

# 36. Het door de vingers zien van gebreken: rechtspraak artikel 6:22

MR. R.E. WANNINK EN MR. R.J. BOOGERS

Per 1 januari 2013 is de Wet aanpassing bestuursprocesrecht deels in werking getreden.<sup>1</sup> Onderdeel van de aanpassing is een verruiming van de regeling van artikel 6:22 Algemene wet bestuursrecht. Zowel formele als materiële gebreken staan aan vernietiging niet in de weg als aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. In 2015 zag een uitgebreid rapport over de werking van de verruimde regeling het licht. In dit artikel staan wij stil bij de rechtspraak sindsdien.

## 1. Vooraf

Waar voorheen kort gezegd het voorkomen van vernietiging op formele gronden (de wettekst spreekt over een vormvoorschrift) het leitmotiv was, is de regeling van artikel 6:22 Awb uitgebreid met het voorkomen van een vernietiging op materiële normen, onder de voorwaarde dat het aannemelijk moet zijn dat dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. In de Memorie van Toelichting (MvT) bij genoemde wet is aangegeven dat de beperking tot formele gronden niet ver genoeg gaat. De minister is van mening dat voor de beantwoording van de vraag of een gebrek in een besluit kan worden gepasseerd, niet de aard van het geschonden voorschrift beslissend zou moeten zijn, maar uitsluitend het antwoord op de vraag of door de schending iemand is benadeeld. Daarom is voorgesteld om het woord 'vormvoorschrift' te vervangen door 'geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel'.

In lijn met dit standpunt is in artikel 1.5 Crisis- en herstelwet voor het toepassingsbereik van die wet een verruimde versie van artikel 6:22 Awb opgenomen, aldus de minister in de Memorie van Toelichting. Door deze verruimde versie voor het gehele bestuursrecht in te voeren zullen geschillen vaker definitief kunnen worden beslecht, aldus de minister.

De letterlijke tekst van artikel 6:22 Awb luidt als volgt: *'Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.'*

Overigens is het criterium dat het ontbreken van benadeling 'aannemelijk' moet zijn, ontleend aan artikel 1.5 Crisis- en herstelwet. In het kader van dat wetsvoorstel wees de Raad van State er op dat maar zelden met absolute zekerheid zal vaststaan dat er niemand is benadeeld. Het stellen van de eis dat het ontbreken van benadeling vaststaat, zou artikel 6:22 Awb krachteloos maken volgens de Raad van State. Daarom is gekozen voor de iets lichtere maatstaf dat het ontbreken van benadeling 'aannemelijk' moet zijn.

Een voorbeeld van een uitgebreide motivering door een rechterlijke instantie is een overweging van de Rechtbank Den Haag<sup>2</sup> in een zaak waarbij een aanvraag voor een het verlenen van een verblijfsvergunning asiel op grond van de Vreemdelingswet 2000 ('Vw') voor bepaalde tijd is afgewezen. Deze overweging luidt als volgt:

*'3. Tussen partijen is niet in geschil dat verweerder de aanvraag van eiser ten onrechte met toepassing van artikel 30b, eerste lid, aanhef en onder e, Vw heeft afgewezen als kennelijk ongegrond. Volgens verweerder had hij de aanvraag moeten afwijzen als ongegrond, als bedoeld in artikel 31, eerste lid, Vw. De rechtbank zal dit gebrek met toepassing van artikel 6:22 Algemene wet bestuursrecht (Awb) passeren. De rechtbank acht namelijk aannemelijk dat eiser door het gebrek in het bestreden besluit niet is benadeeld. Verweerder heeft immers geen gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid op grond van artikel 62, tweede lid, Vw om de vertrektermijn van vier weken te verkorten of te bepalen dat eiser Nederland onmiddellijk dient te verlaten omdat zijn aanvraag is afgewezen als kennelijk ongegrond. Het is voorstelbaar dat eiser stress heeft ervaren door de mogelijkheid dat zijn opvang zou worden beëindigd, zoals hij ter zitting naar voren heeft gebracht. Nu de opvang van eiser tot op heden echter niet daadwerkelijk is beëindigd, is*

