

1. Inleiding

Elk systeem van rechtspraak is het resultaat van het zoeken naar een evenwicht tussen verschillende belangen. Rechtspraak moet goed, consistent, snel en goedkoop zijn.² Dat zoeken naar evenwicht leidt tot handelingen waarbij men een deel van zijn beginselen moet prijsgeven. Wat betreft de eis dat rechtspraak goed en consistent moet zijn, is van belang dat bij de inrichting van het systeem van bestuursrechtspraak in Nederland is gekozen voor rechtspraak in twee instanties, met daaraan voorafgaand een procedure van bezwaar bij het bestuur. De meer concrete motieven die ten grondslag liggen aan de mogelijkheid van hoger beroep zijn het bevorderen van de kwaliteit van de rechtspraak, de mogelijkheid tot het herstellen van fouten en het versterken van het vertrouwen van de burger in de rechtspraak.³ Teneinde ook recht te doen aan de andere belangen en aldus tot een evenwichtig systeem te komen, zijn er echter eveneens grenzen gesteld aan de mogelijkheid om in hoger beroep te bepleiten dat een uitspraak onjuist is en vernietigd dient te worden. Deze grenzen hebben betrekking op de toegang tot het hoger beroep en op de inrichting van de procedure bij de appelrechter.

In dit artikel bespreek ik een drietal onderwerpen die zien op de toegang van het hoger beroep. Twee belangrijke vragen met betrekking tot de *toegang* zijn de vraag tegen welke uitspraken beroep bij de appelrechter openstaat en de vraag voor wie hoger beroep openstaat. Allereerst zal in paragraaf 2 een beeld worden geschetst van de appelverboden. In de aard van de zaak is een drempel voor het instellen van hoger beroep gevonden. Bij de behandeling van de appelverboden zal ook worden ingegaan op de nuanceringen daarvan die de rechtspraak heeft aangebracht. In de tweede plaats (paragraaf 3) wordt het uniteitsbeginsel besproken. Ingevolge het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moesten alle rechterlijke beslissingen ten aanzien van een beroep die uitspraak vergden in één einduitspraak worden neergelegd. Het bestuursprocesrecht kende geen tussenuitspraken en dus ook niet de mogelijkheid van tussentijds appel. Met de introductie van de bestuurlijke lus is in het bestuursprocesrecht echter ook de tussenuitspraak ingevoerd. De invoering hiervan is aanleiding om te bezien of er een algemene behoefte is om in de Awb een bevoegdheid om tussenuitspraken te doen op te nemen. Het invoeren van een tussenuitspraak maakt tussentijds appel mogelijk. Aan tussentijds appel zijn voor- en nadelen verbonden. In dit artikel zullen deze in beeld worden gebracht. Ten slotte zal in paragraaf 4 aandacht worden besteed aan het incidenteel appel. Incidenteel appel is het instellen van hoger beroep naar aanleiding van een door een ander ingediend hoger beroepschrift. Het incidenteel appel kwam aanvankelijk in het algemene bestuursprocesrecht niet voor, maar is noodzakelijk geworden nu de rechter het geschil veel beperkter is gaan opvatten. Ik sluit af met een conclusie.

2. Appelverboden en de doorbreking daarvan

2.1 Inleiding

¹ Paulien Willemsen is als universitair docent bestuursrecht verbonden aan de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht.

² Zie A.T. Marseille, K.J. de Graaf en A.J.H. Smit met medewerking van A. Middelkamp, *Ruimte voor rechtsvorming* Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2007, p.1.

³ Zie *PG Awb II*, p. 79.

In het Nederlandse algemene bestuursprocesrecht geldt sinds 1994 als hoofdregel dat tegen een uitspraak van een rechtbank hoger beroep openstaat. De Afdeling bestuursrechtspraak, de Gerechtshoven, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zijn hogerberoepsinstantie in het bestuursrecht. Artikel 8:105 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt dat het hoger beroep wordt ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tenzij een andere hogerberoepsrechter bevoegd is ingevolge Hoofdstuk 4 van de bij deze wet behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak dan wel ingevolge een ander wettelijk voorschrift. Een en ander betekent dat de Afdeling bestuursrechtspraak in het algemeen en in beginsel niet bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende belasting (de gerechtshoven), sociale zekerheid en ambtenarenrecht (Centrale Raad van Beroep) en economisch ordeningsrecht (CBb), aangezien op die terreinen gespecialiseerde hogerberoepsinstanties zijn aangewezen.

Tegen een uitspraak van de rechtbank kan zoals gezegd in de regel hoger beroep worden ingesteld, maar voor een aantal soorten rechterlijke beslissingen is hoger beroep uitgesloten. In de jurisprudentie van de hogerberoepsrechters zijn echter nogal wat uitspraken te vinden waarin – bij uitzondering – desondanks een hoger beroep mogelijk wordt geacht. Deze doorbrekingsjurisprudentie heeft de vorm van een tweetrapsraket. Ten eerste moet er sprake zijn van ‘een zodanig ernstige schending van eisen van een goede procesorde dan wel van fundamentele rechtsbeginselen, dat van een eerlijk proces geen sprake meer is’.⁴ Vervolgens moet er een grondslag zijn ter rechtvaardiging van het feit dat het beroep niet is onderworpen aan de uitsluiting van de mogelijkheid van hoger beroep. Met andere woorden, er moet een grondslag voor doorbreking zijn. Deze tweede eis, die overigens meestal niet expliciet voorkomt komt in de standaardformuleringen over de doorbreking van appelverboden⁵, hangt samen met het feit dat de niet gekozen rechter in beginsel niet enkel op basis van een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel de rechtsregel afkomstig van de democratische wetgever aan de kant kan schuiven. Anders geformuleerd: deze grondslag kan niet alleen zijn gelegen in een fundamentele schending van de goede procesorde immers dit vindt zijn grens in het verbod te wet te toetsen aan beginselen. Bij appelverboden die allemaal wettelijk zijn vastgesteld is dat soms een punt. In deze bijdrage zal ik, na in paragraaf 2.2 te hebben aangegeven welke appelverboden er zijn, bespreken wat de aanleiding is voor de doorbreking van een appelverbod en wat de grondslag voor doorbreking kan zijn (paragraaf 2.3).

2.2 Algemene appelverboden⁶⁷

Artikel 8:104 tweede lid Awb sluit appel uit tegen:

- uitspraken van de rechtbank waarin deze de zaak vereenvoudigd heeft afgedaan (artikel 8:54 Awb, eerste lid Awb);
- uitspraken van de rechtbank op verzet (artikel 8:55, zevende lid Awb);
- uitspraken waarbij de rechtbank bepaalt dat een beroepschrift als bezwaarschrift moet worden behandeld, omdat het bestuursorgaan kennelijk ten onrechte heeft ingestemd met rechtstreeks beroep bij de rechtbank (artikel 8:54a Awb);
- uitspraken van de voorzieningenrechter op verzoeken om voorlopige voorziening

⁴ Bijvoorbeeld in ABRvS 23 november 2011, *JB* 2011/39, m.nt. B. Kaya.

⁵ Zie B.W.N. de Waard, ‘Doorbreking van appelverboden’, *JBplus* 2005, p. 98-114, i.h.b. p. 100.

⁶ Naast deze algemene appelverboden zijn er specifieke appelverboden. Een voor de praktijk belangrijk voorbeeld daarvan is artikel 84 van de Vreemdelingenwet 2000.

⁷ Deze paragraaf is gebaseerd op P.A. Willemsen, De basis voor doorbreking van appelverboden, pp. 227- 232 in H.R.B.M Kummeling, P.E. de Morree, R. Nehmelman, R.Ortlep en R.J.G.M. Widdershoven (redactie), *De samengestelde Besselink*, Wolf Legal Publishers 2012.

- (art. 8:84 Awb)⁸;
- een tegen een door de voorzieningenrechter uitgesproken kostenveroordeling na intrekking van het beroep omdat het bestuursorgaan aan de indiener van het beroepschrift is tegemoetgekomen.
- artikel 8:104 vierde lid Awb sluit appel uit tegen de voorlopige voorziening zoals bedoeld in 8:72, vijfde lid Awb

Ingevolge artikel 8:54 Awb kan de rechtbank aan een uitspraak op een beroep waarin zonder meer duidelijk is welke beslissing daarop genomen moet worden, en waarin tevens een behandeling ter zitting achterwege kan blijven, het predikaat ‘kennelijk’ verbinden. Tegen een dergelijke uitspraak staat niet direct hoger beroep open. Tegen een uitspraak na vereenvoudigde behandeling kan de belanghebbende of het bestuursorgaan verzet doen bij de rechtbank. Het verzet is slechts gericht tegen de procesbeslissing om de zaak vereenvoudigd te behandelen. Is het verzet gegrond dan volgt het opnieuw op gang brengen van de normale procedure (art. 8:55 lid 9 Awb). Wanneer het verzet niet ontvankelijk is of ongegrond blijft de uitspraak waartegen verzet was gedaan in stand (art. 8:55 lid 8 Awb). De gedachte achter dat geen hoger beroep kan worden ingesteld tegen een uitspraak van de rechtbank na toepassing van artikel 8:54, eerste lid (vereenvoudigde behandeling) en artikel 8:55 zevende lid Awb is dat betrekkelijk eenvoudig op te lossen en af te handelen geschillen soms niet rechtvaardigen dat de normale procesgang die tal van mogelijkheden biedt voor een evenwichtige en gedegen behandeling, wordt gevolgd. Het probleem is natuurlijk dat vooraf door de wetgever niet exact kan worden aangegeven welke de betrekkelijke eenvoudige beroepen zijn. Het mag niet zo zijn dat serieuze beroepen die een normale procesgang verdienen te snel vereenvoudigd worden afgedaan. Daarom heeft de wetgever een wettelijke verzetregeling ontworpen die procedureel voldoende garanties moet bieden om aan het hiervoor geschetste dilemma te ontkomen.

