de nota van wijziging bij de Wab,<sup>82</sup> waarin ik mij geheel kan vinden:<sup>83</sup>

‘Bij zijn keuze uit de hem ter beschikking staande instrumenten moet de bestuursrechter binnen zijn taak rechtsbescherming te bieden aan de burger in ieder geval drie belangen behartigen:

- hij moet zo finaal mogelijk beslissen (het nu voorgestelde artikel 8:41a);
- hij moet in de verhouding bestuur – rechter niet méér ingrijpen in de bestuursbevoegdheid dan nodig is;
- hij moet snellere geschilbeslechting voorrang geven boven tragere (en dus moet hij niet bijvoorbeeld eerst nog een bestuurlijke lus toepassen als hij ook op dat moment al de zaak finaal kan afdoen).<sup>84</sup>

Dit zijn de belangen die over finale geschilbeslechting zelf gaan. Daarnaast spelen natuurlijk ook meer algemene belangen voor een behoorlijke rechtspleging: de goede procesorde, hoor en wederhoor en dus ook het voorkómen van een ‘overvalbeslissing’.

79 Vergelijk Bressers en Verburg 2011, p. 254-255.

80 Voor zover het gaat om een ‘3:2-gebrek’.

81 Vergelijk Bressers en Verburg 2011, p. 255.

82 Nota van wijziging bij de Wab, Kamerstukken II 2010/11, 32 450, nr. 8H, p. 59-61.

83 In dit kamerstuk wordt op dit punt verwezen naar Verburg 2010C, p. 154-155, Verburg 2008, p. 189-199, Van Ettekoven en Klap 2010, p. 188-189, Polak 2011 en Koenraad en Verbeek 2011, paragraaf 3.1. Zie verder Schueler 2012, p. 116.

84 Nota van wijziging, Kamerstukken II 32 450, 2010/11, nr. 8H, p. 59 (niet alle noten uit het citaat zijn hier overgenomen).

Deze drie finale-geschilbeslechtigingsbelangen leiden in de toelichting bij de nota van wijziging dan tot een beslisschema als de rechter eenmaal een gebrek aan het bestreden besluit constateert.<sup>85</sup> In het kort ziet dat er als volgt uit (waarbij geldt dat de bestuursrechter telkens pas aan de volgende stap toekomt, als hij er in deze stap niet 'uit komt'):

1. kan de rechter het gebrek passeren;
2. kan de rechter de rechtsgevolgen in stand laten op grond van het dossier zoals het er nu ligt;
3. kan de rechter zelf in de zaak voorzien op grond van het dossier zoals het er nu ligt;
4. kan de rechter (zinvol) een (formele of informele) bestuurlijke lus toepassen, omdat het dossier zoals het er nu ligt nog tekortschiet voor finale geschilbeslechting;
5. kan de rechter na uitvoering van de bestuurlijke lus dan nu de rechtsgevolgen in stand laten;
6. kan de rechter na uitvoering van de bestuurlijke lus dan nu zelf in de zaak voorzien;
7. kan de rechter, als het voorgaande niet mogelijk is, een opdracht aan het bestuursorgaan geven een nieuw besluit te nemen, zo veel als mogelijk voorzien van aanwijzingen hoe dat besluit moet komen te luiden of hoe dat tot stand moet komen.

Aan de hand van de eerste drie stappen in dit beslisschema bespreek ik hieronder relevante rechtspraak, waarbij mijn interesse vooral uitgaat naar het samenspel tussen en de verantwoordelijkheden van de verschillende spelers: rechter, de eisende partij, de verwerende partij en de eventuele derde-partij.

#### **(ad 1) Het passeren van een gebrek**

Als een besluit een gebrek kent, kan de rechter op grond van artikel 6:22 van de Awb dat passeren en dus afzien van vernietiging van dat besluit 'indien aannemelijk is dat daardoor de belanghebbenden niet zijn benadeeld'. Dat hier 'belanghebbenden' in meervoud staat drukt al uit dat het hier niet alleen om de eisende partij, maar om alle partijen én alle potentiële andere belanghebbenden gaat. Het laatste brengt automatisch mee dat de rechter niet mag afgaan op partijstandpunten, maar zelf op basis van het dossier en de zitting zich een oordeel moet vormen of er iemand is voor wie dit gebrek 'pijn' doet. Als het mogelijk is dat financieel nadeel optreedt, ligt toepassing van artikel 6:22 van de Awb niet voor de hand. Hierbij speelt een rol dat schadevergoeding bij vernietiging in de rede ligt en bij ongegrondverklaring van het beroep juist niet.<sup>86</sup>

In zijn huidige vorm heeft artikel 6:22 van de Awb betrekking op elk type verzuim, te weten 'schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel'. Dat loopt één op één parallel met de vernietigingsgronden van de

85 Nota van wijziging, Kamerstukken II 32 450, 2010/11, nr. 8H, p. 59-61.

86 Zie ABRvS 8 februari 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:300), overweging 4.

rechter (artikel 8:77, tweede lid, van de Awb).<sup>87</sup> Voor 1 januari 2013 kon een verzuim alleen worden gepasseerd indien het een *vorm*verzuim was. Vanaf 31 maart 2010 gold al wel artikel 1.5 van de Chw, dat dezelfde inhoud heeft als het huidige artikel 6:22 van de Awb.

Die verruiming van de werkingssfeer riep, zelfs nog vlak vóór de inwerkingtreding van de Wab, kritiek op.<sup>88</sup> Toepassing van artikel 1.5 van de Chw en het huidige artikel 6:22 van de Awb op materiële gebreken komt eigenlijk niet vaak voor.<sup>89</sup> Wel lijkt het beoogde voordeel van de verruimde werkingssfeer van artikel 6:22 uit te komen. Toen artikel 6:22 alleen op vormverzuimen betrekking had, zag je met enige regelmaat uitspraken van bestuursrechters waarin eigenlijk een verzuim werd gepasseerd, terwijl geen sprake was van een vormverzuim; artikel 6:22 werd dan vanzelfsprekend ook niet als kader gebruikt, maar het passeren van het verzuim werd eigenlijk verdoezeld in de uitspraak. Met de verruiming van de werkingssfeer van artikel 6:22 hoeft dat type passeringen niet meer te worden verdoezeld, maar kan open en bloot én met expliciete toepassing van de voorwaarde van artikel 6:22 worden neergelegd in de uitspraak. Dat komt de transparantie van de redenering van de rechter en de voor spelbaarheid van de uitkomst ten goede.<sup>90 91</sup>

Zoals het beslisschema is opgebouwd, ziet het er gelijk logisch uit dat terugspringen van stap 4 (bestuurlijke lus) naar stap 1 (passeren van gebrek) niet mogelijk is. Dat is ook precies wat de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt in haar uitspraak van 24 juli 2013.<sup>92</sup> De rechtbank had een motiveringsgebrek geconstateerd en daarvoor een tussenuitspraak met een bestuurlijke lus gedaan. Die bestuurlijke lus had eigenlijk een betrekkelijk open karakter: het college van B&W wordt in de gelegenheid gesteld 'te onderzoeken of de factoren als bedoeld in bijlage III van richtlijn 85/337/EEG in dit geval aanleiding kunnen geven tot het opstellen van een milieueffectrapportage'. Toen er een bevredigend antwoord kwam, zag de rechtbank daarom aanleiding het motiveringsgebrek alsnog te passeren met toepassing van artikel 1.5 van de Chw. De Afdeling gaat daar niet in mee:

'Door het toepassen van de bestuurlijke lus heeft de rechtbank het vastgestelde motiveringsgebrek in het besluit op bezwaar echter feitelijk niet gepasseerd, zodat de rechtbank

87 En trouwens ook met het bereik van artikel 8:69a van de Awb, het relativiteitsvereiste.

88 Ik ga daar hier niet verder op in. Zie voor enige vindplaatsen punt 7 van de noot van L.M. Koenraad onder AB 2013/271.

89 Evaluatie artikel 8:69a en 6:22 Awb 2015, p. 93-98 en p. 107-109.

90 Memorie van toelichting bij de Wab, Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 15. Zie hierover ook Schreuder-Vlasblom 2017, p. 953-954 en L.M. Koenraad in zijn noot onder AB 2013/271.

91 Als voorbeeld van een situatie waarin de rechter toch op zijn minst in de verleiding zou komen het verzuim 'gecorrigeerd te lezen' of anderszins te verdoezelen, zodat het lijkt alsof er helemaal geen gebrek is, is een verschrijving die in beroep aan het licht komt. Dat deed zich voor in ABRvS 7 november 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY2504 en AB 2013/38 m.nt. R.H.W. Frins), overweging 59 (in het bijzonder 59.2 en 59.3). Maar omdat de rechter in dat geval beschikte over de mogelijkheid artikel 1.5 van de Chw er op los te laten, hoefde hij het gebrek niet te verdoezelen, maar kon hij het keurig langs de meetlat van dat artikel leggen.

92 ABRvS 24 juli 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:482), overwegingen 10 en 11.



ten onrechte alsnog toepassing heeft gegeven aan artikel 1.5 van de Chw. Het had op haar weg gelegen het beroep gegrond te verklaren en het besluit op bezwaar te vernietigen met instandlating van de rechtsgevolgen daarvan.’

Als je beziet in welke gevallen de rechter wel met toepassing van artikel 1.5 van de Chw of het huidige artikel 6:22 van de Awb een gebrek passeert zonder een bestuurlijke lus, komt toch de vraag hier op waarom het niet zou kunnen na een formele bestuurlijke lus. Bij dat passeren van een gebrek gebruiken rechters ook regelmatig de terminologie die zo uit de tekstsjablonen voor de bestuurlijke lus afkomstig lijkt, namelijk overwegingen met als strekking dat het bestuursorgaan ‘hiermee het gebrek in het besluit heeft hersteld’.<sup>93</sup> Als een bestuursorgaan een gebrek herstelt naar aanleiding van het beroepschrift, leek het er aanvankelijk op dat de rechter daarna het gebrek (steeds) kon passeren.

Aanvankelijk dacht de Centrale Raad van Beroep hier dan ook anders over. Ook na toepassing van een bestuurlijke lus, passeerde hij regelmatig het gebrek, omdat het voldoende was hersteld in het kader van die lus.<sup>94</sup> Technisch gezien is dit niet vreemd, want als het gebrek is hersteld én er blijkt geen ‘pijn’ voor belanghebbenden te zijn, zou je dus ook ná de bestuurlijke lus het gebrek kunnen passeren. Communicatief is het echter merkwaardig: beste burger, wij hebben wel een gebrek geconstateerd dat wij zo belangrijk vinden dat wij er een tussenuitspraak met een bestuurlijke lus aan wijden, maar na die bestuurlijke lus verklaren we uw beroep toch ongegrond. Uiteindelijk voegt de Centrale Raad zich dan ook in de Afdelingslijn dat na een geslaagde toepassing van de formele bestuurlijke lus het passeren van het gebrek geen optie meer is en dus alleen het instandlaten van de rechtsgevolgen open staat.<sup>95</sup>

Daarna bleef het enige tijd stil. Het verschil tussen het passeren van een gebrek en het instandlaten van de rechtsgevolgen (zie hierna subparagraaf 3.3) was duidelijk als het ging om het traject na een formele bestuurlijke lus, maar voor het overige zag je vooral een grote diversiteit, tussen en binnen gerechten, wanneer werd gekozen voor het passeren van een gebrek en voor het instandlaten van de rechtsgevolgen. Natuurlijk bleef overeind dat als niet viel uit te sluiten dat een andere uitkomst mogelijk was geweest, toepassing van artikel 6:22 van de Awb niet in de rede ligt.<sup>96</sup> Maar zoals gezegd, voor het overige bleef het enige tijd stil. In de uitspraak van 28 februari 2018<sup>97</sup> trekt de

93 Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 november 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY2504 en AB 2013/38 m.nt. R.H.W. Frins), overwegingen 39.4 en 59.3. Expliciet zegt de Afdeling in het eerste van deze twee gevallen dat de minister daar naar aanleiding van het beroepschrift nader onderzoek heeft gedaan en daarmee het gebrek heeft hersteld.

94 Zie bijvoorbeeld CRvB 1 augustus 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:2652).

95 Zie CRvB 29 januari 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:375).

96 Zie ABRvS 29 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:281) en ABRvS 30 mei 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1775).

97 ABRvS 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:694). Zo ook ABRvS 4 april 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1120).

Afdeling bestuursrechtspraak de lijn over de onmogelijkheid van het passeren van een gebrek na een formele bestuurlijke lus door naar andere zaken (overweging 2.3):

‘Toepassing van artikel 6:22 van de Awb is mogelijk indien aannemelijk is dat de belanghebbende door het gebrek in het bestreden besluit niet is benadeeld. Een gebrek dat *herstel* behoeft, leent zich in beginsel niet voor toepassing van deze bepaling. In gevallen waarin van het bestuursorgaan *een bepaalde actie is vereist om het gebrek weg te nemen*, kan er immers niet zonder meer worden uitgegaan dat belanghebbenden door het gebrek niet zijn benadeeld. Alleen indien evident is dat belanghebbenden door het gebrek niet zijn benadeeld, kan bij het bestaan van een dergelijk gebrek toepassing worden gegeven aan artikel 6:22 van de Awb.’

Deze tekst impliceert dat er ook gebreken zijn die geen herstel van het bestuursorgaan behoeven. Wat voor soort gebreken dat dan zijn, blijft in deze uitspraak – vanwege de gegeven casus – onbesproken. Allereerst valt te denken aan gevallen waarin het bestuursorgaan helemaal niets hoeft te doen, zoals bij bekendmakingsgebreken en fouten in de rechtsmiddelenclausule (waarbij ik opmerk dat die gebreken traditioneel sowieso in beginsel niet de rechtmatigheid van het besluit zelf raken, want zij komen ná het besluit). Als betrokkene er in slaagt om (tijdig of vanwege het gebrek verschoonbaar te laat) in beroep te komen, heb je gewoonweg geen probleem. Bij meerpartijengedingen – dat wil in dit geval zeggen: geschillen waarbij *potentieel* meer partijen betrokken zijn – kunnen bekendmakingsproblemen wel verder strekken dan alleen degene die er in is geslaagd in beroep te komen, maar dat is een kwestie van openbare orde, waarbij benadeling van andere belanghebbenden dan de partijen voor de hand ligt en dus passering van het gebrek sowieso niet mogelijk is. Bij gebreken die geen herstel, maar alleen ‘compensatie’ behoeven, valt verder te denken aan het niet ter inzage leggen van een stuk dat een relevante rol bij de voorbereiding van het bestreden besluit heeft gespeeld en het niet horen van een belanghebbende tijdens de besluitvormingsprocedure.<sup>98</sup> Compensatie vindt dan vaak plaats door de belanghebbende de kans te geven om tijdens de beroepsfase alsnog te reageren op het vergeten stuk of zijn belangen mondeling toe te lichten. Herstel is blijkens de geciteerde uitspraak het ondernemen van een bepaalde actie. Dan ligt toepassing van artikel 6:22 van de Awb in beginsel niet in de rede, tenzij evident is dat er geen benadeelden zijn.<sup>99</sup> In de uitspraak van 28 februari 2018 gaat het om een niet-kenbare motivering (artikel 3:46 e.v. en artikel 7:12 van de Awb) die tijdens de rechterlijke procedure alsnog wordt gegeven. Dat is, zo blijkt uit de uitspraak, een actie om een gebrek te herstellen, waarbij dat gebrek in dit geval niet kan worden gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 van de Awb. Datzelfde moet dan gelden als alsnog een onderzoeksrapport of een andere onderzoeksactiviteit naar voren wordt gebracht (artikel 3:2 van de Awb).

98 Koenraad 2015. Zie ABRvS van 30 mei 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1749) en ABRvS van 2 augustus 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2089).

99 Zie ABRvS van 1 november 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2943). Zie voor de spiegelbeeldige situatie (niet valt uit te sluiten dat er benadeling is): ABRvS van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1120 (motiveringsgebrek), ABRvS van 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:694) ABRvS van 7 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:417) en ABRvS van 19 juli 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1953).

Als sprake is van herstel van een gebrek, komt artikel 6:22 niet in beeld, tenzij evident is dat belanghebbenden niet zijn benadeeld, maar dat is bij dit motiveringsgebrek dus blijkbaar niet het geval. Bij een andere inhoudelijke beslissing van het bestuursorgaan dan in het besluit dat bij de rechter wordt aangevochten, zijn er vaak benadeelden, dus dan is toepassing van artikel 6:22 al snel buiten bereik.<sup>100</sup> Ten slotte is van belang hier op te merken dat de bestuursrechter bij de eventuele toepassing van artikel 6:22 van de Awb zelf aan zet is, zelf zijn best moet doen om de relevante feiten en belangen te achterhalen, het toeschuiven van een soort 'bewijslast' aan betrokkene dat er benadeling is, is niet op zijn plaats.

### **(ad 2 en 3) Het instandlaten van de rechtsgevolgen en het zelfvoorzien in de zaak**

Hoewel het instandlaten van de rechtsgevolgen en het zelfvoorzien in de zaak in het beslisschema van de bestuursrechter en ook in de wet, artikel 8:72, derde lid, respectievelijk onder a en b, van de Awb, achter elkaar staan, maakt de rechter deze keuze toch in één beweging. Als hij namelijk in het dossier en het besprokene op de zitting genoeg aan argumenten, standpunten en feiten vindt om finaal te kunnen beslissen, weet hij per definitie of het dictum van het bestreden besluit juist was (waarna hij de rechtsgevolgen in stand kan laten) of onjuist was, terwijl hij ook weet hoe dat dictum zou moeten of mogen luiden (waarna hij zelf in de zaak kan voorzien). Rechtsgevolgen in stand laten is eigenlijk zelf in de zaak voorzien met een nul-optie. Dat deze twee instrumenten in het beslisschema toch nadrukkelijk achter elkaar zijn geplaatst, hangt samen met een van de drie belangen die de bestuursrechter moet behartigen als hij eenmaal een gebrek constateert, te weten dat hij in de verhouding bestuur – rechter niet méér moet ingrijpen in de bestuursbevoegdheid dan nodig is. In dat opzicht gaat het instandlaten van de rechtsgevolgen vóór.

### **(ad 2) Het instandlaten van de rechtsgevolgen**

De kern van het instandlaten van de rechtsgevolgen is dat de angel uit de vernietiging wordt weggenomen. Waar artikel 8:72, tweede lid, van de Awb zegt dat vernietiging van een besluit de vernietiging van de rechtsgevolgen teweegbrengt, herstelt de toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a, van die wet die rechtsgevolgen weer in volle glorie. Wie aan een groep niet-juristen kan uitleggen dat juristen het toch een zinvolle bezigheid vinden om een besluit te vernietigen om daarna de rechtsgevolgen in stand te laten, zonder te blijven steken in sprokkelwerk als proceskosten en griffierecht, moet dus zonder meer als held op het schild worden geheven. Of als heldinnen, want Polleunis en Wenders komen wellicht nog het verst in zo'n poging dit uit te leggen.<sup>101</sup>

100 Memorie van toelichting bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, Kamerstukken II, 2009-2010, 32 450, nr. 3, p. 14-15. Zie echter ABRvS 20 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1986) voor een uitzondering. In die zaak had de ontgrondingenvergunning strikt genomen niet moeten worden verleend, maar had de aanvraag buiten behandeling moeten worden gelaten wegens het ontbreken bij die aanvraag van de beslissing dat geen milieu-effectrapport hoefde te worden opgesteld. Toch ziet de Afdeling een mogelijkheid het gebrek te passeren, omdat de appellanten die zijn opgekomen geen inhoudelijke mer-beroepsgronden hebben aangevoerd; uit de omstandigheid dat er geen anderen in beroep zijn gekomen, leidt de Afdeling af dat niet aannemelijk is dat anderen wel zijn benadeeld.

101 Polleunis en Wenders 2011.

Het hoofdvereiste voor instandlating van de rechtsgevolgen is dus dat het dictum van het bestreden besluit deugt of, netter gezegd, de rechterlijke toets kan doorstaan. Materieel komt het hierop neer dat de vergunning verleend of juist geweigerd blijft, de subsidie verleend, geweigerd, ingetrokken of verminderd blijft, de uitkering verleend, geweigerd, ingetrokken of herzien blijft, etc. Als ik het goed zie zijn de meest voorkomende situaties waarin uiteindelijk de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten het herstelde motiveringsgebrek, het gerepareerde feitenonderzoek en, wat minder vaak, het herstelde formele-bevoegdheidsgebrek.

Het vereiste dat ooit, ten onrechte, werd gebruikt voor de beantwoording van de vraag of de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten (er is nog maar één beslissing rechtens mogelijk) is achterhaald. Het hoofdvereiste gaat in op het eindresultaat. De andere huidige vereisten die gelden voor instandlating van de rechtsgevolgen, geven meer reliëf aan hoe de procedure moet verlopen voordat de rechter tot deze beslissing mag komen. De eisen zijn:<sup>102</sup>

- het bestuursorgaan houdt vast aan het dictum van het bestreden besluit,
- het bestuursorgaan doet een poging tot herstel van het gebrek,
- de andere partijen hebben op die herstellpoging kunnen reageren en
- de uitkomst kan de rechterlijke toets doorstaan (waarmee geldt dat het dictum van het bestreden besluit rechtmatig is, het hoofdvereiste).

### (ad 3) Het zelfvoorzien in de zaak

Kon ik bij het instandlaten van de rechtsgevolgen nog eenvoudig één hoofdvereiste en drie nevenvereisten opschrijven, bij het zelfvoorzien in de zaak ligt dat complexer. Dat is, even door de oogharen bezien, ook logisch, omdat met het zelfvoorzien in de zaak het aantal alternatieve dicta van het besluit meer open ligt, terwijl bij het instandlaten van de rechtsgevolgen nu juist de essentie is dat het dictum van het besluit gelijk blijft. Hoe dat zij, het hoofdvereiste bij het zelfvoorzien in de zaak is ook duidelijk, zoals hiervoor al gezegd: het dictum van het bestreden besluit is onrechtmatig en de rechter weet ook hoe dat dictum wel mag of moet luiden. Ik zeg hier nadrukkelijk 'mag of moet' luiden, omdat er al gelijk twee varianten opdoemen, waarvan de eerste al weer gelijk in twee subvarianten uiteen valt.

De eerste hoofdvariant ('moet'), eerste subvariant is de klassieke situatie dat er nog maar één rechtens juiste situatie overblijft.<sup>103</sup> De eerste hoofdvariant ('moet'), tweede subvariant is de situatie dat er weliswaar wat beoordelings- of beleidsvrijheid betreft nog ruimte over zou kunnen zijn om verschillende, alle rechtmatige, besluiten te nemen, maar dat de rechter aanleiding ziet om de discussie nu te sluiten. De tweede hoofdvariant ('mag') is dat het bestuursorgaan zich nadrukkelijk heeft uitgesproken in de volgende trant: 'als u, rechter, oordeelt dat beroepsgrond X slaagt, zouden wij

102 Zie onder meer ABRvS 10 december 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BG6401), 11 februari 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BH2565), 6 april 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BI1582) en 12 augustus 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ5099). Zo ook CRvB 16 oktober 2012 (ECLI:NL:CRVB:2012:BY0911).

103 ABRvS 9 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP3673): De ABRvS stelt zelf voorzienend de hoogte van de subsidie vast.

daarvan uitgaande als volgt besluiten'. Als dan de rechter die beroepsgrond inderdaad laat slagen én hij oordeelt de door het bestuursorgaan voorgestane afdoeningsmodaliteit rechtmatig, gezien de beroepsgronden, voorziet hij zelf in die zin. Dan is er nog een derde hoofdvariant waarin de rechter zich na de vernietiging eigenlijk even goed geëquipeerd acht om de resterende geschilpunten te beslechten als het bestuursorgaan. Dat speelt bij schadevergoeding<sup>104</sup>, de hoogte van de dwangsom<sup>105</sup>, de duur van de begunstigingstermijn<sup>106</sup> en, op een punt waar het zelfs verplicht is zelf te voorzien, boetes<sup>107</sup> (artikel 8:72a van de Awb). Ik werk deze varianten hierna uit.

De tweede hoofdvariant ('mag') is misschien nog wel het gemakkelijkst als het gaat om het formuleren van de nevenvereisten. De rechter bevindt zich dan namelijk eigenlijk in dezelfde situatie als bij het instandlaten van de rechtsgevolgen. De rechter accordeert immers uiteindelijk het door het bestuursorgaan gekozen eindresultaat,<sup>108</sup> daargelaten of er andere rechtmatige uitkomsten mogelijk zouden zijn geweest. Dat betekent mijns inziens ook dat bij deze hoofdvariant mutatis mutandis dezelfde vereisten gelden als bij het instandlaten van de rechtsgevolgen, dus:

- het bestuursorgaan bepleit, redenerend vanuit de gegrondverklaring van een beroepsgrond, een bepaald dictum van het bestreden besluit,<sup>109</sup>
- het bestuursorgaan doet een poging die uitkomst van voldoende onderzoek en motivering te voorzien, daarbij de wettelijke grenzen en beleidsgrenzen in acht nemend,<sup>110</sup>
- de andere partijen hebben op die herstellpoging kunnen reageren en
- de uitkomst kan de rechterlijke toets doorstaan (waarmee geldt dat het gekozen alternatieve dictum rechtmatig is, het hoofdvereiste).

104 ABRvS 2 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP2755) en 10 augustus 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BR4590). Cbb 29 september 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BT7608).

105 ABRvS 7 juli 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BN0466): De stelling dat de rb. alleen zelf had mogen voorzien indien een bestuursorgaan geen enkele ruimte heeft voor een ander besluit, slaagt niet. Indien de rechter het handhavingsbesluit op zichzelf rechtmatig acht, maar het bedrag van de te verbeuren dwangsom onevenredig hoog acht, sluit artikel 8:72, vierde lid, van de Awb [oud] niet uit dat hij zelf, na vernietiging van het besluit ter zake van de hoogte van de dwangsom, het bedrag van de dwangsom aanpast. Zo ook door de Afdeling zelf, ABRvS 10 augustus 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BR4590). Verder Cbb 29 september 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BT7608) en 18 april 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:155 en AB 2014/305 m.nt. F.R. Vermeer). Bij de ABRvS zie je op dit punt een enigszins wisselende koers; ABRvS 5 maart 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:731) bijvoorbeeld is weer een stuk terughoudender.

106 ABRvS 2 juli 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:2445). Ook voor de lengte van de begunstigingstermijn geldt dat de ABRvS een enigszins wisselende koers laat zien; zie bijvoorbeeld die al genoemde ABRvS 5 maart 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:731) voor een terughoudende koers.

107 Cbb 2 februari 2010 (ECLI:NL:CBB:2010:BL5463), ABRvS 14 april 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BM1763 en «JB» 2010/139 m.nt. A.M.M.M. Bots).

108 Met dien verstande dat het nu, bij het zelfvoorzien, gaat om de omstandigheid dat het bestuursorgaan redeneert binnen het scenario dat een bepaalde beroepsgrond slaagt én dat daarmee het oorspronkelijk gekozen eindresultaat niet kan worden volgehouden, terwijl het bestuursorgaan bij het instandlaten van de rechtsgevolgen redeneert binnen het scenario dat een bepaalde beroepsgrond slaagt, maar wel aan het oorspronkelijk gekozen eindresultaat kan worden vastgehouden.

109 Vergelijk Cbb 18 maart 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:103).

110 Hiermee noem ik de meest voorkomende vereisten, maar vanzelfsprekend moet het gekozen alternatief voldoen aan alle geschreven en ongeschreven rechtsregels en algemene rechtsbeginselen.

Ook de eerste hoofdvariant, eerste subvariant ('moet', klassiek), is vrij eenduidig. Dat gaat om de klassieke variant dat er nog maar één rechtens juiste variant overblijft. Hoewel uiteindelijk eenduidig, ga ik hier toch naartoe werken via een aantal nuanceringen op nuanceringen. Er zijn allerlei redenen waarom ik het ook in deze klassieke variant belangrijk vind dat de andere partijen zich over die oplossing hebben kunnen uitlaten. Dat gaat dan om (a) het testen van de juistheid van de door de rechter gevonden oplossing: zit hij wel op het goede spoor? en (b) wordt er geen uitspraak over de eisende partij uitgestort waarin een oplossingsvariant voorkomt waarover zij zich nooit heeft kunnen uitlaten, de verrassingsbeslissing?<sup>111</sup> Als echt zeker is dat er nog maar één rechtens juiste beslissing kan volgen, moet de rechter die gewoon voltrekken. Maar juist om daar zeker van te zijn, is de beste strategie: voorhouden aan partijen. Dat betekent mijns inziens dat ook bij deze hoofdvariant, eerste subvariant, als vereisten gelden:

- (– het bestuursorgaan bepleit, redenerend vanuit de gegrondverklaring van een beroepsgrond, een bepaald dictum van het bestreden besluit dat gegeven die gegrondverklaring verplicht is,)
- (– het bestuursorgaan voorziet zo nodig dit pleidooi van voldoende onderzoek en motivering, daarbij de wettelijke grenzen en beleidsgrenzen in acht nemend,<sup>112</sup>)
- de andere partijen hebben zich over de mogelijke uitkomst kunnen uitlaten en
- de uitkomst wordt door de rechter onderschreven (waarbij geldt dat het gekozen alternatieve dictum de enige rechtens resterende oplossing is, het hoofdvereiste).

Ik zet de eerste twee aandachtsstreepjes tussen haakjes, omdat in principe in deze variant de bestuursrechter het ook kan stellen zonder pleidooi van het bestuursorgaan, waarbij hij het zelf voorhoudt aan partijen.

De eerste hoofdvariant, tweede subvariant ('moet', modern), is het moeilijkst. Dat is waar de bestuursrechter zelf het meeste 'in' zit. Hij maakt daar de keuze dat het nu genoeg is. Hier opent zich een waaier aan mogelijkheden. Soms speelt daarbij de urgentie.<sup>113</sup> Zelden als enig motief, maar toch als vaak gebruikt motief geldt de dreigende overschrijding van de redelijke termijn voor de rechter als argument om te zeggen 'nu is het genoeg en ik hak nu de knoop door'.<sup>114</sup> Daarnaast geldt wat in sportieve termen wel wordt genoemd 'three strikes and you're out'.<sup>115</sup> Als het bestuursorgaan drie keer heeft geprobeerd een bepaald eindresultaat van voldoende onderzoek of motivering te voorzien en dat is niet gelukt, gaat de bestuursrechter er soms van uit dat dat ook een vierde keer niet meer gaat lukken. Dat is een processuele beslissing. Deze variant zie je vooral bij de Afdeling bestuursrechtspraak.<sup>116</sup> In die gevallen waar

111 ABRvS 9 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP3670 en AB 2011/65 m.nt. R. Ortlep) en 20 maart 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ4937).

112 Hiermee noem ik de meest voorkomende vereisten, maar vanzelfsprekend moet het gekozen alternatief voldoen aan alle geschreven en ongeschreven rechtsregels en algemene rechtsbeginselen.

113 CRvB 3 februari 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BL9455).

114 ABRvS 20 februari 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BC4699).

115 Als eerste geldt hier rb. Amsterdam 16 april 1998 («JB» 1998/153).

116 Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 april 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BM0231), Awacsvliegtuigen Onderbanken, en voor een recent voorbeeld ABRvS 20 februari 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:547).

het hangt op het zorgvuldigheidsvereiste van artikel 3:2 van de Awb gaat het dan om het definitief toedelen aan het bestuursorgaan van het bewijsrisico, namelijk door hem niet na de vernietiging nóg een mogelijkheid te bieden. Een soortgelijk, maar meer materieel geduid, type van toedeling van bewijsrisico is de keuze van de bestuursrechter dat door eenvoudig tijdsverloop een bepaald door het bestuursorgaan bepleit standpunt niet meer valt te bewijzen. Dat lijkt op het hiervoor genoemde type, maar zoals gezegd is het meer materieel: het is volgens de bestuursrechter daadwerkelijk niet meer te bewijzen. Deze variant zie je vooral bij de Centrale Raad van Beroep.<sup>117</sup>

Dat betekent mijns inziens dat bij deze hoofdvariant, tweede subvariant, als vereisten gelden:

- de bestuursrechter stelt een bepaalde mogelijke afdoeningsmodaliteit ter discussie,
- de andere partijen hebben hierop kunnen reageren en
- de uitkomst wordt door de rechter, partijen gehoord, vastgesteld (waarmee geldt dat het door hem gekozen alternatieve dictum rechtmatig is, het hoofdvereiste).

De derde hoofdvariant kent ook vele verschijningsvormen. De rechter trekt hier, althans op het punt ná de vernietiging, de verantwoordelijkheid voor de feitenwaarderung sterk naar zich toe. Vaak gaat het om onderwerpen die de collega-rechter van andere rechtsgebieden, de strafrechter en de civiele rechter, juist tot zijn specialisme rekent, zoals bij schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad en boetes. Dat is op zichzelf genomen niet een heel sterk argument, want dat gaat over andere rechtsstelsels met een ander bewijsrecht, maar toch geldt dit wel als motor voor bestuursrechters om te zeggen: 'hier moet ik toch zelf de knoop kunnen hoorhakken.' Meer binnen de bestuursrechtelijke context kun je stellen dat het bij deze variant gaat om subsumptiekwesties waarvoor geldt dat als de feiten eenmaal voldoende vast staan, het beantwoorden van de vraag hoe deze feiten passen binnen de toepasselijke rechtsregels een juridische puzzel is die bij het eigene van de rechterlijke bevoegdheid past. Als het gaat om meer beoordelingsvrijheid aan de zijde van het bestuursorgaan, is dat rechterlijke eigene dus per definitie minder aan de orde. Daarom zie je deze benadering bij nadeelcompensatie, waar altijd het achterliggende materiële rechtsgebied een grote rol speelt, weinig en bij schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsbesluiten relatief vaak.<sup>118</sup> De duur van de begunstigingstermijn is dan mogelijkwerwijs een grensgeval. De norm voor een begunstigingstermijn is op zichzelf helder: die mag precies zo lang duren als nodig is om de overtreding ongedaan te maken zonder dat een dwangsom verbeurt of met bestuursdwang wordt ingegrepen, maar de

117 Schuurmans en Verburg 2012, p. 132-133. Zie CRvB 1 juli 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BN2349), 1 juli 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BN2360), 27 december 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BV0110), 19 december 2008 (ECLI:NL:CRVB:2008:BG8071 en AB 2009/18 m.nt. A. Tollenaar) en 4 april 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6301 en AB 2014/42 m.nt. L.J.A. Damen). Zie ook Rb. Midden-Nederland 19 december 2014 (ECLI:NL:RBMNE:2014:7306).

118 Zie echter bij nadeelcompensatie de einduitspraak in de zaak Wouwse Tol, ABRvS 28 mei 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:1868, AB 2014/361 m.nt. M.K.G. Tjepkema en «JB» 2014/149 m.nt. Red), waarin de Afdeling zelf voorziet nadat in de tussenuitspraak van 5 december 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY5105) nadrukkelijk was gezegd dat het bestuursorgaan bij de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico beoordelingsvrijheid (in latere uitspraken: beoordelingsruimte) heeft.

determinering hoe lang dat nu in het concrete geval is, vergt toch vaak expertise van het werkterrein waar het over gaat. In veel gevallen zal dat dus buiten het bereik van de bestuursrechter vallen.<sup>119</sup> Maar in gevallen waarin dat helderder te krijgen is, kan de bestuursrechter dus zelf in de zaak voorzien.<sup>120</sup>

Dat betekent mijns inziens dat bij deze derde hoofdvariant als vereisten gelden:

- de bestuursrechter stelt een bepaalde mogelijke afdoeningsmodaliteit ter discussie, mogelijkerwijs tentatief<sup>121</sup>,
- de andere partijen hebben hierop kunnen reageren en
- de uitkomst wordt door de rechter, partijen gehoord, vastgesteld (waarmee geldt dat het door hem gekozen alternatieve dictum rechtmatig is, het hoofdvereiste).

Het landschap bij zelfvoorzien in de zaak is dus gevarieerd. Het lukt mij, anders dan Ortlep<sup>122</sup>, ook niet om het zelfvoorzien helemaal in één samenhangend schema te krijgen en ik denk eerlijk gezegd dat dat ook niet kan. Bij de ene variant ligt het initiatief bij de rechter (eerste hoofdvariant, tweede subvariant, en derde hoofdvariant). Bij andere ligt dat bij het bestuursorgaan (tweede hoofdvariant). Bij weer andere kan het initiatief zowel bij de bestuursrechter als bij het bestuursorgaan liggen (eerste hoofdvariant, eerste subvariant). Anders gezegd, komt het op het volgende neer. Bij de ene variant is het nieuwe criterium dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraak van 21 maart 2012<sup>123</sup> formuleerde wel toepasselijk, namelijk dat de bestuursrechter bij zelf in de zaak voorzien de overtuiging moet hebben dat de uitkomst van het geschil in het geval het bestuursorgaan opnieuw in de zaak zou voorzien, geen andere zou zijn en de toets aan het recht kan doorstaan (eerste hoofdvariant, eerste subvariant,

119 Zie voor een situatie waarin dat in hoge mate speelde de tussenuitspraak van 25 april 2012 (ECLI:NL:RBUTR:2012:BY4906) en de einduitspraak (met kortsluiting) in die zaak van 5 november 2012 (ECLI:NL:RBUTR:2012:BY4905) van de v.zr. rb. Utrecht over een aan ProRail opgelegde last onder dwangsom. Na de eerste zitting heeft de voorzieningenrechter genoeg ingrediënten om de last onder dwangsom die verweerder, de Minister van Infrastructuur en Milieu, grotendeels rechtmatig te achten, maar de begunstigingstermijn acht hij te kort. Hij kan met wat hij aan standpunten, argumenten en feiten heeft wel aanduiden waarom die begunstigingstermijn te kort is en met welke factoren rekening moet worden gehouden om te komen tot een acceptabele begunstigingstermijn, maar de bepaling daarvan is dan nog niet mogelijk. De voorzieningenrechter bepaalt daarbij ook dat verweerder in overleg moet treden met ProRail (overwegingen 38 en 40 van de tussenuitspraak). Vervolgens komen partijen in onderling overleg op een begunstigingstermijn die opschuift van dierend tot half september 2011 naar 1 januari 2014 (overweging 6 van de einduitspraak).

120 ABRvS 14 april 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BM1763 en «JB» 2010/139 m.nt. A.M.M.M. Bots): Weliswaar komt het college van B&W bij het bepalen van de lengte van de begunstigingstermijn van artikel 5:24, vierde lid, van de Awb enige vrijheid toe, maar het is uit een oogpunt van finale geschillenbeslechting niet onaanvaardbaar dat de rechter in de plaats van het college die lengte bepaalt, omdat die beschikt over de daarvoor relevante feiten en belangen.

121 Met dat tentatieve bedoel ik dat het vreemd zou zijn als bijvoorbeeld een boete is opgelegd van € 13.000,- en de rechter dan op de zitting aan de orde zou stellen 'Wat zou u er van denken als ik die boete op € 9.350,- bepaal?' Dat vinden van de goede uitkomst gaat in dit gevallen logischerwijs wat meer zoekend.

122 Met name in zijn noten onder ABRvS 8 augustus 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BX4621 en AB 2013/140) en 21 maart 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BV9463 en AB 2012/233).

123 ABRvS 21 maart 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BV9463 en AB 2012/233 m.nt. R. Ortlep).



en tweede hoofdvariant). Bij de andere variant ligt de keuze toch echt meer bij de rechter (eerste hoofdvariant, tweede subvariant, en derde hoofdvariant). Ik denk dat de Afdeling bestuursrechtspraak iets als een algemene regel formuleerde, zoals in overweging 2.9.1 van de genoemde uitspraak van 21 maart 2012, dat zich eenvoudig weg niet goed verhoudt tot de rest van haar rechtspraak en dat dus te algemeen geformuleerd is.

### 3 KNELPUNTEN

#### 3.1 *Inleiding*

In paragraaf 2 heb ik een beeld geschetst van de ontwikkeling in het denken en doen bij finale geschilbeslechting en een beschrijving van de rechtspraak gegeven. De knelpunten bij finale geschilbeslechting die ik hieronder weergeef zijn vooral gedacht vanuit de positie van de eisende partij. De grote lijn van deze paragraaf is de eenzijdigheid van finale geschilbeslechting: een gerichtheid op het voltooien van de besluitvorming, niet op de versterking van de positie van de burger. Eerst komt aan de orde dat soms gebreken te gemakkelijk worden gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 van de Awb, waardoor de eisende partij het nakijken heeft (subparagraaf 3.2). Gerelateerd hieraan is het onderscheid, als dat er nog is, tussen de toepassing van artikel 6:22 van de Awb enerzijds en instandlating van de rechtsgevolgen anderzijds (subparagraaf 3.3). Dan komt de onduidelijkheid van wat precies wel en niet kan bij zelf in de zaak voorzien en onder welke voorwaarden aan de orde, met name ook weer vanuit de bescherming die de burger daarbij krijgt (subparagraaf 3.4). Vervolgens behandel ik de eenzijdigheid van de bestuurlijke lus, eerst als methode ter versterking van de argumentatie van het bestreden besluit zonder logische 'burgerpendant' (subparagraaf 3.5) en dan als methode ter versterking van het bewijs dat ten grondslag ligt aan het bestreden besluit zonder logische 'burgerpendant' (subparagraaf 3.6).

#### 3.2 *Te gemakkelijk passeren van een gebrek door toelichting op de zitting*

Zoals ook hierboven in paragraaf 2 is gedaan behandel ik door elkaar het passeren van een gebrek op grond van artikel 1.5 van de Chw en op grond van artikel 6:22 van de Awb.

Soms lijkt het passeren van een gebrek wel héél vlotjes te gaan (vanzelfsprekend: voor zover af te leiden uit de uitspraak). In de uitspraak van 19 juni 2013 oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak<sup>124</sup> over een bestemmingsplan in Doetinchem. In het plan is voorzien in het mogelijk maken van een of meer supermarkten. Op het bestreden besluit is

---

124 ABRvS 19 juni 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:CA3638), overwegingen 11 en 12. Vergelijk ook ABRvS 11 december 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:2413), overweging 10 (in het bijzonder 10.5). In een andere uitspraak van 11 december 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:2360), vanaf overweging 21, gaat het om instandlating van de rechtsgevolgen. Hier valt niet te zien hoe bij dat oordeel de standpunten en belangen van appellanten zijn betrokken.

de Chw van toepassing. Inwoners van Doetinchem en een supermarktketen komen in beroep. Aan het plan ligt een – zo te lezen uitgebreid – distributieplanologisch onderzoek (DPO) ten grondslag en de daartegen aangevoerde beroepsgronden slagen niet. Zij betogen verder dat verweerder artikel 3.1.6, tweede lid, van het Besluit ruimtelijke ordening<sup>125</sup> niet bij het besluit heeft betrokken. Daarin is bepaald dat indien een nieuwe stedelijke ontwikkeling mogelijk wordt gemaakt, in de plantoelichting moet worden beschreven (a) dat deze ontwikkeling voorziet in een actuele regionale behoefte, (b) in hoeverre in die behoefte binnen het bestaande stedelijke gebied van de regio kan worden voorzien door benutting van beschikbare gronden door herstructurering, transformatie of anderszins en (c) hoe de bereikbaarheid en ontsluiting is indien het gaat om een ontwikkeling die niet binnen het bestaande stedelijke gebied van de regio kan plaatsvinden (ladder voor duurzame verstedelijking). Die grond is terecht voorgedragen: de plantoelichting gaat hier niet op in. Dan vervolgt de Afdeling:

‘Ter zitting heeft de raad echter toegelicht dat zich een actuele regionale behoefte voordoet, als bedoeld in het tweede lid, onder a, waarbij de raad heeft gewezen op de kwantitatieve en kwalitatieve behoefte, waaronder de nagestreefde spreiding van supermarkten, zoals in het DPO is uiteengezet, evenals op de bovenregionale functie van Doetinchem. Voorts heeft de raad ter zitting een onderbouwing gegeven als bedoeld in het tweede lid, onder b. De raad heeft in dit verband naar voren gebracht dat het terrein waarop de ontwikkeling in het plan is voorzien een voormalig bedrijventerrein betreft dat voor herstructurering in aanmerking komt. Omdat de stedelijke ontwikkeling is voorzien in bestaand stedelijk gebied, is het tweede lid, onder c, niet aan de orde.

Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat recht is gedaan aan het betoog van [appellanten]. Het gebrek kan worden gepasseerd met artikel 1.5 Chw, nu niet aannemelijk is dat belanghebbenden hierdoor worden benadeeld.’

Dit herhaalt zich vervolgens op het volgende punt waarop niet is ingegaan in de plantoelichting, namelijk hoe de ontwikkeling zich verhoudt tot eventuele intergemeentelijke samenwerking ter zake van detailhandel. Daarop had op grond van de Ruimtelijke verordening Gelderland wel moeten worden ingegaan. Zoals gezegd lijkt het wel heel vlotjes te gaan. Het gaat om een op de zitting gegeven toelichting, terwijl het evident een onderwerp is dat de nodige studie vergt, met name de gegevens over de actuele behoefte aan deze ontwikkeling binnen de regio. Het DPO beperkt zich, zo te lezen, tot de gemeente zelf. Was de uitleg van verweerder op de zitting zo klip en klaar dat daarna appellanten met de mond vol tanden stonden? Bleek uit de wel eerder beschikbare stukken toch al meer van de benodigde informatie? Maar vooral: is het nu reëel dat appellanten, op de zitting voor het eerst geconfronteerd met dit verhaal van verweerder, hierop konden ingaan, eventueel met bewijzen en gegevens die een ander beeld lieten zien? Op dit punt ben ik dus wat negatiever gestemd dan de onderzoekers in de evaluatie naar de werking van artikel 6:22 van de Awb.<sup>126</sup> Wel moet

<sup>125</sup> Hier ga ik uit van de in die uitspraak relevante tekst van dit artikel.

<sup>126</sup> Evaluatie artikel 8:69a en 6:22 Awb 2015, p. 99-100: ‘Uit de ter zake relevante uitspraken blijkt dat de rechter zich er rekenschap van geeft dat partijen zich in voldoende mate over de door het bestuursorgaan gepleegde aanvulling(en) hebben kunnen uitlaten.’

ik hier erkennen dat zij, ook in interviews met rechtshulpverleners, weinig negatieve effecten van de toepassing van artikel 6:22 van de Awb te horen kregen.<sup>127</sup>

Met het verruimde toepassingsbereik van artikel 6:22 van de Awb kan de rechter verder in wat riskanter vaarwater terechtkomen, namelijk de inhoudelijke keuze of indien een bepaald betoog of een bepaald bewijsmiddel wel was betrokken in de beoordeling, het besluit ook zo zou hebben moeten of mogen luiden. In feite is dat dus hetzelfde vaarwater als waarin de rechter terechtkomt bij de beantwoording van de vraag of na de vernietiging de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten. De Afdeling bestuursrechtspraak doet dit voor zover ik heb gezien steeds heel *clean*: eerst wordt gezegd wat het bestuursorgaan heeft aangedragen, meestal wordt dan ook gezegd wat de andere partijen daarvan vinden (of wordt overwogen dat zij er geen argumenten tegen hebben ingebracht) en dan pas concludeert de Afdeling dat geen belanghebbenden zijn benadeeld. Als voorbeeld citeer ik de uitspraak van 7 november 2012:<sup>128</sup>

‘De minister heeft naar aanleiding van het beroepsschrift van [appellant sub 10] en anderen nader akoestisch onderzoek uitgevoerd, waarvan de resultaten zijn weergegeven in het Aanvullende geluidrapport. Dit rapport vermeldt op p. 3 dat de woning [locatie 4] ongeveer 1,50 m hoger ligt dan de Boxtelseweg. In het rekenmodel van het onderzoek is de hoogteligging van de betreffende woning aangepast op de wijze zoals weergegeven in afbeelding 2-1 van het Aanvullende geluidrapport. Volgens het Aanvullende geluidrapport heeft de wijziging effect op de geluidbelasting van de woningen in deelgebied 31 en 32. In subparagraaf 2.2.2 is een actualisatie opgenomen van de afwegingen voor deelgebied 31 en in subparagraaf 2.2.3 is een actualisatie opgenomen van de afweging voor deelgebied 32. [appellant sub 10] en anderen hebben deze bevindingen niet gemotiveerd bestreden.

Op grond van het vorenstaande overweegt de Afdeling dat de minister het door [appellant sub 10] en anderen geconstateerde gebrek wat betreft de hoogteligging van de woning [locatie 4] in het Aanvullende geluidrapport heeft hersteld. Gelet hierop is niet aannemelijk dat [appellant sub 10] en anderen door schending van artikel 3:2 van de Awb zijn benadeeld.’

Dat lijkt mij ook juist, althans als ik even abstraheer van de veel latere uitspraak van de Afdeling van 28 februari 2018,<sup>129</sup> waarin is neergelegd dat een gebrek in beginsel niet kan worden gepasseerd met artikel 6:22 van de Awb<sup>130</sup> als een actieve handeling nodig is voor het wegnemen ervan. Terug naar de uitspraak van 7 november 2012. De rechter moet niet de verantwoordelijkheid overnemen van het bestuursorgaan, dus explicitering van diens (nieuwe) inbreng is nodig. Ook is nodig dat vervolgens wordt gezien of de andere partijen daar iets van vinden en zo ja, waarom dat wel of niet gewicht in de

127 Evaluatie artikel 8:69a en 6:22 Awb 2015, p. 120.

128 ABRvS 7 november 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY2504 en AB 2013/38 m.nt. R.H.W. Frins), overwegingen 39.

129 ABRvS 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:694). Zo ook ABRvS 4 april 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1120). Hiervoor besproken in subparagraaf 2.3.

130 Zie het einde van deze subparagraaf.

schaal legt. Pas dan is het aan de rechter om ‘onder de streep’ te concluderen of enige belanghebbende is benadeeld.

Als ik afga op de tekst in de uitspraak ben ik dan kritischer over de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (zp. Middelburg) van 3 december 2013.<sup>131</sup> Het gaat om een vreemdelingenzaak in een algemene asielpcedure (AA-procedure). Eiser heeft in beroep aangevoerd dat verweerder geen rekening heeft gehouden met zijn aanvullingen en correcties (met bijlagen) op het rapport van het nader gehoor. Op dit punt lezen we in de uitspraak slechts dat verweerder zich op de zitting op het standpunt heeft gesteld dat het bestreden besluit rechtens juist is. De voorzieningenrechter overweegt hierover:

‘De voorzieningenrechter stelt vast dat verweerder de door eiser op 11 november 2013 ingediende aanvullingen en correcties op het nader gehoor niet heeft betrokken bij het nemen van het bestreden besluit. De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze fout van verweerder niet kan leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. Ingevolge artikel 6:22 van de Awb kan een besluit, waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. *Gelet op de inhoud van deze correcties en aanvullingen is het niet aannemelijk dat deze tot een andere uitkomst zouden hebben geleid indien verweerder deze bij zijn besluitvorming had betrokken.* [cursivering DAV]’

Ik moet zeggen dat de AA-procedure onder grote tijdsdruk staat (maar enkele weken tussen het instellen van beroep en de uitspraak), zodat er altijd een hoge druk op de zitting ligt om benodigde informatie nog te verkrijgen. Ook kan het zijn dat het standpunt van verweerder ruimer was en hier slechts verkort is opgeschreven. Ten slotte volgt uit de rest van de uitspraak, over de inhoud van de asielaanvraag, wel dat verweerder inhoudelijke standpunten heeft ingenomen over wellicht dezelfde materie als die waren opgenomen in de vergeten aanvullingen en correcties. Dus het kan zijn dat het inhoudelijk deugt. Maar waar het mij op dit punt om te doen is dat het er wel sterk op lijkt dat de rechter zelf beoordeelt dat de vergeten aanvullingen en correcties onvoldoende gewicht in de schaal leggen en daarmee op de plaats van bestuursorgaan-plaatsvervanger lijkt te komen.