1 Zie Stb. 2012, 682, wettekst en Stb. 2012, 684, inwerkingtreding.

2 Rb. Den Haag 22 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16792.

*daarin geen grond gelegen voor het oordeel dat hij is benadeeld door het gebrek in het bestreden besluit. Voorts is ter zitting komen vast te staan dat verweerder de dwangsom, die verweerder verschuldigd is wegens overschrijding van de beslistermijn die van toepassing is op het nemen van een besluit tot afwijzing van een aanvraag als ongegrond, inmiddels heeft voldaan.<sup>3</sup>*

Maar de motivering in uitspraken is niet altijd zo uitgebreid. Bovendien maakt de rechter in bepaalde gevallen de keuze om geen toepassing te geven aan artikel 6:22 Awb, hoewel de wettekst zich daar niet tegen leek te verzetten.

### De rechter maakt in bepaalde gevallen de keuze om geen toepassing te geven aan artikel 6:22 Awb, hoewel de wettekst anders doet vermoeden

In dit artikel staan wij stil bij de rechterlijke toetsing en het al dan niet gebruik van artikel 6:22 Awb. Is er al een lijn te ontdekken in de rechtspraak? De focus ligt op de gevallen dat de rechter afzag van het toepassing geven aan de regeling van artikel 6:22 Awb. Dit doen wij door de rechtspraak sinds november 2015 te analyseren.

#### 2. WODC rapport als vertrekpunt

In november 2015 verscheen het WODC<sup>3</sup> rapport 'Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb, Een onderzoek naar het relativiteitsvereiste en het passeren van gebreken in de (rechts)praktijk' van de hand van onderzoekers van de Radboud Universiteit Nijmegen en de Universiteit Utrecht.<sup>4</sup> De onderzoekers constateren onder meer dat de vraag of een gebrek wordt gepasseerd niet alleen afhangt van de aard van het gebrek. Ook het rechtsgebied waarbinnen de zaak speelt, is relevant. Het opvoedkundige effect van een vernietiging speelt een rol, evenals het rechtsgevoel van de rechtzoekende. In het algemeen wordt de lijn gevolgd dat als de inhoud van een besluit anders zou kunnen luiden zonder het gebleken gebrek, dit gebrek niet wordt gepasseerd, zo concluderen zij.

Uit interviews met rechters blijkt dat zij soms bepaalde gebreken uit principe niet te passeren. Dat is het geval bij het niet horen van belanghebbenden in de bezwaarfase: door meerdere rechters wordt aangegeven dat zij dat een niet te passeren gebrek vinden. Daarentegen worden geconstateerde gebreken in het bestreden besluit of de totstandkoming daarvan dikwijls alsnog tijdens de procedure bij de rechter 'gerepareerd', zo blijkt. De onderzoekers vervolgen: 'Dat wordt gedaan door middel van het alsnog over-

*leggen van onderzoeksgegevens die relevant zijn voor het bestreden besluit, het alsnog aanvullen of verbeteren van de motivering van het bestreden besluit of het alsnog aan partijen kenbaar maken van voor bestreden besluit relevante stukken. Als partijen voldoende gelegenheid hebben gehad om op de reparatiehandeling van het bestuursorgaan te reageren, dan kan het geconstateerde gebrek worden gepasseerd.'* Uit het voorgaande volgt dat er gebreken zijn die uit principe niet gepasseerd worden, terwijl dit naar de letter van de wettekst wel tot de mogelijkheden behoort. De betreffende rechters achten het gebrek zelf te zwaar om de ontsnapingsmogelijkheid via artikel 6:22 Awb daarvoor te gebruiken.

Strikt genomen sluit dat niet aan bij de wet en de bedoeling van de wetgever. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling<sup>5</sup> is immers niet de aard van het geschonden voorschrift beslissend voor de beantwoording van de vraag of een gebrek in een besluit kan worden gepasseerd, maar uitsluitend het antwoord op de vraag of door de schending een belanghebbende is benadeeld. Het woord 'uitsluitend' laat geen twijfel bestaan over de grondgedachte van de wetgever bij deze bepaling. Maar de rechtspraak laat derhalve een genuanceerder beeld zien.