Uitgangspunt van de Awb is dat voorafgaand aan een eventueel beroep bij de bestuursrechter eerst tegen het bestreden besluit bezwaar moet worden gemaakt bij het betrokken bestuursorgaan. Het bezwaar beoogt zoveel mogelijk beroep op de rechter te voorkomen en zorgt ervoor dat een zaak die toch naar de rechter gaat, voldoende uitgekristalliseerd is. Op de bezwaarverplichting geeft Awb een vijftal uitzonderingen. Ook als geen van deze uitzonderingen zich voordoet en dus in beginsel bezwaar verplicht is, biedt Awb de mogelijkheid dat de bezwaarschriftprocedure wordt overgeslagen. Artikel 7:1a Awb bepaalt dat de indiener van het bezwaarschrift het bestuursorgaan kan verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep. Lid 3 van artikel 7:1a Awb bepaalt dat het bestuursorgaan kan instemmen met het verzoek indien de zaak daarvoor geschikt is. Het geschiktheids criterium is zeer open geformuleerd. Gedacht moet met name worden aan gevallen waarin in de bezwaarfase reeds een zodanig uitputtende gedachtewisseling tussen bestuur en belanghebbende heeft plaatsgevonden, dat de bezwaarschriftprocedure daaraan weinig of niets meer kan toevoegen, terwijl tevens vaststaat dat het besluit nog altijd in geschil is. Het is in eerste instantie het bestuursorgaan dat een zaak beoordeelt op geschiktheid voor rechtstreeks beroep, maar artikel 8:54a Awb bepaalt dat de rechter kan terugverwijzen als het bestuursorgaan naar zijn oordeel *kennelijk* ten onrechte heeft ingestemd met rechtstreeks beroep. Met het woord ‘kennelijk’ wil de wetgever tot uitdrukking brengen dat de rechter vanwege de discretie die bij de instemming aan het bestuursorgaan is gelaten. Echter de rechter toetst veelal tamelijk

⁸ In de rechtspraak over de doorbreking van het appelverbod wordt aan het karakter van de voorlopige voorziening belang gehecht. Dit karakter maakt dat nog minder snel sprake is van een evidente schending. Zie hierover de noot van W. van den Aardweg en Y. Schuurmans onder ABRvS 8 april 2009, AB 2009/234. Zie ook ABRvS 23 november 2011, JB 2011/39, m.nt. B. Kaya.

indringend of het bestuursorgaan terecht de zaak geschikt heeft geacht voor rechtstreeks beroep.⁹ Dat geen hoger beroep openstaat tegen de uitspraak van de rechter dat het bestuursorgaan kennelijk ten onrechte heeft ingestemd met rechtstreeks beroep en deze uitspraak ertoe leidt dat het bestuursorgaan het beroepschrift als bezwaarschrift moet behandelen behoeft denk ik geen verder betoog.

Geen hoger beroep staat open tegen een uitspraak die een beslissing inhoudt op een verzoek om een voorlopige beslissing in de zin van artikel 8:81 Awb. Wel kan men een verzoek om intrekking of wijziging vragen van de voorlopige voorziening. Dit is echter geen intern appel tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter ex artikel 8:84 maar een mogelijkheid om een getroffen voorziening wegens gewijzigde omstandigheden aan te passen of op te heffen. De regering voerden destijds twee redenen aan om geen hoger beroep mogelijk te maken. Ten eerste de vrees voor een grote extra belasting van de appèlcolleges. Ten tweede wordt een relatie gelegd met het beginsel van connexiteit. Dit beginsel houdt de verplichting in dat eerst of tegelijkertijd met het indienen van een verzoekschrift om een voorlopige voorziening een bezwaar of beroepschrift is ingediend. De regering onderkent dat dit beginsel zich niet zonder meer verzet tegen de mogelijkheid van hoger beroep maar wel ziet zij complicaties als gevolg van de koppeling van de voorlopige voorzieningprocedure aan de hoofdzaak.¹⁰ In het rapport van de Commissie Evaluatie Awb II wordt de ministers van Justitie en van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties in overweging gegeven te onderzoeken in hoeverre het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep tegen uitspraken inzake voorlopige voorzieningen een knelpunt vormt.¹¹ De ministers hebben echter naar aanleiding van dit advies aan de Tweede Kamer bericht dat zij een dergelijk hoger beroep niet mogelijk willen maken.¹² In hun brief herhalen zij de twee hiervoor genoemde bezwaren. Zij voegen daaraan toe dat er ook geen noodzaak is voor hoger beroep nu ingevolge artikel 8:87 Awb aan de voorzieningenrechter (zelf) om opheffing of wijziging van een getroffen voorlopige voorziening kan worden gevraagd. Deze door de ministers genoemde mogelijkheid van opheffing of wijziging is overigens evident ongeschikt immers de jurisprudentie eist nova. Soms kan men zich voorstellen dat de mogelijkheid van hoger beroep tegen een voorlopige voorziening zeer wenselijk is. Daalder en Heinrich noemen o.a. zaken waarin met de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening de zaak feitelijk definitief beslist is. Voorbeelden zijn de aanvankelijk verboden demonstratie die al is gehouden, de kermis waarop een aanvankelijk geweigerde standplaats is ingenomen is voorbij of documenten die in het kader van de Wob waren gevraagd zijn inmiddels gedwongen openbaar. De volgens Daalder en Heinrich belangrijkste categorie betreft de gevallen waarin de voorzieningenrechter in zijn uitspraak een oordeel geeft over de uitleg van een wettelijk voorschrift die beslissend is voor het geschil tussen partijen. Te denken valt aan het geval dat de voorzieningenrechter van oordeel is dat een bestuursorgaan dat op verzoek van een belanghebbende handhavend optreedt daartoe geen bevoegdheid heeft.¹³ (Omdat het bestuur niet kan verzoeken om een voorlopige voorziening tegen zijn eigen besluit¹⁴ en hoger beroep niet openstaat tegen de voorlopige voorziening moet het bestuursorgaan wil hij procesbelang kunnen behouden overigens dan wel “in strijd” met het oordeel van de voorlopige voorzieningenrechter beslissen op het bezwaar.) Moet de uitsluiting van hoger beroep tegen een uitspraak om voorlopige voorziening worden gehandhaafd is dan vervolgens de vraag.

⁹ Zie A.M.M.M. Bots paragraaf 4, Prorogatie in de Awb, de mogelijkheid van rechtstreeks beroep op de rechter op grond van art. 7:1a Awb, TAR 2012/februari.

¹⁰ *PG Awb II*, p. 540-541.

¹¹ Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht*, 1997-2001, p. 7.

¹² *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 297, nr. 16, p.11-12.

¹³ E.J. Daalder en J.P. Heinrich, *De bestuursrechtelijke voorlopige voorziening : overzicht en enig ontwikkelingen JBplus 2005*, nr. 2, p. 50-52

¹⁴ M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1048.

Wat belangrijk is om te realiseren is dat bij verzoeken om voorlopige voorziening hangende beroep zeer vaak wordt kortgesloten. Wanneer de verzoeker een voorlopige voorziening heeft aangevraagd bij de voorzieningenrechter nadat deze verzoeker beroep heeft ingesteld bij de rechtbank heeft de verzoeker twee procedures bij de rechtbank lopen. In artikel 8:86 Awb is bepaald dat de voorzieningenrechter onmiddellijk uitspraak kan doen in de bij de rechtbank lopende hoofdzaak. De voorwaarden hiervoor zijn dat beroep bij de rechtbank is ingesteld en de voorzieningenrechter, na de zitting voor de voorlopige voorziening te hebben gehad oordeelt dat nader onderzoek niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Indien tegen de kortsluitingsuitspraak hoger beroep wordt ingesteld is aantasting van de getroffen voorlopige voorziening of het alsnog treffen van een voorlopige voorziening door de voorzieningenrechter van het appèlcollege steeds mogelijk.¹⁵ Zoals Simons dan ook terecht opmerkt zit het probleem bij de verzoeken om voorlopige voorziening hangende bezwaar.¹⁶ Om twee redenen is de invoering van de mogelijkheid van hoger beroep tegen een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening een onnodig zwaar middel om dit reële probleem maar niet heel groot in omvang op te lossen. De procesvoering wordt vanwege de connexiteit met de bodem ingewikkeld dit kan vast door de wetgever worden opgelost maar een ingewikkeld systeem zal niet te vermijden zijn. Ten tweede mag verwacht worden dat het over de hele linie openstellen van hoger beroep een grote aantrekkingskracht zal hebben al was het maar om te proberen een snellere eindbeslissing te krijgen.¹⁷ Met Simons aanvaard ik derhalve dat op het terrein van de voorlopige voorziening hangende bezwaar aan de rechtseenheidsfunctie van appelrechtspraak slechts uiterst moeizaam gestalte kan worden gegeven.¹⁸

2.3 Nuanceringen op de werking van appelverboden

Op de werking van de appelverboden zijn in de jurisprudentie enige nuanceringen aangebracht. De betekenis van een wettelijk appelverbod wordt in de eerste plaats bepaald door de vaststelling en uitleg van het object van het verbod. Is eenmaal vastgesteld op welke typen uitspraken een appelverbod ziet, dan is vervolgens de vraag of een uitspraak in een bepaalde zaak hieronder valt.¹⁹ Zo ja, dan is appel tegen die uitspraak toch toegelaten voor zover erover wordt geklaagd dat:

a. De rechter het artikel met het appelverbod ten onrechte heeft toegepast.

Dit spreekt eigenlijk voor zichzelf. Zou men bij deze categorie geen appel toestaan, dan zou het appelverbod andere onderwerpen kunnen omvatten dan waarop het betrekking heeft.²⁰

b. De rechter het artikel met het appelverbod ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.

¹⁵ Sinds de bodemrechter voorlopige voorzieningen kan treffen nam de Afdeling aan dat zulke in bodemuitspraken in eerste aanleg getroffen voorzieningen zijn gebaseerd op artikel 8:72 Awb ook als de voorzieningenrechter ex artikel 8:86 Awb uitspraak deed. Deze lijn is verlaten, zie M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1096.

¹⁶ Zie mr. drs. Th.G.M.Simons *De voorlopige voorziening in het Nederlandse bestuursrecht* in Mr.drs. Th.G.M. Simons, mr.dr. A.T. Marseille, prof.mr. B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (2006), Den Haag: Bju p.83..

¹⁷ Zie mr. drs. Th.G.M.Simons *De voorlopige voorziening in het Nederlandse bestuursrecht* in Mr.drs. Th.G.M. Simons, mr.dr. A.T. Marseille, prof.mr. B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (2006), Den Haag: Bju p. 81-83.

¹⁸ Zie mr. drs. Th.G.M.Simons *De voorlopige voorziening in het Nederlandse bestuursrecht* in Mr.drs. Th.G.M. Simons, mr.dr. A.T. Marseille, prof.mr. B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (2006), Den Haag: Bju p. 84 noot 278.

¹⁹ ABRvS 15 april 2011, *JB* 2011/137.

²⁰ Vergelijk ABRvS 27 januari 2005, zaaknr. 200409209/1. Zie B.W.N. de Waard, 'Doorbreking van appelverboden', *JBplus* 2005, p. 98-114. Verder ABRvS 5 april 2006, *AB* 2006/320, m.nt. A.T. Marseille.

