

DE REIKWIJDTE VAN ART. 8:69, TWEEDE LID, VAN DE AWB IN HET OMGEVINGSRECHT

Naar een ruimhartige en meer consistente toepassing van de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de Afdeling bestuursrechtspraak in het omgevingsrecht?

Julian Kevelam en Henk Gierveld

1. INLEIDING

1.1. Art. 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht

In deze bijdrage staat art. 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) centraal. Daarin is bepaald dat de bestuursrechter verplicht is om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Hiervan is sprake als de bestuursrechter een of meer rechtsnormen ten grondslag legt aan zijn beslissing die niet door een appellant is of zijn aangevoerd. In paragraaf 1.5 gaan we nader in op ons onderzoek, de onderzoeksmethode, de afbakening en de opzet. We hebben ervoor gekozen om het uiteindelijke onderwerp van onderzoek aan te vliegen vanuit een recent persbericht van de Raad van State (paragraaf 1.2), te plaatsen binnen meer algemene ontwikkelingen in het omgevingsrecht (paragraaf 1.3) en de rol die de bestuursrechter heeft of dient te vervullen bij de beslechting van omgevingsrechtelijke geschillen, waarbij ook aandacht wordt besteed aan een recent artikel van Van Rijswijk (paragraaf 1.4).

1.2. Persbericht Raad van State

De rol van de rechter binnen de *trias politica* is al zeer lang voer voor discussie in de media en (rechtsgeleerde) literatuur. De inhoud van die discussie is grotendeels afhankelijk van de tijdgeest waarin we leven. De rechter wordt in die discussies vaak gekwalificeerd als (te) 'activistisch', of juist (te) 'defensief' ten opzichte van de wetgevende en/of uitvoerende macht. Over het algemeen vindt men dat de rechter zich niet inhoudelijk met deze discussies dient te bemoeien, gelet op zijn rol als onafhankelijke en onpartijdige macht binnen de *trias politica*. Toch valt zo nu en dan een kritische noot te lezen van een rechtsprekende instantie, om bijvoorbeeld te waarschuwen voor bepaalde (maatschappelijke) ontwikkelingen die de 'waarden van de rechtsstaat' dreigen aan te tasten. Zo heeft het persbericht behorende bij het Jaarverslag van de Raad

van State over 2015 (d.d. 5 april 2016) de volgende kop: *'Rechtsstaat moet geen sluitpost zijn van besluitvorming'*.¹ In dit persbericht is in de eerste alinea het volgende te lezen:

'Politiek-bestuurlijke besluitvorming overeenstemming en juridische besluitvorming vallen steeds vaker samen. Voorheen werd het juridisch, praktisch en bestuurlijk haalbare en mogelijke verkend om tot politieke keuzen te komen. Nu gaat politieke overeenstemming vaak vooraf aan toetsing van wat volgens het recht en in de praktijk mogelijk en haalbaar is. Juridische en praktische bedenkingen gaan steeds minder zwaar wegen dan de vaak moeizaam bereikte overeenstemming. Deze wordt dan onaantastbaar.'

Voorts staat in de derde alinea:

'Deze ontwikkeling stelt hoge eisen aan de kwaliteit van besluitvorming. Als bij de uitvoering van afspraken niet meer getoetst wordt op nut, noodzaak, doelmatigheid of juridische juistheid van de maatregelen, zijn voldoende kennis van en inzicht in juridische mogelijkheden en beperkingen op het moment van overleg en overeenstemming noodzakelijk. Het is zorgelijk om vast te stellen dat de aanwezigheid van juridische kennis en vaardigheid op het moment van beleidsvoorbereiding en besluitvorming eerder af dan toe lijkt te nemen. Het verenigen van maatschappelijke dynamiek en betrouwbare bestendigheid vereist een juridische vaardigheid en een gevoel voor de waarden van de rechtsstaat die meer is dan kennis van de geldende regels. Het ontbreken daarvan en het verwaarlozen van de kennis en inzichten van het recht bij de besluitvorming zijn een bedreiging voor het duurzaam functioneren van de rechtsstaat in Nederland. Dan dreigen de waarden van de rechtsstaat sluitpost te worden in het streven naar resultaat, snelheid en draagvlak.'

Vermoedelijk ziet de Raad van State aanleiding voor deze kritische noot gelet op de kwaliteit van de producten die bij hem ter toetsing voorliggen, waarmee wordt gestreefd naar resultaat, snelheid en draagvlak, zowel als het gaat om advisering (wetgeving) als rechtspraak (besluiten).² De door de Raad van State geschetste manier waarop deze producten tot stand komen, zijn kennelijk een bedreiging voor het duurzaam functioneren van de rechtsstaat. Binnen de rechtsstaat heeft de Raad van State een geheel eigen rol ten opzichte van de wetgevende- en uitvoerende macht; adviseur voor wat betreft wetgeving en (hoogste) bestuursrechter voor wat betreft besluiten. In de hoedanigheid van

1 Het persbericht is te raadplegen via: https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=939&summary_only=&category_id=8.

2 Of juist niet ter toetsing voorliggen, omdat zij worden gegoten in plannen, bestuursakkoorden, op de negatieve lijst van de Awb worden geplaatst of dat bepaalde activiteiten onder algemene regels vallen zodat daar geen rechtsbescherming tegen open staat.

die rol spreekt hij nu de andere 'machten' binnen de rechtstaat aan op hun verantwoordelijkheid binnen diezelfde rechtsstaat.

1.3. Ontwikkelingen in het omgevingsrecht

Het streven naar resultaat, snelheid en draagvlak is een ontwikkeling die ook waarneembaar is in de ontwikkeling van bestuurs- en in het bijzonder omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving. Zo is dit streven onder meer (deels) terug te vinden in de verbeterdoelen die worden nagestreefd met de Omgevingswet en de bijbehorende uitvoeringsregelgeving.³ Volgens de wetgever moet de bestuurlijke afwegingsruimte worden vergroot door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken voor het bereiken van doelen voor de fysieke leefomgeving en moet de besluitvorming over projecten in de fysieke leefomgeving worden versneld en verbeterd. De daarmee gepaard gaande open normen en beleidsvrijheid voor bestuursorganen betekenen evenwel over het algemeen een marginale toetsing van besluiten door de bestuursrechter.⁴ Ook is er een trend te signaleren in de bestuurs- en in het bijzonder omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving dat voor de bestuursrechtelijke instrumentele vormgeving van maatregelen die ingrijpen in de fysieke leefomgeving steeds vaker wordt gekozen voor plannen, programma's of bestuursakkoorden waar geen directe bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen open staat. Daarbij dient tevens in ogenschouw te worden genomen dat steeds meer besluiten op de negatieve lijst⁵ van de Awb worden geplaatst en dat steeds meer activiteiten in de fysieke leefomgeving onder algemene regels vallen, zodat daar geen rechtsbescherming tegen open staat.⁶ Deze trend wordt onverminderd voortgezet met de Omgevingswet.

De ontwikkeling naar een minder inhoudelijke toetsing van besluiten door de bestuursrechter,⁷ is een bewuste keuze van de rechtsprekende instanties en de wetgever. Daarbij komt dat de nadruk in zowel de omgevingsrechtelijke wetgeving als in de jurisprudentie ligt op belangenbescherming en finale geschil-

3 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3 (Omgevingswet).

4 Zie ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153, AB 1997/93, AB Klassiek 2009/28, m.nt. De Waard en *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 5, p. 55 (eerste tranche Awb).

5 Dit betrof de term voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht zijn ingevolge art. 8:5, eerste lid, van de Awb de besluiten waartegen geen beroep kan worden ingesteld opgesomd in art. 1 van de bij de Awb behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (bijlage 2). Gemakshalve spreken wij hier van 'negatieve lijst'.

