

4. Het gedeeltelijk einde van de grondentrecht: goed nieuws, maar het kan nog beter

Mr. dr. B.J. van de Griend

In twee uitspraken van 9 februari 2022 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State nieuwe uitgangspunten geformuleerd voor de zogeheten grondentrecht tussen het beroep in eerste aanleg en het hoger beroep. Deze grondentrecht houdt kort gezegd in dat in hoger beroep aangedragen beroepsgronden die nieuw zijn ten opzichte van wat betrokkene in het beroep in eerste aanleg had aangevoerd, in beginsel niet worden toegelaten en dus buiten beschouwing blijven. De Afdeling neemt nu afscheid van de grondentrecht, behalve in het omgevingsrecht.¹

Inleiding

In de eerste uitspraak heeft de Afdeling toegelicht dat de andere hoogste bestuursrechters, de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, geen grondentrecht tussen beroep en hoger beroep toepassen. Ter bevordering van de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters en om redenen van rechtsbescherming ziet de Afdeling aanleiding de grondentrecht te verlaten, zij het dat zij in het omgevingsrecht een andere benadering zal volgen om recht te doen aan de positie van derden-belanghebbenden. De Afdeling kiest er dus voor om de grondentrecht alleen te hanteren binnen het omgevingsrecht en niet langer daarbuiten, ook niet in zaken over besluiten waarbij belangen van derden betrokken (kunnen) zijn, zoals bij sommige subsidiezaken, zaken over marktplaatsen, horecavergunningen, toevoegingen voor rechtsbijstand etc. Deze keuze, aldus verder de Afdeling, draagt allereerst bij aan de rechtseenheid, aangezien de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven in (financiële) geschillen waarbij de belangen van derden betrokken (kunnen) zijn, zoals uitkerings- en subsidiezaken, tussen beroep en hoger beroep geen grondentrecht toepassen. Deze keuze draagt ook bij aan de voor de rechtspraktijk gewenste duidelijkheid. Omwille van de uitvoerbaarheid en hanteer-

baarheid kiest de Afdeling dus voor een onderscheid tussen 'omgevingsrechtelijke zaken' enerzijds en alle andere zaken anderzijds.²

In de tweede uitspraak heeft de Afdeling haar keuze voor handhaving van de grondentrecht in het omgevingsrecht nader toegelicht. In zaken over omgevingsrechtelijke besluiten zijn, aldus de Afdeling, in het merendeel van de gevallen belangen van derden betrokken. Daarin verschillen omgevingsrechtelijke zaken van niet-omgevingsrechtelijke zaken, waarin in het merendeel van de gevallen sprake is van tweepartijengeschillen. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid voor die derden, zo vervolgt de Afdeling, is het van belang dat de bestuursrechter niet alleen waakt over de (proces)positie van de partij(en) die hoger beroep instelt c.q. instellen, maar ook voor de procespositie van de overige partijen waaronder die van vergunninghouders en voor belangen van derden zoals degenen die om optreden tegen een gestelde overtreding hebben gevraagd. Daar komt bij dat het in omgevingsrechtelijke zaken vaker gaat om zaken met grote maatschappelijke belangen zoals infrastructurele projecten, woningbouw en energietransitie, met korte wettelijke afdoeningstermijnen waarvoor een efficiënte rechtsgang extra van belang is. Ook

¹ Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

² ABRvS 9 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:363, «JB» 2022/46, AB 2022/102 m.n. R. Ortlep, BR 2022/30 m.n. R.S. Wertheim & J. oude Egbrink.

daarom is het nodig dat de omvang van het geding in die zaken tijdig wordt afgebakend. In zaken over het omgevingsrecht geldt daarom als uitgangspunt dat de grondentrichter tussen beroep en hoger beroep toepassing blijft vinden. Alleen indien is uitgesloten dat het toestaan van één of meer nieuwe gronden in hoger beroep leidt of kan leiden tot benadeling van derden-belanghebbenden, kan de bestuursrechter een uitzondering maken op genoemd uitgangspunt. Voor zaken die onder het procesrecht van de Crisis- en herstelwet (Chw) vallen, geldt echter dat de grondentrichter steeds wordt toegepast.^{3,4}

De trechterdoctrine(s) in historisch perspectief

Een volledige gerechtelijke procedure in het bestuursrecht bestaat meestal uit drie fasen, namelijk de bestuurlijke voorprocedure, het beroep in eerste aanleg en het hoger beroep. De twee genoemde uitspraken van de Afdeling gaan specifiek over de grondentrichter tussen

het beroep in eerste aanleg en het hoger beroep. Maar in hoeverre is het in zijn algemeenheid eigenlijk toelaatbaar dat de procederende burger in een volgende fase van de procesgang komt met zaken die nieuw zijn ten opzichte van wat hij of zij in de voorafgaande fase(n) had aangevoerd? Deze kwestie kent een lange geschiedenis.⁵ Anders dan de andere hoogste bestuursrechters, die geen traditie kennen van toepassing van trechters tussen de verschillende fasen van de procedure, nam de Afdeling in het verleden in dit opzicht beperkingen aan. Dit betrof nieuwe inhoudelijke argumenten oftewel nieuwe (beroeps)gronden, maar ook nieuw bewijs. Ook de wetgever heeft zich met de kwestie bemoeid. Een kort overzicht.