De uitspraak is in dat geval geen uitspraak in de zin van het appeluitsluitende artikel, omdat dit artikel juist buiten toepassing is gelaten, zodat rechtsmiddelen openstaan.²¹ Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat het hoger beroep in dat geval alleen betrekking kan hebben op de vraag of het artikel ten onrechte buiten toepassing is gelaten.

c. De rechter het desbetreffende appelverbod zodanig heeft toegepast dat er sprake is van ‘een zodanig ernstige schending van fundamentele rechtsbeginselen, dat van een eerlijk proces geen sprake meer is’.^{22 23}

De toepassing van het criterium is niet zonder problemen. Het is niet zozeer moeilijk om vast te stellen of een voorschrift is verzuimd, maar wel of het desbetreffende voorschrift behoort tot de fundamentele rechtsbeginselen. Vereist is bovendien dat er sprake is van een zodanige schending dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling.²⁴ Schreuder Vlasblom schrijft dat “het moet gaan om ernstige schending van normen die de essentie van rechtspraak borgen, zoals onpartijdigheid.”²⁵ Het gaat bijvoorbeeld om de zorgvuldige behandeling van wrakingsverzoeken.²⁶ Ook sommige schendingen van het beginsel van hoor en wederhoor kunnen leiden tot doorbreking van een appelverbod.²⁷ Uit het bovenstaande volgt dat een onjuiste inhoudelijke beoordeling door de rechter op zichzelf geen aanleiding kan zijn voor doorbreking van een appelverbod.²⁸

Grondslag

De enkele klacht dat de eerste rechter het desbetreffende appelverbod zodanig heeft toegepast dat er sprake is van ‘een zodanig ernstige schending van eisen van een goede procesorde dan wel van fundamentele rechtsbeginselen, dat van een eerlijk proces geen sprake meer is’, is onvoldoende om doorbreking van een appelverbod te rechtvaardigen. Immers vindt haar grens in het verbod de wet aan beginselen te toetsen. Behoudens hoge uitzondering moet er ook een grondslag voor de doorbreking zijn anders dan slechts in een fundamenteel rechtsbeginsel. Deze eis, die zoals ik al eerder opmerkte overigens meestal niet expliciet voorkomt in de standaardformuleringen over de doorbreking van appelverboden, hangt samen met het feit dat de niet gekozen rechter niet zonder basis de regel afkomstig van de democratische wetgever aan de kant kan schuiven. Nu kan men wellicht zeggen dat deze doorbreking is gebaseerd op een fundamenteel rechtsbeginsel. Ik vind dat dit echter slechts bij hoge uitzondering enkel als basis moet worden aanvaard immers dit ongeschreven recht is niet afkomstig van een democratische wetgever, maar wordt door de niet gekozen rechter geformuleerd. Deze spanning tussen elementen van de rechtsstaat is vaak helemaal niet noodzakelijk. En waar niet noodzakelijk ook onjuist gezien die spanning.

Een grondslag in het geschreven recht kan vaak worden gevonden in het EVRM. Dit bevat een aantal klassieke grondrechten. Het merendeel van de bepalingen in het EVRM is door de nationale rechters als een ieder verbindend verklaard. Dit betekent dat een burger zich in rechte op die bepalingen kan beroepen en dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden

²¹ Vergelijk onderdeel 3, sub c. van de noot van Heemskerk onder HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242.

²² Vergelijk HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242, m.nt. Heemskerk.

²³ Vergelijk de standaardoverwegingen in ABRvS 5 oktober 1999, *JB* 1999/285; ABRvS 2 november 2004, *JB* 2005/21; ABRvS 11 februari 2005, *JB* 2005/99, *AB* 2005/181. m.nt. B.W.N. de Waard.

²⁴ Vergelijk ABRvS 14 augustus 2001, *AB* 2001/326 m.nt. P.A. Willemsen (overschrijding van de termijn van het vooronderzoek met één dag levert geen zodanige schending op, reeds omdat zij daarvoor te kort is).

²⁵ M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1101

²⁶ Zie bijvoorbeeld ABR 7 december 2011, *AB* 2012, 168.

²⁷ |Zie bijvoorbeeld ABR 20 april 2012, *JB* 2012, 145.

²⁸ Vergelijk bijvoorbeeld expliciet in die zin ABRvS 8 april 2009, *AB* 2009/234. ABR 23 november 2010, *JB* 2011, 39.

indien die toepassing onverenigbaar is met die bepalingen (artikel 93 en 94 Grondwet).²⁹ Zie bijvoorbeeld voor een heldere grondslag de uitspraak van de Afdeling van 7 december 2011, AB 2012, 168 m.nt. B.W.N de Waard.

Zoals bekend, is artikel 6 EVRM echter niet van toepassing op alle bestuursrechtelijke zaken. Soms kan men dan steun vinden in een andere EVRM-bepaling, zoals artikel 5 EVRM.³⁰ In zaken die niet vallen onder enige EVRM-bepaling, is voor doorbreking van een appelverbod via de band van artikel 94 Gw geen plaats. In die gevallen kan de grondslag voor doorbreking van een appelverbod wellicht worden gevonden in een soortgelijke ontsnappingsclausule als in het Harmonisatiewetarrest³¹ is geformuleerd: in bepaalde gevallen kan een wetsbepaling *buiten toepassing* worden gelaten op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel. Met betrekking tot de onderhavige problematiek kan bij ‘niet verdisconteerde omstandigheden’ in de regel worden gedacht aan de wijze waarop de eerste rechter is opgetreden.³²

Gezien echter het feit dat er bij toepassing van deze ontsnappingsclausule spanning bestaat met de elementen van de rechtsstaat en met het nog altijd bestaande toetsingsverbod van artikel 120 Gw moet de rechter wel eerst op zoek gaan naar een eventuele andere basis.

In sommige gevallen kan de rechter een basis vinden in artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zoals dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon sinds 1 december 2009 geldt. Dit Handvest heeft mede gelet op de zaken Van Gend en Loos³³ en Costa Enel³⁴ gelding op eigen kracht binnen de rechtsorde van de lidstaten en heeft voorrang boven het nationale recht.³⁵ De wetgever, het bestuur en de rechter moeten derhalve het Handvest in acht nemen.

Een beperking bij artikel 47 Handvest is uiteraard wel dat de lidstaten alleen gebonden zijn aan het Handvest wanneer zij optreden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht. Daarvan is in ieder geval sprake bij de omzetting en uitvoering van een richtlijn en de toepassing van nationaal recht dat is aangenomen ter uitvoering daarvan. De tenuitvoerlegging van verordeningen en beschikkingen valt hier ook onder.³⁶

Voor de doorbreking van het appelverbod zal met name artikel 47 lid 2 en lid 3 van het Handvest, dat correspondeert met artikel 6 lid 1 EVRM, van belang zijn. Belangrijk is om op te merken dat de beperking tot geschillen betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen of tot strafrechtelijke vervolging bij artikel 47 Handvest niet geldt. En ook kunnen overheidsorganen een beroep doen op grondrechten. Onder het EVRM bestaat die mogelijkheid niet.³⁷

²⁹ Vergelijk C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 133.

³⁰ ABRvS 14 augustus 2001, AB 2001/326, m.nt. P.A. Willemsen.

³¹ HR 14 april 1989, AB 1989/207, m.nt. F.H. van der Burg.

³² ABRvS 14 augustus 2001, AB 2001/326, m.nt. P.A. Willemsen.

³³ HvJ 5 februari 1963, zaak C-26/62 (Van Gend en Loos), *Jur.* 1963, p. 3.

³⁴ HvJ 15 juli 1964, zaak C-6/64 (Costa/Enel), *Jur.* 1964, p. 1255.

³⁵ Zie hierover uitgebreid T. Barkhuysen en A.W. Bos, ‘De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht’, *JBplus* 2011, p. 3-34, i.h.b. p. 9.

³⁶ Zie hierover uitgebreid T. Barkhuysen en A.W. Bos, ‘De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht’, *JBplus* 2011, p. 3-34, i.h.b. p. 14-16.

³⁷ Vergelijk voor een voorbeeld ABRvS 11 februari 2005, *JB* 2005/99, m.nt. A.M.L. Jansen. In deze uitspraak van de ABRvS is dan ook onduidelijk wat de basis was voor de doorbreking van het toepasselijke appelverbod. De minister was te kort gedaan in zijn mogelijkheden om de door hem te behartigen belangen adequaat in rechte voor te dragen, aldus de Afdeling. Zij overweegt vervolgens dat onder de vermelde omstandigheden de aangevallen uitspraak is gedaan met ernstige schending van eisen van goede procesorde en fundamentele rechtsbeginselen met name van hoor en wederhoor zodanig dat van een eerlijk proces geen sprake is geweest. Naar een basis voor doorbreking verwijst de Afdeling niet.

3 De mogelijkheid van een tussenuitspraak aantrekkelijk of niet³⁸

3.1 Inleiding

Het stelsel van de Awb was dat alle rechterlijke beslissingen ten aanzien van één beroep die uitspraak vergden, in één einduitspraak werden neergelegd.³⁹ Het bestuursprocesrecht kende dan ook geen tussenuitspraken. Met de introductie van de bestuurlijke lus sinds 1 januari 2010 is in het bestuursprocesrecht ook de tussenuitspraak ingevoerd. Artikel 8:80a Awb bepaalt dat als de bestuursrechter artikel 8:51a (de bestuurlijke lus, PW) toepast hij een tussenuitspraak doet. De invoering hiervan is reden om te bezien of in de Awb geen algemene bevoegdheid om tussenuitspraken te doen zou moeten worden opgenomen. Vervolgens rijst dan de vraag hoe een systeem kan worden ontwikkeld dat aansluit bij de wens van de wetgever om het bestuursprocesrecht zou eenvoudig mogelijk te houden. In deze bijdrage ga ik hier dieper op in. De opbouw is als volgt. In paragraaf 3.2 wordt op dit punt eerst kort de stand van zaken in het bestuursprocesrecht besproken. In paragraaf 3.3 wordt bekeken of er behoefte is aan een algemene bevoegdheid om tussenuitspraken te doen. Paragraaf 3.4 staat vervolgens in het teken van het bespreken van de parlementaire geschiedenis van de bestuurlijke lus om duidelijk voor ogen te krijgen wat de gedachte van de wetgever was aangaande de tussenuitspraak. Tenslotte zal in paragraaf 3.5 worden bezien of deze redenen voor invoering van de tussenuitspraak middels de bestuurlijke lus wellicht algemener kunnen worden getrokken en of een mogelijkheid van tussentijds hoger beroep tegen zo'n uitspraak dan aanbeveling verdient.

3.2 Huidige stand van zaken

Artikel 104 Awb zegt tegen welke beslissingen op welk moment hoger beroep kan worden ingesteld. Men moet onderscheid maken tussen einduitspraken, tussenuitspraken en beslissingen die geen uitspraken zijn. Een einduitspraak is een beslissing waarmee de bodemprocedure dan wel de voorlopige voorzieningsprocedure eindigt. Daarnaast neemt de rechtbank onderscheidenlijk de voorzieningenrechter in de loop van de procedure allerlei beslissingen die voorafgaan aan de uitspraak. Deze beslissingen zijn afgezien van de toepassing van artikel 8:51a Awb, in het stelsel van hoofdstuk 8 geen uitspraken. Artikel 8:80a Awb bepaalt dat als de bestuursrechter artikel 8:51a Awb toepast hij een tussenuitspraak doet. Beslissingen die geen einduitspraken of tussenuitspraak zijn worden aangemerkt als tussenbeslissingen. De hoofdregel is dat tegen een einduitspraak in de bodemprocedure hoger beroep kan worden ingesteld.⁴⁰ Tegen tussenbeslissingen of een tussenuitspraak kan slechts tegelijkertijd met het hoger beroep tegen de uitspraak in de bodemprocedure hoger beroep worden ingesteld.

In 1992 merkte de regering in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie op:

“Het uitgangspunt in bestuursrechterlijke zaken is, dat de burger de procedure zelf moet kunnen voeren. Er is geen verplichte procesvertegenwoordiging. Dit uitgangspunt leidt

³⁸ Zie ook R. Ortlep en P.A. Willemsen, ‘De invoering van de tussenuitspraak in het bestuursprocesrecht’, in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht* (Ten Berge-bundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, pp. 427-442.