6 Zie H.F.M.W. van Rijswijk, 'Leren van het verleden. Lessen uit het waterstaatsrecht voor de toekomst van het omgevingsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2016-17, p. 1192-1198 (hierna: Van Rijswijk 2016).

7 Als er al (directe) bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.

beslechting; het *recours subjectif*.⁸ Geschillen dienen zoveel mogelijk finaal te worden beslecht (ingevolge art. 8:41a Awb) en het relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb) kan aan een gegrondverklaring van een beroep van een rechtzoekende in de weg staan.

1.4. Inhoudelijke toetsing en rol van de Afdeling bestuursrechtspraak

De Raad van State constateert in het jaarverslag dat het zorgelijk is dat de aanwezigheid van juridische kennis en vaardigheid op het moment van beleidsvoorbereiding en besluitvorming eerder af dan toe lijkt te nemen. Hij ziet tevens een ontwikkeling dat besluitvorming in toenemende mate aan rechtsbescherming wordt onttrokken. Wanneer er wel rechtsbescherming open staat tegen omgevingsrechtelijke besluiten, worden rechtzoekenden geconfronteerd met een onder de Omgevingswet naar verwachting toenemende marginale toetsing van besluiten door de bestuursrechter die het geschil zo finaal mogelijk wil beslechten en het beroep van een rechtzoekende alleen gegrond verklaart als het relativiteitsvereiste zich daartegen niet verzet. Voorgaande beschreven ontwikkelingen hebben dus gevolgen voor de rechtsbescherming van rechtzoekenden in het omgevingsrecht.

De Raad van State doet weliswaar een (impliciete) oproep richting de uitvoerende macht (bestuursorganen) voor de terugkeer van juridische kennis en vaardigheden ten tijde van beleidsvoorbereiding en besluitvorming, maar als het om rechtsbescherming gaat is er voor de Afdeling bestuursrechtspraak als onafhankelijke en onpartijdige rechter in een (democratische) rechtsstaat ook een rol weggelegd. Haar taak is immers onder meer het bieden van individuele rechtsbescherming voor rechtzoekenden.⁹ Van Rijswijk vraagt ook aandacht voor de rol van de rechter en de positie van de burger als rechtzoekende in het omgevingsrecht. Zij pleit – mede gezien in de hiervoor geschetste ontwikkelingen in het omgevingsrecht – voor een verandering van de rol van de rechter in de toekomst in het omgevingsrecht en doet een aantal voorstellen voor een andere rol/werkwijze van de rechter die beter aansluit bij de hiervoor geschetste ontwikkelingen. Zo vindt Van Rijswijk dat de bestuursrechter weer objectiever zou kunnen toetsen, zelf open normen gaat invullen, bij gebrek aan beginselen in de Omgevingswet rechtstreeks kan toetsen aan de beginselen uit het Europees recht, inhoudelijker en indringender zou kunnen toetsen en best wat vaker prejudiciële vragen mag stellen.¹⁰ De bestuursrechter kan

8 Zie onder meer B.J. Schueler, 'Hoe ver strekt de rechtsbescherming in het omgevingsrecht? Over subjectivering in het bestuursprocesrecht', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*, 2005-4, p. 114-123.

9 Of breder: het bieden van rechtsbescherming tegen bestuurshandelingen. Zie S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 11.

10 Zie Van Rijswijk 2016. Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuurs-

zichzelf – binnen zekere grenzen – een ‘meer activistische’ rol toebedelen en meer doen om de ‘waarden van de rechtsstaat’ te beschermen, als dit ten tijde van de beleidsvoorbereiding of besluitvorming kennelijk niet afdoende is ge-waarborgd.

1.5. Art. 8:69, tweede lid, van de Awb; duiding onderwerp en plan van behandeling

Mede in het licht van de (mogelijke) rol van de bestuursrechter is het interes-sant om te onderzoeken welke mogelijkheden hij daartoe heeft. Uit de ver-schillende mogelijkheden, willen we in deze bijdrage onze aandacht richten op de wettelijke plicht voor de bestuursrechter om ambtshalve de rechtsgron-den aan te vullen, opgenomen in art. 8:69, tweede lid, van de Awb. Hiervan is sprake als de bestuursrechter een of meer rechtsnormen ten grondslag legt aan zijn beslissing die niet door een appellant is of zijn aangevoerd.¹¹ Omdat het ons gaat om de rol van de bestuursrechter in het omgevingsrecht, hebben wij ons aandacht gericht op de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Aan de hand van de wet en de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie zal verkennenderwijs worden geanalyseerd hoe art. 8:69, tweede lid, van de Awb wordt toegepast in het omgevingsrecht en in hoeverre de Afdeling be-stuursrechtspraak invulling geeft aan de verplichting tot ambtshalve aanvul-ling van de rechtsgronden.¹² Het doel van onze bijdrage is om te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is om aandachtspunten te formuleren voor een meer actieve, meer expliciete en meer consistente toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb in de omgevingsrechtelijke jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.

rechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenle-ving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter: Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep, mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015*, (VAR-reeks; No. 154). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 7-58.

11 Zie R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden: de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv (diss. Leiden)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 22 (hierna: Crommelin 2007). Het bestuursorgaan is ook partij, maar de rechter gaat hem echter niet via art. 8:69, tweede lid, van de Awb ‘helpen’ met een verbetering van het besluit (uitgezonderd wellicht het geval dat een bestuursorgaan beroep instelt tegen een besluit van een ander bestuursorgaan).

12 Verkennenderwijs, omdat het type bijdrage en de omvang een alomvattende beschouwing niet toelaten.

2. OMVANG VAN HET GESCHIL

Hoewel in deze bijdrage art. 8:69, tweede lid, van de Awb centraal staat, is allereerst van belang om aandacht te besteden aan art. 8:69, eerste lid, van de Awb: de bestuursrechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Dit artikellid is immers belangrijk voor het bepalen van de betekenis van art. 8:69, tweede lid, van de Awb. De grenzen van de beoordeling vormen de achtergrond waartegen art. 8:69, tweede lid, van de Awb moeten worden toegepast. Met andere woorden, hoe ruimer de grenzen van het geschil of het geding kunnen worden getrokken, hoe groter de rol en de betekenis van het aanvullen van rechtsgronden kan zijn.

De uiterste grenzen van het geding zijn meestal duidelijk.¹³ Het gaat immers om het bestreden besluit dat ter beoordeling bij de rechter voorligt. Wat een appelland in zijn beroepsgronden aanvoert, moet dus gericht zijn op het bestreden besluit. De 'klassieke' geschilbeslechting¹⁴ door de bestuursrechter bestaat er uit om te toetsen aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden of het bestreden besluit onrechtmatig is vastgesteld of genomen. Indien dat het geval is, dan verklaart de bestuursrechter het beroep gegrond en vernietigt hij het bestreden besluit. Tussen het moment van het indienen van het beroepschrift tot aan het uiteindelijke oordeel heeft de bestuursrechter evenwel een behoorlijk aantal (denk)stappen te zetten, waaronder het bepalen van de omvang van het geding.

Op het eerste gezicht is de omvang van het geding minder duidelijk; wie bepaalt bijvoorbeeld wat de omvang van het geding is en moet de bestuursrechter ook oordelen over de door hem geconstateerde gebreken die kleven aan een besluit waarover appellanten niets hebben opgemerkt? De redactie van art. 8:69 van de Awb geeft geen duidelijk antwoord op deze vragen. Daarom is het van belang om naar de parlementaire geschiedenis te kijken. Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat hetgeen appelland aan de orde stelt, bepalend is voor de begrenzing van het geschil waarover de bestuursrechter moet oordelen.¹⁵ Dit is ook te verklaren, gelet op de primaire taak van de bestuursrechter: het bieden van rechtsbescherming voor rechtzoekenden.¹⁶ Het uitgangspunt is derhalve, dat appellanten zelf de omvang van het geding bepalen. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien het gaat om kwesties van

13 Meestal, omdat er tijdens de bestuurlijke besluitvorming meerdere besluiten achter elkaar kunnen zijn genomen waardoor onduidelijkheid kan bestaan welk besluit bij de bestuursrechter voorligt.