De onderzoekers constateren voorts dat de toets of aannemelijk is dat andere belanghebbenden door het gebrek niet zijn benadeeld, door de rechter soms achterwege wordt gelaten, althans niet in de motivering is verwerkt.

Ten aanzien van de praktijk van de toetsing aan de benadelingseis blijkt de onderzoekers dat de invulling van de toets verschilt:

*'Soms wordt in weerwil van het bepaalde in artikel 6:22 Awb, enkel een overweging gewijd aan de partijen in het geding. Als andere belanghebbenden wel worden genoemd, dan volstaat de rechter soms met de constatering dat niet is gebleken dat andere belanghebbenden door het gebrek zijn benadeeld, zonder dat hij nader inzicht geeft in hoe hij dat heeft getoetst. Slechts in een incidenteel geval geeft de rechter dat inzicht wel.'*

*In tweepartijengeschillen is de toets of belanghebbenden zijn benadeeld relatief eenvoudig. Dan is de inhoud van het bestreden besluit maatgevend voor de vraag of een gebrek passabel is.*

(...)

*De toepassing van artikel 6:22 Awb komt niet als een verrassing voor partijen. De toepassing ervan blijkt niet pas uit de uitspraak. De geïnterviewde rechters geven aan over de mogelijke toepassing van artikel 6:22 Awb ter zitting reeds met partijen van gedachten te wisselen.*

3 WODC staat voor: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum.

4 A.G.A. Nijmeijer, B.J. Schueler, F.A.G. Groothuise, S. Hillegers, T.E.P.A. Lam, R. Ortlep en R.J.N. Schlössels.

5 Kamerstukken II 2009/10, 32450, nr. 3, p. 14.

*In veel gevallen waarin de rechter artikel 6:22 Awb kan toepassen, kan hij grotendeels hetzelfde resultaat bereiken door het besluit wel te vernietigen en daarbij de rechtsgevolgen in stand te laten. Een duidelijke toegevoegde waarde van artikel 6:22 Awb ten opzichte van het in stand laten van de rechtsgevolgen blijkt niet uit de interviews. Bij serieuze gebreken kiezen sommige rechters liever voor het in stand laten van de rechtsgevolgen. Voor hen lijkt artikel 6:22 Awb alleen als het ‘futiliteiten’ betreft een passender instrument.’*

*Uit interviews met rechters blijkt dat zij soms bepaalde gebreken uit principe niet te passeren.*

Als het om ‘meerpartijengeschillen’ gaat, blijkt uit een analyse van de rechtspraak door de onderzoekers, onder meer:

*‘Van belang is op te merken dat de toets of aannemelijk is dat andere belanghebbenden niet zijn geschaad, in de onderzochte zaken op verschillende wijze door de rechter wordt ingevuld, voor zover uit de desbetreffende uitspraak iets van die toetsing blijkt. Zo stelt de Afdeling in de uitspraak van 11 maart 2015 (r.o. 9.1) vast dat er door andere belanghebbenden geen zienswijzen kenbaar zijn gemaakt tegen het ontwerpbesluit en dat daarom geen sprake kan zijn van andere belanghebbenden dan appellant. In ABRvS 14 mei 2014 (r.o. 4.3) wordt volstaan met de opmerking dat uit het beroepschrift noch anderszins is gebleken dat belanghebbenden zijn benadeeld.’*

Kortom: de benadelingstoets wordt nog niet eenduidig toegepast en gemotiveerd.