³⁹ M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2006, p. 226.

⁴⁰ Zie *PG Awb II*, p. 543.

ertoe, dat de procedure zo eenvoudig mogelijk moet worden gehouden en dat onnodige complicaties dienen te worden vermeden. Een stelsel van tussenuitspraken zou de procesgang niet eenvoudiger maken en zou daarom slechts dan geïntroduceerd moeten worden indien daarvoor dwingende redenen zijn. Die redenen zijn er onzes inziens niet. Zo betekent het vrijwel ontbreken van regels van materieel bewijsrecht, anders dan in het burgerlijk procesrecht, dat er in dat opzichte geen behoefte bestaat aan afzonderlijke en zelfstandig appellabele tussenuitspraken. (...) Ter vermijding van ieder misverstand willen wij er nog op wijzen, dat het ontbreken van afzonderlijke tussenuitspraken en derhalve van de mogelijkheid van afzonderlijk hoger beroep daartegen geenszins betekent, dat partijen niet kunnen klagen over de tijdens de procedure door de rechter genomen beslissingen. Deze beslissingen kunnen in het hoger beroep tegen de (eind)uitspraak ten volle aan de orde worden gesteld” .⁴¹

3.3 Behoeftte aan een algemene regeling van de tussenuitspraak

In het advies van de Raad van State aangaande het wetsvoorstel tot voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie is opgemerkt dat betwijfeld kan worden of bestuursrechterlijke procedures steeds, zoals de toelichting stelt⁴², met één uitspraak moeten eindigen. Deze Raad stelt dat bestuursrechter goede redenen kunnen hebben een geschil in etappes te behandelen en te beslechten.⁴³

Aan de wetgever is ook daarna nog verschillende malen de aanbeveling gedaan om in de Awb een wettelijke regeling met betrekking tot de tussenuitspraak op te nemen. Hierbij is allereerst te wijzen op het onderzoeksrapport *Het bestuursprocesrecht*, wat deel uitmaakte van de eerste evaluatie van de Awb. Hierin is namelijk de aanbeveling gedaan om de mogelijkheid voor het schorsen van een zitting en het heropenen van het onderzoek (artikelen 8:64 en 8:68 Awb), ten behoeve van de eenheid in vormgeving daarvan, plaats te laten vinden middels een formele tussenuitspraak.⁴⁴ Naar het oordeel van de Commissie Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996, onder voorzitterschap van J.M. Polak, die belast was met deze eerste evaluatie, staat de Awb daaraan niet in de weg. Zij stelde dan ook voor om bij de volgende evaluatie te bezien in hoeverre behoefte bestaat om op dit punt tot een wettelijke regeling te komen.⁴⁵ Het kabinet heeft zich hieraan geconformeerd⁴⁶, maar een specifiek onderzoekopdracht daaromtrent is nimmer verstrekt.

Volgens de Commissie Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006, onder voorzitterschap van J.W. IJssink, die belast was met de derde evaluatie van de Awb, dient het gegeven dat met het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht een tussenuitspraak aangaande de bestuurlijke lus in de Awb zijn intrede gaat doen, voor de wetgever aanleiding te zijn om na te gaan ‘of een algemene regeling van het fenomeen tussenuitspraak tot de mogelijkheden behoort’.⁴⁷ Deze regeling zou naar het oordeel van deze

⁴¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22495A, p. 33. Zie CRvB 19 april 2005, *JB* 2005/196; USZ 2005/246 en ABRvS 7 december 1998, *JB* 1999/14, m.nt. Red; *Rawb* 1999, 93, m.nt. Schueler; CRvB 8 mei 1997, *TAR* 1997/153.

⁴² *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3, p. 33-34.

⁴³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22495A, p. 33.

⁴⁴ J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard en R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 174-178 en p. 399-401.

⁴⁵ Commissie Evaluatie Awb I, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Den Haag: Sdu 1996, aanbeveling 36.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1997/98, 25600 VI, nr. 46, p. 43 en p. 59.

⁴⁷ Commissie Evaluatie III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: BJu 2007, p. 59-60 en p. 69.

Commissie namelijk onder meer ook moeten zien op een tussenuitspraak waarbij prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen en soms moeten worden gesteld.

Verder bepleit deze commissie om ‘voor bepaalde zaken het vooronderzoek weer meer inhoud te geven en daarbij zo nodig ook vaker met expliciete bewijsopdrachten te werken’. In dat kader acht zij het niet ‘uitgesloten dat er soms aanleiding zal zijn om zo’n opdracht in een formele tussenuitspraak neer te leggen, bijvoorbeeld wanneer daaraan een belangrijke beslissing over de bewijslastverdeling ten grondslag ligt’.⁴⁸

Hierbij aansluitend lijkt de wenselijkheid van de mogelijkheid om een tussenuitspraak te kunnen doen ook buiten het terrein van de bestuurlijke lus groter te worden nu vanaf 1 juli de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure voor schadevergoedingsacties inzake onrechtmatig handelen in werking treedt.⁴⁹ Ik kan mij goed voorstellen dat de rechter alvorens definitief over de zaak te beslissen een bewijslevering over de omvang van de schade gelast. Sommige uitspraken zouden dan naast de bewijsopdracht, een bindende eindbeslissing kunnen bevatten omtrent de vestiging van de aansprakelijkheid. Van een bindende eindbeslissing is sprake indien *uitdrukkelijk en zonder voorbehoud* een beslissing wordt gegeven omtrent een geschilpunt.⁵⁰ Dit is praktisch, omdat de rechter hiermee, uit oogpunt van proceseconomie, over geschilpunten beslist voordat over feitelijke kwesties aan partijen wordt opgedragen om bewijs te leveren. Partijen weten zo immers waar ze aan toe zijn en het beperkt daarmee het debat waarover bewijs geleverd moet worden.⁵¹ De grondgedachte van de bindende eindbeslissing is dan ook volgens de Hoge Raad gelegen in de, uit oogpunt van het beginsel van goede procesorde te waarderen, beperking van het procedureel debat.⁵²

De wenselijkheid voor een algemene regeling van de tussenuitspraak in het bestuursprocesrecht lijkt aldus aanwezig te zijn ten behoeve van de eenheid in vormgeving en omdat het geven van een bindende eindbeslissing in voorkomende gevallen praktisch is.

3.4 De tussenuitspraak in het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht

In het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht werd, in navolging van artikel 20.5a Wet milieubeheer, voorgesteld om middels een tussenuitspraak in de Awb de bestuurlijke lus te introduceren, ofwel de mogelijkheid om middels een tussenuitspraak als bestuursrechter

⁴⁸ Commissie Evaluatie III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: BJu 2007, p. 59 en p. 44-47. Zie B.J. Schueler en J.K. Drewes, *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Bju: Den Haag 2007 en T. Barkhuysen en L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Bju: Den Haag 2007. Verder B.J. Schueler, ‘Vernietigen of geschillen beslechten’, *JBplus* 2007, p. 168-181, i.h.b. p. 180 en B.J. Schueler, ‘De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding’, *NTB* 2007, p. 287-297, i.h.b. p. 293-294.

⁴⁹ Op 26 april 2013 is het besluit tot vaststelling van het tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in het Staatsblad gepubliceerd (Stb. 2013, 162). Ingevolge onderdeel a van het enig artikel van dit inwerkingtredingsbesluit treden de bepalingen uit de wet die betrekking hebben op schadevergoeding bij onrechtmatig bestuurshandelen in werking met ingang van 1 juli 2013. De bepalingen uit de wet die betrekking hebben op nadeelcompensatie (artikel I, onderdelen A, Ca, L, M en N) treden nog niet in werking. Dit betreft in het bijzonder de nieuwe titel 4.5 Awb. Op zijn vroegst zal deze titel per 1 januari 2014 in werking treden.

⁵⁰ HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 3, m.nt. WHH. Vergelijk HR 5 januari 1996, *NJ* 1996, 597, m.nt. HER; HR 16 september 1994, *NJ* 1995, 75. Eerder HR 20 juni 1930, *NJ* 1930, 1217.

⁵¹ Vergelijk V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde*, Deventer: Kluwer 2006, p. 304-307 en W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier 2006, p. 121 e.v. inclusief verwijzingen.

⁵² HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 3, m.nt. WHH. Vergelijk HR 5 januari 1996, *NJ* 1996, 597, m.nt. HER; HR 16 september 1994, *NJ* 1995, 75; HR 16 januari 2004, *NJ* 2004, 318; *JBPr* 2004/33, m.nt. Wiersma.

aan te kunnen geven welke juridische gebreken aan het bestreden besluit kleven, waarna het bestuursorgaan de mogelijkheid krijgt om deze gebreken nog hangende de beroepsprocedure te herstellen. Dit faciliteert de bevordering van een definitieve beslechting van het geschil.

Bij het conceptwetsvoorstel werden de volgende redenen aangedragen waarom een wettelijke regeling de voorkeur had boven de tot dan toe bestaande mogelijkheid om het onderzoek ter zitting te schorsen (artikel 8:64 Awb) en met een schriftelijke en gemotiveerde tussenbeslissing een bestuursorgaan te wijzen op de gebreken aan het bestreden besluit en uit te nodigen om deze te herstellen, een wettelijke regeling de voorkeur had.

Allereerst zou er ‘zonder wettelijke regeling onduidelijkheid kunnen ontstaan over de status van de overwegingen die dan zouden zijn neergelegd in een schorsingsbeslissing in plaats van in een echte uitspraak’. Voor de toepassing van de bestuurlijke lus moet de bestuursrechter ‘eerst vaststellen dat het (bestreden) besluit op één of meer punten in strijd is met het recht. Daartoe moet hij feiten vaststellen en rechtsoordelen geven. Daarmee wordt de rechtsstrijd op onderdelen reeds beslist. Het is wenselijk dat dit geschiedt in een echte tussenuitspraak’.

Verder is het wenselijk dat de bestuursrechter ‘bij zijn uitspraak gebonden is aan feitenvaststellingen en rechtsoordelen in de tussenuitspraak, want van het bestuur kan niet worden gevergd dat het zijn (bestreden) besluit gaat aanpassen op grond van een rechterlijke oordeel waarop de (bestuurs)rechter zomaar kan terugkomen. Zo’n bindende beslissing over inhoudelijke aspecten van het geschil moet bij voorkeur een expliciete wettelijke basis hebben. Artikel 8:64 (Awb), dat geschreven is voor beslissingen met een meer procedureel karakter, is daarvoor nooit bedoeld’.⁵³

Een andere reden voor een wettelijke regeling is ‘het voordeel dat het proces van tussenuitspraak, vervangend (bestreden) besluit en einduitspraak aan termijnen kan worden gebonden. Dat is wenselijk, want de bestuurlijke lus is immers mede bedoeld om sneller tot een definitieve beslechting van het geschil te komen’.⁵⁴

De laatste reden ligt in het feit dat ‘de mogelijkheden die de wet wellicht thans reeds biedt, in de praktijk zelden gebruikt’ worden. Een expliciete regeling van de tussenuitspraak ‘zal naar verwachting een stimulans zijn om de bestuurlijke lus wel te gaan toepassen’.⁵⁵

Uit artikel 8:51a lid 1 Awb volgt dat de bestuursrechter de mogelijkheid heeft om het bestuursorgaan middels een tussenuitspraak de gelegenheid te geven om de aangeduide gebreken van het bestreden besluit weg te nemen. Het artikel vindt geen toepassing ‘indien belanghebbende die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld’. Op grond van het artikel 8:80a lid 2 dient in de tussenuitspraak zoveel mogelijk te worden vermeld op welke wijze het gebrek kan worden hersteld.