14 Gevallen van finale geschilbeslechting daargelaten.

15 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 495, nr. 3, p. 141-142.

16 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, 22 495, nr. 3, p. 38.

'openbare orde', dat wil in de regel zeggen bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraagstukken. Deze kwesties dienen door de bestuursrechter ambtshalve te worden getoetst, ook al vallen deze kwesties buiten de omvang van het geschil. Ook wordt gewezen op art. 8:69, derde lid, van de Awb. Op grond daarvan kan de bestuursrechter ambtshalve de feiten aanvullen. Op deze uitzonderingen wordt in deze bijdrage verder niet ingegaan.

De grondslag van het geschil wordt bovendien beperkt tot de bestreden onderdelen van het besluit. De onderdelen waartegen niet wordt opgekomen moeten in beginsel door de bestuursrechter bij de beoordeling van het besluit buiten beschouwing worden gelaten.¹⁷ In die zin betreft de omvang van het geschil dan de besluitonderdelen die bestreden zijn.

Als het gaat om een bestemmingsplan, dan betreffen de bestreden onderdelen van dat plan vaak bepaalde bestemmingen of planregels. Als de bestemming 'Natuur' in de zienswijzenfase niet is bestreden, blijven de gronden die tegen die bestemming (als plandeel) zijn gericht in beroep buiten beschouwing. Ook kan niet worden aanvaard dat *de omvang van het geschil* na afloop van de beroepstermijn of de gegeven termijn voor het aanvullen van de gronden wordt uitgebreid door het aanvechten van een nieuw besluitonderdeel.¹⁸ Ook kan niet worden aanvaard dat als na de vernietiging van een bestemmingsplan een nieuw bestemmingsplan wordt vastgesteld, in beroep tegen het vaststellingsbesluit van het nieuwe bestemmingsplan nieuwe gronden worden aangevoerd die reeds tegen het oorspronkelijke besluit naar voren hadden kunnen worden gebracht.¹⁹ Ditzelfde geldt indien na een tussenuitspraak nieuwe gronden worden aangevoerd die reeds tegen het oorspronkelijke besluit naar voren hadden kunnen worden gebracht.²⁰ Deze nieuwe gronden behandelt de Afdeling bestuursrechtspraak dan niet inhoudelijk.

Tot besluit van deze paragraaf over de omvang van het geschil zij nog opgemerkt dat het verbod van *reformatio in peius* met zich meebrengt dat de appellante die het beroep heeft ingesteld, door de beslissing niet in een slechtere positie mag belanden dan waarin hij zou hebben verkeerd indien hij geen beroep zou hebben ingesteld en dat partijen niet mogen worden 'overvallen' door een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, gelet op het verdedigings-

17 Deze laatste grens is een uitvloeisel van de zogenoemde onderdelenfuik in de zin van art. 6:13 Awb en wordt hier verder niet uitgewerkt. Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3222, r.o. 5.1.

18 Zie onder meer ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3699, r.o. 4.1, ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2416, r.o. 56 en ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1722, r.o. 5.1.

19 Zie onder meer ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1066, r.o. 6.1.

20 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1409, r.o. 7.1.

beginsel.²¹ Zij moeten in staat worden gesteld om hun standpunt hieromtrent naar voren te brengen.

Tot zover onze opmerkingen ten aanzien van de omvang van het geschil, nodig om verder te gaan op het eigenlijk onderwerp van deze bijdrage.

3. ART. 8:69, TWEEDE LID, VAN DE AWB; WET EN WETSGESCHIEDENIS

3.1. Welke rechtsgronden worden ambtshalve aangevuld?

Van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is sprake als de bestuursrechter een of meer rechtsnormen ten grondslag legt aan zijn beslissing die niet door een appellant is of zijn aangevoerd. In principe kan elk geschil door de rechter met nieuwe rechtsgronden worden aangevuld, zowel gebaseerd op het geschreven als het ongeschreven recht; niet alleen wet- en regelgeving, maar ook (processuele) beginselen (van behoorlijk bestuur), gewoonterecht, verdragsrecht en jurisprudentie. In de jurisprudentie is echter geoordeeld dat beleidsregels niet ambtshalve kunnen worden toegepast door de bestuursrechter. Deze dienen in rechte aan de orde te zijn gesteld, om door de bestuursrechter in een concrete zaak toegepast te kunnen worden.²² Het gaat overigens in de meeste gevallen om de aanvulling van rechtsgronden die nauw verband houden met of voortborduren op reeds door de appellant aangevoerde beroepsgronden.²³

Onder beroepsgrond begrijpen wij²⁴ een of meer samenhangende argumenten gericht tegen het bestreden besluit of de bestreden besluitvorming. Belangrijk bij het hanteren van deze definitie is dat appellant in zijn beroepsgronden niet hoeft aan te voeren waarom het besluit naar zijn mening onrechtmatig is. Voldoende is dat hij aanvoert waarom hij het niet met het besluit eens is. De bestuursrechter moet op basis van de aangevoerde beroepsgronden het recht toepassen (*da mihi facta, dabo tibi ius*). De (niet noodzakelijk juridische) argumenten van appellant bepalen derhalve de omvang van het geding.

21 Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9015, r.o. 2.5.

22 Zie ABRvS 7 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG7991, AB 2009/193, m.nt. Ortlep.

23 Zie voor de uitzonderingen: D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 66 (hierna: Brugman 2010).

24 In aansluiting op de literatuur, zie onder meer M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 572 en P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, p. 83.

3.2. Parlementaire geschiedenis

Art. 8:69, tweede lid, van de Awb is op 1 januari 1994 ingevoerd.²⁵ Deze imperatief geformuleerde bepaling verplicht de bestuursrechter er blijkens de parlementaire geschiedenis toe om het bestuursrecht toe te passen, voor zover die toepassing aansluit op de grondslag van het geschil.²⁶ De achterliggende gedachte is dat alle rechtsregels die relevant zijn voor het geschil dat appelland aan de bestuursrechter heeft voorgelegd door de rechter zelfstandig (ambtshalve) worden toegepast om tot een geschilbeslechting te komen, ook al zijn die rechtsgronden niet aangevoerd door appelland. Dit volgt uit het uitgangspunt dat de rechter wordt geacht het recht te kennen en zelfstandig de juiste rechtsregels toe dient te passen ('*ius curia novit*'). In de literatuur verwoordde Kooper het als volgt:

*'Juist wil hier zeggen: geen regels toepassen die niet relevant zijn voor het geschil, alle regels toepassen die wel relevant zijn en aan die relevante regels de rechtens correcte inhoud toekennen. Zelfstandig wil zeggen: onafhankelijk van juridische argumenten die door partijen zijn aangevoerd en waar nodig zelfs in afwijking van een door partijen unaniem verdedigde rechtsopvatting.'*²⁷

Bij de invoering van de Awb was het niet direct duidelijk welke betekenis art. 8:69, tweede lid, van de Awb had. Onduidelijk was waartoe de bestuursrechter werd verplicht en, als gevolg daarvan, was het voor partijen niet duidelijk wat zij van de rechter konden verwachten en waarmee zij rekening moesten houden.²⁸ In de – sinds de invoering van de Awb gevormde – jurisprudentie zijn voorbeelden te geven van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak over ging tot (expliciete of impliciete) ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, maar het betreft – zoals hierna zal blijken – grotendeels casuïstische jurisprudentie.