Wat betreft *beroepsgronden* was er dus tot voor kort, en is er nog steeds in beperktere mate, de grondentrichter tussen beroep en hoger beroep. Voor de overgang van de bestuurlijke voorfase naar het beroep in eerste aanleg werd en wordt een soepeler regime gehanteerd. Al in 2003 heeft de Afdeling uitgemaakt dat beroepsgronden die nieuw zijn ten opzichte van wat in de bestuurlijke voorprocedure was aangedragen als regel toelaatbaar zijn in het beroep in eerste aanleg.⁶ Dit is later vele malen herhaald.⁷ Korte tijd na de uitspraak uit 2003 heeft ook de wetgever zich hierover uitgelaten door de introductie van de zogenoemde onderdelentrichter in het kader van art. 6:13 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Sindsdien geldt dat afzonderlijke besluitonderdelen die in de bestuurlijke voorprocedure niet zijn aangevochten, in beroep (en daarmee ook in hoger beroep) niet voor het eerst ter discussie kunnen worden gesteld. Ter zake van onderdelen van

3 ABRvS 9 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:362, TBR 2022/31 m.n. H.A.J. Gierveld, «JB» 2022/45, BR 2022/29 m.n. R.S. Wertheim & J. oude Egbrink.

4 De Afdeling geeft vervolgens een niet-limitatieve opsomming van wetten waarvoor zal gelden dat zaken over daarop gebaseerde besluiten worden aangemerkt als omgevingsrechtelijke zaken. Gierveld merkt in zijn annotatie op dat veel op deze wetten gebaseerde besluiten vatbaar zijn voor beroep in eerste en enige aanleg, zodat de kwestie van de grondentrichter tussen beroep en hoger beroep in zoverre niet speelt. Vooral bij Wabo- en Wnb-vergunningen is sprake van beroep in twee instanties en alleen in die zaken kan dus de grondentrichter worden toegepast, aldus Gierveld. Dat betekent volgens hem dat de grondentrichter wordt toegepast in maar een klein gedeelte van het omgevingsrecht, dat op zijn beurt weer een klein onderdeel is van het bestuursrecht. Inmiddels heeft de Afdeling ook omgevingsrechtelijke zaken betreffende planschade uitgezonderd van toepassing van de grondentrichter, zie ABRvS 9 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:693, ABkort 2022/133, «JOM» 2022/108 en NJB 2022/699.

5 Zie voor een overzicht B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht* (diss. Utrecht), Boom juridische uitgevers, Den Haag 2007.

6 ABRvS 10 september 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AJ3385, AB 2004/4 m.n. R.J.G.M. Widdershoven.

7 Zie bijv. recent nog ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2428, onder 4.3.

het besluit die in de bestuurlijke fase al wel ter discussie zijn gesteld, kunnen in beroep evenwel nieuwe gegevens, beroepsgronden en bewijsmiddelen worden ingebracht, aldus de toelichting bij het in 2005 gewijzigde art. 6:13 van de Awb.⁸ Het besluitonderdeel heeft in het kader van deze bepaling dus dezelfde status als het besluit verkregen, overigens zonder dat dat in de tekst van de bepaling is terug te zien. Ook de andere hoogste bestuursrechters, zoals gezegd van nature niet geneigd tot toepassing van trechters, hebben uiteraard met de aldus gecreëerde onderdelentrichter te maken. In de praktijk wordt het begrip besluitonderdeel in dit verband beperkt uitgelegd.⁹ Daarmee is ook de reikwijdte van de onderdelentrichter relatief beperkt. Heeft een besluit één ondeelbaar rechtsgevolg, bijvoorbeeld de weigering of toekenning van een uitkering, dan pleegt niet van de aanwezigheid van besluitonderdelen te worden uitgegaan.¹⁰

In dit verband moet ook nog worden gewezen op de rechtspraak van de Afdeling betreffende de gevolgen van het arrest 'Varkens in Nood'.¹¹ In een uitspraak uit 2021 heeft de Afdeling overwogen dat art. 6:13 van de Awb, voor zover het gaat om besluiten die vallen onder het Verdrag van Aarhus, niet in overeenstemming is

met art. 9 lid 2 van dat verdrag en aanpassing behoeft door de wetgever. Art. 6:13 zal, zo vervolgt de Afdeling in deze uitspraak, vooralsnog niet worden tegengeworpen aan belanghebbenden in alle gevallen waarin in omgevingsrechtelijke zaken de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb is toegepast. Dat betekent dat in die zaken niet alleen het vereiste van het voorafgaand aan het beroep hebben ingediend van een zienswijze vervalt, maar dat ook de onderdelentrichter tussen de bestuurlijke voorfase en het beroep in eerste aanleg in de bedoelde zaken geen toepassing zal vinden.¹² Het is nu aan de wetgever om met een oplossing te komen.¹³