### 3. Rechtspraak

In deze paragraaf analyseren wij de uitspraken die gepubliceerd zijn sinds november 2016. De (belastingkamer van de) Hoge Raad overwoog op 29 januari 2016<sup>6</sup> dat het achterwege laten van een hoorzitting (in de fase van bezwaar derhalve) niet via artikel 6:22 Awb geheeld kon worden omdat de heffingsambtenaar en belanghebbende van mening verschilden over onder meer de feiten en de waardering daarvan. ‘In zo’n geval kan niet worden gezegd dat belanghebbende niet is benadeeld (...)’, zo overweegt de Hoge Raad vervolgens. Door dergelijke basale verschillen van inzicht is het achterwege laten van een hoorzitting derhalve eenvoudigweg niet opportuun. Dat enkele gegeven is kortom voldoende voor de Hoge Raad. Wij lezen dit arrest zo, dat de Hoge Raad in algemene zin van oordeel is dat een dergelijk gebrek onder deze omstandigheden nimmer via de band van artikel 6:22 Awb gepasseerd kan worden. Dan is een individuele beoordeling voor beantwoording van de vraag van de benadeling overbodig.

Bij arrest van 23 december 2016 geeft de Hoge Raad<sup>7</sup> verdere duidelijkheid over de vraag wanneer het achterwege laten van horen via de weg van artikel 6:22 Awb kan worden gepasseerd. In beginsel kan het ten onrechte niet horen enkel worden gepasseerd wanneer:

*‘(...) het verzuim is hersteld doordat de belanghebbende zijn bezwaren in beroep en in hoger beroep schriftelijk heeft kunnen uiteenzetten en mondeling heeft kunnen toelichten, omtrent de van belang zijnde feiten en de waardering daarvan tussen de inspecteur en de belanghebbende (uiteindelijk) geen verschil van mening bestaat, en het geschil betrekking heeft op een aangelegenheid waarbij de inspecteur geen beleidsvrijheid toekomt.’*

Dat is wat ons betreft een juiste redenering: immers, in bezwaar wordt niet alleen de rechtmatigheid van een besluit getoetst maar ook de doelmatigheid. Dit terwijl de rechter enkel de rechtmatigheid van het besluit toetst. Wanneer er sprake is van beleidsvrijheid dient in het kader van de bestuurlijke heroverweging ook de doelmatigheid van het besluit getoetst te worden. Wanneer er dan sprake is van een schending van de hoorplicht kan dat moeilijk in beroep worden hersteld: argumenten in het kader van de doelmatigheid hebben dan immers maar weinig effect. Een rechter kan het niet horen in bezwaar ons inziens om die reden minder snel passeren op grond van artikel 6:22 Awb omdat een belanghebbende dan in zijn belangen kan zijn geschaad.

De Centrale Raad van Beroep (‘CRvB’) overwoog in de uitspraak van 31 januari 2017<sup>8</sup> dat het alsnog horen in beroep reden kan zijn om het gebrek, te weten: het niet horen in bezwaar, te passeren.

*‘Uit 4.2 vloeit voort dat het bestreden besluit in strijd met artikel 7:2, eerste lid, van de Awb is genomen. Appellant heeft echter de gelegenheid gehad om in beroep en hoger beroep zijn standpunten naar voren te brengen en stukken te overleggen. De Raad ziet daarom aanleiding om dit gebrek aan het bestreden besluit met toepassing van artikel 6:22 van de Awb te passeren aangezien aannemelijk is dat appellant daardoor niet is benadeeld. Anders dan appellant heeft betoogd bestaat dan ook geen aanleiding om het bestreden besluit wegens strijdigheid met artikel 7:2 van de Awb te vernietigen.’*

Ook in een tweetal andere recente uitspraken<sup>9</sup> oordeelde de CRvB dat het ten onrechte niet horen in bezwaar een gebrek vormt dat met toepassing van artikel 6:22 Awb gepasseerd kan worden ‘aangezien appellant in beroep en hoger beroep immers alsnog de mogelijkheid heeft gehad zijn standpunten te verwoorden en stukken te overleggen’. Het College van beroep voor het bedrijfsleven passeerde

7 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2829.

8 CRvB 31 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:371.

9 CRvB 14 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4784 en CRvB 4 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3651.