Omdat te kunnen doen moet de rechter bepalen in hoeverre het bestreden besluit in strijd met het recht is genomen, alsmede welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden is. Ten aanzien hiervan werd in het conceptwetsvoorstel opgemerkt:

“De tussenuitspraak kan uit de aard der zaak nog geen beslissing bevatten omtrent het al dan niet vernietigen van het besluit. Zij kan echter al wel overwegingen bevatten, waarin bepaalde beroepsgronden worden verworpen of gegrond verklaard of wordt geoordeeld dat het beroep van een bepaalde belanghebbende niet-ontvankelijk is. In zoverre bevat de tussenuitspraak materieel gezien eindbeslissingen. Deze binden de rechter bij de

⁵³ Conceptwetsvoorstel, p. 21.

⁵⁴ Conceptwetsvoorstel, p. 21.

⁵⁵ Conceptwetsvoorstel, p. 21.

einduitspraak; hij kan daar bij de einduitspraak niet meer op terugkomen. Niettemin verdient het aanbeveling om deze eindbeslissingen in de tussenuitspraak nog niet in het dictum neer te leggen, maar dat pas bij de einduitspraak te doen. Ander zou de indruk kunnen ontstaan dat de tussenuitspraak deels een einduitspraak is, waartegen reeds hoger beroep openstaat”.⁵⁶

Tegen de tussenuitspraak staat geen tussentijds hoger beroep open. De reden voor deze uitsluiting van tussentijds hoger beroep ligt in het feit dat er anders ‘ongewenste procedurele complicaties en een verlenging van de procedure’ kunnen zijn.⁵⁷

Is het proces van de bestuurlijke lus doorlopen, dan heeft de bestuursrechter ‘weer alle uitspraakbevoegdheden die de wet hem toekent’.

De opstellers van het concept wetsvoorstel realiseerden zich dat ze niet konden ontkomen aan bindende eindbeslissingen. Van het bestuursorgaan kan immers niet worden gevergd dat het zijn (bestreden) besluit aanpast op grond van een rechterlijke oordeel waarop de bestuursrechter zomaar kan terugkomen. Toch krijgt men tegelijkertijd sterk de indruk dat men wilde vasthouden aan het uniteitsbeginsel door aan te bevelen dat de rechter bindende eindbeslissingen niet in het dictum van de tussenuitspraak moet neer leggen.

De Raad van State vond de toelichting ook niet duidelijk en adviseerde deze aan te passen. Dan blijkt dat de term eindbeslissing inderdaad moet worden begrepen als een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing over een feitelijk of juridisch beslispoint, waarbij de bestuursrechter zijn oordeel wel in de overwegingen, maar niet in de beslissing neerlegt en dat dat de bestuursrechter niet mag terugkomen op een eenmaal gedane tussenuitspraak. Het uitgangspunt aldus de nadere toelichting is dat de tussenuitspraak dezelfde rechtskracht heeft als de einduitspraak in de zin van afdeling 8.2.6. Ook vindt men bij nader inzien dat het aanbeveling verdient expliciet te bepalen dat tegen de tussenuitspraak slechts tegelijkertijd met de einduitspraak hoger beroep kan worden ingesteld. Dit om de bijzondere positie van tussenuitspraken ten opzichte van «normale» procesbeslissingen duidelijk tot uitdrukking te brengen.⁵⁸

3.5 Gedachten over invoering tussenuitspraak en de (on)wenselijkheid van tussentijds appel

In deze paragraaf wordt ten slotte aandacht worden besteed aan de vraag of de redenen voor invoering van de tussenuitspraak middels de bestuurlijke lus wellicht algemener kunnen worden getrokken en of een mogelijkheid van tussentijds hoger beroep tegen zo’n uitspraak dan aanbeveling verdient.

Een tussenuitspraak zal vaak bindende rechtsoverwegingen bevatten. Het gevolg van een bindende eindbeslissing is dat de rechter - na de voorzetting van de procedure - hierop in beginsel niet meer kan teruggekomen. Deze gebondenheid geldt ook voor de appelrechter indien de uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing in het tussenvonnissen niet in appel wordt bestreden.

⁵⁶ Conceptwetsvoorstel, p. 40.

⁵⁷ Conceptwetsvoorstel, p. 43.

⁵⁸ *PG Awb digitaal* 8:51a t/m 8:51d Awb.

Dienaangaande is te wijzen op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 december 2011.⁵⁹

Hierin heeft de Afdeling geoordeeld dat indien de rechtbank in een tussenuitspraak verschillende door appellant tegen het bestreden besluit aangevoerde gronden uitdrukkelijk en zonder voorbehoud heeft verworpen en appellant in zijn hogerberoepschrift met betrekking tot de einduitspraak geen gronden heeft aangevoerd tegen de tussenuitspraak en het bestuursorgaan tegen de einduitspraak van de rechtbank geen hoger beroep heeft ingesteld, van de juistheid van de in die uitspraak gegeven oordelen dient te worden uitgegaan.

Het voordeel van een systeem met bindende eindbeslissingen is dat het debat over het besliste punt afgesloten kan worden. Zou de rechter op de beslissing kunnen terugkomen, dan zou bij de partij die op dit punt in het ongelijk is gesteld de neiging kunnen bestaan om de rechter alsnog op andere gedachten te brengen en dus het debat na de tussenuitspraak voort te zetten. De keuze dat slechts tegelijkertijd met het hoger beroep tegen de einduitspraak hoger beroep kan worden ingesteld tegen een tussenuitspraak is geen onlogische keuze als men als uitgangspunt neemt dat het bestuursprocesrecht zo eenvoudig mogelijk moet blijven.

Tussentijds appel tegen een tussenuitspraak verdient in dat licht geen aanbeveling.

Leidend gezichtspunt bij een systeem dat uitgaat van afzonderlijke

tussenuitspraak/afzonderlijk beroep, is het voorkomen van onnodig werk. De instantie wordt in beginsel stopgezet. De reden hiervoor moge duidelijk zijn: het is bepaald onwenselijk dat een procedure in twee instanties tegelijkertijd dient. In een systeem dat primair het voorkomen van onnodig werk op het oog heeft, is het logisch dat als geen beroep wordt ingesteld de uitspraak zelfstandig in kracht van gewijsde gaat. Men loopt dan immers niet het risico dat de beslissing later (op een beroep tegelijk met een einduitspraak) alsnog ongedaan wordt gemaakt, met als gevolg dat een deel van het werk toch onnodig is verricht.

Binnen zo'n systeem passen ook bindende eindbeslissingen. Het belang van veel tussenuitspraken zou minder worden als zij geen bindende eindbeslissingen zouden mogen bevatten. Dit belang moet dan immers in veel gevallen zo worden geformuleerd dat een door een eerste rechter gegeven voorlopig oordeel dient te worden vervangen door een ander voorlopig oordeel. Het voordeel van een systeem met bindende eindbeslissingen is dat het debat over het besliste punt is gesloten: het punt is afgedaan. Zou de rechter op de beslissing kunnen terugkomen, dan zou bij de partij die op dit punt in het ongelijk is gesteld de neiging kunnen bestaan om de rechter alsnog op andere gedachten te brengen en dus het debat na de tussenuitspraak voort te zetten. Nadeel van de gebondenheid is echter dat de rechter ook gebonden is aan foute beslissingen en daardoor gedwongen kan worden een onjuiste einduitspraak te wijzen.⁶⁰

Er kleven echter ook nadelen aan het geschetste systeem. De splitsing van het geding die aan dit systeem inherent is, komt de continuïteit van de instantie niet ten goede. De volgende argumenten pleiten voor een sterkere beklemtoning van die continuïteit.

1. De eisen van een goede instructie: vaststelling van feiten wordt moeilijker naarmate de tijd verstrijkt;
2. Onderzoek naar de rechtsvragen kan inderdaad onderzoek naar de feiten overbodig maken, maar ook het omgekeerde kan het geval zijn, namelijk dat een onderzoek naar de feiten een onderzoek naar de rechtsvragen overbodig maakt;
3. Een onderbreking van het geding werkt storend; het heen en weer sturen van de zaak is voor een rechtzoekende niet begrijpelijk;

⁵⁹ ABRvS 21 december 2011, AB 2012/120, m.nt. De Graaf en Marseille.

⁶⁰ Zie hierover R. Ortlep, Bestuurlijke lus: terugkomen op een in een tussenuitspraak neergelegde bindende eindbeslissing, *JBPlus* 2012, p. 219-234.

4. Meer appels in een zaak betekent meer beroepschriften, meer memories van antwoord en wellicht ook meer pleidooien. Het betekent dat de appèlrechter zich telkens opnieuw in de zaak moet inwerken. Dit alles is omslachtig, kostbaar en tijdrovend.⁶¹

Men kan de bezwaren verbonden aan tussentijds beroep op drie manieren proberen te verminderen:⁶²

1. Het tussentijds beroep kan worden gebonden aan een vereenvoudigde en een snelle beslissing beogende procedure. Het recht wordt hier echter wel weer ingewikkelder door (verschillende soorten van beroep, afwijkende termijnen, afwijkende procedures).
2. Men kan aan het beroep schorsende werking onthouden, zodat de procedure in prima kan worden voortgezet. Aldus wordt evenwel de ratio van tussentijds beroep miskend.
3. Men kan de mogelijkheid van evocatie (wanneer vóór de einduitspraak wordt geappelleerd van een tussenvonnis, kan de appèlrechter onder bepaalde voorwaarden de beslissing van de hoofdzaak aan zich trekken) uitbreiden. Evocatie werkt altijd procesbespoedigend. Het ontnemt partijen echter een instantie.

Met het oog daarop kunnen aan de evocatiemogelijkheid grenzen worden gesteld, maar die maken het recht weer gecompliceerder.

Geen van deze drie oplossingen is erg aantrekkelijk.