Tot zover de beroepsgronden. Wat betreft nieuw *bewijs* moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds gegevens die de burger in het kader van een door hem of haar gedane aanvraag dient aan te leveren (vergelijk art. 4:2 lid 2 van de Awb) en anderzijds bewijsmiddelen die de burger bij wijze van tegen- of tegendeelbewijs (facultatief) inbrengt ter bestrijding van de bewijsvoering die het bestuursorgaan aan zijn primaire besluit ten grondslag heeft gelegd. Van een met enige regelmaat toegepaste jurisprudentielijn die inhield dat (zelfs) het laatstbedoelde tegen- of tegendeelbewijs uiterlijk in de bezwaarfase moest worden verstrekt en anders buiten beschouwing bleef omdat het bestuursorgaan er 'geen rekening mee heeft kunnen houden', is de Afdeling al lang geleden teruggekomen.¹⁴ Dit terugkomen blijkt bijvoorbeeld uit uitspraken over de zogeheten welstandstoetsing. In 2008 overwoog de Afdeling voor het eerst dat een tegenadvies over het al of niet voldaan zijn aan de redelijke eisen van welstand ook in de

8 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 7-8.

9 Zie over het besluitonderdeel in het kader van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ABRvS 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7155, AB 2011/130 m.n. A.B. Blomberg & M.A. Grapperhaus, *TBR* 2011/63 m.n. A.G.A. Nijmeijer, «JB» 2011/91 m.n. C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels.

10 Zie over WAO- en WIA-besluiten bijv. CRvB 13 mei 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD1231, «JB» 2008/150 m.n. L.J.M. Timmermans en CRvB 30 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7053, «JB» 2009/259 m.n. A.J. Bok.

11 Hof van Justitie van de Europese Unie, 14 januari 2021, nr. C-826/18 (*Varkens in Nood*), ECLI:EU:C:2021:7, AB 2021/200, m.nt. Nijmeijer & Tolsma; «JB» 2021/28, m.nt. Schlössels & De Waele.

12 ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, AB 2021/201 m.n. A.G.A. Nijmeijer & H.D. Tolsma, «JB» 2021/87 m.n. R.J.N. Schlössels.

13 Zie www.internetconsultatie.nl/awbvarkensinnood/b1

14 Zie voor een overzicht van deze rechtspraak uit de jaren '90 en begin jaren '00 Van de Griend, 2007, p. 110 e.v.

fase van beroep nog (voor het eerst) mag worden ingebracht.¹⁵

Aanvankelijk lag dit anders in hoger beroep. De door de Afdeling toegepaste trechter tussen beroep en hoger beroep betrof in het wat verdere verleden namelijk niet alleen beroepsgronden, maar met grote regelmaat ook (facultatief ingebracht tegen)bewijs. Omdat de rechtbank daar geen rekening mee had kunnen houden, moest dit uit een oogpunt van goede procesorde buiten beschouwing blijven, zo was kort gezegd de redenering wat betreft zowel in hoger beroep nieuw aangevoerde gronden als in hoger beroep nieuw ingebracht bewijs.¹⁶ Inmiddels maakt de Afdeling in dit verband wel onderscheid tussen gronden en bewijs. Ook in hoger beroep kan nog met nieuw bewijs als reactie op de bewijsvoering door het bestuursorgaan worden gekomen, zo is uitdrukkelijk geoordeeld in een uitspraak uit 2009 betreffende eveneens een welstandsadvies.¹⁷ De Afdeling overwoog in deze uitspraak dat andersoortige adviezen dan adviezen over welstand in gevallen als deze in de beoordeling worden betrokken, en dat niet langer aanleiding wordt gezien om in dit verband over adviezen over welstand een ander oordeel te hebben. Het uitdrukkelijke omgaan door de Afdeling beperkte zich hier dus tot de welstandsadviezen. Het daarbij geschetste beeld dat ander, in hoger beroep nieuw ingebracht (tegen)bewijs altijd al werd toegelaten, behoeft daarbij wel enige nuancering. De strekking van de uitspraak is evenwel duidelijk en die is dat dit soort tegen(-deel)bewijs (thans) in iedere fase van de procedure, en dus ook in hoger beroep, nog mag worden aangedragen. Dat is ook het beeld dat al geruime tijd zichtbaar is in de Afdelings-

rechtspraak – zij het dat in hoger beroep nieuw ingebracht bewijs gezien de tot 9 februari 2022 toegepaste grondentrichter wel moest passen binnen de al in beroep aangedragen gronden.