In het verlengde van dit probleem (namelijk dat uit de uitspraak niet blijkt wat de motivering van verweerder is waarom het gebrek zou kunnen worden gepasseerd), is het probleem dat er schijnbaar op eiser een bewijslast komt te liggen om te laten zien dat hij wél is benadeeld door de schending. Daarvoor is illustratief een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 20 december 2013.<sup>132</sup> Eiser voert aan dat hij ten onrechte niet in bezwaar is gehoord. De rechtbank vindt dat die beroepsgrond terecht naar voren is gebracht en overweegt vervolgens:

---

131 Rb. Den Haag (zp. Middelburg) 3 december 2013 in de zaken AWB 13/29281 (voorlopige voorziening) en 13/29280 (beroep), ongepubliceerd.

132 Rb. Midden-Nederland 20 december 2013 in de zaak UTR 13/3765, ongepubliceerd.

‘Artikel 6:22 van de Awb scheidt de mogelijkheid om, ondanks een verzuim van het bestuursorgaan, het bestreden besluit in stand te laten, indien aannemelijk is dat eiser daardoor niet is benadeeld. Eiser heeft in beroep enkel geconstateerd dat hij niet is gehoord zoals dat in de Awb is voorgescreven. Eiser heeft daarbij niet aangegeven waaruit de benadeling naar zijn mening bestaat. De rechtbank vindt hierin aanleiding om, met toepassing van artikel 6:22 van de Awb, het bestreden besluit niet vanwege schending van de [hoorplicht] te vernietigen. [cursivering DAV]’

Als het nu zo is dat verweerder een duidelijk betoog had waarom de zaak niet anders had komen te liggen indien er wel een hoorzitting was gehouden, kan het zo zijn dat naar eiser wordt gekeken waarom hij het daar niet mee eens is, maar dat als eerste naar hem wordt gekeken, wekt bij mij bevreemding. Dat op zichzelf schending van de hoorplicht in bezwaar met toepassing van het huidige artikel 6:22 van de Awb in beroep kan worden gerepareerd, staat overigens op zichzelf buiten kijf.

De onderzoekers van de evaluatie van artikel 6:22 van de Awb hebben in het onderzoek wel bekeken of de toepassing van dat artikel effecten heeft op de juridische kwaliteit van besluiten, maar als ik het goed zie, zijn de hierboven als laatste genoemde twee problemen (trekt de rechter een verantwoordelijkheid naar zich toe en krijgt de burger een verkapte bewijslast toegeschoven) daarbij onder de radar gebleven.<sup>133</sup>

Bij de toepassing van artikel 6:22 van de Awb zie ik dus drie mogelijke problemen:

1. de reparatie door het bestuursorgaan, ook als die pas op de zitting plaatsvindt, wordt door de rechter geaccepteerd, waarna het gebrek wordt gepasseerd, zonder voldoende oog voor de mogelijkheden van de eisende partij zich te vereren tegen het nieuwe betoog van het bestuursorgaan;
2. de bestuursrechter trekt een te grote verantwoordelijkheid naar zich toe bij de onderbouwing van de conclusie dat het gebrek kan worden gepasseerd door zelf als het ware de reparatie te plegen; en
3. de bestuursrechter legt verkapt een bewijslast bij de burger om aannemelijk te maken dat hij benadeeld is.

Het is mogelijk dat de in 2018 ingezette nieuwe lijn van de Afdeling bestuursrecht-spraak die scherper afbakt welke gebreken zich lenen voor het passeren van een gebrek,<sup>134</sup> een deel van deze hier geconstateerde problemen al gaat wegnemen, maar dat is nu nog niet te overzien; onzeker is of de andere bestuursrechters zich conformeren aan deze lijn.<sup>135</sup> Het is in ieder geval niet zo dat er met die nieuwe lijn alleen maar ‘klein grut’ overblijft dat kan worden gepasseerd.<sup>136</sup>

133 Evaluatie artikel 8:69a en 6:22 Awb 2015, o.a. p. 120.

134 Zie ABRvS 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:694): als een actie moet worden verricht om een gebrek te repareren, dan in beginsel geen toepassing van artikel 6:22 van de Awb. Hiervoor besproken in subparagraaf 2.3.

135 Zie bijvoorbeeld CBB 2 maart 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:84) en 19 juni 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:291).

136 Zie ABRvS 20 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1986) waarin een onjuist dictum van het besluit wordt gepasseerd.

Als de beperktere toepassing van artikel 6:22 van de Awb inderdaad positief uitwerkt voor de drie problemen die ik hierboven noemde, verschuiven die problemen zich eenvoudigweg naar de volgende vraag die de bestuursrechter dan moet beantwoorden, namelijk of hij de rechtgevolgen in stand kan laten.

### 3.3 *Verskil tussen het passeren van een gebrek en instandlating van rechtgevolgen*

Met de verruimde werking van artikel 6:22 van de Awb sinds 2013 kan met dat instrument eigenlijk hetzelfde als met de instandlating van de rechtgevolgen.<sup>137</sup> De enige overgebleven extra eis bij het passeren van een gebrek is dat het geen 'pijn' doet, dat belanghebbenden niet zijn benadeeld. De afgelopen jaren is dat laatste criterium in feite zo uitgelegd dat het alleen maar inhoudt dat 'onder de streep' (na compensatie of herstel van het gebrek) de wereld er voor belanghebbenden hetzelfde uitziet als in de situatie dat het gebrek er niet was geweest. Daarmee is er ook op dat punt nauwelijks nog verschil met instandlating van de rechtgevolgen te ontdekken, want ook bij instandlating van de rechtgevolgen is dat eigenlijk de eis: 'onder de streep' ziet de wereld er hetzelfde uit.<sup>138</sup> Ook hier geldt dat moet worden afgewacht hoe de nieuwe lijn van de Afdeling<sup>139</sup> uitpakt voor de categorieën van gebreken die wel of niet kunnen worden gepasseerd. Omineus is in ieder geval dat ik in de periode van ongeveer een jaar na de uitspraak van de Afdeling van 28 februari 2018 precies twee rechtbankuitspraken heb kunnen vinden die expliciet daarnaar verwijzen.<sup>140</sup>

Bij instandlating van de rechtgevolgen is er natuurlijk wel een vernietiging, zodat het lijkt of er dan nog verschil kan optreden bij de proceskosten, het griffierecht en schadevergoeding. Wat proceskosten en griffierecht betreft, heeft de rechtspraak dit inmiddels geheel of grotendeels gelijkgetrokken: ook bij het passeren van een gebrek volgt in de regel dat het bestuursorgaan wordt veroordeeld de proceskosten en het griffierecht te vergoeden.<sup>141</sup>

Dan lijkt er nog een verschil te zijn bij schadevergoeding, want bij vernietiging (met instandlating van de rechtgevolgen) staat immers de onrechtmatigheid van het besluit en de toerekening aan het bestuursorgaan vast, wat bij ongegrondverklaring van het beroep (met passering van het gebrek) juist niet het geval is. Maar die gedachte gaat vaak in rook op, vooral als het gaat om een appellerende burgerpartij die zelf niet de adressant van het besluit is ('de buurman'). Er is dan namelijk bijna nooit schade die wordt veroorzaakt door het vernietigde besluit, want de kern van de instandlating van de rechtgevolgen is nu juist dat de rechtmatige situatie overeenkomt met de onrecht-

137 Polleunis en Wenders 2011.

138 Ik laat hier buiten beschouwing dat er een verschil kan optreden omdat artikel 6:22 van de Awb niet voorbij de toetsingsfase van de bestuursrechter komt en dus 'ex tunc' wordt verricht, terwijl instandlating van de rechtgevolgen ná de toetsingsfase plaatsvindt en dus 'ex nunc'.

139 Zie ABRvS 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:694).

140 Rb. Den Haag (zp. Arnhem) 13 juli 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:9623) en rb. Den Haag (zp. Utrecht) 28 januari 2019 (ECLI:NL:RBDHA:2019:859).

141 Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 oktober 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2660) en CRvB 19 september 2017 (ECLI:NL:CRVB:2017:3241).

matige situatie (bijvoorbeeld: de vergunning was op onrechtmatige wijze verleend, maar de einduitkomst is dat de vergunning ook rechtmatig mocht worden verleend, dus geen schade die voor vergoeding in aanmerking komt voor de appellerende omwonende). Bij de spiegelbeeldige situatie, de vergunning was op onrechtmatige wijze geweigerd, maar de einduitkomst is dat de vergunning ook rechtmatig mocht worden geweigerd, treedt in beginsel hetzelfde op, maar hier is wel goed mogelijk dat de aanvrager bijvoorbeeld deskundigenkosten of andere kosten heeft moeten maken om het onrechtmatige besluit aan te vechten, terwijl hij die kosten niet had gemaakt als hij gelijk een juiste motivering van de weigering had gekregen. Het is dan wel aan het bestuursorgaan om aannemelijk te maken dat ten tijde van het vernietigde besluit ook een (gelijkkluidend) besluit had kunnen worden genomen dat wel de rechterlijke toets kan doorstaan.<sup>142</sup> Bij overschrijding van de redelijke termijn zijn er in het verleden enige problemen geweest op het punt van ongegrondverklaring van een beroep versus gegrondverklaring van het beroep, vernietiging van het besluit en instandlating van de rechtsgevolgen, maar dat gaat het bestek van dit onderzoek te buiten.<sup>143</sup>

Of de rechter het ene of het andere instrument moet inzetten is naar de huidige stand van zaken onduidelijk. Het eerste wat duidelijk is, is dat na een formele bestuurlijke lus toepassing van artikel 6:22 van de Awb niet mag.<sup>144</sup> Ook is inmiddels duidelijk dat als het gebrek een actie van het bestuursorgaan vergt, toepassing van artikel 6:22 van de Awb volgens de Afdeling bestuursrechtspraak uitgesloten is, tenzij er evident geen benadeling is.<sup>145</sup> Eenduidigheid is er nog niet. Daar kunnen allerlei problemen bij worden geformuleerd, maar in het licht van dit onderzoek, focus ik hier op dit probleem: het signaal dat van beide instrumenten uitgaat is in ieder geval verschillend: 'ik heb terecht iets aangevoerd, maar toch wordt mijn beroep ongegrond verklaard' versus 'ik heb terecht iets aangevoerd en het besluit wordt dan ook vernietigd, maar uiteindelijk sta ik toch met lege handen'; beide signalen kunnen frustrerend zijn, maar de keuze welk instrument de bestuursrechter toepast lijkt nauwelijks te worden beïnvloed door de 'communicatieve waarde' van het gekozen instrument.<sup>146</sup>

142 ABRvS 20 april 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1048); zie ook ABRvS 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:647). Als bijvoorbeeld bij een geweigerde vergunning tussentijds wel de vergunning had moeten worden verleend, maar nu niet meer (waardoor ten tijde van het rechterlijke oordeel de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten), kan wel voor de aanvrager recht op schadevergoeding bestaan, namelijk voor de tussenliggende periode waarin hij wel een vergunning had moeten krijgen.

143 Van Ettehoven e.a. 2013, p. 69, met name voetnoot 192 en de daarbij behorende hoofdttekst.

144 ABRvS 24 juli 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:482) en CRvB 29 januari 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:375).

145 ABRvS 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:694).

146 Vergelijk de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 17 december 2012, Kamerstukken I, 2012/13, 32 450, nr. G, p. 2: 'Zelfs als men daarover in een bepaald geval zou aarzelen, mag een rechter deze bevoegdheid, die een discretionair karakter heeft, niet gebruiken indien het gebrek van zodanige aard is dat het bestuur moet worden aangesproken op het fundamentele belang van de naleving van het recht.'

### 3.4 *Onduidelijkheid wat de mogelijkheden en voorwaarden zijn bij zelf in de zaak voorzien*

In paragraaf 2 heb ik omschreven wat volgens mij de drie hoofdtypen (waarvan de eerste met twee subvarianten) van zelf in de zaak voorzien zijn. Daarbij heb ik ook geformuleerd wat volgens mij de daarbij behorende eisen zijn. Ik geef hieronder die omschrijving nog kort weer.

Het hoofdvereiste bij zelf in de zaak voorzien is helder: het dictum van het bestreden besluit is onrechtmatig en de rechter weet ook hoe dat dictum wel mag of moet luiden.

De eerste hoofdvariant, eerste subvariant ('moet', klassiek), is de klassieke situatie dat er nog maar één rechtens juiste situatie overblijft.

Hoewel het hierbij gaat om nog maar één rechtens juiste variant die overblijft, heb ik in subparagraaf 2.3 gezegd waarom ik het belangrijk vind dat de andere partijen zich over die oplossing hebben kunnen uitlaten. Dat gaat dan om (a) het testen van de juistheid van de door de rechter gevonden oplossing: zit hij wel op het goede spoor? en (b) het bewerkstelligen van procedurele rechtvaardigheid: wordt er geen uitspraak over de eisende partij uitgestort waarin een oplossingsvariant voorkomt waarover hij zich nooit heeft kunnen uitlaten, de verrassingsbeslissing? Als vereisten formuleerde ik daarom:

- (– het bestuursorgaan bepleit, redenerend vanuit de gegrondverklaring van een beroepsgrond, een bepaald dictum van het bestreden besluit dat gegeven die gegrondverklaring verplicht is,)
- (– het bestuursorgaan voorziet zo nodig dit pleidooi van voldoende onderzoek en motivering, daarbij de wettelijke grenzen en beleidsgrenzen in acht nemend,)
- de andere partijen hebben zich hierover, ook als de mogelijke uitkomst op voorstel van de rechter is, kunnen uitlaten en
- de uitkomst wordt door de rechter onderschreven (waarbij geldt dat het gekozen alternatieve dictum de enige rechtens resterende oplossing is, het hoofdvereiste).

De eerste hoofdvariant, tweede subvariant ('moet', modern), is de situatie dat er weliswaar wat beoordelings- of beleidsvrijheid betreft nog ruimte over zou kunnen zijn om verschillende, alle rechtmatige, besluiten te nemen, maar dat de rechter aanleiding ziet om de discussie nu te sluiten.

Als vereisten formuleerde ik hier:

- de bestuursrechter stelt een bepaalde mogelijke afdoeningsmodaliteit ter discussie,
- de andere partijen hebben hierop kunnen reageren en
- de uitkomst wordt door de rechter, partijen gehoord, vastgesteld (waarmee geldt dat het door hem gekozen alternatieve dictum rechtmatig is, het hoofdvereiste).

De tweede hoofdvariant ('mag') is dat het bestuursorgaan zich nadrukkelijk heeft uitgesproken in de volgende trant: 'als u, rechter, oordeelt dat beroepsgrond X slaagt, zouden wij daarvan uitgaande als volgt besluiten'. Als dan de rechter die beroeps-



grond inderdaad laat slagen én hij oordeelt de door het bestuursorgaan voorgestane afdoeningsmodaliteit rechtmatig, gezien de beroepsgronden, voorziet hij zelf in die zin.

Als vereisten formuleerde ik hier:

- het bestuursorgaan bepleit, redenerend vanuit de gegroundverklaring van een beroepsgrond, een bepaald dictum van het bestreden besluit,
- het bestuursorgaan doet een poging die uitkomst van voldoende onderzoek en motivering te voorzien, daarbij de wettelijke grenzen en beleidsgrenzen in acht nemend,
- de andere partijen hebben op die herstellpoging kunnen reageren en
- de uitkomst kan de rechterlijke toets doorstaan (waarmee geldt dat het gekozen alternatieve dictum rechtmatig is, het hoofdvereiste).

De derde hoofdvariant is dat de rechter zich na de vernietiging eigenlijk even goed geëquipeerd acht om de resterende geschilpunten te beslechten als het bestuursorgaan. Dat speelt bij schadevergoeding, de hoogte van de dwangsom, de duur van de begunstigingstermijn en boetes

Als vereisten formuleerde ik:

- de bestuursrechter stelt een bepaalde mogelijke afdoeningsmodaliteit ter discussie, mogelijkerwijs tentatief,
- de andere partijen hebben hierop kunnen reageren en
- de uitkomst wordt door de rechter, partijen gehoord, vastgesteld (waarmee geldt dat het door hem gekozen alternatieve dictum rechtmatig is, het hoofdvereiste).

Het beeld bij zelf in de zaak voorzien is heel divers en wellicht daarom zie je in de rechtspraak weinig eenheid. In subparagraaf 2.3, bij de introductie van de derde hoofdvariant, besprak ik al de verschillen bij de hoogte van een dwangsom of de duur van een begunstigingstermijn, die soms wel en soms niet door de rechter mag worden bepaald, zonder dat duidelijk is waarom de uitkomsten verschillen.

Ook zie je op dit punt soms een onbegrijpelijke terugval in wat lijkt op het ‘oude’ criterium dat alleen zelf in de zaak mag worden voorzien indien er nog maar één rechtens juiste variant resteert. Ik wijs bij wijze van voorbeeld op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 3 april 2013:<sup>147</sup>

‘Zoals de Raad reeds eerder heeft geoordeeld (zie onder andere de uitspraak van 27 augustus 2010, LJN BN6825), volgt uit de wetsgeschiedenis dat de rechter van deze laatste bevoegdheid [zelf in de zaak voorzien, DAV] in beginsel alleen gebruik mag maken als na de vernietiging rechtens nog maar één beslissing mogelijk is. Daar is in het onderhavige geval geen sprake van aangezien de rechtbank het bestreden besluit vanwege een motiveringsgebrek heeft vernietigd. Zoals door appelland met recht is aangevoerd kon het

147 CRvB 3 april 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6157).

geconstateerde gebrek nog hersteld worden en was de uitkomst van de heroverweging door appelland derhalve nog ongewis. De rechtbank heeft ten onrechte toepassing gegeven aan artikel 8:72, vierde lid (oud) van de Awb, het hoger beroep treft in zoverre doel.'

Daarnaast leg ik dan de uitspraken van de Centrale Raad van 2 december 2011<sup>148</sup> en 22 augustus 2012<sup>149</sup> waarin de Centrale Raad zelf in de zaak voorziet na een motiveeringsgebrek.

Een soortgelijke moeizame verenigbaarheid zie je in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 27 februari 2013.<sup>150</sup>

'Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 21 maart 2012 in zaak nr. 201105950/1/A1) zal de rechter bij het gebruik van zijn bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien de overtuiging moeten hebben dat de uitkomst van het geschil, in het geval het college opnieuw in de zaak zou voorzien, geen andere zal zijn. Aan dit vereiste was hier niet voldaan, *nu het college de beleidsregels als neergelegd in de IRV voorafgaand aan het nemen van nieuwe besluiten op de bezwaren zodanig zou kunnen wijzigen dat deze beleidsregels niet langer aan de realisering van het project in de weg staan*. Gelet hierop heeft de rechtbank van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien redelijkerwijs geen gebruik kunnen maken. [cursivering DAV]'

Hoe moet ik dat rijmen met de uitspraak van de Afdeling van dezelfde dag?<sup>151</sup>

'Als uitgangspunt bij het nemen van een besluit geldt dat rekening moet worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden, zoals die zich op dat moment voordoen en het recht moet worden toegepast, zoals dat op dat moment geldt. De enkele omstandigheid dat een belanghebbende door toepassing van nieuw recht in een ongunstiger positie komt, is onvoldoende om van dit uitgangspunt af te wijken. In bijzondere gevallen kan echter van dit uitgangspunt worden afgeweken. Een zodanig bijzonder geval doet zich hier voor. Daartoe wordt in aanmerking genomen dat, zoals hiervoor is overwogen, *indien het college de beleidsregels die ten tijde van het bij de rechtbank bestreden besluit van 3 mei 2010 golden juist zou hebben toegepast, het de gevraagde ontheffing niet zou hebben mogen weigeren*. Het heeft vervolgens de beleidsregels ten aanzien van aanvragen als de onderhavige gewijzigd en zich op het standpunt gesteld dat, toetsend aan de nieuwe beleidsregels, de aanvraag diende te worden geweigerd. *De rechtszekerheid verzet zich er in dit geval tegen dat deze nieuwe beleidsregels op de aanvraag worden toegepast*. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat het college bij het nieuw te nemen besluit de oude beleidsregels moest toepassen. [cursivering DAV]'

Misschien gaat het om uitzonderingen die niet de algemene lijn weergeven en misschien speelden er in die zaken dingen die het oordeel in dat geval rechtvaardigen,

148 CRvB 2 december 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BU7738).

149 CRvB 22 augustus 2012 (ECLI:NL:CRVB:2012:BX5845).

150 ABRvS 27 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ2530 en AB 2013/144 m.nt. H.E. Bröring).

151 ABRvS 27 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ2518 en «JB» 2013/77).

maar die zijn dan niet geëxpliciteerd. Helder als richtsnoer voor volgende zaken is het hiermee niet.

Verder zie ik met name in uitspraken waarin de rechter zelf de knoop doorhakt (dus alle varianten minus de tweede hoofdvariant) vaak niet dat de burgerpartij voldoende haar zegje heeft kunnen doen over de wijze waarop zelf in de zaak wordt voorzien.<sup>152</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak wijst er bij haar beoordeling van rechtbankuitspraken ook op dat partijen zich moeten kunnen uitlaten over een mogelijke finale beslissing van de bestuursrechter.<sup>153</sup> Bij geheel tegemoetkomen aan de eisende partij is dat voor haar wellicht geen probleem, maar voor een derde-partij is dat wel problematisch. Bij niet geheel tegemoetkomen is dat voor elke burgerpartij problematisch.

Deze bespreking maakt mijns inziens twee problemen duidelijk:

- (1) het beeld bij zelf in de zaak voorzien is heel divers, diverser ook dan in de criteria die in de rechtspraak worden genoemd tot uiting komt; dit is niet duidelijk, zodat partijen niet weten wat ze te verwachten hebben en dus moeilijk hun proceshouding kunnen bepalen,
- (2) de mate waarin partijen volwaardig hun zegje hebben kunnen doen over een alternatieve afdoeningswijze, hetzij voorgesteld door het bestuursorgaan, hetzij geïnitieerd door de rechter zelf, is onvoldoende geborgd.

### 3.5 *Wel verbetering van de motivering van het besluit, niet van het beroep*

Rondom de opneming van de bestuurlijke lus in de Awb in 2010 ontstond, niet verwonderlijk, een discussie over de vraag of zo'n bestuurlijke lus nou niet een vorm van bestuurtje helpen of zelfs burgertje pesten was. Grosso modo waren de argumenten in dat debat: (a) het bestuursorgaan krijgt wel een herstelmogelijkheid, de burger niet, (b) het bestuursorgaan krijgt aanwijzingen hoe het een gebrek kan herstellen, de burger niet, (c) het bestuursorgaan komt in een tunnel terecht waarin alles gericht is op het herstellen van het gebrek, terwijl bij een 'kale' vernietiging het bestuursorgaan wellicht weer wat opener naar de zaak kan kijken, (d) bestuur en rechter wekken de indruk onder één hoedje te spelen, aan de ene kant en (e) het bestuursorgaan krijgt geen extra kans, maar krijgt de kans die het anders ook had gekregen alleen eerder dan bij de 'kale' vernietiging, (f) bij de bestuurlijke lus vindt de herstelpoging plaats onder regie van de rechter, wat een betere bescherming voor de burger oplevert dan

152 Als voorbeelden noem ik deze uitspraken waarin ik in de tekst van de uitspraak niet kan zien hoe het standpunt van de burgerpartij(en) is betrokken in de manier waarop zelf in de zaak wordt voorzien (terwijl het geen volledige tegemoetkoming is): ABRvS 10 augustus 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BR4590), CRvB 26 juli 2012 (ECLI:NL:CRVB:2012:BX3770), ABRvS 28 augustus 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:875), CRvB 12 september 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:1748 en AB 2014/43 m.nt. L.J.A. Damen) en rb. Amsterdam 27 juli 2018 (ECLI:NL:RBAMS:2018:5546).

153 Bijvoorbeeld ABRvS 9 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP3670) en ABRvS 20 maart 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ4937).

bij een ‘kale’ vernietiging, dus zonder die regie en (g) ook de burger weet eerder waar hij aan toe is, aan de andere kant.<sup>154</sup>

Tot voor kort stelde ik mij op het standpunt dat toepassing van de bestuurlijke lus geen vorm van bestuurtje helpen is, met name vanwege de argumenten (e), (f) en (g) hierboven. Hoewel ik die drie argumenten nog steeds onderschrijf, kom ik toch terug van mijn standpunt over de bestuurlijke lus. Het is in mijn ogen toch een vorm van bestuurtje helpen geworden, ook al is dat niet de bedoeling van de rechter. Ik werk dat uit.

Vooropgesteld, mijn kritiek komt niet voort uit de eigenschappen van de bestuurlijke lus als zodanig. De bestuurlijke lus is in mijn ogen nog steeds een prima instrument om tot finalisering te komen. De reden waarom ik van standpunt ben veranderd, is gelegen in de manier waarop de bestuurlijke lus wordt toegepast.<sup>155</sup>

In 2015 onderzochten Van Eijs en ik<sup>156</sup> of uit het vernietigende oordeel van het Belgische Grondwettelijke Hof over de Vlaamse bestuurlijke lus<sup>157</sup> lessen te trekken waren voor de Nederlandse bestuurlijke lus. De bestuurlijke lussen van Vlaanderen en België hadden een paar karaktertrekken die sterk verschillen van die van de Nederlandse. Met name de omstandigheid dat die lussen alleen mochten worden toegepast als de rechter de overtuiging had dat de uitkomst gelijk kon blijven, was een breekpunt voor het Grondwettelijke Hof: daarmee immers pinde de rechter die een bestuurlijke lus inzette zich al vast op de uitkomst van de zaak. Met name dat verschil maakte dat Van Eijs en ik uit de Vlaamse casus geen één-op-één-conclusies konden trekken voor de Nederlandse lus: er is geen reden om te zeggen dat het *instrument* van de lus als zodanig niet deugt. De lessen die wij uiteindelijk uit de Vlaamse casus trokken, vonden we door vergelijkenderwijs te kijken naar problemen waarin de Nederlandse rechter kan raken bij de *toepassing* van de lus.<sup>158</sup>

154 De bijdragen van A.C. Rop in Jonge VAR-reeks 6, Schlössels 2008, Schueler 2008, Van Ettekovén 2009, Schlössels en Zijlstra 2010, p. 1279, Damen 2010, Verburg 2010C, Van Ettekovén en Klap 2010, Polak 2011, Bressers en Verburg 2011, Schuurmans en Verburg 2012, Evaluatie Bestuurlijke Lus, p. 10-11, p. 43-44, p. 71-75, p. 101-102, Backes e.a. 2014A en Backes e.a. 2014B.

155 Zie De Jong 2018, p. 70; wat de zijde van het bestuursorgaan betreft, citeer ik De Jong: ‘Als verweerder bepaalde stellingen niet had onderbouwd kreeg hij meestal de gelegenheid om dat alsnog te doen [...]’.

156 Van Eijs en Verburg 2015.

157 Grondwettelijk Hof 8 mei 2014 (nr. 74/2014, AB 2014/417 m.nt. Backes en Jansen en «JB» 2014/132, m.nt. R.J.N. Schlössels). Dit arrest over de ‘Vlaamse’ lus is later gevolgd door een arrest van het hof over de ‘Belgische’ lus: arrest van 16 juli 2015 (nr. 103/2015); ook die lus sneuvelde, grotendeels op dezelfde gronden. De eerste poging de Vlaamse lus te repareren is vervolgens ook weer vernietigd: arrest van 29 oktober 2015 (nr. 152/2015). Per 1 januari 2016 is nu ‘de bestuurlijke lus 3.0’ in werking getreden: Besluit van de Vlaamse regering van 2 oktober 2015 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 2014 houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscollèges wat betreft de bestuurlijke lus en diverse andere bepalingen.

158 Van Eijs en Verburg 2015, p. 111-112.

Van de lessen die wij trokken, zijn de volgende hier van belang:

1. de schijn van vooringenomenheid, niet door het instrument als zodanig (zoals bij de Vlaamse en Belgische lus), maar door het geven van te gedetailleerde aanwijzingen in de tussenuitspraak;<sup>159</sup>
2. 'hulp' van de rechter aan de ene kant (het bestuursorgaan), maar niet aan de andere kant (de burger);<sup>160</sup>
3. de focus op de afdoening van de zaak, zodat het risico bestaat dat de rechter, nadat hij een bepaalde weg is ingeslagen, onvoldoende open staat voor nieuwe inzichten of alternatieve uitkomsten.<sup>161</sup>

#### **(ad 1) te gedetailleerde aanwijzingen in het kader van de bestuurlijke lus**

Uit-en-te-na beschreven is de casus die zich aandeed in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 16 april 2013.<sup>162</sup> Daarin ging het om terugvordering van bijstand, niet van de (voormalige) bijstandontvanger, maar van de vermeende partner met wie hij zou samenwonen. Of sprake was van een 'gezamenlijke huishouding' was de vraag die voorlag bij de rechtbank. Die achtte het door de gemeente aangedragen bewijs daarvoor onvoldoende en benutte een bestuurlijke lus om een en ander duidelijk te krijgen. Dat was overigens geen formele, maar een informele bestuurlijke lus. Per brief stelt de rechtbank verweerder op de hoogte van de noodzaak van een nadere onderbouwing. Zij laat het daar niet bij en specificeert minutieus wat drie bij naam genoemde getuigen zullen moeten verklaren voordat de rechtbank de veronderstelde samenwoning aannemelijk acht. Die gang van zaken staat in hoger beroep ter beoordeling. De Centrale Raad oordeelt: 'Door haar verzoek zo minutieus te formuleren, heeft de rechtbank de schijn gewekt zich te verbinden met het mogelijke resultaat van het door het college op haar verzoek verrichte onderzoek. Bij appellante kon daardoor de indruk ontstaan dat de rechtbank haar onbevangenheid had verloren bij de beoordeling van de mogelijke verweren en bewijzen van appellante. De wijze waarop de rechtbank in het geval van appellante gestalte heeft gegeven aan de informele bestuurlijke lus, verdraagt zich daarom niet met de eisen die artikel 6 van het EVRM stelt.' Marseille vraagt zich in zijn noot onder deze uitspraak af of de kaarten anders zouden liggen als de rechtbank niet een informele maar een formele lus had toegepast. Dat is niet onlogisch, want vooringenomenheid van een rechter is in feite het blijk geven van een oordeel *voorafgaande* aan de uitspraak. Ook een tussenuitspraak is een uitspraak waarin bindende oordelen kunnen worden neergelegd en dus zou je op het eerste gezicht zeggen dat het blijk geven van een bepaald standpunt in een tussenuitspraak gewoonweg het werk van de rechter is. Toch heeft Haan in mijn ogen terecht gezegd dat dit in het algemeen misschien wel zo is, maar dat het bij getuigenbewijs, zoals in deze zaak, gevoeliger ligt.<sup>163</sup> Juist bij getuigenbewijs gaat het er om wat

159 Van Eijs en Verburg 2015, p. 107.

160 Van Eijs en Verburg 2015, p. 107-108.

161 Van Eijs en Verburg 2015, p. 108-110.

162 CRvB 16 april 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:BZ7385, «JB» 2013/119 m.nt. B. Kaya en L.J.M. Timmermans en AB 2013/256 m.nt. A.T. Marseille).

163 Haan 2014, p. 188.

mensen uit zichzelf verklaren. In dit geval legde de rechtbank in feite de antwoorden al klaar. Ook bij een formele lus zou dat dus problematisch zijn.

Het is niet voor niets dat deze zaak uit-en-te-na beschreven is. Dat is aan de ene kant omdat het een zeer belangwekkend oordeel is, maar aan de andere kant ook omdat het een unieke zaak is. Andere oordelen van hogerberoepsrechters over te veel in de aanwijzingen doorschietende eerstelijnsrechters zijn er niet. Ik durf er op die basis van uit te gaan dat het geven van te minutieuze aanwijzingen in het kader van een bestuurlijke lus geen breed verschijnsel is.

### **(ad 2) eenzijdige hulp**

Het in mijn ogen belangrijkste stuk over de eenzijdigheid van de 'hulp' die de rechter biedt in het kader van de bestuurlijke lus, te weten bij bewijskwesties, komt aan de orde in de volgende subparagraaf en het volgende hoofdstuk. Ik zal daar uitwerken dat de bestuursrechter met het toepassen van de bestuurlijke lus vaak een 'bewijsopdracht' geeft aan het bestuursorgaan, maar spaarzaam is met het geven van eenzelfde mate van duidelijkheid aan de burger over wat die moet doen om zijn bewijspositie te versterken.

Ook als het niet gaat om bewijs, maar bijvoorbeeld om een betere motivering van een standpunt of het verschaffen van informatie over een bepaalde formaliteit, biedt de bestuursrechter het bestuur regelmatig de mogelijkheid een gebrek te herstellen. Via de werking van artikel 6:5 en 6:6 van de Awb zit dat met de spiegelbeeldige situatie, het vragen van informatie over formaliteiten bij de burger, wel goed. Ook als die artikelen strikt genomen niet van toepassing zijn, past de rechter die artikelen regelmatig analoog toe in situaties waarin de burger nog informatie moet geven over bepaalde formaliteiten of in dat kader handelingen moet verrichten om niet op te lopen tegen een gebrek in zijn procespositie.<sup>164</sup>

Op het punt van het motiveren van een standpunt is het een ander verhaal. Daar krijgt het bestuur via een bestuurlijke lus wel regelmatig een precieze aanduiding van het gebrek in de motivering inclusief aanwijzingen hoe dat gebrek kan worden hersteld, maar krijgt de burger niet zo'n benadering. Zeker zegt de rechter op de zitting regelmatig ook tegen de burger 'Ik snap nog niet precies uw beroepsgrond onder punt X. Kunt u dat nog eens uitleggen?'. Maar een aanduiding waarin het onbegrip aan de kant van de rechter steekt, laat staan een aanduiding van wat hij zou moeten claimen om een betere kans op succes te hebben, hoeft de burger niet te verwachten.

Er zijn vele redenen waarom in een bestuursrechtelijke procedure de burger net iets anders wordt behandeld dan het bestuur en die komen altijd voort uit de van oudsher verticale positie van het bestuur ten opzichte van de burger of uit het machtsmono-

---

<sup>164</sup> Voorbeelden zijn ten onrechte digitaal procederen waar dat niet is opengesteld, ABRvS 19 augustus 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:2662), overweging 3.1, en het louter verwijzen naar eerder ingediende gronden in zienswijzen, bezwaarschriften of beroepschriften, ABRvS 6 november 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:1794), overweging 2.

polie van het bestuur (denk aan de termijnen die voor het bestuur vaak termijnen van orde zijn en voor de burger dwingende termijnen). Als die redenen een rol spelen, dan kan ik het volgen.<sup>165</sup> Maar in dit geval zie ik die niet. Het gaat hier puur om de procespositie bij de bestuursrechter, zo veel mogelijk horizontaal,<sup>166</sup> van twee of meer partijen en de mate waarin die partijen voorlichting van de rechter krijgen over wat zij moeten doen om succes te behalen.

Dit onderwerp loopt over in het volgende onderwerp.

### **(ad 3) het risico van het niet meer loskomen van de ingeslagen weg**

Van Eijs en ik bespraken dit onderwerp vooral uit het oogpunt van de derde die later invoegt in de procedure, maar, zij het in dat artikel in mindere mate, ook uit het oogpunt van de burger die de procedure was begonnen. Nu bedoel ik in ieder geval beide oogpunten.

Wat ik hier wil bespreken is schering en inslag bij de toepassing van de bestuurlijke lus, maar komt zelden zo scherp aan de oppervlakte als in de hierna te bespreken uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.<sup>167</sup> Het gaat om een zaak waarin de Afdeling oordeelt in eerste aanleg, namelijk over een bestemmingsplan. De Afdeling doet met toepassing van de bestuurlijke lus een tussenuitspraak op 14 oktober 2015.<sup>168</sup> Daarin verwerpt zij enige beroepsgronden van appellant en draagt zij verweerder op een gebrek in het besluit te herstellen.

In de afwikkeling van de zaak komt appellant met een interessante wending. In feite zegt hij 'Beste Afdeling, u hebt nu met uw tussenuitspraak mijn wederpartij in de gelegenheid gesteld zijn besluit te verbeteren. Daarom krijg ik nu graag de gelegenheid mijn beroepsgronden te verbeteren.' Als je even bereid bent los te komen van de bestuursprocesrechtelijke kennis van bindende eindoordeelen in tussenuitspraken is dit echt een prima argument. Uit een oogpunt van gelijke kansen voor alle partijen in een bestuursrechtelijke procedure is dit precies waar het om moet gaan. Ik zei (aan het einde van '(ad 2) eenzijdige hulp') al dat dat onderwerp overloopt in het onderwerp dat nu aan de orde is. Appellant vraagt hier in feite gelijke 'hulp' van de rechter in zijn positie als de 'hulp' die het bestuur ontvangt. Maar binnen het procesrecht denkend, is het ook heel begrijpelijk dat de Afdeling dit afwijst. Zij overweegt (overweging 7.2, tweede alinea):

*'Zoals hiervoor [...] is overwogen kan behoudens zeer uitzonderlijke gevallen niet worden terugkomen van een in de tussenuitspraak gegeven oordeel. Een zeer uitzonderlijk geval is hier niet aan de orde. Dat de raad in de tussenuitspraak in de gelegenheid is gesteld het gebrek in het bestreden besluit te herstellen, betekent niet dat [appellant 1] na de tussenuitspraak in de gelegen-*

165 Vergelijk PG Awb I, p. 39, Van den Berge 2016, p. 10 en Crommelin 2007, p. 228-230.

166 Vergelijk hoofdstuk 2, subparagrafen 3.5 en 3.6. Verder wijs ik vooruit naar hoofdstuk 6, subparagraaf 6.7.

167 ABRvS 13 april 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:997 en «JB» 2016/105).

168 ABRvS 14 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3165).

*heid dient te worden gesteld zijn beroepschrift op punten waarover in de tussenuitspraak een eindoordeel is gegeven nader te onderbouwen. De Afdeling heeft gebruik gemaakt van de in de artikelen 8:51a en 8:80a van de Awb gegeven mogelijkheid om bij tussenuitspraak toepassing te geven aan de bestuurlijke lus. Met de bestuurlijke lus wordt beoogd binnen een redelijke termijn tot een definitieve beslechting van het geschil te komen. De wetgever heeft het belang van een finale geschilbeslechting onderkend en de bestuursrechter in artikel 8:41a van de Awb opgedragen daaraan zoveel mogelijk bij te dragen. Zonder toepassing van de bestuurlijke lus zou de raad na de enkele vernietiging van het plan door de Afdeling een nieuw besluit kunnen nemen met herstel van het geconstateerde gebrek, waartegen beroep zou kunnen worden ingesteld. Op die manier kent de beslechting van het geschil echter een langer tijdsverloop. In het kader van de toepassing van de bestuurlijke lus kunnen in de tussenuitspraak eindbeslissingen worden gegeven, zoals de Afdeling [op bepaalde punten] heeft gedaan. Gelet op de rechtszekerheid van de bij het geschil betrokken partijen en de efficiënte en finale geschilbeslechting past het in beginsel niet dat beroepsgronden die in de tussenuitspraak zijn verworpen nadien opnieuw worden beoordeeld. Daarmee zou immers het gezag van de tussenuitspraak op dit punt worden miskend en het doel van de bestuurlijke lus worden ondermijnd. Voor zover [appellant 1] heeft betoogd dat hij ongelijk wordt behandeld, overweegt de Afdeling dat ook de raad in beginsel is gehouden aan eindbeslissingen in de tussenuitspraak met betrekking tot het constateerde gebrek in het bestreden besluit. Van een ongelijke behandeling is derhalve geen sprake. Dat de raad de gelegenheid krijgt een gebrek in het bestreden besluit te herstellen is inherent aan de bestuurlijke lus. [cursivering DAV]*

Ik lees dit, kan dit volgen uit een oogpunt van de inrichting van het Awb-bestuursprocesrecht, maar wordt ondertussen vanuit het perspectief van dit onderzoek toch op een Leo Damen-achtige manier boos van wat hier staat. Hier staat in feite dat het uit een oogpunt van finalisering goed is om het bestuursorgaan de gelegenheid te geven een gebrek in het besluit te herstellen, maar dat het uit een oogpunt van finalisering onhandig is om ook de burger een tweede kans te bieden. Dit is de snelste weg naar een juridische oplossing met een eenzijdige nadruk op de wens tot finalisering. Ná toepassing van de bestuurlijke lus, klopt het allemaal wat hier staat, maar het gaat mij om wat het vergt om een bestuurlijke lus goed te kunnen toepassen. In 2010<sup>169</sup> weersprak ik Damen<sup>170</sup> nog op dit punt, in de vooronderstelling dat de rechter de eisende partij voldoende gelegenheid geeft zich uit te laten over het te geven finale oordeel, dus *voorafgaande* aan het inzetten van de bestuurlijke lus. Maar zoals gezegd ben ik steeds minder optimistisch over het realistisch gehalte van die verwachting die ik in 2010 nog koesterde. Wat hier misgaat is dat appellant niet *voorafgaande* aan de toepassing van de bestuurlijke lus in de gelegenheid is gesteld zijn beroepsgronden te verbeteren; als eenmaal het beroep tot bloei is gekomen, kan daarna de bestuurlijke lus worden toegepast. Want als eenmaal een tussenuitspraak is gedaan waarin beroepsgronden worden verworpen, zit de bestuursrechter in een vast stramien. In zo'n geval kan alleen in zeer uitzonderlijke gevallen worden teruggekomen van een

169 Verburg 2010C, p. 169.

170 Damen 2010, p. 277.



gegeven eindoordeel in de tussenuitspraak.<sup>171</sup> En ook nieuwe beroepsgronden na toepassing van de bestuurlijke lus ketsen in beginsel af op strijd met het (analoog toegepaste) artikel 6:13 van de Awb<sup>172</sup> of de goede procesorde.<sup>173</sup>

Eerder zeiden Schuurmans en ik hierover dat het positief valt te waarderen als het bestuursorgaan bij zijn reparatiepoging in het kader van de bestuurlijke lus ook de burger moet betrekken. Als dat gebeurt, omschrijft de rechter in de tussenuitspraak wat de burger in dat verband moet doen. Dat is mooi omdat dan wordt geëxpliciteerd wat eiser aan zijn zaak moet bijdragen.<sup>174</sup> Na enige tussenuitspraken waarin dit gebeurde<sup>175</sup> is die tendens echter kennelijk weer verdwenen. Ik zie zelden<sup>176</sup> meer tussenuitspraken waarin dit gebeurt. Als deze manier van expliciteren van wat de burger moet doen zelden of nooit wordt benut, is het geen volwaardig instrument om het probleem dat ik hier bespreek te lijf te gaan.

Problematisch aan de manier waarop de bestuurlijke lus wordt toegepast is dat het bestuur wel en de burger niet door de rechter wordt geholpen om zijn zaak tot bloei te brengen, waarna bestuursorgaan en rechter het risico lopen niet meer los te komen van de ingeslagen weg.

### 3.6 *Wel bewijsopdracht voor bestuursorgaan, niet voor de burger*<sup>177</sup>

Een veelgehoorde klacht over de bestuursrechtelijke procedure is dat de rechter op bewijsrechtelijk vlak partijen aan hun lot overlaat.<sup>178</sup> Pas in zijn uitspraak zegt hij dat het 'op de weg' van de ene of de andere partij had gelegen iets aannemelijk te maken, maar vóór dat moment heeft hij dat nooit benoemd.<sup>179</sup> Hét voorbeeld dat telkens in de literatuur wordt genoemd, is de Metselaarcasus. Deze uitspraak is vooral bijzonder in die zin dat daar zo open en bloot is opgeschreven hoe schraal de positie is waarin

171 Zie bijvoorbeeld (onder veel meer) ABRvS 24 augustus 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BR5704 en AB 2012/99 m.nt. R. Ortlep).

172 ABRvS 12 juni 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:CA2877 en AB 2013/239 m.nt. R. Ortlep). Ik ben niet zo gelukkig met deze keuze voor artikel 6:13 van de Awb als argument om nieuwe beroepsgronden na de bestuurlijke lus buiten te sluiten, maar laat dat hier verder buiten bespreking.

173 Rb. Midden-Nederland 18 juli 2013 (ECLI:NL:RBMNE:2013:3409).

174 Schuurmans en Verburg 2012, p. 135-136. Zo ook Schuurmans 2016, p. 512-513.

175 ABRvS 8 december 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BO6641 en AB 2011/125 m.nt. F.R. Vermeer), de burger moet van het bestuur de gelegenheid krijgen te reageren op het rapport van het bestuursorgaan, bijvoorbeeld met contra-expertise; rb. Utrecht 20 september 2010 (ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7760), de burger moet van het bestuur de gelegenheid krijgen het beroep op het gelijkheidsbeginsel te concretiseren; rb. Utrecht 12 augustus 2011 (ECLI:NL:RBUTR:2011:BR4927), de burger moet van het bestuur zo nodig de gelegenheid krijgen informatie over een bepaalde situatie aan te vullen.

176 Een recent voorbeeld is ABRvS 28 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:647), overweging 25.

177 Gedeeltelijk ontleend aan Schuurmans en Verburg 2012, p. 124-127.

178 Zo benoemd in Schuurmans 2009, p. 121.

179 Zie Barkhuysen, Damen e.a. 2007, paragraaf 11.3 Knelpuntenanalyse, p. 326 e.v.; zie ook paragrafen 10.2, 10.3 en 10.4 over ervaringen van procespartijen, p. 293 e.v., Marseille, De Waard en Laskewitz 2015 en Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015.

de bestuursrechter partijen de afgelopen jaren liet.<sup>180</sup> Het gaat om de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 1 juni 2005.<sup>181</sup> De Centrale Raad oordeelt dat

‘het bestuursprocesrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht [kent]. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden. Nu appellant zijn stellingen niet met enig bewijsmateriaal heeft onderbouwd, was er voor de rechter geen aanleiding om van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken.’

De opvatting in wetenschappelijke commentaren<sup>182</sup> over deze benadering van de bestuursrechter was de afgelopen jaren dat het van tweeën één is: óf het bestuursprocesrecht gaat toe naar wat de Awb-wetgever ooit voor ogen had: een rechter die actief op zoek gaat naar de materiële waarheid, óf het bestuursprocesrecht werkt toe naar een partijenproces. Voor dat laatste is echter wel nodig dat de bestuursrechter ‘aan partijen duidelijk [maakt] hoe de bewijsomvang en de bewijslastverdeling zijn bepaald. (...) Veel belangrijker dan het opnemen van materiële regels over bewijs is het garanderen dat partijen tijdens de procedures van besluitvorming, bezwaar en beroep duidelijkheid wordt verschaft over hun verantwoordelijkheid voor het verstrekken van gegevens en het leveren van bewijs.’<sup>183</sup>

Die keuze lijkt (met het NZB-programma, maar ook daarbuiten) inmiddels gemaakt: het bestuursrechtelijke proces is een partijenproces geworden. De rechter wendt nog steeds weinig eigen onderzoeksbevoegdheden aan om zelf de materiële waarheid op te sporen, maar hij is actief in het regisseren van partijen in hún zoektocht naar het aannemelijk maken van de in geding zijnde feiten.<sup>184</sup> Pas als partijen genoeg werk hebben gemaakt van hun bijdragen aan de feitenvaststelling, zet de bestuursrechter – en dan nog in zeer beperkte gevallen – eigen onderzoeksbevoegdheden in. De Derde evaluatie van de Awb is als een keerpunt te beschouwen. In het kader van dat onderzoek bepleitte de onderzoeksgroep over de feitenvaststelling in beroep nog de terugkeer van de actief naar de materiële waarheid zoekende rechter, maar concludeerde de Evaluatiecommissie dat er tendensen in de richting van een partijenproces waren.<sup>185</sup> Die laatste ontwikkeling heeft zich dus onder de NZB en nu de Professionele standaarden doorgezet.

180 Verburg 2010A, p. 275.

181 CRvB 1 juni 2005 (ECLI:NL:CRVB:2005:AT7174 en «JB» 2005/237 m.nt. D.W.M. Wenders). Uitgebreid besproken in Schuurmans 2016.

182 Zie bijvoorbeeld De Graaf, Schuurmans en Tollenaar 2007 en Schueler 2009A.

183 Schueler 2009A, p. 579.

184 Schuurmans 2016, p. 514 en 522.

185 Zie uitgebreider Verburg 2009, p. 240-241 met verwijzingen naar Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 73, 331-332 en 337-340 en de Evaluatie Awb III 2007, p. 26-27, 33 en 69-70. Zie ook Schuurmans 2009, met name paragrafen 3.3 en 4.2.4.

Met de NZB en de Professionele standaarden beoogt de bestuursrechter ook een grotere transparantie in het bestuursrechtelijke bewijsproces te bewerkstelligen. De bestuursrechter geeft hiermee dus als het goed is antwoord op een maatschappelijk gevoeld en wetenschappelijk becommentarieerd tekort in de procedure zoals die voorheen gebruikelijk was. Het moment waarop een partij te horen krijgt dat zij nog bewijs moet inbrengen om succes te behalen, wordt vervroegd van de uitspraak naar de zitting, inclusief de mogelijkheid om ná die zitting dat bewijstekort nog recht te zetten. Bewijslevering in beroep hoort onder de NZB en de Professionele standaarden werkelijk tot wasdom te komen. Blijkt op de zitting dat aan het geschil tussen partijen onenigheid over de feiten ten grondslag ligt, dan is het de bedoeling dat de bestuursrechter partijen informatie geeft over de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de 'bewijstussenstand'.<sup>186</sup> Met dat laatste is bedoeld dat hij een voorlopig oordeel geeft over wat partijen tot nu toe aan bewijs hebben ingebracht. Daaruit vloeit voort dat minstens één partij nog bewijsmateriaal moet verzamelen om succes te behalen. Als het bewijstekort ligt aan de zijde van het verwerende bestuursorgaan, ligt een formele of informele bestuurlijke lus voor de hand. Als het bewijstekort ligt aan de zijde van de appellerende burger, is het geëigende instrument een 'bewijsopdracht', een geëxpliciteerde en zo mogelijk ook gespecificeerde mogelijkheid om bewijs in te brengen. De bestuursrechter zal een formele bestuurlijke lus opnemen in een tussenuitspraak (artikel 8:80a van de Awb) en een informele bestuurlijke lus of zo'n bewijsopdracht aan de burger neerleggen in een zogeheten verkort proces-verbaal van de zitting. Dat laatste is een beknopte samenvatting van het verhandelde op de zitting met uitsluitend de op de zitting gemaakte afspraken of de op de zitting gegeven opdracht. Dat verkorte proces-verbaal wordt per griffiersbrief kort na de zitting aan partijen toegezonden, zodat geen discussie kan ontstaan over wat er nu nog precies moet gebeuren. Omdat de zitting ten opzichte van het oude stelsel met maanden is vervroegd, is het ook reëler dat partijen nog bewijsmateriaal weten te vergaren.

Allereerst wil ik aandacht vragen voor de verhouding tussen de NZB/de Professionele standaarden in eerste aanleg en de rechtspraak in hoger beroep. Als nu de bestuursrechters in eerste aanleg zich voornemen om ernstig werk te maken van bewijsvoorzichting, mogen partijen daar dan ook vast op rekenen? Heeft de bestuursrechter dus een voorlichtings*plicht* op het bewijsvlak? Voor het antwoord op die vraag is de opstelling van de appelrechters cruciaal. De hogerberoepsrechters eisen op dit vlak echter nog niet veel van de eerstelijnsrechters. In zijn uitspraak van 8 april 2011<sup>187</sup> herhaalt de Centrale Raad bijvoorbeeld in grote lijnen zijn uitspraak van 1 juni 2005.<sup>188</sup> Naar de huidige stand van zaken staat het de rechtbank dus nog vrij al of niet bewijsvoorzichting aan de burger te geven. Ik zeg hier 'de burger' omdat de 'bewijsopdracht' aan het bestuursorgaan wel degelijk genormeerd is. Bij dat laatste komen in beeld

186 Zie Professionele standaard 5 onder 2.5 van de Professionele standaarden van de bestuursrechter ([www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)): 'De bestuursrechter licht partijen waar nodig voor over het juridische beoordelingskader en hun bewijspositie.'