Echter ook een systeem dat uitgaat van een afzonderlijke tussenuitspraak met afzonderlijk beroep, maar dan in beginsel alleen tegelijk met de einduitspraak, heeft, wanneer men binnen dit systeem de bindende eindbeslissing accepteert, het voordeel dat het debat over het besliste punt is gesloten. Men heeft dan wel het voordeel van de, uit oogpunt van het beginsel van goede procesorde te waarderen, beperking van het procedureel debat⁶³ maar niet de vertraging en versnippering van het geding als gevolg van het tussentijds appel. Het zou wellicht echter een goed idee zijn om de bestuursrechter de bevoegdheid te geven om in bijzondere gevallen te beslissen dat wel voordat de einduitspraak is gedaan tegen een tussenuitspraak hoger beroep kan worden ingesteld.⁶⁴ Tussentijds hoger beroep tegen tussenuitspraken komt de proceseconomie ten goede als daardoor voorkomen wordt dat partijen debatten voeren en proceshandelingen verrichten op basis van uitgangspunten die niet door de hogere rechter worden gedeeld. Om die reden heeft de burgerlijke rechter de bevoegdheid om in daartoe geëigende gevallen het tussentijds appel open te stellen. Zo kan bij een interlocutoir tussenvonnis bezwaar bestaan tegen de bewijsopdracht zelf of tegen een in het vonnis opgenomen bindende eindbeslissing. Voorts zou dan moeten worden bepaald dat in die gevallen waarin onmiddellijk geappelleerd kan worden, onmiddellijk geappelleerd *moet* worden en het tussentijdse appel schorsende werking heeft. In het bestuursprocesrecht zou doorbreking van het beginsel van continuïteit soms ook doelmatig kunnen zijn. Ik denk dan bijvoorbeeld aan bevoegdheidskwesties en aan de weigering om een belanghebbende in de gelegenheid te stellen als partij aan het geding deel te nemen en in sommige gevallen aan het oordeel dat voldaan wordt aan artikel 1:2 Awb. Te denken valt verder aan gevallen waarin de bewijslast is gebaseerd op een beslissende rechtsvraag en een deskundigenbericht dient te worden gelast. In dat geval zou de rechter het risico van onnodig tijdverlies en onnodige kosten kunnen voorkomen als hij de mogelijkheid zou hebben om tussentijds hoger beroep

⁶¹ H.E. Ras, *Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: S. Gouda Quint, D. Brouwer en Zoon 1966, p. 199-200.

⁶² H.E. Ras, *Het tussenvonnis in het burgerlijk procesrecht* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: S. Gouda Quint, D. Brouwer en Zoon 1966, p. 208.

⁶³ HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 3, m.nt. WHH. Vergelijk HR 5 januari 1996, *NJ* 1996, 597, m.nt. HER; HR 16 september 1994, *NJ* 1995, 75; HR 16 januari 2004, *NJ* 2004, 318; *JBPr* 2004/33, m.nt. Wiersma.

⁶⁴ Zie voor een vergelijkbare bepaling artikel 337 lid Rv.

open te stellen. In de toekomst kunnen daaraan wellicht andere voorbeelden worden toegevoegd.

4. Incidenteel appel

4.1 Inleiding

Incidenteel appel is het instellen van hoger beroep naar aanleiding van een door iemand anders ingediend hoger beroepschrift.⁶⁵ Het “gewone” hoger beroep heet ook wel het principaal hoger beroep. Het incidentele appel heeft twee functies. Enerzijds heeft de appelrechter na het verlopen van de appeltermijn de mogelijkheid bezwaren van geïntimeerde tegen de voor hem ongunstige beslissingen te beoordelen zodat het geding geheel in het nadeel van principaal appellandant kan uitpakken. Dit wordt ook wel de offensieve functie van het incidenteel appel genoemd. Anderzijds kan gedaagde vermijden dat een in de eerste uitspraak geïmpliceerd compromis waarin hij bereid was te berusten eenzijdig, want alleen vanuit de optiek van de gronden van de wederpartij wordt beoordeeld. Dit wordt ook wel de verdedigingsfunctie genoemd.⁶⁶ Het algemene bestuursprocesrecht kende geen incidenteel appel. In de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is voorzien in incidenteel appel. De genoemde wet is op 1 januari 2013 in werking getreden maar de bepalingen inzake incidenteel hoger beroep zijn daarvan uitgezonderd. Die gelden sinds 1 juli 2013. Aanvankelijk vatte de rechter de omvang van het geschil ruim op doordat hij ambtshalve toetste los van de aangevoerde beroepsgronden en doordat hij de aangevoerde beroepsgronden ruim uitlegde dat maakte dat de verwerende partij relatief veel aspecten van de uitspraak aan de orde kon stellen.⁶⁷ De rechter is inmiddels het geschil veel beperkter gaan opvatten en hierdoor is in hoger beroep vaker behoefte aan de mogelijkheid om incidenteel appel in te stellen. Een goed voorbeeld om de toegenomen behoefte aan incidenteel appel te illustreren is de jurisprudentielijn van de Centrale Raad van Beroep inzake de verwevenheid tussen arbeidskundige en medische aspecten die gaan over arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. De Centrale Raad stelde zich eerst op het standpunt dat als het bestuur alleen klaagde over de arbeidskundige aspecten van het besluit hij ook medische aspecten kon beoordelen. Volgens de Centrale Raad zou de rechter daarmee artikel 8:69 lid 1 Awb niet schenden. Van deze lijn is hij teruggekomen heeft de rechtbank gronden inzake de medische beoordeling uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen en komt alleen het bestuur in hoger beroep tegen een vernietiging op de arbeidskundige beoordeling dan kan betrokkene in het verweer niet als nog de medische beoordeling aan de orde stellen.⁶⁸ Of anders gezegd de verwerende partij zal niet meer de kans krijgen om in zijn verweerschrift de medische aspecten aan de orde te stellen. In zulke gevallen is het nu dus belangrijk dat het mogelijk is dat de partij alsnog zelf appel kan instellen als een reactie op een door een andere partij ingesteld appel. In deze bijdrage wordt bekeken door wie op welk moment en hoe incidenteel appel kan worden ingesteld (paragraaf 4.2). In paragraaf 4.3 zal worden besproken waar het incidenteel appel over gaat. Tot slot wordt in paragraaf 4.4 bekeken in hoeverre in het bestuursprocesrecht behoefte bestaat aan het instrument van het incidenteel appel.

4.2 Wie, moment, vorm

⁶⁵ Artikel 8:110 lid 1, eerste zin, Awb bepaalt: Indien hoger beroep is ingesteld, kan degene die ook hoger beroep had kunnen instellen, incidenteel hoger beroep instellen.

⁶⁶ M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1213

⁶⁷ K.F. Bolt, ‘Incidenteel (hoger) beroep in het bestuursprocesrecht’, *NTB* 2008/7, p. 2.

⁶⁸ CRvB 17 april 2007, *LJN* BA2955, *AB* 2007, 167 m.nt. G.J. Vonk

Het eerste lid van artikel 8:110 Awb regelt wie incidenteel hoger beroep in kunnen stellen. Dat zijn degenen die ook een “gewoon” hoger beroep zouden hebben kunnen instellen. Dit zijn belanghebbenden en het bestuursorgaan⁶⁹. In de praktijk zal het veelal gaan om een belanghebbende die ook partij was bij het geding in eerste aanleg. Een belanghebbende die geen beroep bij de rechtbank heeft ingesteld, kan namelijk slechts hoger beroep, en dus ook incidenteel hoger beroep, instellen als hem redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij geen beroep bij de rechtbank heeft ingesteld. Dit volgt uit artikel 6:13 Awb, dat ook voor het incidenteel hoger beroep geldt.⁷⁰ De Memorie van Toelichting noemt het bekendste voorbeeld: de vergunninghouder, die niet kan worden verweten dat hij niet in beroep gaat tegen zijn eigen vergunning.⁷¹ Als de rechtbank op het beroep van een omwonende zijn vergunning vernietigt, moet de vergunninghouder daartegen wel hoger beroep kunnen instellen. Echter, in veel gevallen heeft deze vergunninghouder ook al als partij deelgenomen aan het geding in eerste aanleg (art. 8:26 Awb). In dit type situatie kan de vergunninghouder ook behoefte hebben aan incidenteel hoger beroep. In de Memorie van Toelichting wordt het volgende voorbeeld genoemd:

“..aan iemand wordt een vergunning verleend waaraan twee voorschriften zijn verbonden. Deze vergunninghouder kan met de voorschriften goed leven en gaat daarom niet in bezwaar of beroep. Een omwonende gaat echter, na bezwaar, wel in beroep bij de rechtbank en voert twee beroepsgronden aan: de vergunning had helemaal niet mogen worden verleend en in ieder geval had het voorschrift omtrent het beperken van geluidhinder strenger moeten zijn. De rechtbank verwerpt de eerste beroepsgrond, maar honoreert de tweede. De vergunninghouder legt zich aanvankelijk bij deze uitspraak neer, omdat hij ook met het voorschrift zoals dit volgens de rechtbank zou moeten luiden, nog wel kan leven. Dan gaat echter de omwonende in hoger beroep. In dat geval kan de vergunninghouder alsnog incidenteel hoger beroep instellen tegen het oordeel van de rechtbank omtrent het geluidhindervoorschrift. Hem kan immers niet worden verweten dat hij geen beroep bij de rechtbank heeft ingesteld. Ook dan gaat het echter, als gezegd, vaak om een incidenteel hoger beroep van een partij in eerste aanleg, omdat de vergunninghouder vaak met toepassing van artikel 8:26 als zodanig wordt aangemerkt.”

Daartegenover staat het voorbeeld van de omwonende die tegen de vergunning geen beroep bij de rechtbank heeft ingesteld. Deze kan ingevolge artikel 6:13 geen gewoon hoger beroep meer instellen, en derhalve ook geen incidenteel hoger beroep.”⁷²

Het incidenteel appel moet krachtens art. 8:110 lid 2 Awb worden ingesteld binnen zes weken na de verzending van de gronden van het principaal hoger beroep aan de betrokken partij. Vaak wordt echter de omvang van het principaal appel pas duidelijk uit een aanvullend appelschrift. De appelrechter kan met het oog daarop kan de termijn verlengen.⁷³ De tweede volzin van artikel 8:110 Awb regelt dat de voorschriften inzake het hoger beroep ook van toepassing zijn op incidenteel hoger beroep, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald. Het gaat hier niet alleen om de voorschriften van titel 8.4, maar ook om de regels van hoofdstuk 6 Awb, die van overeenkomstige toepassing zijn op het hoger beroep. Daaruit volgt bijvoorbeeld dat ook een incidenteel hoger beroep schriftelijk moet worden ingesteld (art. 6:4

⁶⁹ Zie artikel 8:104, eerste lid Awb.

⁷⁰ Zie artikel 6:24, waarin dit duidelijkheidshalve uitdrukkelijk is bepaald.

⁷¹ Zie de MvT bij artikel 8:110 Awb op PG Awb digitaal.

⁷² Zie de MvT bij artikel 8:110 Awb op PG Awb digitaal

⁷³ Zie de kritiek van M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013 op dit systeem p. 1216.

Awb) en moet voldoen aan de vereisten van artikel 6:5 Awb(ondertekening, dagtekening en dergelijke).