Misschien moet worden gezegd dat er wat minder expliciete duidelijkheid is gekomen als het gaat om gegevens die vallen onder de bewijslast van de indiener van een aanvraag. In 2009 betitelde Schlössels de zogenoemde winterbewaarpri-doctrine¹⁸ in een annotatie als nog steeds actueel.¹⁹ Deze doctrine hield kort gezegd in dat gegevens die, gelet op art. 4:2 lid 2 van de Awb, vallen onder de bewijslast van de aanvrager, na de bestuurlijke voorfase niet meer kunnen worden ingebracht, tenzij het bestuursorgaan is tekortgeschoten in het begeleiden van de aanvrager in de onderbouwing van zijn of haar aanvraag. Inderdaad werd in de door Schlössels geannoteerde uitspraak de toelating van in beroep voor het eerst ingebrachte gegevens nog afhankelijk gemaakt van het al of niet moeten verstrekken van die gegevens in het kader van de aanvraag. Dat is opmerkelijk omdat de ingreep van de wetgever met betrekking tot art. 6:13 van de Awb van enkele jaren eerder nu juist beoogde te voorzien in toelating in beroep van (ook) nieuwe bewijsmiddelen. In een uitspraak uit 2017, die gaat over terugvordering van voorschotten huurtoeslag, vaart de Afdeling een andere koers en betreft zij een in hoger beroep voor het eerst verstrekte schriftelijke overeenkomst waarmee de betrokkene een onderhuurrelatie wilde aantonen, zonder omhaal van woorden in de inhoudelijke beoordeling.²⁰ Voor annotatoren Koenraad en Verbeek was deze laatste uitspraak aanleiding om de zogenoemde bewijsfuik definitief passé te verkla-

15 ABRvS 29 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0779.

16 Zie voor een jurisprudentieoverzicht Van de Griend, 2007, p. 282 e.v.

17 ABRvS 6 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2952, AB 2009/196 m.n. A.G.A. Nijmeijer en TBR 2009/142 m.n. B. Rademaker.

18 De benaming is ontleend aan ABRvS 19 augustus 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AN6111, AB 1999/403 m.n. M. Schreuder-Vlasblom.

19 ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9741, «JB» 2009/124 m.n. R.J.N. Schlössels.

20 ABRS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:999, AB 2017/222 m.n. L.M. Koenraad & J.L. Verbeek.

ren.²¹ Hoewel van een uitdrukkelijk omgaan of afstand nemen van eerdere rechtspraak in dit verband nooit sprake is geweest, lijken zij daarin gelijk te hebben gekregen. Voor zover ik weet hebben we toepassingen van de winterbewaarpri-doctrine de laatste jaren niet meer gezien bij de Afdeling.

De conclusie van dit alles kan kort zijn: de voorheen aanwezige trechters in het bestuursprocesrecht zijn al geruime tijd op hun retour. Het lijkt mij niet al te gewaagd om te stellen dat, afgezien van de door de wetgever geconstrueerde onderdelentrichter van art. 6:13 van de Awb, die gezien het arrest 'Varkens in Nood' zelfs ook al aan enige erosie onderhevig blijkt, de nu door de Afdeling deels verlaten grondentrichter tussen het beroep en hoger beroep de laatst overgebleven trichter in het bestuursprocesrecht was, en voor een klein deel dus nog is.

Het (deels) verlaten van de grondentrichter nader beschouwd

Hoe moet de stap van de Afdeling worden bezien? En wat waren ook alweer de precieze achtergronden van de grondentrichter tussen het beroep en het hoger beroep? Zoals gezegd volstond de Afdeling bij de toepassing van de (gronden)trichter tussen beroep en hoger beroep aanvankelijk met een verwijzing naar de goede procesorde.²² Later is een standaardoverweging ontwikkeld, die tot 9 februari 2022 in gebruik is gebleven in verschillende, kortere en langere, varianten. Belangrijke elementen daarin waren de omstandigheid dat het hoger beroep 'is gericht tegen de uitspraak van de rechtbank', wat volgens de Afdeling 'uit een oogpunt van een zorgvuldig en doelmatig

gebruik van rechtsmiddelen' maakte dat de betrokkene het bewuste betoog al bij de rechtbank had moeten aanvoeren. Daarbij verwees de Afdeling afwisselend naar 'de functie van het hoger beroep'²³ en 'de rechtszekerheid van de andere partijen omtrent hetgeen in geschil is'.²⁴

Het benoemen van de uitspraak van de rechtbank als voorwerp van de beoordeling en de verwijzing naar de functie van het hoger beroep hebben een principiële karakter. Het gaat om fundamentele opvattingen over het karakter van het bestuursrechtelijk hoger beroep. De Afdeling heeft in de uitspraken van 9 februari 2022 niet met zo veel woorden afstand genomen van deze argumenten als grondslag voor de trichter. De keuze om de trichter nog slechts in één deelgebied te handhaven en voor het overige te laten vervallen laat zich echter moeilijk met deze principiële grondslag verenigen. Deze keuze impliceert dat afstand nemen naar mijn idee dus wel. Het bestuursprocesrecht is ook in hoger beroep uniform. Het lijkt me dat het grotendeels stoppen met de grondentrichter niets anders kan betekenen dan dat de Afdeling de hier genoemde argumenten niet meer ziet als noodzakend tot toepassing daarvan, ook niet in het omgevingsrecht.