6 HR 29 januari 2016, NJB 2016, 355.

eerder het gebrek met de overweging dat, afgezien van de vraag of appellante al dan niet heeft verklaard dat zij geen gebruik wilde maken van het recht om te worden gehoord, partijen uitsluitend van mening verschillen over het toepasselijke recht en niet over de relevante feiten.<sup>10</sup>

Soms wil een appellant ook niet dat artikel 6:22 Awb wordt toegepast en wordt betoogd dat het gebrek zodanig zwaar is dat (dus) geen gebruik kan worden gemaakt van artikel 6:22 Awb. Een mooi voorbeeld daarvan is de casus die heeft geleid tot de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder te noemen: 'Afdeling') van 3 augustus 2016. Diegene die in aanmerking wilde komen voor het Nederlanderschap diende documenten over te leggen waaruit de identiteit van aanvrager zou blijken. Deze konden niet overgelegd worden.<sup>11</sup>

De Afdeling overweegt onder meer als volgt:

*'5. Appellante betoogt verder dat de minister zijn besluit van 23 december 2014 onzorgvuldig heeft voorbereid, omdat hij zich daarin ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat in de verblijfsrechtelijke procedure geen onderzoek is gedaan naar de in die procedure overgelegde geboorteakte en het paspoort en heeft nagelaten het desbetreffende dossier te raadplegen. Uit dat dossier blijkt dat voormelde documenten destijds wel zijn onderzocht. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, kleeft in dat opzicht aan het besluit van 23 december 2014 niet slechts een motiveringsgebrek dat met toepassing van artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kon worden gepasseerd, maar een essentieel zorgvuldigheidsgebrek waarbij toepassing van dat artikel niet past, aldus appellante.'*

*5.1. Dit betoog leidt niet tot het ermee beoogde doel, reeds omdat het er niet aan afdoet dat voormelde documenten thans niet meer voorhanden zijn en in deze procedure dus niet kunnen dienen ter vaststelling van de identiteit en nationaliteit van appellante. Bovendien is de geldigheidsduur van het destijds door appellante overgelegde paspoort in 2006 verstreken. Ook indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat, zoals appellante betoogt, sprake is van een onzorgvuldige voorbereiding van het besluit van 23 december 2014, is onder die omstandigheden dat gebrek niet zodanig ernstig dat het zich om die reden niet leent voor toepassing van artikel 6:22 van de Awb. Appellante heeft voorts niet aannemelijk gemaakt dat zij door die toepassing onevenredig in haar belangen is geschaad.'*

Het enkele feit dat sprake is van een onzorgvuldige voorbereiding is derhalve onvoldoende. Maar wat nu precies de gedachte is van de Afdeling om in dit geval te overwegen dat onder die omstandigheden het gebrek niet dusdanig ernstig is dat artikel 6:22 Awb niet in beeld komt, is niet

helemaal duidelijk. Dat de Afdeling een zware toets toepast is wel duidelijk. Ten aanzien van de benadelingseis wordt slechts gesteld dat appellante zelf niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij door die toepassing onevenredig in haar belangen is geschaad.

### Ook hier speelt de toetsing van de benadelingseis geen rol van betekenis.

In het kader van de zorgvuldige voorbereiding in relatie tot artikel 6:22 Awb is de uitspraak van de Afdeling van 24 februari 2016 relevant.<sup>12</sup> In die casus had de belanghebbende het college onvoldoende inlichtingen verstrekt. Het college had dan ook, op grond van artikel 3:2 Awb, de belanghebbende hierop voorafgaand aan de beslissing op bezwaar moeten wijzen en de belanghebbende de gelegenheid moeten bieden om alsnog de ontbrekende informatie aan te leveren. In dit geval overweegt de Afdeling dat het aannemelijk is dat de belanghebbende niet is benadeeld door het gebrek. De Afdeling overweegt dat ook indien belanghebbende wel in die gelegenheid was gesteld, de belanghebbende niet in staat zou zijn om de ontbrekende documenten alsnog aan te leveren. De Afdeling baseert zich op uitlatingen van belanghebbende zelf. Wij vinden dit een verstrekkende uitspraak. Weliswaar is door de wetgever welbewust gekozen dat het ontbreken van benadeling 'aannemelijk' moet zijn en dus 'absoluut zeker', maar gaat het hier niet om een meer principiële vraag dat het de schending is van een artikel betreft dat juist bedoeld is om de burger te helpen bewijs te leveren van diens stellingen en dat juist dat soort artikelen van grote betekenis zijn voor burgers? Hoezeer het ook aannemelijk is dat de burger de betreffende inlichtingen niet alsnog had kunnen verstrekken laat onverlet dat het hier wel een zeer wezenlijk onderdeel betreft van de rechtsbeschermingsgedachte.