4. TOEPASSING IN DE JURISPRUDENTIE

4.1. Jurisprudentie inzake expliciete en impliciete toepassing art. 8:69, tweede lid, van de Awb

Wanneer naar jurisprudentie wordt gezocht waarin de expliciete toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb aan de orde is, dan levert dit ongeveer veertig omgevingsrechtelijke uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak

²⁵ Zie *Stb.* 1993, 693.

²⁶ Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 141.

²⁷ R. Kooper, 'Ambtshalve toetsing en aanvulling van rechtsgronden', *JBPlus* 2002, p. 84-89.

²⁸ Zie Crommelin 2007, p. 7.

op.²⁹ Overigens lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak de rechtsgronden ook (bijvoorbeeld) weleens aan te vullen over de boeg van de zinsnede 'de Afdeling begrijpt het betoog aldus (...)', of aan de hand van andere (impliciete) zinconstructies.³⁰ We zien dat als een impliciete toepassing, een verwijzing naar het Awb-artikel ontbreekt dan. Een expliciete toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb lijkt relatief weinig voor te komen. Dit werd al eerder geconstateerd.³¹

4.2. Aandachtspunten bij een analyse van deze jurisprudentie

Nu reeds zij opgemerkt dat het niet eenvoudig is gebleken om naar aanleiding van een analyse van deze jurisprudentie algemene conclusies te trekken over de reikwijdte en toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb. Het enkele feit dat de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden niet expliciet aan de orde was in een uitspraak, betekent nog niet dat de mogelijke toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb niet is onderzocht door de Afdeling bestuursrechtspraak. Verder speelt bij het bepalen van de omvang van het geschil ook het onderzoek ter zitting een rol. Hetgeen daar is gevraagd of geconstateerd, wordt niet altijd weergegeven in de uitspraak.³² Verder is een moeilijkheid bij het analyseren van de jurisprudentie dat de overwegingen over de betekenis van het aanvullen van de rechtsgronden en de overwegingen omtrent de grenzen van de rechtsstrijd (omvang van het geschil), door elkaar lopen.³³ Daarbij wordt meestal niet duidelijk aangegeven hoe art. 8:69, tweede lid, van

29 Het gaat dan om jurisprudentie waarin hetzij het artikel zelf, hetzij de woorden uit de betreffende bepaling terugkomen. Zie onder meer ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:807, r.o. 6.4; ABRvS 30 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8918, r.o. 2.3.2; ABRvS 14 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA0671, r.o. 2.4 en ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3667, r.o. 2.2. Een deel van deze uitspraken is verwerkt in deze paragraaf. Wanneer men overigens zoekt op 'artikel 8:69, tweede lid, van de Awb' levert dit van de 49 treffers, 22 treffers op die betrekking hebben op vreemdelingenzaken. Juist in die zaken lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak dus de behoefte te hebben om expliciet aan te geven dat zij toepassing heeft gegeven aan art. 8:69, tweede lid, van de Awb.

30 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4052, r.o. 18 en 18.1.

31 Zie F.A.M. Stroink en R.J.G.M. Widdershoven, 'Hoger beroep in het bestuursrecht. Deel II, De rol van partijen bij de omvang van het geding en ambtshalve toetsing', *JBplus* 2002, p. 34. Zie tevens: Brugman 2010 en Crommelin 2007.

32 Een uitzondering betreft ABRvS 21 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9015, r.o. 2.5.

33 Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM6444, r.o. 2.1.1; ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0747, r.o. 2.4.2; ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9765, r.o. 2.7; ABRvS 23 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD8338, r.o. 2.7; ABRvS 9 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD6760, r.o. 2.4.1; ABRvS 5 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY0358, r.o. 2.9.1; ABRvS 21 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9347, r.o. 2.2.3; ABRvS 31 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6020, r.o. 2.9 en ABRvS 28 januari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA4833, r.o. 2.2.

de Awb in het concrete geval is toegepast.³⁴ Zo is art. 8:69, tweede lid, van de Awb nogal eens een beroepsgrond van een appellant in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Aangevoerd wordt dan dat de rechtbank (in eerste aanleg) ten onrechte de rechtsgronden niet heeft aangevuld.³⁵ Zo ook komt het voor dat de Afdeling bestuursrechtspraak art. 8:69, tweede lid, van de Awb als voorvraag neerzet, alvorens zij tot een inhoudelijke bespreking van de beroepsgronden overgaat.³⁶ Hierna volgen – ter illustratie – een aantal voorbeelden van de wijze waarop de Afdeling bestuursrechtspraak ambtshalve de rechtsgronden heeft aangevuld in omgevingsrechtelijke jurisprudentie.

4.3. 'De Afdeling begrijpt het betoog aldus'; impliciete toepassing art. 8:69, tweede lid, van de Awb

In de jurisprudentie kunnen voorbeelden worden gevonden van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak deels de beroepsgronden nader lijkt te duiden, maar ook deels de rechtsgronden aanvult. In het eerste geval legt de Afdeling bestuursrechtspraak het betoog van een appellant dan zo uit, dat zij er een oordeel over kan vellen.³⁷ Zij plakt er dan tegelijkertijd een 'juridisch etiket' op. Dit zijn ons inziens voorbeelden van gevallen waarin een impliciete aanvulling – dus zonder expliciete referentie aan art. 8:69, tweede lid – van rechtsgronden aan de orde is. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 september 2015 inzake bestemmingsplan 'Bedrijvenpark Lingewaard', waarin de volgende passage voorkomt:

*'De Afdeling begrijpt het betoog aldus, dat [appellante] en anderen in het bijzonder doelen op artikel 11 van de Ffw. Ingevolge die bepaling is het verboden nesten, hopen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.'*³⁸

34 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7748, r.o. 2.1 en ABRvS 8 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7117, r.o. 2.3.

35 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1795, r.o. 6 en ABRvS 21 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6725, r.o. 2.1 en 2.2.

36 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ6634, AB 2004/380, m.nt. Nijmeijer en ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0947, r.o. 2.5 en 2.5.1.

37 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2938, r.o. 21.5; ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3209, r.o. 7.1 en ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:396, r.o. 6 en 6.1.

38 Zie ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2968, r.o. 18 t/m 18.2. Zie in vergelijkbare zin ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1398, r.o. 6.1.

De meeste gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de zinsnede 'begrijpt het betoog aldus' hanteert, zijn ons inziens uit te leggen als een nadere duiding van de beroepsgronden. De rechtsgrond is dan aangevoerd door de appellant, maar de bestuursrechter herdefinieert als het ware de beroepsgrond zo dat zijn juridisch oordeel daarover daar beter op aansluit.

4.4. Voorbeelden expliciete toepassing art. 8:69, tweede lid, van de Awb in de jurisprudentie

In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin een expliciete ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden aan de orde was, heeft zij een aantal keren de rechtsgronden ambtshalve aangevuld, omdat de beroepsgronden een kennelijke verschrijving bevatten.³⁹ Verder vatte de Afdeling bestuursrechtspraak een betoog dat een bepaald besluit niet binnen een redelijke termijn tot stand is gekomen op als een betoog dat de redelijke termijn als genoemd in art. 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is geschonden.⁴⁰ Ook komt het voor dat de rechter, indien de toepassing van een bestemmingsplanvoorschrift aan de orde is (gelet op art. 8:69, tweede lid, van de Awb), onderzoekt of dat voorschrift op het voorgelegde geval van toepassing is.⁴¹

Overigens is er in het verleden een discussie geweest in hoeverre de bestuursrechter ambtshalve dient te toetsen aan het bestemmingsplan, dan wel ambtshalve de rechtsgronden daaromtrent aan dient te vullen, ook al is de beroepsgrond 'strijd met het bestemmingsplan' niet aangevoerd, mede in relatie tot de in art. 8:69, derde lid, van de Awb opgenomen bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van feiten. Er bestaat (een 'witte raaf' daargelaten) ingevolge deze jurisprudentie in ieder geval geen verplichting tot ambtshalve *toetsing* aan het bestemmingsplan. Onder omstandigheden ziet de Afdeling bestuursrechtspraak wel ruimte voor het *aanvullen* van de rechtsgronden.⁴²

39 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3434, r.o. 2.6; ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:248, r.o. 7.3 en ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3929, r.o. 6.