Op zichzelf beschouwd is dat terecht. Over het centraal stellen van de aangevallen uitspraak als voorwerp van de beoordeling in hoger beroep valt veel te zeggen.²⁵ Het lijkt mij dat het gegeven dat het hoger beroep zich, logischerwijs, richt tegen de aangevallen uitspraak, nog niet maakt dat die uitspraak daarmee als het ware in de plaats treedt van het bestreden besluit als onderwerp van het rechterlijk oordeel. Dat lijkt mij ook niet wat de wetgever heeft beoogd.²⁶ Ik

21 Ook Verburg meent dat het buiten beschouwing laten van bewijs vanwege het niet ingediend zijn daarvan in de besluitvormingsfase, zelden of nooit meer voorkomt. Zie D.A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans* (diss. Utrecht), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2019, p. 177.

22 Zie Van de Griend, 2007, p. 282 e.v.

23 Bijv. ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:251.

24 Bijv. ABRvS2september2020, ECLI:NL:RVS:2020:2092.

25 Zie uitgebreid Van de Griend, 2007, p. 248 e.v.

26 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 173: 'Het hoger beroep wordt ingeleid door een gemotiveerd beroepschrift. (...) Het is weliswaar gericht tegen de

laat dit onderwerp verder rusten, want wat hier verder ook van zij, we hebben gezien dat in het beroep in eerste aanleg, dat is gericht tegen het bestreden besluit, eigenlijk geen trechters meer aan de orde zijn.²⁷ De gedachte dat alleen datgene in de rechterlijke beoordeling zou moeten worden betrokken waarmee het bestuursorgaan bij het nemen van zijn besluit rekening heeft kunnen houden, is zoals gezegd al lang geleden verlaten. Logischerwijs brengt dan het gegeven dat het hoger beroep is gericht tegen de aangevallen uitspraak, wat verder ook precies de implicaties zijn van dat gegeven, evenmin enige noodzaak tot toepassing van trechters mee. Ook een nog niet eerder ingebracht argument kan – net als nieuw bewijs – nopen tot rechterlijke vernietiging van datgene wat ter beoordeling voorligt, zo is in het beroep in eerste aanleg al langere tijd het uitgangspunt. Zo bezien verbaast het mij eerlijk gezegd dat dit argument in het kader van het hoger beroep nog zo lang is gehandhaafd door de Afdeling.

Dan het argument van de functie van het hoger beroep. De Afdeling noemt als beweegredenen voor het grotendeels verlaten van de grondentrichter de bevordering van de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters, alsmede redenen van rechtsbescherming. Ik denk dat uit die redenen van rechtsbescherming voortvloeit dat niet meer kan worden vastgehouden aan het element van de functie van het hoger beroep als grondslag voor de trechter. Aan het hoger beroep worden in de rechtstheorie drie functies toegedicht, te weten de herkansingsfunctie, de controlefunctie en de functie van bewaking van rechtseenheid en rechtsontwikkeling.²⁸ De Afdeling hechtte voorheen altijd meer belang aan de laatste twee functies dan aan de herkan-

singsfunctie.²⁹ Het is in die context dat we de verwijzing naar de functie van het hoger beroep moeten zien. Ik denk dat dat nu, met het noemen van redenen van rechtsbescherming als aanleiding voor het gedeeltelijke afscheid van de trechter, anders is komen te liggen en dat de herkansingsfunctie bij de Afdeling, net als bij de andere hoogste bestuursrechtelijke colleges, een prominentere betekenis heeft gekregen. Dat is terecht en past in de ontwikkeling naar responsievere en meer op de burger gerichte bestuursrechtspraak. We zagen de verwijzing naar de functie van het hoger beroep de laatste tijd dan ook al minder vaak terug bij de toepassing van de grondentrichter.³⁰

Dat de Afdeling met het grotendeels verlaten van de grondentrichter de rechtseenheid tussen de hoogste bestuursrechters heeft willen bevorderen, is evenzeer positief. Rechtseenheid staat al een aantal jaren hoog in het vaandel van de vier bestuursrechtelijke hogerberoepscolleges.³¹ Dat er desondanks lange tijd op dit toch wel principiële punt sprake was van een verschil in werkwijze tussen de Afdeling en de overige colleges, was dan ook moeilijk verteerbaar. De stap die de Afdeling in dit kader zet, maakt in ieder geval formeel een einde aan dit verschil. Het omgevingsrecht is immers het exclusieve rechtsterrein van de Afdeling. Het alleen daar nog toepassen van de trechter komt dus niet in botsing met wat de andere hoogste bestuursrechters doen. Materieel is dit toch een wat ander verhaal. Zoals de Afdeling in de desbetreffende uitspraak ook bevestigt, is er nu immers sprake van een onderscheid tussen geschillen in het omgevingsrecht en andere geschillen waarin, net als in omgevingsrechte-

bestreden uitspraak van de rechtbank, maar ook in hoger beroep staat centraal de vraag of het in eerste aanleg bestreden besluit al dan niet rechtmatig is'.