187 CRvB 8 april 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0845).

188 Hiervoor besproken.

de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 3 november 2010.<sup>189</sup> Daarin zei hij uitdrukkelijk dat als de rechter denkt over vernietiging, hij eerst moet bezien of een bestuurlijke lus (formeel of informeel) mogelijk is en ook verantwoording moet afleggen ('op kenbare wijze') van zijn streven naar finale geschilbeslechting. Dat wil zeggen dat als de bewijspositie van het bestuursorgaan tekortschiet (een zorgvuldigheidsgebrek zoals genormeerd in artikel 3:2 van de Awb) de bestuursrechter in beginsel gehouden is dat te expliciteren en via een (formele of informele) bestuurlijke lus te laten repareren. Ik lees hierin: een bewijsopdracht aan het bestuursorgaan. Deze uitspraken van 3 november 2010 enerzijds en 1 mei 2005 en 8 april 2011 anderzijds lijken met elkaar op gespannen voet te staan. Ondenkbaar moet het toch zijn dat de bestuursrechter wél openlijk over een gebrek in de bewijspositie naar het bestuursorgaan moet zijn (kenbaarheid van het gebrek in het kader van de bestuurlijke lus), maar dat niet hoeft te zijn naar de appellerende burger. Hopelijk geeft de uitspraak van 8 april 2011 een transitiefase weer. Het lijkt logisch dat het geven van bewijsvoorzichting in de toekomst voor de bestuursrechter niet vrijblijvend is en dat dat gelijkelijk naar beide partijen geldt. Ook hier geldt weer dat het in het bestuursprocesrecht logisch is dat er verschillen zijn in de procespositie van het bestuursorgaan enerzijds en de burger anderzijds, maar op het vlak van voorlichting van de bestuursrechter over de zwakte in de bewijspositie van de ene of de andere partij ontbreekt die logica. Ik mis hier dus de logica als ik uitga van twee of meer zo veel mogelijk gelijkwaardige partijen bij de rechter.

Ook de uitvoering van de werkwijze zoals die met de NZB was beoogd valt bij de bestuursrechter in de eerste lijn tegen. Uit het onderzoek van Marseille c.s. blijkt dat bestuursrechters uit zichzelf weinig ingaan op bewijskwesties:<sup>190</sup>

'We kunnen concluderen [...] dat als partijen van mening verschillen over de feiten, dat bijna steeds onderwerp van gesprek is tijdens de zitting. *Het komt echter weinig voor dat de rechter expliciet zegt of aan de orde stelt hoe de bewijslastverdeling is*, en nog minder vaak wiens visie op de feiten hij – gezien de onderbouwing van de standpunten van beide partijen – naar zijn voorlopig oordeel zal volgen. *Uitzonderingen daargelaten, ontstaat alleen discussie over de vraag of een of beide partijen de kans moeten krijgen hun standpunt over de feiten nader te onderbouwen, als de rechter de bewijslastverdeling aan de orde heeft gesteld*. Wordt die discussie gevoerd, dan leidt dat nogal eens tot de heropening van het vooronderzoek. [cursivering DAV]'

In dit onderzoek wordt neutraal gesproken over partijen. De 163 door de onderzoekers bezochte behandelingen op de zitting van zaken vonden plaats in de tweede helft van 2013. Als ik dan zie dat op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) in die periode<sup>191</sup> al zo'n vijftig tussenuit-

189 CRvB 3 november 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BO3642 en AB 2010/341 m.nt. A.T. Marseille, ECLI:NL:CRVB:2010:BO3646 en AB 2011/343 m.nt. A.M.L. Jansen en (tussenuitspraak) ECLI:NL:CRVB:2010:BO4110 en «JB» 2011/11).

190 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 34-36, 52-54 en vooral p. 71-76 (geciteerde passage p. 75-76), 129, Marseille, De Waard en Laskewitz 2015, p. 2010-2011, 2013-2014.

191 Ik heb gezocht op de periode 1 juli 2013 tot en met 1 februari 2014, omdat de uitspraken vaak nog na de periode van de onderzochte zittingen zullen zijn gedaan.

spraken zijn gepubliceerd (terwijl, zoals bekend niet alle uitspraken worden gepubliceerd), waarvan standaard een groot deel een zorgvuldigheidsgebrek/onvoldoende feitenonderzoek betreft,<sup>192</sup> durf ik te concluderen dat het niet zo is dat *partijen* weinig bewijsvoorlichting krijgen van de rechter, maar dat de burger weinig bewijsvoorlichting krijgt en het bestuursorgaan regelmatig wel, namelijk via de bestuurlijke lus.<sup>193</sup> Bedenk daarbij wel dat de 'bewijsopdrachten' aan de burger en de 'bewijsopdrachten' aan het bestuur via een informele bestuurlijke lus zich onttrekken aan zoekopdrachten op rechtspraak.nl; die zijn niet terug te vinden.

Net als in de vorige subparagraaf is hier problematisch dat de bewijsvoorlichting van de rechter eenzijdig is, namelijk via de bestuurlijke lus wel in feite bewijsopdrachten aan het bestuursorgaan, maar niet of nauwelijks aan de burger.<sup>194</sup>

#### 4 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de finaliseringstendens in de bestuursrechtspraak sinds ongeveer 2007 aan bod gekomen. Als definitie is gebruikt dat een uitspraak het geschil definitief beslecht indien die uitspraak duidelijk maakt welk besluit voor de toekomst moet gelden. Gesignaleerde cultuuromslagen in het denken over finalisering betroffen (a) de verlegging van de focus van zelf in de zaak voorzien naar alle varianten van finale geschilbeslechting, ook het instandlaten van de rechtsgevolgen, (b) het veranderen van denken over finale geschilbeslechting als 'iets dat je helemaal aan het einde doet' naar een denken dat het hele proces doordeesemt en (c) het veranderen van het geschil van gesprek over de toetsing naar een gesprek over de toetsing en de finale-geschilafdoeningsmodaliteiten.

Als knelpunten zijn geconstateerd:

- een te gemakkelijk passeren van het gebrek met toepassing van artikel 6:22 van de Awb, waarbij het verdedigingsbelang van de burger uit het oog kan worden verloren en de rechter verantwoordelijkheid voor de afdoening te veel naar zich toe kan trekken (hierbij is opgemerkt dat deze problemen onder invloed van nieuwe rechtspraak mogelijkterwijs kunnen verschuiven naar de beslissing al of niet de rechtsgevolgen in stand te laten),
- een tekortschietend verschil tussen het passeren van een gebrek en het instandlaten van de rechtsgevolgen, waarbij onvoldoende oog is voor de communicatieve waarde die van beide dicta kan uitgaan,
- een onduidelijkheid over de vraag wanneer zelf in de zaak kan worden voorzien, zodat partijen zich onvoldoende kunnen prepareren op wat hun te wachten staat

192 Ik heb niet al die vijftig uitspraken afzonderlijk bekeken om vast te stellen of het in feite een 'bewijsopdracht' aan het bestuursorgaan was, maar ga uit van het onderzoeksgegeven dat veel tussenuitspraken zorgvuldigheidsgebreken betreffen: Backes e.a. 2014A, p. 61.

193 Schuurmans 2016, p. 522.

194 Vergelijk Schueler 2015, p. 399-400.

- en een mogelijk gebrek aan de mogelijkheid hun zegje te kunnen doen over het zelf in de zaak voorzien waarvoor de rechter uiteindelijk kiest,
- een ongelijkheid in de positie van de burger ten opzichte van die van het bestuursorgaan in die zin dat het bestuur wel en de burger niet van de rechter te horen krijgt of en hoe zijn argumentatie of bewijs voor verbetering vatbaar is.

# HOOFDSTUK 5 | BEWIJSRECHT

*'Wanting to transport  
knowledge via the routes  
of law would be like  
trying to fax a pizza'*

B. Latour<sup>1</sup>

## 1 INLEIDING

De vragen die voor mij leidend zijn in dit hoofdstuk zijn:

- of een inrichting van de procedure bij de bestuursrechter waarin finale geschilbeslechting wel veel, maar bewijsrecht weinig aandacht krijgt, een gebrekkig systeem is, en daarmee samenhangend,
- of het met die focus op finaliteit niet een systeem is geworden waarin de aandacht meer uitgaat naar het brengen van de besluitvorming tot een eindpunt (en daarmee impliciet het 'helpen' van het bestuursorgaan) dan naar het vooruit helpen van het beroep (het 'helpen' van de burger).

De bestuursrechter streeft er zeker niet doelbewust naar het bestuursorgaan te helpen, maar door wel nadruk te leggen op finale geschilbeslechting en geen of onvoldoende aandacht te geven aan bewijsrechtelijke kwesties, komt hij toch snel in een positie die meer verwantschap heeft met de positie van het bestuursorgaan dan die van de burgerpartij.

Het bewijsrecht doordeesemt de procedure en bewijsrecht wordt indringend beïnvloed door de procedure: *'[...] nothing is quite so imbedded in a legal system as the procedure for proof and trial, because most of what a legal system does is to decide matters of proof – what we call fact-finding.'*<sup>2</sup> Verwaarlozing van het bewijsrechtelijk systeem bergt het risico in zich dat onevenwichtigheden ontstaan in die *fact-finding*. Meer aandacht voor bewijsrechtelijke kwesties zou voor een deel kunnen voorkomen, zo is mijn gedachte, dat de focus van de bestuursrechter op finaliteit verwordt tot 'bestuurtje helpen'.

Ik zeg hier dat bewijsrecht nog te veel wordt verwaarloosd. Vaak vindt discussie over bewijsrechtelijke kwesties nog te veel plaats in het domein van de intuïtie. Toch moet ik zeker ook erkennen dat de laatste jaren wel meer aandacht voor bewijskwesties bestaat. Als belangrijk markeerpunt zie ik het proefschrift van Schuurmans.<sup>3</sup> Ik verwijs

1 Latour 2010, p. 268.

2 Langbein 1978.

3 Schuurmans 2005.

als voorbeeld verder naar de conclusie van staatsraad A-G Keus over bewijskwesities in boetezaken.<sup>4</sup> Er gebeurt zeker het een en ander op dit vlak, maar over het geheel signaleer ik nog een tekort aan aandacht voor bewijsrechtelijke kwesties in de dagelijkse praktijk van de bestuursrechter.

In paragraaf 2 bespreek ik de stand van zaken van het huidige bestuursrechtelijk bewijsrecht. In paragraaf 3 komt de vraag aan de orde hoe dat systeem in de dagelijkse rechtspraak tot uiting komt of niet. Deelonderwerpen zijn hier (3.2) – kort – de vraag of bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid soelaas zou kunnen bieden, (3.3) de wending sinds ongeveer 2004 naar een systeem waarin bewijsvoering ten overstaan van de rechter de hoofdmoot van de bestuursrechtelijke procedure is geworden, ook al vindt een groot deel van de bindende feitenvaststelling in de bestuurlijke fase plaats, (3.4) (het gebrek aan) bewijsvoorlichting door de rechter, (3.5) (de verwaarlozing van) het belang van getuigenbewijs en (3.6) deskundigeninbreng van bestuursorgaan, burger en rechter. Paragraaf 4 is de conclusie.

## 2 BESTUURSRECHTELIJK BEWIJSRECHT NAAR DE HUIDIGE STAND VAN ZAKEN<sup>5</sup>

### 2.1 *Inleiding*

In deze paragraaf beschrijf ik de huidige stand van zaken van het bestuursrechtelijke bewijsrecht. Ik noem het nadrukkelijk een momentopname, omdat juist dit terrein de afgelopen jaren in de literatuur behoorlijk in beweging is geweest en ook de komende jaren nog zal blijven.

Bij de introductie van de Awb was het beeld dat de wetgever de praktijk meegaf over feitenvaststelling en bewijsrecht als volgt: de bestuursrechter is een actieve rechter die op zoek gaat naar de materiële waarheid.<sup>6</sup> De bestuursrechter kreeg daarom in de Awb ook een indrukwekkende machinerie met onderzoeksbevoegdheden, afdeling 8.2.2. Dit beeld van de wetgever is niet verwezenlijkt. Het bewijsrecht is meer en meer een partijenproces geworden.<sup>7</sup> Maar binnen dat langzaam toegroeien naar een partijenproces, is wel een ontwikkeling te zien. Komend vanaf het beeld dat de bestuursrechter actief zelf op zoek zou gaan naar de waarheid, is de bestuursrechter steeds minder gaan doen aan eigen onderzoek. Daarmee liet hij partijen, in de woorden van Schuurmans, in de steek:<sup>8</sup> noch ging de bestuursrechter zelf op zoek naar de feiten, noch hielp hij partijen in hun zoekproces naar de feiten, terwijl ook de Awb zelf geen aanknopingspunten biedt voor bewijsrechtelijke kwesties. Langzamerhand werd duidelijk dat die knoop moest worden doorgemaakt: óf de rechter zou alsnog zijn taak zoals omschreven in de wetgeschiedenis van de Awb oppakken óf hij zou par-

4 Conclusie staatsraad A-G Keus 12 april 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1034).

5 Delen van deze paragraaf zijn vertaald en gewijzigd ontleend aan Verburg en Schueler 2014.

6 PG Awb II, p. 175.

7 Schuurmans en Verburg 2012, p. 124-125. Zie uitgebreid Schlössels 2009B, p. 207-210 en 212-217.

8 Schuurmans 2009, p. 121. Vergelijk ook: Damen 2006, p. 21-31.



tijen meer regie en bewijsvoorlichting moeten bieden.<sup>9</sup> Het bestuursrechtelijk bewijsrecht is in mijn ogen op weg naar dat laatste. We hebben dan een bestuursrechter die niet actief is in het zelf op zoek gaan naar de relevante feiten, maar die wel actief is in het regisseren van partijen in hún zoektocht daarnaar.

Tot het materiële bewijsrecht behoren de vraagstukken over de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de bewijswaardering, inclusief de regels die bepalen welke middelen toelaatbaar zijn om een bepaald feit te bewijzen. Tot het formele bewijsrecht behoren de regels over de wijze van bewijsvoering in het proces. In deze paragraaf bespreek ik achtereenvolgens kort bewijsomvang, bewijslastverdeling, bewijsmiddelen en bewijswaardering, alle zo veel mogelijk vanuit het bestuursrecht als geheel, met soms een uitstapje naar een deelterrain. Vervolgens introduceer ik bewijsvoering, inclusief tijdigheid van bewijs, eveneens kort. In het verlengde van dat kader bespreek ik stel- en adstructieplicht, een onderwerp dat maar moeilijk is te plaatsen in het bestuursrechtelijke bewijsrecht.

De wetgever heeft er bij het ontwerpen van de Awb voor gekozen geen bewijsrecht op te nemen in hoofdstuk 8 van die wet. De rechterlijke fase wordt dus niet beheerst door een 'eigen' bewijsrecht. De wetgever vond met name dat het streven naar de materiële waarheid, ongelijkheidscompensatie en de beoogde hoge mate van rechterlijke activiteit als kenmerken van het bestuursprocesrecht – alle in afwijking van het civiele procesrecht – pleiten tegen een schakelbepaling waarin het civiele bewijsrecht van met name artikelen 149 en 150 Rv van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Sterker, de wetgever vond het daarom onwenselijk om te veel bewijsrecht in hoofdstuk 8 van de Awb op te nemen.<sup>10</sup>

Zoals gezegd is er inmiddels wel een bewijsrechtelijk systeem gegroeid in het bestuursrecht. Ik gebruik de volgende werkdefinities van enige bewijstermen:<sup>11</sup>

- bewijsomvang                      dat wat gelet op wat door een partij is gesteld of betoogd, moet worden bewezen;
- stelplicht                              de plicht (met name voor de appellerende burger) een bepaalde feitenconstellatie te claimen of juist te betwisten, teneinde deze deel te laten uitmaken van de bewijsomvang;
- adstructieplicht                      de plicht (met name voor de appellerende burger) zo mogelijk bepaalde gegevens aan te dragen die de door hem geclaimde feitenconstellatie ondersteunen of zijn betwisting van een door een andere partij geclaimde

9 Dit debatpunt is ook terug te vinden in het verschil van inzicht tussen het deelonderzoek over feitenvaststelling en bewijsrecht ten behoeve van de Derde evaluatie enerzijds en het Commissierapport van die evaluatie anderzijds. Zie Evaluatie Awb III 2007, p. 24-28.

10 PG Awb II, p. 169-176. Zie verder Schuurmans 2009, p. 132.

11 In navolging van Schuurmans 2005, met name hoofdstuk 2, p. 15-35; verder Verburg 2008, p. 163-164, en Verburg 2009, p. 245-246.

- feitenconstellatie ondersteunen; het gaat hierbij om een 'begin van bewijs';
- bewijslast                    het samenstel van bewijsrisico en bewijsvoeringslast;
  - bewijsrisico                het risico dat een bepaalde partij, indien zij er niet in slaagt de (betwiste) feiten aannemelijk te maken, er de nadelen van draagt dat zij niet zijn komen vast te staan;
  - bewijsvoeringslast        (als synoniem: bewijsleveringslast) de verplichting voor een partij de benodigde gegevens in te brengen om het zich voordoen van gestelde feiten aannemelijk te maken dan wel om twijfel te zaaien bij het zich voordoen van door een andere partij gestelde feiten; het is slechts een 'plicht' in zoverre dat men hieraan moet voldoen, wil men succes behalen;
  - tegenbewijs                bewijs dat de juistheid van het bewijs van de andere partij ondergraaft, in twijfel trekt ('zo is het niet');
  - tegendeelbewijs            bewijs dat een andere situatie/feitenconstellatie aannemelijk maakt dan die die door de tegenpartij is gesteld ('het is niet zo, maar zo').

## 2.2            *Bewijsomvang*

In de werkdefinities in subparagraaf 2.1. is de bewijsomvang voorlopig bepaald op 'dat wat gelet op wat door een partij is gesteld of betoogd, moet worden bewezen'. Dat is in het kader van bewijsrecht een adequate beschrijving, maar behoeft in het kader van de bestuursrechtelijke beroepsprocedure nadere bespreking. Aangezien we in het bestuursprocesrecht een vernietigingsberoep kennen<sup>12</sup>, is in het bestuursrechtelijk geding de kern<sup>13</sup> van de bewijsomvang dat:

- in het samenstel van het primaire besluit en het in beroep bestreden besluit<sup>14</sup> toepassing wordt gegeven aan een bepaalde wettelijke bevoegdheid, neergelegd in een of meer wettelijke voorschriften,
- in die wettelijke voorschriften bepaalde termen worden gebruikt die vervuld moeten zijn om tot toepassing van die wettelijke bevoegdheid over te gaan,
- het vervuld-zijn van die termen afhangt van een bepaalde set feiten en
- die set feiten de bewijsomvang bepaalt, althans voor zover de beroepsgronden aanleiding geven om die feiten in de rechterlijke beoordeling te betrekken.<sup>15</sup>

12 Artikel 8:1, 8:70 en 8:72 van de Awb.

13 Dit gaat over de hoofdregel van bestuursrechtelijk bewijs. In de hierna te bespreken bewijslastverdeling komt bijvoorbeeld ook de categorie 'beroep op een uitzondering' voor en de bewijsomvang die hoort bij die categorie volgt niet dit schema.

14 Gemakshalve uitgaande van de standaardprocedure van primair besluit – bezwaar – beslissing op bezwaar – beroep bij de rechter.

15 Hier heb ik de keuze gemaakt het vooral passend voor de bevoegdheidsvoorwaardenkant op te schrijven. Voor de bevoegdheidsaanwendingskant kunnen bij beleidsvrijheid iets andere vragen spelen bij het bepalen van de bewijsomvang, maar dat zou in mijn ogen dit schema wel complexer maken, maar niet veel beter.

Wat zich bij die set feiten als eerste aandient, zijn wat ik maar even noem de basisfeiten, direct samenhangend met de termen die in de wetsbepalingen worden gebruikt. Ik bedoel daarmee de feiten die zich direct lenen voor de subsumptie in het klassieke syllogisme. Als de wetsbepaling (kort samengevat) zegt dat diegene die verzekerd is en arbeidsongeschikt, recht heeft op een arbeidsongeschiktheidsuitkering<sup>16</sup>, betreffen de feitelijke antwoorden op de vragen of iemand 'verzekerd' en 'arbeidsongeschikt' is, die basisfeiten. Dat gaat bijna altijd over een overzichtelijk aantal. Onder die basisfeiten ligt echter een baaierd aan 'feitelijke feiten'. Er zijn duizenden medische (somatiscche en psychische) feiten die tezamen 'arbeidsongeschiktheid' kunnen constitueren. Vaak wordt in het bestuursrecht die baaierd aan potentieel relevante feiten dan weer geordend door nadere regelgeving en andere operationalisering, zoals, binnen dit voorbeeld, het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten en een computerprogramma met een database van functiebeschrijvingen, het CBBS. Dat is het Claimbeoordelings- en borgingssysteem dat het Uvw hanteert bij arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen. Hoe nauw of ruim die nadere regelgeving en operationalisering ook is, bij in ieder geval de eisende partij (burger) en vaak ook bij het bestuursorgaan bestaat in menig bestuursrechtelijk geding onzekerheid over wat relevante feiten zijn, omdat de bewijsomvang geen 'vorgegeven' set van feiten omvat. Dat is geen kritiek op het bestuursrechtelijk systeem of pleidooi voor een verdergaande specificering van de relevante feiten, maar een constatering die hoort bij de bestuurlijke component van het bestuursrecht: het materiële bestuursrecht probeert een aspect van het maatschappelijk leven te beïnvloeden, te reguleren (sociale zekerheid, sociale verzekering, bouwen, marktwerking, onderwijs, kunst, verblijf in Nederland, etc.) en de maatschappelijke veelvormigheid en meerduidigheid komt dus terug in rechtsgedingen over die regulering en daarmee in de bewijsomvang. Ten slotte is ook niet bedoeld hiermee te zeggen dat dat enorm arsenaal aan feiten die allemaal tot de bewijsomvang kunnen gaan behoren principieel anders is dan in het civiele recht of strafrecht; ook daar komen de maatschappelijke veelvormigheid en meerduidigheid de rechtsgedingen binnen. Waar het om draait is dat het voor partijen moeilijk te doorgronden is welke feiten tot de bewijsomvang behoren.

Zoals ik hierboven via een aantal gedachtestreepjes toewerkte naar een omschrijving van de bewijsomvang, maakt al duidelijk dat het begint bij het besluit en dat pas op het eind de beroepsgronden een belangrijke rol blijken te hebben. In het dagelijkse werk doet de rechter dat andersom: hij begint bij de beroepsgrond en bepaalt aan de hand daarvan welke feitenvaststellingen van het bestuursorgaan hij moet beoordelen in deze zaak. Wat je hier ziet is – in termen van Schreuder-Vlasblom – het tweepolige procesrecht:<sup>17</sup> centraal staat in een vernietigingsberoep de rechtmatigheid van een besluit, maar de beroepsgronden bepalen uiteindelijk over welke feiten we het in de rechtszaak moeten hebben, de bewijsomvang. Daarbij hoeft de burger in zijn beroepsgronden niet zo zeer de feiten zelf te bestrijden, al helpt dat vaak wel natuurlijk; als hij een beroepsgrond aanvoert, bepaalt dat het twistpunt en dat maakt dat bepaalde feitenvaststellingen van het bestuursorgaan in het geding worden getrokken. We hebben

16 Onder andere artikelen 16-18 van de WAO en artikelen 4-7 en 47-48, van de Wet wia.

17 Schreuder-Vlasblom 2010.

tenslotte een grondenstelsel. Een beroepsgrond is in dit verband elke feitelijke stelling die of elk juridisch betoog dat zich specifiek keert tegen het bestreden besluit.<sup>18</sup> Bij feitelijke stellingen is het bepalen van de bewijsomvang betrekkelijk rechttoe, rechtaan. Bij juridische betogen ligt het wat complexer. Het is dan in het kader van artikel 8:69, tweede lid, van de Awb de taak van de bestuursrechter om het juridische betoog te vertalen naar de achterliggende feitelijke problematiek en die feitelijke problematiek als grond op te vatten, daarop vervolgens het toepasselijke recht los te laten en dan te bezien tot welk oordeel dat leidt (dat kan dus zijn het beoordelen van wat het bestuursorgaan wel heeft gedaan of het aan de kaak stellen van iets wat het bestuursorgaan heeft nagelaten).<sup>19</sup>

### 2.3 *Bewijslastverdeling*<sup>20</sup>

#### **a. Besluit op aanvraag of ambtshalve besluit**

De bestuursrechter heeft dus geen eigen bewijsrecht. Ook in de bestuurlijke fase ontbreekt een expliciete ‘bewijslastverdeling’, maar daar is wel een basale taakverdeling tussen bestuursorgaan en burger ter beantwoording van de vraag aan wie het is om feiten te vergaren in die bestuurlijke fase. De bestuursrechter heeft vooral in die taakverdeling in de bestuurlijke besluitvormingsfase inspiratie gezocht. Het bestuursrechtelijk bewijsrecht zoals dat in de beroepsfase geldt, wordt ‘opgetrokken’ uit de verhouding tussen onderzoeksplicht en verantwoordelijkheid voor de juistheid van de feitenvaststelling aan de zijde van het bestuursorgaan (artikel 3:2 van de Awb) enerzijds en de verplichting om nodige en voor hem redelijkerwijs verkrijgbare informatie aan te dragen aan de zijde van de aanvrager (artikel 4:2, tweede lid, van de Awb) anderzijds. Het artikel 4:2, tweede lid, van de Awb, dat hier vaak wordt genoemd, staat eigenlijk model voor een veel breder scala aan specifieke, in bijzondere regelgeving opgenomen, aanvraagverplichtingen.<sup>21</sup>

Dit – op zichzelf redelijk onomstreden<sup>22</sup> – systeem waarbij het rechterlijke bewijsrecht wordt opgetrokken uit de verdeling van verantwoordelijkheden voor de feitenvergaring in de bestuurlijke besluitvormingsfase, heeft dus als belangrijkste onderscheid of een besluit ambtshalve wordt genomen of op aanvraag. Bij ambtshalve besluiten draagt in beginsel steeds het bestuursorgaan de bewijslast. Dit wordt nog sterker als het gaat om besluiten met een punitief of belastend karakter. Bij besluiten op aanvraag rust op de aanvrager de bewijslast voor de aanvraaggegevens (gegevens die hij volgens de wettelijke voorschriften moet overleggen of die noodzakelijk zijn voor de

---

18 Verburg 2008, p. 115.

19 Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 maart 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AV2966) overweging 2.5, en (impliciet) ABRvS 9 augustus 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AY5921 en AB 2006/366 m.nt. A. Tollenaar) overweging 2.2. Deze problematiek, die behoort tot het leerstuk van de bepaling van de omvang van het geding en daarbinnen tot de strekking van het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden, wordt hier verder onbesproken gelaten. Zie verder Brugman 2010, p. 121-122.

20 Deze subparagraaf is een bewerking van de bespreking van bewijslast in Verburg 2009 en Verburg 2010A.

21 Zie hierover Schuurmans 2005, p. 47 e.v.

22 Zie voor tegengeluiden Schlössels 2009A, p. 39-52.

beoordeling van zijn aanvraag én redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd), terwijl het bestuursorgaan de bewijslast draagt voor alle andere benodigde gegevens. Men noemt dit vaak de 'hoofdregel van bestuursrechtelijk bewijs'.<sup>23</sup>

Onafhankelijk van de vraag op welke partij de bewijslast rust, brengt artikel 3:2 van de Awb tot uitdrukking dat het bestuursorgaan altijd verantwoordelijk is voor de juistheid van de feitenvaststelling. Het bestuursorgaan is verplicht om bij de uitoefening van zijn bevoegdheden, met inachtneming van het algemeen belang, de feiten vast te stellen. Die feitenvaststelling is immers benodigd om tot besluitvorming te komen. Hieruit volgt in de eerste plaats dat de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan de regel is en de plicht van een burger om gegevens of informatie bij te brengen de uitzondering. Zonder heldere (wettelijke, op de wet gebaseerde of systemische<sup>24</sup>) aanleiding komt men aan een uitzondering niet toe. Belangrijk om vast te houden is daarom dat het bestuursorgaan gelet op zijn bevoegdheid en plicht om in een besluit de feiten bindend vast te stellen, altijd verantwoordelijk blijft voor de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling; op zichzelf bezien is dat dus los van de vraag of het de bewijslast draagt of niet. Bij (aspecten van) een bevoegdheidsuitoefening waar de bewijslast op de burger rust, verplaatst de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor de kwaliteit van de feitenvaststelling zich naar het zo goed mogelijk informeren van de burger over wat die moet doen om aan zijn bewijslast te voldoen. Ook die plicht van het bestuursorgaan is een uitoefening van zijn in artikel 3:2 opgenomen plicht. Illustratief is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 17 augustus 2005:<sup>25</sup> 'De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat appelland op het aanvraagformulier niet had vermeld dat hij geen geldige verblijfsstatus heeft, nu het formulier daarover geen vragen bevat. Voorts kan op het formulier niet worden aangegeven van welke aard het inkomen is en hoe lang dat al wordt genoten. Appelland mocht er van uitgaan dat hij door beantwoording van de vragen op het door de minister vastgestelde formulier alle benodigde gegevens heeft verstrekt en daarmee heeft voldaan aan art. 4:2 lid 2 Awb. Terecht heeft de minister het als zijn plicht gezien onderzoek te doen naar de verblijfsstatus van appelland en daartoe bij de gemeente gegevens uit de GBA opgevraagd. Gelet op de uitkomst van dit onderzoek en de door appelland op het formulier verstrekte gegevens lag het echter eveneens op zijn weg nader onderzoek te verrichten naar de uitzondering op het bepaalde bij art. 10 Huursubsidiwet.'

Ook als op een burger de verplichting rust zijn aanvraag van de benodigde gegevens te voorzien (een plicht gebaseerd op artikel 4:2, tweede lid, van de Awb), blijft het bestuursorgaan dus op een bepaalde manier verantwoordelijk; het kan niet achteroverleunen totdat de burger 'zijn ding doet', maar moet verduidelijken en faciliteren. Vooral bij een besluit op aanvraag komt wel een hoge mate van verplichting, met bijbehorend bewijsrisico als hem dat niet lukt, op de burger te rusten om bewijsmateriaal

23 Schuurmans 2005, hoofdstukken 4 en 5; Schuurmans 2004, p. 213 e.v.

24 Een belangrijke systemische aanleiding ligt in het beroep op een zelfstandige norm/uitzondering; zie hierna onder b.

25 ABRvS 17 augustus 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AU1094 en AB 2006, 147 m.nt. NV).

aan te dragen om zijn aanvraag te ondersteunen. Maar het bestuursorgaan mag hem niet in de kou laten staan.

Artikel 3:2 van de Awb kent in dit verband dus twee gezichten. Het bestuursorgaan moet voor zover de bewijslast rust op de burger door het stellen van vragen of het vaststellen van een formulier de burger duidelijk maken wat van hem wordt verwacht.<sup>26</sup> De verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor een juiste feitelijke grondslag van zijn besluit betekent dus niet dat hij alle benodigde informatie zelf moet opsporen. Ook als op een burger de verplichting rust zijn aanvraag van de benodigde gegevens te voorzien (en hij in zoverre de 'bewijslast' draagt), blijft het bestuursorgaan dus op een bepaalde manier verantwoordelijk; het moet verduidelijken en faciliteren.

In eerdere publicaties heb ik als tweede afzonderlijke factor in de bewijslastverdeling 'de strekking van de materiële wet en de aard van de uitgeoefende bevoegdheid' onderscheiden.<sup>27</sup> Ik kom daar gedeeltelijk van terug.<sup>28</sup> Reden is dat dit niet zozeer een factor, als wel een metafactor is. Daarmee bedoel ik dat met behulp van deze (meta) factor niet wordt bepaald op welke partij de bewijslast rust, maar wordt bepaald hoe zwaar of intensief die bewijslast in de hiervoor besproken verhouding tussen aanvrager en bestuursorgaan is.

De strekking van de materiële wet of de aard van de bestuurlijke bevoegdheid is een invulling van die bewijslastverdeling tussen aanvrager en bestuursorgaan. Hiervoor is betoogd dat bij besluiten op aanvraag de hoofdregel dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de juistheid en volledigheid van de feitenvaststelling, wordt gemitigeerd door de verplichting van de aanvrager zijn aanvraag te voorzien van de benodigde en in redelijkheid van hem te vergen gegevens. Maar dat laat nog open wanneer de bewijslast dan meer drukt op de ene of de andere speler. Er zijn nogal wat besluytypen waarbij wel een aanvraag moet worden gedaan, maar waar toch de bewijslast nagenoeg geheel bij het bestuursorgaan ligt, bijna als bij ambtshalve besluiten. Alle sociale-verzekeringssuitkeringen zijn besluiten op aanvraag. Bij een besluit krachtens de WAO/Wet via moet de aanvrager een uitvoerige aanvraag invullen en rusten op hem allerlei informatieverplichtingen over zijn medische toestand. Toch hoeft hij niet aannemelijk te maken dat hij arbeidsongeschikt is. De bewijslast rust vooral op het Uvw. Die moet door inschakeling van een verzekeringsarts en een arbeidsdeskundige aannemelijk maken dat betrokkene niet arbeidsongeschikt is, alvorens tot weigering van de uitkering te kunnen overgaan. Dat dat zo is, kan worden verklaard uit de aard van de toegepaste bevoegdheid. De sociale-verzekeringswetten kennen een sterk claimrecht toe aan de aanvrager. Een verzekerde arbeidsongeschikte heeft recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Het wettelijk toegekende claimrecht maakt dat de bewijslast grotendeels op het bestuursorgaan rust. De bijzondere

---

26 Zo ook CRvB 31 januari 2006 (ECLI:NL:CRVB:2006:AV1178 en «JB» 2006/99 m.nt. AJB), CBb 11 januari 2000 (AB 2000/286 m.nt. JHvdV) en CRvB 30 oktober 2012 (ECLI:NL:CRVB:2012:BX6143).

27 Verburg 2009, p. 265-268; Verburg 2010A, p. 265-266.

28 En de samenwerking bij het schrijven van een artikel samen met Ymre Schuurmans in 2012 is de reden dat ik mijn denken op dit punt heb moeten aanscherpen.

wet legt dan op het bestuursorgaan een zware onderzoeksplicht, ook bij een besluit op aanvraag. Pas als het bestuursorgaan in beginsel aan zijn bewijslast heeft voldaan, is het aan de appellerende burger om aannemelijk te maken dat het bestuursorgaan er naast zit. Dat is niet of nauwelijks anders dan bij ambtshalve besluiten. Van belang is ook dat (mogelijkerwijs jarenlang) premies zijn betaald – het is immers een verzekering –, zodat toedeling van een groot deel van de bewijslast aan de aanvrager ook uit dat oogpunt merkwaardig zou zijn. De hardheid van het claimrecht heeft dus belangrijke bewijslastverdelingsconsequenties. Naarmate de wet- of regelgever meer initiatief bij de burger laat om een bepaalde wens via een overheidsbesluit vervuld te krijgen, is de omvang van de ‘bewijslast’ van de burger groter.<sup>29</sup> Daarbij valt te denken aan veel subsidieregelingen.

In deze subparagraaf moet nog worden gezegd dat de bewijslast in het bestuursrecht bijna altijd de hele procedure, zo nodig tot en met hoger beroep, blijft liggen waar deze in de initiële positie ligt. Omkering van de bewijslast of een gedurende de procedure pas opkomend bewijsvermoeden doen zich zeer zelden voor. In een enkel geval kan een burger, hoewel het gaat om een ambtshalve besluit, in dezelfde positie komen te verkeren als hierboven is geschetst voor de aanvrager. Het gaat dan om de situatie dat op die burger een informatieplicht rust en het niet voldaan zijn van die plicht, een bewijslastomkering kent of een (zich tegen hem kerend) bewijsvermoeden meebrengt. Dat is maar zelden het geval (voorbeelden zijn de artikelen 25 en 27e van de Awr en artikel 36, vierde lid, van de Invorderingswet 1990). Zonder een wettelijke basis kan dat niet. Laat ik op dit punt ook expliciteren dat de verplichtingen van een aanvrager wel een bewijslast opleveren, maar dat de verplichtingen van een burger op wie een inlichtingenplicht rust geen bewijslast opleveren.<sup>30</sup>

#### **b. Beroep op een uitzondering of zelfstandige norm**

Van geheel andere aard is het beroep op een uitzondering of een zogeheten zelfstandige norm.<sup>31</sup> Dat wil zeggen een element dat op zichzelf geen rol heeft gespeeld bij het bestreden besluit en dat ook niet hoefde te spelen. Het bestuursorgaan baseert zijn besluit op bepaalde feiten die, gelet op de toepasselijke rechtsregels, moeten worden betrokken in de besluitvorming. Dat is een soort standaardprotocol van besluitvormingsstappen die behoren bij de regelgeving die het bestuursorgaan normeert bij de uitoefening van die specifieke bevoegdheid. De gedachte is dat het bestuursorgaan het daarbij mag laten, totdat zo’n uitzondering of zelfstandige norm wordt ingeroepen. Soms gaat de burger niet in op de feitenvaststellingen in het besluit, maar stelt hij daarnaast allerlei andere feiten, waarmee hij impliciet of expliciet een beroep doet op

<sup>29</sup> Verburg 2008, p. 166.

<sup>30</sup> Soms wordt wel een relatie gelegd tussen schending van de inlichtingenplicht en het recht op een uitkering (zie bijvoorbeeld artikel 54 van de Participatiewet), maar dat werkt niet als een bewijslast voor de burger. Met de schending van de inlichtingenplicht (die moet worden bewezen door het bestuursorgaan) wordt dubieus of meneer of mevrouw recht op de uitkering heeft en daarna kan onder omstandigheden op hem of haar de bewijslast komen te rusten dat wel recht op de uitkering bestaat. Dat zijn dus twee onderscheiden bewijsvragen. In subsidiezaken kan je dit verschijnsel ook terugzien.

<sup>31</sup> Schuurmans 2005, p. 112 e.v.; Schlössels 2009A, p. 58.

een heel andere rechtsregel. Het gaat dan bijvoorbeeld om het gelijkheidsbeginsel<sup>32</sup>, het vertrouwensbeginsel, het overgangsrecht bij een bestemmingsplan of bijzondere omstandigheden (inclusief een beroep op artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, het verbod op een onevenredige uitkomst, en artikel 4:84 van de Awb, de bijzondere omstandigheid die noopt tot afwijken van het beleid)<sup>33</sup>. Ook een beroep op een hardheidsclausule en een schulduitsluitingsgrond<sup>34</sup> valt hieronder. Bij een beroep op een uitzondering of een zelfstandige norm geldt dat de bewijslast<sup>35</sup> van de bijbehorende feiten rust op degene die haar inroept. Gelet op de opbouw van dit deel van mijn betoog (uitgaande van het besluitvormingsstramien van het bestuursorgaan) is dat steeds de burger (de oorspronkelijke aanvrager of de derde<sup>36</sup>). Systematisch gaat dit om uitzonderingen, maar numeriek gaat het om vele zaken.

De plicht die hier aan de orde is indien men een beroep doet op een uitzondering of zelfstandige norm moet niet steeds met een bewijslast worden gelijkgesteld. Bij het gelijkheidsbeginsel heeft dit als het goed is geen verderstrekkende trekken dan die van een stelplicht of adstructieplicht (de burger moet specifiek noemen welk geval volgens hem gelijk is, hooguit voorzien van een begin van bewijs, en daarna rust op het bestuursorgaan de bewijslast aannemelijk te maken dat hetzij wel gelijk wordt opgetreden, hetzij geen sprake is van gelijke gevallen).<sup>37</sup>

Ten slotte is op dit punt van belang dat het moet gaan om 'echte' uitzonderingen, dus aspecten waarover het bestuursorgaan niet *hoefde* na te denken. De omstandigheid dat een bestuursorgaan over een bepaald aspect niet heeft nagedacht, is niet genoeg. Sterker: vaak is dat een aanwijzing dat het niet voldoende heeft gedaan aan zijn onderzoeksverplichting.

### c. Bewijsdomeinen – vuistregels voor een restcategorie

De vorige twee kopjes (a en b) focussen op de plicht van de ene of de andere partij. In 2012 waarschuwde ik voor het te snel denken in termen van 'bewijsdomeinen' in de zin van 'wie is nu de meest gerede partij om iets aannemelijk te maken' als

32 Vanzelfsprekend mag het bestuursorgaan eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel nooit uit het oog verliezen, maar hier is bedoeld dat het bestuursorgaan pas op precieze aangifte van betrokkene de omstandigheden in het bijzonder moet onderzoeken en motiveren.

33 Schuurmans 2005, p. 120-121.

34 Ook hier is het vanzelfsprekend zo dat het bestuursorgaan zich in elk boetebesluit moet afvragen of er een schulduitsluitingsgrond is, maar pas op precieze aangifte van betrokkene moet het bestuursorgaan zich een oordeel vormen over de ingeroepen feiten die een schulduitsluiting zouden opleveren.

35 Zie direct hierna voor een afwijking: geen bewijslast bij een beroep op het gelijkheidsbeginsel.

36 Verburg 2009, p. 268-269.

37 CRvB van 21 januari 1999 (AB 1999/182) en ABRvS van 15 mei 1997 («JB» 1997/154). Op het punt van het gelijkheidsbeginsel ben ik het dus niet geheel eens met het standpunt van A-G Widdershoven over het relativiteitsvereiste bij concurrenten in zijn conclusie van 2 december 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3680). Hij stelt dat de concurrent aannemelijk moet maken dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden (concreet: dat hijzelf aan vereisten moest voldoen, bijvoorbeeld van parkeernormen, waaraan een concurrent niet hoeft te voldoen).



reden om de bewijslast bij een bepaalde partij te leggen.<sup>38</sup> Dat denken in termen van bewijsdomeinen zie ik meer als een restcategorie, als correctie in situaties waarin de bewijslastverdeling volgens de hoofdregel en de regel die geldt bij een beroep op een uitzondering/zelfstandige norm geen recht doet aan de situatie. Dat denken in termen van bewijsdomeinen als restcategorie komt vooral neer op enkele vuistregels.<sup>39</sup> In dit verband met enige regelmaat gehanteerde vuistregels zijn de volgende:

1. *de partij die over bepaalde feiten beschikte of kon beschikken, draagt (ook als zij daarover nu niet meer beschikt) het bewijsrisico; zij moet de feiten (alsnog) boven tafel zien te krijgen;*
2. *de partij die belang heeft bij een bepaalde feitenvaststelling, heeft de bewijs(voerings)last;*
3. *de partij binnen wier invloedssfeer de feiten liggen, heeft de bewijs(voerings)last;*
4. *de partij die een positief feit stelt dient vaak wel, de partij die een negatief feit stelt dient bij voorkeur niet de bewijsvoeringslast te krijgen;*
5. *de partij die een verandering in een constante situatie wenst te bewerkstelligen, heeft de bewijslast;*
6. *de partij die de schijn tegen heeft, heeft de bewijsvoeringslast.*<sup>40</sup>

Eigenlijk zie je maar weinig uitspraken waarin zo'n vuistregel wordt toegepast en daarom houd ik de bespreking verder kort. Een wat ouder voorbeeld is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 11 januari 2006.<sup>41</sup>

Interessant om te bezien is of op grond van deze vuistregels de bewijslast bij de derde kan komen te liggen.<sup>42</sup> Zijn er nu vuistregels, als uiting van de 'restdomeinen', die maken dat de bewijslast op de derde komt te rusten? Uit de rechtspraak in driepartijengedingen zijn mij nauwelijks uitspraken bekend waarin dat herkenbaar staat. Men moet waarschijnlijk een behoorlijk uitzonderlijke casus in elkaar knutselen om hier iets te vinden.

#### 2.4 *Bewijsmiddelen en bewijswaardering*

Wat accepteert de bestuursrechter als bewijs? Zoals bekend heeft het bestuursrecht een zogeheten vrij-bewijsleer. Dat betekent onder andere dat de bestuursrechter niet gebonden is aan bijvoorbeeld een specifieke lijst van aanvaardbare bewijsmiddelen, zodat de rechter zelf mag kiezen wat hij accepteert als bewijs. Maar ja, misschien is toch uiteindelijk belangrijker om eens te kijken wat de bestuursrechter zoal accepteert als bewijsmiddel (met wel enig verschil in status en gewicht). En als je daar naar kijkt

38 Verburg 2012, de paragraaf over bestuursrechtelijk bewijsrecht.

39 Schuurmans 2005, p. 121 e.v. en 200 e.v.; Verburg 2008, p. 169-171.

40 Uitgebreider: Verburg 2008, p. 170.

41 ABRvS van 11 januari 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AU9389 en AB 2006/112 m.nt. I. Sewandono). De Afdeling bestuursrechtspraak baseert haar oordeel – anders dan volgens de gebruikelijke bewijslastverdeling – onder andere op de overweging dat betrokkene 'de meest gereede partij [was] om in het kader van de besluitvorming van het college gegevens omtrent het verblijf van zijn kinderen te verschaffen.'

42 Verburg 2009, p. 271-272.

dan zie je eigenlijk vooral alle bewijsmiddelen voorbij komen die de civiele en strafrechter ook accepteert:

- overgelegde stukken,
- rapporten en processen-verbaal van bestuurlijk onderzoek,
- deskundigenrapporten,
- officiële akten en andere ‘geformaliseerde’ documenten,
- getuigenverklaringen.

Kortom, aardig dat het bestuursrecht op dit punt een vrij-bewijsleer heeft, maar als een rechter aan de slag gaat, laat hij zich toch vooral leiden door die bewijsmiddelen die in de hele rechtspraak gewicht krijgen.

Op het punt van bewijswaardering speelt de vrij-bewijsleer in het bestuursrecht wel een belangrijke rol. Er is geen wettelijk bewijsminimum of vaststaande bewijsformulering. De rechter mag zich als het ware laten overtuigen door wat hem goed voorkomt in een zaak. Daarom valt over dit onderwerp ook niet veel algemeen te zeggen. Wel hecht ik eraan dat het enige ‘echte’ bewijscriterium ‘aannemelijkheid’ is.<sup>43</sup>

## 2.5 *Bewijsvoering, inclusief timing van bewijs*

Het mag zo zijn dat de bewijslast in een bepaalde zaak rust op bijvoorbeeld het bestuursorgaan, maar in de *bewijsvoering*, het spel van heen en weer springende kansen,<sup>44</sup> volgend op het initiële bewijs van de partij die de bewijslast heeft, wordt de zaak eigenlijk altijd verloren of gewonnen. In het bijzonder in het bestuursrecht is bewijsrecht voor de rechter als het instappen in een rijdende trein, wat zoals bekend een hachelijke onderneming is. Natuurlijk is het ook in het civiele en strafrecht zo dat er altijd voorafgaande aan de gang naar de rechter inleidende beschietingen zijn (denk aan ingebrekestelling, correspondentie over aansprakelijkheid), maar juist in het bestuursrecht is er altijd al een geformaliseerd traject van bindende feitenvaststellingen door het bestuursorgaan geweest voordat partijen bij de rechter aanbelanden. Te denken valt hier aan de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling waar standaard de bestuurlijke besluitvorming van het Uvw gepaard gaat met een beoordeling door een verzekeringsarts, een arbeidsdeskundige, een bezwaarverzekeringsarts en een bezwaarbeidsdeskundige. In die zaken rust de bewijslast op het Uvw, maar de burger die dan in beroep niet veel meer te melden heeft dan ‘ik ben ziek’ komt niet ver in de bewijsvoering en de omstandigheid dat de bewijslast rust op het Uvw is dan niet de bepalende factor voor het winnen of verliezen van de zaak.

De gedachte is hier dat als het bestuursorgaan de bewijslast heeft en het in beginsel aan de initiële bewijsvoeringslast heeft voldaan (in beginsel heeft voldaan aan zijn plicht om de relevante feiten te vergaren), dat bestuursorgaan het door hem gewenste besluit mag nemen. Het is dan aan de hertegen opkomende burger daar iets tegenover te stellen. De burger draagt dan niet de bewijslast, maar wel een bewijsvoerings-

<sup>43</sup> Verburg 2009, p. 160-161.

<sup>44</sup> Verburg 2009, paragraaf 3.1 en 8; Verburg 2010A, paragraaf 2.6.

last (dus exclusief bewijsrisico). Hij moet dan in de regel komen met tegenbewijs (het zit niet zoals het bestuursorgaan meent dat het zit), niet met tegendeelbewijs (het zit niet zo, maar zo). Sterker, in de hier besproken constellatie is juist van belang dat de burger 'twijfel zaait' bij de bestuurlijke feitenvaststelling en niet zo maar een verhaal ernaast plaats. Hij moet dan doorgaans zijn stellingen van enig bewijs voorzien, voordat de vereiste twijfel rijst. Als hij aan zijn bewijsvoeringslast voldoet, is het weer aan het bestuursorgaan om dat nieuwe bewijs te weerleggen, enzovoort. Doorgaans blijft al die tijd het bewijsrisico bij de partij liggen waar die oorspronkelijk al lag. Bewijsvoering is daarom, zoals gezegd, een spel van heen en weer springende kansen (dat wil in juridische termen zeggen: plichten, wil men succes behalen).<sup>45</sup>

Aan timing van bewijs (van het type 'als u met dit bewijsmiddel was gekomen in de bestuurlijke voorfase, was het oké, maar nu u er pas in beroep mee komt, is het te laat') maak ik niet veel woorden vuil. Die paar keer per jaar dat je nog iets van dat type redenering ziet in de bestuursrechtspraak, maakt dit echt tot een klein onderwerp. De rechtshistorisch geïnteresseerde verwijs ik naar subparagraaf 6.3 van mijn VAR-pleadvies.<sup>46</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak ziet in een sporadisch geval ook onder de werking van het huidige artikel 6:13 van de Awb nog ruimte en noodzaak om bewijs buiten te sluiten als dat al in de bestuurlijke fase had kunnen en moeten worden ingebracht. Er lijken twee voorwaarden te gelden: (a) het inbrengen van het stuk behoort tot het specifieke bewijsdomein van betrokkene (dat wil zeggen: het bestuursorgaan hoeft op dat punt pas 'aan de slag' te gaan als betrokkene met een bewijsmiddel komt) en (b) het bestuursorgaan heeft betrokkene nadrukkelijk gewezen op de noodzaak dat hij bewijs op dat punt inbrengt en hem zo mogelijk ook meegedeeld wat de consequenties zijn indien hij dat niet doet.<sup>47</sup> Hoofddlijn is hier: zelden of nooit zie je nog dat bewijsmiddelen worden buitengesloten enkel en alleen omdat ze in een eerdere fase hadden moeten worden ingebracht.