40 Zie ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3269, r.o. 2.5; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, r.o. 2.4.2; ABRvS 1 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1126, r.o. 2.7 (in vergelijkbare zin: ABRvS 1 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1123); ABRvS 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3121, r.o. 2.6.1 en ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7097, r.o. 2.5.

41 Zie ABRvS 1 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV2966, r.o. 2.5 en ABRvS 8 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV1280, r.o. 2.4. Of het voorschrift rechtsgeldig is, zie: ABRvS 26 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7634, AB 2009/3, m.nt. De Waard.

42 Zie onder andere: ABRvS 14 januari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO1625, AB 2004/239, m.nt. Nijmeijer; ABRvS 1 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL3322, AB 2004/50, m.nt. Nijmeijer; ABRvS 21 mei 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF8990, AB 2003/324, m.nt.

Gewezen kan nog worden op een uitspraak waarin de Afdeling bestuursrechtspraak het terecht achtte dat een rechtbank de beroepsgrond inhoudende dat realisering van de van het bouwplan deel uitmakende windturbine met een ashoogte van 60 meter tot visuele hinder, horizonvervuiling en aantasting van het karakteristieke landschap leidt, aanmerkte als een grond die betrekking heeft op welstand.⁴³ Tot slot betreft een laatste voorbeeld het betoog van een appelland dat het college handhavend diende op te treden wegens het achterwege blijven van noodzakelijk onderhoud aan een woning. Deze beroepsgrond beoordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak aan de hand van de vraag of het college aanleiding had moeten zien handhavend op te treden wegens strijd met art. 1a, eerste lid, onderscheidenlijk 1b, tweede lid, van de Woningwet.⁴⁴

5. GEEN TOEPASSING IN DE JURISPRUDENTIE, WAAR DAT WEL HAD GEKUND (OF GEMOETEN?)

In de vorige paragraaf zijn voorbeelden gegeven van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak (expliciet of impliciet) ambtshalve de rechtsgronden heeft aangevuld in een concrete zaak. Geconstateerd werd dat een expliciete toepassing in de jurisprudentie weinig *lijkt* voor te komen. Dit roept tegelijkertijd de vraag op welke voorbeelden er in de jurisprudentie zijn te geven van gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak over kon gaan (of misschien wel: moest gaan) tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, maar dit achterwege heeft gelaten. In paragraaf 5.1 en 5.2 bespreken wij een tweetal zaken. In de eerste zaak was aangevoerd dat geen MER was opgesteld, in de tweede zaak was aangevoerd dat geen m.e.r.-beoordeling was uitgevoerd. In de eerste zaak is de Afdeling niet overgaan tot een ambtshalve aanvulling, in de tweede wel.⁴⁵

5.1. Voorbeeld 1: uitspraak inzake het wijzigingsplan 'locatie X te Gassel'

De Afdeling bestuursrechtspraak constateert dat voor het wijzigingsplan 'locatie X te Gassel'⁴⁶ terecht een passende beoordeling in de zin van de

Nijmeijer en ABRvS 8 augustus 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2287, AB 1996/481, m.nt. Van Buuren.

43 Zie ABRvS 12 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5646, r.o. 2.6.

44 Zie ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3844, r.o. 2.2.1 en 2.3.

45 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:987; ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2457; ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4531 en ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *M en R* 2016/5, m.nt. Kevelam en Soppe.

46 Zie ABRvS 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8776, r.o. 2.16 en 2.16.1. Op deze uitspraak wezen Nijmeijer en Soppe ook al. Zie A.G.A. Nijmeijer en M.A.A. Soppe,

Natuurbeschermingswet 1998 is gemaakt. In haar overwegingen ter zake van de beroepsgrond van appellanten dat ten onrechte geen MER is opgesteld, geeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat deze beroepsgrond louter is onderbouwd met een verwijzing naar het lijstenstelsel van de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage 1994 (Besluit m.e.r.). Vervolgens gaat de Afdeling bestuursrechtspraak ook inhoudelijk enkel in op het lijstenstelsel (en het in dat verband relevante arrest van het Hof van Justitie van 15 oktober 2009).⁴⁷ Het is echter verdedigbaar dat de Afdeling bestuursrechtspraak, gegeven het feit dat er voor het plan terecht een passende beoordeling is gemaakt, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend tevens had getoetst aan art. 7.2a, eerste lid, van de Wet milieubeheer. Voor een op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling verplicht vast te stellen plan waarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt, dient op grond van laatstgenoemde bepaling immers een plan-MER te worden vervaardigd. De beroepsgrond dat er ten onrechte geen MER is opgesteld, wordt weliswaar 'juridisch' door appellanten onderbouwd aan de hand van de rechtsgrond inzake het lijstenstelsel van de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit m.e.r., maar de Afdeling bestuursrechtspraak dient juist als bestuursrechter 'het recht te kennen' en het objectieve recht toe te passen en had ambtshalve de rechtsgronden kunnen (lees: moeten) aanvullen met de grond dat er ten onrechte geen planMER was gemaakt in strijd met art. 7.2a, eerste lid, van de Wet milieubeheer.

5.2. Voorbeeld 2: uitspraak inzake milieuvergunning bouw- en sloopbedrijf LEEK

In de vorige uitspraak is de Afdeling bestuursrechtspraak niet overgegaan tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. In onderstaande zaak gaat de Afdeling wel over tot een aanvulling van de rechtsgrond, waardoor de beroepsgrond dat er ten onrechte geen MER is opgesteld danwel geen m.e.r.-beoordeling is gemaakt dankzij de aanvulling wel doel trof. De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat in bijlage II, onder 11e, bij de EEG-richtlijn milieu-effectbeoordeling de opslag van schroot is aangemerkt als project waarvoor een m.e.r.-beoordeling moet worden gemaakt. Deze verplichting is echter niet in het Besluit m.e.r., zoals dat luidde vóór 1 april 2011, geïmplementeerd. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie,⁴⁸ volgt dat art. 2.1, eerste lid, in samenhang met art. 4, tweede lid, van de EEG-richtlijn milieu-effect-

'Alles draait om de eenvoud. De Omgevingswet tussen Haagse bluf en fata morgana?' in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 438 (hierna: Nijmeijer en Soppe 2011).

⁴⁷ Zie HvJEU 15 oktober 2009, C-255/08, ECLI:EU:C:2009:630.

⁴⁸ Bijvoorbeeld het arrest van 7 januari 2004, C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12 (Wells) en het arrest van 21 maart 2013, C-244/12, ECLI:EU:C:2013:203 (Salzburger Flughafen).

beoordeling rechtstreekse werking heeft; 'De rechtsgronden aanvullend, vat de Afdeling het betoog [...] zo op, dat zij een beroep op deze bepalingen doet.' In de uitspraak spreekt de Afdeling wel over het aanvullen van rechtsgronden, maar verwijst zij niet naar het toepasselijke Awb-artikel.