27 Afgezien dan van de ook in hoger beroep doorwerkende onderdelentrichter.

28 Van de Griend, 2007, p. 200 e.v.

29 Zie hierover het *Jaarverslag 2005* van de Raad van State, p. 96-98.

30 Voor zover ik weet is de meest recente verwijzing die in een uitspraak van 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:222.

31 Zie hierover het jaaroverzicht 2021 van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht op www.rechtspraak.nl

lijke geschillen, derden-belanghebbenden zijn betrokken.³² Dat soort geschillen is zowel bij de Afdeling als bij de andere colleges aan de orde. In zoverre is op het punt van de trechterwerking dus nog steeds geen volledige rechtseenheid bereikt.

Blijft over de vraag hoe het vasthouden aan de grondentrichter in het omgevingsrecht moet worden beoordeeld. Zoals hiervoor betoogd ziet de Afdeling in de hiervoor genoemde principiële argumenten kennelijk geen noodzaak meer tot toepassing van de trechter. Het zijn nu alleen nog de positie van derden-belanghebbenden en de in het omgevingsrecht kennelijk extra gevoelde noodzaak tot een efficiënte procesvoering die centraal staan. Het gebruik van steeds wisselende argumenten ter rechtvaardiging van de trechter is overigens op zichzelf al niet heel overtuigend, zo waarschuwde ik al in 2007.³³

Gaat het om de positie van derden-belanghebbenden, dan neemt de Afdeling de term 'rechtszekerheid' in de mond. Die term was ook een element in de voorheen gehanteerde standaardoverweging, zij het dat daarin werd gesproken van de rechtszekerheid van 'de andere partijen', waaronder dan naar ik aanneem zowel derden-belanghebbenden als het bestuursorgaan werden verstaan. De rechtszekerheid van het bestuursorgaan speelt in de nu gemaakte keuze voor het omgevingsrecht kennelijk geen doorslaggevende rol meer.³⁴ Gezien de 'sociale'

kenmerken van het bestuursprocesrecht lijkt mij dat in ieder geval terecht.³⁵ Maar ook als het gaat om derden-belanghebbenden heb ik het rechtszekerheidsargument eerlijk gezegd nooit goed begrepen. We hebben het hier over besluiten die nog onder de rechter zijn. Die staan dus nog niet in rechte vast. Dat geldt in hoger beroep net zo zeer als in beroep in eerste aanleg. Per definitie moet er rekening mee worden gehouden dat deze besluiten geen standhouden. De gedachte dat er met de afronding van het beroep in eerste aanleg sprake zou zijn van een soort valbijl en dat het in geschil zijnde besluit, als dat door de rechtbank in stand is gelaten, op dat moment als het ware een status van onaantastbaarheid verkrijgt op alle punten die tot dan toe niet door de burger als beroepsgrond zijn aangedragen, is wat mij betreft, ik zeg het maar even zoals ik denk dat het is, uit de lucht gegrepen.³⁶ Wat mij betreft is de rechtszekerheid hier helemaal niet in het geding, omdat iedere betrokkene kan en moet weten dat het nog alle kanten op kan met het in geschil zijnde besluit en rekening zal moeten houden met verschillende mogelijke uitkomsten.

Hoe zit het dan met het belang van een efficiënte rechtsgang en de noodzaak van het tijdig afbakenen van de omvang van het geding, door de Afdeling eveneens genoemd als reden voor handhaving van de grondentrichter in het omgevingsrecht? Deze aspecten klinken zeker nastrevenswaardig. Ik vraag mij echter af of de Afdeling hier in feite niet vooral het oog heeft op het laat inbrengen van gronden of stukken in een al (bij haar) lopende procedure. Een vermenging van dit aspect met dat van de gron-

32 Zie ECLI:NL:RVS:2022:362.

33 Van de Griend, 2007, p. 290-291.

34 Het arrest *Varkens in Nood* heeft dat blijkbaar niet anders gemaakt, dit ondanks het gegeven dat – in de woorden van Koenraad – met het overslaan van de zienswijzeprocedure de kans ontstaat dat het bestuursorgaan na het nemen van het definitieve besluit wordt geconfronteerd met gronden, argumenten, feiten en bewijsmiddelen waarmee het tijdens de voorbereiding geen rekening had gehouden. Zie L.M. Koenraad, 'Bestuursorganen in nood', *NJB* 2021,1976.