## 2.6 *Stel- en adstructieplicht*

De titel van deze subparagraaf, stel- en adstructieplicht, is maar een voorlopige.<sup>48</sup> Uitgaande van die (bindende en ook in beginsel gezaghebbende) feitenvaststelling in de bestuurlijke fase, moet er iets gebeuren aan de zijde van de in beroep komende burger om het mechaniek in werking te zetten dat de bestuursrechter iets gaat doen op het bewijsrechtelijke vlak. In deze subparagraaf beperk ik mij tot de situatie waarin het bestuursorgaan de bewijslast heeft. De laatste stap voorafgaande aan de rechterlijke

45 Verburg 2009, paragraaf 5.2; Verburg 2010A, paragraaf 2.6.

46 Verburg 2009, paragraaf 6.3.

47 Verburg 2010A, paragraaf 2.8. Zie ABRvS 13 juni 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:BA7098, «JB» 2007/147 en BR 2007, p. 675 m.nt. J.W. van Zundert), ABRvS 5 maart 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BC5805 en «JB» 2008/96 m.nt. R.J.N. S.), ABRvS 23 juli 2003 (AB 2003/448 m.nt. BJS en «JB» 2003/258), ABRvS 11 januari 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AU9389 en AB 2006/112 m.nt. I. Sewandono), ABRvS 22 november 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AZ2798) en ABRvS 10 september 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BF0298 en «JB» 2008/233 m.nt. L.M. Koenraad). Moeilijk volgbaar is de worsteling van de Afdeling in ABRvS 23 juli 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:2900), overweging 3.1.

48 Vergelijk Verburg 2009, paragraaf 5.2.

fase is vaak een beslissing op bezwaar; de burger is de partij die de beroepsprocedure start. Als elke kreet van de burger dat het bestuursorgaan de feiten onjuist heeft vastgesteld dan vervolgens de last op het bestuursorgaan legt alsnog met aanvullend bewijs te komen, lijkt er iets mis te gaan. De omstandigheid dat de burger degene is die de procedure bij de bestuursrechter initieert, maakt dat hij wel met iets moet komen dat voldoende twijfel zaait bij de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling voordat het mechaniek van rechterlijke beoordeling van de feitenvaststelling in werking gaat. Maar het omgekeerde geldt ook: de omstandigheid dat de burger degene is die de procedure bij de bestuursrechter initieert, maakt het onredelijk om altijd dan maar een volle bewijslast op hem te leggen. Natuurlijk is het zo dat als het bestuursorgaan ook nog in de beslissing op bezwaar eigenlijk met weinig of geen bewijsmateriaal komt – en dat komt voor – de enkele kreet van de in beroep komende burger wél volstaat om dat mechaniek in werking te zetten. Het bestuursorgaan heeft dan eenvoudigweg niet voldaan aan zijn initiële bewijslast om in beginsel aannemelijk te maken dat de feiten liggen zoals het die presenteert. Maar in de regel heeft het bestuursorgaan zijn besluit onderbouwd met bewijs dat in beginsel draagkrachtig is. In die gevallen moet de in beroep komende burger – daargelaten of hij geadresseerde van het primaire besluit is of bij dat besluit de derde-belanghebbende is<sup>49</sup> – met iets komen wat voldoende twijfel zaait bij de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling van het bestuursorgaan voordat het mechaniek van de bestuursrechterlijke feitenoetsing in werking gaat.

Dit vergt wel dat de bestuursrechter, voordat hij van de in beroep komende burger vergt dat hij voldoende twijfel zaait bij de juistheid van de bestuurlijke feitenvaststelling, eerst toetst of het bestuursorgaan heeft voldaan aan zijn initiële bewijslast.

In dit verband is interessant of en zo ja, hoe de bestuursrechter de mogelijkheid die hem met de KEI-wetgeving is geboden in artikel 8:32a van de Awb gestalte gaat geven. In dat artikel, geldend sinds 12 juni 2017 in alle zaken, dus niet alleen de digitale, staat: 'De bestuursrechter kan door partijen verschafte gegevens en bescheiden buiten beschouwing laten indien zij op zijn verzoek niet aangeven ter toelichting of staving van welke stelling de gegevens en bescheiden zijn bedoeld en welk onderdeel daartoe van belang is.' Een substantiëringsplicht dus, een potentieel krachtig middel om partijen, zowel de eiser, als de verweerder, als de derde-partij, duidelijk te laten maken wat de bestuursrechter nu met bepaald ingebracht materiaal moet. Tot nu toe wordt dit instrument niet of nauwelijks ingezet.<sup>50</sup>

## 2.7. Conclusie

In deze paragraaf zijn de hoofdlijnen van het bewijsrecht besproken. Wat te zien valt is een rijk instrumentarium met een in de loop van de afgelopen 25 jaar behoorlijk ontwikkeld bewijsrechtelijk kader in de literatuur (in de conclusie van dit hele hoofdstuk geef ik dat kader uitgebreider weer; hier houd ik het kort). In de volgende paragraaf volgt een bespreking hoe een en ander uitpakt.

---

49 Zie Verburg 2009, paragraaf 5.2.

50 Aantal treffers op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl): één, en dat is een bijlage bij zeven conclusies in belastingzaken bij de Hoge Raad, niet een concrete toepassing van dat artikel dus (ECL:NL:PHR:2017:1081).

### 3 DE KNELPUNTEN: HOE PAKT HET BEWIJSRECHTELIJK SYSTEEM UIT?

#### 3.1 *Inleiding*

Zoals gezegd kijk ik in deze paragraaf naar de dagelijkse praktijk van de bestuursrechter. Er zijn wel rechters die zeggen dat het rechterschap inhoudt dat je gelijk geeft wie gelijk heeft. Dat is een prachtig ideaal, maar de valkuil is natuurlijk dat je opvatting over 'gelijk hebben' fors gekleurd wordt door het wettelijke en bestuurlijke systeem, zodat je als rechter elke dag tevreden naar huis kunt gaan in de veronderstelling dat je hebt voldaan aan dit ideaal, maar uiteindelijk vooral systeembevestigend aan de slag bent geweest. Natuurlijk moet de rechter niet systeemvijandig zijn, maar hij moet wel systeemkritisch zijn. Daarvoor lijkt het wel nodig dat door ordelijk toegepaste en voor partijen kenbare bewijsregels de procedure op weg naar een bepaalde uitkomst gestructureerd plaatsvindt.

#### 3.2 *Bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid?*

In paragraaf 2 heb ik uiteengezet hoe de bewijslastverdeling in het bestuursrecht primair wordt opgetrokken uit de verantwoordelijkheden in bestuurlijke fase: in beginsel rust de bewijslast op het bestuursorgaan (artikel 3:2 van de Awb), maar als het gaat om een aanvraagsituatie, is de aanvrager voor een deel van het bewijsmateriaal verantwoordelijk, namelijk die stukken die nodig zijn voor de beoordeling van zijn aanvraag en die redelijkerwijs van hem kunnen worden geleverd (afgeleid uit artikel 4:2, tweede lid, van de Awb). In de tweede linie ligt de bewijslast ook op de burger (eiser of derde-partij) als hij zich beroept op een 'echte' uitzondering, dat wil zeggen dat hij niet probeert de bewijsverzameling van het bestuursorgaan aan te vallen, maar in feite daar een verhaal naast plaatst (van het type 'weliswaar is het feit dat ik vanaf datum X in deze ark woon in strijd met het gemeentelijke beleid, maar ik heb een toezegging van de verantwoordelijke wethouder dat ik hier mag blijven wonen'). In de derde linie corrigeert de bestuursrechter soms de bewijslastverdeling uit de hierboven genoemde twee regels als die regels een bewijslastverdeling opleveren die geen recht doet aan de situatie. Dan hanteert hij bepaalde vuistregels.

Je zou dat systeem ook kunnen omkeren en beginnen met die derde linie. Dat lijkt op het eerste gezicht ook te passen bij een meer responsieve rechter, zoals besproken in hoofdstuk 2, maar ook bij een rechter die van oudsher de taak heeft actief op zoek te gaan naar de materiële waarheid. Het lijkt verder te passen bij een rechter die in het kader van zijn taak (subjectieve) rechtsbescherming te bieden zo veel mogelijk uitgaat van gelijkwaardige partijen. Je kijkt gewoon naar wat zich aandient en je geeft die partij de bewijslast waarvan je als rechter denkt dat die nu maar met een beter onderbouwd verhaal moet komen, is dan de gedachte.

Dat type denken, bergt mijns inziens nogal wat gevaren in zich.<sup>51</sup>

---

51 Zie ook Schuurmans en Verburg 2012, p. 130, en Schuurmans 2005, p. 45.

Door onze inrichting van de bestuursrechtspraak is het per definitie de burger die zich richt tot de rechter; hij stelt beroep in, het bestuursorgaan (althans in eerste aanleg) nooit. In de wetenschap dat het een reductie is om een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid gelijk te stellen met de regel 'wie stelt, bewijst', gebruik ik die reductie toch even om het gevaar aan te duiden. Als je niet uitkijkt, verengt zo'n bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid zich tot het standaard toebedelen van de bewijslast aan de burger die in beroep komt: hij stelt dat de feitenvaststelling van het bestuursorgaan niet klopt, dus hij moet maar aannemelijk maken dat dat zo is.<sup>52</sup> Hierboven is in de subparagrafen 2.3 en 2.6 geprobeerd de subtile verhouding weer te geven tussen bewijslast en de stel- en adstructieplicht. De burger die in beroep komt, kan niet zo maar volstaan met kreten dat het allemaal niet deugt, dus hij moet iets meer doen om het mechaniek van bewijsrecht in beweging te zetten (subparagraaf 2.6), maar dat betekent niet dat hij automatisch de complete bewijslast draagt (subparagraaf 2.3).

Sterker, vanwege de hele bestuurlijke voorfase waarin al bindend allerlei feiten zijn vastgesteld en vanwege het bestuursrechtelijke systeem waarin de burger een besluit krijgt waaraan hij maar op één manier kan ontsnappen, namelijk door beroep in te stellen bij de bestuursrechter, is het niet logisch te beginnen met denken over bewijslastverdeling in de rechterlijke fase. De rechter moet bij zijn denken over bewijslastverdeling rekening houden met die knellende positie van de burger. Hij heeft al een besluit liggen met daarin een bindende feitenvaststelling. Bij zijn keuze voor een bewijslastverdeling moet de bestuursrechter dus rekening houden met die bestuurlijke voorfase en met die knellende positie waarin de burger zich bevindt.

Ik pleit hier tegen een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid, maar je zou ook kunnen zeggen dat als die verdeling naar redelijkheid en billijkheid rekening zou houden met die uitgangspositie van de burger, er geen vuiltje aan de lucht is. Maar dan kom je uit op de bewijslastverdeling zoals die is besproken in subparagraaf 2.3 met in beginsel een bewijslast voor het bestuursorgaan, tenzij er goede redenen zijn om die bij de burger te leggen.

Ik zie al met al geen rol weggelegd voor een zelfstandige bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid.

### 3.3 *Bewijsvoering ten overstaan van de rechter*

Vreemd is dat: eerst was het een strijd, nu is het een feit: de bewijsvoering vindt plaats ten overstaan van de rechter; dat is een belangrijk kenmerk van de procedure bij de bestuursrechter geworden, ook al vindt een groot deel van de bindende feitenvaststelling plaats in de bestuurlijke procedure.<sup>53</sup> De Centrale Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zeggen het regelmatig ook in verschillende bewoordingen

---

52 Zie ook subparagraaf 2.6 hierboven.

53 Vergelijk Verburg 2009, toen die strijd nog net heftig was.

expliciet in hun uitspraken,<sup>54</sup> de Afdeling bestuursrechtspraak niet,<sup>55</sup> maar in grote lijnen is het ook daar wel het geval. De rechtbanken volgen ook dat beeld. Dat is althans het beeld als spontaan bewijs wordt ingebracht. Dan onderzoekt de rechter dat nieuwe bewijs zelf en kijkt aan de hand van zijn bevindingen of het bestreden besluit deugt. Over de vraag of de rechter partijen op het spoor moet zetten dat zij nog met bewijs moeten komen om succes te behalen, gaan de volgende paragrafen en hoofdstuk 6.

De wending naar een vorm van bewijsvoering ten overstaan van de rechter was, zoals gezegd, aanvankelijk een strijdpunt, maar heeft uiteindelijk stilzwijgend plaatsgevonden. Dat is jammer, want de wending is wel een perspectiefwisseling die aandacht behoeft. Als je meer staatsrechtelijk hiernaar kijkt (vergelijk het perspectief van Schreuder-Vlasblom),<sup>56</sup> markeert het in beroep bestreden besluit een moment van stolling. We gaan dan in de trias over van de bestuurlijke fase naar de rechterlijke fase en daar spelen in dat perspectief principiële andere spelregels. Elke bewijsvoering die voor het eerst ten overstaan van de rechter plaatsvindt, behoeft in dat perspectief een eigen rechtvaardiging, want het bestuur heeft zich daarover niet in de bestuurlijke fase kunnen uitlaten of hoefde zich daarover niet uit te laten. Als je meer bewijsvoeringstechnisch en procesmatig hiernaar kijkt, is het bestreden besluit ook maar een fase in de totale bewijsvoering. De fases zijn in veel gevallen: (aanvraag) – primair besluit – bezwaar – beslissing op bezwaar – beroep – verweer – uitspraak van de rechter – hoger beroep – verweer – uitspraak in hoger beroep. Elke fase daarin is een zet op het bewijsrechtelijk schaakbord van bewijs en tegenbewijs. In de belastingrechtspraak is het van oudsher al zo dat het eigenlijk niet uitmaakt of de burger een bewijsmiddel levert in bezwaar, waarna de inspecteur in zijn uitspraak op bezwaar het juiste contra-bewijsmiddel moet leveren enerzijds of de burger een bewijsmiddel levert in beroep, waarna de inspecteur in zijn verweer het juiste contra-bewijsmiddel moet leveren anderzijds. Het bestuur moet gewoon in alle gevallen met een goede reactie in termen van bewijsmiddelen komen.<sup>57</sup> Het algemene bestuursrecht beweegt zich in de loop der jaren steeds meer in die richting: het bestreden besluit is ook maar een fase in de totale optelling van bewijsrechtelijke stappen. De (bewijsrechtelijke) procesbenadering krijgt meer de overhand boven de staatsrechtelijke benadering.

Bij zo'n benadering van een groter gewicht dat wordt toegekend aan bewijsvoering ten overstaan van de bestuursrechter zou ook passen dat de rechter meer verantwoording aflegt van het bewijstraject en zijn waardering van de bewijsmiddelen. Dat valt echter nauwelijks waar te nemen. Schuurmans en ik<sup>58</sup> benoemden dat eerder naar aanleiding van de einduitspraak na een bestuurlijke lus. Wat je vaak ziet is dat in de uitspraak de redenering wordt gegeven die tot het oordeel leidt, waarna nog volgt

54 Bijvoorbeeld CRvB 24 oktober 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:2182), overweging 3.3, en CBB 5 april 2006 (ECLI:NL:CBB:2006:AW5378), overweging 5.2.

55 Althans niet over bewijsvoering in het algemeen, wel over bewijsvoering op grond van tegenbewijs ABRvS 29 april 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BD0779), overweging 2.3.1.

56 Zie voor een korte bespreking daarvan Verburg 2012.

57 Natuurlijk kan hij ook afzien van contra-bewijs en komen met een argumentatie die ertoe strekt dat het ingebrachte bewijsmiddel niet relevant is of anderszins niet deugt.

58 Schuurmans en Verburg 2012, p. 134-136.

dat wat de eisende partij daar tegenover stelt 'er niet aan afdoet'. Een serieuze bewijsbespreking en -waardering ontbreken vaak.

### 3.4 *Bewijsvoorlichting door de rechter met de mogelijkheid nader bewijs in te brengen*

In de vorige subparagraaf ging het vooral over de vraag wat de rechter doet als bewijs zich aandient, als partijen dat spontaan inbrengen. Deze subparagraaf gaat over de vraag of de rechter zich ook inspant om de bewijsvoering van partijen te regisseren, hun te vertellen wat zij nog moeten doen om succes te behalen in hun zaak. Kort en goed: dat valt vies tegen.

Eerst bewijsvoorlichting in de richting van het bestuursorgaan (dus van het type: beste verweerder, wat je aan je bestreden besluiten ten grondslag hebt gelegd, schiet tekort, een artikel-3:2-gebrek dus). Dat neemt dan de vorm aan van een bestuurlijke lus, waarbij het bestuursorgaan de gelegenheid krijgt het gebrek in de bewijsvoering te herstellen. De bestuurlijke lus is eigenlijk de bewijsopdracht aan het bestuursorgaan in het bestuursprocesrecht indien het om een zorgvuldigheidsgebrek gaat.

Uit het WODC-onderzoek naar de bestuurlijke lus blijkt dat tussen 2010 en 2013 maar in 7 procent van de zaken waarin een gebrek werd geconstateerd een bestuurlijke lus werd toegepast.<sup>59</sup> Dat is al indicatief voor het gebrek aan bewijsvoorlichting in de richting van het bestuursorgaan, maar omdat we hiermee niet weten in hoeveel gevallen er zich een reparabel bewijsprobleem voordeed in die zaken waarin een gebrek was geconstateerd, zegt dit nog niet alles. Veelzeggender is daarom de uitsplitsing per gerecht in de volgende pagina's van het onderzoek.<sup>60</sup> Daaruit blijkt dat de rechtbank die de meeste bestuurlijke lussen toepast in gevallen waarin een gebrek is geconstateerd 11,6 procent scoort, terwijl de rechtbank die de minste bestuurlijke lussen toepast 1,9 procent scoort.<sup>61</sup> De verschillen zijn niet te verklaren door de samenstelling van het zaakspakket van de desbetreffende rechtbank.<sup>62</sup> Deze cijfers maken daarmee duidelijk dat er ook in gevallen waarin aan het bestuursorgaan bewijsvoorlichting valt te geven, dat in veel gevallen niet wordt gedaan. De verschillen tussen de rechtbanken laten kortom zien dat er een potentieel blijft liggen bij sommige rechtbanken om bestuursorganen te wijzen op hun bewijstekort.<sup>63</sup> Wat zich aan het zicht onttrekt is hoe vaak in gevallen waarin geen formele bestuurlijke lus wordt toegepast, wel een informele lus wordt benut. In die gevallen waarin dat gebeurt, wordt in feite dus ook een bewijsopdracht aan het bestuursorgaan gegeven, maar dan zonder tussenuitspraak.

59 Evaluatie bestuurlijke lus, p. 46-48. Hoewel van ongelijke grootheden, deze 7 procent, staat in verhouding tot 15 procent rechtsgevolgen in stand laten, 19 procent zelf in de zaak voorzien en 59 procent kale vernietigingen.

60 Evaluatie bestuurlijke lus, p. 48-53.

61 Evaluatie bestuurlijke lus, p. 49.

62 Evaluatie bestuurlijke lus, p. 48-53.

63 Zonder uitsplitsing naar wel of geen bestuurlijke lus is het rapport van Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 127, iets optimistischer in die zin dat zij van de twintig zaken waarin een vernietiging plaatsvond er maar zes daarvan 'kaal' waren. Maar gegevens over al of niet toepassen van de bestuurlijke lus ontbreken hier dus.



Dan bewijsvoorlichting in de richting van de appellerende burger. Daar is het zo mogelijk nog erger.<sup>64</sup> Er vindt weinig tot geen voorlichting plaats wat de burger nog aan bewijsverheldering zou moeten doen en als die voorlichting al plaatsvindt, leidt dat in weinig gevallen tot de mogelijkheid dat benodigde bewijs alsnog in te brengen.<sup>65</sup>

In onze bijdrage aan het debat schreven Schuurmans en ik al dat het geen pas geeft dat het bestuursorgaan wel regelmatig een (feitelijke) bewijsopdracht krijgt (bestuurlijke lus), terwijl de burger die niet of nauwelijks krijgt.<sup>66</sup> Die kritiek staat mijns inziens nog steeds. Als er al bewijsvoorlichting plaatsvindt, dan is die in de richting van het bestuursorgaan, te weten in de vorm van een bestuurlijke lus bij een zorgvuldigheids/onderzoeksgreep.

In dit verband is nog relevant dat de bestuurlijke lus in de richting van het bestuursorgaan soms omvat dat het bestuur in het kader van zijn herstel poging de burger moet betrekken. Ikzelf en ook anderen presenteerden dat soms als positieve bijdrage aan de mogelijkheid van de burger om zijn inbreng in het bewijsdebat te hebben.<sup>67</sup> Maar ik moet inmiddels zeggen dat iedereen daar precies drie uitspraken noemt.<sup>68</sup> Zo langzamerhand ben ik hier ook niet meer positief over. Die mogelijkheid wordt niet vaak benut. Hierover sprak ik uitgebreider in hoofdstuk 4, subparagrafen 3.5 en 3.6.

### 3.5 *Getuigenbewijs*

De bestuursrechter is traditioneel gericht op de stukken, het dossier. De zitting is in dat perspectief vooral een toelichting op de schriftelijke stukken en bovendien is die zitting traditioneel bedoeld om de rechter voor te lichten in het kader van zijn vragen. Het was van oudsher meer een hoorzitting dan een zitting. Niet vreemd dus dat de bestuursrechter van oudsher ook wars is van het toekennen van belang aan getuigenbewijs. Tot nog maar kort geleden zie je een bestuursrechter die elk bewijsaanbod via het horen van getuigen wegspraakte op de zitting of wegschreef in de uitspraak. In andere gevallen werd informeel met een getuigenbewijsaanbod omgegaan via teksten als 'ach, het horen als getuige is niet echt nodig, maar als uw moeder ook nog iets wil zeggen, mag dat best.' Daarna werd met die verklaring op de zitting niets gedaan in de uitspraak. Dat in dit voorbeeld de moeder van eiser werd gehoord was meer een franje dan een procesbijdrage ('Als u dat zo graag wilt, dan doen we dat wel, maar dat is voor uw mate van tevredenheid als u hier straks de zittingszaal uitloopt.'). Het logische spiegelbeeld aan de kant van eiser is er ook. Die leest in de uitnodiging voor de zitting dat je iemand kan meenemen naar de zitting in drie rollen: gemachtigde, deskundige of getuige. Als die eiser zijn moeder mee wil nemen, dan is duidelijk dat die moeder geen gemachtigde en geen deskundige is, dus dan is de enige poort om die moeder

64 Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015, p. 73-74, 81, 121, 123 en 129-130.

65 Vergelijk Schueler 2015, p. 399-400.

66 Schuurmans en Verburg 2012, p. 126-127.

67 Zie bijvoorbeeld Schuurmans 2016, p. 512-513.

68 ABRvS 8 december 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BO6641), rb. Utrecht 20 september 2010 (ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7760) en rb. Utrecht 12 augustus 2011 (ECLI:NL:RBUTR:2011:BR4927).

een rol toe te bedelen... getuige. En ook weten we uit onderzoek van psychologen dat getuigenbewijs zoals dat in het civiele en strafgeding zeer prominent is, overschat wordt. Daaruit komt voort dat getuigen werkelijk alles kunnen verhaspelen.<sup>69</sup>

Met al die mitsen en maren, zie ik toch dat getuigen ondergewaardeerd worden in het bestuursrechtelijk proces. Of preciezer gezegd: de bestuursrechter mist kansen om te bekijken of het aangeboden getuigenbewijs serieus nieuw licht op de zaak kan werpen. Dat is inhoudelijk in die zin dat het getuigenbewijs meer kan bijdragen aan het oplossen van de juridische puzzel dan de bestuursrechter doorgaans meent. Daarnaast is het horen van getuigen gewoonweg van belang voor het laten zien aan eiser dat zijn poging om zijn zaak te winnen serieus wordt genomen. Dat laatste heeft vooral raakvlakken met (ervaren) procedurele rechtvaardigheid, maar ook dan geldt dat het alleen maar kan werken als de rechter een primaire geneigdheid heeft om echt te willen onderzoeken of het horen van de getuige kan bijdragen aan zijn beoordeling van de zaak. De rechter die met een 'vooruit dan maar, ik heb het niet nodig, maar laat die getuige maar zijn zegje doen' de zaak ingaat, zal de eiser niet overtuigen. De rechter moet dus nieuwsgierig zijn naar wat de getuige te melden heeft. Toneelstukjes werken niet.

Redelijk recent heeft de Nederlandse bestuursrechter een *wake-up call* gekregen van het EHRM. In een zaak waarin de Centrale Raad van Beroep naar mijn overtuiging naar eer en geweten meende te mogen afzien van het horen van getuigen, sprak het EHRM uit dat daarvan juist niet had mogen worden afgezien. Het gaat hier om de zaak Gillissen.<sup>70</sup> Noch in bezwaar, noch in beroep, noch in hoger beroep zijn getuigen gehoord. Betrokkene verdiende meer dan mocht naast zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering en hij stelt dat een medewerker van het Uvw in aanwezigheid van een andere medewerker van het Uvw aan hem had verklaard dat dat mocht. Bijzonderheden die hier spelen zijn: (a) de rechter hoeft niet alle punten, maar moet wel de belangrijkste punten die een partij inbrengt onderzoeken; (b) parallel was betrokkene strafrechtelijk vrijgesproken op de grond dat aannemelijk was dat genoemde afspraak met die ambtenaar bestond (al vóór het oordeel van de Centrale Raad). Het EHRM erkent dat strafrechtelijk bewijsrecht anders in elkaar zit dan bestuursrechtelijk bewijsrecht, maar hier is de strafzaak toch zó van betekenis dat de bestuursrechter het bewijsaanbod (het horen van de getuigen) in die zaak niet mocht negeren.

Dit is een bijzondere zaak met een bijzondere constellatie van samenhang tussen de strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke zaak, maar toch valt hier als grote lijn uit te trekken dat aan getuigenbewijs in het bestuursrechtelijke procesrecht meer gewicht moet worden toegekend dan de bestuursrechter doorgaans doet. Een perspectiefwisseling is nodig.

---

69 Vergelijk Wigboldus 2010.

70 EHRM 15 maart 2016 (39966/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0315JUD003996609, in de zaak Gillissen/Nederland).

### 3.6 Deskundigeninbreng<sup>71</sup>

#### 3.6.1 Inleiding

Bij deskundigeninbreng speelt dit basisprobleem: noch de rechter, noch het bestuursorgaan heeft zelf de deskundigheid in huis die nodig is om de juridische puzzel (de subsumptie van het toepasselijke recht op de feiten) op te lossen, maar toch is hij (respectievelijk in de uitspraak en in het besluit) verantwoordelijk voor de juistheid van die feitenvaststelling en de juridische puzzel. Ook de appellerende burger heeft die deskundigheid niet in huis, maar dat is in dit verband toch net iets minder relevant. Het zijn de rechter en het bestuursorgaan die de bindende feitenvaststellingen en de daaruit volgende subsumptie plegen, dus juist bij die twee treedt een spanningsveld op als zij de benodigde deskundigheid niet in huis hebben: wel verantwoordelijk voor de juistheid van de feitenvaststelling, maar niet zelf in staat de precieze details van die feitenvaststelling te voorzien, wegens gebrek aan de benodigde deskundigheid.

Ik focus op de deskundigeninbreng door het bestuursorgaan en in mindere mate op deskundigeninbreng door de rechter.

De benoeming van een deskundige door de bestuursrechter vindt maar heel zelden plaats. Sinds met name de invoering van de bezwaarprocedure in arbeidsongeschiktheidszaken – altijd een groot zaaksaandeel in de zaken bij de bestuursrechter in eerste aanleg – in 1997 zie je een gestage afname van het benoemen van deskundigen door de bestuursrechter.<sup>72</sup> Als je het al ziet, gaat het met name om het benoemen van de StAB als adviseur in omgevingsrechtelijke zaken.<sup>73</sup>

Uitgaande van dat gegeven steunt veel bestuursrechtelijke oordeelsvorming in beroep daarom op de deskundigeninbreng door het bestuursorgaan. De bestuursrechter baseert zijn oordeel vaak op die bestuurlijke deskundigheid. De burger die als eiser optreedt is hetzij financieel niet in staat daar een deskundighedsinbreng tegenover te stellen,<sup>74</sup> hetzij niet bereid dat te doen als hij niet zeker weet dat hij dat moet doen om succes te behalen; hij kijkt in dat laatste geval de kat uit de boom.

Het EHRM is de laatste jaren kritisch op de manier waarop bestuursrechters omgaan met de deskundigeninbreng door het bestuursorgaan in die gevallen waarin de bestuursrechter uiteindelijk die deskundigeninbreng ten grondslag legt aan zijn uitspraak. Ik zeg de laatste jaren, maar in de ogen van het EHRM zelf, is het gewoon een

71 In Verburg 2018B besprak ik dit onderwerp uitvoerig voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht. Deze paragraaf licht enkele punten daaruit, waar nodig met aanvulling van latere rechtspraak.

72 Schuurmans en Vermaat, p. 187.

73 Verburg 2009, p. 306-312.

74 Ik zeg hier wel bij dat in situaties waarin de burger eigenlijk steeds financieel niet in staat is contra-expertise in te winnen, de rechter doorgaans genoeg neemt met informatie uit de behandelende sector (medisch). Dat is geen contra-expertise, maar het kan wel nieuw licht werpen op de zaak. Zie bijvoorbeeld CRvB 11 augustus 2017 (ECLI:NL:CRVB:2017:2802).

voortzetting van eerder uitgezette lijnen.<sup>75</sup> In Nederland spelen deze arresten juist sinds 2016 een heftige rol.<sup>76</sup> Daarbij trok vooral het arrest Korošec/Slovenië<sup>77</sup> de aandacht, maar ik denk dat het arrest Letinčić/Kroatië<sup>78</sup> veel meer aandacht behoeft. Meer op de achtergrond spelen het arrest Spycher/Zwitserland, Krunoslava Zovko/Kroatië en Devinar/Slovenië.<sup>79</sup> De grote aandacht voor de zaak Korošec<sup>80</sup> over de neutraliteit van de deskundige van het bestuursorgaan is misschien al weer op zijn retour. In mijn bijdrage voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht kon ik de zaak Devinar nog niet betrekken, maar daaruit lijkt wel te volgen dat het EHRM terugkomt van de scherpe kantjes van Korošec:<sup>81</sup> de zaken lijken sterk op elkaar, het gaat zelfs om hetzelfde land, maar de uitkomst is zonder nadere verklaring anders.<sup>82</sup>

Waar het in al deze EHRM-zaken telkens om gaat is dat in opdracht van een bestuursorgaan een deskundigenrapport is uitgebracht en dat de bestuursrechter in de daarop volgende rechterlijke procedure uiteindelijk ook zwaar leunt op de uitkomst van dat deskundigenrapport. Wat niet merkwaardig is, is dat de burger om wie het in zo'n zaak gaat, moeite heeft om te aanvaarden dat de opvatting van de deskundige van zijn tegenpartij, het bestuursorgaan, uiteindelijk ook bij de bestuursrechter de doorslag geeft. De Korošecproblematiek laat ik in dit hoofdstuk ongemoeid. In hoofdstuk 6 komt deze problematiek nog wel terug,<sup>83</sup> namelijk als ik vanuit ervaren procedurele rechtvaardigheid kijk naar wat twijfel aan de neutraliteit van de deskundige doet met de burger. En hoe dat doorwerkt naar de ervaren procedurele rechtvaardigheid van het bestuursorgaan en de rechter als die het standpunt van de deskundige overnemen. Daarvoor is echter geen uitvoerige bespreking in dit hoofdstuk nodig.<sup>84</sup> Uit een oogpunt van ervaren procedurele rechtvaardigheid vergt hier in dit hoofdstuk de Letinčićproblematiek meer aandacht, namelijk de mate waarin de burger wordt betrokken in de totstandkoming van het deskundigenstandpunt en de reparatie door de bestuursrechter als er wat mis gaat op dat punt. Dit gaat uiteindelijk over het artikel-6-vereiste van *equality of arms*.

75 Het EHRM deelt zelf de hierna te bespreken arresten alle in in *importance level 3*, dus niet zo belangrijke uitspraken, die vooral een voortzetting zijn van eerder ingezette rechtspraaklijnen.

76 Van Ettekovén 2016, Lemmens 2017 en De Groot 2017.

77 EHRM 8 oktober 2015 (77212/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212).

78 EHRM 3 mei 2016 (7183/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0503JUD000718311).

79 Respectievelijk EHRM 17 november 2015 (26275/12, ECLI:CE:ECHR:2015:1117DEC002627512), 23 mei 2017 (56935/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0523JUD005693513) en 22 mei 2018 (28621/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0522JUD002862115).

80 Weergaven van deze discussie zijn te vinden in Van Ettekovén 2016, paragraaf 2, De Groot 2017, Jansen 2017, Barkhuysen en Van Emmerik in hun noot onder AB 2016/167, punt 2, en Faas in zijn noot onder RSV 2016/27.

81 In de *concurring opinion* van De Gaetano komt misschien de aap uit de mouw: het EHRM is geschrokken van het effect van Korošec: *'In these circumstances, to hold that the Labour and Social Courts were obliged to appoint additional experts would have been tantamount to holding that there is an automatic right to such additional experts irrespective of the state of the evidence before those courts.'*

82 In zijn *dissenting opinion* in Devinar fileert Pinto de Albuquerque het standpunt dat de meerheid in dit arrest inneemt. Kernboodschap is: je mag wel als rechter tot een andere uitkomst komen dan in een andere zaak, maar dan moet je wel uitleggen wat het verschil is met die andere zaak.

83 Hoofdstuk 6, paragraaf 6.6.

84 En de lezer die op dit punt wel meer wil weten, verwijs ik naar Verburg 2018B.

### 3.6.2 *EHRM-rechtspraak over de mate waarin de burger wordt betrokken in de totstandkoming van het deskundigenrapport*

Waar het hier om gaat is wat ik benoem als Letinčićproblematiek. De situatie en nationale procedure van Letinčić zijn als volgt. Hij verzoekt om een uitkering voor oorlogsslachtoffers na de zelfdoding van zijn vader in 1993. Die vader heeft gevochten in de Balkanoorlog. Twee artsen van een centrum dat door de overheid is ingesteld om over dit soort zaken te adviseren doen het onderzoek. Deskundigenadviesing door dit centrum is wettelijk verplicht voor het bestuursorgaan dat deze regeling uitvoert. Het onderzoek bestaat, geheel buiten Letinčić om, onder andere uit het horen van getuigen, krijgsmakkers van de vader van Letinčić, over zijn gedrag tijdens de oorlogshandelingen. Letinčić krijgt het rapport pas onder ogen met het afwijzende besluit voor de uitkering. In administratief beroep vecht hij het aan met als betoog dat het deskundigenadvies oppervlakkig en onlogisch is; zijn vader had voor de oorlog geen mentale problemen en heeft na terugkeer uit de oorlog niet alleen zichzelf gedood, maar ook zijn echtgenote en schoonouders vermoord. Dat administratief beroep wordt ongegrond verklaard. De nationale rechters vinden het besluit van het beroepsorgaan niet onwettig en achten benoeming van een eigen deskundige niet nodig; Letinčić's grond dat de deskundigen niet onafhankelijk zijn, wordt verworpen.

In overwegingen 65 tot en met 67 komt het EHRM tot bespreking van de tekortkomingen in de procedure bij de deskundige zelf. De deskundigen hebben zich uitsluitend gebaseerd op externe informatie en Letinčić kon er pas op reageren toen het voor hem negatieve besluit al was genomen. Het EHRM beschrijft hoe Letinčić's latere kritiek op het rapport als 'irrelevant' werd afgedaan en concludeert dan: *'[T]he Court has difficulties accepting that the Administrative Court had sufficient information for it to be able to adopt such a position [...]. It follows that the Administrative Court, acting in the last instance of the administrative proceedings as a judicial body that had full jurisdiction to examine all factual and legal questions arising in the context of the case, failed to critically approach and remedy<sup>85</sup> the procedural shortcomings related to the applicant's exclusion from the process of commissioning and obtaining of the expert report [...]. This failure of the Administrative Court was not subsequently adequately addressed and remedied by the Constitutional Court.'*

Is het dan altijd fout als de nationale rechter zich baseert op het deskundigenadvies dat is uitgebracht aan het bestuursorgaan? Nee, zie hiervoor de arresten *Spycher* en *Krunoslava Zovko*.<sup>86</sup>

Wat bij de mogelijkheid van tegenspraak in de deskundigenprocedure een rol speelt, is dat *Spycher* in de bestuurlijke voorfase wel de kans heeft gekregen om tegenspraak te leveren, maar die kans heeft laten lopen; in die fase heeft zij volstaan met bezwaar tegen de keuze voor deze deskundigen. Pas bij de rechter komt zij met een bewijsaanbod (getuigenverklaringen van twee artsen). Dat de kantonale bestuursrechter

85 Het EHRM gebruikt telkens *'to remedy'* ('herstellen', 'opheffen' of 'verhelpen'). Ik zal dat soms als 'repareren' en soms als 'compenseren' (die laatste term in navolging van de ABRvS en de CRvB) vertalen. Tussen de beide vertalingen is geen betekenisverschil bedoeld.

86 Voor beschrijvingen van de situatie en nationale procedure verwijst ik naar *Verburg* 2018B, p. 34-36.

dat aanbod heeft afgewezen valt binnen de nationale vrijheid bewijs te waarderen of de proceseconomie voorrang te geven. Kortom: het EHRM vindt de kritiek van Spycher op de procedure bij de deskundige eigenlijk niet heel sterk. Er was gewoon geen gebrek in de procedure bij de deskundige en de daarop volgende procedure bij het bestuursorgaan (tegenspraak was mogelijk) en dus viel er niets te repareren in de rechterlijke fase.

In de zaak *Krunoslava Zovko* gaat het om de vraag of zij voldoende gelegenheid heeft gehad haar zegje te doen in de deskundigenprocedures, dus een vraag die parallel loopt aan die in de zaak *Letinčić*; beiden procederen overigens ook tegen hetzelfde land: Kroatië. Hier komt het EHRM niet tot de conclusie dat er strijd met artikel 6 van het EVRM is, overweging 49: *'It thus follows that after the assessment of the applicant's medical condition by her general practitioner, two expert medical reports were obtained in order to address the applicant's specific arguments as to the assessment of the reason for her sick leave, both of which took into account the arguments and documentation she had submitted during the proceedings [onderstreping DAV].'*

### 3.6.3 Nederlandse rechtspraak naar aanleiding van deze EHRM-rechtspraak

De Nederlandse bestuursrechtpraktijk is in veel zaken waar (medische) deskundigeninbreng ten behoeve van bepaalde besluiten een rol speelt, helemaal gewend 'dat het zus en zo gaat', maar de zaak *Letinčić* maakt het nodig dat we dat nog eens tegen het licht houden. Bij ongeldigverklaringen van een rijbewijs wegens drankmisbruik 'in ruime zin' gaat het zo dat de psychiater die de zaak onderzoekt wel betrokkene in persoon onderzoekt en bevraagt en hem ook zijn conceptrapport opstuurt, maar in de regel de zienswijze die betrokkene dan op dat concept geeft alleen met een nietje aan het concept hecht en het zo opstuurt aan het CBR. De rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat dat niet juist is.<sup>87</sup> In arbeidsongeschiktheidszaken en andere medische zaken die het Uvv behandelt, geldt op grond van artikel 74, vierde lid, van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen doorgaans niet een inzage- en blokkeringsrecht voor betrokkene, maar dat artikel 74 geldt niet voor alle zaken die het Uvv doet. Ook deze praktijk, zowel bij de zaken waar dat inzage- en blokkeringsrecht niet geldt, als bij de zaken waar dat recht wel geldt, zal op enig moment tegen het licht van *Letinčić* moeten worden gehouden.<sup>88</sup> In zaken over medische urgentie voor een sociale-huurwoning (bijvoorbeeld omdat de huidige woning vanwege een allergie ongeschikt is voor betrokkene) wordt in veel gemeenten die werken met een woningverdeelsysteem op grond van de Huisvestingswet een medisch deskundige ingeschakeld. Doorgaans ziet betrokkene het medische advies pas bij het ontvangen van het besluit. Nederlandse situaties waarbij de hele deskundigenprocedure buiten betrokkene om verloopt, zoals in het geval van *Letinčić*, ken ik niet, maar juist in situaties waarin het niet gaat om de medische situatie van degene die de besluitvorming aanzwengelt, is het niet ondenkbaar. Ik zeg niet dat het in al die gevallen vanaf nu

87 Rb. Midden-Nederland 22 november 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:6305), met name overwegingen 10 tot en met 13.

88 Zie CRvB 16 november 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:4349). Vergelijk ook de Leidraad medisch deskundigen in bestuursrechtelijke zaken ([www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)), subparagraaf 8.2.1.

helemaal anders moet, maar ik denk wel dat al die deskundigenprocedures eens tegen het licht moeten worden gehouden op het punt van het al of niet voldoende betrekken van degene om wie het gaat.

Op 30 juni 2017 deden de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep uitspraak over 'Korošeckwesties'.<sup>89</sup> In die uitspraken zetten de beide hogerbberoepsrechters een gezamenlijk kader neer voor de wijze waarop met deze kwesties kan worden omgegaan.

Een eerste positief punt is dat beide hogerbberoepsrechters er niet omheen draaien en concluderen (a) dat alleen al vanwege de band tussen de deskundige en het bestuursorgaan er kan worden getwijfeld aan de onpartijdigheid van die deskundige en (b) (dus)<sup>90</sup> dat betrokkene (die anders dan het bestuursorgaan niet kan beschikken over een deskundige)<sup>91</sup> in beginsel niet in een gelijke positie in de procedure verkeert als dat bestuursorgaan.

Tweede positief punt is dat de hogerbberoepsrechters een stappenplan hebben geformuleerd voor de manier waarop de bestuursrechter met deze problematiek om kan gaan.<sup>92</sup> Dat ziet er als volgt uit, waarbij ik de overwegingen in algemene termen verwoord.

### Stap 1: De zorgvuldigheid van de besluitvorming

Een bestuursorgaan dat een deskundigenoordeel aan zijn besluit ten grondslag wil leggen, heeft een vergewisplicht. Het moet zich er op grond van artikel 3:2 van de Awb van vergewissen dat het rapport – naar wijze van totstandkoming – zorgvuldig en – naar inhoud – inzichtelijk en concludent is. Indien het rapport niet aan deze eisen voldoet, zal het daarop gebaseerde besluit alleen al daarom bij de rechter geen stand kunnen houden.

### Stap 2: Equality of arms

De kern van het beginsel van *equality of arms* is erin gelegen dat tussen partijen evenwicht moet bestaan in de mogelijkheid om bewijsmateriaal aan te dragen. Dit stelt de bestuursrechter in staat om een onafhankelijk en onpartijdig oordeel te geven. De rechter moet de vraag beantwoorden of de burger voldoende ruimte heeft gehad om de bevindingen van de deskundige te betwisten, bijvoorbeeld door zelf medische stukken over te leggen. Indien op grond van het geheel aan gegevens wordt vastgesteld dat geen equality of arms tussen het bestuursorgaan en de burger bestaat, zal de bestuursrechter moeten waarborgen dat dit evenwicht wordt hersteld. De burger kan

89 ABRvS 30 juni 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1674) en CRvB 30 juni 2017 (ECLI:NL:CRVB:2017:2226); beide uitspraken zijn geannoteerd door Koenraad en Jansen in AB 2017/365-367 en door Faas in RSV 2017/151-152.

90 De CRvB koppelt in overweging 4.2.3 deze twee elementen ('Dit betekent ...'). De ABRvS vermeldt ze in overwegingen 9.1 en 9.2 los van elkaar.

91 Dit staat er juist wel bij de Afdeling in overweging 9.2, niet bij de Centrale Raad.

92 ABRvS overwegingen 9.2 tot en met 9.2.3; CRvB overwegingen 4.2.4 tot en met 7.2.

dan bijvoorbeeld alsnog de gelegenheid krijgen om medische stukken in te brengen of zelf een deskundige in te schakelen. (Daarbij kan van de bestuursrechter worden gevergd dat hij verduidelijkt wat nodig is.)<sup>93</sup> Als de burger (medische) stukken overlegt, moet de bestuursrechter beoordelen of deze stukken een redelijke mogelijkheid voor die burger vormen om hem, de rechter, van zijn standpunt te overtuigen. Is dit niet het geval of als het de burger in redelijkheid niet kan worden tegengeworpen geen nadere medische stukken ter onderbouwing van zijn beroep te hebben ingediend dan ligt het op de weg van de bestuursrechter aan die burger zo nodig compensatie voor deze bewijsnood te bieden, bijvoorbeeld in de vorm van de benoeming van een onafhankelijke medisch deskundige.

Als de burger een rapport in de procedure inbrengt dat is opgesteld door een door hem ingeschakelde medisch deskundige, is in het algemeen voldaan aan het vereiste van gelijke procespositie. Dit kan onder omstandigheden een rapport of een verklaring van een behandelaar zijn.

Als de bestuursrechter niet ingaat op een verzoek om een deskundige te benoemen, om de burger compensatie te bieden voor de gestelde bewijsnood, zal die afwijzing gemotiveerd moeten worden. Daarbij is in dit kader niet zozeer beslissend de vraag of de bestuursrechter in de kwaliteit en de wijze van totstandkoming van de adviezen van de deskundige aanleiding moet zien een medisch deskundige te raadplegen,<sup>94</sup> maar of de burger voldoende gelegenheid heeft gehad om in voldoende mate weerwoord te bieden aan die adviezen.

### Stap 3: Inhoudelijke beoordeling

De burger kan met een contra-expertise de inhoudelijke juistheid van een deskundigenadvies betwisten. Met stukken van zijn behandelaars kan hij de zorgvuldigheid, inzichtelijkheid en concludentheid van een BMA-advies aan de orde stellen dan wel in het kader van artikel 8:47 van de Awb concrete aanknopingspunten aanvoeren voor twijfel aan de inhoud daarvan. Dit kan voor de rechter aanleiding zijn om een deskundige te benoemen.

Bij afwijzing van het verzoek om een deskundige in te schakelen, moet de bestuursrechter motiveren waarom hij zich op basis van de door partijen ingebrachte medische informatie voldoende in staat acht het tussen hen bestaande geschil te beslechten.

Ik juich deze lijn grotendeels toe, maar heb nog wel enige kritiek.<sup>95</sup> Verschillende keren wordt overwogen dat de rechter compensatie kan bieden door 'bijvoorbeeld' een eigen deskundige te benoemen. Ik denk niet dat de bestuursrechter, na een jarenlange praktijk dat hij zelden een eigen deskundige benoemt, ineens heel vaak dat wel gaat doen als de hogerberoepsrechters dit zo 'open' formuleren. Bovendien blijft hiermee openliggen of ook andere vormen van compensatie van zo'n gebrek in de deskundigenprocedure mogelijk zijn. Een ander kritiekpunt is dat in deze uitspraken Letinčićproblematiek en Korošecproblematiek op één noemer worden gebracht, terwijl de beide zaken in feite over andere problemen gaan.

93 Dit zegt de CRvB wel (overweging 6.1), de ABRvS niet.

94 Dat moet al zijn 'afgevangen' in stap 1.

95 Voor een uitvoerigere bespreking daarvan, zie Verburg 2018B, p. 40-45.



### 3.6.4 Conclusie over deskundigenbewijs

De belangrijkste bevindingen van deze subparagraaf uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid zijn de volgende. De hoofdvraag zal in mijn ogen moeten zijn de mate waarin de burgerpartij betrokken is in de deskundigenprocedure. Heeft zij haar zegje kunnen doen en zo nee, hoe valt dat te compenseren in de rechterlijke fase? Daarbij moet de rechter oog hebben voor de drie gezagen die hier een rol spelen: het gezag van de deskundige, het gezag van het bestuursorgaan en uiteindelijk zijn eigen gezag. Een krasje op het gezag van de ene gezaghebber in de ogen van betrokkene werkt, indien niet voldoende geadresseerd, door naar het gezag van de volgende gezaghebber. Als er iets mis is gegaan op dit punt in de deskundigenprocedure zal de bestuursrechter zich moeten afvragen hoe hij dit gebrek compenseert. Daarbij is onduidelijk wanneer de bestuursrechter een eigen deskundige moet benoemen. Ook onduidelijk is of en zo ja, hoe op andere wijze het gebrek kan worden gecompenseerd.

## 4 CONCLUSIE

Het bestuursrechtelijk bewijsrecht begint een behoorlijk ontwikkeld systeem te worden, ook al zie je dat niet altijd in de uitspraken. De bewijslastverdeling wordt in eerste lijn opgetrokken uit de bestuurlijke fase en dus vooral uit de verhouding tussen de artikelen 3:2 (zorgvuldigheid) en 4:2, tweede lid, (plichten van de aanvrager) van de Awb. In tweede lijn geldt dat degene die een beroep doet op een uitzondering of zelfstandige norm, daarvoor de bewijslast draagt. In derde lijn geldt voor uitzonderingsgevallen dat de bestuursrechter bepaalde vuistregels hanteert. In totaal zie je een bewijslastverdeling waarbij in beginsel de bewijslast op het bestuursorgaan rust, tenzij er goede redenen zijn om die bij de burger te leggen. Voor een bewijslastverdeling 'naar redelijkheid en billijkheid' zie ik geen rol weggelegd. Wat bewijsmiddelen betreft zie je dat de bestuursrechter in feite gewicht geeft aan dezelfde bewijsmiddelen als andere rechters doen. Het mag zo zijn dat de bewijslast in een bepaalde zaak rust op bijvoorbeeld het bestuursorgaan, maar in de *bewijsvoering*, het spel van heen en weer springende kansen, volgend op het initiële bewijs van de partij die de bewijslast heeft, wordt de zaak eigenlijk altijd verloren of gewonnen. Wat met name de burger moet doen om het bewijsmechaniek in beweging te zetten (stel- en adstructieplicht) is betrekkelijk onontgonnen terrein. Hij moet in ieder geval uitstijgen boven het niveau van de enkele kreet dat het allemaal niet klopt.

De bewijsvoering vindt plaats ten overstaan van de rechter; dat is de hoofdmoot van de bestuursrechtelijke procedure geworden, ook al vindt een groot deel van de bindende feitenvaststelling plaats in de bestuurlijke procedure. Dat geldt als zich bewijs aandient, maar een andere kwestie is wanneer de rechter bewijs uitlokt. Helderheid over bewijskwesties was een van de grote kritiekpunten uit de Derde evaluatie van de Awb. Nog steeds is het zo dat bewijsvoorlichting door de bestuursrechter tegenvalt en als die al plaatsvindt, is dat vooral in de richting van het bestuursorgaan (formele of informele bestuurlijke lus), niet in de richting van de burger. Getuigenbewijs is in de bestuursrechtspraak ondergewaardeerd. Als in de bestuursrechtspraak deskundigenbewijs een rol speelt, is dat bijna steeds de situatie dat deskundigenbewijs van

het bestuursorgaan uiteindelijk een doorslaggevende rol speelt in het oordeel van de bestuursrechter. Op dat punt zijn hierboven aandachtspunten geformuleerd, met name op het vlak van de mate waarin de burger wordt betrokken in de totstandkoming van het deskundigenoordeel. De vraag is hoe de bestuursrechter eventuele gebreken daarin repareert in de rechterlijke fase.

# HOOFDSTUK 6 | ANALYSE VAN DE KNELPUNTEN EN AANBEVELINGEN

*'Elke gezagsuitoefening, zeker die der overheid wekt weerstand, te sterker, naar mate meer moet worden ingegrepen in het maatschappelijk leven en de daarbij betrokken belangen. Overwinning van dien weerstand, gericht op meer dan "onderwerping met tegenzin in het hart" is slechts mogelijk, wanneer waarborgen bestaan, dat de gezagsuitoefening geschiedt in gerechtigheid.'*

G.J. Wiarda<sup>1</sup>

## 1 INLEIDING

Vele lijnen zijn hiervoor uitgelegd en het is tijd om die binnen te halen en te verbinden, om samen te vatten en te beoordelen. De focus lag in de drie hoofdstukken hiervoor op wat er allemaal op en rondom de zitting gebeurt (als je het hebt over procedurele rechtvaardigheid is dat een belangrijk element van de hele rechtsgang, wellicht zelfs het belangrijkste), op definitieve geschilbeslechting en op bewijsrecht. Binnen die hoofdstukken kwamen al vele dwarsverbanden naar voren.