Dat de uitkomst in het kader van een schending van de zorgvuldigheid ook anders kan zijn, bewijst de uitspraak van de Afdeling van 30 maart 2016.<sup>13</sup> In deze uitspraak had het college een gedoogbeschikking voor een minicamping verleend maar deze niet betrokken bij het besluit tot afwijzing van handhaving. De Afdeling overweegt dat uit het besluit op het bezwaar niet blijkt dat het college het gedoogbesluit bij zijn overwegingen heeft betrokken.

De Afdeling vervolgt:

*'Anders dan de rechtbank heeft overwogen kan dit gebrek in de motivering niet met toepassing van artikel 6:22 van de Awb worden gepasseerd. Dat het gedoogbesluit, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, niet leidt tot de conclusie dat geen sprake was van een overtreding, brengt niet met zich dat het gedoogbesluit geen rol speelt in de door het college te maken belangenafweging omtrent de vraag of in*

<sup>10</sup> CBB 20 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:412 en CBB 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:219.

<sup>11</sup> ABRV 3 augustus 2016, zaaknummer 201507664/1/V6.

<sup>12</sup> ABRV 24 februari 2016, zaaknummer 201505409/1/A3.

<sup>13</sup> ABRV 30 maart 2016, zaaknummer 201503352/1/A1.

*deze situatie van handhavend optreden behoort te worden afgezien en appellant niet benadeeld is door het gebrek. De rechtbank heeft dit niet onderkend.'*

De Afdeling geeft ook nu geen helderheid waarom het zo ernstig is dat het gedoogbesluit niet is betrokken in de afwegingen en kennelijk tot een zo groot gebrek leidt dat er geen plaats is voor toepassing van de regeling van artikel 6:22 Awb. De woorden 'zodanig ernstig', zoals gebezigd door de Afdeling in de voornoemde uitspraak van 3 augustus 2016, klinken in deze uitspraak niet door. Hoe dan ook is de mate van benadeling niet onderzocht. En dat zou volgens de parlementaire geschiedenis toch de maatstaf moeten zijn. Ook hier speelt de toetsing van de benadelingseis geen rol van betekenis. Het doek was al gevallen, doordat geconstateerd werd dat het gedoogbesluit niet betrokken was in de overwegingen die hebben geleid tot het afwijzen van handhaving.

Een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 29 januari 2016<sup>14</sup> werpt nog een ander licht op het inzicht van de bestuursrechter ten aanzien van het al dan niet benutten van de mogelijkheid om via artikel 6:22 Awb gebreken te passeren. Als een bestuursorgaan via de bestuurlijke lus de kans heeft gehad om een gebrek te herstellen maar dat niet of in onvoldoende heeft gedaan, dan staat de weg van artikel 6:22 Awb niet meer open om het geconstateerde gebrek alsnog te laten voor wat het is. Ook aan dat inzicht ligt een principiële opvatting ten grondslag: '(...) de bestuursrechter niet meer de ruimte behoort te hebben dat gebrek met een ongegrondverklaring van het tegen het bestreden besluit ingestelde beroep te "passeren".' In dit geval kwam het betrokken bestuursorgaan (Raad van Bestuur van UWV) er overigens nog steeds goed weg met in stand lating van de rechtsgevolgen van het door de rechter vernietigde besluit. De Centrale Raad van Beroep kiest met deze lijn voor een principiële koers, een duidelijk verschil met de eerdere lijn van zie de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 1 augustus 2014<sup>15</sup> waarin een gebrek na toepassing van de bestuurlijke lus nog werd gepasseerd. Er zijn daarnaast tal van uitspraken verschenen waarbij in het kader van artikel 6:22 Awb de rechter alleen oog had voor de benadelingseis.