35 Van de Griend, 2007, p. 289.

36 Zie Van de Griend, 2007, p. 288-289.

dentrecht is ook te zien in de uitspraak over het verlaten van de grondentrecht. Het verlaten van de grondentrecht, aldus de Afdeling in die uitspraak, betekent niet dat in hoger beroep onbeperkt nieuwe gronden naar voren kunnen worden gebracht. In het algemeen verdient het de voorkeur om nieuwe gronden tijdig naar voren te brengen, dat wil zeggen binnen de hogerberoepstermijn of de termijn voor het indienen van gronden. Dit draagt, zo vervolgt de Afdeling, bij aan een tijdige afbakening van de omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep en aan een zorgvuldig, doelmatig en efficiënt gebruik van de hogerberoepsprocedure.³⁷ Dat klinkt allemaal best logisch, maar met het gegeven dat de gronden nieuw zijn ten opzichte van wat bij de rechtbank was aangevoerd heeft het niet zo veel te maken. Het gaat er hier over dat de gronden niet op een te laat moment in de procedure bij de Afdeling zelf worden ingebracht. Ditzelfde lijkt me, zoals gezegd, aan de hand als de Afdeling het heeft over het belang van een efficiënte rechtsgang in het omgevingsrecht. De ordelijkheid van een lopende procedure bij één instantie is een fundamenteel ander leerstuk dan dat van de grondentrecht tussen de verschillende fasen van de bezwaar- en beroepsprocedure. De Afdeling zou wat mij betreft het één steeds nauwgezet van het ander moeten onderscheiden. Het nog laat in een al lopende procedure inbrengen van nieuwe stukken en gronden is ook bij de andere hoogste bestuursrechters aan beperkingen onderhevig, omdat dit in te grote mate afbreuk doet aan enerzijds het verdedigingsbeginsel en anderzijds de efficiëntie van de procedure. Zo wordt het nog ter zitting komen met nieuwe gronden of stukken in de regel door geen enkele bestuursrechter geaccepteerd.³⁸ Het is ook op dit punt, en niet op het punt van de trechterwerking, dat de Chw beperkingen kent, door

het indienen van nieuwe beroepsgronden in een al lopende procedure aan banden te leggen.³⁹ Deze zaken staan los van de vraag of het toelaatbaar is dat in hoger beroep iets anders wordt aangevoerd dan wat in eerste aanleg was betoogd. Als het aanvoeren van dit andere netjes bij of kort na de start van de hogerberoepsprocedure gebeurt, en de wederpartij en eventuele aan het geding deelnemende derden-belanghebbenden dus uitgebreid de tijd hebben om daar een reactie op te geven, lijkt het mij niet dat dit (per definitie) een onaanvaardbare inbreuk zou inhouden op die in het omgevingsrecht zo gewenste efficiëntie van de rechtsgang. Zou dit in een uitzonderlijk geval anders zijn, dan lijkt een gemotiveerde oplossing op maat in bijvoorbeeld de sfeer van de goede procesorde mij meer voor de hand te liggen dan het ook in alle andere gevallen toepassen van de trechter.⁴⁰

39 Wat mij betreft is dan ook onduidelijk waarom de Afdeling zo nadrukkelijk stelt dat als de Chw van toepassing is, de omgevingsrechtelijke grondentrecht tussen beroep en hoger beroep 'steeds wordt toegepast'. In art. 1:6a van de Chw is bepaald dat na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen beroepsgronden meer kunnen worden aangevoerd. Zo kan de termijn voor het doen van uitspraak, bedoeld in art. 1:6 lid 4 worden gehaald. Art. 1:9a verklaart de art. 1:6 t/m 1.8 van overeenkomstige toepassing in hoger beroep. Waar in deze bepalingen 'beroep' staat, moet in hoger beroep dus 'hoger beroep' worden gelezen. Onjuist lijkt het mij om in hoger beroep in (alleen) art. 1:6a de term 'beroep' te blijven lezen en aldus een grondentrecht tussen beroep en hoger beroep te construeren.

40 Ik vind het overigens niet zo makkelijk om mij zo'n uitzonderingssituatie, waarin het in de beoordeling meenemen van de grond bezwaarlijk zou kunnen zijn, voor te stellen. Theoretisch is misschien denkbaar dat de nieuwe grond echt niet kan worden beoordeeld zonder een bewerkelijk deskundigenonderzoek, terwijl ook de rechtbank al zo'n onderzoek heeft laten verrichten, waarin de grond had kunnen worden meegenomen als die toen al was aangevoerd.

37 Zie ECLI:NL:RVS:2022:363, onder 4.6.

38 Ziebijv. CRvB5 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI7110; CRvB 2 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3124; CBb 13 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:50.