Hierna zal ik die bevindingen confronteren met de materie uit het kaderhoofdstuk, primair procedurele rechtvaardigheid, tegen de achtergrond van modern gezag en een deugdenethische benadering van rechterschap, onder andere met de rechter als burgervriend. Ik zeg hier nog eens dat dat niet gaat om keiharde verbanden ('als je X wilt bereiken, moet je Y'). Dat is niet de aard van het kader. Het kader levert denkrichtingen op, manieren waarop je invulling zou kunnen geven aan de belangen die zijn verwoord in het kaderhoofdstuk.

Ook zeg ik hier vast dat de belangrijkste bevinding gaat over de scheve verhouding tussen een sterke focus op definitieve geschilbeslechting aan de ene kant en een gebrek aan aandacht voor bewijsrechtelijke kwesties aan de andere kant. Daar moet de bestuursrechter van de toekomst iets mee in mijn ogen.

In paragraaf 2 herhaal ik kort het kader dat in hoofdstuk 2 is behandeld (die paragraaf is dus gemakkelijk over te slaan als de tekst van hoofdstuk 2 nog vers in het geheugen ligt). In de drie daarop volgende paragrafen 3, 4 en 5 bespreek ik de bevindingen

---

1 Wiarda 1948, p. 29.

uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 (en die zijn ook over te slaan als die hoofdstukken nog vers in het geheugen liggen). In de paragraaf daarna, paragraaf 6, confronteer ik die bevindingen met het beschreven kader om te komen tot ontwikkelrichtingen voor responsieve bestuursrechtspraak. In paragraaf 7 volgt een afsluiting.

## 2 KADERS VOOR HEDENDAAGSE BESTUURSRECHTSPRAAK

### 2.1 *Inleiding*

In dit onderzoek gebruik ik, zoals gezegd in hoofdstuk 2, vooral procedurele rechtvaardigheid als richtinggevend perspectief, als bron van inspiratie dus, om te kijken hoe de bestuursrechter zijn taak kan vormgeven. Op het juridische kader ligt niet de nadruk, maar het onderscheid tussen de besproken juridische en buiten-juridische kaders moet niet worden gezien als een tegenstelling, er zijn juist heel veel verbanden tussen die typen kaders. Die verwantschappen zijn niet verwonderlijk, want die juridische perspectieven zijn als het goed is uiteindelijk op hetzelfde weefsel van tradities en maatschappelijke opvattingen geënt als de buiten-juridische perspectieven. Sterker, de buiten-juridische kaders voor hedendaagse (bestuurs)rechtspraak kunnen de bestuursrechter helpen om gestalte te geven aan de juridische kaders.

### 2.2 *Juridische kaders*

Als het gaat om de vraag wat in de huidige tijd een goede bestuursrechter is, dienen zich allereerst een aantal juridische uitgangspunten aan. Dat zijn met name eisen die voortvloeien uit de artikelen 6 en 13 van het EVRM en artikel 47 van het Grondrechtenhandvest EU, zoals die in de rechtspraak van de twee hoven, het EHRM en het HvJ EU, zijn ontwikkeld. Kort gezegd gaat het om toegang tot de rechter, eisen aan de rechter, eisen aan de procedure en eisen aan de inhoud en de uitkomst van de procedure.

In hoofdstuk 2 werd een koppeling gelegd tussen de rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn en finale geschilbeslechting. Is het probleem dat aan de rechter wordt voorgelegd ook werkelijk opgelost? In deze duiding hangt de eis van een beslissing binnen een redelijke termijn (een procedure-eis) samen met de eis van een effectieve remedie (een inhouds- en uitkomst-eis). Denkend vanuit proces naar product begint het met het vereiste van hoor en wederhoor. Partijen moeten zich kunnen uitlaten over de geschilpunten waarom het hun te doen is. Dat vereist dat partijen goede en voldoende kansen moeten hebben die standpunten ter rechterlijke beoordeling voor te leggen (*quality of arms* en *quantity of arms*). Dat vereist verder dat partijen gelijke kansen moeten hebben (*equality of arms*). In het bestuursrecht speelt dan met name of de burger ten opzichte van het bestuursorgaan op achterstand komt te staan. Vervolgens gaat het om vereisten van *merits of the matter* en *full jurisdiction*. De rechter moet zich kunnen uitlaten over zowel alle kwesties over feiten als alle kwesties over het recht. De eis van *full jurisdiction* (een procedure-eis) hangt samen met de eis van indringendheid van de toetsing (een inhouds- en uitkomst-eis). Rechtspraak moet in gelijke geval-

len gelijk uitpakken en in ongelijke gevallen ongelijk naar mate van hun ongelijkheid; partijen en hun professionele gemachtigden moeten een goede mate van zekerheid hebben dat rechtspraak consequent en in behoorlijke mate voorspelbaar is. Hier speelt het beginsel van rechtszekerheid voor partijen. Op het punt van de inhoud van de rechterlijke beoordeling speelt de laatste jaren ook de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing.

Transparantie van de rechter is in hoofdstuk 2 gedefinieerd als de mate van doorzichtigheid en begrijpelijkheid die de rechter via zijn communicatie bereikt bij partijen over (a) de procedure en (b) de inhoud van de zaak. Bij (a) valt te denken aan de wijze waarop de procedure verloopt en in het bijzonder hoe de zitting verloopt, wat er procedureel mogelijk is (getuigen meebrengen, het woord voeren, stukken inbrengen), hoeveel tijd er voor de zitting is uitgetrokken, de duur van de procedure als er extra procedurestappen worden genomen. Bij (b) valt te denken aan de wijze waarop het oordeel van de rechter tot stand komt, wat er nodig is voor succes van de ene of de andere partij, wat er inhoudelijk mogelijk is, binnen welke kaders er wordt geoordeeld, welke belemmeringen er zijn om dit of dat oordeel te bereiken, maar ook het geven van waarschuwingen aan de partij die een voor haar ongunstige keuze dreigt te maken.

### 2.3 *Buiten-juridische kaders*

#### 2.3.1 *Inleiding*

Zoals gezegd staan deze buiten-juridische kaders niet in tegenstelling tot die juridische kaders. Deze buiten-juridische kaders zijn juist op te vatten als het doordenken van de wijze waarop de rechter gestalte kan geven aan die juridische vereisten; die juridische vereisten zijn immers ook minimumeisen die vragen om zo'n nadere invulling.

Onderzoeken naar procedurele rechtvaardigheid laten zien dat er een relatie is tussen ervaren procedurele rechtvaardigheid en de legitimiteit die partijen toekennen aan de rechter. Dat maakt dat die onderzoeken relevant zijn voor de bestuursrechter die kampt met de vraag of zijn rechterlijke machtsuitoefening gerechtvaardigd is. Die kwestie brengt het onderwerp gezag van de rechter op het toneel. Gezag van de rechter is in dit onderzoek een extra laag onder procedurele rechtvaardigheid; bespreking van het gezag laat zien waarom procedurele rechtvaardigheid ertoe doet. Een tweede extra laag onder procedurele rechtvaardigheid is de deugdenethische benadering van goed rechterschap.

#### 2.3.2 *Procedurele rechtvaardigheid*

Procedurele rechtvaardigheid gaat over de rechtvaardigheid van de manier waarop mensen (in een procedure) worden behandeld, terwijl distributieve rechtvaardigheid gaat over de rechtvaardigheid van de uitkomsten die aan mensen worden toebedeeld of de rechtvaardigheid van de verdeling van uitkomsten over verschillende mensen. Beide begrippen zijn, anders dan juristen gewend zijn, in de sociale

psychologie subjectief van aard. Het gaat dus om ervaren rechtvaardigheid. Omdat veel mensen 'rechtvaardigheid' moeilijk te operationaliseren vinden, wordt 'eerlijkheid' toegevoegd, want dat begrip is voor mensen juist wel goed te operationaliseren. Procedurele rechtvaardigheid is in dit onderzoek verder niet alleen een *middel* om tot rechtvaardige uitkomsten te komen. Voor zover het een middel is, gaat het erom dat aandacht geven aan procedurele rechtvaardigheid een middel kan zijn om gestalte te geven aan de open normen uit het juridische kader. Ook is het een middel om partijen in een positie te brengen waarin zij optimaal aan het proces kunnen deelnemen, zowel in het vertrouwen dat zij open kaart kunnen spelen als in het beschikken over informatie over wat zij moeten en mogen doen in de procedure. Procedurele rechtvaardigheid is ook een *doel* op zich, in die zin dat partijen kunnen leven met de uitkomst van de zaak, ook als zij die verliezen.

Procedurele rechtvaardigheid is in dit onderzoek omschreven als het antwoord op de vraag of partijen de interactie met of de wijze waarop zij zijn behandeld door de rechter als eerlijk en rechtvaardig ervaren (*treatment fairness*).

Wat we weten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid, is dat wanneer mensen zich onzeker en onveilig voelen, zij zeer gevoelig zijn voor al of niet 'eerlijk' behandeld worden. Zeker als zij niet weten op basis waarvan wordt bepaald (juridisch gesproken) of zij wel of geen recht hebben op het besluit waar het hun om te doen is (de vergunning, de uitkering, de subsidie), zijn ze dan op zoek naar *cues*, aanwijzingen, om een antwoord te vinden op de vraag 'Kan ik deze rechter, deze autoriteit die een beslissing in mijn zaak gaat nemen, vertrouwen?' Als mensen gevoelens van onzekerheid en onveiligheid of gevoelens sociaal buitengesloten te zijn ervaren, zijn zij dus extra gevoelig voor de 'eerlijkheid' van de behandeling.

Uit onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid weten we verder dat de gedachten, de gevoelens, de houding en het gedrag van mensen sterk worden beïnvloed door de eerlijkheid en rechtvaardigheid zoals zij die bij besluitvormingsprocessen, zoals rechtszaken, hebben ervaren. Als burgers hun interactie met een autoriteit, zoals een rechter, als procedureel eerlijk ervaren, zullen zij positiever reageren (coöperatiever zijn) dan wanneer zij die interactie als oneerlijk of onrechtvaardig ervaren. Bij (positieve) ervaren eerlijkheid, zullen zij tevredener zijn over de interactie met de autoriteit, zullen zij die autoriteit meer vertrouwen en zullen zij meer bereid zijn haar beslissing te aanvaarden en er naar te leven. Als gevolg daarvan zullen ze ook de legitimiteit van die autoriteit hoger achten. Omgekeerd, zullen mensen die vinden dat zij oneerlijk zijn behandeld door een autoriteit, minder coöperatief zijn, eerder een klacht indienen of juridische (vervolg)stappen ondernemen om hun zaak (nogmaals) te bepleiten of zelfs sociaal 'afhaken' en anti-sociaal gedrag gaan vertonen.

Op weg naar de operationalisering verderop in dit hoofdstuk volgt hieruit dat partijen in een rechtszaak het belangrijk vinden dat zij worden erkend als waardevol lid van deze maatschappij en niet als een nummer of dossiertje worden behandeld, dat zij volwaardig kunnen participeren in de procedure en dat zij een eerlijke kans krijgen hun standpunt naar voren te brengen. In hoofdstuk 2 is besproken dat in dit onderzoek de

nadruk ligt op de volgende factoren die van invloed (kunnen) zijn op ervaren procedurele rechtvaardigheid:

- respect (word ik respectvol behandeld),
- voice en due consideration (mag ik mijn zegje doen én neemt de rechter die standpunten serieus in overweging),
- explanation (zowel over hoe de procedure verloopt als over mogelijke uitkomsten van de zaak).

Een enkele keer zal ook *process control* (enige mate van invloed op de procedure, vaak gezien als deel van *voice*) opduiken als factor die van invloed is op ervaren procedurele rechtvaardigheid.

Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid is in dit onderzoek niet een alternatief voor rechtspreken met een nadruk op de rechtmatige uitkomst, maar een ‘gewoon’ en ook noodzakelijk onderdeel van goede rechtspleging, naast de zorg voor een rechtmatige uitkomst. Natuurlijk is het partijen ook te doen om de uitkomst.

### 2.3.3 *Gezag van de rechter*

Gezag is in de huidige tijd niet meer automatisch. Daarbij komt dat de verhouding tussen institutioneel gezag en persoonlijk gezag de afgelopen jaren ook nog eens bijna omgekeerd is of op zijn minst tweerichtingsverkeer is geworden. Gezag was tot ongeveer de jaren 70 nog primair institutioneel en daarvan afgeleid persoonlijk. Dat houdt in dat de rechtspraak nog steunde op een grote mate van institutioneel gezag; de individuele rechter leidde via de toga, het gerechtsgebouw, het podium, het portret van de Majesteit, via kortom de hele setting van de rechtspraak, zijn gezag af van dat institutionele gezag. Persoonlijk gezag staat in de huidige tijd veel meer op de voorgrond. Iets preciezer: er is nog steeds wel een institutioneel gezag op voorhand aanwezig, maar als bij een concrete confrontatie met een gezagsdrager, de vertegenwoordiger van die institutie, iets ‘niet lekker loopt’, staat dat (gebrek aan) persoonlijk gezag snel op de voorgrond. In elke zaak kan de rechter door hard te werken persoonlijk gezag verwerven en als hij dat goed doet, straalt dat positief af op het gezag van de rechtspraak. Dat is de situatie waarin de rechter (net als andere gezagsdragers) verkeert. Voor dat persoonlijk gezag zijn communicatie en transparantie essentieel.

Deelname aan een rechtszaak betekent dat je bent overgeleverd aan deze rechter die over jouw situatie bindend beslist. Juist die situatie van overgeleverd-zijn aan deze ene rechter is bijna onacceptabel in een wereld waarin voor de burger van nu bijna alles een optie is. Bovendien wordt de samenleving steeds heterogener, zodat de gedeelde waarden die de rechtspraak probeert te verwezenlijken, steeds minder gedeeld zijn, wat tot meer wantrouwen leidt. Aan de andere kant valt het de rechter maar zwaar om stappen naar de samenleving te zetten.

Het gezag van de rechter kan daarom in de huidige tijd niet meer ‘van bovenaf’ zijn, maar moet ‘van onderaf’ zijn: partijen *vragen* een onafhankelijke derde om recht te spreken. De rechter *krijgt* de bevoegdheid macht uit te oefenen. Partijen die een oplossing van hun conflict willen, *zoeken naar een derde partij* die zelf geen belang heeft bij de uitkomst. Kernwoorden hierbij zijn communicatie en transparantie, zowel op de zitting als in de uitspraak.

Aandacht geven aan procedurele rechtvaardigheid is een manier waarop de bestuursrechter kan omgaan met de hierboven besproken maatschappelijke opvattingen over hedendaags gezag. Het gaat dan om een gezagsuitoefening van de rechter die tot stand wordt gebracht door een dialoog tussen de rechter en partijen. Zo'n dialoog maakt duidelijk dat de rechter partijen serieus neemt en zijn best doet partijen een volwassen en volwaardige rol te laten spelen in *hun* zaak. 'Serieus nemen' is hier zowel juridisch (de partij als drager van rechten en plichten) als menselijk (de partij als iemand met behoeften en belangen). Partijen hebben vaak geen directe informatie om te bepalen of zij de rechter kunnen vertrouwen, maar zij proberen wel te begrijpen of dat zo is; daarom zullen zij als *sense-maker* zich baseren op andere informatie; de beschikbare informatie is dan vooral de manier waarop de interactie met de rechter verloopt. In een dergelijke dialoog tussen rechter en partijen krijgen veel elementen die behoren tot de inzichten uit studies naar ervaren procedurele rechtvaardigheid een plek. Dat is een manier van gezagsuitoefening die niet meer mythisch, *topdown* is, maar een manier die transparant en communicatief is.

### 2.3.4 Een deugdenethische benadering

In hoofdstuk 2 is bij de deugdenethische benadering aandacht besteed aan de deugden waarover een rechter moet beschikken en is de klemtoon gelegd op de rol van de rechter als 'burgervriend'.

De deugd waarmee het begint is *rechterlijk waarnemingsvermogen*, afgeleid uit de klassieke deugd van praktische wijsheid, *prudentia*. De rechter moet aandacht hebben voor de specifieke omstandigheden waarmee partijen te maken hebben. Kenmerk voor het rechterlijke werk is dat je beslist over *déze* uitkering, *déze* vergunning, *déze* subsidie, etc. en daarbij aandacht hebt voor de specifieke omstandigheden van het geval. Omdat de rechter met partijen een professioneel-persoonlijk gesprek aangaat, omdat hij zich probeert voor te stellen in wat voor omstandigheden een partij verkeert, omdat hij de specifieke omstandigheden van het geval evalueert, *dáárom* is hij in staat om uiteindelijk een beslissing te nemen en *dáárom* wordt hij – dat moet hier wel de premisse zijn – door maatschappij en partijen gelegitimeerd geacht om een beslissing te nemen. De tweede en derde deugd zijn *rechterlijke moed* en *rechterlijke gematigdheid*. Rechterlijke moed betekent dat je als rechter een beslissing moet kunnen nemen waarvan je op voorhand weet dat die je op kritiek komt te staan. Rechterlijke terughoudendheid kent vele vormen. Het gaat om *temperantia*, je moet als rechter niet te veel op de voorgrond staan en dus zakelijk op de kwestie betrokken zijn.

De vierde deugd is *rechterlijke rechtvaardigheid*. Die deugd komt het dichtst in de buurt van het perspectief op rechtspraak als het toepassen van regels op feiten. Want bij deze deugd heeft de rechter vanzelfsprekend oog voor de geldende regels en rechtspraak, de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel. Maar toch speelt hier: *welke* rechtsregel *kiest* die rechter om toe te passen op *welke* feiten?

De vijfde en zesde deugden zijn de *rechterlijke onpartijdigheid* en de *rechterlijke onafhankelijkheid*. Je moet als rechter enerzijds je menselijke inlevingsvermogen gebruiken om te begrijpen waarom in deze zaak bijvoorbeeld discriminatie, bedreiging, misbruik een rol speelt, maar anderzijds moet je eventuele daarmee samenhangende



persoonlijke ervaringen en de druk van de buitenwereld op jezelf, bij de drempel van de rechtszaal achter je laten.

Deze zes deugden bestaan niet los van elkaar, zijn niet los verkrijgbaar; het wegvallen van de ene, brengt alle andere in gevaar.

Beschikken over al deze deugden is al heel wat. Telkens veronderstelt dit denken over rechterlijke deugden ook dat de rechter het kompas heeft om te weten en aan te voelen op welke wijze hij die deugden gestalte geeft in concreet handelen in een zaak.

De rechter moet ook nog een *'civic friend'*, een burgervriend, zijn. Bij Aristoteles is vriendschap dé basisvorm van enige relatie van mensen die hetzelfde goede, in het bijzonder het goede voor de *polis*, nastreven. De bestuursrechter is daarmee dus niet alleen de vriend van de procederende burgerpartij, maar ook van de overheid, als belichaming van het belang van alle burgers. Het gaat dus om vriendschap in de zin van gedeelde welwillendheid, een betrokkenheid op een gezamenlijk streven. De gedachte is dat de rechter zich realiseert als hij partijen tegemoet treedt: u bent dan wel rechtssubject en ik rechter, dus ik mag beslissen over de zaak die vooral u aangaat, maar dat betekent ook dat u en ik een rechtsorde delen en ik wil graag dat u ook deel blijft uitmaken van deze rechtsorde, niet afhaakt. Het gezamenlijke goede van de maatschappij wordt het beste gediend als rechter en burger beiden erkennen dat gezamenlijke goede te delen. Aan de kant van de rechter begint dat met de erkenning dat de burger, als deel van die gemeenschap, de gelegenheid moet krijgen zich te ontwikkelen, tot bloei te komen op een manier die hij voorstaat. En dat hij zijn standpunt voor de rechter optimaal moet kunnen bepleiten en ontvouwen.

Stel dat de Nederlandse bestuursrechters allen uitstekend die zes hiervoor genoemde deugden in huis hebben. Dat is mooi en dan zullen zij dus ook uitstekend optreden en uitstekende beslissingen nemen. Maar de vraag is dan: hoe is dat gerelateerd aan de burger die de rechtszaal verlaat en zojuist te horen heeft gekregen dat hij ongelijk krijgt? Moet die burger maar uitgaan van de deugdzaamheid van de rechter en daarom de uitkomst accepteren? Zo'n opvatting is elitair (de rechter als juridische expert) of esoterisch (de rechter als juridische priester). De huidige tijd vraagt dat de rechter in de concrete interactie zo optreedt dat ook de verliezer de uitkomst kan accepteren. Wil de verliezer zich deelgenoot blijven voelen van deze rechtsorde (ik heb wel verloren, maar mij is wel recht gedaan), is nodig dat de rechter hem met welwillendheid tegemoet treedt, zijn best doet diens opvatting over de zaak te volgen en zo mogelijk over te nemen. Dat is een vorm van respect voor de burger. Van de andere zijde wordt van de burger gevraagd dat hij eveneens die welwillendheid en betrokkenheid op een gezamenlijk streven laat zien en dus ook met respect de rechter tegemoet treedt. Daar komt de link met procedurele rechtvaardigheid binnen. Het aandacht schenken aan procedurele rechtvaardigheid is dus een manier voor de rechter om niet alleen (intern) van goede wil te zijn, maar ook (extern) partijen duidelijk te maken dat dat het geval is, dat hij er op uit is hun recht te doen en dat hij hen erkent als deelgenoot van een gezamenlijk streven naar het goede, dat hij dus waarlijk een burgervriend is.

### 2.3.5 Conclusie

Gezag van de rechter in de huidige tijd draait om communicatie, responsiviteit, transparantie en het aangaan van een professionele relatie. De rechter die beschikt over rechterlijke deugden en een burgervriend is, betreft partijen in een gezamenlijk streven naar het goede. Beide denkwijzen stellen centraal dat partijen, met name de burgers, zich gewaardeerd deelgenoot van deze rechtsorde en deze samenleving kunnen voelen, in plaats van een nummer of een dossiertje. Ze stellen ook centraal dat partijen een volwaardige rol kunnen spelen in de procedure om letterlijk en figuurlijk 'tot hun recht' te kunnen komen. Voor beide is van belang dat de rechter aandacht besteedt aan procedurele rechtvaardigheid. Bovendien is die aandacht voor procedurele rechtvaardigheid een mogelijkheid om de minimumeisen van het juridische kader gestalte te geven. Van de factoren die van invloed zijn op ervaren procedurele rechtvaardigheid ligt in dit onderzoek de nadruk op respect, *voice* (inclusief *process control*) en *due consideration*, en *explanation*, begrijpelijke informatie over de gang van zaken en mogelijke uitkomsten.

## 3 BEJEGENING: DE ZITTING EN RONDONDE ZITTING

### 3.1 Inleiding

Factoren als respect en *voice* komen, niet verbazingwekkend, in mondeling, *live*, contact meer dan in schriftelijk contact tot leven. Historisch is de zitting in de bestuursrechtspraak vooral een toelichting op het dossier en draait het dus vooral om het dossier. Voor iemand die voor het eerst een procedure bij de bestuursrechter meemaakt, is juist het gesprek met de rechter op de zitting belangrijker. Als je als rechter week in, week uit zitting hebt, is het moeilijk om op het netvlies te houden dat voor de mensen die daar verschijnen die zitting een van de belangrijkste *feedbacks* is om te weten of zij ertoe doen. Mensen zien maar weinig een 'gezicht' van de overheid en een rechter is dan ook nog eens een heel belangrijk gezicht van de overheid. Juist de bejegening die mensen ontvangen tijdens de zitting zullen zij dus gebruiken om te checken of zij bij de 'Vereniging Nederland' horen, of zij die rechter die in hun zaak gaat beslissen kunnen vertrouwen, of zij zich dus coöperatief kunnen opstellen of juist op hun hoede moeten zijn. De zitting is in dit onderzoek dus essentieel uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid.

Hieronder volgen de knelpunten uit hoofdstuk 3.

### 3.2 *Weinig aandacht voor het conflict achter het geschil, het 'belangenrondje'*

In subparagraaf 4.2 van hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat rechters niet of nauwelijks tijdens de zitting aandacht schenken aan het achterliggende conflict. In de praktijk zie je soms dat rechters aanvankelijk wel altijd vroegen naar het achterliggende conflict, maar in de loop van de tijd dat hebben laten verwateren, omdat ze er niet goed mee uit de voeten konden. Ook zie je dat rechters menen dat zo'n zoektocht naar het achterliggende conflict niet nodig is, omdat het 'in het echt' toch 'gewoon' gaat om het juridi-

sche geschil. Al bij al zijn er maar weinig rechters die zoeken naar het achterliggende conflict en in lijn daarmee maar weinig rechters die de methode van conflictdiagnose toepassen op de zitting.

Natuurlijk is het zo dat je als rechter regelmatig aan een zitting begint met het gevoel dat het in deze zaak echt over niets anders kan gaan dan stomweg winnen of verliezen, zodat je een zekere gêne voelt om nog eens te vragen wat partijen nu eigenlijk drijft. De keuze er dan maar niet naar te vragen betekent dat de zaak gelijk de juridische koker in gaat.

### 3.3 *Weinig transparantie op de zitting over de procedure*

Op de zitting bij de bestuursrechter wordt maar weinig duidelijkheid geboden over de wijze waarop de procedure verloopt, wat de gang van zaken precies is, wat het doel van de zitting is, hoe veel tijd de rechter voor de behandeling op de zitting heeft uitgetrokken of hoe de zitting is ingedeeld. Deze bevinding is afkomstig uit subparagraaf 4.3 van hoofdstuk 3, maar hangt samen met de geringe voorspelbaarheid van de zitting die in subparagraaf 4.6 van dat hoofdstuk aan bod kwam.

### 3.4 *Weinig transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak en terughoudendheid de zaak aan te houden om die tot verdere ontwikkeling te laten komen*

In subparagraaf 4.4 van hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat er maar weinig terecht komt van het NZB-doel om partijen inhoudelijk duidelijkheid te verschaffen waar zij staan. Dat kan gaan om bewijslastverdeling, een 'bewijstussenstand' of een noodzakelijke verduidelijking van standpunten. Ook kwam daar aan de orde dat het maar weinig voorkomt dat de rechter bereid is de zaak aan te houden om deze tot verdere wasdom te laten komen.

Partijen worden dus op de zitting in het ongewisse gelaten over hun mogelijke kans op succes en over hun mogelijkheden om die kans te verbeteren. En dat terwijl gebrek aan transparantie hierover nu juist één van de belangrijke kritiekpunten was die volgden uit de Derde evaluatie van de Awb.

### 3.5 *Weinig aandacht voor procedurele rechtvaardigheid*

De bevindingen in subparagraaf 4.5 van hoofdstuk 3 dreigen een Droste-effect te bevatten. In die subparagraaf constateer ik dat op de zitting bij de bestuursrechter maar weinig aandacht voor procedurele rechtvaardigheid bestaat. Voorwerp van dit onderzoek is nu juist hoe (vooral) procedurele rechtvaardigheid een inspiratiebron kan zijn om de procedure bij de bestuursrechter nader vorm te geven. De bevindingen in die subparagraaf hebben dus een wat zelfreferentieel karakter.

Wat ik daarom hier vasthoud uit die subparagraaf 4.5 is het 'slechte huwelijk' tussen de zitting (open, responsief, alles mag aan de orde komen) en de uitspraak (als een

sylogisme, alle argumenten leiden tot één conclusie, weinig aandacht voor aspecten die wel besproken zijn op de zitting, maar niet leiden tot de conclusie in de uitspraak). Het kan goed zijn dat de zitting wel heel vriendelijk verliep en daarmee schijnbaar procedureel rechtvaardig, maar dat er te weinig werd gedaan aan verwachtingenmanagement, zodat de uiteindelijke uitkomst tegenvalt. De vraag is dan of het wel 'echte' procedurele rechtvaardigheid was of dat de zitting is blijven steken in vriendelijkheid. Zoals gezegd in hoofdstuk 2 is de kern van procedurele rechtvaardigheid dat de burger zich (ook uiteindelijk) serieus genomen voelt als waardevol lid van deze samenleving. Een vriendelijke zitting met daarna een keihard negatief oordeel, waarin geen begrip wordt getoond die in verhouding is met de sfeer op de zitting, strookt daarmee niet. Dit tekort aan verwachtingenmanagement hangt samen met de vorige subparagraaf over het gebrek aan transparantie op de zitting over de inhoud van de zaak (subparagraaf 3.4).

### 3.6 *Gebrek aan voorspelbaarheid van de aanpak op de zitting. Toch duidelijkheid bieden voorafgaande aan de zitting?*

Deze subparagraaf, waarvoor de basis is gelegd in paragrafen 4.6 en 4.7 van hoofdstuk 3, gaat niet over knelpunten van de praktijk ten opzichte van de NZB als programma, maar zijn juist mogelijke negatieve uitkomsten van de NZB-aanpak zelf. Het voorwerk van deze subparagraaf hangt weer samen met dat van subparagrafen 3.3 en 3.4 hiervoor over het gebrek aan transparantie op de zitting over de procedure en de inhoud van de zaak. Deze twee gebreken tellen op tot een grote mate van gebrek aan voorspelbaarheid en dat heeft negatieve gevolgen voor de rechtszekerheid die de rechtspraak te bieden heeft, voor de mate van consistentie en de betrouwbaarheid ervan. Ten slotte is er een verband met de juridische eisen die moeten worden gesteld aan stelselmatigheid van het optreden van de rechter.

De bestuursrechter scoort op dit punt nog niet heel goed. Juist de verrijking van de zitting waarnaar de bestuursrechter streeft, maakt dat partijen die de zittingszaal betreden nog niet weten wat hun te wachten staat. Dat bemoeilijkt hun voorbereiding.

Bij al die onduidelijkheid over wat er op de zitting gaat gebeuren en daarbij het voortbestaan van die onzekerheid als de zitting eenmaal plaatsvindt, omdat de rechter maar weinig transparantie biedt over de procedure en de inhoud van de zaak, is het logisch dat veel van de professionele spelers pleiten voor 'een briefje vooraf'.

Er zijn een paar belemmeringen om al voor de zitting partijen meer duidelijkheid te bieden wat er op de zitting zoal aan de orde zal zijn:

- schriftelijke correspondentie kan escalerend werken,
- feitelijk valt het voor de rechter moeilijk te organiseren de zaken vroegtijdig genoeg te bestuderen,
- de rechter regisseert met zo'n brief al de richting waarin het zou moeten gaan, zonder partijen daarover te hebben gehoord.

Al bij al komt het bieden van duidelijkheid vooral aan op de zitting. Dat betekent dat daar, op de zitting, de veiligheid en zekerheid zal moeten worden geboden. De bedoeling van KEI-rechtspraak en de Professionele standaarden voor de bestuursrechter zijn wel dat de rechter zo mogelijk een brief voorafgaande aan de zitting stuurt, maar dat lijkt alleen reëel in de complexe zaken, zeker niet in veel zaken; de feitelijke voorbereidingswijze van zaken bij de rechtbanken, vaak kort voor de zitting, staat in de weg aan het sturen van brieven in vele zaken. In alle zaken waarin de rechter niet in staat is een brief voorafgaande aan de zitting te sturen, moet daarom – als compensatie voor de genoemde onduidelijkheid vooraf – de rechter in beginsel positief staan tegenover aanhouding van de zaak. Ergens moet die duidelijkheid en veiligheid die partijen nodig hebben worden geboden.

#### 4 BESLECHTING VAN HET GESCHIL

##### 4.1 *Inleiding*

Het streven naar beslechting van het geschil (en zo mogelijk ook het conflict) heeft sinds 2007 een hoge vlucht genomen. In paragraaf 3 van hoofdstuk 4 komen enige schaduwzijden daarvan in beeld. Die schaduwzijden zijn er vooral voor de positie van de eisende partij. De grote lijn van die paragraaf is de eenzijdigheid van finale geschilbeslechting: alles gericht op het voltooien van de besluitvorming, niet op de versterking van de positie van de burger.

Hieronder volgen de knelpunten uit hoofdstuk 4.

##### 4.2 *Te gemakkelijk passeren van een gebrek door toelichting op de zitting*

Soms lijkt het passeren van een gebrek op grond van artikel 6:22 van de Awb wel héél vlotjes te gaan. In subparagraaf 3.2 van hoofdstuk 4 besprak ik rechtspraak die stelling over complexe materie gingen, zoals de bestemmingsplanzaak in Doetinchem over de noodzakelijke elementen van een distributieplanologisch onderzoek en de manier waarop de ontwikkeling van een of meer supermarkten zich verhoudt tot eventuele intergemeentelijke samenwerking ter zake van detailhandel. Toch kunnen uiteindelijk de gebreken worden gepasseerd. Dit roept vragen op. Was de uitleg van verweerder op de zitting zo klip en klaar dat daarna appellanten met de mond vol tanden stonden? Bleek uit de wel eerder beschikbare stukken toch al meer van de benodigde informatie? Maar vooral: is het nu reëel dat appellanten, op de zitting voor het eerst geconfronteerd met dit verhaal van verweerder, hierop konden ingaan, eventueel met bewijzen en gegevens die een ander beeld lieten zien?

Verder besprak ik daar rechtbankuitspraken waarin de rechter door het in 2013 verruimde toepassingsbereik van artikel 6:22 van de Awb in wat riskanter vaarwater terecht kwam, namelijk de inhoudelijke keuze of indien een bepaald betoog of een bepaald bewijsmiddel wel was betrokken in de beoordeling, het besluit ook zo zou hebben moeten of mogen luiden. Het riskante zit hem hierin dat de rechter de ver-

antwoordelijkheid van het bestuursorgaan dreigt over te nemen. Aan het bestreden besluit kleeft een gebrek en in het verweerschrift of zelfs pas op de zitting komt een nader betoog of een nieuw bewijsmiddel op de proppen. Als dan niet het bestuursorgaan, maar de rechter degene is die zegt dat 'onder de streep' deze nieuwe inbreng niet tot een ander besluit zou hebben geleid, heb ik daar drie problemen mee. In de eerste plaats wordt daarmee dubieus of de eisende partij voldoende heeft kunnen reageren op die nieuwe inbreng én op de vraag welke betekenis die nieuwe inbreng voor het besluit als geheel moet hebben. Dat geldt zeker als de rechter pas in raadkamer bedenkt dat de nieuwe inbreng geen gevolgen voor het bestreden besluit hoeft te hebben en hij er dus niet op de zitting transparant over is geweest. De verdedigingsmogelijkheid van de eisende partij komt dan onder druk te staan. In de tweede plaats dreigt de rechter daarmee een verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan naar zich toe te trekken. In de derde plaats komt er regelmatig schijnbaar op eiser een soort bewijslast te liggen om te laten zien dat hij wél benadeeld is door de schending.

In die subparagraaf 3.2 van hoofdstuk 4 besprak ik ook dat de recente rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak die beperkingen oplegt aan de mogelijkheid om een gebrek te passeren met toepassing van artikel 6:22 van de Awb mogelijkwerijs de hierboven genoemde problemen wel raakt, maar dan die problemen verlegt naar de vraag of de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten.

#### 4.3 *Verskil tussen het passeren van een gebrek en instandlating van rechtsgevolgen*

Met de verruimde werking van artikel 6:22 van de Awb sinds 2013 kan met dat instrument eigenlijk hetzelfde als met de instandlating van de rechtsgevolgen. Dit punt kwam aan de orde in subparagraaf 3.3. van hoofdstuk 4. De enige overgebleven extra eis bij het passeren van een gebrek is dat het geen 'pijn' doet, dat belanghebbenden niet zijn benadeeld. Maar aangezien dat laatste criterium in feite tot voor kort zo werd uitgelegd dat het alleen maar inhoudt dat 'onder de streep' (na herstel van het gebrek) de wereld er voor belanghebbenden hetzelfde uitziet als in de situatie dat het gebrek er niet was geweest, is er ook op dat punt nauwelijks nog verschil met instandlating van de rechtsgevolgen te ontdekken, want ook bij instandlating van de rechtsgevolgen is dat eigenlijk de eis: 'onder de streep' ziet de wereld er hetzelfde uit. Noch bij proceskosten en griffierecht, noch bij schadevergoeding zijn er relevante verschillen.

Of de rechter het ene of het andere instrument moet inzetten is daarmee onduidelijk. Het eerste wat duidelijk is, is dat na een formele bestuurlijke lus toepassing van artikel 6:22 van de Awb niet mag. Het tweede wat door de Afdeling sinds 28 februari 2018 is ingezet, is dat een gebrek waarvoor een actie van het bestuursorgaan nodig is om dat te repareren, in beginsel niet kan worden gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 van de Awb. Maar doorwerking naar de lagere rechtspraak is nog niet te zien.

Op het punt van het verschil tussen beide instrumenten focus ik op dit probleem: het signaal dat van beide instrumenten uitgaat is in ieder geval verschillend: 'ik heb terecht iets aangevoerd, maar toch wordt mijn beroep ongegrond verklaard' versus 'ik heb terecht iets aangevoerd en het besluit wordt dan ook vernietigd, maar uiteindelijk

sta ik toch met lege handen'; beide signalen kunnen frustrerend zijn, maar de keuze welk instrument de bestuursrechter toepast, lijkt nauwelijks te worden beïnvloed door de 'communicatieve waarde' van het gekozen instrument.

#### 4.4 *Onduidelijkheid wat de mogelijkheden en voorwaarden zijn bij zelf in de zaak voorzien*

In paragraaf 2 van hoofdstuk 4 omschreef ik wat volgens mij de drie hoofdtypen (waarvan de eerste met twee subvarianten) van zelf in de zaak voorzien zijn. Het hoofdvereiste bij zelf in de zaak voorzien is helder: het dictum van het bestreden besluit is onrechtmatig en de rechter weet ook hoe dat dictum wel mag of moet luiden.

De eerste hoofdvariant, eerste subvariant ('moet', klassiek), is de klassieke situatie dat er nog maar één rechtens juiste situatie overblijft. De eerste hoofdvariant, tweede subvariant ('moet', modern), is de situatie dat er weliswaar wat beoordelings- of beleidsvrijheid betreft nog ruimte over zou kunnen zijn om verschillende, alle rechtmatige, besluiten te nemen, maar dat de rechter aanleiding ziet om de discussie nu te sluiten. De tweede hoofdvariant ('mag') is dat het bestuursorgaan zich nadrukkelijk heeft uitgesproken in de volgende trant: 'als u, rechter, oordeelt dat beroepsgrond X slaagt, zouden wij daarvan uitgaande als volgt besluiten'. Als dan de rechter die beroepsgrond inderdaad laat slagen én hij oordeelt de door het bestuursorgaan voorgestane afdoeningsmodaliteit rechtmatig, gezien de beroepsgronden, voorziet hij zelf in die zin. De derde hoofdvariant is dat de rechter zich na de vernietiging eigenlijk even goed geëquipeerd acht om de resterende geschilpunten te beslechten als het bestuursorgaan. Dat speelt bij schadevergoeding en boetes, maar met een wat wisselende koers in de rechtspraak vaak ook bij de hoogte van de dwangsom en de duur van de begunstigingstermijn.

De praktijk die zich aandient bij zelf in de zaak voorzien is heel divers en wellicht daarom zie je in de rechtspraak een weinig eenduidige koers. Ik noemde in dit verband in subparagraaf 3.4 van hoofdstuk 4 een soms onbegrijpelijke terugval op het 'oude' criterium dat alleen zelf in de zaak mag worden voorzien indien er nog maar één rechtens juiste variant resteert. Ook noemde ik daar twee uitspraken die op dezelfde dag zijn gedaan en een met elkaar strijdige redenering hanteren. Ten slotte noemde ik daar het beeld dat vaak niet blijkt of de burgerpartij voldoende zijn zegje heeft kunnen doen over de wijze waarop zelf in de zaak wordt voorzien.

Uit deze bespreking volgen twee problemen:

- (1) het beeld bij zelf in de zaak voorzien is heel divers, diverser ook dan in de criteria die in de rechtspraak worden genoemd tot uiting komt; dit is niet duidelijk, zodat partijen niet weten wat ze te verwachten hebben en dus moeilijk hun proceshouding kunnen bepalen,
- (2) de mate waarin partijen volwaardig hun zegje hebben kunnen doen over een alternatieve afdoeningswijze, hetzij voorgesteld door het bestuursorgaan, hetzij geïnitieerd door de rechter zelf, is onvoldoende geborgd.

#### 4.5 *Wel verbetering van de motivering van het besluit, niet van het beroep*

In subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 4 besprak ik kritisch de bestuurlijke lus. Vooropgesteld, mijn kritiek komt niet voort uit de eigenschappen van de bestuurlijke lus als zodanig. De bestuurlijke lus is een prima instrument om tot finalisering te komen. Het gaat mij om de manier waarop de bestuurlijke lus wordt toegepast.

Uit het vernietigende oordeel van het Belgische Grondwettelijke Hof over de Vlaamse bestuurlijke lus trok ik drie lessen voor de Nederlandse bestuurlijke lus, namelijk deze:

1. de schijn van vooringenomenheid, niet door het instrument als zodanig (zoals bij de Vlaamse en Belgische lus), maar door het geven van te gedetailleerde aanwijzingen in de tussenuitspraak;
2. 'hulp' van de rechter aan de ene kant (het bestuursorgaan), maar niet aan de andere kant (de burger);
3. de focus op de afdoening van de zaak, zodat het risico bestaat dat de rechter, nadat hij een bepaalde weg is ingeslagen, onvoldoende open staat voor nieuwe inzichten of alternatieve uitkomsten.

Het eerste probleem zie ik als een uitzondering, geen breed verschijnsel en dus geen probleem waar de bestuursrechter hard aan moet werken om tot verbetering te komen.

Het tweede probleem is een ander verhaal. Op dat punt krijgt het bestuur via een (formele of informele) bestuurlijke lus wel regelmatig een precieze aanduiding van het gebrek in de motivering inclusief aanwijzingen hoe dat gebrek kan worden hersteld, maar krijgt de burger niet zo'n benadering. Zeker zegt de rechter op de zitting regelmatig ook tegen de burger 'Ik snap nog niet precies uw beroepsgrond onder punt X. Kunt u dat nog eens uitleggen?'. Maar een aanduiding waarin het onbegrip aan de kant van de rechter steekt, laat staan een aanduiding van wat hij zou moeten claimen om een betere kans op succes te hebben, hoeft de burger niet te verwachten.

Ook het derde probleem is relevant. De analyse in hoofdstuk 4 komt hierop neer dat de bestuursrechter een bestuurlijke lus toepast en dan, als hij dat eenmaal heeft gedaan, niet meer toekomt aan 'verrijking' van de argumentatieve kracht van het beroep. Dat is dan een gepasseerd station. Ik vraag in subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 4 daarom aandacht voor een dergelijke verrijking van het beroep door de rechter vóórdat hij overgaat tot toepassing van een bestuurlijke lus. Problematisch aan de manier waarop de bestuurlijke lus wordt toegepast is dat het bestuur wel en de burger niet door de rechter wordt geholpen om zijn zaak tot bloei te brengen, waarna bestuursorgaan en rechter het risico lopen niet meer los te komen van de ingeslagen weg.

#### 4.6 *Wel bewijsopdracht voor bestuursorgaan, niet voor de burger*

Een veelgehoorde klacht over de bestuursrechtelijke procedure is dat de rechter op bewijsrechtelijk vlak partijen aan hun lot overlaat. De bestuursrechter beoogt, eerst met de NZB als programma, nu met de Professionele standaarden, ook een grotere transparantie in het bestuursrechtelijke bewijsproces te bewerkstelligen. Het moment



waarop een partij te horen krijgt dat zij nog bewijs moet inbrengen om succes te behalen, wordt vervroegd van de uitspraak naar de zitting, inclusief de mogelijkheid om ná die zitting dat bewijstekort nog recht te zetten. Dit gaat om het tot wasdom komen van bewijslevering in beroep. In de praktijk valt het echter tegen hoe deze bedoelingen van de bestuursrechtspraak worden uitgevoerd.

In subparagraaf 3.6 van hoofdstuk 4 constateer ik allereerst dat de hogerberoepsrechters niet van oordeel zijn dat op de bestuursrechter in eerste aanleg een bewijsvoorlichtingsplicht rust. In de tweede plaats constateer ik daar dat vanwege de verplichting van de bestuursrechter zo veel mogelijk een geschil definitief te beslechten, hij aan het bestuursorgaan wel bewijsvoorlichting geeft. De bestuurlijke lus vanwege een zorgvuldigheidsgebrek is in feite een bewijsopdracht aan het bestuursorgaan. Aan de kant van de burger doet hij dat echter niet of nauwelijks.

## 5 BEWIJSRECHT

### 5.1 *Inleiding*

Op het vlak van bestuursrechtelijk bewijsrecht valt een weinig systematische aanpak van de bestuursrechter te zien, maar ook een gebrek aan transparantie over bewijsrechtelijke kwesties. Ook behandelt, zoals direct hiervoor al gezegd, de rechter het bestuursorgaan anders dan de burger, zonder dat hiervoor een goede verklaring valt te geven.

Hieronder volgen de knelpunten uit hoofdstuk 5.

### 5.2 *Bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid?*

In subparagraaf 3.2 van hoofdstuk 5 is de vraag besproken of als alternatief voor de bestaande bewijslastverdeling in het bestuursrecht kon gelden een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid. Uiteindelijk werd dat alternatief daar afgewezen, met name omdat zo'n verdeling geen recht zou doen aan de verticale positie van de burger ten opzichte van het bestuur in de bestuurlijke fase.

### 5.3 *Bewijsvoering ten overstaan van de rechter*

Het bestuursprocesrecht is de afgelopen jaren steeds meer bewogen in de richting van bewijsvoering ten overstaan van de rechter. Het in beroep bestreden besluit markeert een belangrijk moment, we verlaten de bestuurlijke fase en betreden de rechterlijke fase, maar bewijsrechtelijk gezien is het bestreden besluit meer en meer gewoon een van de zetten op het procesrechtelijke schaakbord geworden. Dit is besproken in subparagraaf 3.3 van hoofdstuk 5. Daaraan is gekoppeld dat bij zo'n benadering van een groter gewicht dat wordt toegekend aan bewijsvoering ten overstaan van de bestuursrechter ook zou passen dat de rechter meer verantwoording aflegt van het bewijs-traject en zijn waardering van de bewijsmiddelen. Dat valt echter nauwelijks waar te

nemen. Wat je vaak ziet is dat in de uitspraak de redenering wordt gegeven die tot het oordeel leidt, waarna nog volgt dat wat de eisende partij daar tegenover stelt 'er niet aan afdoet'. Een serieuze bewijsbespreking en -waardering ontbreken vaak.

#### 5.4 *Bewijsvoorlichting door de rechter met de mogelijkheid nader bewijs in te brengen*

In subparagraaf 3.4 van hoofdstuk 5 kwam aan de orde wat er gebeurt als partijen niet spontaan met bewijs komen. Verschafft de rechter dan helderheid, biedt hij de mogelijkheid om onder zijn regie nader bewijs in te brengen? Hoofdlijn is dat dat tegenvalt. Via een (formele of informele) bestuurlijke lus bij een zorgvuldigheidsgebrek wordt nog met enige regelmaat een bewijsopdracht aan het bestuursorgaan gegeven, maar aan de burger wordt niet of nauwelijks een bewijsopdracht gegeven. Zie ook subparagraaf 4.6 hiervoor.

#### 5.5 *Getuigenbewijs*

In subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 5 stelde ik aan de orde dat getuigen ondergewaardeerd worden in het bestuursprocesrecht. Dat heeft allereerst historische redenen: het zwaartepunt ligt traditioneel op de waardering van de stukken. De omstandigheid dat als de eisende partij haar moeder meeneemt naar zitting als getuige, de rechter doorgaans reageert met een reactie in termen van 'ach als zij ook iets wil zeggen mag dat wel', is begrijpelijk. Maar wat gechargeerd gezegd heeft de bestuursrechter de neiging met alle aangedragen getuigen om te gaan alsof het gaat om een meegebracht familielid.

Daarmee blijven kansen liggen om te bezien of de getuige werkelijk iets kan bijdragen aan de beoordeling van het geschil en blijven kansen liggen om betrokkene duidelijk te maken dat er serieus naar zijn zaak wordt gekeken. En dat laatste kan alleen als de rechter werkelijk nieuwsgierig is naar wat de getuige te melden heeft. In die subparagraaf is de conclusie dat een perspectiefwisseling nodig is.

#### 5.6 *Deskundigeninbreng*

Als het in het bestuursprocesrecht gaat om deskundigeninbreng is dat vooral deskundigeninbreng van de zijde van het bestuursorgaan dat uiteindelijk vaak wordt overgenomen door de bestuursrechter.

Via een bespreking van de EHRM-arresten Korošec/Slovenië, Letinčić/Kroatië, Spycher/Zwitserland, Krunoslava Zovko/Kroatië en Devinar/Slovenië kwamen in subparagraaf 3.6 van hoofdstuk 5 kort de neutraliteit van de deskundige van het bestuursorgaan en uitgebreider de inbreng in de deskundigeninbreng van de meneer of mevrouw om wie het gaat aan de orde. In overeenstemming met die EHRM-rechtspraak, is de focus daarbij vooral gericht op de mate waarin de rechter compensatie biedt als de deskundigenprocedure (of de daarop volgende procedure bij het bestuursorgaan) haperingen kende.

Over beide kwesties tezamen concludeerde ik in die subparagraaf dat kwesties over de neutraliteit vermoedelijk tot weinig problemen zullen leiden. Kwesties over de mate waarin de burger is betrokken in de deskundigenprocedure zullen daarentegen in mijn ogen vaker tot problemen leiden die in de rechterlijke fase moeten worden hersteld, mede afhankelijk van het antwoord op de vraag hoe ver de betrokkenheid van de burger moet gaan.

Bij het onderwerp betrokkenheid in de deskundigenprocedure van de meneer of mevrouw om wie het gaat, volgt uit de EHRM-rechtspraak dat daar meer aandacht voor moet zijn. Doordenking van de deskundigenprocedure, de vergewisplicht van het bestuursorgaan en de toetsing door de bestuursrechter zijn nodig. Daarbij moet worden bedacht dat het deskundigenadvies aan het bestuursorgaan doorgaans ook in de rechterlijke fase een zwaarwegende rol speelt.

## 6 ANALYSE VAN DE BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN VOOR DE BESTUURSRECHTELIJKE PROCEDURE

### 6.1 *Inleiding*

In deze paragraaf confronteer ik de knelpunten uit hoofdstukken 3, 4 en 5 (hiervoor verkort weergegeven in de paragrafen 3, 4 en 5) met het kader zoals ik dat heb geformuleerd in hoofdstuk 2 (hiervoor verkort weergegeven in paragraaf 2). Terwijl ik tot nu toe een strakke indeling hanteerde en er zelfs naar streefde de paragraafnummering in dit hoofdstuk parallel te laten lopen met de eerdere hoofdstuknummering, gaat het betoog vanaf hier juist om een groot aantal dwarsverbanden die geen strak 'opknippen' meer toelaten. Ik probeer juist de bevindingen uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 met elkaar in samenhang te bezien.

Hoofddoel is om te kijken hoe het kader van procedurele rechtvaardigheid als inspiratiebron kan dienen om het bestuursprocesrecht verder gestalte te geven, om dus de plusfactor bovenop de minimumeisen van de artikelen 6 en 13 van het EVRM/artikel 47 Grondrechtenhandvest EU in te vullen. Procedurele rechtvaardigheid krijgt hierbij, zoals meermalen gezegd, meer reliëf door de aandacht voor het gezag van de rechter en de deugdenethische benadering van de rechter, in het bijzonder zijn rol als 'burgervriend'.

Hierna volgen aanbevelingen om de rechtsgang in het bestuursrecht nader gestalte te geven. Dat zijn beschouwingen van zeer divers pluimage, sommige klein, andere groot.