In de betreffende zaak was een vergunning voor onder meer de opslag van schroot aangevraagd. Het college had volgens de Afdeling bestuursrechtspraak derhalve op grond van de EEG-richtlijn milieu-effectbeoordeling moeten beoordelen of vanwege deze activiteit een milieueffectrapport moest worden opgesteld. Nu het die beoordeling niet heeft verricht, maar in het bestreden besluit heeft volstaan met verwijzing naar het Besluit m.e.r., is het bestreden besluit volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in zoverre in strijd met art. 3:2 van de Awb niet zorgvuldig voorbereid en in strijd met art. 3:46 van de Awb niet deugdelijk gemotiveerd, waardoor de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in onderhavige zaak leidde tot een vernietiging van het bestreden besluit.⁴⁹

Waarom de Afdeling bestuursrechtspraak zich – los van het feit dat iedere zaak uiteraard zijn eigen context kent en daarbinnen in beginsel dient te worden beoordeeld – in het algemeen in het ene geval 'actiever' opstelt als het gaat om het aanvullen van rechtsgronden, ter zake van een beroepsgrond die min of meer op dezelfde wijze is geformuleerd, is ons niet duidelijk. In onze conclusie willen wij wel een enkele gedachte daarover prijsgeven.

6. NAAR EEN RUIMHARTIGE EN MEER CONSISTENTE TOEPASSING VAN ART. 8:69, TWEDE LID, VAN DE AWB, IN HET OMGEVINGSRECHT?

Wat opvalt, is dat de Afdeling bestuursrechtspraak – uitzonderingen daargelaten – heden ten dage strikt toetst op de aangevoerde beroepsgronden. Een expliciete toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb, lijkt relatief weinig voor te komen. Waarom de Afdeling in de zaak Gassel niet overgaat tot aanvulling van de rechtsgronden en in de zaak Leek wel, is wellicht niet terug te voeren tot onwil of willekeur. Meer aannemelijk is dat de rechter wel geacht wordt het recht te kennen, maar dat niet altijd kent. Een rechter is toch ook vooral afhankelijk van hetgeen door appellanten wordt aangevoerd en hoe dat is verwoord;⁵⁰ het helpt als hij kan zien dat de appellant met zijn beroepsgrond

⁴⁹ Zie ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:854, r.o. 11 t/m 12.2.

⁵⁰ In de uitspraak van de ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *M en R* 2016/5, m.nt. Kevelam en Soppe, lijkt het of de Afdeling niet op het spoor van andere arresten wordt gezegd door het nadrukkelijk naar voren gebrachte Wells-arrest en volstaat met de overweging het betoog niet slaagt dat gezien de zaak Wells, een besluit tot instemming met een winningsplan moet worden beschouwd als een nieuwe

'warm' is of dat hij door de ingebrachte beroepsgrond op het spoor wordt gezet om de beroepsgrond als (nieuwe) rechtsgrond te kunnen formuleren.

6.1. Omvang van het geschil (2)

Voor een ruimhartige (expliciete) en meer consistente toepassing is ten eerste de omvang van het geschil van belang. Een appellant doet er in beginsel verstandig aan om zijn gronden enerzijds niet te specifiek te formuleren; laat het maar aan een rechter over om de argumenten van een juridisch jasje te voorzien. Door een te beperkte formulering van de gronden kan de omvang van het geschil wel beperkt worden. Anderzijds moeten gronden ook weer niet te ruim worden geformuleerd, omdat de kans dan aanwezig is dat de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat de gronden te weinig concreet en onvoldoende bepaald zijn. Naar onze mening moet de omvang van het geschil – de grenzen van de rechtsstrijd – niet snel te beperkt worden opgevat en speelt de rechter daarbij een actieve rol. Daarbij zou wat ons betreft het feit dat een appellant rechtsbijstand geniet betekenis mogen hebben. Een rechtsbijstandverlener behoort immers op de hoogte te zijn van het feit dat de omvang van het geschil bepalend is voor de grenzen van de rechtsstrijd. Waar de grenzen precies zouden moeten liggen is in het algemeen lastig aan te geven. In de literatuur is betoogd dat, indien een appellant opkomt tegen het vaststellingsbesluit van een bestemmingsplan, alle rechtsgronden die kunnen leiden tot een vernietiging van het vaststellingsbesluit aansluiten op de grondslag van het geschil.⁵¹ De jurisprudentie leert evenwel dat deze opvatting in veel gevallen getuigt van een te ruime grondslag.⁵² De taak van de rechter om rechtsbescherming te bieden is dus ingevolge de jurisprudentie beperkter; appellant moet zelf de argumenten aandragen waarom hij het niet eens is met het besluit. Bij zijn argumentatie behoeft appellant in theorie geen rechtsgronden te vermelden, want de bestuursrechter vult de rechtsgronden ambtshalve aan, althans dat zegt art. 8:69, tweede lid, van de Awb.

vergunning voor het project gaswinning in de zin van de m.e.r.-richtlijn, en daarom ten onrechte niet in de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage is opgenomen als m.e.r.-plichtig besluit. Zie de noot voor de vraag of een beroep op andere arresten wel had kunnen slagen.

51 Van deze ruime opvatting gaat De Bock uit. Zij stelt dat *'het in veel gevallen de belanghebbende (slechts) gaat om vernietiging van het besluit. Dat is het eigenlijke geschil dat beslecht moet worden. De reden waarom het besluit vernietigd wordt, is dan voor betrokkene van ondergeschikt belang'*. Zie R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: AAL 2004, p. 55.

52 Zie bijvoorbeeld een al wat oudere uitspraak: ABRvS 4 november 1996, JB 1997/5.

6.2. Waarom een actievere invulling van de plicht tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden?

Er is reeds geconstateerd dat art. 8:69, tweede lid, van de Awb weliswaar imperatief is geformuleerd, maar dat de wijze waarop precies invulling moet worden gegeven aan de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden niet door de wetgever is toegelicht in de wetsgeschiedenis. De uiterste grenzen zijn meestal wel duidelijk. Binnen die grenzen bestaat echter ruimte voor de bestuursrechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Ondanks deze geboden ruimte voor toepassing van art. 8:69, tweede lid, Awb lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak de (expliciete) ambtshalve aanvulling van rechtsgronden terughoudend toe te passen in haar omgevingsrechtelijke jurisprudentie. Zij vult niet vaak de rechtsgronden aan, terwijl het belang hiervan groot kan zijn.⁵³ Appellanten kunnen immers feitelijke en/of juridische betogen naar voren brengen, maar niet *die* rechtsgronden aanvoeren die kunnen leiden tot een vernietiging van het besluit. Dit kan met name in het bestuursrecht klemmen, nu er binnen het bestuursrecht geen verplichte procesvertegenwoordiging bestaat. Rechtzoekenden die zonder rechtsbijstand procederen kunnen vaak wel motiveren waarom ze het niet eens zijn met een bepaald besluit, maar zij kunnen niet (altijd) motiveren op welke gronden het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen.⁵⁴ Bovendien neemt in de verhouding tussen bestuursorgaan-burger het bestuur meestal een machtiger positie in. Dit komt niet alleen omdat het bestuursorgaan op veel terreinen eenzijdig de rechtspositie van burgers kan vaststellen, maar ook omdat het bestuursorgaan procesueel een voorsprong heeft. Het bestuur heeft veel ervaring met het voeren van juridische procedures en kan vaak ook meer middelen inzetten dan burgers om voor hun rechten op te komen.⁵⁵

De ambtshalve aanvulling van rechtsgronden kan zo bezien ook als een vorm van 'ongelijkheidscompensatie' dienen ter nadere invulling van de individuele rechtsbeschermingsfunctie van de rechter.⁵⁶ Een in de toekomst actievere invulling van de plicht tot ambtshalve aanvulling is derhalve een van de mogelijkheden waarmee de bestuursrechter – zij het binnen zekere grenzen – enig tegenwicht kan (lees: moet) bieden aan de beschreven ontwikkelingen die de positie van de burger wat betreft rechtsbescherming verzwakken.