Het incidenteel appel wordt behandeld ongeacht het processuele lot van het principale appel tenzij het principaal appel strandt op overschrijding van de termijn voor het instellen van het gewone hoger beroep; overschrijding van de termijn voor het betalen van griffierecht daarvoor en het ingesteld zijn van het gewone hoger beroep door een daartoe niet gerechtigde.⁷⁴ Intrekking van het gewone hoger beroep na aanvang van de termijn voor het incidenteel appel heeft geen gevolgen voor de ontvankelijkheid van het incidenteel appel.⁷⁵ Bij andere redenen bijvoorbeeld geen procesbelang van de principaal appellant, als het principaal appel niet ontvankelijk wordt verklaard omdat er geen gronden zijn aangevoerd wordt het incidenteel appel toch voortgezet. Men zou kunnen menen dat aldus geen recht wordt gedaan aan de functie van het incidenteel appel: een rechtsfiguur die bedoeld is voor het geval dat men het appel zou willen laten rusten, ware het niet dat men toch al in een appelprocedure wordt betrokken door de wederpartij en daarvan uitgaande ook wel bezwaar tegen de beroepen uitspraak wil maken. Te bedenken valt anderzijds dat een negatief processueel lot voor het principaal appel veelal eerst duidelijk wordt voor incidenteel appellant op een moment dat hij reeds veel tijd en geld in zijn incidenteel appel gestoken heeft hij moet het dan ook kunnen voortzetten.

Geïntimeerde heeft ook de mogelijkheid om het incidenteel appel voorwaardelijk in te stellen meer in het bijzonder onder de voorwaarde dat de rechter het principaal appel geheel of gedeeltelijk gegrond zal bevinden.⁷⁶ Een voorwaardelijk incidenteel hoger beroep vervalt als het hoger beroep niet-ontvankelijk of ongegrond is, dan wel wordt ingetrokken. In het laatste geval deelt de griffier de indiener mee dat zijn hoger beroep is vervallen.⁷⁷ Het voorwaardelijk appel weerspiegelt de verdedigingsfunctie van het incidenteel appel. Voorwaardelijk incidenteel appel ligt dus niet voor de hand als men niet volledig gelijk heeft gekregen en niet bereid is daarin te berusten.

4.3 Waar mag het incidenteel appel over gaan?

Een andere vraagstuk is waar het incidenteel appel over mag gaan. Het lijkt mij dat incidenteel appellant alles mag aanvoeren wat hij ook in een 'gewoon' appel zou hebben kunnen aanvoeren.⁷⁸ Dit geldt zowel voor de controlefunctie in hoger beroep als de herstellfunctie.⁷⁹ Dat past ook bij de eerder genoemde functies van het incidenteel appel. Wat natuurlijk ook betekent dat een incidenteel appel appellant geen oordeel kan krijgen over iets waarover hij in een appel ten principale ook niet meer een oordeel zou hebben kunnen krijgen. Dit betekent dat de gronden van een incidenteel hoger beroep geen betrekking kunnen hebben op onderdelen van een besluit die de indiener van het incidenteel appel in het beroep bij de rechtbank niet heeft aangevochten, tenzij de indiener van het incidenteel appel redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij deze onderdelen niet eerder heeft aangevochten. Het incidentele appel hoeft tenslotte ook geen ruimere mogelijkheden te bieden

⁷⁴ Artikel 8:111 lid 1 Awb.

⁷⁵ Artikel 8:111 lid 2 Awb.

⁷⁶ Artikel 8:112 lid 1 Awb

⁷⁷ Artikel 8:112 lid 2 Awb

⁷⁸ Zie ook K.F. Bolt, 'Incidenteel (hoger) beroep in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2008/7, paragraaf 3.3.

⁷⁹ Zie hierover de bijdrage van C.L.G.F.H Albers en R.J.N. Schlössels in deze bundel. Zie ook P.A. Willemsen, *De bestuursrechtelijke appelaanpak in: Preadvies: Hoger beroep*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 17-37.

dan het beroep ten principale. Maar verder is er geen reden om beperkingen te stellen aan dat wat de incidenteel appellante aan de orde mag stellen.

4.4 Behoeftte aan incidenteel appel

Zoals reeds opgemerkt in de inleiding is echter het incidenteel appel wel vaker noodzakelijk geworden nu de rechter het geschil in beroep en hoger beroep veel beperkter is gaan opvatten.⁸⁰ Ik zal dat nader toelichten in deze paragraaf.

Het kader waarbinnen de appelrechter zijn oordeel geeft, wordt bepaald door de gronden van appellante en de devolutieve werking van het appel. De omvang van het geding van het hoger beroep wordt - afgezien van de ambtshalve toetsing alleen bepaald door de gronden van de appellante. Artikel 8:69 lid 1 Awb is van overeenkomstige toepassing.⁸¹ Hetgeen echter door de verweerder in hoger beroep tegenover de gronden wordt aangevoerd, moet in appel eveneens in de beoordeling worden betrokken. Anders kan de rechter de juistheid van de gronden niet wege. Om een en ander helder te maken wordt dit aangeduid met de eerste fase.

Deze eerste fase omvat tevens de situatie dat bij wijze van uitzondering de rechtsstrijd uitgebreid kan worden door geïntimeerde. Dit is mogelijk als sprake is van een zo nauwe verwevenheid tussen hetgeen appellante aan de orde heeft gesteld en hetgeen de geïntimeerde vervolgens in het verweerschrift aanvoert bij wijze van 'eigen' beroepsgronden dat de rechter het ene standpunt niet los kan beoordelen van het andere.⁸² Schreuder Vlasblom geeft een helder voorbeeld: waar zij schrijft: "de rechtbank kan een besluit tot ontslag wegens herhaaldelijk plichtverzuim vernietigen omdat ze bepaalde incidenten anders dan het bestuur niet als zodanig aanmerkt althans minder ernstig acht en daarom de verzuimen tezamen onvoldoende zwaarwegend acht. Het bestuur komt alleen op tegen die overwegingen. Dan is in hoger beroep toch het gehele complex feiten dat het verweten plichtsverzuim opleverde aan de orde en oordeelt de appelrechter dus ook over de door de rechtbank wel aanvaarde elementen van dat verzuim".⁸³

Slaagt een grond van de appellante, én zou dat op zichzelf tot vernietiging van de bestreden uitspraak zou moeten leiden, dient de appelrechter krachtens de devolutieve werking het onderliggende geschil te beoordelen zoals zich dat in eerste aanleg heeft ontwikkeld en in hoger beroep wellicht nader is toegespitst of uitgewerkt. Echter de appelrechter dient daarbij uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen gronden waartegen niet in hoger beroep is gekomen van de eerste rechter te eerbiedigen. Hij dient enkel de in eerste aanleg niet behandelde gronden van geïntimeerde die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven alsnog te onderzoeken. Anders geformuleerd: door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen gronden waartegen niet in hoger beroep is gekomen, worden door de Afdeling niet

⁸⁰ P.A. Willemsen, 'De bestuursrechtelijke appelaanpak', in: G.C.C. Lewin e.a. *Hoger beroep*, Den Haag: BJu 2011.

⁸¹ Zie M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p.1201.

⁸² CRvB 22 oktober 2008, *LJN* BG1621, *AB* 2008, 358 m.nt. Marseille; ABRvS 10 juli 2008, 200803901/1; *AB* 2008, 270, m.nt. Ortlep; *JB* 2008/188; *JV* 2008/315.

⁸³ Zie M. Schreuder-Vlasblom *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013 p. 1209.

devolutief beoordeeld.⁸⁴ Illustratief op dit punt is een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 12 augustus 2009⁸⁵

De Afdeling Bestuursrechtspraak overwoog:

“Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Ten aanzien van het beroep van [wederpartij] tegen het besluit van 10 oktober 2007 overweegt de Afdeling dat, voor zover met het vorenoverwogene niet op de bij de rechtbank voorgedragen beroepsgronden is beslist, aan deze gronden niet wordt toegekomen. Over die gronden is door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud een oordeel gegeven, waartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Evenmin is sprake van een nauwe verwevenheid tussen het oordeel over die gronden, dan wel onderdelen van het bij de rechtbank bestreden besluit waarop ze betrekking hebben, en hetgeen in hoger beroep aan de orde is gesteld. Deze beroepsgronden vallen thans dientengevolge buiten het geschil. Gelet op het vorengaande, zal de Afdeling het beroep van [wederpartij] tegen het besluit van 10 oktober 2007 alsnog ongegrond verklaren.”

De gedachte zal zijn dat het middel van hoger beroep strekt tot verkrijging van een gunstiger uitspraak. Het geschil, voor zover de uitspraak strekt ten gunste van appelland, wordt niet in nadere overweging genomen. Wat reeds te zijnen gunste is beslist, blijft aan het oordeel van de appelrechter onttrokken. Wil verweerder bereiken dat ook dit wordt getoetst, dan had hij zijnerzijds moeten appelleren. Gronden van de verweerder waar de rechtbank niet aan toe is gekomen dienen zoals net al werd opgemerkt wel alsnog te worden beoordeeld.⁸⁶

Het bestuursrechtelijke appel draagt derhalve slechts ten aanzien van onbesproken gronden van geïntimeerde een tweede fase in zich. Het bespreken van de onbesproken gronden van verweerder brengt mee dat wat door de appelland als gedaagde of als eiser in eerste aanleg tegenover de stellingen van de verweerder is aangevoerd in appel eveneens in de beoordeling moet worden betrokken, tenzij appelland zijn desbetreffende stellingen heeft prijsgegeven.⁸⁷

Anders dan in het civiele appel draagt het bestuursrechtelijke appel derhalve in beperkter mate, namelijk slechts ten aanzien van onbesproken gronden van geïntimeerde, een tweede fase in zich. Terwijl juist in het civiele recht de mogelijkheid van incidenteel appel al bestond en de bezwaren tegen deze lijn daarom minder zwaar wogen (artikel 339, derde lid, Rv). Daardoor kan immers de door de rechtbank geheel of gedeeltelijk in het gelijk gestelde partij wachten met het instellen van hoger beroep totdat zij verweer voert tegen het hoger beroep van haar wederpartij. Geïntimeerde hoeft echter slechts incidenteel te appelleren als hij ook zijnerzijds een verandering van het dictum van het beroepen vonnis wil.

Het stelsel strekt in de woorden van de Hoge Raad ter bescherming van de geïntimeerde die daardoor wordt behoed voor de nadelige gevolgen van het niet instellen van incidenteel beroep zijnerzijds. Bakels heeft erop gewezen dat er aldus in de positie van de appelland die grieven moet aanvoeren en van de geïntimeerde die dat niet hoeft een zekere onevenwichtigheid is geslopen.⁸⁸ Ras merkt terecht op dat dit de consequentie is van het laten

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 8 december 2005, 200507024/1; JV 2006/39; ABRvS 12 augustus 2009, 200900197/1/V6.

⁸⁵ ABRvS 12 augustus 2009, 200805552/1/V6

⁸⁶ ABRvS 1 december 2004 LJN:AR6769, Raad van State, 200400017/1.

⁸⁷ Zie verder ook M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 556-557.

⁸⁸ F.B. Bakels, 'Enkele processuele onevenwichtigheden in de rechtspraak over het hoger beroep in burgerlijke zaken', *WPNR* 1990, 5951, p. 149

vallen van de eis van incidenteel appel en van het uitslijpen van het vereiste dat het verweer of de grond is gehandhaafd.⁸⁹

Men vraagt zich als niet-civilist af waarom de lijn die in het bestuursprocesrecht wordt gevolgd niet ook in het civiele procesrecht wordt toegepast. Dat zou onmiddellijk het probleem oplossen dat geïntimeerde van rechtswege aanspraak heeft op een volledige tweede fase terwijl appelland alleen recht heeft op de beoordeling van zijn grieven. Het incidenteel appel haalt de scherpe kantjes van deze lijn af.