### 6.2 *Uitdagingen die het kader van procedurele rechtvaardigheid stelt aan de bestuursrechter*

Wat ga je als rechter doen als je serieus werk wilt maken van procedurele rechtvaardigheid? Wat doe je als rechter als je begrijpt dat je inspanningen op het vlak van

procedurele rechtvaardigheid gevolgen hebben voor het gezag van jou als rechter, voor een coöperatieve opstelling van partijen in de procedure, voor de mate waarin je beslissing uiteindelijk wordt aanvaard (geen hoger beroep) en uitgevoerd (geen recalcitrant gedrag bij de effectuering van het besluit)? Wat doe je als rechter als je je inspant om samen met partijen te streven naar het gemeenschappelijk goede en je dus een burgervriend bent?

Die rechter focust in mijn ogen, teruggrijpend op het deugdenethische kader, eerst op praktische wijsheid: goed kijken naar wat zich aandient en beschouwen hoe hij dat juridisch kwalificeert. Om dat goed te doen heeft hij, nog steeds binnen dat deugdenethische kader, moed en bescheidenheid nodig: moed om de beslissing te nemen die nodig is, zonder zich te laten afleiden door de storm van kritiek die zijn beslissing mogelijkerwijs oproept en bescheidenheid door te beseffen dat het niet om hem gaat. Hem wordt gevraagd een beslissing te nemen in een geschil omdat hij onafhankelijk en onpartijdig is. De benodigdheden van onafhankelijkheid en onpartijdigheid komen hierin dus mee. Ook moet hij rechtvaardig zijn en dat is nog wel de moeilijkst te operationaliseren deugd. Laten we in eerste linie rechtvaardigheid proberen te operationaliseren door de regel dat diegene die recht heeft op een vergunning, een uitkering, een subsidie die moet krijgen of diegene die een bestuurlijke boete moet krijgen die ook krijgt. Dat gaat uiteindelijk over de juistheid van de toepassing van de juridische regels. Dat is allemaal heel fraai, maar door deze formulering begint te wringen dat alles wat ik hierboven schreef in deze subparagraaf uiteindelijk intern is; dit gaat om de deugdzzaamheid van de rechter, in zijn eigen binnenste.

De huidige tijd, zoals met name beschreven in paragraaf 3 van hoofdstuk 2 over gezag, vergt dat die rechter niet alleen intern deugt, maar ook laat zien dat hij en dat zijn optreden deugt. Voor huidig rechterlijk optreden is nodig dat het communicatief (in samenspraak met partijen), responsief (in antwoord op de gerechtvaardigde wensen van partijen), horizontaal (in gesprek, waarbij het niet uitmaakt wie wat initieert) en transparant (in helderheid over het verloop van de procedure en in helderheid over de mogelijkheden en onmogelijkheden op het punt van de inhoud van de zaak) is. En dan komen we op een vorm van rechtvaardigheid die niet zo zeer over de inhoud gaat, maar over de manier waarop de beslissing wordt bereikt. Met andere woorden, we komen op procedurele rechtvaardigheid, de manier waarop de rechter in zijn optreden laat zien dat hij eerlijk en rechtvaardig probeert te handelen (het hele kader van hoofdstuk 2), en op zijn rol als burgervriend, de manier waarop de rechter in zijn optreden laat zien dat hij samen met partijen het gemeenschappelijk goede probeert na te streven (het dekkader van paragraaf 4 van hoofdstuk 2). De rechter laat zien dat hij partijen, maar vooral ook de burger, serieus neemt, dat de burger een volwaardig lid is van de gemeenschap, van de 'Vereniging Nederland'. In hedendaagse terminologie is dat dus een inclusieve benadering met aandacht voor het burgerperspectief.

Ik noemde direct hiervoor het serieus nemen van de burger als volwaardig lid van de gemeenschap en weer even daarvoor noemde ik het horizontale van het optreden van de rechter. Ik denk dat daar de grootste uitdagingen voor de bestuursrechter in steken om bij de tijd te blijven. De bestuurlijke fase is in de basis verticaal van aard (vanuit het

karakter van het bestuursrecht dat het bestuursorgaan uiteindelijk eenzijdige besluiten neemt)<sup>2</sup> en ik zie in de rechterlijke fase nog te veel doorwerkingen van die verticale verhouding op een manier die niet, of misschien niet meer, gerechtvaardigd is.

Zoals gezegd loopt de operationalisering van procedurele rechtvaardigheid, de 'hoofdmoot' van het kader, via een aantal factoren: (a) respect, (b) *voice* en *due consideration* en (c) *explanation*. Maar de hoofdmoot van die hoofdmoot blijft dat de burger erkenning moet vinden dat hij volwaardig lid van deze maatschappij en geen dossiertje op de stapel is. Bovendien blijft ook spelen dat deze factoren geen kwestie zijn van 'even de juiste knop indrukken' of 'even een aangenaam muziekje opzetten'; het gaat om *ervaren* procedurele rechtvaardigheid, dus de rechter kan zijn best doen te investeren in de factoren van procedurele rechtvaardigheid, maar wat het resultaat is in termen van ervaring bij partijen, is een kwestie van afwachten. Daarbij komt nog eens dat de beoordeling die een partij maakt als antwoord op de vraag of zij eerlijk en rechtvaardig is behandeld niet een rationeel gemiddelde is van deze factoren, maar een 'hot cognition', een weinig voorspelbaar amalgaam van al deze factoren tezamen, waarbij je niet zo maar kunt zeggen welke de hoofdrol speelt.

Met dat perspectief ga ik nu kijken hoe de knelpunten uit hoofdstukken 3, 4 en 5 tot verbeteringen van de bestuursrechtelijke rechtsgang kunnen worden getransformeerd. Het zijn geen harde een-op-eenrelaties tussen procedurele rechtvaardigheid als kader enerzijds en een andere manier om de procedure vorm te geven anderzijds. Je kunt niet zeggen dat het streven naar procedurele rechtvaardigheid *dwingt* tot handeling of benadering *zus* of *zo*. Bovendien, nogmaals, gaat het bij procedurele rechtvaardigheid om de subjectieve ervaring van betrokkenen en ook daarom is een één-op-éénrelatie niet te verwachten. Wel is het mogelijk om de in hoofdstukken 3, 4 en 5 beschreven knelpunten op een nieuwe manier te doordenken, namelijk door procedurele rechtvaardigheid daarvoor als richtsnoer te nemen. Daarbij hanteer ik eerdere empirische bevindingen van ervaren procedurele-rechtvaardigheidsonderzoekers om te beantwoorden welke benadering vermoedelijk gaat werken bij welk knelpunt.

### 6.3 Een volwaardige rol voor de burger door transparantie

#### 6.3.1 Inleiding

Verreweg het meeste van wat hiervoor als knelpunt is benoemd, komt onder de noemer transparantie terug als aanbevelingen voor de bestuursrechter.

Zoals de titel van deze subparagraaf al aanduidt is de focus gericht op de burgerpartij in een bestuursrechtelijke rechtszaak in eerste aanleg. Iets meer onder de oppervlakte speelt ook transparantie ten behoeve van het bestuursorgaan een rol, maar dat is dus niet richtinggevend.

---

2 Vergelijk wat hierover is gezegd in subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 2. Daar werden ook enkele nuances aangebracht in het beeld dat de bestuurlijke fase alleen maar verticaal zou zijn; ook daar is een horizontaliseringstendens, zoals binnen het BZK-initiatief Prettig Contact met de Overheid.

Deze subparagraaf gaat verder zowel over de procedure als zodanig, als over de inhoud van de zaak.

Kerngedachte is dat de burger de procedure als geheel en de zitting als onderdeel daarvan zal ingaan met allerlei onzekerheden en twijfels. En die gaan zowel over de gang van zaken (hoe loopt zo'n procedure, hoe gaat zo'n zitting?), als over de inhoud van de zaak (wat kan ik bereiken en hoe moet ik dat aanpakken?). In het bijzonder bij bewijskwesities weten we eigenlijk al tien jaar lang dat de rechter altijd veel optimistischer is over wat partijen allemaal snappen dan gerechtvaardigd is.<sup>3</sup> Als de rechter dan transparant optreedt, zowel over de procedure als over de inhoud van de zaak informatie geeft, doet hij tegelijkertijd twee dingen: (a) hij zorgt ervoor dat de burger volwaardig zijn rol kan spelen omdat die over de benodigde informatie beschikt en (b) hij laat de burger ervaren dat hij ertoe doet, dat hij in staat wordt gesteld om zijn rol volwaardig te spelen. Kortom, de burger wordt serieus genomen en de burger kan ervaren dat hij serieus wordt genomen. Dit gaat over respect en *explanation*.

### 6.3.2 *Transparantie over de procedure en inhoud van de zaak*

Als je als rechter wil dat partijen 'hun rol' kunnen spelen, volwaardig hun deel kunnen hebben en daarmee zich serieus genomen kunnen voelen, is vanuit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid (met name de factor: *explanation*) nodig dat je de zitting opent met enige uitleg over de gang van zaken op de zitting. Daar hoort mijns inziens vanuit procedurele rechtvaardigheid (met name de factor: respect) een introductie om partijen op hun gemak te stellen bij. Dit gaat in op wat is genoemd in subparagrafen 4.3, 4.6 en 4.7 van hoofdstuk 3. In de appendix bij dit hoofdstuk neem ik een stramien op zoals zo'n opening van een zitting zou kunnen gaan.

Ook een briefje voorafgaande aan de zitting over deze procedure zou hier kunnen helpen, wel met de opmerking dat *live* communicatie doorgaans beter werkt. Aan de andere kant: een briefje voorafgaande aan de zitting helpt partijen wel weer meer in hun voorbereiding van de zaak. Zoals meermalen gezegd acht ik het realiter niet mogelijk dat de eerstelijnsrechter in veel zaken zo'n brief stuurt. Het gaat alleen om de complexe zaken waarin dit mogelijk is. Het kan zijn dat de digitalisering van de procedure uiteindelijk gaat helpen om snel, ook kort voor de zitting, te corresponderen met partijen, maar dat is nog niet binnen handbereik.

Als je als rechter wil dat partijen hun rol kunnen spelen, is uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid (met name de factor: *explanation*) ook nodig dat je beschrijft wat wel en niet als resultaat kan worden behaald. Dat is nodig omdat partijen, met name de burgerpartij, soms verwachtingen op dit punt hebben die niet realistisch zijn. Een perspectief op de mogelijke horizon is dus nodig. Dit gaat in op de bevindingen uit subparagrafen 4.3, 4.4, 4.6 en 4.7 van hoofdstuk 3, dus om (a) wat de wet überhaupt mogelijk maakt, (b) wat in het licht van de ingenomen standpunten mogelijk is, (c) wat in het kader van de bewijslast nu de stand van zaken is en (d) wat in het kader van de

3 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 233-256 en 302-303.

bewijsvoering nu de stand van zaken is.<sup>4</sup> Mogelijke vragen en opmerkingen van de rechter op dit vlak zijn weer opgenomen in de appendix bij dit hoofdstuk.

Ook hier komt wel de vraag op of een briefje voorafgaande aan de zitting over de inhoud van de zaak zou kunnen helpen, maar dat geldt op dit punt veel minder; de rechter loopt dan namelijk al snel te veel vooruit op de behandeling; communicatie *live* op de zitting werkt ook op dit punt vaak beter. De rechter kan dit in mijn ogen dus wat meer laten aankomen op de bespreking op de zitting. Tenminste, als hij bereid is de zaak na zitting aan te houden (zie hierna). Optimisme over wat partijen allemaal zelf zouden moeten snappen uit schriftelijke communicatie is, zoals gezegd, vaak niet terecht. Als het op de zitting aankomt, zou weer behulpzaam zijn als aan het begin een agenda wordt 'uitgedeeld' met de volgorde waarin de rechter zich voorneemt de verschillende deelonderwerpen aan de orde te stellen.

Wanneer je als rechter op de zitting de mogelijkheden beschrijft, is daarin verdisconteerd dat partijen, met name de burgers, pas dan begrijpen waar zij aan toe zijn. Vaak hoor je als rechter ook dit: 'eindelijk iemand die me precies vertelt hoe het in elkaar zit'. Als de bespreking met partijen op de zitting gaat zoals hiervoor besproken, moet je dus als rechter ook bereid zijn om de zaak aan te houden om die tot verdere wasdom te laten komen: aanvullende argumentatie en aanvullend bewijs. Je kunt er niet zo maar op vertrouwen dat partijen spontaan weten wat zij moeten doen om succes te behalen. Dit is terug te voeren op wat is besproken in subparagraaf 4.4 van hoofdstuk 3.

Wat hiervoor geschetst is, is dus dat het van tweeën één is: óf je biedt als rechter voorafgaande aan de zitting duidelijkheid óf je doet dat als rechter op de zitting én je biedt dan (als de reactie concreet genoeg is) na afloop van de zitting partijen de gelegenheid om de zaak tot wasdom te laten komen, argumentatief of bewijstechnisch. De mogelijkheid dat voorafgaande aan de zitting te doen, is alleen weggelegd voor complexe zaken.

Als je als eerstelijnsrechter wel de brief voorafgaande aan de zitting inzet, dan zou artikel 8:32a van de Awb<sup>5</sup> een krachtig hulpmiddel kunnen zijn. Hiervoor kwam dit aan de orde in hoofdstuk 5, paragraaf 2.6. Bij partijen die allerlei bijlagen bij hun beroepschrift of verweerschrift over de balk van de rechter smijten, kan je hen dwingen duidelijk te maken welke rol die bijlagen spelen, zodat hun standpunten scherper naar voren komen. Dit wetsartikel geldt nu al weer geruime tijd, maar is nog helemaal niet tot ontwikkeling gekomen. Een gemiste kans om het partijendebat tot ontwikkeling te brengen.

Uit paragrafen 4.6 en 4.7 van hoofdstuk 3 (hiervoor besproken in subparagraaf 3.6 van dit hoofdstuk) kwam naar voren dat er nogal wat belemmeringen zijn om voor

4 Waarbij met name de onderwerpen (c) en (d) ook 'haakjes' hebben met hoofdstuk 5, subparagraaf 3.4.

5 Artikel 8:32a van de Awb: De bestuursrechter kan door partijen verschaftte gegevens en bescheiden buiten beschouwing laten indien zij op zijn verzoek niet aangeven ter toelichting of staving van welke stelling de gegevens en bescheiden zijn bedoeld en welk onderdeel daartoe van belang is.

de zitting een goede inhoudelijke brief te sturen met specifiek op de zaak betrekking hebbende vragen. Die zijn onder andere praktisch (hoe voorkom je als rechter en ondersteuning dubbel werk, als je ruim voor de zitting al diep in de zaak moet duiken?) en gerelateerd aan de benadering van het conflict (hoe voorkom je dat zo'n brief zelf escalerend werkt in het conflict en hoe regisseur je goed terwijl partijen nog niet hun zegje daarover hebben kunnen doen?). Zoals meermalen gezegd, zal dit middel sowieso tot de complexere zaken beperkt blijven.

Dat betekent dat het bieden van transparantie met als doel ervoor te zorgen dat partijen, met name de burger, volwaardig hun rol kunnen spelen in het geding, vooral op de zitting aankomt. En als die transparantie pas op de zitting wordt geboden, hoort daar zoals gezegd logischerwijs bij dat met enige regelmaat een zaak moet worden aangehouden. In een voortgaand debat, waarbij vlak voor of op de zitting nieuwe argumenten en bewijsmiddelen opduiken, kunnen in reactie daarop niet alle benodigde argumenten en alle benodigde bewijsmiddelen immers spontaan op de zitting worden geboden.

### 6.3.3 *Transparantie over bewijskwesities*

Als partijen niet zelf met bewijs komen, is de rechter weinig actief om hun te vertellen dat zij nog met iets moeten komen om hun zaak positief af te ronden. Als het gaat om het bestuursorgaan, reageert de rechter nog wel met een bewijsopdracht in de vorm van een (formele of informele) bestuurlijke lus met een zorgvuldigheidsgebrek, maar als het gaat om de burgerpartij komt de rechter eigenlijk nooit met een bewijsopdracht.

In 2012 schreven Schuurmans en ik optimistisch over de NZB.<sup>6</sup> We noemden daar dat in een bestuurlijke lus het bestuursorgaan ook 'regelmatig' wordt gezegd dat het de burger moet betrekken bij de herstelopgave. Maar in de literatuur en rechtspraakdatabanken zijn maar enkele voorbeelden hiervan te vinden. Dat is nog een indirecte bewijsopdracht aan de burger. Directe bewijsopdrachten aan de burger zijn al helemaal nauwelijks te bespeuren in de rechtspraakdatabanken.

Hier is het onderzoek van De Jong bij de Amsterdamse rechtbank veelzeggend.<sup>7</sup> We zien daar rechters die wel aan de kant van bestuursorganen bereid zijn een bestuurlijke lus toe te passen met wat in feite een bewijsopdracht is (zorgvuldigheidsgebrek), maar die tegelijkertijd aan de kant van de burger zeggen 'Als iemand een gemachtigde heeft en aan alle kanten uit het dossier duidelijk is dat bepaald bewijs belangrijk is voor de zaak, dan zal ik in die situatie niet zelf aan de gemachtigde vragen of er nog stukken zijn om iets aannemelijk te maken.' Dit is echt heel gek. Ik ben er van overtuigd dat als die gemachtigde van de burger moet snappen welk bewijs nog relevant is, dan toch zeker de gemachtigde van het bestuursorgaan ook moet snappen welk bewijs nog relevant is. Toch zijn deze rechters moeiteloos bereid een (formele of informele)

---

6 Schuurmans en Verburg 2012.

7 De Jong 2018, p. 70; wat de zijde van het bestuursorgaan betreft, citeer ik De Jong: 'Als verweerder bepaalde stellingen niet had onderbouwd kreeg hij meestal de gelegenheid om dat alsnog te doen [...]'



bestuurlijke lus toe te passen, maar niet bereid de burger nog een bewijskans te geven. Dit is in onbalans. Het kan alleen verklaard worden door de rechterlijke attitude die net als het bestuur gericht is op voltooiing van de besluitvorming. Het gaat niet om een rechter die opzettelijk meeprocedeert aan de kant van het bestuursorgaan, maar gewoonweg een rechter en een bestuursorgaan die zich allebei richten op voltooiing van de besluitvorming.<sup>8</sup> De burger komt er daarmee bekaaid vanaf. Uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid speelt hier vooral (een gebrek aan aandacht voor) de factor *explanation*, wellicht ook respect.

Om nog eens te laten zien hoe de focus op finale geschilbeslechting dreigt de rechter te verleiden tot een ongelijke behandeling van partijen, geef ik de volgende schets van de manier waarop binnen gerechten vaak de discussie verloopt als er een belangrijk stuk ontbreekt. Bij de voorbereiding van de zitting blijkt dat een rapport waarop het bestuursorgaan zich beroept voor zijn standpunt niet bij de stukken zit. Als je dan als bestuursrechter kaal vernietigt, is de uitkomst wel te voorzien: een nieuw besluit met dezelfde inhoud, waarbij dat ontbrekende rapport alsnog wordt toegevoegd. Dat wil je als rechter uit een oogpunt van finaliteit voorkomen en dus is het logisch dat je dat rapport alsnog opvraagt. Uit een oogpunt van finale geschilbeslechting volkomen logisch en de discussie of het bestuursorgaan verantwoordelijk moet worden gehouden voor zijn verzuim dat rapport uit zichzelf over te leggen, wordt nooit gevoerd. Maar dan het spiegelbeeld: bij de voorbereiding van de zitting blijkt dat een bewijsmiddel waarop de eisende partij zich beroept voor haar standpunt niet bij de stukken zit. In de basis is dat precies hetzelfde verzuim als dat van het bestuursorgaan: een betoog voeren en verzuimen het daarvoor noodzakelijke bewijs in te brengen. Maar bij de eisende partij komt dan ineens wel de discussie op of zij uit zichzelf dat bewijs had moeten overleggen, of de bestuursrechter 'meeprocedeert' als hij daarom vraagt en dus of bij het ontbreken van dat bewijsmiddel de conclusie moet zijn dat geen gewicht toekomt aan haar betoog. Dat die discussie niet opkomt bij het ontbrekende rapport van het bestuursorgaan wordt veroorzaakt door de systemische focus van de bestuursrechter op finale geschilbeslechting, maar dat leidt, als je als bestuursrechter niet uitkijkt, wel tot een ongelijke behandeling van partijen zonder processuele rechtvaardiging daarvoor. De veel gehoorde slogan binnen gerechten is 'we helpen partijen niet', maar bijna altijd komt dat neer op 'we helpen de eisende partij niet'. Allemaal niet uit kwade bedoelingen, maar alleen omdat het 'helpen' aan de kant van het bestuursorgaan een probleem van de bestuursrechter zélf oplost (de dreiging niet finaal te kunnen beslissen).

#### 6.3.4 Aandacht voor het conflict achter het geschil

Zoals in subparagraaf 4.2 van hoofdstuk 3 aan de orde kwam vragen rechters nog maar zelden naar het conflict achter het geschil. Uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid (met name de factoren *voice* en *due consideration*) is het wel van belang

8 Natuurlijk is het zo dat als die focus van de bestuursrechter leidt tot een zelfvoorzien in de zaak, geheel in overeenstemming met de wensen van de eisende partij, die laatste weinig klachten zal hebben. Maar ik bedoel het hier systemisch: de bestuursrechter die streeft naar finale geschilbeslechting en het bestuursorgaan dat een besluit wil handhaven, opereren binnen hetzelfde systeem.

dat mensen hun visie op de zaak kunnen geven en daarbij is 'de zaak' niet alleen de juridische puzzel. Hier spelen naast *voice* en *due consideration* vele elementen uit hoofdstuk 2. De verwachting is dat mensen zich eerlijk en rechtvaardig behandeld voelen als ze hun zegje mogen doen, als niet alleen als het ware over hun hoofd door de advocaten en andere juridische spelers het verhaal wordt gehouden. In tijden waarin persoonlijk gezag van de rechter een veel belangrijkere rol speelt (subparagraaf 2.3.3 van dit hoofdstuk en paragraaf 3 van hoofdstuk 2) is bovendien van belang dat de rechter geïnteresseerd is in de mens achter de zaak, de rechter moet een professionele relatie aangaan met partijen. Zij vertrouwen die rechter wel toe dat hij een beslissing gaat nemen in hun zaak, maar alleen als die rechter zich verdiept in wat er werkelijk speelt. Ook uit een oogpunt van de rechter als burgervriend speelt het belang van het geven van aandacht aan het conflict achter het geschil. Als de rechter samen met partijen betrokken is op het goede voor partijen en de gemeenschap, moet hij interesse hebben voor wat de zaak voor die partijen betekent.

Rechters voelen vaak enige gêne om aan het begin van de zitting vragen te stellen als 'waar is het u in de kern om te doen?', 'waar zit de pijn?', 'wat staat er voor u op het spel?'. En partijen verzanden bij die vragen soms ook in obligate antwoorden of antwoorden die zij tevoren in samspraak met hun advocaat uit het hoofd hebben geleerd. Dat levert allemaal geen setting op om het nu eens rijk en betrokken over het conflict achter het geschil te hebben. Interessant is daarom dat De Jong in haar onderzoek bij rechtbank Amsterdam ontdekte dat rechters dit soort vragen meestal niet meer aan het begin van de zitting stellen, maar het verderop tijdens de behandeling wel aan de orde stellen. Daar komen dan vragen als 'Met wat voor verwachtingen bent u naar de zitting gekomen?'<sup>9</sup> Vanuit een mediationachtige benadering zou je niet propageren om eerst de conflictescalatie op te zoeken via het juridische debat en pas dan naar het achterliggende conflict te gaan, maar als dit goed werkt, lijkt mij dit een uitstekende aanpak.<sup>10</sup> Als het achterliggende conflict en dat wat mensen werkelijk drijft in een zaak maar aan de orde komt.

Deze tekst staat in de subparagraaf over transparantie en dat is niet voor niets. Als je als rechter aandacht hebt voor het conflict achter het geschil, kun je daar iets mee in termen van transparantie. Soms blijkt het conflict achter het geschil zo ver af te liggen van het geschil zoals dat in juridische termen aan de rechter is voorgelegd, dat hij moet zeggen dat hij dat niet kán oplossen. Soms is dat conflict achter het geschil wel bereikbaar voor de rechter en kan hij proberen dat op te lossen. Soms is er een tussenform, waarbij de rechter wel afspraken met partijen kan maken of kan bewerkstelligen dat partijen afspraken maken, terwijl die rechter in een eventuele uitspraak er niets mee kan. Al deze varianten laten zien dat een speurtocht naar het conflict achter het geschil voor de rechter een kans is om met partijen reëel te bespreken wat hij wel en wat hij niet voor hen kan doen. Dat is een kwestie van duidelijk verwachtingen-

---

9 De Jong 2018, p. 69-70.

10 Hiermee verlaat ik dus een uitgangspunt van de NZB als programma, zoals beschreven in subparagraaf 3.3 van hoofdstuk 3, waarin nog werd gezegd dat voorafgaande aan eventuele juridische escalatie het 'belangenrondje' moest plaatsvinden.

management, en in die zin gaat het om transparantie. Dat werkt niet alleen positief uit bij 'blijfe' boodschappen ('ik kan proberen dit voor u op te lossen'), maar ook bij negatieve geluiden ('voor dit probleem kunt u echt niet bij mij terecht').

#### 6.4 *De zitting en wat erop kan volgen*

##### 6.4.1 *Inleiding*

Het is niet verwonderlijk: de rechter en juridisch medewerker lopen naar de zittingszaal en denken in de regel 'we gaan vandaag de zaak afronden'. De werkdruk is groot en het aanhouden van een zaak vergt altijd extra werk. Het is allemaal begrijpelijk, maar het leidt niet per se tot rechtspraak die voldoet aan de vereisten van procedurele rechtvaardigheid. En dus zal de burger afhaken, is de kortste samenvatting. Hij zal vaker hoger beroep instellen, vaker recalcitrant gedrag vertonen ten opzichte van de uitkomst van de zaak (tegenstribbelen bij de uitvoering ervan), vaker op de rechtspraak schelden op sociale media. Wat waar te nemen is, is in ieder geval een geringe bereidheid van de bestuursrechter om na de zitting de zaak aan te houden (subparagraaf 4.4 van hoofdstuk 3). De eerste drie subparagrafen hierna gaan over verschijnselen die het gevolg zijn van het streven naar finaliteit. Met dat streven hebben de bestuursrechter en het bestuursorgaan, systemisch gesproken, onbedoeld een gezamenlijk doel gekregen, namelijk het komen tot een besluit. Ik zei het eerder al en herhaal dat hier: ik vind dit niet zo zeer een doorgeschoten streven naar finaliteit, maar een streven naar finaliteit dat nog niet af is. De daarop volgende twee subparagrafen zijn een korte reprise van het onderwerp 'het conflict achter het geschil' en een bespreking van de relatie ('het huwelijk') tussen de sfeer op de zitting en de toon en inhoud van de uitspraak.

##### 6.4.2 *Versterken van de mogelijkheid die de burger krijgt om te reageren bij het passeren van een gebrek na toelichting op de zitting door het bestuursorgaan*

Ik noemde in paragrafen 3.2 en 3.3 van hoofdstuk 4 een aantal voorbeelden waarin de rechter na een nieuwe toelichting op de zitting door het bestuursorgaan artikel 6:22 van de Awb (passeren van een gebrek) toepaste, terwijl daar vraagtekens bij kunnen worden geplaatst: onzeker is namelijk of de burgerpartij dan op dat moment, zo even op de zitting, adequaat kan reageren. Het aanhouden van het onderzoek op de zitting om die burgerpartij in de gelegenheid te stellen alsnog schriftelijk te reageren op deze nieuwe argumentatie van het bestuursorgaan ligt dan in de rede. *Voice* en *due consideration* zijn hier de verbanden met procedurele rechtvaardigheid.

Dit verschijnsel houdt volgens mij in dat de rechter met het verruimde artikel 6:22 van de Awb meer wordt getrokken in hoe het nu verder moet nadat is geconstateerd dat er een gebrek is en dat hij er dus ook voor moet waken zelf een medespeler te worden door in feite zelf de argumenten ten gunste van het besluit in te brengen. In een zeer vergelijkbaar dilemma, namelijk bij het instandlaten van de rechtsgevolgen, is daarover al meer richtinggevende rechtspraak ontwikkeld en voor die situatie liggen de eisen inmiddels ook duidelijker: (a) het bestuursorgaan houdt vast aan het dictum van het bestreden besluit, (b) het bestuursorgaan doet een poging tot herstel van het gebrek, (c) de andere partijen mogen zich daarover uitlaten en (d) het resultaat moet

de rechterlijke toets kunnen doorstaan. De spelregels die de bestuursrechter in mijn ogen zou moeten hanteren voor toepassing van het huidige artikel 6:22 van de Awb zijn in essentie dezelfde, plus vanzelfsprekend de eis dat er geen benadeling van enige belanghebbende is. Wat meer toegesneden op artikel 6:22 (waarbij ik onderdelen a en b uit bovenstaand lijstje samenvoeg) zijn de voorwaarden dan:

- het bestuursorgaan motiveert waarom het besluit indien het gebrek er niet was geweest, toch hetzelfde resultaat (in de zin van dictum) had gehad;
- de andere partijen mogen zich uitlaten over dat nieuwe standpunt;
- de rechter controleert of dat nieuwe standpunt van het bestuursorgaan de rechterlijke toets kan doorstaan;
- de rechter controleert of aannemelijk is dat enige partij dan wel enige andere belanghebbende door het gebrek is benadeeld.

Ik constateer dus twee problemen bij het passeren van gebreken:

1. de zwakke positie van de burgerpartij om zich te verweren tegen (met name) een voor de pas op de zitting gegeven motivering of toelichting van het bestuursorgaan,
2. de (dreigende) overname door de rechter van de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan om argumenten te geven waarom een gebrek kan worden gepasseerd, zodat de burgerpartij zich daartegen niet behoorlijk kan verweren (tenzij de rechter ze expliciteert op de zitting en een reële mogelijkheid voor weerspraak biedt).

Zoals gezegd kan het zijn dat met de beperking van het toepassingsbereik van artikel 6:22 van de Awb met de uitspraken van de Afdeling sinds 28 februari 2018 (waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen actief herstel enerzijds en compensatie anderzijds) dit probleem gedeeltelijk wordt weggenomen bij het vraagstuk van het passeren van een gebrek. Toch betekent dit alleen dat ditzelfde probleem dan wordt verlegd naar het vraagstuk of de rechtsgevolgen in stand kunnen worden gelaten.

Je kunt zeggen dat het streven naar finale geschilbeslechting te ver doorschiet, maar je kunt ook zeggen dat de ontwikkeling van finale geschilbeslechting in het bestuursrecht nog niet voltooid is: nu finale geschilbeslechting integraal onderdeel van het bestuursrechtelijk geschil is geworden (in plaats van dat losse eindje van het breiwerk dat de rechter vroeger in raadkamer nog even moest afhechten), moet het uitprocederen van die mogelijke geschilbeslechting nog beter vorm krijgen, met goede waarborgen voor de burgerpartij.

#### 6.4.3 *Versterken van argumentatie van het beroep vs. versterken van argumentatie van het bestreden besluit*

Als de argumentatie/motivering van het bestreden besluit niet klopt, vraagt de bestuursrechter op de zitting door en past hij zo nodig een bestuurlijke lus toe (met een motiveringsgebrek). Maar hoe zit dat als de argumentatie/motivering van het beroepschrift te kort schiet? Dan kijkt de bestuursrechter toe en doet niets om de burger te helpen, hij stelt hooguit de obligate vraag op de zitting 'ik snap nog niet helemaal wat u bedoelt met X'. In subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 4 kwam een pijn-

lijke casus aan de orde waarin de bestuursrechter volgens een op zichzelf volstrekt logische ordening kwam tot een bestuurlijke lus om de motivering van het bestreden besluit te vervolmaken, maar (potentieel) kansen liet liggen om de motivering van het beroep te vervolmaken. Dat was omdat de bestuursrechter die bestuurlijke lus inzette vóórdat hij zich afvroeg of het beroep nog betere kansen verdiende. Als je als rechter eenmaal de bestuurlijke lus inzet ter verbetering van de motivering van het bestreden besluit, ontsnap je niet meer aan de ingeslagen weg. Maar de onbeantwoorde vraag in die kwestie is of je niet eerst had moeten kijken of het beroep had kunnen worden versterkt.

Wat uitkomst had kunnen bieden, was als eerst was gekeken naar de argumentatie van het beroep, dat beroep zo mogelijk was versterkt onder regie van de rechter en pas dan een bestuurlijke lus was ingezet om de motivering van het bestreden besluit te laten versterken, uitgaand van dat versterkt beroep. Als je dit zegt, komt onmiddellijk de vraag op of het wel de taak van de rechter is om de argumentatie van het beroep te laten versterken. Maar de logische wedervraag is volgens mij of het de taak van de rechter is om de argumentatie van het besluit te laten versterken én dat is precies wat de rechter doet met elke bestuurlijke lus die is gebaseerd op een motiveringsgebrek, zeker als hij aanwijzingen geeft voor de nieuwe motivering.<sup>11</sup>

Hier komen allerlei vragen op die grenzen stellen aan de activiteit van de rechter. Een daarvan is: Wat betekent dat voor de positie van de derde, hoe kijkt die aan tegen een rechter die de eisende burger ‘helpt’ om zijn beroep te versterken? Andere zijn: Wat mag je van die eisende partij zelf verwachten, zeker als die wordt bijgestaan door een (goede) advocaat? Wanneer wordt dit ‘meeproceduren’? Moet de rechter ook formele beroepsgronden helpen versterken als die naar verwachting ‘onder de streep’ toch niet opleveren wat de burgerpartij wil? Allemaal relevante vragen voordat je je als rechter inzet om de argumentatie van het beroep te helpen versterken, maar in het licht van dit onderzoek is dan steeds de spiegelzijde van belang: werkt de rechter net zo hard aan de kant van de eisende partij als aan de kant van het verwerende bestuursorgaan (en de derde-partij)?

Om te voorkomen dat een eisende partij ná toepassing van de bestuurlijke lus pleit voor verbetering van zijn (bij tussenuitspraak verworpen) beroepsgronden, zou de bestuursrechter daarom in mijn ogen vóór toepassing van de bestuurlijke lus – binnen de in de vorige alinea genoemde grenzen – alles in het werk moeten stellen om die beroepsgronden volledig tot bloei te laten komen (de rechter als burgervriend). Dat bestaat uit een materiële en een communicatieve component. Daarvoor moet de bestuursrechter de eisende partij voorafgaande aan de toepassing van de bestuurlijke lus vertellen wat de gebreken in haar beroepsgronden zijn, welke mogelijkheden zij heeft om die te verbeteren, inclusief de gelegenheid die verbeteringen aan te brengen.

---

11 Ik bedoel hier nadrukkelijk niet dat hij te gedetailleerde aanwijzingen geeft en daarmee zijn onpartijdigheid lijkt prijs te geven; dat is zoals gezegd een uitzonderlijke situatie die in dit onderzoek geen verdere aandacht krijgt. Ik bedoel ‘aanwijzingen voor een betere motivering’ zonder meer, ook de globale.

Dat is de materiële kant. Pas als de bestuursrechter dat heeft gedaan voorafgaande aan de toepassing van de bestuurlijke lus, kan hij ná toepassing van die lus de eisende partij vertellen dat zij niet nog een keer de kans krijgt; die heeft zij dan gehad. Dat is de communicatieve kant. Wat er nu gebeurt, is dat de bestuursrechter de eisende partij noch voorafgaande aan de toepassing van de lus, noch in de toepassing van die lus, noch daarna een eerlijke kans biedt haar zaak met succes te beëindigen ten opzichte van de kansen die het bestuursorgaan krijgt. Natuurlijk moet ik hier erkennen dat de benadering die ik hier bepleit al snel leidt tot twee zittingen.

Dit past bij denken vanuit procedurele rechtvaardigheid (als de burgerpartij de kans heeft gekregen zijn beroep te versterken voordat de bestuurlijke lus wordt ingezet, is de kans groter dat zij de uitkomst van die bestuurlijke lus aanvaardt). Met name spelen hier dus de factoren *explanation* (over de inhoud) en *voice* en *due consideration*. Dit past ook bij een horizontale opvatting over de procedure bij de bestuursrechter (modern gezag, subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 2). Ook zie je dan de bestuursrechter als burgervriend: degene die probeert zowel de zaak van het bestuur als de zaak van de burger tot volle wasdom te laten komen (met natuurlijk de aantekening dat chicanergedrag niet wordt beloond en reële kritiek op het besluit wel).

Na het lezen van deze kritiek op de wijze waarop de bestuursrechter de bestuurlijke lus toepast, zou je natuurlijk kunnen zeggen: ja, maar het alternatief is nog veel erger voor de burger. Het alternatief zou dan zijn dat de bestuursrechter geen bestuurlijke lus toepast, maar een einduitspraak doet, met vernietiging van het bestreden besluit en de opdracht aan het bestuursorgaan een nieuw besluit te nemen. De burger verkeert dan grotendeels in dezelfde positie als bij de bestuurlijke lus, maar dan ook nog eens zonder enige regie van de rechter bij het verdere verloop van de procedure om de eenvoudige reden dat er geen procedure bij die bestuursrechter meer loopt. Die is uitgespeeld totdat er tegen het nieuwe besluit weer beroep wordt ingesteld. Dit laatste verschil moet niet worden overschat. De kritiek die hierboven staat is juist dat de rechter bij de uitvoering van de bestuurlijke lus helemaal geen regie voert die strekt tot bescherming van de belangen van de burgerpartij, daargelaten die enkele keer dat hij in de bestuurlijke lus de mogelijkheid van inbreng door de burgerpartij 'meepakt'. Bovendien kan het zijn dat zo'n 'kale' vernietiging de zaak meer openlegt dan het geval is bij de bestuurlijke lus. Ik verwees eerder naar de noot van De Waard op dit punt: het risico dat het bestuursorgaan bij het uitvoeren van de bestuurlijke lus alleen maar gefocust is op verdediging van het oorspronkelijke besluit, kortom 'herstel van het gebrek' en niet meer open kijkt naar mogelijke alternatieven.<sup>12</sup> Ik ben er kortom niet van overtuigd dat de 'kale' vernietiging erger is dan de bestuurlijke lus, omdat zo'n 'kale' vernietiging de burger helemaal aan zijn lot zou overlaten.

Voor zover 'kale' vernietiging en bestuurlijke lus wel overeenkomsten hebben, geldt de hierboven geformuleerde kritiek evenzeer voor de 'kale' vernietiging, zeker als het niet een echte 'kale' maar een 'aangeklede' vernietiging is: de burger krijgt geen, het bestuursorgaan krijgt wel een mogelijkheid zijn argumentatie te versterken.

---

12 ABRvS 12 augustus 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ5099 en AB 2009/368 m.nt. B.W.N. de Waard).

#### 6.4.4 *Versterken van het bewijs van de burgerpartij vs. versterken van het bewijs van het bestuursorgaan*

Als het benodigde bewijs voor het bestreden besluit te kort schiet, zal de bestuursrechter regelmatig een bestuurlijke lus toepassen (zorgvuldigheidsgebrek). Maar hoe zit dat met het te kort schieten van bewijs aan de kant van de burgerpartij? Niet goed, blijkt uit subparagraaf 3.6 van hoofdstuk 4 en subparagraaf 3.4 van hoofdstuk 5. De burgerpartij krijgt nauwelijks de kans om haar bewijspositie te verbeteren. Zij moet maar snappen welk bewijs van belang is. Ik verwijs nogmaals naar de rechters in rechtbank Amsterdam, zoals hun standpunt naar voren komt in het artikel van De Jong:<sup>13</sup> geen terughoudendheid bij rechters om met een bestuurlijke lus feitelijk een bewijsopdracht aan het bestuur te geven, maar wel terughoudendheid om de burger, zeker als die wordt bijgestaan door een advocaat, zo'n bewijsopdracht te geven.<sup>14</sup>

Als je het toetst aan eisen van procedurele rechtvaardigheid, met name de factoren *explanation* (over de inhoud) en *voice* en *due consideration*, zou de burger ook de kans moeten krijgen om zijn positie te versterken: waarom wordt van de professionele gemachtigde van het bestuursorgaan niet gevergd dat die 'het wel snapt' en van de burger en diens gemachtigde wel? Werken met 'bewijsopdrachten' niet alleen aan het bestuursorgaan, maar ook aan de burger past ook bij een horizontale opvatting over de procedure bij de bestuursrechter (modern gezag, subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 2). Ook zie je de bestuursrechter als burgervriend: degene die probeert zowel de zaak van het bestuur als de zaak van de burger tot volle wasdom te laten komen.

Na het lezen van deze kritiek op de wijze waarop de bestuursrechter de bestuurlijke lus toepast, zou je natuurlijk ook op het punt van bewijs kunnen zeggen: ja, maar het alternatief is nog veel erger voor de burger. Het alternatief zou dan zijn dat de bestuursrechter geen bestuurlijke lus toepast, maar een einduitspraak doet, met vernietiging van het bestreden besluit en de opdracht aan het bestuursorgaan een nieuw besluit te nemen. Mijn weerspreking van die gedachte is gelijk aan die aan het einde van subparagraaf 6.4.3.

#### 6.4.5 *Aandacht voor het conflict achter het geschil*

De bestuursrechter reduceert de werkelijk aan hem voorgelegde zaak tot een juridische puzzel. Dat mag tot op zekere hoogte en is ook logisch: de rechter kan nooit alle emoties en belevingen in zijn procedure herbergen. Maar de vraag is tot op welke hoogte dat gerechtvaardigd is. Deze kwestie kwam aan de orde in subparagraaf 4.2 van hoofdstuk 3 en hiervoor in subparagraaf 6.3.4. Daarom houd ik het hier kort. Omdat ik mij in deze subparagraaf 6.4 focus op de zitting (en daarna) is op deze plek vooral van belang of, uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid, partijen zich nog voldoende herkennen in de zaak zoals die door de rechter wordt opgevat. Hier spelen de factoren respect en *voice* en *due consideration*.

13 De Jong 2018, p. 70.

14 Vergelijk Schueler 2015, p. 399-400.

#### 6.4.6 Aandacht voor het 'huwelijk' tussen zitting en uitspraak

Als de rechter juist wel op de zitting aandacht schenkt aan het conflict achter het geschil, als hij zich open en responsief opstelt, loopt hij het risico dat de uitspraak die enige weken later volgt alsnog een koude douche voor met name de verliezer is (zie subparagraaf 3.2 van hoofdstuk 2, subparagraaf 4.5 van hoofdstuk 3 en subparagraaf 3.5 van dit hoofdstuk). De oorzaak is de continentale traditie waarbinnen een uitspraak wordt geschreven als een trechter, het syllogisme: alleen wat je nodig hebt voor je redenering komt in de uitspraak en die leidt in één beweging naar de conclusie.<sup>15</sup>

In de rechtbank Den Haag heeft begin 2017 een klein maar interessant rechtbank-intern experiment plaatsgevonden. Rechters en griffiers (16 rechters, 35 griffiers) vroegen zich in 200 zaken consequent in raadkamer af: wat moeten we nog opnemen in onze uitspraak om recht te doen aan wat op zitting is besproken? Dat leidde tot andere uitspraken met meer aandacht voor de sfeer van de zitting, de emoties en belangen die daar waren besproken. Markant is dat de rechters en griffiers die aan dit experiment mee hadden gedaan vaak zeiden hiermee door te gaan, omdat zij vonden dat hun uitspraken zo meer recht deed aan de zaak. Handig hulpmiddel bleek om aan het begin van de raadkamer nog eens de zittingsaantekeningen door te nemen en pas dan te overleggen over de lijn van de uitspraak. Daarvoor is nodig dat de griffier artikel 8:61, vijfde lid, van de Awb ruimhartig leest: 'vermelding van hetgeen op de zitting met betrekking tot de zaak is voorgevallen' is dan niet alleen wat wordt besproken over de juridische puzzel, maar het gaat dan ook om andere uitingen die partijen naar voren brengen.

De gedachte is: als onze zittingen veranderen, moeten ook onze uitspraken veranderen. Als de bestuursrechter wil dat partijen zich niet alleen echt gehoord en erkend voelen op de zitting, maar ook in de uitspraak, moeten die twee met elkaar in harmonie zijn. Ik zou dit niet zo zeer aan een van de losse factoren van procedurele rechtvaardigheid willen koppelen, maar meer aan de *global impression* die partijen als totale evaluatie overhouden aan hun zaak: ben ik serieus genomen of was ik toch maar een dossiertje? De evaluatie aan het einde is niet zo maar een rationele optelsom van de factoren zoals ik die steeds opvoer, maar een *hot cognition*, en één element (in dit verband een uitspraak die wel of niet beantwoordt aan de sfeer op de zitting) kan dan allesbepalend worden.<sup>16</sup> Als je het wel wilt koppelen aan een specifieke factor, zou als eerste *due consideration* in aanmerking komen: ik krijg wel ongelijk, maar de rechter heeft de voor mij belangrijke punten wel gezien.

In de appendix neem ik een paar (in mijn ogen inspirerende) voorbeelden van overwegingen op die uit dat experiment van rechtbank Den Haag rolden. Ik heb de teksten licht aangepast. Soms komt het op kleine dingen aan. Eén van de tevoren meegegeven aandachtspunten was: probeer te vermijden om te zeggen 'de rechtbank begrijpt dat eiser ..., maar .....'. Er is een communicatieve basisregel dat het woordje 'maar' werkt als

<sup>15</sup> Vergelijk Boekema 2015.

<sup>16</sup> Van den Bos 2011, p. 41, Van den Bos 2007B.



‘alles wat ik hiervoor heb gezegd, telt niet’. Dat moet je proberen te voorkomen als je juist wilt laten zien dat je de beleving, de emotie, het belang erkent.

De gewenste attitude is dat de rechter permanent denkt: ik wil geen beslissing nemen in uw zaak als ik niet precies weet wat die beslissing voor u betekent. Dat wil niet zeggen dat de rechter doorslaggevend gewicht kan toekennen aan de beleving, de emotie en het belang van partijen. Het is een kwestie van betrokkenheid op de leefwereld waarin je als rechter met je uitspraak ingrijpt.

### 6.5 Specifieke aanbevelingen over de beslechting van het geschil

Hierboven kwamen al enige bevindingen aan bod die samenhangen met het streven naar finale geschilbeslechting. Daar was de relatie met procedurele rechtvaardigheid en de rechter als burgervriend sterk aanwezig. Sommige van de andere bevindingen in dit onderzoek die met het streven naar finaliteit te maken hebben, staan in een lossere relatie tot procedurele rechtvaardigheid. Toch is die relatie er wel. De relatie ligt bijvoorbeeld in *voice*, de mogelijkheid om je in je eigen zaak over iets uit te kunnen laten voordat de autoriteit, de rechter, een besluit neemt in die zaak. Die bevindingen komen in deze subparagraaf aan de orde.

Uit een oogpunt van duidelijkheid zou de bestuursrechter er naar moeten streven meer systematiek aan te brengen wanneer en onder welke voorwaarden hij zelf in de zaak voorziet; dit onderwerp werd besproken in hoofdstuk 4, subparagraaf 3.4.

Anders dan bij het instandlaten van de rechtsgevolgen is het normenkader bij zelf in de zaak voorzien onduidelijk. Dat leidt ertoe dat partijen niet weten waarop zij moeten mikken in hun benadering van de zaak. Als de bestuursrechter in zijn rechtspraak meer systematiek bij zelf in de zaak voorzien laat zien, schept dat meer duidelijkheid vooraf (dat geldt vooral voor de professionals natuurlijk), maar maakt dat ook scherpere en duidelijkere communicatie op de zitting mogelijk, zodat partijen informatie van de rechter krijgen wat er op dit punt speelt, welke hobbels moeten worden genomen, zodat zij wederom beter kunnen mikken in hun benadering van de zaak. Dat schept meer duidelijkheid tijdens het proces (en dat geldt voor zowel de professional als de burger). Overigens zijn er de afgelopen ruime tien jaren al grote slagen gemaakt en worden op de zitting bij de bestuursrechter al vaak scenario's doorgenomen welke mogelijke uitkomsten er zijn als de rechter wellicht zelf in de zaak gaat voorzien, maar door het gebrek aan heldere criteria wanneer en onder welke voorwaarden de rechter zelf in de zaak kan voorzien, blijft dat debat vaak wat mistig. De relatie met procedurele rechtvaardigheid is dat partijen, en met name de burgers, tijdens het proces inzicht krijgen in welk spel er gespeeld wordt, wat er mogelijk en onmogelijk is en wat zij moeten doen om succes te behalen. Dat gaat zowel om *explanation* als om *voice*.

In diezelfde subparagraaf 3.4 van hoofdstuk 4 kwam aan de orde dat bij de vormen van zelf in de zaak voorzien die door de rechter zelf worden geïnitieerd (eerste hoofdvariant, tweede subvariant (rechter ziet aanleiding de discussie nu te sluiten), en derde

hoofdvariant (rechter acht zich genoeg geëquipeerd de beslissing te nemen)), de burger te weinig zijn zegje kan doen. Dat moet in mijn ogen uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid wél gebeuren. Zelfs als de rechter weet dat hij de knoop zus of zo gaat doorhakken, moet nog de burger de gelegenheid krijgen zich daarover uit te laten, te vertellen wat dat voor hem betekent. Dat kan waardevolle informatie voor de rechter opleveren omdat hij misschien bepaalde wensen bij de burger veronderstelt die er in werkelijkheid niet zijn, maar het is sowieso van belang voor de burger: er wordt beslist in zijn zaak en hij mag verlangen dat die rechter geen beslissing neemt zonder kennis te nemen van de betekenis van die beslissing. Dit laatste heeft vooral een relatie met het gezag dat in de huidige tijd meer persoonlijk van aard is, er moet een professionele relatie worden gelegd tussen burger en rechter.

Het laatste onderwerp in deze subparagraaf gaat over het verschil tussen de instandlating van de rechtsgevolgen en het passeren van een gebrek. Dit kwam ter sprake in subparagraaf 3.3 van hoofdstuk 4. Daar kwam aan de orde dat de materiële verschillen ontbreken of heel klein zijn en dat je een betrekkelijk theoretische casus moet poneren om nog iets van een verschil te laten zien. Dat maakt dat ik hier de aanbeveling heb dat de rechter vooral moet letten op de communicatieve waarde van de ene of de andere uitkomst. Voor een einduitspraak na een bestuurlijke lus weten we het antwoord: daar mag passeren van een gebrek niet en instandlating van de rechtsgevolgen wel. Dat is het signaal dat er in ieder geval zo'n gebrek was dat een bestuurlijke lus nodig was om dat te repareren. Na zo'n constatering past geen passering van het gebrek meer. Ongegrondverklaring van het beroep is kortom niet het juiste signaal. Voor dat soort gedachten zou de bestuursrechter ook in meer gevallen waarin hij voor deze keuze staat gevoelig moeten zijn. Welk signaal wil ik als rechter uitstralen in deze zaak? De keuze van de Afdeling bestuursrechtspraak om in gevallen waarin reparatie van het gebrek een concrete actie van het bestuursorgaan vergt in beginsel toepassing van artikel 6:22 van de Awb niet toe te staan, verdient hierbij alleen al uit communicatief oogpunt navolging.

Overigens is natuurlijk het instandlaten van de rechtsgevolgen in termen van communicatie ook niet heel krachtig: het beroep is wel gegrond, maar materieel trekt de burger toch aan het kortste eind. Dat kan dus ook alleen als de rechter dat uitlegt in zijn overwegingen (zo mogelijk al voorbereid op de zitting, als de scenario's worden doorgenomen). De boodschap is hier aan de burger: u heeft terecht aangevoerd dat op punt X een gebrek in het besluit zit, maar aan het einde van de procedure blijkt de uitkomst wel juist; daarom is uw beroep gegrond, maar krijgt u toch niet waarom u vroeg. Dit laatste stuk gaat over de boodschap die de rechter aan partijen geeft en heeft daarmee ook een relatie met procedurele rechtvaardigheid (met name de factoren respect en *explanation*). Partijen moeten zich kunnen herkennen in de uitspraak, juist als zij ongelijk krijgen. Die communicatieve kant is daarbij van belang en heeft gevolgen voor de mate van acceptatie die erop volgt.