53 Nijmeijer en Soppe wijzen hier ook op. Zie Nijmeijer en Soppe 2011.

54 Dit geval kan zich overigens ook voordoen indien wel met rechtsbijstand wordt geprocedeerd.

55 Zie E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht*. Tweede Tranche, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 172 (hierna: Daalder e.a. 1994).

56 Zie ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001. Hoger Beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 40, 44 en 82. Zie anders: Crommelin 2007, p. 340.

Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat (een actievere invulling van) de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden op zich losstaat van de in paragraaf 1.3 en 1.4 genoemde ontwikkelingen. Maar anderzijds benadrukken die ontwikkelingen wel de noodzaak van een actievere opstelling van de bestuursrechter. Immers in het 'toekomstige' omgevingsrecht worden naar verwachting steeds meer activiteiten die ingrijpen in de fysieke leefomgeving aan rechtsbescherming onttrokken en ziet de wetgever voor tal van besluiten een (meer) marginale toetsing door de rechter weggelegd.

6.3. Wanneer en op welke wijze invulling geven aan ambtshalve aanvulling van rechtsgronden?

Wanneer en op welke wijze zou de Afdeling bestuursrechtspraak dan invulling moeten geven aan de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (met inachtneming van de grenzen zoals die zijn geschetst in paragraaf 2)? Dit is lastig in zijn algemeenheid aan te geven. De wetsgeschiedenis zegt daar niks over. Zoals hiervoor reeds aangegeven, kan een ruime of juist strikte interpretatie van de beroepsgronden door de Afdeling bestuursrechtspraak de omvang van het geschil bepalen. Wij pleitten reeds voor een ruime(re) interpretatie van de beroepsgronden. Dan resteert de vraag nog of er aandachtspunten te formuleren zijn bij de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden.

Een belangrijke grens wat betreft de vraag wanneer de rechtsgronden ambtshalve worden aangevuld en op welke wijze, lijkt in de praktijk bij het praktische en uitvoerbare te liggen. Is het bijvoorbeeld reëel om van de Afdeling bestuursrechtspraak te verwachten dat wanneer in (hoger) beroep tegen een omgevingsvergunning voor bouwen wordt aangevoerd dat de rechtbank in eerste aanleg ten onrechte niet heeft getoetst of het bouwplan in 'strijd met het bestemmingsplan' is, zij, zonder nadere specificatie, het gehele bouwplan aan het gehele bestemmingsplan toetst om te achterhalen waar zich een mogelijke strijdigheid met het bestemmingsplan voordoet? Strekt de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden zich ook uit tot een onderzoek naar de geldigheid en verbindendheid van de op het geding toepasselijke regels?⁵⁷ Strikt genomen wel, omdat de rechter dit binnen de omvang van het geding moet doen, het betreft immers de vaststelling van het relevante objectieve recht.⁵⁸ In de jurisprudentie – zie paragraaf 4.4 – zijn ook gevallen te vinden waarin de Afdeling bestuursrechtspraak zo te werk gaat. Het is ons inziens echter een illusie om

57 Denk aan bekendmakingsvereisten, overgangsrechtelijke perikelen en een eventuele exceptieve toetsing inhoudende dat de geldigheid van een voorschrift wordt getoetst over de boeg van een voor beroep vatbaar besluit omdat de geldigheid van het op dat voorschrift gebaseerde besluit daarvan afhangt.

58 Zie ook Brugman 2010, p. 65.

te verwachten dat de bestuursrechter oog kan hebben voor alle mogelijke (inclusief Europeesrechtelijke) gebreken aan een besluit.⁵⁹ Daarbij is het ook goed om te realiseren – zoals hiervoor al opgemerkt over de fictie van het *curia ius novit* – dat de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de praktijk beperkt zal zijn tot hetgeen qua kennis en ervaring aanwezig is bij de bestuursrechter.⁶⁰ Als dat zo is, kan de conclusie zijn dat als in vergelijkbare gevallen in de ene zaak wel en in de andere zaak niet overgegaan wordt tot aanvulling van de rechtsgronden, rechterswerk gewoon mensenwerk blijft.

Wel lijkt het ons inziens mogelijk dat als de Afdeling bestuursrechtspraak overgaat tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, zij dit ook expliciet aangeeft in haar overwegingen. Ditzelfde geldt indien de Afdeling bestuursrechtspraak een ambtshalve aanvulling heeft overwogen, maar er uiteindelijk niet toe is overgegaan. Op die manier wordt het inzichtelijker wanneer en onder welke omstandigheden de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding ziet om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Dit vraagt wellicht om een andere procesattitude. Zo zou aan de 'checklist' van de rechter in dat geval als 'check' kunnen worden toegevoegd dat in iedere afzonderlijke zaak moet worden onderzocht of en hoeverre de rechtsgronden ambtshalve kunnen worden aangevuld en wat hiervan de bevindingen zijn. Deze bevindingen kunnen dan 'intern' worden gehouden, of worden gedeeld. In ieder geval dienen deze bevindingen ons inziens te worden 'gedeeld' (opgenomen in de rechtsoverwegingen) als het gaat om de gevallen waarin een aanvulling van de rechtsgronden zeer voor de hand ligt.

Graag willen we benadrukken dat het een illusie is om te verwachten dat de rechter oog heeft voor alle (inclusief Europeesrechtelijke) mogelijke gebreken aan een besluit. Tegelijkertijd illustreren de voorbeelden die wij gaven in de paragrafen 5.1 en 5.2 ons inziens dat er gevallen zijn waarbij ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden zeer voor de hand zou liggen. In de zaak Gassel komt de Afdeling bestuursrechtspraak uiteindelijk tot de conclusie dat betreffende betoog niet kan slagen aan de hand van een enge interpretatie van de beroepsgrond. Bij dit oordeel betreft zij dan enkel de aangevoerde rechtsgrond en passeert zij bestaande wettelijke kaders en/of vaste jurisprudentie op grond waarvan het beroep wel zou kunnen slagen. In dit voorbeeld ging het om het verschil tussen de wettelijke grondslagen

59 Zo gaat de Afdeling niet zelfstandig na (ambtshalve de rechtsgronden aanvullend) of een richtlijnbeveling al dan niet correct is omgezet in het nationale recht. Een appellant die zich beroept op een m.e.r.-richtlijnbeveling (of een andere richtlijnbeveling) zal gemotiveerd moeten uiteenzetten waarom die beveling niet correct in het Nederlandse wet- en regelgeving is omgezet, zie ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:517, *M en R* 2014/80, nr. 5, m.nt. Soppe en de in punt 4 van de annotatie genoemde jurisprudentie.

60 Zie in dezelfde zin Brugman 2010, p. 66.

op grond waarvan een plan-m.e.r.-plicht bestaat. De appellant beriep zich op één van die wettelijke grondslagen, aan de hand waarvan de Afdeling bestuursrechtspraak uiteindelijk tot de conclusie komt dat er geen plan-m.e.r.-plicht bestaat. De Afdeling bestuursrechtspraak had in dat geval ons inziens – ambtshalve de rechtsgronden aanvullend – de tweede wettelijke grondslag bij haar oordeel moeten betrekken. In de uitspraak Leek vulde zij wel ambtshalve de rechtsgronden aan, waardoor de op zich dezelfde beroepsgrond 'er is ten onrechte geen MER opgesteld', dan wel 'er is ten onrechte geen m.e.r.-beoordeling uitgevoerd' in die zaak wel doel trof.