Een voorbeeld daarvan is een uitspraak van de Afdeling van 15 maart 2017:<sup>16</sup>

*'De Afdeling ziet echter aanleiding om de schending van artikel 3:11, eerste lid, van de Awb te passeren met toepassing van artikel 6:22 van de Awb, nu de raad de overeenkomst in deze procedure heeft overgelegd, zodat appellant en anderen het stuk hebben kunnen inzien en daarop hebben kunnen reageren. Niet aannemelijk is dat andere belanghebbenden zijn benadeeld, nu het bestaan van de*

*overeenkomst kenbaar was omdat de overeenkomst in de toelichting bij het ontwerpplan wordt vermeld. Er mag daarom worden aangenomen dat andere belanghebbenden een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht waarin erop zou zijn gewezen dat de overeenkomst niet ter inzage lag dan wel dat zij, na desgevraagd inzage te hebben gehad in de overeenkomst, een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht.'*

Zie voor een vergelijkbare benadering in een tweepartijengeschil de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 9 maart 2017:<sup>17</sup>

*'Appellant heeft gesteld dat hij hierdoor is benadeeld, maar hij heeft daarbij geen toelichting gegeven. De Raad neemt in aanmerking dat de subsidiaire ontslaggrond mede berust op dezelfde feiten en omstandigheden als die waarop het primair gegeven strafontslag berust en dat appellant zich daarover in de bezwaarfase heeft uitgelaten. Ook heeft hij in beroep en in hoger beroep de gelegenheid gehad om zijn zienswijze over de subsidiaire ontslaggrond te geven. Het is dan ook aannemelijk dat betrokkene niet is benadeeld omdat hij geen zienswijze kenbaar heeft kunnen maken over de subsidiaire ontslaggrond en de Raad ziet daarom aanleiding dit gebrek met toepassing van artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht te passeren.'*

Of appellant daadwerkelijk is benadeeld, wordt ook in dit tweepartijengeschil niet door de rechter zelf onderzocht. Voor de aannemelijkheidstoets is voldoende dat appellant niet eerder zijn zienswijze over een ontslaggrond heeft kenbaar gemaakt. Stil zitten betekent dus op de blaren zitten.

*Er ligt er een schone taak voor de wetgever in het vernietigen van het doel en de tekst van de wet nog eens goed tegen het licht te houden.*

Dat artikel 6:22 Awb een ruime reikwijdte heeft, volgt ook uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 april 2016.<sup>18</sup> In die uitspraak stond de vraag centraal of een bevoegdheidsgebrek kan worden gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 Awb. De Raad verwijst dan naar de Memorie van Toelichting:

*'Als voorbeeld van de toepassing van het verruimde artikel 6:22 kan worden genoemd het geval waarin de mandaatverlening aan een ambtenaar gebrekkig is geweest. Indien de klagende partij een beroep doet op de normschending, moet dat in beginsel leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. Dat is echter soms niet zinvol omdat geen belanghebbende daardoor is geschaad. Dat kan het geval zijn*

14 CRvB 29 januari 2016, AB 2016, 457.

15 ABRvS 16 maart 2016, AB 2016, 249.

16 ABRvS 15 maart 2017, zaaknummer 201508513/1/R1, «JOM» 2017/324, AR 2017/1351, «JBO» 2017/97.

17 CRvB 9 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1006.

18 CRvB 28 april 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1598.

*indien inmiddels is komen vast te staan dat het bevoegde bestuursorgaan het besluit voor zijn rekening neemt.*

Vaststaat dat het college het bestreden besluit voor zijn rekening heeft genomen. Nu appellant niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij door voormeld bevoegdheidsgebrek is benadeeld, mocht de rechtbank dit gebrek met toepassing van artikel 6:22 Awb passeren. Hoewel wij verwachten dat het niet snel aannemelijk is dat een belanghebbende nadeel ondervindt van dit soort gebreken, laat een arrest van de Hoge Raad uit 2015 zien dat het burger ook bepaald niet makkelijk wordt gemaakt:

*‘Voor het Hof was onder meer in geschil of de legesaanslagen bevoegdelijk zijn opgelegd. Het Hof heeft dienaangaande geoordeeld dat de formele onbevoegdheid van de heffingsambtenaar ten tijde van het opleggen van de legesaanslagen, bestaande in het niet gepubliceerd zijn van het op dat moment van kracht zijnde Aanwijzingsbesluit, is gedekt met het na inhoudelijke beoordeling doen van de uitspraken op bezwaar door de bevoegde heffingsambtenaar. Dat de datum waarop de uitspraken op bezwaar zijn gedaan gelegen is na het verstrijken van de termijn waarbinnen de legesaanslagen konden worden opgelegd laat dit oordeel onverlet, aldus het Hof. Voorts oordeelde het Hof dat van een nadeel als bedoeld in artikel 6:22 Awb, zo al aan de orde, geen sprake is.’<sup>19</sup>*

In deze uitspraak wordt de werking van artikel 6:22 Awb wel erg ver opgerekt nu het gebrek pas werd hersteld na de inhoudelijke beoordeling van het bezwaar.

#### Tussenconclusie

Sinds november 2015 is de rechtspraak nog altijd wisselend. Het lijkt er inderdaad op, zoals uit de interviews met rechters in het WODC rapport al bleek, dat toepassing van de regeling van artikel 6:22 Awb door de bestuursrechter niet ziet op ‘zware’ gebreken. In die gevallen is toetsing en motivering van de toetsing aan de benadelingseis erg mager te noemen. De tekst van de wet en de Memorie van Toelichting zijn klip en klaar over de benadelingseis, maar de rechtspraak laat zien dat daarmee desondanks ‘rekkelijk’ omgegaan kan worden. Als er wel getoetst wordt aan de benadelingseis omdat de casus naar de mening van het

rechterlijk college zich wel leent voor toepassing van artikel 6:22 Awb, dan is de motivering veelal uitgebreid. Wel is duidelijk hoe rechterlijke colleges het aannemelijkheids criterium toetsen: wat heeft de belanghebbende wel of niet in het proces gedaan c.q. nagelaten, aan de hand waarvan geconcludeerd kan worden dat er al dan niet sprake is van benadeling. Diegene die zich op benadeling beroept dient daarvoor bovendien het bewijs aan te dragen.

#### 4. Elvacoconclusie

In de tussenconclusie is het beeld van recente rechtspraak geschetst. De rechter neemt de vrijheid om af te wijken van de tekst en bedoeling van de wetgever. De praktijk zal daarop moeten inspelen. Als de regeling van artikel 6:22 Awb in beeld komt bij de rechter zal het dossier op orde moeten zijn met bewijsmiddelen. Want benadeling dient dan wel aannemelijk te zijn, het bewijs daarvoor moet wel geleverd zijn. Het beeld van de rechtspraak bevestigt de analyse van het WODC rapport uit 2015. De rechter ziet de regeling van artikel 6:22 Awb eerder voor ‘futiliteiten’ dan voor de zwaardere gebreken. De motivering van de zelfgekozen afslag door de rechter (dat wil zeggen: afwijken van de wettekst) blinkt niet uit als het gaat om een toelichting van de benadeling. Waar de grens van de zwaardere gebreken ligt is nog niet duidelijk. Het is nog casuïstiek. Als de rechter hardnekkig blijft kiezen voor afwijking van de wettekst ligt er een schone taak voor de wetgever in het verschiet om het doel en de tekst van de wet nog eens goed tegen het licht te houden. Want uiteindelijk is de rechtszekerheid ver te zoeken.

#### Over de auteurs



#### Mr. R.J. Boogers

Rutger Boogers is advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten en tevens vaste medewerker van dit blad.



#### Mr. R.E. Wannink

Robert Wannink is advocaat/partner bij ZYPP advocaten en tevens redacteur van dit blad.

<sup>19</sup> HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3224.