### 6.6 Specifieke aanbevelingen over bewijs

Net als in de vorige subparagraaf, geldt hier dat hierboven al enige bevindingen aan bod kwamen die samenhangen met bewijs en dat daar de relatie met procedurele rechtvaardigheid en de rechter als burgervriend sterk aanwezig was. Sommige van de andere bevindingen in dit onderzoek die met bewijs te maken hebben, staan in een lossere relatie tot procedurele rechtvaardigheid. Toch is ook hier die relatie er wel. Die bevindingen komen in deze subparagraaf aan de orde.

De rol van getuigen- en deskundigenbewijs kwam aan de orde in hoofdstuk 5, paragrafen 3.5 en 3.6. Die rol is in het bestuursprocesrecht behoorlijk open, maar gezien vanuit de gebruiker eerder 'vaag' te noemen.

Getuigenbewijs speelt een kleine rol en met name de burger weet niet meer dan wat hierover in de uitnodiging voor de zitting staat, namelijk dat hij getuigen mag meenemen als hij die tevoren aankondigt. Uit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid zijn twee dingen nodig: (a) meer openheid om getuigen serieus te horen als onderdeel van *voice*, betrokkene mag ook via de getuigenverklaring zijn visie op de zaak geven en (b) meer informatie vooraf wat de rol van getuigen wel en niet is, bijvoorbeeld een uitleg dat schriftelijk bewijs doorgaans meer gewicht krijgt in de beoordeling en/of dat getuigenbewijs vooral een rol kan spelen als de zaak 'hangt' op de inhoud van een verklaring, terwijl voor dat onderwerp geen schriftelijk bewijs voor handen is; dat laatste onderdeel is een vorm van *explanation*. Voor beide is nodig: *due consideration*, de rechter moet na de getuigenverklaring zo mogelijk vertellen wat hij daar wel of niet mee kan.

Deskundigenbewijs, met name via deskundigheidsinbreng van de zijde van het bestuursorgaan, speelt juist een grote rol in het bestuursprocesrecht. Zowel vanuit een perspectief van procedurele rechtvaardigheid als vanuit een EHRM-perspectief is de juiste mate van betrokkenheid van de burger hier essentieel. Ook dit gaat weer over *explanation*, *voice* en *due consideration*, met *voice* misschien wel op de eerste plaats. De burger moet zijn inbreng kunnen hebben in de deskundigenprocedure, zeker als het advies van de deskundige een doorslaggevende rol gaat spelen in het oordeel van de rechter. Hem moet ook duidelijk zijn wat hij zinvol kan inbrengen tegen een deskundigenrapport van de zijde van het bestuursorgaan en de rechter moet hem meenemen op de reis van de deskundigeninbreng in de bestuurlijke fase, naar besluitvorming, naar oordeelsvorming van de rechter en zo nodig compensatie bieden als er gaandeweg gebreken zijn opgetreden in de mate waarin de burger is betrokken in de procedures. De burger moet dus zijn rol in zijn zaak volwaardig kunnen spelen.

Twijfel bij de burger aan de neutraliteit van de deskundige van het bestuursorgaan speelt nog een aparte rol in het licht van procedurele rechtvaardigheid. Zoals opgemerkt in subparagraaf 2.4 van hoofdstuk 2 is neutraliteit ook een van de elementen van procedurele rechtvaardigheid. Die factor wordt in dit onderzoek niet uitgebreid geproblematiseerd en ook in subparagraaf 3.6 van hoofdstuk 5 ben ik daar maar kort over geweest, maar hier speelt het een te belangrijke rol om te laten wegglijpen.

Hier spelen drie ‘gezagen’: het gezag van de deskundige als iemand die specifieke kennis heeft, het gezag van het bestuursorgaan dat is aangenomen om besluiten over ‘zijn’ burgers te nemen en het gezag van de rechter die is aangenomen om als neutrale derde te oordelen in geschillen tussen burgers en overheden. Als de burger bijvoorbeeld een medisch onderzoek heeft ondergaan bij een deskundige van het bestuursorgaan en daar de indruk heeft gekregen dat hij nauwelijks aandacht kreeg, dat de deskundige niet geïnteresseerd in hem is, maar alleen aanstuurt op een afwijzing, ontstaat de eerste kras op het gezag, in dat geval op het gezag van de deskundige. Als dan het bestuursorgaan toch (in de ogen van de burger waarschijnlijk: klakkeloos) het deskundigenadvies overneemt en als vervolgens ook de bestuursrechter (idem: klakkeloos) dat advies aan zijn oordeel ten grondslag legt, ontstaan krassen twee en drie op het gezag van bestuursorgaan en rechter. En zoals gezegd is ook neutraliteit een factor die van invloed is op ervaren procedurele rechtvaardigheid. Wil de rechter de burger duidelijk maken dat hij, de burger, een eerlijke en rechtvaardige behandeling krijgt, moet hij dus wat met die negatieve ervaring die de burger heeft gehad met de deskundige, zodat het niet een negatieve invloed heeft op de neutraliteit en dus het gezag van de rechter. Een mogelijkheid, hoewel ik natuurlijk begrijp dat dat niet aan de lopende band zou kunnen, is om de deskundige van het bestuursorgaan ter zitting te horen, zodat de burger kan zien dat de rechter niet zo maar achter de deskundige aanloopt, maar hem of haar juist kritisch aan de tand voelt. Ook zou de bestuursrechter vaker – en ook dan begrijp ik dat dat niet aan de lopende band kan – een eigen deskundige kunnen benoemen, zeker als duidelijk is dat betrokkene zich niet kan veroorloven zelf een deskundige in te schakelen en natuurlijk met beantwoording van de vraag of betrokkene een ‘verhaal’ heeft dat twijfel oproept bij de juistheid van het deskundigenoordeel.

Het gaat bij deskundigenadvisering aan het bestuursorgaan doorgaans om gevallen waarin ook het oordeel van de bestuursrechter uiteindelijk zwaar leunt op die deskundigenadvisering. Daarom moet de mate waarin betrokkene een serieuze inbreng kan hebben in de procedure bij de deskundige meer aandacht krijgen. De Nederlandse bestuursrechtspraak moet in mijn ogen de lijnen van denken vanuit de EHRM-rechtspraak verder oppakken om tot betere procedures en bewijsdebatten te komen. Dat is niet omdat ik denk dat het tot nu toe zo slecht gesteld is met die deskundigenadvisering, maar omdat deze EHRM-rechtspraak een goede aanleiding is om het bewijsdebat aan te scherpen én recht te doen aan het begrijpelijke onbehagen bij burgers. Ik denk dat een goede doordenking van de handelwijze van deskundigen van bestuursorganen en vervolgens de handelwijzen van het bestuursorganen zelf en de bestuursrechter nodig is en op punten tot bijstelling zal moeten leiden. Deze lijn van denken betekent dat de deskundige van het bestuursorgaan betrokkene moet betrekken in de totstandkoming van zijn advies, betrokkene een volwaardige rol daarin moet geven. Ook het automatische gezag van de deskundige is voorbij en ook dat gezag moet verdiend worden in responsief optreden van die deskundige.<sup>17</sup> Als dat niet heeft plaatsgevonden en ook het bestuursorgaan dit probleem niet heeft

---

17 Vergelijk wat in hoofdstuk 2, subparagraaf 3.2 is gezegd over het verlies van ‘automatisch gezag’ van rechters; dat geldt ook voor deskundigen.

geadresseerd, moet de bestuursrechter dit adresseren. Het serieus nemen van deze gebreken in de procedure bij de deskundige van het bestuursorgaan zal soms ook moeten leiden tot het benoemen van een deskundige door de rechter zelf, nogmaals zeker als duidelijk is dat betrokkene zich niet kan veroorloven zelf een deskundige in te schakelen en natuurlijk met beantwoording van de vraag of betrokkene een 'verhaal' heeft dat twijfel oproept bij de juistheid van het deskundigenoordeel.

Tot slot het bestuursrechtelijk bewijsstelsel als geheel. Dit kwam aan de orde in paragrafen 2 en subparagrafen 3.3 en 3.4 van hoofdstuk 5. In theorie zie je dat er een behoorlijk ontwikkeld bewijsrechtelijk systeem is, maar dat dit spaarzaam uit de bespreking op de zitting en de uitspraak blijkt. Voor partijen blijft het dus nog steeds, ook meer dan tien jaren na de Derde evaluatie van de Awb, behoorlijk vaag. Bewijsvoorlichting op de zitting, inclusief een mogelijkheid om nog bewijs aan te vullen, wordt maar spaarzaam gegeven en dan, zoals hierboven aan de orde kwam, bijna alleen aan het bestuursorgaan, in de vorm van een bestuurlijke lus. Niet alleen ontbreken bewijsvoorlichting en bewijsopdrachten, ook verantwoording door de rechter van de uiteindelijk genomen beslissing ontbreekt vaak. Na een bestuurlijke lus zou je verwachten dat de rechter verantwoording aflegt van de bewijsstappen: (a) bewijsopdracht aan het bestuursorgaan via de bestuurlijke lus, (b) inbreng hierop van het bestuursorgaan, (c) reactie daar weer op van de burgerpartij en dan (d) een precieze omschrijving van beoordeling en weging van de over en weer ingebrachte elementen. Dat zie je in eindspraken na een bestuurlijke lus niet. Breder gesproken zie je zelden een precieze afweging van het ingebrachte bewijs. Te vaak wordt gezegd welk standpunt wordt gevolgd, waarna slechts een slagroomoverweging van het type 'wat X hier tegenover stelt, doet daar niet aan af' volgt. De rechter legt dus niet te voren uit wat de 'bewijstussenstand' is en welke partij aan zet is om nog wat in te brengen, maar hij legt ook aan het einde te weinig uit hoe hij tot het bewijsoordeel komt.

Uitgaande van de feitelijkheid dat in het bestuursrecht de burger vaak ongelijk krijgt, focus ik hier (weer) eerst op de burger. De hierboven beschreven manier waarop de rechter zowel vooraf als achteraf omgaat met bewijs kan bij de burger bijna niet de indruk opleveren dat het een 'eerlijk spel' was waaraan hij heeft deelgenomen. Hij krijgt in veel gevallen geen uitleg (*explanation*), hij heeft niet enige mate van invloed op de procedure (*process control*) en de rechter vertelt niet wat zijn denkproces was om tot het bewijsoordeel te komen (*due consideration*). Als het bestuursorgaan ongelijk krijgt, zie je hetzelfde grondpatroon, met dien verstande dat de rechter dan wat vaker precies duidt waar hij afwijkt van het oordeel van het bestuursorgaan. Het verschil met de situatie waarin de burger ongelijk krijgt, is weer een gevolg van een besluit als begin- en eindpunt van de rechterlijke beoordeling: als hij het bestuursorgaan ongelijk geeft, moet hij wel duiden waar hij afwijkt van het object van geschil, het besluit; ten opzichte van het beroepsschrift hoeft hij dat veel minder te duiden.

### 6.7 Versterken van horizontaliteit bij de bestuursrechter

Die laatste passage is een opmaat naar deze subparagraaf. Als je de grote lijn beziet door deze hele paragraaf 6 met aanbevelingen en de hieraan voorgaande paragrafen

met de opsomming van geconstateerde problemen is dat deze: de bestuursrechter is er nog niet in geslaagd om te ontsnappen aan de verticale verhouding in de bestuurlijke fase, de rechterlijke fase is nog niet horizontaal genoeg, nog niet een strijd tussen twee gelijkwaardige partijen.<sup>18</sup> Natuurlijk, de verticale bestuurlijke verhouding werkt op een bepaalde manier door in de rechterlijke fase, maar mijns inziens werkt zij ook door op punten waar dat niet hoeft en niet zou moeten.<sup>19</sup>

Met name door de focus op finale geschilbeslechting krijgt vaak het bestuursorgaan wel de mogelijkheid de onderbouwing van zijn besluit nader aan te vullen en het daaraan ten grondslag liggende bewijs aan te vullen, waar de burger die mogelijkheid niet krijgt. Sprekend voorbeeld vond ik de gedachte van Amsterdamse rechters dat je geen bewijsvoorlichting geeft aan de burger als hij een gemachtigde heeft (die moet dat snappen), terwijl zij wel bewijsvoorlichting aan gemachtigden van bestuursorganen geven (die dat toch net zo goed zouden moeten snappen). Nog sprekender vond ik het voorbeeld van de appellant die na een tussenuitspraak met bestuurlijke lus bij de Afdeling bestuursrechtspraak in feite zei 'u heeft nu mijn tegenpartij de gelegenheid gegeven zijn besluit te verbeteren, nu zou ik graag van u de kans krijgen mijn beroep te verbeteren' en daar nul op het rekest kreeg. Zoals meermalen gezegd over dat laatste voorbeeld: binnen het systeem snap ik dat prima, maar het deugt niet dat het bestuursorgaan kansen krijgt die de burger niet krijgt.

De focus op finale geschilbeslechting heeft onbedoeld meegebracht dat de rechter en het bestuursorgaan beide gericht zijn op voltooiing van de besluitvorming en dus is de rechter niet gericht op het tot wasdom laten komen van het beroep. De rechter als burgervriend zou dat wel moeten doen, want die is gericht op het goede voor alle betrokkenen, het bestuur en de burger.

Versterking van horizontaliteit is daarom nodig. Dat kan op vele manieren:

- voordat eventueel wordt toegekomen aan een bestuurlijke lus over een motiveringsgebrek van het besluit, bespreekt de rechter met de burger welke zwakke plekken er in zijn beroepschrift steken en hoe deze beter te krijgen zijn; pas daarna bekijkt de rechter of een bestuurlijke lus nog nodig is,
- voordat eventueel wordt toegekomen aan een bestuurlijke lus over een onderzoeks/bewijsgebrek van het besluit, bespreekt de rechter met de burger welke zwakke plekken er op dat punt in zijn beroepschrift steken en hoe deze beter te krijgen zijn; pas daarna bekijkt de rechter of een bestuurlijke lus nog nodig is en zo ja, bekijkt hij op welke wijze de burger in die bestuurlijke lus betrokken kan worden als relevante gesprekspartner,

18 Vergelijk VAR-reeks 143, p. 50, voor de visie van de belastingrechter. Koopman zegt daar: 'Ik denk dat de procedure, voordat beroep bij de rechtbank wordt ingesteld, in essentie een verticale verhouding kent tussen het bestuursorgaan en de burger [...]. Als het beroep eenmaal aanhangig is gemaakt, is de verhouding radicaal anders geworden: het is een horizontale verhouding geworden tussen in beginsel gelijkwaardige partijen die tegenover een rechter staan.'

19 Vergelijk subparagraaf 3.5 van hoofdstuk 2.

- ook buiten een eventuele bestuurlijke lus, bespreekt de rechter met de burger welke zwakke plekken er in zijn beroepschrift steken op de punten van argumentatie en bewijs en hoe deze beter te krijgen zijn,
- de rechter beslist binnen (bijvoorbeeld) twee weken gemotiveerd op een verzoek om getuigen te horen of een deskundige te benoemen,<sup>20</sup>
- de rechter legt preciezer verantwoording af van zijn bewijsoordelen, waarbij de input van alle partijen gelijkwaardig wordt betrokken.

Finaliteit is, kortom, iets prachtigs, maar het leidt wel tot een bepaalde procesinrichting en -attitude en die zijn in mijn ogen in onbalans. Finaliteit is pas af als de rechter serieus werk maakt van de procedure van beide kanten, anders is het wel een finale, maar geen gelijkwaardige en volwaardige procedure. De bestuursrechter moet óók focussen op de finaliteit van het beroep: hoe dat tot wasdom te laten komen in argumentatie en bewijs. Het aspect bewijs verdient daarbij bijzondere aandacht, omdat juist op dat vlak de achterstand van de burger tot uiting komt. Het streven naar finale geschilbeslechting is niet af als het bewijsrecht niet tot explicitering (bewijsvoorlichting, mogelijkheid nader bewijs in te brengen) en tot een volwaardig bewijsdebat en -verantwoording komt. Sterker, het streven naar finale geschilbeslechting zonder voldoende aandacht voor bewijskwesities levert een ongelijk spel op waar het bestuursorgaan een voordeel heeft dat niet te rechtvaardigen is.

Zoals hiervoor gezegd, komen hier allerlei vragen op die grenzen stellen aan de activiteit van de rechter om argumentatie en bewijs van het beroep te helpen versterken. Een daarvan is: Wat betekent dat voor de positie van de derde, hoe kijkt die aan tegen een rechter die de eisende burger 'helpt' om zijn beroep te versterken in termen van argumentatie en bewijs? Andere zijn: Wat mag je van die eisende partij zelf verwachten, zeker als die wordt bijgestaan door een (goede) advocaat? Wanneer wordt dit 'meeprocederen'? Moet de rechter ook formele beroepsgronden helpen versterken als die naar verwachting 'onder de streep' toch niet opleveren wat de burgerpartij wil? Allemaal relevante vragen voordat je je als rechter inzet om de argumentatie en het bewijs van het beroep te helpen versterken in het kader van horizontaliteit, maar in het licht van dit onderzoek is dan steeds de spiegelzijde van belang: werkt de rechter net zo hard aan de kant van de eisende partij als aan de kant van het verwerende bestuursorgaan (en de derde-partij)?

Als de bestuursrechter hier niet aan werkt, gaat dat uiteindelijk ten koste van zijn gezag, omdat de bestuursrechter dan als verlengstuk van het bestuur zal worden gezien. Dat gaat ten koste van de ervaren procedurele rechtvaardigheid (de rechter wordt niet gezien als neutraal, de burger voelt niet dat hij voldoende *voice* heeft gekregen, de burger voelt niet dat hij enige mate van invloed heeft gehad op de procedure, de burger voelt niet dat de rechter gepaste aandacht (*due consideration*) aan zijn inbreng heeft geschonken, de burger voelt zich niet met respect behandeld). En daarmee is de

---

20 Buiten dit onderzoek is gebleven: onderzoek ter plaatse verrichten. Dat zou hier ook kunnen worden genoemd.

bestuursrechter niet de burgervriend die met de burger samen streeft naar het bereiken van het goede voor alle betrokkenen.

Bij het punt van gezag hoor ik rechters wel zeggen 'ik ga toch niet iets doen louter om gezag te verwerven of te behouden?' Als dat betekent dat die rechter alle acties onderneemt die ik hierboven beschreef, gewoon omdat hij vindt dat dat zijn werk is, prima. Toch is ook dat punt van gezag een zelfstandig argument in mijn ogen. Ik roep in herinnering dat ik in hoofdstuk 2, subparagraaf 2.1 beschreef dat rechtspraak ook en zelfs primair het op een vreedzame en gereguleerde manier tot een oplossing brengen van conflicten is, dus dat rechtspraak bedoeld is om te voorkomen dat mensen elkaar de hersens inslaan als zij een conflict hebben (eigenrichting). Dat kan alleen maar werken als ook de verliezer van een geding aanvaardt dat hij zich bij deze beslissing moet neerleggen, dat hij weliswaar ongelijk heeft gekregen, maar dat hem wel recht is gedaan, dat hij zich nog steeds 'rechtsgenoot' van deze rechtsorde weet. En daarvoor is nodig dat hij het gezag van de rechter aanvaardt.

De bestuursrechter moet werken aan horizontaliteit om te zorgen dat de burger zich erkend ziet als lid van de 'Vereniging Nederland'.

#### 6.8 *Er was nog een olifant in de kamer*

In paragraaf 5 van hoofdstuk 2 wierp ik de vraag op of al deze extra inspanningen van de bestuursrechter wel mogelijk zijn binnen de huidige kaders, de financiering, de tijd die er voor zaken staat.

Ik stel voorop dat dit onderzoek geen 'Handboek voor den soldaat' voor de bestuursrechter is, maar een doordenking van de bestuursrechtelijke procedure, beoordeeld naar maatstaven van het bereiken van ervaren procedurele rechtvaardigheid waarbij die procedurele rechtvaardigheid op haar beurt weer is gekoppeld aan moderne gezagsuitoefening met meer horizontale, responsieve eigenschappen en aan een deugdenethische benadering met een burgervriend als model voor de rechter. De boodschap is dus niet dat elke bestuursrechter dit vanaf morgen allemaal in één keer moet doen, de boodschap is dat de bestuursrechter acht moet slaan op deze wensen en eisen als hij wil blijven aansluiten bij deze tijd. Deze doordenking nodigt de bestuursrechter uit om 'zijn' procedure eens zo te bezien en dan te bekijken welke verrijkingen van de procedure aan de orde zijn. Met name wat is geschreven in paragraaf 3 van hoofdstuk 2 over modern gezag betekent in mijn ogen wel dat de bestuursrechter weinig keuze heeft: als hij gezaghebbende beslechter van bestuursrechtelijke geschillen wil blijven, moet hij ruimte maken voor de hierboven geschetste perspectieven. Hij heeft geen keuze. Cherry picking in de trant van 'ach dat doen we er wel even bij en dan hebben we weer genoeg gedaan aan procedurele rechtvaardigheid' gaat niet werken. Het moet in mijn ogen een serieuze heroverweging van de inrichting en benutting van de procedure zijn.

Verder zeg ik hierover dat deze subparagraaf niet een los draadje van dit onderzoek is dat nog even afgehecht moet worden. Aandacht voor dit uitvoeringsprobleem is al



verwerkt in vele passages eerder in dit onderzoek. Hiervoor in paragraaf 6 heb ik al regelmatig gezegd dat bepaalde wijzigingen vanwege de werkdruk niet zo maar over de volle breedte kunnen worden ingevoerd. Ik wees bijvoorbeeld op de onmogelijkheid twee keer naar alle zaken te kijken en in al die zaken een brief voorafgaande aan de zitting te sturen.

Ook meen ik dat alles wat hiervoor is gezegd, wel een nieuwe doordening van de procedure is, maar dat de meeste zaken niet veel meer tijd hoeven te kosten. Een goede bespreking en versterking van het beroep bijvoorbeeld zal vaak op de zitting kunnen plaatsvinden. Het is zeker niet vaak nodig dat de rechter op de zitting verduidelijkt waarom het beroep naar de huidige stand van zaken niet kan slagen én dat daarna een tweede zitting nodig is om er verder, in versterkte vorm, over te kunnen spreken. De rechtspraak in eerste aanleg kent ook veel zaken die na de zitting echt uitgeprocedeerd zijn. Kortom, aandacht voor de zwaktes in het beroep op de (eerste en enige) zitting en verdieping van de argumenten in het beroep kan al veel helpen. Meer in het algemeen: het valt best mee. Het enige wat in dit onderzoek naar voren komt als aanbeveling en wat echt tijdrovend zal zijn, is de aanhouding van het onderzoek ter zitting. Dat zal numeriek helemaal niet vaak het geval zijn, maar is wel de uitkomst van dit onderzoek voor sommige zaken. In dit onderzoek is betoogd dat het onderzoek al regelmatig wordt aangehouden ten behoeve van nadere proceshandelingen door het bestuursorgaan (het wisselt zeer, maar percentages rond de 15 procent lijken normaal). Het lijkt mij niet dat daar een even groot percentage aanhoudingen bij hoeft te komen ten behoeve van nadere proceshandelingen door de burger. Er is een grote mate van overlap met wat de bestuursrechter al doet, maar daar moet de bestuursrechter dan wel werk van maken (bijvoorbeeld door in een bestuurlijke lus nadrukkelijk de burgerpartij ook haar plek te geven in de herstelpositie). Hoe dan ook, ook als je die overlap in aanmerking neemt, zal nog de benadering die in dit onderzoek wordt voorgestaan, leiden tot meer aanhoudingen, namelijk ten behoeve van de procespositie van de burgerpartij. En de winst daarvan is een grotere processuele gelijkheid tussen overheids- en burgerpartij.

Bij de zaken waar het wel gaat om een eventuele extra inspanning van de rechter om aandacht te besteden aan het versterken van argumentatie en bewijs van het beroep, komen, zoals meermalen gezegd, enkele vragen op. Een daarvan is: Wat betekent dat voor de positie van de derde, hoe kijkt die aan tegen een rechter die de eisende burger 'helpt' om zijn beroep te versterken in termen van argumentatie en bewijs? Andere zijn: Wat mag je van die eisende partij zelf verwachten, zeker als die wordt bijgestaan door een (goede) advocaat? Wanneer wordt dit 'meeprocederen'? Moet de rechter ook formele beroepsgronden helpen versterken als die naar verwachting 'onder de streep' toch niet opleveren wat de burgerpartij wil? Allemaal relevante vragen voordat je je als rechter inzet om de argumentatie en het bewijs van het beroep te helpen versterken in het kader van horizontaliteit.

Ik claim dus dat extra proceshandelingen zeker niet in alle zaken nodig zijn. Bij de rechtbanken zijn er gewoonweg ook heel veel eenvoudige standaardzaken. Die krijgen met een schriftelijke procesronde (beroepschrift, eventueel aanvulling beroepsgron-

den, verweerschrift) en een zitting (bespreking van nog resterende onduidelijkheden) voldoende aandacht en kunnen dan, als het even kan mondeling, tot een uitspraak leiden. Ook in zaken die op het eerste oog standaard zijn, zijn soms schikkingen mogelijk, maar dat kan dan op de zitting aan de orde komen en bij voldoende kansen voor alle partijen kan daarop worden ingezet. De rest van wat ik in deze paragraaf 6 aanbeveel gaat over een beperkte hoeveelheid zaken die meer aandacht en acties van de rechter vergen dan ze nu krijgen. Dat is een kwestie van maatwerk.

Dan is er ook nog een wisselwerking tussen het hierboven beschreven extra werk dat de rechter te doen krijgt en het werk dat juist vermindert voor de rechter. Als het gaat om het uitleggen van de wettelijke regels en het beleid is de rechter natuurlijk als eerste aan zet, maar bij het presenteren van de juiste feiten kan de burgerpartij ook worden ingeschakeld. Door een goede bewijsopdracht aan de burger over een complexe materie (denk bijvoorbeeld aan de vraag welke dier- en plantensoorten in een Natura 2000-gebied worden bedreigd door het bestreden besluit in een omgevingsrechtelijke zaak) kan de rechter zichzelf ook werk besparen. Je ziet nu nog vaak in uitspraken dat de rechter zelf een diepgravende analyse maakt van de onderzoeksrapporten die het bestuursorgaan aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd, terwijl de burgerpartij daar betrekkelijk algemene beroepsgronden tegen heeft aangevoerd. Zeker niet alle pleidooien die hiervoor zijn gehouden, leiden tot meer werk voor de rechter. Hij kan de burger ook gericht 'aan het werk zetten'.

Als de bestuursrechter dan op zich zijn procedure meer wil doordenken vanuit de perspectieven van procedurele rechtvaardigheid, gezag en deugden, moet hij nog steeds keuzes maken: wat ga ik vanaf morgen wel doen en wat niet? Snelle versus uitgebreidere *tracks*. Bij het maken van die keuzes zou op zich in mijn ogen te verwachten procedurele rechtvaardigheid leidraad kunnen zijn. Dat is niet voor de *bühne* (het ziet er eerlijker uit, maar we doen feitelijk hetzelfde als voorheen), maar dat moet natuurlijk oprecht zijn: welke herinrichting van de procedure, welke andere accenten, welke andere mogelijkheden in de procedure, maken nu dat de burgerpartij meer kans heeft haar zaak tot bloei te brengen. Je zou daarbij als bestuursrechter ook kunnen denken aan zaakstypen, bijvoorbeeld een accent op toeslagzaken of op bijstandsboetes of op handhavingszaken in het omgevingsrecht. Uiteindelijk is het de keuze van de bestuursrechtspraak, met name die in eerste aanleg, waar de behoefte aan procedurele rechtvaardigheid het meeste speelt.

Los van materiële deelrechtsgebieden, zou je als bestuursrechter ook kunnen analyseren in welke concrete zaken het meest speelt dat er behoefte is aan nadere uitwerking van argumentatie of bewijsmiddelen. Zeker, die analyse vergt dan weer extra tijd, maar daar zou je kunnen proberen intelligente processturingen in te brengen: hoe bezien we in het voortraject de zaak zo dat we snel in de gaten hebben welke zaken nog een verdere procesvoering nodig hebben?

Vervolgens geldt dat het mes van twee kanten snijdt. Het pleidooi in dit onderzoek leidt niet tot de aanbeveling dat bijvoorbeeld zaken niet meer buiten zitting moeten worden afgedaan, omdat er immers in elke zaak wel een procedurele-rechtvaardig-

heidsclaim te vinden is. Nee, die BZ-praktijk moet juist doorgaan, om te zorgen dat rechtbanken tijd hebben voor de zaken waar het echt om gaat. Het inleidende beroepschrift moet wel voldoende aanknopingspunten bieden om als rechter te denken aan versterking van argumentatie en bewijs. Prioritering is aan te bevelen.

Wat ik buiten dit onderzoek heb gehouden, maar wat er wel is, is het systeem perspectief over de hele rechtspraak heen. Als in de eerste aanleg volle aandacht kan worden gegeven aan de hier bepleite aanbevelingen, zou het wel eens zo kunnen zijn dat er minder hoger beroepen komen. En zoals bekend is de hogerberoepsrechter een duurder machinerie dan de eerste aanleg. Als dit klopt, zou het dus maatschappelijk kosten schelen als de eerste aanleg zo effectief kan zijn dat hoger beroep vaker wordt voorkomen. Ik heb dit echter buiten dit onderzoek willen houden, omdat dit het tijdsdrukprobleem van de eerste aanleg niet oplost: de eerste aanleg krijgt niet meer geld omdat hoger beroep wordt voorkomen, zo werkt het financieringsmodel niet. Ook al is dat misschien een perverse prikkel. Het kan wel een onderwerp van overleg over het financieringsmodel zijn tussen de Raad voor de rechtspraak en het Ministerie van Justitie en Veiligheid, maar dat gaat het voorwerp van dit onderzoek te buiten.

De uiteindelijk te bewandelen weg valt op zich ook buiten het bestek van dit onderzoek. Wat nodig is, is een attitudeverandering, met meer aandacht voor, kort gezegd, horizontaliteit in de procedure bij de bestuursrechter, een conflict tussen twee of meer gelijkwaardige partijen. Vanuit die attitude moet worden bezien wat meer aandacht behoeft en wat minder. Daarbij kan worden gekeken naar typen zaken en naar zaakseigenschappen. Je kunt (eerste categorie: typen zaken) bijvoorbeeld als gerecht of beroepsgroep zeggen dat zaken over toeslagen nu alle extra aandacht vergen en Woz-zaken juist minder. Reden daarvoor kan zijn dat juist in toeslagzaken gaten in de vermoedelijke ervaren procedurele rechtvaardigheid vallen, het zijn zaken die 'moeilijk uit te leggen zijn' en een fors appel doen op wat eerlijk en rechtvaardig is. Je kunt (tweede categorie: zaakseigenschappen) ook zaken selecteren waar 'meer aan de hand is', bijvoorbeeld omdat de burger meer werk dan gewoonlijk heeft gemaakt van zijn zaak, of waar deskundigenoordelen een specifieke rol spelen, etc. Die keuzes als zodanig vallen zoals gezegd buiten het bestek van dit onderzoek, maar wat ik wel bepleit is dat die keuzes worden gemaakt in de gerechten en in de beroepsgroep van bestuursrechters. En dat zij worden gemaakt vanuit het perspectief van procedurele rechtvaardigheid, tegen de achtergrond van het gezag van de rechter en de deugdenethische opvatting van de rechter als burgervriend, als relevante procesinrichtingsbeelden. En dat is dan nog intern, maar je zou zeker ook kunnen zeggen dat de bestuursrechtspraak dergelijke keuzes maakt in samenspraak met de advocatuur en bestuursorganen.

## 7 CONCLUSIE

Na al deze woorden, valt het hele onderzoek in één zin samen te vatten: de bestuursrechter moet er voor zorgen dat partijen, met name burgerpartijen, zich voldoende serieus genomen weten als belangrijk lid van deze maatschappij. Het is onvoldoende

dat zij zich voldoende serieus genomen *voelen*. Het moet ook werkelijk zo zijn. Na de verticale bestuurlijke fase moet de rechterlijke fase horizontaal worden, een procedure van twee of meer ongelijke, maar gelijkwaardige partijen. Naast specifieke aanbevelingen voor definitieve geschilbeslechting en bewijs, is in dit slothoofdstuk gefocust op transparantie van de rechter, zowel op de procedure als op de inhoud van de zaak, en op een volwaardige zitting, met de bereidheid die zitting nog een natraject te geven. Gaande het onderzoek kwam steeds meer aan het licht dat de bestuursrechter, gevoed door het streven naar definitieve geschilbeslechting, onbedoeld toch op het spelen van een ongelijk spel is uitgekomen: hij biedt het bestuursorgaan wel en de burger niet de mogelijkheid motivering en bewijs aan te vullen. Voor die onbalans is geen rechtvaardiging. Met dit alles heb ik geprobeerd vanuit procedurele rechtvaardigheid, met op de achtergrond modern gezag en een deugdenethische benadering van goed rechtenschap, de procedure bij de bestuursrechter op een andere manier te doordenken.

## APPENDIX BIJ HOOFDSTUK 6

### Bij subparagraaf 6.3.2.

Een stramien voor het begin van de zitting kan zijn:

- welkom,
- inventariseren wie verschenen is,
- voorstellen wie ‘achter de tafel zit’,
- we hebben x minuten voor de behandeling van uw zaak uitgetrokken (‘en dat gaat ook wel lukken als we ons goed concentreren op de punten waarom het werkelijk gaat’),
- het doel van deze zitting is om .... (per zaak verschillend),
- ik begin met vragen aan u, de partijen in deze zaak,
- daarna krijgt u gelegenheid om te zeggen wat volgens u nog niet voldoende aan de orde is geweest,
- aan het einde bekijk ik samen met u hoe het verder moet met deze zaak; het kan zijn dat we dan uitspraak doen, schriftelijk of mondeling, het kan zijn dat u er samen uitkomt, eventueel via mediation, en het kan zijn dat de procedure nog moet worden voortgezet omdat de ene of de andere partij nog iets moet kunnen inbrengen.

Mogelijkheden voor het bieden van transparantie over de inhoud van de zaak zijn:

- u vraagt mij eigenlijk om zus en zo te beslissen, maar de wetgeving waarmee we hier te maken hebben, staat mij dat volgens mij eenvoudigweg niet toe; zal ik u vertellen waarom ik denk dat dat zo is?
- u vindt dat u recht heeft op deze uitkering/subsidie/vergunning; zoals het er nu voorligt kan ik u nog niet volgen; legt u het nog eens uit, vooral op het punt van [...];
- u zegt eigenlijk dat [wederpartij, het bestuursorgaan] moet laten zien waarom u geen recht heeft op deze uitkering/subsidie/vergunning, maar ik moet u zeggen dat het binnen het wettelijke kader waarmee we hier te maken hebben anders zit; ú moet juist laten zien dat u er wel recht op heeft; zal ik u vertellen hoe dit zit?

- u vindt dat u recht heeft op deze uitkering/subsidie/vergunning; ik moet zeggen dat [wederpartij, het bestuursorgaan] al heel veel bewijs heeft ingebracht, namelijk [...]; tot nu toe heeft u daar niet genoeg tegenover gesteld; ik kijk dus vooral naar u of u nog met aanvullend bewijs kunt komen om te laten zien dat u wél recht heeft op deze uitkering/subsidie/vergunning; vertel eens.

#### **Bij subparagraaf 6.4.6.**

Voorbeelden van overwegingen om wat besproken is op zitting tot zijn recht te laten komen in de uitspraak:

‘Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder, naast haar arbeidsverleden, ook de thuissituatie van eiseres mogen betrekken bij de vraag of zij over werknemersvaardigheden beschikt. De rechtbank ziet in dat het niet meevalt om een huishouden met twee kleine kinderen draaiende te houden. Toch slaagt eiseres daar klaarblijkelijk met wat hulp van familieleden en burens wel in.’

‘De rechtbank begrijpt eisers wens om in hetzelfde land als zijn familieleden te verblijven. Eisers broer heeft op de zitting verklaard tijdens de oorlog veel samen met eiser meegemaakt te hebben. Eiser zou hem ook verzorgd hebben, toen hij door de oorlog gewond was geraakt. Die wens is onvoldoende om eisers beroep op artikel 16 van de Dublinverordening te laten slagen. Uit de tekst van het eerste lid van dit artikel blijkt dat dit gaat om ...’

‘Ter zitting heeft eiseres naar voren gebracht dat de gemeente haar heeft geadviseerd om zich tot het Uvw te wenden om een Wajong-uitkering aan te vragen. Zij heeft het gevoel dat zij van het ene loket naar het andere wordt gestuurd. Hoewel begrijpelijk is dat het advies van de gemeente bij eiseres bepaalde verwachtingen heeft gewekt, kon zij er niet zonder meer van uitgaan dat het Uvw haar aanvraag zou inwilligen.’

‘Ter zitting heeft eiser naar voren gebracht dat hij zeer goed gedijt in de woonvoorziening waar hij nu verblijft en dat een weigering van zorg op grond van de Wlz tot gevolg zal hebben dat hij niet langer in deze woonvoorziening kan verblijven. De rechtbank begrijpt hieruit het grote belang van eiser bij een indicatie voor zorg op grond van de Wlz. De rechtbank kan er toch niet omheen dat er op zichzelf onvoldoende aanknopingspunten zijn om te oordelen dat hij aangewezen is op zorg op grond van de Wlz. Voor zorg op grond van de Wlz moet sprake zijn van zware regieproblemen die voortdurende begeleiding of overname van taken om ernstig nadeel voor eiser te voorkomen nodig maken en dat speelt bij eiser niet. Dat eiser beperkingen ondervindt op diverse deelgebieden van het dagelijks functioneren en dat hierdoor een noodzaak bestaat voor zorg, begeleiding en ondersteuning staat vast. Hiervoor kan eiser, zoals verweerder op de zitting naar voren heeft gebracht, een aanvraag voor zorg op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning indienen.’

‘Ter zitting is besproken dat eiseres met het bedrag van de bijzondere bijstand haar belastingschulden wil aflossen om het beslag op haar auto te kunnen laten opheffen. Het is de rechtbank ook duidelijk dat het bezit van een auto belangrijk is voor eiseres

om mantelzorg te kunnen verlenen aan haar moeder. Verweerders weigering om bijzondere bijstand te verlenen, bedreigt eiseres niet in haar directe bestaansvoorziening en brengt haar niet in een situatie waarin het verlenen van bijzondere bijstand per se nodig is. Daarom blijft die weigering toch in stand.'

## HOOFDSTUK 7 | CONCLUSIE

*‘Zo is dan de liefde de vervulling der wet.’<sup>1</sup>*

In dit onderzoek is eerst (hoofdstuk 2) een kader gegeven dat gaat om het streven naar procedurele rechtvaardigheid, met nadere reliëfs van modern gezag en een deugdenethische benadering van goed rechterschap. De daarmee opgeworpen vraag is wat de bestuursrechter moet doen om te zorgen dat partijen de procedure bij hem kunnen ervaren als eerlijk en rechtvaardig.

In de hoofdstukken erna is een aantal deelterreinen verkend: de zitting en wat erna volgt (hoofdstuk 3), definitieve geschilbeslechting (hoofdstuk 4) en bewijsrecht (hoofdstuk 5). Bij elk van die onderwerpen is opgespoord waar de knelpunten zitten.

Die knelpunten zijn vervolgens in het analysehoofdstuk (hoofdstuk 6) geconfronteerd met het kader, waarbij ook de dwarsverbanden zijn getoond.

De onderzoeksvraag in dit onderzoek (hoofdstuk 1) luidt ‘Hoe kan de bestuursrechter op een manier die past bij deze tijd gestalte geven aan zijn taak bestuursrechtelijke geschillen te beslechten, met inachtneming van de bevindingen die voortkomen uit onderzoek (i) naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, mede in het licht van (ii) het gezag van de rechter en (iii) de deugden van de rechter en zijn rol als *civic friend*?’

In paragraaf 6 van hoofdstuk 6 heeft die confrontatie geleid tot een groot aantal aanbevelingen. Als ik de knelpunten op het vlak van de zitting, finale geschilbeslechting en bewijsrecht in het bestuursrecht analyseer met inachtneming van de bevindingen die voortkomen uit onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, mede in het licht van modern gezag en de deugden van de rechter en zijn rol als *civic friend*, krijgt de beantwoording van de onderzoeksvraag gestalte door de in die paragraaf gegeven aanbevelingen. Die aanbevelingen gaan over de volgende zaken:

- een volwaardige rol voor de burger door transparantie, zowel over de procedure, als over de inhoud van de zaak; bij de inhoud van de zaak spelen dan transparantie over bewijskwesities en transparantie over wat de rechter wel en niet kan doen in het onderliggende conflict/het juridische geschil;
- een versterking van de zitting en het ‘natraject’ daarvan op het vlak van de reactiemogelijkheid voor de burger indien de rechter een nieuwe toelichting op het besluit wil accepteren, de argumentatie en het bewijs onder het beroep, het onderliggende conflict en het ‘huwelijk’ tussen zitting en uitspraak;

---

1 Bijbel, Romeinen 13, vers 10.

- beslechting van het geschil, namelijk duidelijkheid over de mogelijkheden van zelf in de zaak voorzien en het verschil tussen passeren van een gebrek en instandlating van de rechtsgevolgen;
- bewijsrechtelijke kwesties, namelijk aandacht voor getuigen- en deskundigenbewijs en de verantwoording die de rechter aflegt van zijn 'bewijstraject'; en
- een versterking van de horizontaliteit van de procedure bij de bestuursrechter.

In dit conclusiehoofdstuk zal ik dat niet allemaal herkauwen. De beantwoording van de onderzoeksvraag ligt in feite in die paragraaf van hoofdstuk 6. In dit hoofdstuk beperk ik mij daarom tot die zaken die ik het belangrijkste acht.

In de eerste plaats is dat de erkenning van de burger als waardevol lid van de 'Vereniging Nederland'. Aandacht voor procedurele rechtvaardigheid in de bestuursrechtspraak betekent primair dat de rechter zijn best moet doen dat de burger die beroep heeft ingesteld niet ervaart dat hij een dossiertje of nummertje is, maar dat hij een waardevol lid van de 'Vereniging Nederland' is. Het recht wordt niet aan hem voltrokken, maar hij is deelgenoot van het proces. Hij wordt serieus genomen en met respect behandeld. Zijn verhaal mag er zijn en wordt serieus in overweging genomen. De rechter streeft naar het goede voor de in beroep komende burger én de samenleving als geheel.

In de tweede plaats gaat het om een bestuursrechter die gefocust is op finaliteit van het besluit, maar ook op finaliteit van het beroep. Het streven naar finaliteit is niet mislukt, maar het is gewoonweg nog niet af. De focus van de bestuursrechter op finale geschilbeslechting sinds ongeveer 2007 heeft onbedoeld meegebracht dat het probleem van de bestuursrechter gelijk is aan het probleem van het bestuursorgaan; beide zijn gefocust op het naar de eindstreep brengen van een besluit. Dat is gedeeltelijk het probleem dat samenhangt met de bestuursrechtelijke procedure als vernietigingsberoep, maar ook als je binnen die context denkt, is dat niet het einde van het verhaal. Omdat de bestuursrechter finaal wil beslissen, geeft hij wel het bestuursorgaan gelegenheid om nieuwe argumenten en nieuw bewijs in te brengen (vooral zichtbaar bij de bestuurlijke lus), maar als aan de zijde van de appellerende burger sprake is van tekort schietende argumentatie of te kort schietend bewijs, houdt hij zijn kiezen op elkaar (de ontbrekende burgerlijke lus). Dat zou dan ineens 'meeprocederen' zijn, zeker als die burger wordt bijgestaan door een advocaat. Dat is in onbalans. Er is geen rechtvaardiging voor de gedachte dat de burger, bijgestaan door een advocaat, 'het maar moet snappen' wat hij moet inbrengen om succes te behalen, terwijl een bestuursorgaan wel een helpende hand van de bestuursrechter krijgt. Als de bestuursrechter serieus werk maakt van een horizontale procedure in beroep, moet hij zowel de burger als het bestuursorgaan 'helpen' de argumentatie en/of het bewijs te versterken. De rechter is dan de *civic friend* die aan beide kanten de zaak tot bloei of tot volle wasdom brengt.

Daarbij hoort dat de bestuursrechter die streeft naar finale geschilbeslechting ook voldoende aandacht moet schenken aan bewijsrechtelijke kwesties, omdat hij anders onbedoeld vervalt tot 'bestuurtje helpen'. De – tot nu toe optredende – te grote focus op het tot een einde brengen van de besluitvorming leidt er vaak toe dat het bestre-



den besluit tot uitgangspunt wordt genomen, zodat in termen van bewijs er in feite een verkapte bewijslast komt te liggen bij de appellerende burger. Het besluit deugt, totdat de burger aannemelijk maakt dat het niet deugt. Dat is een miskening van het bewijsrechtelijke systeem. Pas als het bestuursorgaan met zijn bestreden besluit in beginsel aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten liggen zoals het bestuursorgaan meent, ligt het op de weg van de burger om voldoende twijfel bij die feitenvaststelling te zaaien. Het streven naar finaliteit is pas af als de bestuursrechter ook voldoende aandacht schenkt aan de precieze verantwoordelijkheden van bestuursorgaan en burger in bewijskwesities.

In de derde en laatste plaats moet de bestuursrechter meer verantwoording afleggen van zijn bewijstraject. De afgelopen jaren heeft bewijsvoering ten overstaan van de rechter meer haar plek gekregen. Dat is mooi, maar daarbij hoort wel dat de rechter verantwoording aflegt van de precieze waardering van het bewijs dat over en weer is ingebracht. Te vaak zie je een uitspraak waarin de redenering op weg naar de conclusie wordt gebracht en de bewijsmiddelen die daartegenover zijn gesteld met een 'doet daar niet aan af' worden weggewuifd.

Dit zijn de in mijn ogen drie belangrijkste bevindingen van dit onderzoek. Als de bestuursrechter erin slaagt deze punten te adresseren, kan hij een rechter worden die niet alleen de juridisch juiste beslissing neemt, maar die ook de burger meeneemt op de reis van besluit en beroep naar een beslissing, een beslissing die als eerlijk en rechtvaardig kan worden aanvaard. Niet per se omdat de burger dan vaker gelijk krijgt, maar wel omdat die burger kan ervaren dat hij een eerlijke kans heeft gekregen zijn perspectief, zowel juridisch als persoonlijk, vanuit belangen, op de zaak naar voren te brengen, omdat hij kan ervaren dat hem recht is gedaan. Hij treft dan een rechter die responsief, transparant en horizontaal communicerend tussen twee of meer gelijkwaardige partijen is. Hij treft daarmee een rechter die modern gezag uitoefent, waardoor hij dat gezag als legitiem kan ervaren, ook als hij de zaak verliest. Hij treft daarmee ook een rechter die een *civic friend* is, een rechter die tegelijkertijd streeft naar het goede voor de gemeenschap én het goede voor deze ene burger die hier en nu voor zijn belangen opkomt.



# SUMMARY

## EVEN-HANDED PROCEEDINGS BEFORE THE ADMINISTRATIVE LAW JUDGE

In this book I take procedural justice as a framework for research (chapter 2). Procedural justice focuses on questions of what it takes for parties in (administrative) court proceedings to accept those proceedings and the following judicial decision as fair and just. For the background to this framework I discuss modern concepts of the public authority of the judge and a virtue ethics approach of being a good judge.

The subjects of research on which I focus in this book are several aspects of administrative law proceedings: the hearing and its follow-up (chapter 3), final dispute settlement by means of a judicial decision (chapter 4) and matters of proof (chapter 5). For each aspect I searched for the bottlenecks: what are the problems which administrative law judges, government authorities, lawyers and litigants experience?

In chapter 6 I confront these bottlenecks with the framework of procedural justice. The research question of this study (chapter 1) is: 'In what way can the administrative law judge come to a decision in administrative law cases, taking into consideration the insights stemming from research (i) on experienced procedural justice, together with (ii) modern concepts of public authority and (iii) a virtue ethics approach of the judge and his role as a civic friend?'

That confrontation leads to a number of recommendations for the administrative law judge. In short the administrative law judge should:

- try to give the litigant a full-fledged role through transparency, both on matters of procedure and substantive questions; transparency on matters of proof and transparency on questions of what the judge can and cannot achieve, are both important;
- try to strengthen the hearing and its follow-up by taking into consideration the possibilities for the litigant to respond to new arguments of the government body; try to take into consideration the underlying conflict and try to unite the 'atmosphere' of the hearing with the 'atmosphere' of the decision;
- try to reach final dispute settlement by discussing with the parties involved (i) the possibilities for the judge to reach that final dispute settlement himself, or

- (ii) the possibilities of either ignoring the flaws in the decision because the interests involved are not endangered, or quashing the decision, but preserving the legal effects of that decision;
- try to attend to evidence of witnesses and experts and try to explain how all items of proof are being ‘weighed’;
- try to reinforce some kind of non-hierarchical way of communicating with the parties involved.

Although those recommendations are important, they are not the most important ones in this research. The following recommendations are the most important.

In the first place, the administrative law judge needs to acknowledge both the litigant and the government body as important members of society. The case is not just ‘one of the files’. The law is not just executed, with the litigant as an object of the law, but the litigant is part of the process, part of the proceedings. The litigant can expect to be met with respect, to be taken seriously; that is to say, that his ‘story’, what his stance is towards the case, is being taken into serious consideration. The judge should try to meet both the needs of society as a whole and the needs of this one litigant who seeks the judge’s help and understanding.

Secondly, the administrative law judge needs to focus on final dispute settlement, not only by trying to reach an administrative decision that can stand judicial scrutiny, but also by trying to strengthen the appeal. The judicial pursuit of final dispute settlement which has been seen until now is not a failure, but it needs to be perfected and improved. The focus of the administrative law judge on final dispute settlement since 2007 has brought about an unintended result: the problem which the administrative law judge is trying to solve is the same problem which the government body is trying to solve, that is, trying to achieve a decision that ‘survives’ in court. This leads to proceedings during which the administrative law judge is inclined to give the government body an extra opportunity to improve its argument or the evidence for its decision (‘administrative loop’), but is certainly not inclined to give the same opportunities to the litigant (the missing ‘litigant loop’). The latter kind of opportunity the administrative law judge would typically qualify as ‘cooperation’ with one of the parties, especially when the litigant is assisted by a lawyer. This does not appear to be even-handed. I can find no justification for the idea that a litigant, assisted by a lawyer, ‘should understand’ what he is supposed to deliver in terms of argument or evidence, while at the same time the government body gets all the help from the administrative law judge who will tell the government body where the deficits in its decision are, both in terms of argument and in matters of proof. When parties involved in administrative law proceedings are considered as equals, the administrative law judge should ‘help’ not only the government body, but the litigant as well. Only then can the administrative law judge be the civic friend, trying to help both government body and litigant to present their case in a way in which their views on the case can flourish. In preventing himself from ‘helping the government body’ only, the administrative law judge, seeking final dispute settlement, should, as already mentioned, also take into consideration matters of proof. His focus on final dispute settlement leads him to

taking the decision as a starting point which, in turn, leads him to laying the burden of proof on the litigant. To put it bluntly, this approach boils down to: the decision is right, until you prove it is not. That idea conflicts with the fundamental principles of evidence law. Only when the government body can provide the judge with *prima facie* evidence to show that the situation is what that government body says it is, can the judge ask the litigant to show that the situation differs from that *prima facie* evidence. The administrative law judge should take into consideration the precise responsibilities of all parties, namely government bodies and litigants, in matters of proof.