Wattel merkt in zijn heldere conclusie op dat de vergaande bescherming van de geïntimeerde ten aanzien van de verworpen gronden in het civiele recht niet onomstreden is, onder meer omdat de huidige leer tot veel complicaties bij de Hoven leidt en (daardoor) tot veel cassatieberoepen.⁹⁰ Wattel komt daarom met een tussenoplossing voor het fiscale recht. Hij betoogt voor een geval waar het gaat om een in eerste aanleg verworpen stelling van de geïntimeerde die bij aanvaarding niet tot een beter resultaat voor die partij zou hebben geleid: '[V]an de geïntimeerde mag verwacht worden dat hij een stelling waar hij aan hecht, maar die in eerste aanleg verworpen is, in hoger beroep herhaalt, maar dat hoeft niet reeds bij (incidenteel) hoger beroep.'⁹¹ Die oplossing doet volgens de A-G 'het meeste recht aan de belangen van beide procespartijen en tegelijk aan de proceseconomie en de procesoverzichtelijkheid: de geïntimeerde moet weliswaar zijn in eerste aanleg verworpen stellingen herhalen in hoger beroep, maar dat kan hij in elke stand van het geding doen mits het verdedigingsbeginsel en de (overige) goede procesorde gerespecteerd worden.'⁹² In het arrest van 4 december 2009 kiest de Hoge Raad voor het fiscale recht voor deze oplossing.⁹³ Geldt voor het civiele procesrecht dat er aldus in de positie van de appelland die grieven moet aanvoeren en van de geïntimeerde die dat niet hoeft een zekere onevenwichtigheid is geslopen, in het bestuursprocesrecht maakte deze lijn en het ontbreken van incidenteel appel de ruimte voor geïntimeerde soms wel erg klein. Echter het kiezen voor deze lijn in het fiscale recht had gezien de andere uitgangspositie - het fiscale recht kende immers al wel incidenteel appel - niet veel verschil gemaakt met de keuze van de Hoge Raad en Wattel. Wattel merkt dat ook terecht op in zijn conclusie.⁹⁴ Het enige verschil zou zijn tot welk moment in de appelprocedure het herhalen van zijn in eerste aanleg verworpen gronden mogelijk moet zijn: uiterlijk bij verweer of in elke stand van het hoger beroep mits tijdig voor wijzen van de uitspraak en met respect voor een goede procesorde. De Hoge Raad en Wattel kiezen voor de laatste optie. De niet-fiscale bestuursrechtjuristen, meer gewend aan strengere regimes, zouden denk ik een andere keuze hebben gemaakt. Naar mijn mening klinkt nu te weinig door dat de (uit de eisen van goede procesorde voortvloeiende) regel dat de tegenpartij moet weten waartegen zij zich heeft te verdedigen twee kanten heeft.⁹⁵

Een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen beroepsgrond/corrigerend rechtsoordeel waartegen niet in hoger beroep wordt opgekomen staat in rechte vast. Zoals ik al opmerkte zal de gedachte zijn dat het middel van hoger beroep strekt tot verkrijging van een gunstiger uitspraak. Het geschil, voor zover de uitspraak strekt ten gunste van appelland, wordt niet in

⁸⁹ H.E. Ras (bewerkt door A. Hammerstein), *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Arnhem: Gouda Quint 2001, p. 76.

⁹⁰ Zie de conclusie van A-G Wattel voor HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

⁹¹ Zie punt 5.23 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

⁹² Zie punt 5.28 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

⁹³ HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

⁹⁴ Zie punt 5.23 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 4 december 2009, *AB* 2010, 136 m.nt. P.A. Willemsen.

⁹⁵ Vergelijk F.B. Bakels, 'Enkele processuele onevenwichtigheden in de rechtspraak over het hoger beroep in burgerlijke zaken', *WPNR* 1990, 5951, p. 150.

nadere overweging genomen. Wat reeds te zijnen gunste is beslist, blijft aan het oordeel van de appelrechter onttrokken. Wil verweerder bereiken dat ook dit wordt getoetst, dan had hij zijnerzijds moeten appelleren. Het is een verbetering van de positie van de verweerder dat dit nu kan middels incidenteel appel. Appellant heeft het in de hand over welke stellingen en weren uit de eerste aanleg hij het oordeel van de appelrechter wenst te vernemen, dus is het in zijn belang en daarmee aan hem die wens in gronden om te zetten. Voor geïntimeerde verbetert de invoering van incidenteel appel zijn positie omdat hij daardoor wordt behoed voor de nadelige gevolgen van het niet instellen van principaal appel. Met name als de rechtbank beide partijen gedeeltelijk gelijk heeft gegeven kan het voorkomen dat de ene partij berust en de andere partij appelleert. In dat geval ik citeer Verheij “ kan de berustende partij, in voetbaltermen, in hoger beroep alleen nog maar gelijkspelen of verliezen, maar niets meer winnen, tenzij zij zelf alsnog ook in hoger beroep gaat”.⁹⁶ Indien de andere partij pas tegen het einde van de beroepstermijn hoger beroep instelt is dat echter praktisch onmogelijk. Dit is ongelukkig als een partij slechts heeft berust om van de zaak af te zijn. Geïntimeerde moet dan tijd en geld blijven steken in een zaak waarin hij niets meer kan winnen. Omgekeerd heeft de appellant niets te verliezen, behalve in het uitzonderlijke geval dat de rechter ambtshalve aan een kwestie van openbare orde moet toetsen. inbrengen. Dit werkt minder kansrijke hoger beroepen in de hand.⁹⁷ Om dergelijke reden is het incidenteel hoger beroep mijns inziens terecht ingevoerd.

Invoering van het incidenteel appel kan dus de schade die men zou kunnen leiden als men geen principaal appel instelt tegen uitdrukkelijk verworpen gronden kunnen beperken, maar niet in het geheel wegnemen. Immers als het bestuursorgaan en/of een derde geen hoger beroep instelt is men ook dan gebonden aan de verworpen grond. Een gevaar dat men zich nu incidenteel appel is ingevoerd wellicht minder realiseert. Maar de keuze voor een systeem waarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen beroepsgrond/corrigerend rechtsoordeel waartegen niet in hoger beroep wordt opgekomen in rechte vast staat, hetzij in het geding omtrent een hernieuwde beslissing op bezwaar, hetzij in het devolutieve traject (de onzuivere Brummenlijn)⁹⁸ heeft eigen (in mijn ogen zeer nuttige) doelstellingen en velen zullen het prettig vinden dat de scherpe kantjes daar nu een beetje middels incidenteel appel af zijn maar het verzachten van de gevolgen van de Brummenjurisprudentie is een neveneffect niet de zuivere reden om incidenteel appel in te voeren. Dat is het verbeteren van de positie van de geïntimeerde en zijn positie wordt natuurlijk wel weer mede bepaald door deze lijn maar dat is voor de appellant niet anders. De keuze voor incidenteel appel en niet voor het uitbreiden van de devolutieve werking lijkt mij een evenwichtige keus als men kijkt naar de scheve positie van de appellant in het civiele recht.

5 Conclusie

Ik sluit de bijdrage af met de opmerking dat er naar mijn mening ten aanzien van de onderwerpen die in deze bijdrage zijn besproken met betrekking tot de toegang tot het hoger beroep evenwichtige keuzes zijn gemaakt. De gemaakte keuzes doen recht aan de ontwikkelingen van het systeem van het bestuursprocesrecht en rechtspraak in het algemeen om te voorkomen dat het hoger beroep de aansluiting bij zijn omgeving verliest. Ten eerste de keuze voor het uitsluiten van hoger beroep in bagatelzaken zoals neergelegd in artikel 8:104 tweede lid Awb. De drempel voor het instellen van hoger beroep is terecht

⁹⁶ Zie zijn annotatie onder 2 bij ABRvS 19 november 2003, *LJN AN8368, AB 2004, 384*.

⁹⁷ Zie ook Verheij in zijn annotatie onder 2 bij ABRvS 19 november 2003, *LJN AN8368, AB 2004, 384*.

⁹⁸ Zie ABRvS 14 februari 2007, nr. 200604951/1, *AB 2007, 126 m.nt. Ortlep en Willemsen*. Zie voor de introductie van de termen ‘zuivere’ en ‘onzuivere Brummenlijn’ de annotatie van Ortlep bij ABRvS 10 juli 2008, nr. 200803901/1, *AB 2008, 270*).

gevonden in de aard van de zaak. Betrekkelijk eenvoudig op te lossen zaken rechtvaardigen het instellen van hoger beroep niet. Ten tweede is hoger beroep uitgesloten tegen voorlopige voorzieningen. De voordelen van het invoeren van de mogelijkheid van hoger beroep tegen een voorlopige voorziening wegen naar mijn mening inderdaad niet op tegen de nadelen. Op de werking van appelverboden als deze zijn in de rechtspraak wel (terechte) nuanceringen aangebracht, vaak gebaseerd op het EVRM, met name daar waar een appelverbod wordt doorbroken indien de uitspraak is gedaan “met een zodanig ernstige schending van fundamentele rechtsbeginselen, dat van een eerlijk proces geen sprake meer is”. In het algemeen kunnen de behandelde appelverboden deze toets naar mijn mening glansrijk doorstaan. In concrete gevallen kan deze rechtspraak de werking van een appelverbod corrigeren waar dat is vereist.

In de tweede plaats is bezien of er een behoefte is om in de Awb een bevoegdheid om tussenuitspraken te doen op te nemen en zijn de voor- en nadelen van tussentijds appel besproken. Het in aanvulling op de bestuurlijke lus invoeren van een algemene bevoegdheid van de rechter om een in beginsel niet appellabele tussenuitspraak te doen is wat mij betreft een logische en wenselijke ontwikkeling in het bestuursprocesrecht. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid om met bewijsopdrachten te werken. Wel ben ik van mening dat de bestuursrechter de mogelijkheid zou moeten krijgen om in uitzonderlijke gevallen te beslissen dat hoger beroep tegen een tussenuitspraak mogelijk is voordat de einduitspraak is gedaan. Die mogelijkheid ontbreekt nog, maar is wel degelijk gewenst omdat men soms niet het risico wil lopen dat de beslissing later (op een beroep tegelijk met een einduitspraak) alsnog ongedaan wordt gemaakt, met als gevolg dat een deel van het werk toch onnodig is verricht. Tot slot is het incidenteel appel besproken, dat wil zeggen het instellen van hoger beroep naar aanleiding van een door een ander ingediend hoger beroepschrift. Het incidenteel appel kwam aanvankelijk in het algemene bestuursprocesrecht niet voor, maar is noodzakelijk geworden nu de rechter het geschil veel beperkter is gaan opvatten. Met de invoering van het incidenteel appel wordt de positie van de geïntimeerde verbeterd. De keuze voor incidenteel appel in plaats van een uitbreiding van de devolutieve werking lijkt mij een goede als men kijkt naar de scheve positie van de appellant in het civiele recht.