7. CONCLUSIES

In deze bijdrage staat de wettelijke plicht voor de bestuursrechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, opgenomen in art. 8:69, tweede lid, van de Awb, centraal. Aan de hand van de wet en de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie hebben wij – verkennenderwijs – onderzocht hoe art. 8:69, tweede lid, van de Awb wordt toegepast in het omgevingsrecht en in hoeverre de Afdeling bestuursrechtspraak invulling geeft aan de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Is het mogelijk om aandachtspunten te formuleren voor een actievere en meer consistente toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb in de omgevingsrechtelijke jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak?

7.1. Meer algemene conclusies

Een expliciete ambtshalve aanvulling van rechtsgronden lijkt relatief weinig voor te komen in omgevingsrechtelijke jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het is echter moeilijk om na een analyse van de zeer casuïstische jurisprudentie waarin de expliciete of impliciete aanvulling van rechtsgronden aan de orde was, algemene conclusies te trekken over de reikwijdte en toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb in het omgevingsrecht. Tegelijkertijd kunnen ons inziens wel voorbeelden worden gegeven van uitspraken waarin de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden voor de hand had gelegen. Omdat het lastig is om na de hiervoor genoemde analyse algemene conclusies te trekken over de reikwijdte van toepassing van art. 8:69, tweede lid, van de Awb, is het ook lastig om aandachtspunten te formuleren voor een meer consistente en ruimhartige ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de omgevingsrechtelijke jurisprudentie. Wij hebben in deze bijdrage toch een poging gewaagd.

Het zou ons inziens aan te bevelen zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak, indien zij overgaat tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden, dit ook expliciet aangeeft in haar overwegingen. Daarbij dienen beroepsgronden

niet snel te strikt te worden geïnterpreteerd. Bovendien zou het wenselijk zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak, indien zij niet overgaat tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, haar overwegingen hiervoor kenbaar maakt in haar rechtsoverwegingen. Een eenduidige en actieve invulling van de plicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden – met als uitgangspunt de gevallen waarin een ambtshalve aanvulling zeer voor de hand ligt – kan dienen als een vorm van ‘ongelijkheidscompensatie’ voor burgers om (enig) tegenwicht te bieden aan de ontwikkelingen die de positie van de burger qua rechtsbescherming verzwakken. Tevens leidt deze wijze van invulling tot meer rechtseenheid en draagt dit bij aan de rechtsontwikkeling.

7.2. Conclusie over de uitspraak van 21 februari 2007

Tot slot willen we nog aandacht vragen voor de uitspraak van 21 februari 2007, die wij reeds in paragraaf 4.2 hebben genoemd. In hoger beroep was aangevoerd dat de rechtbank in strijd met art. 8:69, tweede lid, en de goede procesorde had gehandeld door in de aangevallen uitspraak de Vogelrichtlijn in te roepen zonder dat daar in de stukken naar werd verwezen of ter zitting aan de orde was geweest. De Afdeling bestuursrechtspraak:

‘Gelet op het door de Faunabescherming in beroep bij de rechtbank aangevoerde belang van bescherming van de bestaande populatie op de Sallandse Heuvelrug, is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank met aanvulling van de rechtsgronden als bedoeld in art. 8:69, tweede lid, van de Awb, de Vogelrichtlijn terecht heeft betrokken in haar overwegingen. Blijkens de stukken en het proces-verbaal ter zitting in beroep zijn de artikelen 5 en 9 van de Vogelrichtlijn echter in de procedure voor de rechtbank niet aan de orde gesteld. De rechtbank heeft geen vragen gesteld over de implementatie van deze bepalingen in de Ffw en de mogelijke rechtstreekse werking van deze bepalingen. Partijen hebben daardoor niet hun standpunten hieromtrent kunnen geven. Door deze wijze van handelen heeft de rechtbank gehandeld in strijd met het verdedigingsbeginsel, een beginsel van een behoorlijke rechtspleging.’

Met enige aarzeling willen we toch een enkele conclusie trekken naar aanleiding van deze uitspraak. Onze aarzeling komt voort uit het feit dat voor zover wij weten alleen deze uitspraak ingaat op het expliciet aanvullen van rechtsgronden in relatie tot het verdedigingsbeginsel. Wij hebben niet onderzocht of vaker in hoger beroep is aangevoerd dat de door de rechtbank aangevulde rechtsgronden niet in stukken of ter zitting aan de orde zijn geweest. Toch kunnen we niet om de uitspraak heen omdat de uitspraak toch een grens geeft over de mogelijkheden voor de bestuursrechter om de rechtsgronden aan te vullen en wellicht aanleiding is om in sommige gevallen niet expliciet te verwijzen naar het Awb-artikel.

Met referte aan onze aarzeling om conclusies te trekken op basis van één uitspraak is dan toch onze conclusie van deze ene uitspraak dat als een bestuursrechter de rechtsgronden aanvult, hij dat voor de sluiting van het onderzoek – dus in ieder geval tijdens de zitting – kenbaar moet maken aan ieder geval het bestuursorgaan dat het besluit dat bij hem voorligt, heeft vastgesteld.

Als de Afdeling bestuursrechtspraak vanwege de schending van het verdedigingsbeginsel een uitspraak van de rechtbank vernietigt, betekent dat dat zij – als rechter in eerste en enige aanleg – ook vindt dat zij partijen ook gelegenheid moeten bieden om te reageren op een aanvullende rechtsgrond. Dit is vooral relevant voor het bestuursorgaan. Immers, de appellant zal het allang best vinden als hij door de rechter geholpen wordt in zijn strijd tegen het voorliggende besluit.

De uitspraak stelt wel eisen aan de voorbereiding van de zitting. Uiterlijk ter zitting zal duidelijk moeten zijn of de rechter de rechtsgronden wil aanvullen. Immers de uitspraak maakt het niet mogelijk dat eerst na sluiting van het onderzoek, bijvoorbeeld bij het schrijven van de uitspraak, een aanvullende rechtsgrond wordt opgevoerd.

Wellicht is dat de reden dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar overwegingen schrijft hoe zij een beroepsgrond begrijpt. Of een rechtsgrond moet worden aangevuld hangt af van hoe de beroepsgrond is geformuleerd.⁶¹ In paragraaf 5 was in beide gevallen sprake van een (te) eng geformuleerde beroepsgrond. Als in die zaken was aangevoerd dat 'in strijd met de m.e.r.-regelgeving ten onrechte geen MER was opgesteld of geen m.e.r.-beoordeling was verricht', was er geen expliciete of impliciete aanvulling van rechtsgronden nodig. Met een zodanig geformuleerde beroepsgrond was de bestuursrechter sowieso geheel vrij geweest om artikel 7.2a, eerste lid, van de Wet milieubeheer (paragraaf 5.1) of de m.e.r.-richtlijn (paragraaf 5.2) te betrekken bij zijn oordeel over die beroepsgrond. Het is en blijft lastig om een heldere scheidslijn te trekken tussen een aanvullende rechtsgrond en een interpretatie van een beroepsgrond.

Wellicht – we mogen dat natuurlijk niet zeggen – kiest een bestuursrechter voor een niet expliciete verwijzing naar artikel 8:69, tweede lid, van de Awb als hij na sluiting van de zitting en bij uitwerking van de uitspraak er achter komt dat de ingediende beroepsgrond wat bijgeschaafd, aangevuld of geherdefinieerd had moeten worden om tot een passend juridisch oordeel te kunnen komen.

⁶¹ Kooper in zijn eerder genoemde artikel in *JBplus* vindt de term 'aanvullend' enigszins vreemd, hij vindt dat daaronder ook correctie kan worden begrepen.