Conclusies

Trechters in het bestuursprocesrecht, voorheen een spraakmakend onderwerp, zijn op hun retour. De door de Afdeling toegepaste grondentrichter tussen het beroep en het hoger beroep was een van de laatste in zijn soort. Afgezien van de onderdelentrichter, die min of meer een wettelijke status heeft verkregen, gaat het hier om buitenwettelijke inbreuken op de rechtsbescherming van de – zonder verplichte procesvertegenwoordiging procederende – burger. Die inbreuken kunnen vérgaand zijn. Het is dan ook goed dat de Afdeling grotendeels afscheid van de grondentrichter heeft genomen, uit een oogpunt van rechtseenheid, maar vooral ook uit een oogpunt van rechtsbescherming.

Het als uitgangspunt handhaven van de grondentrichter in het omgevingsrecht zou wat mij betreft door de Afdeling moeten worden heroverwogen. De grondentrichter lijkt, nogmaals, een overblijfsel uit andere tijden te zijn geworden, waarvan ik me eerlijk gezegd afvraag of de Afdeling nu nog op het idee zou komen om hem te introduceren. Veel van de bezwaren die de Afdeling kennelijk heeft tegen het ook in het omgevingsrecht laten vervallen van de grondentrichter, gaan in feite over een ordelijk verloop van de al lopende procedure. Dat ordelijke verloop kan, net als bij de andere bestuursrechtelijke hogerberoepscolleges, ook zonder een grondentrichter tussen beroep en hoger beroep worden gewaarborgd. Dat wil overigens niet zeggen dat er, binnen of buiten het omgevingsrecht, nooit reden kan zijn om een voor het eerst in hoger beroep ingebrachte grond buiten beschouwing te laten. Die reden, zo benoemt de Afdeling ook in een van de uitspraken van 9 februari 2022⁴¹, is er incidenteel ook bij de andere hoogste bestuursrechters, bijvoorbeeld omdat de grond eerder uitdrukkelijk

werd prijsgegeven.⁴² Dat is echter iets heel anders dan het vasthouden aan de trechter als uitgangspunt, waarbij alleen een uitzondering mogelijk is als is voldaan aan de wel heel moeilijk vervulbare voorwaarde dat op voorhand vaststaat dat derden-belanghebbenden niet door het in de beoordeling meenemen van de nieuwe grond kunnen worden ‘benadeeld’.⁴³

Het spreekt voor zich dat het ook in het omgevingsrecht laten vervallen van de gronden-trichter de rechtseenheid nóg meer ten goede zou komen. Belangrijker nog is wat mij betreft de invalshoek van de rechtsbescherming. Dit kon niet duidelijker worden geïllustreerd dan in een uitspraak uit maart van dit jaar, waarin de nieuwe omgevingsrechtelijke lijn aan de orde is. Daarin doet de Afdeling eerst een aantal gronden af met de overweging dat deze een herhaling zijn van wat in beroep bij de rechtbank was aangevoerd. De rechtbank is hierop gemotiveerd ingegaan en in hoger beroep zijn geen redenen aangevoerd waarom haar uitspraak op die punten onjuist, dan wel onvolledig zou zijn, aldus de Afdeling. Over een volgende beroepsgrond overweegt de Afdeling vervolgens dat deze niet eerder is aangevoerd. In het omgevingsrecht kunnen beroepsgronden niet voor het eerst in hoger beroep worden aangevoerd. Een uitzondering wordt gemaakt als uitgesloten is dat andere belanghebbenden daardoor worden benadeeld. Die uitzondering doet zich bij deze beroepsgrond niet voor. De Afdeling zal deze beroepsgrond dus niet inhoudelijk bespreken.⁴⁴ De gemiddelde lezer zonder kennis van de achtergronden van deze overwegingen kan hier, lijkt mij, niets anders in lezen dan dat het herhalen van eerdere gronden

41 ECLI:NL:RVS:2022:363, onder 4.3.

42 Zie naast de door de Afdeling genoemde voorbeelden bijv. CRvB 31 maart 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:726.

43 Onduidelijk blijft daarbij overigens wat er – in het licht van mijn eerdere opmerkingen over het nog niet in rechte vaststaan van het in geschil zijnde besluit – nu eigenlijk onder die ‘benadeling’ moet worden verstaan.

44 ABRvS 30 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:949.

wordt afgestraft, maar dat iets nieuws aanvoeren evenmin is toegestaan. Dat staat wel heel ver af van de ontwikkeling naar responsievere en meer op de burger gerichte bestuursrecht-spraak waar ik zojuist over sprak.

Over de auteur

Mr. dr. B.J. (Barbara) van de Griend
Senior raadsheer/inhoudelijk adviseur in de Centrale Raad van Beroep.

Arbeidsrecht voor de overheid verklaard

Editie Rijk en
editie Gemeente 2022



Editie Rijk
isbn 9789012407656

Editie Gemeente
isbn 9789012407649

- Actueel en praktisch
- Arbeidsrecht specifiek toegelicht op de overheidspraktijk
- Toelichtingen op relevante artikelen CAO Rijk of CAO Gemeenten
- Inclusief complete CAO Rijk of CAO Gemeenten
- Met handige stroomschema's

Kijk voor meer informatie op
www.sdu.nl/shop

Sdu