In the third place, the administrative law judge should take the responsibility to explain why he has come to this or that decision. How has the judge come to appreciate the evidence both for and against? Only too often one can see a judicial decision in which the argument leads to its conclusion, with the counter-arguments being dismissed with a 'leads to no other conclusion' truism.

These are, in my view, the most important findings of this research. When the administrative law judge manages to settle these shortcomings, he can become the judge who not only solves the judicial jigsaw puzzle correctly, but also takes the litigant along the way from government decision, to appeal and to the judicial decision, a decision that can be perceived as fair and just. This is not to say litigants will then win their cases more often, but simply that a litigant can see that he got a fair chance to present his side of the case, both juridically (arguments) and personally (interests). When these criteria are met, the litigant meets a judge who is responsive, transparent, and communicating in a non-hierarchical way. He meets a judge showing a modern kind of authority and the litigant can accept that authority as legitimate, even when he loses his case. He also meets a judge who is a civic friend, that is, a judge who strives both for the common good, and for the litigant's best interests.



# LITERATUUR

(eerst op naam of namen, dan op jaartal)

## A

### **Aalbers 2011**

C.T. Aalbers, 'De bestuursrechtelijke zitting nieuwe stijl', NTB 2011/35, p. 244-249

### **Aarten 2014**

P.G.M. Aarten, *Suspended Sentences: Public opinion, Compliance and Recidivism*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2014

### **Allewijn 2011**

D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011

### **Allewijn 2016A**

D. Allewijn, 'I.M. Boekema, De stap naar hoger beroep, een onderzoek naar appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken', RMThemis 2016-2, p. 106-109

### **Allewijn 2016B**

D. Allewijn, 'Het rapport "De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht"', NTB 2016/29

### **Allewijn 2018**

D. Allewijn, *Tussen recht en vrede. Mediation in de responsieve rechtsstaat* (oratie VU), Den Haag: Sdu 2018

### **Ambrose en Schminke 2009**

M.L. Ambrose en M. Schminke, 'The role of overall justice judgments in organizational justice research: A test of mediation', *Journal of Applied Psychology* 2009, 94, 491-500

### **Van Arem en Verburg 2013**

F.G. van Arem en D.A. Verburg, 'Vreemdelingenrecht en de Nieuwe Zaaksbehandeling van de bestuursrechter', «JNVR» 2013, 7, p. 50-63

## B

### **Backes e.a. 2014A**

Ch.W. Backes, E.M.J. Hardy, A.M.L. Jansen, S. Polleunis en R. Timmers, *Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en Internationale rechtsvergelijking*, Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie/WODC 2014

**Backes e.a. 2014B**

Ch.W. Backes, E.M.J. Hardy, A.M.L. Jansen en S. Polleunis, 'Vier jaar bestuurlijke lus – success story of teleurstelling?', «JBplus» 2014, p. 207-225

**Bandes 2016**

S. Bandes, Review of Terry Maroney, Emotion as a Judicial Virtue, Digital Paul Scholten Project 2016 ([www.paulscholten.eu/reviews/judicial-emotion-as-vice-or-virtue/](http://www.paulscholten.eu/reviews/judicial-emotion-as-vice-or-virtue/))

**Barkhuysen e.a. 2014**

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettekovén, V. Mul, R. Stijnen en M.F.J.M. de Werd, Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbepalend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de Agenda van de Rechtspraak, Deventer: Kluwer 2014

**Barkhuysen en Van Emmerik 2017**

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

**Barkhuysen en Van Ettekovén 2009**

T. Barkhuysen en B.J. van Ettekovén, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', NTB 2009, p. 129-141

**Barkhuysen, Damen e.a. 2007**

T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

**Bauman 2000**

Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge: Polity Press 2000

**Ten Berge 1998**

J.B.J.M. ten Berge, 'Contouren van een kwaliteitsbeleid voor de rechtspraak', in: Ph.M. Langbroek, K. Lahuis, J.B.J.M. ten Berge (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal. Bijdragen aan het congres over kwaliteit van rechtspraak, gehouden op 25 september 1997 te Zutphen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 21-40

**Ten Berge 2015**

J.B.J.M. ten Berge, 'De ethische lading van het bestuursrecht', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels en J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, (De Waard bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 45-59

**Van den Berge 2016**

L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016

**Van den Berge 2018**

L. van den Berge, 'Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht', NTB 2018/40

**Bestuur in geding 1997**

*Bestuur in geding*, Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (Van Kemenade), Haarlem: Provinciehuis Noord-Holland 1997

**Bies en Moag 1986**

R.J. Bies en J.F. Moag, 'Interactional justice: Communication criteria of fairness', in: R.J. Lewicki, B.H. Sheppard en M. H. Bazerman, *Research on negotiations in organizations*, Greenwich CT: JAI Press 1986, vol. 1, p. 43-55



**Bies en Shapiro 1987**

R.J. Bies, and D.L. Shapiro, 'Interactional Fairness Judgments: The influence of Causal Accounts', *Social Justice Research*, Volume 1, New York: Plenum 1987, p. 199-218

**Blader en Tyler 2003**

S.L. Blader en T.R. Tyler, 'A Four-Component Model of Procedural Justice: Defining the Meaning of a "Fair" Process', *Personality and Social Psychology Bulletin* 2003, p. 747-758

**De Bock 2000**

R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak', «JBplus» 2000, p. 66-77

**De Bock 2015**

R.H. de Bock, 'Grip op kwaliteit. Een model voor inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen', in: *Kwaliteit als keuze, kwaliteit(sbeoordeling) van rechtspraak, wetgeving en rechtswetenschappelijk onderzoek*, preadviezen voor de NJV, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 27-139

**Boekema 2015**

I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep. Een onderzoek naar appelgedrag van burgers in bestuursrechtelijke zaken* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

**Bokhorst en Witteveen 2013**

M. Bokhorst en W.J. Witteveen, 'Als gezag verdiend moet worden...', in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 127-164

**Van den Bos 1996**

K. van den Bos, 'De rechtvaardigheid van procedures en de eerste aanzetten tot een nieuwe rechtvaardigheidstheorie', *Nederlands Tijdschrift voor de Psychologie*, 51, 1996, p. 183-191

**Van den Bos 2005**

K. van den Bos, 'What is responsible for the fair process effect?' in J. Greenberg en J.A. Colquitt (red.), *Handbook of organizational justice. Fundamental questions about fairness in the workplace*, Mahwah NJ: Erlbaum 2005, p. 273-300

**Van den Bos 2007A**

K. van den Bos, 'Procedurele rechtvaardigheid: Beleving bij burgers en implicaties voor het openbaar bestuur', in: A.F.M. Brenninkmeijer, M. van Dam en Y. van der Vlugt (red.), *Werken aan behoorlijkheid: De Nationale ombudsman in zijn context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 183-198

**Van den Bos 2007B**

K. van den Bos, 'Hot cognition and social justice judgments: The combined influence of cognitive and affective factors on the justice judgment', *Advances in the Psychology of Justice and Affect* 2007, p. 59-82

**Van den Bos 2009**

K. van den Bos, 'Rechtvaardigheid en onzekerheid' in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas en H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser. Over de psychologie van keuze en gedrag* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 89-114 (file:///C:/Users/Gebbruiker/Downloads/V022-Menselijke-beslisser.pdf)

**Van den Bos 2011**

K. van den Bos, 'Vertrouwen in de overheid: wanneer hebben burgers het, wanneer hebben ze het niet, en wanneer weten ze niet of de overheid te vertrouwen is?', essay geschreven voor het Ministerie van BZK, Den Haag: Ministerie van BZK 2011 (file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/Van%20den%20Bos%20(2011%20essay%20BZK)%20vertrouwen%20in%20de%20overheid.pdf)

**Van den Bos 2013**

K. van den Bos, 'Humans Making Sense of Alarming Conditions: Psychological Insights into the Fair Process Effect', in: M.L. Ambrose and R.S. Copranzano (red.), *Oxford Handbook of justice in work organizations*, Oxford: Oxford University Press 2013

**Van den Bos 2014**

K. van den Bos, *Kijken naar het recht* (oratie Utrecht), Universiteit Utrecht 2014, [www.njb.nl/Uploads/2014/10/Van-den-Bos--2014-oratie--empirische-rechtswetenschap--online-versie-.pdf](http://www.njb.nl/Uploads/2014/10/Van-den-Bos--2014-oratie--empirische-rechtswetenschap--online-versie-.pdf)

**Van den Bos e.a. 2008**

K. van den Bos, J. Ham, E.A. Lind, M. Simonis, W.J. van Essen en M. Rijpkema, 'Justice and the Human Alarm System: The Impact of Exclamation Points and Flashing Lights on the Justice Judgment Process', *Journal of Experimental Social Psychology*, Elsevier 2008, 44 (2), p. 201 e.v.

**Van den Bos en Brenninkmeijer 2012**

K. van den Bos en A.F.M. Brenninkmeijer, 'Vertrouwen in wetgeving, de overheid en de rechtspraak. De mens als informatieverwerkend individu', *NJB* 2012/1216, afl. 21, p. 1451-1457

**Van den Bos en Lind 2001**

K. van den Bos en E.A. Lind, 'The Psychology of Own versus Others' Treatment: self-oriented and other-oriented effects on perceptions of procedural justice', *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2001, 27, p. 1324-1333

**Van den Bos en Lind 2002**

K. van den Bos en E.A. Lind, 'Uncertainty management by means of fairness judgments', in: M.P. Zanna (red.), *Advances in experimental social psychology* (Vol. 34), San Diego CA: Academic Press 2002, p. 1-60

**Van den Bos en Van der Velden 2013**

K. van den Bos en L. van der Velden, *Prettig Contact met de Overheid 4, Legitimiteit van de overheid, aanvaarding van overheidsbesluiten & ervaren procedurele rechtvaardigheid*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2013

**Van den Bos, Lind, Vermunt en Wilke 1997**

K. van den Bos, E.A. Lind, R. Vermunt en H.A.M. Wilke, 'How do I judge my outcome when I don't know the outcomes of others: The psychology of the fair process effect' *Journal of Personality and Social Psychology* 1997, 72, p. 1034-1046

**Van den Bos, Van der Velden en Lind 2014**

K. van den Bos, L. van der Velden en E.A. Lind, 'Procedural Justice and Citizen-Government Interactions. On the Role of Perceived Procedural Justice in Citizens. Reactions to Government Decisions and the Handling of Conflicts', *Utrecht Law Review*, Volume 10, Issue 4, November 2014, p. 1-26

**Van den Bos, Vermunt en Wilke 1996**

K. van den Bos, R. Vermunt en H.A.M. Wilke, 'The Consistency Rule and the Voice Effect: the influence of expectations on procedural fairness judgements and performance', *European Journal of Social Psychology* 1996, 26, p. 411-428

**Van den Bos, Wilke en Lind 1998**

K. van den Bos, H.A.M. Wilke en E.A. Lind, 'When do we need procedural fairness? The role of trust in authority', *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, 75, p. 1449-1458

**Bosch 2015**

H.B. Bosch, *De bestuursrechter als sfinx: passé?! Hoe de bestuursrechter met de Nieuwe Zaaksbehandeling een cultuuromslag ondergaat en welke gevolgen dit heeft voor procedurele rechtvaardigheid en finale geschilbeslechting*, masterscriptie Universiteit Leiden, NJBlog, [www.njb.nl/blog/hoegaat-debestuursrechter-om-met-de-nieuwe.15716.lynkx](http://www.njb.nl/blog/hoegaat-debestuursrechter-om-met-de-nieuwe.15716.lynkx)

**Van Soest-Bosch 2016**

H.B. van Soest-Bosch, 'De Nieuwe Zaaksbehandeling, waar staan we nu?', «JBplus» 2016, p. 96-108

**Brenninkmeijer 2009**

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Een eerlijk proces', NJB 2009, 1603, p. 2050-2056

**Brenninkmeijer 2012**

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Unitas politica', NJB 2012/176, afl. 3, p. 192 e.v.

**Brenninkmeijer, Van den Bos en Roëll 2012**

A.F.M. Brenninkmeijer, K. van den Bos en E. Röell, 'Het grote belang van procedurele rechtvaardigheid in Nederland en daarbuiten', *RMThemis* 2012-4, p. 178-181

**Bressers en Verburg 2011**

M.L. Bressers en D.A. Verburg, 'De bestuurlijke lus in het vreemdelingenrecht: de vreemdeling in de strop of verweerder aan de leiband?', «JNVR» 2011, 35, p. 253-272

**Van den Brink 2012**

G. van den Brink, 'Hoe het gezag uit Nederland verdween en ... weer terugkwam', in: Th. Jansen, G. van den Brink en R. Kneyber (red.), *Gezagsdragers. De publieke zaak op zoek naar haar verdedigers*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2012, p. 19-36

**Brinkgreve 2014**

C. Brinkgreve, 'Het tanende gezag van de toga. Essay De lijdende rechter', *Recht der Werkelijkheid* 2014(35) 1, p. 84-89

**Brockner 2010**

J. Brockner, *A contemporary look at organizational justice: Multiplying insult times injury*, New York: Routledge 2010

**Brockner en Wiesenfeld 1996**

J. Brockner en B.M. Wiesenfeld, 'An integrative framework for explaining reactions to decisions: Interactive effects of outcomes and procedures', *Psychological Bulletin*, 1996, 120, p. 189-208

**Brockner, De Witt, Grover en Reed 1990**

J. Brockner, R.L. de Witt, S. Grover, en T. Reed, 'When it is especially important to explain why: Factors affecting the relationship between managers' explanations of a layoff and survivors' reactions to the lay-off', *J. Exp. Soc. Psychol.* 1990, 26, p. 389-407

**Van der Bruggen 2016**

G. van der Bruggen, 'Een kleine stap voor een rechter, een reuzensprong voor de rechtspraak. Afdeling bestuursrechtspraak maakt werk van begrijpelijker uitspraken', «JBplus» 2016, p. 109-116

**Brugman 2010**

D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht. De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010

**C****Colquitt e.a. 2014**

J.A. Colquitt, J. Greenberg en C.P. Zapata-Phelan, 'What is organizational justice. A historical overview', in: J. Greenberg and J.A. Colquitt (red.) *Handbook of organizational justice*, Hove: Psychology Press 2014, p. 3-58

**Crommelin 2007**

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van rechtsgronden. De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007

**D****Daalder 2014**

E.J. Daalder, 'Observaties en gedachten over de nieuwe zaaksbehandeling', in: A.T. Marseille en L. van der Velden (red.), *Vertrouwen verdient. Verdient vertrouwen. Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Ministerie van BZK 2014, p. 160-171

**Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000**

E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul – De vaststelling van feiten in het bestuursrecht', NTB 2000, p. 214-221

**Dahlvik 2018**

J. Dahlvik, 'Practical Implications: How to Deal with Structural Dilemmas?' hfst. 10 in: *Inside Asylum Bureaucracy: Organizing Refugee Status Determination in Austria*, Berlijn: Springer International Publishing AG 2018

**Damen 2000**

L.J.A. Damen, 'De Bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', AA 49 (2000) 1, p. 61-69

**Damen 2006**

L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21-31

**Damen e.a. 2009**

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2 – Rechtsbescherming tegen de overheid – Bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009

**Damen 2010**

L.J.A. Damen, 'Lijdt de bestuursrechter aan "finalitis"?', als noot onder ABRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4078, AAe 2010, p. 271-277

**Damen 2014**

L.J.A. Damen, 'Hoe staat de burger er voor in het bestuurs(proces)recht van 2014?', in: R.J.N. Schlössels en C.L.G.F.H. Albers (red.), *De metamorfose van het bestuursprocesrecht en de bestuursrechter nieuwe stijl: voor- en nadelen voor burger, bestuur en rechter*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 31-52

**Dekker 2012**

P. Dekker, 'Vertrouwen we elkaar nog wel? Ja, hoor. Nederland is nog steeds een *high trust society*', in: *Idee* (themanummer 'Vertrouwen, tussen vrijheid en controle'), 2012/33, 2, p. 16-23

**Dolan e.a. 2007**

P. Dolan, R. Edlin, A. Tsuchiya en A. Wailoo, 'It ain't what you do, it's the way that you do it: Characteristics of procedural justice and their importance in social decision-making', *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 64, 2007, p. 157-170

**Van Domselaar 2014A**

I. van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and the Primacy of Practice* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2014

**Van Domselaar 2014B**

I. van Domselaar, 'De sixpack van de rechter. Een deugdedische benadering van rechtspraak', in: *Rechtstreeks* 2014 nr. 3/4, Den Haag: Sdu Uitgevers bv. p. 62-80

**Van Domselaar 2015**

I. van Domselaar, 'Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2015(44), p. 24-46

**E****Easton 1975**

D. Easton, 'A Re-Assessment of the Concept of Political Support', *British Journal of Political Science* 1975 5(4), 435-457

**Eindrapport Project Differentiatie van Werkstromen Bestuursrecht 2010**

Projectgroep Differentiatie van Werkstromen (Sectorprogramma bestuursrecht van de Rechtspraak), *Eindrapport Project Differentiatie van Werkstromen Bestuursrecht*, Den Haag: de Rechtspraak, 2010 ([www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Eindrapport-project-differentiatie-van-werkstromen-bestuursrecht.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Eindrapport-project-differentiatie-van-werkstromen-bestuursrecht.pdf))

**Eisenberger, Lieberman en Williams 2003**

N.I. Eisenberger, M.D. Lieberman en K.D. Williams, 'Does Rejection Hurt? An fMRI Study of Social Exclusion', *Science*, Vol. 302, no. 5643, 2003, p. 290-292

**Van Eijs en Verburg 2015**

S.L.I. van Eijs en D.A. Verburg, 'Belgische lussen. Raken wij ook verstrikt?', «JBplus» 2015, p. 96-113

**Elverding 2008**

P. Elverding e.a. (Commissie Versnelling besluitvorming infrastructurele projecten), 'Sneller en Beter', Den Haag 2008, te vinden op: [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2008/04/21/het-advies-van-de-commissie-versnelling-besluitvorming-infrastructurele-projecten](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2008/04/21/het-advies-van-de-commissie-versnelling-besluitvorming-infrastructurele-projecten)

**Eshuis 2009**

R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken*, Den Haag: WODC 2009

**Van Ettehoven 2001**

B.J. van Ettehoven, in: VAR-reeks 126, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

**Van Ettekoven 2008**

B.J. van Ettekoven, jaarrede van de voorzitter van de VAR, 'Agenda voor de bestuursrechtspraak: het einde van de eenheidsworst', VAR-reeks 139, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7 e.v.

**Van Ettekoven 2009**

B.J. van Ettekoven, jaarrede van de voorzitter van de VAR, 'Voor elke klus een bestuurlijke lus', VAR-reeks 141, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 7 e.v.

**Van Ettekoven 2011**

B.J. van Ettekoven, 'Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter. Afdeling bestuursrechtspraak: 'Op weg van goed naar beter'', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

**Van Ettekoven 2016**

B.J. van Ettekoven, 'De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', O&A 2016/29

**Van Ettekoven en Klap 2010**

B.J. van Ettekoven en A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', «JBplus» 2010, p. 182-199

**Van Ettekoven en Marseille 2017**

B.J. van Ettekoven en A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: L.M. Coenraad e.a., *Afscheid van de klassieke procedure?* (preadviezen NJV), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139-263

**Van Ettekoven e.a. 2013**

B.J. van Ettekoven, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling en R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', O&A 2013/32

**Van Ettekoven en Verburg 2011**

B.J. van Ettekoven en D.A. Verburg, 'Nieuwe Zaaksbehandeling bij de bestuursrechter', Den Haag: Ministerie van BZK, 2011, p. 12-14 (<https://prettigcontactmetdeoverheid.nl/sites/default/files/documenten/De%20Nieuwe%20Zaaksbehandeling%20bij%20de%20bestuursrechter.pdf>)

**Evaluatie artikel 8:69a en 6:22 Awb 2015**

A.G.A. Nijmeijer, B.J. Schueler e.a., *Evaluatie artikel 8:69a Awb en 6:22 Awb. Een onderzoek naar het relativiteitsvereiste en het passeren van gebreken in de (rechts)praktijk*, Den Haag: WODC/Ministerie van Veiligheid en Justitie 2015

**Evaluatie Awb III 2007**

Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, (Commissie IJlsink), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

**Evaluatie Bestuurlijke Lus**

Ch.W. Backes e.a., *Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, Den Haag: WODC 2014

**F****Finkel 2001**

N.J. Finkel, *Not Fair! The typology of commonsense unfairness*, Washington DC: American Psychological Association 2001

**Fisher, Uri en Patton 1981**

R. Fisher, W.L. Uri en B.M. Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Boston/New York: Houghton Mifflin Harcourt 1981

**G****Gadamer 1989**

H.G. Gadamer, *Truth and method*, Lanham: Sheed & Ward 1989

**Giebels en Euwema 2006**

E. Giebels en M. Euwema, 'Conflictmanagement. Analyse, diagnostiek en interventie', Groningen/Houten 2006

**Giebels en Euwema 2007**

E. Giebels en M. Euwema, 'Conflict, belangen, (de-)escalatie en partijen in de rechtszaal: een psychologisch perspectief', in: Pel en Emans (red.), *Het belang van belangen, invalshoeken en visies*, Den Haag 2007

**Gommer 2008**

H. Gommer, *Onder de rechter* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008

**Goossens 2018**

J. Goossens, 'De rijzende ster van responsieve bestuursrechtspraak in Nederland, Frankrijk en België', NTB 2018/36

Goossens en Van den Berge 2018

J. Goossens en L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht in de veranderende publieke ruimte', NTB 2018/28

**Govaers 2013**

E.J. Govaers, 'De finaliserende bestuursrechter: louter een succesverhaal?', *Trema* november 2013, p. 309-313

**Govaers 2016**

E.J. Govaers, 'Het gebrek passeren of het besluit vernietigen?', *NJB* 2016/2220

**De Graaf, Schuurmans en Tollenaar 2007**

K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans en A. Tollenaar, 'Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?', «JBplus» 2007, p. 79-91

**Greenberg 1993**

J. Greenberg, 'Stealing in the Name of Justice: informational and interpersonal moderators of theft reactions to underpayment inequity', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1993, 54, p. 81-103

**Greenberg 1997**

J. Greenberg, 'A Social Influence Model of Employee Theft: beyond the fraud triangle', in: R.J. Lewicki, R.J. Bies en B.H. Sheppard (red.), *Research on Negotiation in Organizations* (Vol. 6) Greenwich, CT: JAI Press 1997, p. 29-52

**Greenberg en Lind 2000**

J. Greenberg en E.A. Lind, 'The Pursuit of Organizational Justice: from conceptualization to implication to application', in: C.L. Cooper en E.A. Locke (red.), *I/O Psychology: what we know about theory and practice*, Oxford, England: Blackwell 2000, p. 72-105

**Griffioen en Prins 2013**

H. Griffioen en J.E.J. Prins, 'Rechtspraak en bekritisbaarheid. Op zoek naar een hedendaagse interactie tussen rechtspraak en samenleving', *NJB* 2013/196, afl. 4, p. 222-229

**Grimmelikhuijsen 2018**

S.G. Grimmelikhuijsen, 'Van gegeven naar verdiend gezag. Hoe kan transparantere rechtspraak (blijvend) bijdragen aan legitimiteit?', *Rechtstreeks* 2018/2 p. 13-35

**De Groot 2008**

G. de Groot, *Het deskundigenbericht in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008

**De Groot 2017**

G. de Groot, 'Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het Korošec-arrest', *NJB* 2017/473, 9, p. 581-588

**Grootelaar 2018**

H.A.M. Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts* (diss. Utrecht), Amsterdam: Off Page 2018

**H****Haan 2013**

K.E. Haan, 'De Nieuwe Zaaksbehandeling op het goede spoor? Verslag van het symposium op 29 oktober 2012 in Utrecht', *NTB* 2013/1, nr. 3

**Haan 2014**

K.E. Haan, 'De sturende rol van de bestuursrechter en onpartijdigheid – een spanningsveld' «JBplus» 2014, p. 182-193

**Hammond 2007**

K.R. Hammond, *Beyond Rationality: The Search for Wisdom in a Troubled Time*, Oxford: Oxford University Press 2007

**Hampshire 2000**

S. Hampshire, *Justice is Conflict*, Princeton Monographs in Philosophy, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2000

**Hartendorp 2008**

R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008

**Heinrich en Den Herder 2013**

J-P Heinrich en H. den Herder, 'Ook gemachtigden van bestuursorganen zijn aan de slag met de Nieuwe Zaaksbehandeling', «JBplus» 2013, p. 210-225

**Hirsch Ballin 2006**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De context van de bestuursrechtspraak', *NTB* 2006/38, p. 276-277

**Hirsch Ballin 2013**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Transparantie als constitutioneel beginsel. Over de rol van de rechter in de herkenbaarheid van het recht' in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 115-123

**Hirsch Ballin 2015**

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter, VAR-preadviezen (VAR-reeks 154)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015



**Hirschman 1970**

A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Declines in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press 1970

**Hol 1999**

A.M. Hol, 'De rechterlijke macht als stoplap. Over functie en verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht in het tijdperk van de moderniteit', in: S. van der Schenk en W. Oostenbrink (red.), *Menage à trois. De rol van de rechterlijke macht binnen de Trias*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 1999, p. 70-92

**Hol 2016**

A.M. Hol, Review of article by Christof Rapp, Digital Paul Scholten Project 2016 ([www.paulscholten.eu/reviews/dispassionate-judges-encountering-hotheaded-aristotelians-2/](http://www.paulscholten.eu/reviews/dispassionate-judges-encountering-hotheaded-aristotelians-2/))

**Hulst 2017**

J.E. Hulst, *Experimental Legal Studies on Perceived Procedural Justice and Trust in Law and Society* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Off Page 2017

**J****Jansen 2011**

C. Jansen, met medewerking van D. Venema, *De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog. Recht en rechtsbeoefening in de jaren 1930-1950*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2011

**Jansen 2017**

A.M.L. Jansen, 'De deskundige blijft in de schijnwerpers staan. Hoe de Nederlandse bestuursrechtspraak 'equalityproof' te maken', *NJB* 2017/1916, p. 2642-2648

**Jansen en Gabrielli 2012**

Th. Jansen en A. Gabrielli, 'Theorie ontmoet praktijk. Handreikingen voor effectief modern gezag. Gesprek met Evelien Tonkens en Barend Rombout', in: Th. Jansen, G. van den Brink en R. Kneyber (red.), *Gezagsdragers. De publieke zaak op zoek naar haar verdedigers*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2012, p. 279-295

**Jansen, Van den Brink en Kneyber 2012**

Th. Jansen, G. van den Brink, R. Kneyber (red), *Gezagsdragers. De publieke zaak op zoek naar haar verdedigers*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2012

**De Jong 2015**

K.A.W.M. de Jong, *Snel, eenvoudig en onkostbaar. Over continuïteit en verandering in de aard en de inrichting van het bestuursprocesrecht in de periode 1815 to 2015* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

**De Jong 2018**

K.A.W.M. de Jong, 'Geen sfinx te zien. Een onderzoek naar de zaaksbehandeling bij de Amsterdamse bestuursrechter', *NTB* 2018/16

**Jonge VAR-reeks 6**

A.C. Rop, E.D.C. Looije en R.W.J. van der Struijk, *Definitieve geschilbeslechting* (Jonge VAR-reeks 6), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

**Jonkers 2013**

P. Jonkers, 'Zet transparantie liever in voor bekritisbaarheid dan voor vertrouwen', in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 449-471

**Jue 2013**

R.J. Jue, 'Weg uit de ivoren toren. Naar een betere rechtspraak', NJB 2013/2303, 39, p. 2742-2745

**K****Kahneman 2012**

D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, London: Penguin Books 2012

**Kazlova en Marseille 2015**

M.I. Kazlova en A.T. Marseille, 'Rechterlijke aanwijzingen voor herstel van gebrekkige besluiten', «JBplus» 2015, p. 25-41

**Knapen 2012**

M. Knapen, 'Bestuursrechtadvocaat nieuwe stijl', *Advocatenblad*, 2012/1, p. 28-31

**Van der Kraats 2014**

K.G.F. van der Kraats, 'Gezag niet meer vanzelfsprekend, wat een zegen!', *Recht der Werkelijkheid* 2014(35) 1, p. 90-96

**Koenraad 2015**

L.M. Koenraad, 'Het gebrek gepasseerd', *Gst.* 2015/68

**Koenraad en Verbeek 2011**

L.M. Koenraad en J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent', *NTB* 2011/12, p. 69-82

**Koenraad en Verbeek 2014**

L.M. Koenraad en J.L. Verbeek, 'De brief van de rechter. Een beschouwing over het bekendmaken van procesbeslissingen in het bestuursprocesrecht', «JBplus» 2014, p. 54-70

**Koopman 2009**

R.J. Koopman, 'Bewijslast en bewijsmiddelen in duale geschillen', in *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 185-230

**L****Laemers e.a. 2007**

M.T.A.B. Laemers, L.E. de Groot-van Leeuwen en R. Frederiks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger. Stand van zaken in theorie en eerder onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

**Langbein 1978**

J.H. Langbein, 'Torture and Plea Bargaining', in: *The University of Chicago Law Review*, Vol 46, no. 1 (1978), p. 19; ook te vinden op <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclev>

**Lasser 2009A**

M. de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2009 (oorspronkelijk 2004)

**Lasser 2009B**

M. de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford: Oxford University Press 2009

**Latour**

B. Latour, *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'Etat*, Cambridge: Polity Press 2010

**Lemmens 2017**

P. Lemmens, 'De deskundige, het bestuur, de rechter en het recht van partijen op een eerlijk proces', *NJB* 2017/472, 9, p. 574-580

**Leventhal 1980**

G.S. Leventhal, 'What should be done with the equity theory?', New approaches to the study of fairness in social relationships', in: K. Gergen e.a., *Social exchange: advances in theory and research*, New York 1980, p. 27-54

**Lind 1995**

E.A. Lind, *Social conflict and social justice. Lessons from the social psychology of justice* (oratie Leiden), Rijksuniversiteit Leiden 1995

**Lind 2001**

E.A. Lind, 'Fairness Heuristic Theory: justice judgments as pivotal cognitions in organizational relations', in: J. Greenberg en R. Cropanzano (red.), *Advances in Organizational Behavior*, Stanford, CA: Stanford University Press.2001, p. 56-88

**Lind 2015**

E.A. Lind, *Perceived Fairness and Regulatory Policy. A behavioral science perspective on government – citizen interactions*, 2015, te vinden via [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net)

**Lind en Tyler 1988**

E.A. Lind en T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York: Plenum 1988

**Lind, Greenberg, Scott en Welchans 2000**

E.A. Lind, J. Greenberg, K.S. Scott en T.D. Welchans, 'The Winding Road from Employee to Complainant: situational and psychological determinants of wrongful termination claims', *Administrative Science Quarterly*, 2000, 45, p 557-590

**Lind, Kray en Thompson 1998**

E.A. Lind, L. Kray en L. Thompson, 'The Social Construction of Injustice: fairness judgments in response to own and others' unfair treatment by authorities', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1998, 75, p. 1-22

**Van der Linden, Klijn en Van Tulder 2009**

J. van der Linden, A. Klijn en F. van Tulder, *Meesterlijk gedrag: Leren van compareren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009

**Linthorst 2018**

E. Linthorst, 'De menselijke maat in de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015: ideaal of instrument?', *NTB* 2018/42

**Luhmann 1969**

N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied am Rhein: Luchterhand 1969

**Loonen en Plambeck 2012**

N.E.J.N. Loonen en E.J.H. Plambeck, 'Vier geluiden van buiten. Heden en toekomst van het bestuursrecht', «JBplus» 2012, p. 286-295

## M

**MacIntyre 1981/1992**

A. MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, London: Gerald Duckworth & Co. Ltd, tweede editie, vierde druk, 1992 (oorspronkelijk 1981); tekst integraal te vinden op <https://epistemh.pbworks.com/f/4.+Macintyre.pdf>

**Mak 2014**

E. Mak, 'Gezag en rechtspraak in de 21e eeuw: een inleiding' (redactioneel), *Recht der Werkelijkheid* 2014(35) 1, p. 3-7

**Maroney 2016**

T. Maroney, 'Emotion as a Judicial Virtue', Digital Paul Scholten Project 2016 ([www.paulscholten.eu/research/article/judicial-emotion-as-vice-or-virtue/](http://www.paulscholten.eu/research/article/judicial-emotion-as-vice-or-virtue/))

**Marseille 2010A**

A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: RUG, faculteit rechtsgeleerdheid, 2010

**Marseille 2010B**

A.T. Marseille, 'Comparitie en regie als panacee voor het bestuursrechtelijke beroep?', *Trema*, nr. 3, jaargang 2010, p. 92-101

**Marseille 2012**

A.T. Marseille, *Voor- en nazorg door de bestuursrechter, ten einde de noodzaak hem te benaderen te beperken* (oratie Tilburg), Tilburg University 2012

**Marseille 2018**

A.T. Marseille, 'Bestuursrechtelijke geschilbeslechtsprocedures als exportproduct', *NTB* 2018/32

**Marseille en Boekema 2013**

A.T. Marseille en I.M. Boekema, 'Administrative Decision-Making in Reaction to a Court Judgment. Can the Administrative Judge Guide the Decision-Making Process?', *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 3, July 2013, p. 51-61

**Marseille en Huisman 2014**

A.T. Marseille en P.T.G. Huisman, 'Toepassing van de bestuurlijke lus door rechtbanken', *NTB* 2014/19, p. 150-156

**Marseille en Nihot 2013**

A.T. Marseille en P. Nihot, 'Regie in de rechtspraak: de bestuursrechter', *Rechtstreeks* 2013/1, p. 38-47

**Marseille en Sietses 2013**

A.T. Marseille en D. Sietses, 'De finaliseringsstag in het bestuursrecht', *NJB* 2013/497, p. 606-613

**Marseille, Tolsma en De Graaf 2011**

A.T. Marseille, H.D. Tolsma en K.J. de Graaf, *Prettig contact met de overheid 3. Juridische handreiking informele aanpak*, Den Haag: Ministerie van BZK 2011

**Marseille, Tolsma en De Graaf 2013**

A.T. Marseille, H.D. Tolsma en K.J. de Graaf, *Prettig contact met de overheid 5. Juridische kwaliteit van de informele aanpak beoordeeld*, Den Haag: Ministerie van BZK 2013

**Marseille, De Waard en Laskewitz 2015**

A.T. Marseille, B.W.N. de Waard en P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *NJB* 2015/1482, p. 2006-2014

**Marseille, De Waard, Tollenaar, Laskewitz en Boxum 2015**

A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz en C. Boxum, 'De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht', Den Haag: Ministerie van BZK 2015

**McDowell 1998**

J. McDowell, 'Virtue and Reason' in: J. McDowell (ed.), *Mind, Value and Reality*, Cambridge MA: Harvard University Press 1998

**Meuwese 2014**

A.C.M. Meuwese, *Gedragsgerecht publiekrecht* (oratie Tilburg), Tilburg University 2014

**Moorman 1991**

R.H. Moorman, 'Relationship between organizational justice and organizational citizenship behaviors: Do fairness perceptions influence employee citizenship', *Journal of Applied Psychology*, 1991, 76, p. 845-855

**N****Nihot 2014**

P.K. Nihot, 'De bestuursrechter in relatie tot Prettig contact met de overheid', in: A.T. Marseille en L. van der Velden (red.), *Vertrouwen verdient. Verdient vertrouwen. Visies op geschilbeslechting door de overheid*, Den Haag: Ministerie van BZK 2014, p. 146-158

**O****Van Oenen 2018**

G. van Oenen, 'Bestuursrecht in tijden van democratie en populisme. Drie uitdagingen', *NTB* 2018/33

**Van Ommeren 2018**

F.J. van Ommeren, 'Incrementeel bestuursrecht: een groeimodel voor de rechtsbetrekking', *NTB* 2018/37

**Van Ommeren en Zijlstra 2003**

F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

**P****PG Awb I**

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht Eerste Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993 (ook te vinden op: [www.pgawb.nl](http://www.pgawb.nl))

**PG Awb II**

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De Parlementaire Geschiedenis Algemene wet bestuursrecht Tweede Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994 (ook te vinden op: [www.pgawb.nl](http://www.pgawb.nl))

**PG Awb III**

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Awb Derde Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1998 (ook te vinden op: [www.pgawb.nl](http://www.pgawb.nl))

**Polak 2000**

J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000

**Polak 2011**

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

**Polleunis en Wenders 2011**

S. Polleunis en D.W.M. Wenders, 'Artikel 6:22 Awb en artikel 8:72, derde lid, Awb vergelijken: één pot nat of twee bevoegdheden met zelfstandig bestaansrecht', «JBplus» 2011, p. 202-228

**De Poorter 2013**

J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving* (oratie Tilburg), Tilburg University 2013

**De Poorter en Van Soest-Ahlers 2008**

J.C.A. de Poorter en Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht. Over advisering aan bestuursorganen in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008

**De Poorter en De Graaf 2011**

J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag Raad van State 2011

**De Poorter en De Graaf 2013**

J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, 'De toekomst van de bestuursrechtspraak', in: E.R. Muller en C.P.M. Cleiren (red.) *Rechterlijke Macht*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 385-405

**De Poorter en Pahladsingh 2010**

J.C.A. de Poorter en A. Pahladsingh, 'Rechtsvorming rond de redelijke termijn', «JBplus» 2010, p. 81-102

**De Poorter en Van Roosmalen 2009**

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009

**Prins, Griffioen en Broeders 2013**

J.E.J. Prins, H. Griffioen, D. Broeders, m.m.v. P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax, 'Naar een transparantere rechtspraak. Geen glans zonder wrijving', het hoofdbetoog (Deel I) in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 23-111

**Prins, Van der Mijl en Tiemeijer 2013**

J.E.J. Prins, J. van der Mijl en W.L. Tiemeijer, 'Rechters aan het woord over transparantie', in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 209-259

**Proudfoot en Lind 2013**

D. Proudfoot en E.A. Lind, 'Fairness Heuristic Theory, the Uncertainty Management Model, and Fairness at Work', in: M. L. Ambrose en R. S. Cropanzano (red.), *Oxford handbook of justice in work organizations*. Oxford, UK: Oxford University Press. 2013

**R****Rapp 2016**

Chr. Rapp, 'Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians', Digital Paul Scholten Project 2016, [www.paulscholten.eu/research/article/dispassionate-judges-encountering-hotheaded-aristotelians-2/](http://www.paulscholten.eu/research/article/dispassionate-judges-encountering-hotheaded-aristotelians-2/)

**Rawls 1971**

J.B. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press 1971

**Rosenberg 2003**

M.B. Rosenberg, *Non-Violent Communication, A Language of Life*, tweede druk, Encinitas (USA, California) PuddleDancer Press: 2003

**S****Van de Sande 2013**

J.M.W. van de Sande, Uitzicht op een uitgebalanceerd hoger beroep in het hele bestuursrecht, «JBplus» 2013, p 81-88

**Schlössels 2008**

R.J.N. Schlössels, 'De andere kant van de lus', NTB 2008, p. 267-268

**Schlössels 2009A**

R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?' in *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 11-116

**Schlössels 2009B**

R.J.N. Schlössels, 'De 'civilisatie' van het bestuursprocesrecht. Over mogelijkheden en gevaren van convergentie van procesrecht', in L.E. de Groot-van Leeuwen, P.H.P.H.M.C. van Kempen, C.J.M. Klaassen en R.J.N. Schlössels (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 199-238

**Schlössels en Albers 2014**

R.J.N. Schlössels en C.L.G.F.H. Albers (red.), *Symposium 20 jaar «JB»: de metamorfose van het bestuursprocesrecht en de bestuursrechter nieuwe stijl. Voor- en nadelen voor burger, bestuur en rechter*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014

**Schlössels en Zijlstra 2010**

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra (als bewerkers van De Haan/Drupsteen/Fernhout), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, zesde, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2010

**Schreuder-Vlasblom 1987**

M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek. De gedachtevorming over aard en zin van rechterlijke beoordeling van bestuursoptreden sedert omstreeks 1815* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

**Schreuder-Vlasblom 2003**

M. Schreuder-Vlasblom, 'De rechter als Simson of als Salomo; iets over overwegingen ten overvloede', «JBplus» 2003, p. 73-87

**Schreuder-Vlasblom 2010**

M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht; over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 411-429

**Schreuder-Vlasblom 2017**

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2017

**Schueler 1994**

B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

**Schueler 2008**

B.J. Schueler, 'Het voorstel voor een *Wet bestuurlijke lus Awb* en de positie van belanghebbenden in het omgevingsrecht', M en R 2008

**Schueler 2009A**

B.J. Schueler, 'De Metselaar' in: T. Barkhuysen (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009 (zesde druk), p. 565-580

**Schueler 2009B**

B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak' in: B.J. Schueler e.a., *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 37, Den Haag: VBR 2009, p. 1-70

**Schueler 2012**

B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', «JBplus» 2012, p. 101-116

**Schueler 2015**

B.J. Schueler, 'Voor en na de uitspraak 1987-2015', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels en J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, (De Waard bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 383-401

**Schueler 2018**

B.J. Schueler, 'Wat is daarop uw antwoord? Vragen over responsief bestuur', NTB 2018/45

**Schueler, Drewes e.a. 2007**

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

**Schuurmans 2004**

Y.E. Schuurmans, 'Besluit gevraagd, bewijslast gekregen. De bewijslastverdeling bij het besluit op aanvraag', «JBplus» 2004, p. 213-228

**Schuurmans 2005**

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005

**Schuurmans 2009**

Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 117-184

**Schuurmans 2016**

Y.E. Schuurmans, 'De metselaar', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, zevende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 507-523

**Schuurmans en Verburg 2012**

Y.E. Schuurmans en D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', «JBplus» 2012, p. 117-138

**Schuurmans en Vermaat 2013**

Y.E. Schuurmans en M.F. Vermaat, 'Gebrekkige regelingen en andere pijnpunten bij medisch bewijs', NTB 2013/30, p. 181-189



**Sennet 2000**

R. Sennet, *De flexibele mens. Psychogram van de moderne samenleving*, Amsterdam: Byblos 2000

**Soeharno 2013**

J. Soeharno, 'Stel nou dat rechters integer blijken te zijn!', *AA* 2013, afl. 62, p. 268-270

**Stam 2015**

R.C. Stam, *Optreden ter zitting. Wenken voor de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

**Stroink 2006**

F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht*, Afscheidsrede Universiteit Maastricht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006

**Symposium Moderne bestuurs-rechtspraak 2018**

Special van NTB naar aanleiding van het symposium Moderne bestuursrechtspraak op 13 februari 2018, met bijdragen van J.H. de Wildt, D.A. Verburg, B.J. van Ettehoven en G. van der Bruggen, *NTB* 2018/68, 69, 70, 71 en 72

**T****Tanja 2018**

E. Tanja, 'Responsiviteit: betekenis, waarde en gevolgen voor de bestuur(srechtelijke) praktijk', *NTB* 2018/29

**Thibaut en Walker 1975**

J.W. Thibaut en L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, Mahwah, NJ: Erlbaum 1975

**Den Tonkelaar 2014**

J.D.A. den Tonkelaar, 'Rechterlijke deugden', in: *Rechtstreeks* 2014 nr. 3/4, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 58-61

**Tyler 1988**

T.R. Tyler, 'What is procedural justice?: Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review*, 1988, 103, Volume 22, number 1

**Tyler 2000**

T.R. Tyler, 'Social Justice: Outcome and Procedure', *International Journal of Psychology*, 2000, 35, p. 117-125

**Tyler 2006**

T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton en Oxford: Princeton University Press 2006

**Tyler 2007A**

T.R. Tyler, 'Procedural Justice and the Courts', *Court Review: Volume 44, Issue 1/2, Paper 217*, 2007, p. 26-30

**Tyler 2007B**

T.R. Tyler e.a., 'Reintegrative Shaming, Procedural Justice, and Recidivism: The Engagement of Offenders' Psychological Mechanisms in the Canberra RISE Drinking-and-Driving Experiment', *Law and Society Review* 2007, 41(3)

**Tyler 2010**

T.R. Tyler, 'Legitimacy in Corrections. Policy implications', *American Society of Criminology, Criminology and Public Policy* 2010, Volume 9, Issue 1, p. 127-134

**Tyler en Bies 1990**

T.R. Tyler en R.J. Bies, 'Beyond Formal Procedures: The Interpersonal Context of Procedural Justice', *Applied Social Psychology and Organizational Settings* 1990

**Tyler e.a. 2007**

T.R. Tyler, L. Sherman, H. Strang, G.C. Barnes en D. Woods, 'Reintegrative Shaming, Procedural Justice, and Recidivism: The Engagement of Offenders' Psychological Mechanisms in the Canberra RISE Drinking-and-Driving Experiment', *Law and Society Review* 2007, 41(3), p. 553-586

**Tyler en Lind 2001**

T.R. Tyler en E.A. Lind 2001, 'Procedural justice', in: J. Sanders en V.L. Hamilton (red.), *Handbook of Justice Research in Law*, New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers 2001, p. 65-92

**V****VAR-commissie rechtsbescherming 2004**

VAR-commissie rechtsbescherming (Commissie Polak), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

**VAR-reeks 143**

VAR-reeks 143, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 (let op: ook per preadvies van Schlössels, Schuurmans, Koopman en Verburg aangehaald)

**Van der Veer 2011**

K.A. van der Veer, *Slagvaardige geschilbeslechting in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011

**Van Velthoven 2011**

B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RMThemis* 2011-1, p. 7-16

**Van Velthoven 2012**

B.C.J. van Velthoven, 'Empirische kennis over de effecten van procedurele rechtvaardigheid geeft vooralsnog weinig houvast voor justitiële beleidsvorming', *RMThemis* 2012-4, p. 182-184

**Verburg 2008**

D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Zeist: Kerckebosch 2008

**Verburg 2009**

D.A. Verburg, 'Three is a crowd: Feitenvaststelling bij rechterlijke procedures in meerpartijengedingen', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 231-322

**Verburg 2010A**

D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 261-279

**Verburg 2010B**

D.A. Verburg, 'De belastingrechter en de algemene bestuursrechter. Verschillen en overeenkomsten' (bewerking van rede voor het congres Belastingrechtspraak met toevoegde waarde op 20 november 2009), *WFR* 2010/335, p 335-341

**Verburg 2010C**

D.A. Verburg, 'Finale geschilbeslechting en haar stiefkind, de 'aangeklede' opdracht om een nieuw besluit te nemen', «JBplus» 2010, p. 153-178

**Verburg 2012**

D.A. Verburg 'Omvang van het geding en bewijsrecht in het bestuursrecht: waar staan we nu? Enige bespiegelingen naar aanleiding van Schreuder-Vlasbloms 'Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure'', *Trema* 2012, p. 279-284

**Verburg 2013**

D.A. Verburg, 'De nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter', *TC* 2013, nr. 3, p. 19-23

**Verburg 2015**

D.A. Verburg, 'Uw procesorde is de mijne niet! Het gezag van de rechter en de wijze van omgaan met de goede procesorde', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels en J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, (De Waard bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 267-291

**Verburg 2016**

D.A. Verburg, 'Review of 'Emotion as a Judicial Virtue' by Terry Maroney: more light than heat, but nevertheless, Aristotle is overcharged', Digital Paul Scholten Project 2016, [www.paulscholten.eu/reviews/judicial-emotion-as-vice-or-virtue/](http://www.paulscholten.eu/reviews/judicial-emotion-as-vice-or-virtue/)

**Verburg 2018A**

D.A. Verburg, 'De responsieve bestuursrechter', *NTB* 2018/31

**Verburg 2018B**

D.A. Verburg 'Deskundigeninbreng van het bestuursorgaan als bewijsmiddel in de procedure bij de bestuursrechter', in: J.F. Aalders, J.A.M.A. Sluysmans en D.A. Verburg, *Naar een betere opbrengst van de deskundigeninbreng*, Den Haag: Boom juridisch/Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 2018, p. 23-47

**Verburg 2018C**

D.A. Verburg 'De rechter tussen straattaal en jargon: op weg naar begrijpelijke uitspraken', *AA* 2018, afl. 2, p. 169-173

**Verburg en Schueler 2014**

D.A. Verburg en B.J. Schueler, 'Procedural Justice in Dutch Administrative Court Proceedings', *Utrecht Law Review*, Volume 10, Issue 4, November 2014, p. 56-72, file:///C:/Users/Gebruiker/Downloads/290-750-1-PB.pdf

**Verkruisen en Doornbos 2014**

Y. Verkruisen en N. Doornbos, 'De rechter als regisseur. Een verkennend onderzoek naar de ervaringen van rechtzoekenden en rechters met de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht', *Recht der Werkelijkheid* 2014(35)/1. p. 59-83

**Verschoof 2013**

R.J. Verschoof, *Waar gaat het over?* (oratie Utrecht), Universiteit Utrecht 2013

**Van der Velde 2014**

R. van der Velde, 'Ook de gemachtigde van de burger is aan de slag met de Nieuwe Zaaksbehandeling (en denkt daar het zijne van)', «JBplus» 2014, p. 71-75

**Viano 2016**

C. Viano, Review of article by Christof Rapp, Digital Paul Scholten Project 2016, [www.paulscholten.eu/reviews/dispasionate-judges-encountering-hotheaded-aristotelians-2/](http://www.paulscholten.eu/reviews/dispasionate-judges-encountering-hotheaded-aristotelians-2/)

**Vranken 1995**

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel \*\**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

**De Vries 1939**

C.W. de Vries, *Toespraak gehouden, ter inleiding, in de eerste constituerende vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 4 maart 1939 te Utrecht, Jaarbeursgebouw*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1939

**W****De Waard 2001**

B.W.N. de Waard, 'De goede procesorde', «JBplus» 2001, p. 148-162

**De Waard 2015**

B.W.N. de Waard, *Voortgaande heroverweging van uitgangspunten van bestuursprocesrecht* (afscheidsrede Tilburg University), Deventer: Kluwer 2015

**Wattel 2015**

P.J. Wattel, 'Ambachtelijkheid, Rechtvaardigheid, Effectiviteit', *NJB* 2015/1049, afl. 22, p. 1464-1469

**Weber 1921/1922**

M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1980 (oorspronkelijk 1921/1922)

**Wenders 2010**

D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures* (diss.), Deventer: Kluwer 2010

**Werkgroep Van Kemenade 1997**

Werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur (werkgroep Van Kemenade), *Bestuur in geding*, Haarlem: provincie Noord-Holland 1997

**Westra 2013**

R. Westra, 'Transparantie: sturen en gestuurd worden', in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst en M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (in de WRR-serie Verkenningen), Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 297-371

**Wiarda 1948**

G.J. Wiarda, *De wetenschap van het bestuursrecht en de spanning tussen gezag en gerechtigheid*, rede uitgesproken ter openbare aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Utrecht op 10 mei 1948, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1948

**Widdershoven e.a. 2001**

R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink, J.B.J.M. ten Berge, A.J. Bok, W.J.M. Voermans, B.W.N. de Waard en P.A. Willemsen, *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001

**Widdershoven 2015**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Europese grondslagen van het bestuursprocesrecht', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels en J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, (De Waard bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 121-143

**Wigboldus 2010**

D.H.J. Wigboldus, 'Psychologische aspecten bij bewijslevering' in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans en D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht* (procesrechtelijke reeks NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 45-55

**Witteveen 2001**

W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001

**Wittgenstein 1952**

L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (Postuum 1952), Kritisch-genetische Edition. Herausgegeben von Joachim Schulte. Frankfurt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2001

**WRR 2002**

*De toekomst van de nationale rechtsstaat*, WRR-rapport nr. 63, Sdu Uitgevers Den Haag 2002

